

Zur Religionsfreiheit in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

*Pascal Hector**

Der Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK) kommt, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in ständiger Rechtsprechung immer wieder betont, im System der europäischen Grundrechte überragende Bedeutung als Grundlage für eine demokratische Gesellschaft zu – und zwar nicht nur für die Gläubigen, sondern – wie der Gerichtshof hervorhebt – auch für Atheisten, Agnostiker, Skeptiker und an religiösen Fragen Uninteressierte:

*„As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a ‘democratic society’ [...]. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it“.*¹

Anmerkungen zu diesem für alle 47 Vertragsstaaten der EMRK zentralen Grundrecht sind im Rahmen der vorliegenden Festschrift für das Europa-Institut Saarbrücken besonders angebracht, da dessen langjähriger Direktor, *Georg Ress*, in seiner Eigenschaft als deutscher Richter am EGMR, an wegweisenden Urteilen des Gerichtshofs, unter anderem auch zur Religionsfreiheit mitgewirkt hat.²

Im Folgenden möchte ich daher in zwei Hauptteilen zunächst einige zentrale Erkenntnisse des EGMR zur Religionsfreiheit hervorheben³ (I.), um dann auf drei aktuelle Fragestellungen näher einzugehen (II.): die positive Verpflichtung des

* Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wieder und ist keiner Institution oder Organisation zurechenbar.

1 Ständige Rechtsprechung, z.B.: *Kokkinakis v. Griechenland*, Urteil (Kammer) v. 25.5.1993, Rs. 14307/88, § 31 – alle EGMR-Entscheidungen werden zitiert nach der offiziellen Internet-Datenbank des EGMR, www.echr.coe.int/hudoc (1.7.2011).

2 Z.B. *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Türkei*, Urteil (Große Kammer) v. 13.2.2003, Rs. 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 41344/98.

3 Hier kann nur eine Hervorhebung einiger besonders wichtiger Aspekte erfolgen. Für eine umfassende Darstellung siehe die Monographie von *Ottenberg*, *Der Schutz der Religionsfreiheit im internationalen Recht*, 2009, sowie die Kommentarliteratur zur EMRK.

Staates die Religionsausübung auch gegen Übergriffe durch Dritte zu schützen, das so genannte französische „Burka“-Verbot und das Schweizer Minarettverbot.

I. Einige zentrale Aspekte der Rechtsprechung des EGMR zur Religionsfreiheit

1. Umfassender Schutzbereich

In der umständlichen Formulierung des Art. 9 Abs. 1 EMRK kommt die Absicht zum Ausdruck, die Religions- und Weltanschauungsfreiheit möglichst umfassend zu schützen. Grundsätzlich sollen alle Ausdrucksformen und Betätigungen vom Schutzbereich erfasst sein, solange nur ein religiöser oder weltanschaulicher Kern vorliegt.⁴

Der besseren Übersicht halber lassen sich die verschiedenen Ausprägungen des Schutzbereichs in folgende sechs Gruppen einteilen:

- Die Glaubensfreiheit schützt das Recht, für sich persönlich, im *forum internum*, einer bestimmten, frei wählbaren Glaubensüberzeugung anzuhängen. Ein Unterfall ist das Recht, seine Religion zu wechseln, das – wegen der Beschränkungen, die manche Religionen ihren Anhängern bezüglich des Religionswechsels aufzuerlegen versuchen – in Art. 9 EMRK ausdrücklich gesondert aufgeführt ist.
- Die Bekenntnisfreiheit gewährleistet das Recht, seinen Glauben nach außen, im *forum externum*, zu manifestieren, wodurch typischerweise eine Interaktion mit anderen stattfindet und so ein erhöhtes Konfliktpotential entsteht. Ausdrücklich sind in der Konvention zwei Untergruppen aufgeführt: das individuelle Bekenntnis, das zum Beispiel die Beachtung religiöser Kleidungs- oder Speisevorschriften oder das Praktizieren von Bräuchen und Riten durch eine Einzelperson betrifft und das kollektive Bekenntnis, das zum Beispiel alle Formen von Gottesdienst oder das gemeinsame Praktizieren von Bräuchen und Riten beinhaltet.
- In Verbindung mit Art. 11 EMRK gehört die Vereinigungsfreiheit für religiöse Gemeinschaften zum „Kernbereich der Religionsfreiheit“, da

4 Der EGMR ist hier äußerst großzügig: sogar bei einer Vereinigung „zur Herstellung erster Kontakte und guter Beziehungen zu Außerirdischen“ hat er jüngst die Anwendbarkeit des Art. 9 EMRK nicht *a priori* abgelehnt, sondern offen gelassen, *Mouvement Raëlien Suisse v. Schweiz*, Urteil (I. Abteilung) v. 13.1.2011, Rs. 16354/06, § 61.

die „autonome Existenz religiöser Gemeinschaften unabdingbar ist für den Pluralismus in einer demokratischen Gesellschaft“.⁵ Hierzu gehört insbesondere ein gesicherter Rechtsstatus als Grundlage für eine Existenz der religiösen Gemeinschaft „in Frieden und frei von willkürlichen staatlichen Eingriffen“.⁶ Eine Verweigerung der für die volle Teilnahme am Rechtsverkehr erforderlichen Rechtspersönlichkeit für eine religiöse Gemeinschaft wäre daher auf jeden Fall ein Verstoß gegen Art. 9 in Verbindung mit Art. 11 EMRK. Stellt ein Staat für religiöse Gemeinschaften eine oder mehrere bestimmte Rechtsformen zur Verfügung, so müssen alle Religionsgemeinschaften anhand diskriminierungsfreier Kriterien gleichen Zugang zu ihnen erhalten (Art. 9 in Verbindung mit Art. 14 EMRK).⁷ Daraus kann zum Beispiel, speziell für Deutschland, bei Vorliegen bestimmter, vom EGMR nachzuprüfender Kriterien, ein Anspruch auf Verleihung des Körperschaftsstatus erwachsen.⁸

- Die Bedeutung des Rechts auf Missionstätigkeit (Proselytismus) als Grundlage des für eine demokratische Gesellschaft unabdingbaren Pluralismus ist vom Gerichtshof – wohl als Reaktion auf häufige Versuche von Mehrheits-Religionsgemeinschaften, sie zu behindern – stets besonders betont worden⁹: Das Werben für den eigenen Glauben, auch durch Ansprechen von Andersgläubigen, solange diese es sich nicht verbitten, wird daher umfassend gewährleistet, bis zur Grenze der „unlauteren Mittel“.¹⁰ Diese Grenze ist nur dann erreicht, wenn die Missionstätigkeit den freien Willen des Anderen nicht respektiert, dieser also nicht überzeugt, sondern durch wirtschaftliche oder soziale Anreize, beziehungsweise durch Drohung oder Einschüchterung zum Glaubenswechsel gebracht werden soll. Wenn ein Vertragsstaat Missionstätigkeit per se als negativ bewertet, z.B. in einem Sicherheitskonzept, ist das ein Indiz für einen Konventionsverstoß,¹¹ der auf

5 *Hasan und Chaush v. Bulgarien*, Urteil (Große Kammer) v. 26.10.2000, Rs. 30985/96, § 62; *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldau*, Urteil (1. Abteilung) v. 27.3.2002, Rs. 45701/99, § 118; *Moscow branch of The Salvation Army v. Russland*, Urteil (1. Abteilung) v. 5.1.2007, Rs. 72881/01, § 58.

6 *Hasan und Chaush v. Bulgarien*, (Fn. 5), § 62.

7 *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Österreich*, Urteil (1. Abteilung) v. 31.10.2008, Rs. 40825/98, § 92.

8 Hierzu im Einzelnen *Weber*, Die Rechtsprechung des EGMR zur religiösen Vereinigungsfreiheit und der Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften in Deutschland, NVwZ 2009, S. 503-507.

9 Siehe z.B. *Kokkinakis v. Griechenland*, (Fn. 1), § 48 ff.

10 Der EGMR folgt hier der Doktrin des „*improper proselytism*“, *ibid.*, § 48; kritisch zu dieser „unklaren und falschen Kategorie“ *Ottenberg*, (Fn. 3), S.85.

11 *Nolan und K. v. Russland*, Urteil (1. Abteilung) v. 12.2.2009, Rs. 2512/04, § 65.

jeden Fall vorliegt, wenn einem Missionar ausschließlich aufgrund seiner Missionstätigkeit die Einreise verweigert wird.¹²

- Art. 2 Zusatzprotokoll zur EMRK gewährt den Eltern das Recht, Erziehung und Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen. Dieses Recht der Eltern ist zwar grundsätzlich im gesamten staatlichen Erziehungsprogramm zu achten, jedoch ist der Staat – im Rahmen seiner Kompetenz zur Festlegung des Lehrplans – nicht gehindert, wissenschaftlich allgemein anerkannte Unterrichtsinhalte vorzusehen, auch wenn diese religiöse oder weltanschauliche Bezüge haben. Voraussetzung ist allerdings, dass sie in einer „offenen, kritischen und pluralistischen Weise“ unterrichtet werden und keine Indoktrination stattfindet. In Anwendung dieser Grundsätze hat der EMRK etwa einen verpflichtenden Sexualkundeunterricht für zulässig erachtet.¹³ Auch die verpflichtende Vermittlung der Evolutionslehre von *Darwin* dürfte sich so begründen lassen. Ein Bekenntnisunterricht gegen den Willen der Eltern ist aber – nach den Grundsätzen der „negativen Religionsfreiheit“ – ausgeschlossen.
- Geschützt ist schließlich die „negative“ Religionsfreiheit,¹⁴ das heißt die Freiheit des Einzelnen von Religion – der Anspruch, nicht mit Manifestationen des Religiösen konfrontiert zu werden. Dies stellt einen wichtigen Teil der Rechtsprechung des EGMR zur Religionsfreiheit dar. Zu den wichtigsten Ausprägungen der negativen Religionsfreiheit gehören:

Das Recht, seine religiöse Überzeugung nicht offenbaren zu müssen: Zum Schutz des Einzelnen vor der Einflussnahme Dritter auf seine religiösen Überzeugungen, insbesondere durch mehr oder weniger subtilen Druck, gehört es zu seinen Rechten diese Überzeugungen nicht offenbaren zu müssen. Daher ist zum Beispiel der Eintrag der Religionszugehörigkeit in offiziellen Dokumenten, die zur allgemeinen Verwendung vorgesehen sind, wie einem Personalausweis, unzulässig. Dies gilt ausdrücklich auch dann, wenn die entsprechende Rubrik frei bleiben kann, da dies ebenfalls Rückschlüsse auf religiöse Überzeugungen zulässt.¹⁵ Der betreffende Vertragsstaat wird daher

12 Ibid., § 75.

13 *Kjeldsen, Busk Madsen und Pedersen v. Dänemark*, Urteil (Kammer) v. 7.12.1976, Rs. 5095/71, 5920/72 und 5926/72, §§ 51 und 53.

14 Aktuelles Grundsatzurteil m.w.N. *Sinan Işık v. Türkei*, Urteil (2. Abteilung) v. 2.2.2010, Rs. 21924/05, § 41 ff.

15 Ibid., §§ 41-53.

sein Personalausweisformular so umzugestalten haben, dass die Rubrik Religionszugehörigkeit vollständig entfällt. Es ist Aufgabe des Ministerkomitees des Europarats, die Umsetzung dieser Verpflichtung zu überwachen (Art. 46 EMRK). Zulässig ist allerdings der Eintrag der Kirchensteuerpflicht in einer Lohnsteuerkarte, da dessen Aussagekraft auf die Frage der Zugehörigkeit zu einer der sechs kirchensteuerberechtigten Gemeinschaften beschränkt und die Lohnsteuerkarte, anders als ein Personalausweis, nur zur sachlich begrenzten Verwendung im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Steuerbehörde bestimmt ist.¹⁶

Das Recht, von religiösem Bekenntnisunterricht verschont zu bleiben: Dies gilt insbesondere, aber nicht nur, gegenüber andersgläubigem Bekenntnisunterricht: So hat der EGMR beispielsweise entschieden, dass Aleviten nicht gezwungen werden dürfen, an sunnitischem Religionsunterricht teilzunehmen.¹⁷ Zur Begründung verweist er darauf, dass der alevitische Glaube „Aspekte aufweist, die ihm eigen sind“ und er sich „daher vom sunnitischen Verständnis des Islam unterscheidet, wie er in den Schulen gelehrt wird“.¹⁸ Der Gerichtshof unterstreicht, dass „in einer demokratischen Gesellschaft nur Pluralismus in der Erziehung die Schüler befähigen kann, einen kritischen Geist in Bezug auf religiöse Fragen zu entwickeln“ und dass ein Verfahren, das den Kindern nicht völlige Wahlfreiheit gibt, an einem solchen Bekenntnisunterricht teilzunehmen oder nicht, einen Konventionsverstoß darstellt.¹⁹

Die umfassendste Formulierung der negativen Religionsfreiheit ist das Recht, von den Folgen der Religionsausübung anderer verschont zu bleiben – nicht mit religiösen Praktiken konfrontiert zu werden. Hierauf beruht die vom Gerichtshof stets betonte Bedeutung der Freiheitsgewährleistung des Art. 9 EMRK für Atheisten, Agnostiker, Skeptiker und an religiösen Fragen Uninteressierte.²⁰ In diesen Anwendungsfällen besteht ein direkter Konflikt zweier gleichrangiger, aber diametral entgegengesetzter Gewährleistungen der Religionsfreiheit, der nur durch Abwägung der positiven gegen die negative Freiheit im Einzelfall gelöst werden kann.²¹ Typisches Beispiel ist die Frage der Anbringung eines Kruzifixes im Klassenzimmer: Hier steht der Anspruch der Gläubigen auf Anbringung unmittelbar gegen denjenigen der

16 *Wasmuth v. Deutschland*, Urteil (5. Abteilung) v. 17.2.2011, Rs. 12884/03, § 58 f.

17 *Hasan und Eylem Zengin v. Türkei*, Urteil (2. Abteilung) v. 9.10.2007, Rs. 1448/04.

18 *Ibid.*, § 66.

19 *Ibid.*, §§ 69 und 75-77 (Verstoß gegen Art. 2 Zusatzprotokoll EMRK).

20 *Kokkinakis v. Griechenland*, (Fn. 1); siehe auch Einleitung zu diesem Beitrag.

21 Siehe unter I.2.

Nichtgläubigen darauf, von Glaubensäußerungen verschont zu bleiben. Die Schwierigkeiten der Auflösung eines solchen Konflikts durch Abwägung zeigt die durch die Instanzen schwankende Rechtsprechung des EGMR: Während die Kammer auf Konventionsverstoß erkannt hatte,²² entschied die Große Kammer abschließend, dass die Frage in den Beurteilungsspielraum des Vertragsstaates fällt.²³

Betrachtet man diese kurze Übersicht über den Schutzbereich in der Gesamtschau, werden zwei aufeinander aufbauende Grundüberzeugungen erkennbar, die das Menschen- und Gesellschaftsbild der EMRK bezüglich der Religionsfreiheit prägen:

Das Paradigma der individuellen Entscheidung: Es ist allein Sache des Individuums, für sich selbst über seine religiösen Überzeugungen zu entscheiden und zwar unabhängig von familiärer oder ethnischer Herkunft, religiösen Traditionen oder einem staatlichen oder gesellschaftlichen System. Dem Vertragsstaat ist es nicht nur verboten, selbst diese Entscheidung zu beeinflussen, sondern er ist auch, innerhalb gewisser Grenzen, verpflichtet, diese Freiheit des Individuums gegen unzulässigen privaten und gesellschaftlichen Druck zu schützen (II.1.).

Das Paradigma der pluralistischen Gesellschaft: In praktisch jeder Entscheidung zur Religionsfreiheit betont der Gerichtshof die grundlegende Bedeutung des Pluralismus für eine demokratische Gesellschaft.²⁴ Räumt der EGMR dem Vertragsstaat einen Beurteilungsspielraum ein, überprüft er dessen Einhaltung anhand des Kriteriums der „Notwendigkeit der Förderung wahren religiösen Pluralismus“.²⁵ Dabei hat er eine „enge und in der Tat prohibitive“ Auslegung von Genehmigungserfordernissen zum Zwecke der Diskriminierung von Minderheitengemeinschaften als Anhaltspunkt für einen Konventionsverstoß gesehen.²⁶ Staatliche Maßnahmen sind also nur zulässig, wenn sie den religiösen Pluralismus fördern, nicht, wenn sie auf religiöse Homogenität der Gesellschaft abzielen. Dies folgt aus dem vorgenannten Paradigma der individuellen Entscheidung: Wenn die Rechtfertigung staatlichen Handelns im Bereich der Religionsfreiheit ausschließlich darin besteht, die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen über seine

22 *Lautsi v. Italien*, Urteil (2. Abteilung) v. 3.11.2009, Rs. 30814/06, §§ 48-58.

23 *Lautsi v. Italien*, Urteil (Große Kammer) v. 18.3.2011, Rs. 30814/06, §§ 63-77.

24 *Kokkinakis v. Griechenland*, (Fn. 1), § 31 – das vom EGMR typischerweise direkt oder indirekt zitiert wird, wie z.B. in *Hasan und Chaush v. Bulgarien*, (Fn. 5), § 62; *Hasan und Eylem Zengin v. Türkei*, (Fn. 17), § 69.

25 *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldau*, (Fn. 5), § 119.

26 *Manoussakis u.a. v. Griechenland*, Urteil (Kammer) v. 26.9.1996, Rs. 59/1995/565/651, § 48.

religiösen Überzeugungen zu schützen, so führt dies notwendig zu einer religiös pluralistischen Gesellschaft, da die historische Erfahrung zeigt, dass nicht alle Menschen, wenn sie nur frei entscheiden können, sich in die gleiche religiöse Richtung entwickeln.

2. Relativ weit gefasste Schranken: Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten

Der Gerichtshof prüft die Schranken der Religionsfreiheit, entsprechend den Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 EMRK, typischerweise in folgendem Dreischritt:

- „Gesetzlich vorgesehen“: Hierbei handelt es sich um eine in erster Linie formale Prüfung, ob eine gesetzliche Eingriffsgrundlage vorhanden ist, wobei es sich dabei nicht um ein formelles Gesetz handeln muss.²⁷ Der Adressat muss nur mit der erforderlichen Bestimmtheit erkennen können, was von ihm verlangt wird, wobei aber „übermäßige Rigidität“ zu vermeiden ist und „mehr oder weniger vage Bestimmungen“ ausreichen, wenn sie zum Beispiel durch die Rechtsprechung konkretisiert worden sind.²⁸ Der EGMR ist in dieser Frage großzügig und legt den Schwerpunkt mehr auf die Abwägung im Rahmen des dritten Kriteriums.
- Die Liste legitimer Schutzzwecke in Art. 9 Abs. 2 EMRK ist abschließend: öffentliche Sicherheit (einschließlich Gesundheit), öffentliche Ordnung (einschließlich Moral), Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Im Rahmen des Schutzzwecks „öffentliche Sicherheit“ hat der Gerichtshof ausdrücklich die Befugnis der Staaten anerkannt, „zu überprüfen, ob eine Bewegung oder Vereinigung unter dem Deckmantel religiöser Ziele Aktivitäten verfolgt, die schädlich für die Bevölkerung sind“.²⁹ Auch im Rahmen des Art. 9 EMRK haben die Vertragsstaaten also die Möglichkeit, sich nach dem Grundsatz der „wehrhaften Demokratie“³⁰ beziehungsweise des „wehrhaften Menschenrechtsschutzes“³¹ gegen einen mit den Grundwerten der EMRK nicht vereinbaren Missbrauch von Religion zu politischen Zwecken zur Wehr zu setzen. Allerdings muss dieser Missbrauch im Einzelfall

27 Siehe *Ottenberg*, (Fn. 3), S. 143 m.w.N.

28 *Kokkinakis v. Griechenland*, (Fn. 1), § 40.

29 *Manoussakis and others v. Griechenland*, (Fn. 26), § 40; häufig zitiert z.B. *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldau*, (Fn. 5), § 113.

30 Ebenso *Ottenberg*, (Fn. 3), S. 160.

31 Siehe unter II.3.

konkret nachgewiesen werden – wie zum Beispiel bei dem vom Bundesverfassungsgericht³² bestätigten Verbot der Organisation „Kalifatstaat“ des „Kalifen von Köln“ – und darf einer religiösen Gruppierung oder gar einer Weltreligion³³ nicht pauschal unterstellt werden.

Darüber hinaus ist es geradezu ein Charakteristikum der Religionsfreiheit, dass ihre Ausübung mit Rechten und Freiheiten Anderer konkurriert. Hier ist nur durch Abwägung im Einzelfall praktische Konkordanz (*Konrad Hesse*) herzustellen. Diese Abwägung unternimmt der Gerichtshof im Rahmen des folgenden, dritten Kriteriums.

- Die „Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft“ ist das zentrale Beurteilungskriterium des Art. 9 EMRK. Der Gerichtshof geht hier von einem „gewissen Beurteilungsspielraum“ der Vertragsstaaten aus, dessen Einhaltung allerdings durch den EGMR überwacht wird, sowohl hinsichtlich des gesetzlichen Rahmens als auch seiner Anwendung auf den Einzelfall.³⁴ Inhaltlich hat der Gerichtshof hierfür vor allem die folgenden drei Kriterien entwickelt: das Verbot, die Legitimität einer Glaubenslehre zu bewerten,³⁵ den Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen verschiedenen Glaubenslehren,³⁶ das heißt die Verpflichtung, Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend seiner Ungleichheit zu behandeln, sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, das heißt die Fragen seiner Geeignetheit,³⁷ Erforderlichkeit³⁸ und Angemessenheit im Sinne des mildesten Mittels.³⁹

32 BVerfG, 1 BvR 536/03 v. 2.10.2003, Rdnr. 20: danach muss die „notwendige komplexe Prognose, die betreffende Vereinigung verfolge aktivkämpferisch das Ziel, Verfassungsprinzipien im Sinne des Art. 79 Abs. 3 GG zu untergraben und letztlich zu beseitigen, auf der Grundlage zuverlässiger tatsächlicher Erkenntnisse getroffen werden“ können.

33 So unternimmt z.B. *Schachtschneider*, Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam, 2010, den Versuch nachzuweisen, dass der Islam insgesamt nicht mit der Werteordnung des Grundgesetzes vereinbar sei und verkennt dabei die große Bandbreite islamischer Glaubensüberzeugungen.

34 Ständige Rechtsprechung z.B. *Kokkinakis v. Griechenland*, (Fn. 1), § 47.

35 Z.B. *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldau*, (Fn. 5), § 117.

36 Z.B. *Sinan Işık v. Türkei*, (Fn. 14), § 46: „devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat“.

37 Z.B. *Dahlab v. Schweiz*, Nichtzulässigkeitsentscheidung (2. Abteilung) v. 15.2.2001, Rs. 42393/98, S. 13: *motifs „pertinents et suffisants“*.

38 Z.B. *Moscow branch of The Salvation Army v. Russland*, (Fn. 5), § 76: „only convincing and compelling reasons can justify restrictions“; *Ahmet Aslan und andere v. Türkei*, Urteil (2. Abteilung) v. 23.2.2010, Rs. 41135/98, § 52.

39 Z.B. *Palau-Martinez v. Frankreich*, Urteil (2. Abteilung) v. 16.12.2003, Rs. 64927/01, § 39: „reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised“.

Besonders schwierig ist die Abwägung in den Fällen, in denen sich auf beiden Seiten grundsätzlich gleichgewichtige, aber entgegen gesetzte Ausprägungen der Religionsfreiheit unmittelbar gegenüberstehen. Beruft sich eine Seite zum Beispiel auf die negative Religionsfreiheit – etwa in der Kruzifix-Frage – so stehen sich das Recht auf Praktizierung eines kulturellen Brauches mit religiöser Konnotation und das Recht, nicht mit der Religionsausübung anderer konfrontiert zu werden, gegenüber. Das ursprüngliche Kammerurteil, das der negativen Religionsfreiheit einen systematischen Vorzug gab, warf in der Tat Fragen auf: Warum soll sich in solchen Fällen automatisch die eine Seite durchsetzen, auch wenn zum Beispiel nur ein Schüler die Entfernung verlangt und viele den Verbleib befürworten? Damit stellt sich die allgemeinere Frage, ob zumindest in derart gelagerten Fällen nicht das religiöse und kulturelle Umfeld oder der Mehrheitswille zu berücksichtigen sind?

Grundsätzlich ist die Entscheidung über Menschenrechte mit Mehrheit äußerst problematisch, da diese gerade dem Schutz der Minderheit vor der Mehrheit dienen.⁴⁰ In Fällen, in denen nur die Entscheidung für die eine oder andere Seite möglich ist, würde eine typisierte Entscheidung in die eine oder andere Richtung aber eine *a priori* Bevorzugung der positiven oder der negativen Religionsfreiheit bedeuten. Hier sind die Grenzen möglicher Abwägung erreicht und, will man eine solche *a priori* Bevorzugung vermeiden, verbleibt nur der Rückgriff auf die Mehrheitsentscheidung, die wenigstens den Vorzug der demokratischen Legitimation hat.

Der EGMR hat diese Frage in letzter Instanz, ohne näher auf die Frage möglicher Mehrheitsentscheidungen einzugehen, über ihre Verlagerung in den Beurteilungsspielraum des Vertragsstaats gelöst,⁴¹ und so indirekt die Möglichkeit zur Mehrheitsentscheidung eröffnet – über die Ausgestaltung der Entscheidung im Einzelfall mittels der demokratischen Verfahren des betreffenden Vertragsstaats.

Diese Überlegung gilt allerdings nur, wenn sich zwei Ausübungen der Religionsfreiheit gegenseitig ausschließen, wie bei der Frage Kruzifix oder nicht. Geht es um den Wunsch einer anderen Religionsgemeinschaft, ein eigenes religiöses Symbol zusätzlich aufzuhängen, so stellt sich die Frage der Gleichbehandlung. Da sich Symbole verschiedener Religionen nach dem pluralistischen Gesellschaftsbild der EMRK nicht ausschließen, sondern nebeneinander existieren können, wäre im Rahmen der Gleichbehandlung vorrangig die gemeinsame Anbringung oder der Verzicht auf beide zu erwägen.

40 Hierzu ausführlich unter II.3.

41 *Lautsi v. Italien*, (Fn. 23), § 76.

Der EGMR hat übrigens darüber hinaus, mit dem Argument des Schutzes einer nichtreligiösen Minderheit vor Gruppendruck in einem Land mit muslimischer Bevölkerungsmehrheit als Ausfluss der negativen Religionsfreiheit, auch die Frage des Kopftuchverbots an Universitäten in den Beurteilungsspielraum des Vertragsstaates gestellt⁴² – trotz der damit verbundenen Beeinträchtigung der positiven Religionsfreiheit der Kopftuchträgerinnen. Dies erscheint allerdings nur solange gerechtfertigt, wie man den Gruppendruck auf die Nichtkopftuchträgerinnen als so stark einschätzt, dass er eine ernsthafte Bedrohung von deren negativer Religionsfreiheit darstellt. Sollte ein echtes Klima der Toleranz entstehen, in dem jede Seite die andere so leben ließe, wie sie es möchte, wäre ein allgemeines Kopftuchverbot an Universitäten nicht mehr zu rechtfertigen.

II. Einige aktuelle Fragestellungen

In der kürzlich ergangenen „Hrant Dink“-Entscheidung⁴³ hat sich der EGMR ausführlich mit der Schutzpflicht des Vertragsstaates bei Drohungen, insbesondere gegen das Leben, seitens Dritter wegen der Ausübung der Meinungsfreiheit befasst. Die dort entwickelten Grundsätze lassen sich auch auf Bedrohungen wegen der Ausübung der Religionsfreiheit übertragen (1.). Abschließend soll dann bei zwei derzeit politisch intensiv diskutierten Fragen, die nach der Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs voraussichtlich bald vor den EGMR kommen werden, untersucht werden, zu welchem Ergebnis die Anwendung der in der EGMR-Rechtsprechung entwickelten Grundsätze voraussichtlich führen wird: dem in Frankreich erlassenen so genannten „Burka“-Verbot (2.) und dem Schweizer Minarettverbot (3.).

1. Schutzpflichten des Vertragsstaates gegen Beeinträchtigung der Ausübung der Religionsfreiheit durch Dritte

Die Rechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention sind nicht nur negative Abwehrrechte gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt. Aus der „Zusicherung“ der Rechte in Art. 1 EMRK leitet der EGMR die „positive Verpflichtung“ der Vertragsstaaten ab, die Rechte und Freiheiten auch gegen Übergriffe privater Akteure zu schützen.⁴⁴ Dies wurde vom EGMR für verschiedene Konventions-

42 *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Türkei*, (Fn. 2), § 95; *Leyla Şahin v. Türkei*, Urteil (Große Kammer) v. 10.11.2005, Rs. 44774/98, § 111.

43 *Dink v. Türkei*, Urteil (2. Abteilung) v. 14.9.2010, Rs. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09.

44 *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Türkei*, (Fn. 2), § 103.

rechte ausdrücklich anerkannt,⁴⁵ jüngst ausführlich für die Meinungsfreiheit und das Recht auf Leben im Fall *Hrant Dink*.⁴⁶ Zwar ist der Gerichtshof zurückhaltend hinsichtlich der Annahme positiver Schutzpflichten in Bezug auf die Religionsfreiheit,⁴⁷ die im Fall *Hrant Dink* entwickelten Grundsätze lassen sich jedoch *mutatis mutandis* auch auf den vergleichbaren Fall einer Beeinträchtigung der Ausübung der Religionsfreiheit seitens Dritter übertragen.

Auch hier wirkt sich das die ganze EMRK durchziehende Leitbild der individualistisch-pluralistischen Gesellschaft aus: Im Falle eines Konflikts zwischen verschiedenen religiösen Anschauungen – was natürlich auch den Fall eines Konfliktes zwischen einer religiösen und einer nicht-religiösen Weltanschauung mit einschließt – ist es die Pflicht des Vertragsstaates „sicherzustellen, dass die konkurrierenden Gruppen einander tolerieren“, und keinesfalls die Ursache der Spannung durch Aufhebung des Pluralismus zu beseitigen.⁴⁸

Der Vertragsstaat muss also Maßnahmen ergreifen um zu verhindern, dass eine Gruppe die Religionsausübung der anderen stört. Ganz besonders gilt dies, wenn es dabei zu Angriffen auf die körperliche Unversehrtheit oder gar das Leben (Art. 2 Abs. 1 EMRK) kommt.⁴⁹

Dabei darf den Behörden des Vertragsstaats aber keine „untragbare oder exzessive Verpflichtung“ auferlegt werden; vielmehr muss nachgewiesen werden, dass die Behörden um eine „reale und unmittelbare“ Lebensgefahr „wussten oder hätten wissen müssen“ und dass sie es unterlassen haben, die angesichts dessen „vernünftigen Maßnahmen zur Vorbeugung“ zu ergreifen.⁵⁰ Liegt ein solcher Fall vor, kommt es allerdings nicht darauf an, ob das potentielle Opfer Schutzmaßnahmen beantragt hat oder nicht,⁵¹ die erforderlichen Maßnahmen sind vielmehr von Amts wegen zu ergreifen.

Ob und in welchem Umfang Maßnahmen zu ergreifen sind, lässt sich nur im konkreten Einzelfall in Kenntnis aller Umstände entscheiden. Allgemein lässt

45 Siehe z.B. die Übersicht in *Özgür Gündem v. Türkei*, Urteil (4. Abteilung) v. 16.3.2000, Rs. 23144/93, §§ 43-46.

46 *Dink v. Türkei*, (Fn. 43), § 64 ff.

47 Siehe *Ottenberg*, (Fn. 3), S. 131 m.w.N., der aber ausdrücklich die These einer pauschalen Verneinung der Ableitung von Schutzpflichten aus Art. 9 EMRK zurückweist.

48 *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldau*, (Fn. 5), § 116, unter Bezug auf *Serif v. Griechenland*, Urteil (2. Abteilung) v. 14.9.1999, Rs. 38178/97, § 53.

49 Zur Schutzpflicht bei Lebensgefährdung *Dink v. Türkei*, (Fn. 43), § 64 m.w.N.

50 *Ibid.*, § 65.

51 *Ibid.*, § 74.

sich jedoch sagen, dass zumindest in Fällen, in denen dem Vertragsstaat eine konkrete Gefährdung eines Individuums oder einer Gruppe bekannt ist, diese Gefahrenlage von Amts wegen sorgfältig zu analysieren ist, um die notwendigen Maßnahmen zu bestimmen.

2. „Burka“-Verbot

Der französische Gesetzgeber hat im Oktober 2010 ein oft als „Burka“-Verbot bezeichnetes allgemeines Vermummungsverbot für den öffentlichen Raum erlassen,⁵² wobei Ausnahmen für bestimmte Fälle, z.B. Berufsgruppen, Volksfeste und Theateraufführungen vorgesehen sind.

Da dieses Vermummungsverbot allgemein, das heißt für jede (nicht durch eine Ausnahmeregelung gedeckte) Vermummung gilt, verbietet es auch die Verhüllung des Gesichts im öffentlichen Raum aus religiösen Gründen, zum Beispiel das Tragen einer Burka, und stellt daher einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 EMRK dar.

Die Rechtfertigung dieses Eingriffs ist daher anhand des oben skizzierten Dreischritts zu prüfen: Das Verbot ist in einem spezifischen Gesetz geregelt, also gesetzlich vorgesehen.

Als legitimer Schutzzweck kommt zunächst die öffentliche Sicherheit in Betracht, insofern als die Verhüllung des Gesichts die individuelle Erkennbarkeit und damit die Identifizierung im öffentlichen Raum erschwert, wenn nicht gar verhindert. Dies eröffnet die Möglichkeit eines Missbrauchs zu kriminellen Zwecken, z.B. für terroristische Straftaten. Neben diesen, in den Gesetzesberatungen als „materielle Dimension“ bezeichneten Sicherheitsaspekt tritt der „immaterielle oder gesellschaftliche“ Aspekt der öffentlichen Ordnung in Form der Erkennbarkeit des Gesichts für den Anderen, dem er im öffentlichen Raum begegnet, als unverzichtbares Minimum gesellschaftlicher Interaktion.⁵³

Die detaillierte Prüfung und die Abwägung nimmt der EGMR typischerweise erst beim Kriterium der Notwendigkeit in einer demokratischen

52 Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, Journal Officiel de la République Française Nr. 237 v. 12.10.2010, S. 18344: Art. 1 „Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage.“ Ausnahmen in Art. 2 Abs. 2.

53 Assemblée Nationale, Commission des lois constitutionnelles, Bericht Nr. 2648 v. 23.6.2010 des Abgeordneten *Jean-Paul Garraud*, http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2648.asp#P205_44594 (1.7.2011), Pkt. II.2.

Gesellschaft vor. Gerade im Bereich der Religion, wo europaweit keine einheitliche Auffassung von deren Rolle in der Gesellschaft existiert,⁵⁴ ist ein Beurteilungsspielraum für den Vertragsstaat erforderlich, der es ihm ermöglicht, spezifische Umstände seines gesellschaftlichen Kontextes zu berücksichtigen.⁵⁵ Dieser Beurteilungsspielraum unterliegt aber seinerseits der Kontrolle durch den EGMR, ob die nationale Entscheidung im Grundsatz gerechtfertigt und verhältnismäßig ist.⁵⁶ Besonders wichtig ist dabei, dass die Regelung nicht diskriminierend ist, also nicht eine bestimmte Religion als solche zum Ziel hat. Dabei muss allerdings auch eine auf den ersten Blick neutrale Regelung daraufhin überprüft werden, ob sie nicht durch die Art und Weise ihrer Anwendung diskriminierend wirkt.⁵⁷ Dieser Aspekt ist hier besonders zu berücksichtigen, da die Regelung eine Religion, den Islam, besonders betrifft. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Tragen einer Burka zum Kernbereich der Religionsausübung gehört oder nicht, da der Vertragsstaat den Inhalt einer Glaubensüberzeugung nicht beurteilen darf.⁵⁸

Allerdings stellt sich dieses Problem grundsätzlich bei Regelungen, die in objektiver Weise abgefasst sind, aber Auswirkungen auf religiöse Kleidungs Vorschriften haben. In allen derartigen Fällen, in denen ein nachvollziehbares öffentliches Interesse dargelegt werden konnte, hat der EGMR die Eingriffe in religiöse Kleidungs Vorschriften in den Beurteilungsspielraum des Vertragsstaates gestellt – und zwar typischerweise schon durch Nichtzulässigkeitsentscheidung –, so insbesondere: die Helmtragepflicht beim Motorradfahren für einen Sikh aus Gründen der Verkehrssicherheit und des Gesundheitsschutzes, obwohl der Vertragsstaat sogar später spezifische Ausnahmevorschriften für Sikhs erlassen hatte;⁵⁹ ein Kopftuchverbot für Lehrpersonen wegen der Gefahr der unzulässigen religiösen Beeinflussung der Schüler;⁶⁰ ein Kopftuchverbot für Schülerinnen in bestimmten Situationen, wie z.B. beim Sportunterricht aus Gründen der Gesundheit und Sicherheit;⁶¹ sogar ein allgemeines Kopftuchverbot für Schülerinnen und Studentinnen, wenn die Gefahr einer unzulässigen Druckausübung auf Nichtreligiöse befürchtet werden kann;⁶² die Pflicht für einen Sikh, bei einer

54 *Otto-Preminger-Institut v. Österreich*, Urteil (Kammer) v. 20.9.1994, Rs. 13470/87, § 50.

55 *Leyla Şahin v. Türkei*, (Fn. 42), § 109 m.w.N.

56 *Ibid.*, § 110 m.w.N.

57 *Vergos v. Griechenland*, Urteil (1. Abteilung) v. 24.6.2004, Rs. 65501/01, § 40.

58 *Manoussakis u.a. v. Griechenland*, (Fn. 26), § 47.

59 *X. v. Vereinigtes Königreich*, Nichtzulässigkeitsentscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte v. 12.7.1978, Rs. 7992/77.

60 *Dahlab v. Schweiz*, (Fn. 37).

61 *Dogru v. Frankreich*, Urteil (5. Abteilung) v. 4.12.2008, Rs. 27058/05.

62 *Leyla Şahin v. Türkei*, (Fn. 42).

Sicherheitskontrolle den Turban abzunehmen aus Gründen der Sicherheit,⁶³ sowie die Verweigerung des Zugangs zum französischen Generalkonsulat in Marrakesch für eine Muslima, die sich weigerte, zur Identitätskontrolle durch einen männlichen Bediensteten den Gesichtsschleier abzunehmen, obwohl sie sogar bereit gewesen wäre, die Kontrolle durch eine weibliche Person durchführen zu lassen.⁶⁴ Lediglich im Fall der Anhänger einer bestimmten islamischen Gruppierung, die in ihrer charakteristischen Tracht (die ihre Identifizierung nicht beeinträchtigte) einen Umzug durch Ankara gemacht hatten und dafür strafrechtlich belangt worden waren, hat der EGMR einen Verstoß gegen Art. 9 EMRK angenommen, da kein nachvollziehbarer Grund für den Eingriff erkennbar war.⁶⁵

Die hier untersuchte Frage ist am ehesten den genannten Entscheidungen in den Fällen der Sicherheits- bzw. Identitätskontrolle, *Phull* und *El Morsli*, vergleichbar. Zwar hat der EGMR in diesen Fällen auch auf den kurzfristigen Charakter der Beeinträchtigung bei punktuellen Kontrollen hingewiesen, jedoch nur im Sinne eines verstärkenden Arguments, nicht einer Bedingung.⁶⁶ Besonders einschlägig erscheint das Sicherheitsargument der Identifizierbarkeit im öffentlichen Raum, gerade auch angesichts der in der aktuellen Gefährdungslage immer wichtiger werdenden elektronischen Überwachung, für die eine zuverlässige Identifizierbarkeit wichtig ist.

Angesichts der bisherigen Rechtsprechung ist also davon auszugehen, dass der EGMR ein allgemeines Verbot der Vollvermummung, die eine zuverlässige Identitätskontrolle nicht mehr zulässt, in den Beurteilungsspielraum des Vertragsstaates stellen würde.⁶⁷

3. Das Schweizer Minarettverbot

In einer Volksabstimmung vom 29. November 2009 hat das Schweizer Stimmvolk mit 57,5% Ja-Stimmen das generelle Verbot in die Schweizerische Bundesverfassung eingefügt, Minarette zu bauen.⁶⁸

63 *Phull v. Frankreich*, Nichtzulässigkeitsentscheidung (2. Abteilung) v. 11.1.2005, Rs. 35753/03.

64 *El Morsli v. Frankreich*, Nichtzulässigkeitsentscheidung (3. Abteilung) v. 4.3.2008, Rs. 15585/06.

65 *Ahmet Aslan u.a. v. Türkei*, (Fn. 38).

66 *Phull v. Frankreich*, (Fn. 63), und *El Morsli v. Frankreich*, (Fn. 64), § 1: „*d'autant plus clairement*“.

67 Anderer Ansicht *Finke*, Warum das „Burka-Verbot“ gegen die EMRK verstößt, NVwZ 2010, S. 1127-1131, insb. S. 1130 f., der allerdings vor allem auf die Wahrung des Pluralismus abstellt und auf den Sicherheitsaspekt nicht näher eingeht.

68 Art. 72 Abs. 3 Schweizerische Bundesverfassung: „Der Bau von Minaretten ist verboten.“

Als inhaltliche Regelung für die Errichtung religiöser Bauwerke stellt dies einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 EMRK dar. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Minarett ein essentielles oder nur akzidentelles Element islamischer religiöser Architektur und damit der Religionsausübung ist, da der Vertragsstaat die Legitimität von Glaubensüberzeugungen und deren Ausdrucksformen nicht bewerten darf.⁶⁹

Für die Prüfung der möglichen Rechtfertigung des Eingriffs gilt: Das Verbot ist in der Schweizerischen Bundesverfassung geregelt, also gesetzlich vorgesehen.

Als legitimer Schutzzweck wird von den Initianten⁷⁰ im wesentlichen vertreten, das Minarett stelle in erster Linie ein politisch-religiöses Machtsymbol einer politischen und gesellschaftlichen Ordnung dar, die mit Demokratie und Menschenrechten nicht vereinbar sei. Richtig ist, dass die EMRK von einem Leitbild ausgeht, das man als „wehrhaften Menschenrechtsschutz“ bezeichnen könnte: Nach Art. 17 EMRK ist bei ihrer Auslegung darauf zu achten, dass sie nicht von Personen oder Gruppen gegen eine effektive Ausübung der Konventionsrechte instrumentalisiert werden kann. Die Verhinderung eines Missbrauchs religiöser Praktiken zu (schädlichen) politischen Zwecken ist daher grundsätzlich ein legitimer Schutzzweck. Der EGMR hat demgemäß auch ausdrücklich festgestellt, dass die Vertragsstaaten berechtigt sind zu überprüfen, ob eine Bewegung, unter vorgegeblicher Verfolgung religiöser Ziele, Aktivitäten ausübt, die schädlich für die Bevölkerung oder die öffentliche Sicherheit sind.⁷¹ Den Vertragsstaaten steht dabei der bereits erwähnte Beurteilungsspielraum zu, dessen Einhaltung durch den EGMR überprüft wird.⁷²

Die darüber hinaus genannten Argumente der Initianten können dagegen schon im Ansatz nicht als legitime Schutzzwecke angesehen werden: Bezüglich einer gefühlten Beeinträchtigung religiöser Gefühle beim Anblick eines Minaretts seitens Andersgläubiger gilt die bereits erwähnte feststehende Rechtsprechung des EGMR, dass der Vertragsstaat bei Konkurrenz mehrerer religiös-weltanschaulicher Gruppen „sicherzustellen [hat], dass die konkurrierenden Gruppen einander tolerieren“ und keinesfalls „die Ursache der Spannung durch Aufhebung des Pluralismus beseitigen“ darf.⁷³ Bezüglich des Hinweises auf Beschränkungen

69 *Manoussakis u.a. v. Griechenland*, (Fn. 26), § 47.

70 Argumentarium „Ja zur Minarett-Verbotsinitiative“, 2009, http://www.minarette.ch/downloads/argumentarium_minarettverbot.pdf (1.7.2011).

71 *Metropolitan Church of Bessarabia u.a. v. Moldau*, (Fn. 5), § 113.

72 Siehe z.B. *ibid.*, § 119.

73 *Serif v. Griechenland*, (Fn. 48), § 53.

zulasten nichtmuslimischer Minderheiten in bestimmten islamischen Staaten ist daran zu erinnern, dass die Religionsfreiheit jedem Individuum einen Rechtsanspruch gegen seinen Staat einräumt, der in keinerlei Abhängigkeit von möglichen Rechtsbeeinträchtigungen Anderer durch andere Staaten steht.

Daher ist die Legitimität des Schutzzwecks der Verhinderung eines unzulässigen Missbrauchs zu politischen Zwecken anhand der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft zu prüfen. Dabei sind zwei wesentliche Kriterien die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stößt schon die Geeignetheit der Maßnahme auf große Fragezeichen. Für die von den Initianten postulierte politische Bedeutung des Minaretts mag es in bestimmten historischen Abschnitten oder in bestimmten islamistischen Kreisen Hinweise geben, sie stellt jedoch keinesfalls die gesamte Bandbreite der Konnotationen des Minaretts im Islam dar.⁷⁴ Soweit es in bestimmten islamistischen Kreisen mit der freiheitlich-demokratischen Staats- und Gesellschaftsordnung unvereinbare Tendenzen gibt, stehen diese in der Regel nicht in einem Zusammenhang mit dem Minarett, so dass ihre Bekämpfung durch ein Minarettverbot nicht gefördert wird. Hier sind vielmehr ein breiter gesellschaftlicher Dialog und notfalls gezielte Maßnahmen des Verfassungsschutzes erforderlich. Soweit es in Einzelfällen Minarettplanungen geben sollte, die einen unzulässigen politischen Geltungsanspruch zum Ausdruck bringen sollten, so kann dem mit dem mildereren Mittel einer bauaufsichtsrechtlichen Beschränkung im Einzelfall, etwa hinsichtlich Höhe oder Ausgestaltung begegnet werden. Ein allgemeines Minarettverbot ist daher nicht nur ungeeignet, sondern widerspricht auch dem Aspekt der Proportionalität und verletzt somit das Verhältnismäßigkeitsprinzip unter beiden Aspekten.

Wie oben gezeigt, ist der Grundsatz der Gleichbehandlung ein zentrales Kriterium für die Beurteilung der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft: Der Vertragsstaat hat gegenüber allen Religionen eine Verpflichtung zur „Neutralität und Unparteilichkeit“⁷⁵ und darf daher keine Maßnahmen ergreifen, die eine Religion ohne Rechtfertigung einseitig belasten. Das Minarettverbot richtet sich aber seiner Natur nach ausschließlich gegen den Islam, während zum Beispiel Kirchtürme nicht betroffen sind. Da die von den Initianten zur Rechtfertigung dieser Unterscheidung ins Feld geführten Konnotationen des Minaretts, wie ausgeführt, nicht haltbar sind – dieses insbesondere nicht automatisch mit

74 Siehe hierzu den Überblick bei *Zimmermann*, Zur Minarettverbotsinitiative in der Schweiz, *ZaöRV* 2009, S. 829-864, insb. S. 840 ff.

75 Siehe z.B. *Sinan Işık v. Türkei*, (Fn. 14), § 45.

einem Missbrauch der Religion zu unzulässigen politischen Zwecken gleichgesetzt werden kann – ist keine nachvollziehbare Begründung für diese unterschiedliche Behandlung ersichtlich. Die Maßnahme verletzt daher auch das Diskriminierungsverbot.⁷⁶

Von Befürwortern wird oft ins Feld geführt, der Tatsache, dass das Verbot im Referendum beschlossen worden ist, komme ein besonderes Gewicht zu, da das Volk, als höchste politische Instanz, als Souverän, unmittelbar gesprochen habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Menschenrechte ihrer Natur und geschichtlichen Entwicklung nach gerade Schutzrechte gegen die Machtausübung durch den Souverän sind. Sie dienen dem Schutz des Einzelnen oder einer Minderheit vor ungerechtfertigten Eingriffen des Souveräns in ihre besonders geschützten Lebensbereiche. Dies galt im 19. Jahrhundert gegen Eingriffe des als Souverän perzipierten Fürsten genauso wie heute gegen Eingriffe des als Souverän agierenden Volkes. Demzufolge spricht man bei der Charakterisierung des europäischen Wertesystems in der Regel auch von der Trias – und zwar typischerweise in dieser Reihenfolge – Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.⁷⁷ Der sich in der Demokratie manifestierende Mehrheitswille steht also nicht für sich alleine, sondern muss im Gesamtzusammenhang mit den Rechtsgewährleistungen für Einzelne und Minderheiten durch die Menschenrechte und den Rechtsstaat gesehen werden, um zu verhindern, dass die Demokratie zur „Tyrannei der Mehrheit“⁷⁸ entartet. Dies ist auch vom EGMR – sogar mit spezifischem Bezug zur Religionsfreiheit – ausdrücklich anerkannt worden:

*„Democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position“.*⁷⁹

76 Ebenso sowohl hinsichtlich des Verhältnismäßigkeits- wie des Nichtdiskriminierungsprinzips Zimmermann, (Fn. 74), S. 848.

77 Vgl. z.B. die vom Europarat organisierten „Straßburger Dialoge für Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“; für die EU Abs. 2 Präambel Grundrechtscharta: „[...] gründet sich die Union auf die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität. Sie beruht auf den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit.“; speziell auf die Schweiz bezogen Ansprache von Bundesrat Flavio Cotti anlässlich der Verleihung des Fischhof-Preises am 21.9.1995, http://www.gra.ch/attachments/060_cotti.pdf (1.7.2011): „Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Aufgabe der schweizerischen Innen- und Außenpolitik“.

78 Begriff geprägt von *de Toqueville*, *De la démocratie en Amérique*, 1835, Bd. 1, Kap. VII; *Toqueville* spricht von der „Gerechtigkeit“ als einem allgemeinen Gesetz, das nicht nur die Mehrheit eines Volkes, sondern den Mehrheitswillen der gesamten Menschheit widerspiegelt.

79 *Leyla Şahin v. Türkei*, (Fn. 42), § 108 m.w.N.

Dabei macht es übrigens keinen Unterschied, ob das Volk direktdemokratisch oder über seine gewählten Vertreter entscheidet, da die repräsentative Demokratie keinesfalls eine geringere demokratische Legitimation vermittelt als die direkte: in beiden Demokratieformen sind die getroffenen Entscheidungen auf das Volk als Souverän zurückzuführen. Allenfalls könnte man darüber nachdenken, ob nicht direktdemokratische Systeme noch stärker auf einen effektiven Minderheiten- und Menschenrechtsschutz angewiesen sind,⁸⁰ da bei ihnen die populistische Versuchung größer ist und das Filtern einer Beschlussfassung durch gewählte Vertreter entfällt, in die typischerweise auch widerstreitende Gesichtspunkte und Interessen mit einfließen.

Vor dem EGMR sind bereits zwei Beschwerden gegen das Minarettverbot anhängig,⁸¹ deren Zulässigkeit allerdings fraglich ist, vor allem hinsichtlich der Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs. Spätestens bei der rechtskräftigen Ablehnung eines Baugesuchs für ein Minarett wird der EGMR sich aber auch inhaltlich mit dem Minarettverbot zu befassen haben. Dann ist angesichts des oben Dargelegten davon auszugehen, dass er einen Verstoß gegen Art. 9 EMRK feststellen wird.

Stellt der EGMR eine Verletzung der EMRK fest, so kann sich der betreffende Vertragsstaat nicht auf Regelungen seines innerstaatlichen Rechts berufen, um den Verstoß zu rechtfertigen, auch nicht auf solche seiner Verfassung. Ansonsten könnte ein Staat sich seinen Verpflichtungen aus der Konvention entziehen, indem er innerstaatliches (Verfassungs-) Recht setzt. Diese Überlegung ist übrigens unabhängig davon, wie das Verhältnis von Verfassungsrecht und Völker- bzw. Völkervertragsrecht nach der innerstaatlichen Rechtsordnung zu behandeln ist. Im Verhältnis zu den anderen Konventionsstaaten gilt ausschließlich das Völkerrecht, in diesem Falle die EMRK.

Die Schweizer Behörden hätte in einem solchen Falle nur zwei Möglichkeiten, um den völkerrechtswidrigen Zustand zu beenden: entweder die EMRK zu kündigen (Art. 58 EMRK) – und auch dies würde die Schweiz übrigens nicht von ihren Verpflichtungen aus der Konvention in Bezug auf Handlungen befreien, die sie vor dem Wirksamwerden der Kündigung vorgenommen hat (Art. 58 Abs. 2 EMRK) – oder das innerstaatliche Recht so anzupassen beziehungsweise anzuwenden, dass die Verletzung der EMRK behoben wird. Da

80 Zur Diskriminierungsproblematik religiöser und anderer Minderheiten in der direkten Demokratie aus politologischer Sicht siehe Vatter (Hrsg.), Vom Schächt- zum Minarettverbot – Religiöse Minderheiten in der direkten Demokratie, 2011.

81 Rs. 65840/09 und 66274/09, Entscheidungen des EGMR stehen noch aus.

nicht anzunehmen ist, dass die dem internationalen Menschenrechtsschutz besonders verpflichtete Schweiz aus dem europäischen Schutzsystem ausscheiden möchte, wäre also nach einem gangbaren Weg zur menschenrechtskonformen Anwendung des innerstaatlichen Rechts zu suchen.

Ohne hier auf die Fragen des schweizerischen Rechts⁸² näher eingehen zu können, soll lediglich ein Gedanke in die Debatte geworfen werden: der Weg einer völker- und menschenrechtskonformen Auslegung des Art. 72 Abs. 3 Schweizerische Verfassung durch teleologische Reduktion. Falls der EGMR die Bestimmung, wie hier vertreten, wegen Verletzung des Verhältnismäßigkeits- und Gleichbehandlungsgrundsatzes für konventionswidrig erklärt, läge es nahe, eine einschränkende teleologische Auslegung vorzunehmen: Ausgehend vom grundsätzlich mit der EMRK vereinbaren Sinn und Zweck der Vorschrift, einen Missbrauch des Minarettbaus zu unzulässigen politisch-demonstrativen Zwecken zu verhindern, könnte das Schweizer Bundesgericht ihren Anwendungsbereich auf solche Fälle beschränken, in denen ein derartiger Missbrauch *in concreto* nachweisbar ist – was der EGMR überprüfen würde. In allen anderen Fällen müsste die Baugenehmigung für das Minarett dann erteilt werden, da der so teleologisch einschränkend ausgelegte Art. 72 Abs. 3 Schweizerische Verfassung nicht mehr entgegenstünde.

III. Ausblick

Die wesentliche Erkenntnis einer Gesamtschau der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Religionsfreiheit lautet, dass Religion aus der Sicht der EMRK nur vom Individuum her denkbar ist, das die von ihm für richtig gehaltenen Glaubensüberzeugungen frei von äußerem Zwang wählt und lebt.

Nur eine politische und gesellschaftliche Ordnung, die diese unbedingte Wahlfreiheit des Individuums hinsichtlich seiner Glaubensüberzeugung achtet und so das Leitbild der pluralistischen Gesellschaft erfüllt, das der Konvention zugrunde liegt, ist daher mit der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar. Dies schließt insbesondere das Streben nach religiöser Homogenität einer Gesellschaft als zulässiges Ziel staatlicher Politik aus. Vielmehr gehören der Schutz und die Förderung des – auch religiösen – Pluralismus der Gesellschaft zu den zentralen Aufgaben eines jeden Konventionsstaats.

82 Siehe hierzu z.B. *Zimmermann*, (Fn. 74), S. 852 ff.

