

Benedict Vischer  
Marcel Stüssi  
Jean-Claude Cantieni

# **Kann das Recht Religion vor liberalem Horizont beschränken?**

**Essays zum prix libref. 2011**



liberal reformiert  
libéral réformé  
liberale riformato  
liberal riformà  
liberal reformed

**libref.**



Benedict Vischer  
Marcel Stüssi  
Jean-Claude Cantieni

**Kann das Recht Religion vor  
liberalem Horizont beschränken?**

**Essays zum prix libref. 2011**

Chur 2011

herausgegeben von  
libref. Schweizerischer Verein für freies Christentum  
der evangelisch-reformierten Landeskirchen der Schweiz  
c/o Jean-Claude Cantieni, Präsident  
Loëstrasse 145, 7000 Chur  
[jccantieni@bluewin.ch](mailto:jccantieni@bluewin.ch)

## **Inhalt**

Geleitwort.....	7
Benedict Vischer: Kann das Recht Religion vor liberalem Horizont beschränken?.....	9
Marcel Stüssi Can the Extent of Religious Freedom be Measured?.....	33
Jean-Claude Cantieni Kann das Recht Religion vor liberalem Horizont beschränken?.....	70



## Geleitwort

Der Schweizerische Verein für freies Christentum, im Medienzeitalter auf ‚libref‘ gepolt, existiert gestützt auf eine Konferenz in Olten von 1869 seit der damals beschlossenen Gründung von 1871, die in Biel erfolgte. Sie ist Dachorganisation zu den noch mehreren regionalen und kantonalen und lokalen Sektionen liberal gesinnter religiöser Kreise. Sein Gedankengut bezieht libref. vom jeweiligen Stand der liberalen Theologie her, die davon geprägt ist, dass in die Aufgabe und Würde jedes Einzelnen fällt, Gott zu suchen und zu finden und sein Leben auf Erden als Werkzeug Gottes danach zu gestalten.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts etablierte sich das technologische Zeitalter einerseits und ein interkonfessioneller Kulturkampf riss andererseits Wunden auf, welche der Sonderbunds- als Sezessionskrieg der Innerschweiz geschlagen hatte. Die Verfassung von 1848 wurde damals manu militari durch die protestantischen Sieger dekretiert. - Worin anders, denn in einer Verfassungsrevision, konnten rechtmässige Zustände geschaffen werden, um zur Toleranz zu finden, die seit dem Dreissigjährigen Kriege des 17. Jahrhunderts so oft geschmäht war? Das Freie Christentum Schweiz organisierte sich so als Lobby erfolgreich für Toleranzartikel in der Verfassung, so die Glaubensfreiheit, die zivile Ehe, und es setzte sich mit sozialen Fragen des Industriezeitalters auseinander, mahnte eine zentrale Aufsicht übers kantonale Erziehungswesen an. Rund 500 Mitglieder werden heute noch zu Hauptversammlungen eingeladen, ein letztes verbliebenes so genanntes „religiöses Milieu“ des Landes.

Der Verein versammelte ursprünglich gar Tausende Mitglieder zu „Reformtagen“, daran auch Gäste verwandter Gruppen aus dem Ausland, Deutschland, England teilnahmen. Die Ära der Wochenende-Kolloquien folgte. Wissenschaftliche und diakonische Engagements begleiteten die Vereinstätigkeit.

Zentrales Publikationsorgan war bis vor Kurzem das „Schweizerische Reformierte Volksblatt“. In den Monatsschriften ist das freie Christentum seither in dem in Frankreich erscheinenden „Evangile & liberté“ präsent. Auf einem Blog informiert der Verein zur Zeit zu aktuellen religiösen Fragen, berichtet zu seinen Engagements und regt zum Diskurs darüber an.

Auch wenn sich die alten Fronten zwischen dem kirchlichen und dem freien Protestantismus aufgelöst haben und manche überkommenen Kontroversen heute nurmehr schwer verständlich sind, haben die aktuellen Entwicklungen im Bereich von Religion und Politik gezeigt, dass das Gedankengut des liberalen Protestantismus keineswegs überholt ist, sondern nach wie vor aktuell und wegweisend sein kann. Denn die Fragen der Versöhnung von Religion und Moderne, von Menschenwürde und Menschenrechten, des Respekts vor dem Einzelnen stellen sich im Bereich der Religionen heute mit grossem Nachdruck. Dabei sind diese Themen aber nicht mehr nur im Fokus der alten Mehrheitsreligion des Protestantismus zu behandeln, sondern in ökumenischer und vor allem auch in interreligiöser Offenheit. Um dieses Gedankengut wieder stärker ins Bewusstsein zu rücken und auch weiterzuentwickeln, wurde 2008 der prix libref. Ins Leben gerufen, der wechselnd für besonderes Engagement und für wissenschaftlich-publizistische Leistungen auf dem Gebiet des liberalen Christentums vergeben wird. Erste Preisträgerin war 2008 an Frau Dr. Gret Haller, die für ihr Engagement zugunsten der Menschenrechte geehrt wurde, zumal damals als Hochkommissarin für Menschenrechte auf dem Balkan. 2011 wird ein prix libref. vergeben für ein Essay zum Thema: Kann das Recht die Religion vor liberalem Horizont beschränken. Preisträger ist Benedict Vischer, dessen Essay hier auch als erstes abgedruckt ist. Flankierend werden noch zwei weitere Beiträge veröffentlicht, gewissermaßen „außer Konkurrenz“: Die Beiträge von Marcel Stüssi und Jean-Claude Cantieni.

Der Verein hat sich liberal Denkenden Schweizern und Nichtschweizern von auch ausserhalb der Reformierten Kirche geöffnet, als deren liberaler Flügel sich der Verein nach seinem Selbstverständnis und formell als Mitglied der Landeskirche versteht.

Reichenau, Eidgenössischer Dank-, Buss- & Betttag, 18. September 2011  
Jean-Claude Cantieni für den Vorstand von libref.

**Benedict Vischer<sup>1</sup>**

## **Kann das Recht Religion vor liberalem Horizont beschränken?**

### **1. Bewegung in der religiösen Landschaft**

Als die „getreuen, lieben Eidgenossen“<sup>1</sup> am 19. April 1874 eine neue Bundesverfassung annahmen, welche die Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Schweiz festschrieb<sup>2</sup>, da malte sich wohl kaum einer aus, wie vielfältig die Bekenntnisse einst sein würden, die sich unter dem Schirm dieses Grundrechts einst versammeln würden. Vor allem in den letzten Jahrzehnten haben sich die religiösen Verhältnisse markant verändert. Eine Pluralisierung des religiösen Lebens erfolgte durch die Bedeutungszunahme von nicht in der Schweiz verwurzelten Religionsgemeinschaften sowie durch das rapide Anwachsen der Zahl konfessionsloser Personen, zugleich aber auch durch die innerkonfessionelle Vervielfältigung der Religionsausübung.<sup>3</sup> Fremdreliöse Kleidungsformen

---

1 Benedict Vischer studierte in Basel und Berlin Philosophie und Theologie mit den Schwerpunkten den Bereichen Sozialphilosophie, Politische Philosophie, Hermeneutik, Religionssoziologie und Ethik. Neben dem Studium initiierte und leitete er während mehrerer Jahre das multireligiöse Jugendprojekt „religions.basel“, das die Förderung der unverfälschten Auseinandersetzung mit den in Basel präsenten Religionen in der jungen Generation zum Ziel hat. Seit Februar dieses Jahres verfolgt er ein ergänzendes Masterstudium der Jurisprudenz an der Universität St. Gallen. Ab Oktober 2011 arbeitet er als Assistent am dortigen Institut für Arbeit und Arbeitsrecht. Er ist Träger des prix libref. 2011.

1 Getreu einer Gepflogenheit, die erst vor wenigen Jahren ganz aufgegeben wurde, redete die Bundesversammlung das Volk mit dieser Formel an, als sie die neue Bundesverfassung 1874 zur Abstimmung vorlegte. (BBl 1874 I, 45)

2 Erstmals wurde die Freiheit von Religion und Kult in der Schweiz durch die Verfassung der Helvetischen Republik von 1798 proklamiert (Art. 6 VHR 1798). Die Bundesverfassung von 1848 garantierte jedoch nur den anerkannten christlichen Konfessionen die Kultusfreiheit (Art. 44 BV 1848). Vgl. zur Geschichte der Religionsfreiheit in der Schweiz die erhellende Darstellung von T. Maissen, *Die Bedeutung der Religion in der politischen Kultur der Schweiz. Ein historischer Überblick*, in: B. Acklin Zimmermann et al. (Hg.), *Ist mit Religion ein Staat zu machen? Zu den Wechselbeziehungen von Religion und Politik*, Zürich 2009, 13-28.

3 Den Faktor der religiösen Individualisierung auch innerhalb der Konfessionen dokumentieren bereits die empirischen Studien A. Dubach/R. J. Campiche (Hg.), *Jede(r) ein Sonderfall? Religion*

überraschen in Schweizer Städten nicht mehr, die Landeskirchen treten mit Werbekampagnen als Teilnehmer in einem offenen Wettbewerb auf und spirituelle Erfahrungen werden vielfach jenseits verbindlicher Glaubensbekenntnisse und kollektiver Strukturen gesucht.

Dass diese Entwicklung neben dem Zuwachs an Freiheit, der sich mit dem Zurücktreten gesellschaftlich vorausgesetzter Lebensformen zweifelsohne verbindet, auch ein beträchtliches Spannungspotential birgt, scheint erst in den vergangenen Jahren deutlich zutage getreten zu sein. Die Formulierung des Artikels zur Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Bundesverfassung von 1999 liess sich vom Bestreben leiten, das Gewicht verstärkt auf den Aspekt des Individualschutzes zu legen und dafür „die Garantie des religiösen Friedens, die heute nicht mehr so gefährdet erscheint wie in der Vergangenheit“, zurücktreten zu lassen.<sup>4</sup> Spätestens nachdem zehn Jahre darauf die Minarettinitiative angenommen wurde, hätte man sich kaum mehr von einer solchen Maxime bestimmen lassen. Vertreterinnen und Vertreter der Religionsgemeinschaften wie der Behörden diagnostizierten jetzt eine akute Gefährdungslage für den religiösen Frieden und erkannten in der Thematik eine wichtige Herausforderung.

Es ist vor allem die neue Präsenz des Islam, welche die Diskussion über religionspolitischen Handlungsbedarf bestimmt. Daran knüpfen sich Debatten über die Zulässigkeit von religiösen Symbolen, Schuldifikationen, spezifischen Bestattungsorten und vielen anderen Freiheiten und Massnahmen, die die muslimische Bevölkerung für ihre religiöse Entfaltung beansprucht. Oft betrifft der Gehalt dieser Fragen auch die Bräuche anderer religiöser Minderheiten, namentlich des Judentums – nicht selten, ohne dass dies den Wortführern im politischen Diskurs bewusst ist.<sup>5</sup> Bei der Analyse dieser Entwicklung ist nicht ausser Acht zu lassen, dass die Debatte über die Vereinbarkeit des westlichen Staatswesens mit islamischen Lebensformen in weitem Masse nicht durch die Anwesenheit von Musliminnen und Muslimen in der Schweiz, sondern durch die weltpolitischen

---

*in der Schweiz*, Zürich 1993 sowie A. Dubach/B. Fuchs, *Ein neues Modell von Religion. Zweite Schweizer Sonderfallstudie. Herausforderung für die Kirchen*, Zürich 2005.

4 BBl 1996 I, 155. Die Kompetenz von Bund und Kantonen, Massnahmen zur Wahrung des öffentlichen Friedens zwischen den Religionen zu treffen, wurde gleichwohl beibehalten (Art. 72 Abs. 2 BV).

5 So sprach sich CVP-Präsident Christophe Darbellay nach der Annahme der Minarettinitiative für verschiedene weitere Restriktionen, unter anderem das Verbot von Sonderfriedhöfen aus. Die Aussage erregte grosses Aufsehen, da eine solche Massnahme auch die jüdischen Gemeinschaften betreffen würde. Dies veranlasste Darbellay, sich einige Tage später in einem offenen Brief zu entschuldigen. Er begründete die Aussage damit, dass er auf die Frage nach jüdischen Friedhöfen nicht vorbereitet gewesen sei. (Der Brief ist unter abrufbar unter : [http://www.cvp.ch/medien/communiques/communique/archive/2009/december/article/erklarung-vonchristophe-darbellay-partepresident-der-cvp-schweiz/?tx\\_ttnews\[day\]=04&cHash=023383e060b549180\\_eb684133dea484e](http://www.cvp.ch/medien/communiques/communique/archive/2009/december/article/erklarung-vonchristophe-darbellay-partepresident-der-cvp-schweiz/?tx_ttnews[day]=04&cHash=023383e060b549180_eb684133dea484e) (letzter Zugriff: 30.4.2011).

Geschehnisse seit dem 11. September 2001 ausgelöst wurde.<sup>6</sup> So setzte die politische Diskussion erst viele Jahre nach den grösseren Einwanderungsschüben aus muslimischen Ländern ein. Daraus folgt freilich nicht, dass die aufgeworfenen Fragen irrelevant sind. Die internationalen Auseinandersetzungen haben gewiss auch reale Spannungspotentiale ins Bewusstsein gerückt. Hinzu kommt, dass die um die religiöse Pluralität entstandene Verunsicherung, auch wenn sie stark durch äussere Anlässe geprägt ist, als Stimmungslage nun Teil der realen Situation innerhalb der Schweiz bildet und nach einem Umgang verlangt. Andererseits macht aber die Verschlingung globaler und binnenstaatlicher Faktoren sorgfältige Differenzierungen bei der Beurteilung der konkreten Herausforderungen im eigenen Land erforderlich.

Ein weiteres bedeutendes Charakteristikum der jüngsten Lage scheint eine neue Tendenz zu Fundamentalismen in den verschiedenen Religionen zu sein. Nach Jahrzehnten, die zumindest in Europa eher im Zeichen religiöser Liberalisierung zu stehen schienen, treten in letzter Zeit diverse Bewegungen in Erscheinung, die gerade auch junge Leute für fundamentalistische Lehren zu begeistern vermögen. Auch hier ist der Zusammenhang mit globalen Tendenzen unübersehbar und ein Konnex des wachsenden Interesses an observanten Ausprägungen der eigenen Traditionen mit der geschilderten Verunsicherung in der Begegnung mit fremden Religionskulturen liegt ebenfalls nahe. Jedenfalls verschärft eine solche Polarisierung der Positionen die Spannungen im religiösen Feld. Ein Symptom dieser Polarisierung ist auch, dass politische Exponentinnen und Exponenten im religionspolitischen Diskurs oft nicht als Advokaten der religiösen Neutralität gegenüber überrissenen religiösen Ansprüchen auftreten, sondern einen angeblich christlichen Staat gegen die Anmassungen religiöser Minderheiten verteidigen.<sup>7</sup>

Auch wer dem säkularen Staat die Treue hält, hat sich an dieser Stelle der Frage zu stellen, welche Dispositionen der Staat zu treffen hat, um den heutigen Bedingungen religiöser Pluralität gerecht zu werden. Das liberale Gemeinwesen steht dabei vor der Herausforderung, den sozialen Frieden und die individuelle Freiheit gegen religiös motivierte oder legitimierte Infragestellungen zu schützen, ohne durch die gewählten Massnahmen seine freiheitlichen Prinzipien zu verraten. Kann das Recht Religion vor liberalem Horizont beschränken? Diese Frage lässt sich nicht mit einem blossen Ja oder Nein abhandeln. Zweifellos kann und muss das Recht dies dort, wo im Namen der Religion die freiheitssichernde Ordnung oder die Grundrechte anderer gefährdet werden. Es fragt sich aber, wo die Zäune in der

---

6 Ein anschauliches Beispiel dieser Tatsache ist der Hinweis vieler ausländischer Beobachterinnen und Beobachter der Abstimmung zur Minarettinitiative auf die Zahl der Minarette in der Schweiz. In der Schweiz existierten zu diesem Zeitpunkt vier Minarette – auch aus der Perspektive anderer europäischer Länder eine ausserordentlich kleine Zahl.

7 Diese Argumentationsweise ist vor allem in der letzthin neu entflammten Diskussion über Kreuze in Schulzimmern prominent.

veränderten religiösen Landschaft zu setzen sind, ohne die Sicht auf den umgebenden Horizont zu beeinträchtigen. Auszumessen sind Weite und Grenzen der Religionsfreiheit, wie sie eine freiheitliche Ordnung unter den heutigen Bedingungen zu bestimmen hat, um ihre Kraft und ihre Werte in der Gegenwart zu verwirklichen.

Um diese Frage zu beantworten, werden wir uns zunächst die Rolle vergegenwärtigen, die das Recht der Religionsfreiheit im liberalen Staat einnimmt. Die anthropologische Bedeutung von Religion und das eigentümliche Wechselverhältnis von Religion und Politik vermitteln diesem Grundrecht einen ganz besonderen Status innerhalb der Verfassung des freiheitlichen Staatswesens. Auf dieser Grundlage ist dann zu beurteilen, wie der liberale Staat auf die Herausforderung religiöser Pluralität zu antworten hat. In liberaler Perspektive ist es dabei ebenso wichtig, problematische Einschränkungen zu identifizieren, die in der gegenwärtigen Situation zur Debatte stehen könnten, wie erforderliche Schranken auszumachen. Auf beides wird nacheinander eingegangen. Eine abschliessende Bilanz fasst die grundlegenden Einsichten zusammen. Ausgangspunkt und Exempel der Ausführungen wird stets die Situation der Schweiz bieten. In deren Lichte sollen aber allgemeingültige Erkenntnisse über die Zulässigkeit rechtlicher Beschränkung der religiösen Freiheit im Kontext liberaler Staatsorganisation gewonnen werden.

## **2. Die Rolle der Religionsfreiheit im freiheitlichen Staat**

### ***2.1 Schutz des Individuums***

Religionsfreiheit ist zunächst ein Freiheitsrecht des Individuums. Wie bereits erwähnt stand dieser Aspekt der Religionsfreiheit bei der Abfassung des Artikels 15 der aktuellen Bundesverfassung im Vordergrund. Als naturrechtliches Postulat gehört die Religionsfreiheit in diesem Sinne zum festen Bestand der modernen Menschenrechtserklärungen.

Die Religionsfreiheit ist in der Schweizerischen Bundesverfassung, wie in deutschsprachigen Verfassungen üblich, als „Glaubens- und Gewissensfreiheit“ verankert. Das Grundrecht schützt demnach zunächst die innere Haltung des Menschen. Schon Laktanz stellte zu Beginn des vierten Jahrhunderts an einer berühmt gewordenen Stelle fest, dass die Religion durch ihre Verankerung in der Innerlichkeit des Menschen dem äusseren Zwang ihrem Wesen nach entzogen ist.<sup>8</sup> Dies stimmt freilich nur in eingeschränkter Masse, wurden doch immer wieder Wege zur Manipulation auch des Inneren der Menschen gefunden. Insofern ist der

---

<sup>8</sup> „Atquin religio sola est, in qua libertas domicilium collocauit. res est enim praeter ceteras uoluntaria nec imponi cuiquam necessitas potest, ut colat quod non uult (Lactantius, *Epitome divinarum institutionum* 49, zit. nach der Edition von E. Heck und A. Wlosok, Stuttgart/Leipzig 1994).

rechtliche Schutz schon auf dieser Ebene durchaus von grosser Bedeutung. Das Argument macht aber deutlich, dass die Religiosität des Menschen einen Kernbereich seiner Persönlichkeit betrifft. Das Grundrecht schützt dabei Religion nach einem sehr weit gefassten Begriff, was der Verfassungsartikel von 1999 noch akzentuiert, indem er den internationalen Menschenrechtskonventionen darin folgt, neben Religion die „weltanschauliche Überzeugung“ zu erwähnen (Art. 15 Abs. 2 BV).<sup>9</sup>

Neben manipulativen Zugriffen auf die religiöse Einstellung wehrt der Schutz von innerem Glauben und Gewissen auch jegliche Sanktionen ab, die an die religiöse Einstellung gebunden wären. Damit ist die religiöse Entfaltung aber noch keineswegs ausreichend geschützt. Ebenso entscheidend ist das Recht auf religiöse Äusserung, sei dies durch blosser Bekundung religiöser Überzeugungen oder den Vollzug ritueller Handlungen. Erst mit Berücksichtigung dieser Aspekte der Bekenntnis- und Kultusfreiheit wird die Freiheit der Religion als einer Seinsdeutung gewährleistet, die ihrem Wesen nach das Handeln anleitet und in spezifischen Formen reflexiv vergegenwärtigt wird.<sup>10</sup> Da dies oft in kollektiver Übung geschieht, impliziert dieses Recht in seinem vollen Umfang auch unmittelbar eine Garantie der Vergemeinschaftung.

Durch diese Freiheitsrechte garantieren die Verfassungen und Menschenrechtsdeklarationen eine konstitutive Dimension menschlicher Existenz. Es ist dem Menschen als dem animal rationale (Thomas von Aquin) wesentlich, dass er sich einen Begriff vom Sein macht, danach handelt und sich seines Verständnisses gerade dort, wo dieses das Erkennbare übersteigt, in symbolischen und rituellen Formen versichert. Dieses Wesensmoment wird durch die Freiheit von Glauben, Gewissen, Bekenntnis und Kult anerkannt. Sie betrifft so die grundlegendsten Prinzipien der Identität und Lebensform des Individuums.

## **2.2 Sicherung des religiösen Friedens**

Der Weg zur Religionsfreiheit war lange und dornig. Sie folgte erst aus der Einsicht in das Ausmass des Leidens und die Aussichtslosigkeit der Auseinandersetzungen

---

9 Dieser weite Schutzbereich kann sich auch auf den lateinischen Begriff der *conscientia* stützen, der der Rede von Glauben und Gewissen vorausging und wie das entsprechende französische Wort ein weites Verständnis nahe legt. Vgl. zur Begriffsgeschichte H.K. Kohlenberger, „Glaubens- und Gewissensfreiheit“, in: J. Ritter (Hg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 3, Basel 1974, Sp. 665-700.

10 Die in Rechtsprechung und Lehre übliche Bestimmung des absolut geschützten Kernbereichs der Religionsfreiheit durch die Unterscheidung von innerer (absolut geschützter) und äusserer (einschränkbarer) Religionsfreiheit ist daher problematisch. Ein ausschliesslicher Schutz der inneren Haltung könnte den Kernbestand religiöser Identität nicht mehr garantieren. Vgl. hierzu auch J. P. Müller/M. Schefer, *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4. Auflage, Bern 2008, 268.

um konfessionelle Vorherrschaft. Schon die spätantike Christenverfolgung fand erst durch solche Einsicht ein Ende. Im Streit der christlichen Konfessionen sollte dies nicht anders sein. Luthers Überzeugung, „das weltliche Obrigkeit schuldig ist, Gottes lesterung, falsche leer, ketzereien zu wehren und die anhenger am leib zu straffen“<sup>11</sup>, entsprach ebenso lange Zeit einer unter Theologen beider Konfession vorherrschenden Lehre, wie Aegidius Tschudi die massgebliche Maxime damaliger Politik traf: „Wir wüssind in zweyen Glauben nitt husszehalten.“<sup>12</sup>

Im Zuge der blutigen Konfessionskriege setzte sich schliesslich das gegenteilige Postulat durch. Die Freiheit des Bekenntnisses wurde als Grundlage des gesellschaftlichen Friedens erkannt. Der neuzeitliche Staat fand zu Stabilität, indem er es aufgab, seine Repressionsmittel dem Wettstreit der Konfessionen auszusetzen und jedem zugestand „nach Seiner Faßon Selich [zu] werden“.<sup>13</sup> Auch bei der Gründung des Schweizerischen Bundesstaats 1848 in der Folge des Sonderbundskriegs war dieses Motiv der Religionsfreiheit von zentraler Bedeutung.

Dieses Erfolgsmodell der Friedenssicherung bildet ein Kernelement des liberalen Staates. Die öffentliche Ordnung wird nicht durch Gleichschaltung der Individuen gewährleistet, sondern durch grösstmögliche Freiheitsräume der Einzelnen. Das Konfliktpotential in der Gesellschaft wird entschärft, indem auch Minderheiten und schwächeren Gliedern Selbstbestimmung garantiert wird. Besonders förderlich ist der Stabilität des Friedens in diesem System, dass eine Infragestellung der Freiheit des anderen letztlich auch die eigene gefährdet. Denn während das Festhalten an der Zulässigkeit divergierender Weltanschauungen auch die Garantie der eigenen aufrecht erhält, eröffnet die Bekämpfung des Pluralismus die Möglichkeit, selbst einst auf der Verliererseite zu stehen.

Gerade im Blick auf den Religionsfrieden ist das Prinzip der religiösen Neutralität des Staates als Basis der Religionsfreiheit von grosser Bedeutung. Dieses erschöpft sich nicht in der Toleranz verschiedener Religionen, sondern verbietet auch die Zuordnung des Staatswesens selbst zu einer bestimmten Religion. Die Staatsordnung frisst so einen möglichen Zankapfel der Parteien, sie vermeidet Abhängigkeiten von religiösen Institutionen und verringert die Gefahr eines Gefalles der Identifikation mit dem Gemeinwesen in der Gesellschaft. Dies schliesst nicht aus, dass die öffentliche Ordnung historisch gewachsene Elemente religiöser Prägung wie die Sonntagsruhe beinhaltet und im Blick auf die tatsächlichen Verhältnisse privilegierte Kooperationen mit besonders bedeutenden Religionsgemeinschaften eingeht. Die Gewährleistung der Kontinuität historisch

---

11 M. Luther, zit. nach J. Lecler, *Geschichte der Religionsfreiheit im Zeitalter der Reformation*, Bd. 1, Stuttgart 1965, 250.

12 A. Tschudi, zit. nach T. Maissen, *Die Bedeutung der Religion in der politischen Kultur der Schweiz*, a.a.O., S. 17.

13 Friedrich II., zit. nach S. Fischer-Fabian, *Preussens Gloria. Der Aufstieg eines Staates*, Bergisch Gladbach 2007, 229.

gewachsener Ordnungsformen und die Berücksichtigung spezifischer Gegebenheiten werden bei der Erfüllung der Staatsaufgaben im Gegenteil immer wieder angezeigt sein. Solches Handeln bedarf aber einer Rechtfertigung im Einzelfall und macht die Betonung der religiösen Ungebundenheit des Staates umso wichtiger.

Damit die Religionsfreiheit tatsächlich dem religiösen Frieden förderlich zu sein vermag, ist bedeutsam, dass dieses Institut von den religiösen Gruppierungen im Grundsatz auch anerkannt wird. Der Staat hat sich in dieser Hinsicht zu bemühen, dass seine Neutralität nicht als Religionsfeindlichkeit wahrgenommen wird. Auch deshalb können punktuelle Formen der Kooperation und Förderung, soweit sie den Rahmen der Neutralität nicht sprengen, angezeigt sein. Letztlich entscheidet sich die Zustimmung zur Religionsfreiheit aber an den Haltungen der Gläubigen. Voraussetzung ihres positiven Verhältnisses zum freiheitlichen System ist deshalb, dass ein solches innerhalb der jeweiligen Religion theologisch begründbar ist und tatsächlich begründet wird. Die Verteidigung der Religionsfreiheit in theologischer Perspektive war und ist seit der Verankerung dieses Grundrechts in den modernen Verfassungsstaaten keineswegs selbstverständlich. Schon der schlichte Sachverhalt, dass wahrhaftiger Glaube nur in Freiheit ergriffen werden kann, aber auch der naturrechtliche Hintergrund der Menschenrechte bieten aber eine gute Ausgangslage für eine Affirmation der Religionsfreiheit aus theologischer Sicht. Sie ist in liberalen Gemeinwesen heute denn auch die Regel.<sup>14</sup> Illiberale Fundamentalismen könnten diese Situation jedoch wieder infrage stellen. Der Staat fördert das Zurücktreten solcher Kräfte zugunsten einer differenzierten Theologie durch die Unterstützung der theologischen Bildung und ihre Einbindung in die universitäre Wissenskultur.

Unter diesen Voraussetzungen bildet die Religionsfreiheit eine essentielle Grundlage des religiösen Friedens im Staat. Dieser besteht nicht bloss in einem entspannten Verhältnis zwischen den Religionsgemeinschaften, sondern bildet einen Zustand, in dem sich die Glieder der pluralistischen Gesellschaft mit ihren je eigenen Weltanschauungen vom Staat und der übrigen Gesellschaft anerkannt wissen und sich deshalb mit dem Gemeinwesen solidarisieren können. Als Basis dieses Zustands kommt der Religionsfreiheit eine herausragende Rolle bei der Verwirklichung eines friedlichen und förderlichen Zusammenlebens und -wirkens im Staat zu.

---

14 Die römisch-katholische Kirche hat sich am zweiten Vaticanum ausdrücklich zur Religionsfreiheit bekannt. Zu diesem bedeutenden Schritt und dem langen Zaudern der katholischen Theologie in dieser Frage vgl. E.-W. Böckenförde, *Religionsfreiheit. Die Kirche in der modernen Welt*, Freiburg 1990, Kap. 1 (S. 15-70).

### ***2.3 Rahmenbedingung der Ausbildung normativer Fundamente***

Religionsfreiheit ist noch in einem zweiten Sinne Garant einer stabilen Staatsordnung und vitalen Gesellschaft. Diese Funktion der Religionsfreiheit ist eine Folge ihrer Einführung. Denn der Entscheid zum liberal-säkularen Staatssystem öffnet eine Leerstelle in der Gewährleistung seiner legitimatorischen und normativen Basis, deren Füllung der Freiheit der gesellschaftlichen Kräfte anheim gestellt wird. „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“<sup>15</sup> Ernst-Wolfgang Böckenfördes viel zitiertes Diktum weist auf die hier zu erörternde Herausforderung der Religionsfreiheit hin. Der liberale Staat kann seinem Wesen nach den Einzelnen weder die staatstragenden Werte noch die innergesellschaftliche Solidarität verordnen, ist aber deshalb nicht weniger auf deren Existenz angewiesen. Wo sich die Individuen von seinen Grundprinzipien nachhaltig abwenden, da ist sein Ende unumgänglich. Das freiheitliche System wird entweder von den Einzelnen aufgehoben oder indem die Staatsgewalt die bestehende Ordnung mit Zwang erhält, sie somit selbst um den Charakter der Freiheitlichkeit kürzt.

Schon Rousseau, der Schweizer Vordenker des modernen Staates, hat in seinem *Contrat Social* auf die vitale Bedeutung einer „religion civile“ als Garant der tragenden Grundwerte für ein freies Gemeinwesen hingewiesen.<sup>16</sup> Da der liberale Staat diese per definitionem aber nicht durchsetzen kann, bleibt ihm bloss, aber dafür umso dringlicher, die Rahmenbedingungen einzurichten, in denen sich eine solche Zivilreligion in freier Form zu entwickeln und zu erhalten vermag. Hierbei kommt der Religionsfreiheit eine herausragende Rolle zu. Sie schafft den Raum, in dem sich die weltanschaulichen Traditionen mit ihrem Verständnis der Gesellschaft und ihren moralischen Intuitionen gegenüber Mitmensch und Gemeinwesen entfalten können. Diese Entfaltung erschöpft sich nicht im freien Glauben der Einzelnen. Gerade in diesem Zusammenhang ist auch das Recht religiöser Vergemeinschaftung bedeutsam, das Kollektive ermöglicht, die als „Interpretationsgemeinschaften“<sup>17</sup> die eigenen moralischen Traditionen im öffentlichen Austausch pflegen und im Blick auf die Gegenwart kritisch ausdeuten.

Als Deutungen des Seinsganzen vermögen die Religionen die Grundnormen zu vermitteln, die der Frieden, Freiheit und Gleichheit anstrebenden Staatsordnung

---

15 E.-W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a.M. 1991, 92-114, 112 (im Original kursiv).

16 J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social*, in *Œuvres complètes*, Band 3, Paris 1964, 347-470, 468.

17 F. Schüssler Fiorenza, *Die Kirche als Interpretationsgemeinschaft. Politische Theologie zwischen Diskursethik und hermeneutischer Rekonstruktion*, in: E. Arens (Hg.), *Habermas und die Theologie*, Düsseldorf 1989, 115-144, bes. 132. Vgl. auch J. Habermas, *Die öffentliche Stimme der Religion. Säkularer Staat und Glaubenspluralismus*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 12/2007, 1441-1446, 1445.

Legitimität verleihen. Sie können darüber hinaus eine Grundlage der Solidarität mit der Gesamtgesellschaft und der wechselseitigen Anerkennung ihrer Glieder bilden.<sup>18</sup> Vor allem unter verstärkt pluralistischen Bedingungen vermag im Übrigen die Stärkung einer reflektierten Identität zu einem stabilen Zusammenleben in der freiheitlichen Ordnung beitragen.<sup>19</sup> Verbunden mit alldem kann die ausgeprägte Weltanschauung auch die Motivation zur eigenen Teilnahme an der demokratischen Willensbildung und an ausserpolitischen Bemühungen zugunsten des Gemeinwohls fördern.<sup>20</sup>

Der liberale Staat kann hoffen, als Garant religiöser Freiheit bei den religiösen Kräften auf Wohlwollen zu stossen. Anders als bei einem Staatskult ist unter den Bedingungen der Religionsfreiheit die normative Stützung des Staates jedoch nie gesichert. Mit dem legitimatorischen Wirken der Religionen verbindet sich daher in einer liberalen Ordnung stets ein kritisches. Die politische Realität wird nicht als solche abgesegnet, sie wird vielmehr an unabhängigen Legitimationsgründen gemessen und kann so auch immer wieder partiell oder umfassend in Frage gestellt werden. Der Staat ist der Legitimation seines Handelns durch die weltanschaulichen Instanzen nie gewiss. Solche Gewissheit kann eine liberale Demokratie auch nicht wollen. Sie stützt sich auf die freie Zustimmung der Gesellschaft, die nur möglich ist, wo sie auch entzogen werden kann.

Die stetige Ungewissheit legitimierender Anerkennung des Staates bringt als solche ein zentrales Merkmal des Staates zum Ausdruck. Indem die Religionen den Staat in der ihnen eigenen Perspektive des Unbedingten, der Beurteilung im Ausgang von den ‚letzten Fragen‘, nicht von vornherein affirmieren, sondern seine Gestalt und sein Handeln immer neu prüfen, erinnern sie an dessen Bedingtheit und Vorläufigkeit. Die beständige Differenz der Legitimationsquellen von einer Zivilreligion, die den Staat vorbehaltlos rechtfertigt, fördert in diesem Sinne diejenige Zivilreligion, die dem liberalen Staat entspricht. Gerade der kritische Abstand der Religionsgemeinschaften von der liberalen Staatsgewalt stützt den

---

18 Vgl. dazu J. Habermas, *Glauben und Wissen*, Frankfurt a.M. 2001, 23. Siehe ferner mit Fokus auf die Kirchen F. Hafner, *Staatskirchenrecht im Spannungsfeld von Kirche und Politik*, in: *Kirche – Staat im Umbruch. Neuere Entwicklungen im Verhältnis von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften zum Staat*, Zürich 1995, 33-47, 38, sowie P. Saladin, *Die Beteiligung der Kirchen an politischen Entscheidungsprozessen*, in: G. Müller et al. (Hg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel/Frankfurt a.M., 461-477, 472.

19 Vgl. F. Schüssler Fiorenza, *Die Kirche als Interpretationsgemeinschaft*, a.a.O., 141f.

20 Vgl. F. Hafner, *Staatskirchenrecht im Spannungsfeld von Kirche und Politik*, a.a.O., 38. In diesem Zusammenhang kann auch auf das aussergewöhnliche „Sozialkapital“ von Religionsgemeinschaften hingewiesen werden, auf dessen Potential man vor allem in den USA schon vor einiger Zeit aufmerksam wurde. Siehe dazu H.G. Kippenberg, *Das Sozialkapital religiöser Gemeinschaften im Zeitalter der Globalisierung*, in: G. Pfeleiderer / W. Stegemann (Hg.), *Religion und Respekt. Beiträge zu einem spannungsreichen Verhältnis*, Zürich 2006, 245-271.

Geist, der demokratische Systeme gemäss dem amerikanischen Präsidenten John Quincy Adams leiten muss: „Demokratie hat keine Monumente. [...] Ihr wahres Wesen ist der Bildersturm.“<sup>21</sup>

Dass dieser antitotalitäre Effekt der Religionsfreiheit zum Tragen kommen kann, setzt voraus, dass der Staat kritische Einstellungen vonseiten religiöser Kräfte zulässt.<sup>22</sup> Dies auch dort, wo die Kritik fundamentale Fragen der bestehenden Ordnung betrifft. Der religiös neutrale Staat hat dabei auch darauf zu achten, den christlichen Kirchen keine gesonderten Massstäbe vorzubehalten. Die Festlegung der Grenze der Religionsfreiheit durch die Forderung der Anerkennung der öffentlichen Ordnung stellt hier eine besonders delikate Aufgabe dar.

Ein anschauliches Beispiel für Wesen und Wert solcher Erinnerung der Staatsgewalt an ihre Fehlbarkeit durch die moralische Perspektive der Religionen ist die bemerkenswerte Institution des Kirchenasyls. Einer Religionsgemeinschaft wird hier mittels der symbolischen Kraft des sakralen Raums die ‚unmögliche Möglichkeit‘ zugestanden, den Staat von der strikten Umsetzung seiner Verordnungen abzuhalten. In dieser freien Hinnahme des religiösen Appells berücksichtigt der Staat, dass die moralischen Motive des religiösen Einspruchs letztlich auch seinem Handeln zugrunde liegen und eine ausnahmslose Durchsetzung des Rechts den eigenen Fundamenten widersprechen würde. Dies eben deshalb, weil jede Rechtsordnung unvollkommen bleibt. Der Rechtsstaat anerkennt die Begrenzung durch religiösen Einspruch, um gerade so seinem Zweck zu entsprechen und als freiheitlicher Rechtsstaat fortzubestehen.<sup>23</sup> Solches Handeln ist nicht bloss für den Einzelfall, sondern auch für die Perzeption des Staates bedeutsam. Nur die freie Entfaltung der Weltanschauungen verleiht dem Staat Legitimität, ohne ihn zur unfehlbaren Instanz zu überhöhen.

### 3. Religionsfreiheit im Angesicht der Gegenwart

Die Darstellung der Rolle der Religionsfreiheit in der liberal-säkularen Demokratie hat deren fundamentale Bedeutung erwiesen. Sie ist mehr als eines von mehreren essentiellen Grundrechten, obwohl ihr schon damit eine herausragende Rolle zukommt. Sie ist auch ein Prinzip des liberalen Staates, indem ihr eine Kernfunktion bei der Sicherung der Stabilität seiner Ordnung und der Ermöglichung seiner

---

21 Zitiert nach J. Moltmann, *Theologische Kritik der politischen Religion*, in: ders. et al. (Hg.), *Kirche im Prozess der Aufklärung. Aspekte einer neuen ‚politischen Theologie‘*, München 1970, 11-52, 43.

22 Hier, wie vielerorts, überschneiden sich Aspekte der Religionsfreiheit mit solchen des Rechts auf freie Meinungsäusserung (Art. 16 BV).

23 Ähnlich A. Grözinger, *Zivilisierte Religion*, in: G. Pfeleiderer/W. Stegemann (Hg.), *Politische Religion. Geschichte und Gegenwart eines Problemfeldes*, Zürich 2004, 323-327, 335f.

normativen Grundlagen zukommt.<sup>24</sup> Eine solche Bewertung bestätigt auch eine historische Perspektive, die den modernen Staat mit früheren politischen Ordnungsformen vergleicht oder die Bedeutung der Religionsfreiheit für seine Entstehung ermisst. Die in der vorigen Analyse unterschiedenen Aspekte des Prinzips der Religionsfreiheit stehen dabei nicht unabhängig nebeneinander, sondern bilden letztlich eine Einheit. Sie gehen nicht nur fließend ineinander über, sondern sind sich auch wechselseitig bedingend.

Der Nachvollzug der zentralen Bedeutung der Religionsfreiheit verleiht der Frage nach ihrer Beschränkung in liberalem Horizont noch mehr Brisanz. Zugleich können auf der Grundlage der Analyse Dimensionen im religiösen Leben der Gegenwart eruiert werden, die in liberaler Perspektive gegen drohende Restriktionen zu verteidigen sind.

### **3.1 Herausforderungen der Religionsfreiheit**

In doppeltem Sinne ist hier von Herausforderungen der Religionsfreiheit die Rede. Es handelt sich zum einen um Herausforderungen der Gegenwart, die sich unter den Bedingungen der Religionsfreiheit stellen. Zum andern wird durch sie das Institut der Religionsfreiheit selbst herausgefordert: Die Herausforderungen führen in Versuchung, die Religionsfreiheit einzuschränken.

Vor dem Hintergrund unserer Besinnung auf die verschiedenen Dimensionen der Religionsfreiheit sind drei Problemfelder auszumachen, in denen sich Religionsfreiheit in der Gegenwart besonders zu bewähren hat. Es sind dies erstens der *Schutz fremder Religionsgemeinschaften*, die den religionsspezifischen Freiheitsraum mit neuen, ungewohnten Formen ausfüllen, zweitens allgemeiner die *Spannungen in der multireligiösen Koexistenz*, die zu Beschneidungen der Freiheit verleiten können, und schliesslich das *Verhältnis der Religionen zur öffentlichen Ordnung*, dessen kritischer Charakter die Einhegung religiöser Entfaltung nahe legt.

#### **3.1.1 Schutz der Besonderheiten fremder Religionen**

Wesentliches Merkmal der religiösen Situation in der Gegenwart ist die Pluralität. Die Möglichkeit weltanschaulicher Vielfalt ist unmittelbare Konsequenz einer freiheitlichen Ordnung und kann in der Verhinderung der Dominanz einer einzelnen Welthaltung auch eine wichtige Stütze tatsächlicher Freiheit bilden. Um den Freiheitsschutz im Bezug auf neue Religionsgemeinschaften aber tatsächlich einzulösen, ist darauf zu achten, dass den Eigenheiten ihrer Ausübung Rechnung getragen wird. Es ist essentiell für die Verwirklichung des Grundrechts, dass das ihm zugrunde liegende Religionsverständnis nicht auf die spezifische Gestalt einer

---

<sup>24</sup> Vom „Prinzip der Religionsfreiheit“ spricht auch E.-W. Böckenförde, so z.B. in *Religion im säkularen Staat*, in: *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, Berlin 2007, 425-437, 425.

bestimmten Religion festgelegt wird.<sup>25</sup> Das notgedrungen durch die angestammten Religionen geprägte Vorverständnis ist daher im Blick auf ungewohnte religiöse Lebensformen immer neu zu überprüfen. Nur so wird das Prinzip religiöser Neutralität realisiert und Religionsfreiheit als allgemeines Grundrecht garantiert. Dies ist auch die Voraussetzung dafür, dass der freiheitliche Staat als solcher gegenüber allen Parteien glaubwürdig bleibt.

a) Orthodoxie und Orthopraxie

Eine wichtige Thematik ist in diesem Zusammenhang das Verhältnis von Glaube und Handlung. Wie wir gesehen haben, umfasst die Religionsfreiheit sowohl die innere Haltung als auch deren verbale und praktische Äusserung. Im Christentum und insbesondere in der protestantischen Tradition liegt der Schwerpunkt allerdings mehr oder weniger eindeutig auf dem Glauben. In vielen anderen Religionen liegen die Gewichte hingegen anders. Dies gilt auch und zumal für die grösste und am schnellsten wachsende Minderheit in der Schweiz, den Islam, ferner für das Judentum. In diesen Religionen kommt der Orthopraxie, dem „rechten Handeln“, in Form von Verhaltensgeboten und einer ausgeprägten Kultpraxis verstärkte Bedeutung zu. Die damit einhergehende grössere Präsenz der Religion im öffentlichen Raum droht vor dem Hintergrund hiesiger religiöser Traditionen rasch als Anmassung wahrgenommen zu werden. Zur Sicherung der Religionsfreiheit sind solche Sichtweisen durch Sensibilisierung für die Differenz der religiösen Traditionen zu korrigieren.

Der Umgang mit dieser Problematik wird dadurch erschwert, dass die rechtliche Regelung selbst die Spuren des christlichen Religionsverständnisses zu bergen scheint. Dass das hier diskutierte Grundrecht trotz der üblichen Rede von Religionsfreiheit in der Bundesverfassung von 1999 immer noch unter dem Begriff der „Glaubens- und Gewissensfreiheit“ verankert ist, der neu sogar als Übertitelung des Artikels fungiert, leistet einem solchermassen eingeschränkten Religionsbegriff Vorschub. Diese Tendenz droht die neue Bundesverfassung auch durch verkürzte Aufnahme der Formulierungen internationaler Menschenrechtskonventionen zu fördern, wodurch die Kultusfreiheit ohne explizite Erwähnung in die Bekenntnisfreiheit integriert wurde. (Art. 15 Abs. 2 BV)<sup>26</sup> Problematisch kann in diesem Zusammenhang auch die Unterscheidung und unterschiedliche Gewichtung von innerer und äusserer Religionsfreiheit sein, die in Rechtsprechung und Politik leitend ist.<sup>27</sup>

---

25 Entsprechend bezüglich des Begriffs des Glaubens J. P. Müller/M. Schefer, *Grundrechte in der Schweiz*, a.a.O., 256.

26 Vgl. BBl 1996 I, 155ff. Auch die AEMR (Art. 18 Abs.), die EMRK (Art. 9 Abs. 1) und der UNO-Pakt II (Art. 18 Abs. 1) schliessen die Kultusfreiheit in die Bekenntnisfreiheit ein, erwähnen aber dabei Kult und Bräuche explizit.

27 Vgl. hierzu Anm. 10.

Mit dem Hinweis auf diese Gefahren in der Ausgestaltung des Rechtsschutzes wird nicht behauptet, dass die Unterscheidung der inneren Grundüberzeugungen und ihrer Ausdrucksformen im Kontext der Religionsfreiheit grundsätzlich haltlos ist. Es gibt gute Gründe für die Annahme, dass die innere Weltanschauung selbst auch in stärker handlungsorientierten Religionen die Integrität der individuellen Persönlichkeit in der Regel unmittelbarer betrifft als ihre Artikulation in der Praxis. Die äussere Religionsausübung wird auch eher mit öffentlichen Interessen kollidieren als die innere Einstellung. Umso dringender ist immer neu zu prüfen, wo sachlich begründete Differenzierungen in eine unzulässige Orientierung an bestimmten Traditionen übergehen.

#### b) Symbolische Ausdrucksformen

An die Thematik religiöser Artikulation schliesst ein zweites Problem an, dessen hohe Aktualität im politischen Diskurs immer wieder zutage tritt. Religion äussert sich oft in Symbolen. Diese zeichnen sich durch eine konstitutive Sinnoffenheit aus. So können sich ganz unterschiedliche, sogar konträre Deutungen mit ihnen verbinden. Fremde Symbole können durch ihre Unverständlichkeit auch einen ängstigenden Charakter haben und so negative Interpretationen begünstigen. Dies kommt der Überzeugungskraft von Stimmen zugute, die einer fremden Religion gegenüber kritisch eingestellt sind. Ihnen wird oft auch dann in der öffentlichen Meinung Deutungshoheit attestiert, wenn diejenigen, die sich mit dem Symbol ausdrücken, das betreffende Verständnis entschieden zurückweisen.

Der Kampf um Symbole, der auf dieser Basis rasch aufflammt, gefährdet den religiösen Frieden deshalb in besonderem Masse, weil über die Frage nach der Bedeutung eines Symbols eben naturgemäss nicht abschliessend entschieden werden kann. So entstehen aggressive Scheingefechte, die keine Aussicht auf ein Ende bieten, aber die Spannungen zwischen den Religionsgruppen zusehends verstärken. Gerade hier, im Bereich der Symbolik, kommen so zahlreich Forderungen nach Verboten auf, die die Garantie der Religionsfreiheit beschneiden. Die schweizerischen Debatten über Minarette und Burkas bieten dafür anschauliche Beispiele.

Wer auf das Prinzip der Religionsfreiheit Wert legt, wird solche Ausnahmeregelungen zur Religionsfreiheit selbstverständlich nur als ultima ratio gutheissen. Besonders problematisch an der Begründung solcher Einschränkungen ist, dass sie die jeweilige Symbolik von aussen auf einen Sinn fixiert und dessen Unzulässigkeit geltend macht. Unbestrittenermassen kann mit Symbolen ein verwerflicher Gehalt zum Ausdruck gebracht werden, wodurch diese Ausdrucksformen unter Umständen mit öffentlichen Interessen in ernstem Konflikt zu geraten vermögen. Dies setzt aber eine entsprechende Intention dessen voraus, der sich symbolisch artikuliert. Auch hier wird man für eine konsequente Gleichbehandlung der Grundrechtsträger einzutreten haben. Die Bedeutung einer

symbolischen Ausdrucksform ist, wo immer möglich, im Einzelfall zu eruieren und dabei ist einer Muslimin gleichermaßen zuzugestehen, den Sinn ihres Kopftuchs im Kontext ihrer freien Religionsausübung zu bestimmen wie einem Christen den Gehalt des Kreuzes, das er trägt.

Ob die Deutungshoheit letztlich den Autoren der religiösen Artikulation oder ihren Opponenten zugestanden wird, lässt sich freilich nicht steuern, sondern entscheidet sich in der öffentlichen Diskussion. Die Bemühung um Sicherung der Religionsfreiheit weist hier erneut auf Massnahmen jenseits des Rechts: Auch in diesem Zusammenhang erscheint eine Sensibilisierung für die Besonderheiten anderer Religionsgemeinschaften in ihrem authentischen Gehalt essentiell. Es sind Begegnungen zu schaffen, auf deren Basis eine Kultur des gegenseitigen Respekts möglich wird.

### *3.1.2 Spannungen in der multireligiösen Koexistenz*

Einschränkungen der Religionsfreiheit können gerade auch von Menschen, die sich ernstlich um die friedliche Koexistenz der Religion sorgen, deshalb in Erwägung gezogen werden, weil Spannungen im Verhältnis der weltanschaulichen Gruppen wahrgenommen werden. In der freien Religionsausübung aller wird die Gefahr von Zusammenstößen geortet, die das strapazierte Band der pluralistischen Gesellschaft zerreißen. Die Besinnung auf die verschiedenen Funktionen der Religionsfreiheit erinnert nun aber daran, dass die Geltung dieses Grundrechts primär keine Strapazierung der friedlichen Koexistenz ist, sondern deren Stütze. In spannungsvollen Situationen ist das Recht der Religionsfreiheit daher von erhöhter gesellschaftlicher Bedeutung. Indem allen die freie religiöse Entfaltung garantiert und Diskriminierung verhindert wird, werden Sprengpotentiale entschärft.

Eine Anspannung der Lage im Zusammenleben der Religionen ist deshalb grundsätzlich mit einer Bekräftigung des Prinzips der Religionsfreiheit zu beantworten. Gerade in solchen Situationen stellt sich mit besonderer Dringlichkeit die Aufgabe, aufmerksam über die Durchsetzung dieses Freiheitsrechts für Individuen und Gruppen zu wachen. Dieser Rechtsschutz bildet die beste Grundlage für eine Entspannung zwischen den verschiedenen Parteien und ein förderliches Zusammenleben in einer Kultur des Respekts. Der tragende Grundsatz liberaler Staatsorganisation, dass die individuelle Freiheit den sozialen Frieden besser schützt als jeder Zwang, ist hier gegen andere Impulse in Erinnerung zu rufen.

Selbstverständlich endet die freie Religionsausübung auch dann an den allgemeinen Schranken der öffentlichen Ordnung. Sie kann nur so weit zugestanden werden, wie sie der Freiheit anderer und dem Bestand des Gemeinwesens nicht widerspricht. Diese Grenze ergibt sich schon aus dem Status der Religionsfreiheit als Element der Verfassungssystematik. Dieser systematische Rahmen ist die Bedingung ihres eigenen Bestands. Eingedenk ihrer wichtigen Rolle für Individuum

und Gesellschaft werden Unvereinbarkeiten mit der öffentlichen Ordnung aber mit Zurückhaltung festgestellt werden müssen.

### *3.1.3 Religionsfreiheit und öffentliche Ordnung*

Der Verweis auf die öffentliche Ordnung als Grenze religiöser Freiheit wird oft unternommen. Gerade in der gegenwärtigen Diskussion wird angesichts des Auftretens fremder Religionen und damit verbundener Konfliktpotentiale diese Grenze vielfach geltend gemacht. Die Bundesverfassung von 1874 unterstrich die Bedeutung der durch die öffentliche Ordnung gegebenen Schranken im Bezug auf dieses Grundrecht, indem sie solche innerhalb der Artikel zur Religionsfreiheit eigens erwähnte (Art. 49 Abs. 5; Art. 50 Abs. 1 aBV). Daran lässt sich die Bedeutung der Bestimmung für den gesellschaftlichen Frieden ablesen. Dessen Schutz erfordert eine klare Regelung sowohl der Freiheit als auch ihrer Schranken. Heute ergibt sich diese Grenze durch die allgemeinen Grundrechtsbeschränkungen von Art. 36 BV.

Für den Vorbehalt der öffentlichen Ordnung ist charakteristisch, dass sein Gehalt nicht klar und abschliessend festgelegt ist. Im rechtlichen Kontext ermöglicht dies eine Anpassung an die gesellschaftlichen Entwicklungen und eine adäquate Regelung des Einzelfalls. Die Offenheit des Begriffs bringt aber auch die Möglichkeit eines sehr umfangreichen Verständnisses mit sich, das die Religionsfreiheit letzten Endes ihres Gehalts entleert.<sup>28</sup> Dies ist dann der Fall, wenn jeder gesetzlichen und habituellen Regelung des gesellschaftlichen Lebens ein unbedingtes Primat gegenüber der freien Religionsausübung eingeräumt wird. Auf die Spitze getrieben, wird mit dem Verweis auf die öffentliche Ordnung gar der Gehorsam auf der Ebene der Gesinnung eingefordert und die Legitimität ablehnender Einstellungen gegenüber bestehenden Regelungen bestritten.

Auch der Ruf nach Beschränkungen auf dem Weg eines weiten Begriffs der öffentlichen Ordnung findet in Zeiten wachsender Spannungen rasch Zustimmung. Die Religionsfreiheit reduziert sich in dieser Perspektive auf den engen Freiheitsraum, den die Gesetze und Gewohnheiten des Landes auch ohne das Grundrecht den Einzelnen belassen. Das spezielle Institut wird insofern obsolet. Indem die Religionsausübung so auf die Bahnen beschränkt wird, die die allgemeinen Regelungen und das Landesübliche vorsehen, werden religiöse Bedürfnisse zum Problem, die in einem freiheitlichen Gemeinwesen eigentlich keine Bedenken erregen sollten. Die erhitzten Diskussionen in der Schweiz über die Zulässigkeit muslimischer Gräberfelder sind hierfür ein gutes Beispiel. Obwohl mit den jüdischen Friedhöfen schon seit über hundert Jahren Sonderfriedhöfe einer

---

<sup>28</sup> Eine solche Tendenz wurde auch an der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts kritisiert. (P. Karlen, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Zürich 1988, 300f., mit weiteren Hinweisen.)

Minderheitsreligion bestehen, werden entsprechende Anliegen von muslimischer Seite vielerorts als grobe Anmassung wahrgenommen.

Ein solches Verständnis von der Beachtung der öffentlichen Ordnung greift in der Verteidigung von Akzidenzien der staatlichen Ordnung deren Substanz an: Das Prinzip individueller Freiheit, das in seinem Kern auch die Möglichkeit der Entfaltung religiöser Vielfalt beinhaltet. Die Herausforderung des Zusammenlebens in Pluralität wird durch Verunmöglichung der Vielfalt gelöst. Im Dienste des Wesens der öffentlichen Ordnung ist dagegen geboten, Freiheit im grösstmöglichen Mass einzuräumen und Einschränkungen nur dort vorzusehen, wo dies unvermeidlich ist. Auch in diesem Zusammenhang ist es essentiell, über die Gleichheit der Anforderungen für alle Personen unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit zu wachen. Einschränkungen um der allgemeinen Ordnung willen müssen auf dieser Basis der Gleichbehandlung erwogen und mit Sorgfalt auf ihre Unumgänglichkeit zum Schutz der öffentlichen Ordnung hin geprüft werden. Dies ist einerseits zum Schutz des Individuums angezeigt, andererseits wegen der öffentlichen Ordnung selbst, die als freie Ordnung zu schützen ist.

Noch bedenklicher sind Infragestellungen der Religionsfreiheit mit Hinweis auf die allgemeine Ordnung, wenn sie sich auf die Gesinnung beziehen. Damit wird ein innerster Kern menschlicher Persönlichkeit tangiert, der dem Staat in menschenrechtlicher Perspektive unbedingt entzogen ist. Überdies wird dem der demokratischen Ordnung inhärenten Zugeständnis ihrer eigenen Bedingtheit und Veränderbarkeit widersprochen. Die Entwicklung des demokratischen Staates lebt davon, dass seine Bürgerinnen und Bürger Verbesserungsmöglichkeiten wahrnehmen. Ferner krankt die Forderung gesinnungsmässiger Übereinstimmung mit der öffentlichen Ordnung am Problem, dass die wahren Gesinnungen der Einzelnen nur schwer feststellbar sind. Oft behilft man sich daher mit Hypothesen, die aus der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion abgeleitet werden. So werden Angehörige bestimmter Religionsgemeinschaften einem Generalverdacht ausgesetzt. In besonders besorgniserregender Weise kam dies im Fall eines Nationalrats zum Ausdruck, der im Fernsehgespräch mit einem observanten Moslem einen „Tatbeweis“ dafür forderte, dass dieser den Rechtsstaat respektiere.<sup>29</sup> Es bleibt zu hoffen, dass auch in Zukunft die Einhaltung der Gesetze bei allen dafür genügt, dass die Anerkennung des Rechtsstaats bis auf Weiteres vermutet wird. Ein anderer Tatbeweis lässt sich auch schwerlich erbringen.

---

29 So Nationalrat Gerhard Pfister (CVP) gegenüber Nicolas Blanchot (Islamischer Zentralrat Schweiz) in der Fernsehsendung „Arena“ des Schweizer Fernsehens vom 23.4.2010: „Was Sie verlangen ist, dass man Ihnen in einem liberalen Rechtsstaat die Freiheiten gibt, die Sie eigentlich nicht zugeht haben, weil Sie noch nicht klar den Tatbeweis angetreten haben, wie Sie es mit dem Rechtsstaat halten.“ (Video abrufbar unter: <http://www.videportal.sf.tv/video?id=0e4c1c08-0aa8-409f-b49c-92e7f55305fd> (letzter Zugriff: 30.4.2011))

Am erwähnten Beispiel wird deutlich, dass eine derartige Begrenzung des Grundrechts letztlich zu einer Verkehrung desselben führt: Religiös motivierter Dissens gegenüber Wertungen der herrschenden Ordnung wird nicht stärker, sondern schwächer geschützt als eine Abweichung aus anderen Motiven. Gegen eine solche Aushöhlung ist das Grundrecht entschieden zu verteidigen. Seine essentielle Funktion erfüllt es gerade in der Abwehr der Stimmungen, die zu solchen Infragestellungen verleiten. Im Lichte der obigen Besinnung auf die kritische Rolle der Religion im liberalen Staat erweist sich diese Auseinandersetzung als noch bedeutsamer. Sowohl im Kontext des politischen Diskurses als auch im Blick auf das Grundverständnis des Staates ist es von hohem Wert, dass der Staat aus weltanschaulicher Perspektive kritisiert werden kann und auch immer wieder kritisiert wird. Wie wir gesehen haben, ist es gerade der den Religionen eigene Blickwinkel des Unbedingten, in dessen kritischer Perzeption die Bedingtheit und Veränderbarkeit des Staatswesens aufscheint. Es ist deshalb in doppeltem Sinne von hoher Bedeutung, dass den Religionsgemeinschaften auch die Freiheit zu einer kritischen Einschätzung der bestehenden Ordnung zugestanden wird. Denn die Pflicht zum vorbehaltlosen Gehorsam der religiösen Gesinnung bedeutet einen Freiheitsverlust auf beiden Seiten: Auf der Seite der individuellen Religionsausübung, die in ihrem Kern getroffen wird, und auf der Seite des Staates, der seine eigene Bedingtheit und Begrenztheit ausblendet und damit auch die Freiheit seiner politischen Ausgestaltung verdunkelt.

### ***3.2 Grenzen der Religionsfreiheit***

In den vergangenen Abschnitten wurden problematische Beschneidungen der Religionsfreiheit identifiziert, die angesichts der Herausforderungen der Gegenwart drohen. In vermeintlicher Verteidigung des freiheitlichen Gemeinwesens gegen religiöse Kräfte werden dabei dessen Fundamente abgebaut. Gegen solche Selbstmissverständnisse wird in liberaler Perspektive für das Fortgelten religiöser Freiheit einzustehen sein. Nun ist zu fragen, welche Grenzziehungen in liberalem Horizont tatsächlich geboten sind.

Die Bundesverfassung regelt die Voraussetzungen für Einschränkungen der Religionsfreiheit wie bereits erwähnt in Art. 36 BV. Grundrechtsbegrenzungen bedürfen demnach einer gesetzlichen Grundlage, der Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse oder den Grundrechtsschutz Dritter sowie der Verhältnismässigkeit. Ferner dürfen sie den Kerngehalt des jeweiligen Rechts nicht berühren. Schon damit ist deutlich, dass die liberale Rechtsordnung Einschränkungen nur in engen Grenzen zulassen will. Sie sollen sich auf sekundäre Gehalte des Grundrechts reduzieren, das Mindestmass des begründenden Zwecks nicht überschreiten und auf demokratischem Weg klar bestimmt sein. Entscheidender Zentralbegriff für die Beurteilung der Zulässigkeit und Gebotenheit

einer Grundrechtsbeschränkung ist letztlich der Begriff des öffentlichen Interesses, der nach herrschender juristischer Lehre eigentlich auch den eigens erwähnten Grundrechtsschutz Dritter umfasst.<sup>30</sup> Er kommt der oben diskutierten Rede von der öffentlichen Ordnung nahe und zeichnet sich durch seine konstitutive Unbestimmtheit aus. Letztlich sind hier die allgemeinen Interessen im Lichte der fundamentalen Wertungen, auf die sich die Gemeinschaft im demokratischen Diskurs geeinigt hat, zu beurteilen. Deren Umfang kann nicht klar und abschliessend bezeichnet werden, vielmehr sind konkrete Sachlagen auf die involvierten öffentlichen Interessen jeweils eigens zu befragen. Das bedeutet auch, dass bei jedem Grundrecht die Berücksichtigung anderer öffentlicher Interessen von besonderer Relevanz ist.

Die Erwägung von Grundrechtsbeschränkungen erfordert somit eine Interessensabwägung. In einem liberalen Rechtsstaat stehen dabei nicht bloss öffentliche Interessen privaten gegenüber, vielmehr besteht auch am Grundrechtsschutz ein gewichtiges öffentliches Interesse. In der vorangehenden Erörterung der Rolle der Religionsfreiheit ist deutlich geworden, dass die Allgemeininteressen an der Geltung des Rechts hier besonders hoch sind. Die gesellschaftliche und institutionelle Funktion des Prinzips religiöser Freiheit im liberalen Staatssystem ist fundamental. Eingedenk ihrer erhöhten Bedeutung unter den Bedingungen verstärkter weltanschaulicher Pluralität sowohl als friedenssicherndes Institut als auch als Basis des demokratischen Diskurses ist deshalb gerade heute angezeigt, Restriktionen ausschliesslich dort vorzusehen, wo sie unter den konkreten Bedingungen des Einzelfalls erforderlich erscheinen.

Beschränkungen der Religionsfreiheit verlangen in liberalem Horizont also Regelungen, die konkrete Fragen klären oder eine flexible Anwendung auf den Einzelfall erlauben.<sup>31</sup> Die Fragen nach Kopftuch, Unterrichtsdispensation oder Schulweihnacht werden in abstracto nicht adäquat beantwortet. Ob ein Kopftuch von einer Gymnasial- oder von einer Primarlehrerin getragen wird, ob eine Dispensation vom Schwimmunterricht für ein religiös unmündiges Kind durch die Eltern verlangt oder von einer mündigen Person beantragt wird, ist von entscheidender Bedeutung. So ist in jedem Fall zahlreichen Differenzierungen Rechnung zu tragen, um der spezifischen Situation gerecht zu werden. In besonderem Ausmass gilt dies für religiöse Symbole im öffentlichen Raum, die am häufigsten Anlass zur Prüfung von Einschränkungen geben. Die Bedeutung eines

---

30 U. Häfelin/W. Haller/H. Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Auflage, Zürich 2008, 95 und 97. Für eine Begründung dieser Meinung siehe M.P. Wyss, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Bern 2001, 204f. Zum Motiv des Bundesrats, diesen Einschränkungsgund dennoch explizit zu erwähnen, siehe die Erläuterung in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung (BBl 2006 I, 196).

31 Ähnlich P. Karlen, *Umstrittene Religionsfreiheit. Zu aktuellen Streitfällen und den Richtpunkten ihrer Beurteilung*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1997/3, 193-211, bes. 200.

Kreuzes ist unmittelbar abhängig von dessen Gestalt, dem Kontext, in dem es auftritt, und den Intentionen sowie dem Verhalten dessen, der es aufstellt oder trägt. Dies alles muss berücksichtigt werden, um zu bestimmen, ob die konkrete Präsenz des Symbols höherrangigen öffentlichen Interessen entgegensteht.

Auch das Gewicht entgegenstehender Interessen wird am konkreten Fall zu prüfen sein. Entscheidend ist nicht nur der genaue Inhalt des Interesses, sondern auch dessen Bedeutung in der jeweiligen zeitlichen und örtlichen Situation. Es kann daher durchaus sinnvoll sein, wenn bezüglich bestimmter Einschränkungen in den Kantonen unterschiedliche Regelungen bestehen. Dies setzt aber selbstverständlich sachliche Gründe voraus.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat sich in den vergangenen Jahren, wo es mit Einschränkungen der freien Religionsausübung befasst war, bemüht gezeigt, die konkreten Bedingungen des Einzelfalls zu würdigen. Mit dem Kopftuchverbot für eine Genfer Lehrerin (BGE 123 I 293) und der Verweigerung einer Dispensation zweier Knaben vom obligatorischen Schwimmunterricht in Schaffhausen (BGE 135 I 79) hatte das Bundesgericht zwei Fälle zu entscheiden, die ein schwieriges Abwägen erforderten. Ein Blick auf die höchstrichterlichen Erwägungen lässt die Bemühung um Einschätzung des spezifischen Sachverhalts unterschiedlich geglückt erscheinen. Die Beurteilung der Dispensationsverweigerung beachtet etwa die spezifische Situation von Knaben, die anders als streng religiöse Mädchen im Schwimmunterricht nicht eigene Kleidungs Vorschriften verletzen, sondern bloss dem Anblick des anderen Geschlechts in leichter Bekleidung ausgesetzt sind. In Bezug auf die massgeblichen öffentlichen Interessen werden ebenfalls die Besonderheiten des konkreten Falls beachtet. Ausschlaggebend sind namentlich die aktuelle Bedeutung der Integration von Musliminnen und Muslimen und die spezifische Funktion des obligatorischen Schwimmunterrichts in diesem Zusammenhang. Durch den unmittelbaren Bezug des Sachverhalts zur Aufgabe der Integration fremdkultureller Kinder im Bildungswesen und in Verbindung damit auch zur in der Verfassung verankerten Geschlechtergleichstellung erscheint der Entscheid auch in liberalem Horizont vertretbar. Allerdings stellt die Gewichtung der involvierten Interessen in der liberalen Staatsordnung eine heikle Gratwanderung dar, was sich darin widerspiegelt, dass das Richtergremium nur mit knapper Mehrheit entschied.<sup>32</sup> Dies zeugt davon, wie wichtig die Berücksichtigung möglichst spezifischer Konstellationen bei Einschränkungen der Religionsfreiheit ist.

---

32 Siehe zu Gang und Ergebnis der öffentlichen Beratung die SDA-Meldung „Auch muslimische Kinder müssen zum Schwimmunterricht. Bundesgericht entscheidet neu in einer Grundsatzfrage“, abrufbar unter: [http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/auch\\_muslimische\\_schueler\\_muessen\\_zum\\_schwimmunterricht\\_1.1162998.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/auch_muslimische_schueler_muessen_zum_schwimmunterricht_1.1162998.html) (letzter Zugriff: 30.4.2011).

Auch im Fall des Kopftuchverbots werden viele Einzelheiten des Falls eingehend erwogen. So wird etwa auf die Tatsache abgestellt, dass die Betroffene auf der Primarstufe unterrichtet, weshalb ihre Schülerinnen und Schüler noch leicht beeinflussbar seien. Allerdings findet leider keine Berücksichtigung, wie das Kopftuch im konkreten Fall vor dem Hintergrund des gesamten Auftretens der Lehrerin auf Schüler-oder Elternschaft wirkte.<sup>33</sup> Problematisch ist an dem Entscheid auch die Annahme, das religiös neutrale Gemeinwesen sei bei Tilgung markanter religiöser Kleidungsstücke besser repräsentiert als bei Gewährung derselben. Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass die weltanschauliche Nacktheit einer Lehrperson schwerlich zu realisieren ist. Auch ohne religiöse Symbole wird eine pädagogische Kraft durch Kleidung und Haarschnitt, vor allem aber durch ihr bewusstes oder unbewusstes Verhalten und ihre Redeweise unvermeidlich eigene weltanschauliche Gehalte zum Ausdruck bringen, in gewissen Fällen zweifelsohne gar ausgesprochen prononciert. Ferner ist zu fragen, ob die Vertretung des liberal-säkularen Staates nicht angemessener erfolgt, wenn an der einzelnen Lehrperson die Freiheit zur Vielfalt und Selbstbestimmung sichtbar wird, als bei Erzwingung äusserlicher Konformität.<sup>34</sup> Diese Einschätzung scheint in liberaler Perspektive sehr plausibel. Problematisch wäre das Tragen eines Kopftuchs gerade dann erst, wenn die Lehrerin ihre religiöse Überzeugung den Kindern aktiv zu vermitteln suchte. Dies war im Genfer Fall nicht so. Hier wird nochmals die hohe Relevanz der konkreten Umstände für Grenzziehungen in liberalem Horizont offenkundig.

Für Grenzziehungen um die Religionsfreiheit ist im liberalen Staat füglich eine Maxime grundlegend: Die sorgfältige Differenzierung konkreter Sachlagen. Beschränkungen der Religion sind mit Umsicht auf die Fälle zu beschränken, in denen sie tatsächlich erforderlich sind. Dies setzt sowohl die Unterscheidung der vielfältigen Konstellationen als auch die Einschätzung der spezifischen Erfordernisse der Gegenwart voraus. Es kann also kein Katalog der zulässigen Beschränkungen erstellt werden, die Zulässigkeit und Gebotenheit – dies fällt in liberaler Perspektive zusammen, denn nur gebotene Einschränkungen sind auch zulässig – muss unter Berücksichtigung spezifischer Umstände für möglichst eng umgrenzte Fallkonstellationen geprüft werden. Dies ist zwar weit umständlicher als abstrakte Grenzbestimmungen, jedoch unerlässlich, wenn der Geist des Liberalismus nicht aus dem Gemeinwesen ausgetrieben werden soll.

Diese Maxime schliesst freilich nicht aus, dass auch umfassendere Restriktionen wie das derzeit von verschiedenen Seiten geforderte Burkaverbot erlassen werden.

---

33 W. Kälin moniert daher mit Recht, dass in diesem Fall „auf Vorrat hin eine Grundrechtsbeschränkung vorgenommen“ wurde. (W. Kälin, *Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft*, Zürich 2000, 169.)

34 In dieser Richtung argumentieren auch J. P. Müller/M. Schefer, *Grundrechte in der Schweiz*, a.a.O., 276f.

Ein solcher Schritt könnte etwa angezeigt sein, wenn die starke Präsenz solcher Ganzkörperverschleierungen verbreitet Ängste auslöst, die den gesellschaftlichen Frieden ernsthaft bedrohen. Die friedenssichernde Rolle der Religionsfreiheit schliesst keineswegs aus, dass gewisse Formen der Religionsausübung unter bestimmten Umständen dem religiösen Frieden abträglich sind. Von einer solch gewichtigen Präsenz der Burka ist man in der Schweiz zurzeit aber sehr weit entfernt. Der Schutz der betroffenen Frauen erscheint kaum als überzeugendes Argument, ist doch der Zwang zum Tragen der Burka schon durch die aktuelle Gesetzgebung sanktioniert. Statt eines Verbots, das auch die freiwilligen Trägerinnen betreffen würde, sind daher die Rahmenbedingungen zu schaffen, damit Frauen ihre Rechte tatsächlich ausüben können<sup>35</sup> – auch wenn dieser Weg anspruchsvoller ist. Mit Blick auf die Trägerinnen des Gesamtschleiers ist auch zu beachten, dass ein Verbot weder bei Freiwilligkeit noch bei Unfreiwilligkeit emanzipatorische Wirkung zeitigen dürfte. Die betroffenen Frauen würden damit eher in ihre Wohnungen zurückgedrängt. Auch auf die Frage der Wirkung ist bei der Diskussion von Verboten in liberaler Perspektive stets das Augenmerk zu richten.

Die aktuelle Lage gibt kaum Anlass, Allgemeinverbote einzuführen. Eine Option, in grundsätzlicher Weise legislatorisch auf den verstärkten weltanschaulichen Pluralismus zu reagieren, bestünde darin, die Grundanforderungen an die religiösen Gruppen für ein Zusammenleben in einer multireligiösen Gesellschaft in der Verfassung festzuhalten. Einen solchen Vorschlag in Form eines Toleranzartikels haben die Rechtsprofessoren Jörg Paul Müller und Daniel Thürer in Reaktion auf die Annahme der Minarettinitiative eingebracht.<sup>36</sup> Der Vorschlag nimmt eine Idee auf, die bereits im Zusammenhang mit der Aufhebung des Jesuitenverbots in der Schweiz diskutiert wurde.<sup>37</sup> In einem solchen Artikel würden die Religionsgemeinschaften zu gegenseitiger Toleranz, Respekt gegenüber der Rechtsordnung und Rücksichtnahme auf die übrige Bevölkerung verpflichtet.

An dieser Stelle ist keine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Vorschlag möglich. Es ist aber doch die Frage zu stellen, ob gerade in diesem Ansatz ein rechtlicher Umgang mit der Thematik vorgeschlagen wird, der in liberalem Horizont angemessen erscheint. Sicherlich würden mit dem Artikel essentielle Werte für das Gelingen eines pluralistischen Miteinanders benannt. Allerdings fragt sich, ob eine gesetzliche Verankerung dieser Ansprüche sinnvoll ist. Die

---

35 Diese Meinung vertritt auch Amnesty International. Siehe dazu <http://www.amnesty.ch/de/themen/frauenrechte/dok/2010/burkaverbot-in-der-schweiz> (letzter Zugriff: 30.4.2011).

36 Der erläuterte Artikelentwurf von J.P. Müller und D. Thürer ist abrufbar unter: <http://www.sonntagonline.ch/content/1260653476.pdf> (letzter Zugriff: 30.4.2011).

37 Auf diese Quelle hat J. P. Müller in seinem Vortrag „Toleranz als Bedingung religiöser Freiheit im Zusammenleben fehlbarer Menschen“ (4.11.2010, Universität Basel) hingewiesen. Vgl. dazu BBl 1972 I, 150f.

Möglichkeit, die Religionsausübung zugunsten öffentlicher Interessen zu beschränken, ist ja bereits sichergestellt. Eine besondere Aufforderung zu Rücksichtnahme auf das Empfinden der Bevölkerung, wie sie im Entwurf von Müller und Thürer vorgesehen ist, könnte wohl entgegen ihrer Intention leicht zur Legitimation angeführt werden, um bei jeder Verunsicherung und Irritation durch fremde Praktiken deren Einschränkung zu fordern. Der Artikel würde die Religionsfreiheit gerade dort bedrohen, wo sie Minderheiten schützen soll. Eine zurückhaltendere Formulierung wäre insofern vorzuziehen, diese wäre dann allerdings wohl noch eindeutiger ohne rechtliche Relevanz.<sup>38</sup>

Der Vorschlag von Müller und Thürer hat zum Ziel, das Verfassungsverbot von Minaretten wieder aufzuheben, ohne die in dessen Annahme zum Ausdruck gekommenen Anliegen der Stimmbevölkerung zu ignorieren. Als Umsetzung dieser Anliegen in einer dem Verfassungstext angemessenen, diskriminierungsfreien und verhältnismässigeren Bestimmung ist der Vorschlag gewiss diskutabel. Im Sinne eines Kompromisses verdient ein solcher Artikel auch in liberaler Perspektive ernste Erwägung. Eine Verfassung, die weder Minarettverbot noch Toleranzartikel, sondern bloss die klare Regelung des Grundrechts und dessen Einschränkungsvoraussetzungen enthält, erscheint aber grundsätzlich nach wie vor als beste Variante, um in liberalem Geist auf die Herausforderungen der Zeit zu antworten.

#### **4. Mut und Augenmass**

Die Frage nach der Freiheit der Religion führt auf die Fundamente des liberalen Rechtsstaats. Die Erörterung der Rolle dieses Instituts im ersten Teil des Aufsatzes hat deutlich gemacht, dass die Religionsfreiheit nicht bloss ein wichtiges Grundrecht in dieser politischen Ordnung darstellt, sondern als ein Prinzip derselben zu verstehen ist. Vor diesem Hintergrund stellt die rechtliche Beschränkung von Religion ein höchst delikates Problem dar. Die freie Religionsausübung muss beschränkt werden, wo höherrangige öffentliche Interessen dies erfordern. Angesichts der Bedeutung der Religionsfreiheit für Individuum und Gesellschaft setzt die Feststellung eines solchen Überwiegens aber die Identifikation gewichtiger Gegeninteressen und ein sorgfältiges Abwägen voraus. Dies lässt sich nicht aufgrund eines Blicks auf die allgemeine Lage der Gegenwart oder gar abstrakt erledigen. Notwendig ist eine angesichts der laufenden Veränderung der Verhältnisse unabschliessbare Prüfung spezifischer Konstellationen, damit

---

38 W. Kägi hat in der Diskussion eines Toleranzartikels im Zusammenhang mit der Aufhebung des Jesuitenverbots auch dargelegt, dass eine solche Bestimmung der Anlage der schweizerischen Bundesverfassung widerspricht, die eine grundsätzliche Beschränkung auf im engeren Sinne rechtliche Normen beinhaltet. (BBl 1972 I, 151.) Kägi bezieht sich damit freilich auf die alte Bundesverfassung.

Schrankensetzungen nur die konkreten Fälle ausgrenzen, die die allgemeine Ordnung überfordern. Eine solch präzise Differenzierung der verschiedenen Sachlagen drängt die Bedeutung der Religionsfreiheit auf, ergibt sich aber überdies aus der besonderen Charakteristik religiöser Ausdrucksweisen, deren Gehalt sich noch mehr als bei anderen Artikulationsformen erst aus dem spezifischen Kontext ergibt.

Nur im behutsamen Beschreiten dieses Weges kann das Recht Religion in liberalem Horizont beschränken. Wo hingegen unbesehen der Vielfalt der Sachlagen vorschnell allgemeine Verbote und einschnürende Generalverdächtigungen in den Raum gestellt werden, da ist das Freiheitsrecht resolut zu verteidigen. Dass religiöse Freiheit nur dort eingeschränkt wird, wo die spezifische Situation dies gebietet, setzt voraus, dass Religionsfreiheit im Grundsatz weiterhin für jede und jeden gleichermassen garantiert ist. Damit verbindet sich auch die anspruchsvolle Aufgabe, immer neu zu prüfen, ob die überkommene Rechtslage den pluralen Besonderheiten der Zeit Rechnung zu tragen vermag. Zugleich ist das Bewusstsein zu kultivieren, dass die Entscheidung zur individuellen Freiheit auch eine gewisse Toleranz gegenüber Formen ihrer Ausübung impliziert, die als unangenehm empfunden werden und allenfalls den eigenen Werten widersprechen.

Das Insistieren auf der Wahrung grösstmöglicher Freiheit, zu dem der liberale Geist antreibt, fusst keineswegs auf einem dogmatischen ‚Fiat libertas et pereat mundus‘. Leitend ist nicht eine Überzeugung, wonach Einschränkungen der Freiheit auch um des Erhalts der Ordnung willen nicht gutgeheissen werden dürften. Der liberale Staat enthält im Gegenteil schon in seinem Prinzip die Sicherung der Freiheit durch eine sie beschränkende Rechtsordnung. Sein Prinzip beinhaltet aber auch die dargestellte Einsicht, dass die Garantie gleicher Freiheiten der Einzelnen der Stabilität der Ordnung und dem gesellschaftlichen Frieden förderlich ist. Deshalb wird er, wenn er sich treu bleibt, in spannungsgeladenen Zeiten so unbeirrt an ihr festhalten, soweit ihre Einschränkung nicht unumgänglich ist. Freiheit im Allgemeinen und Einschränkungen im Besonderen basieren auf denselben Gründen. Dieses Bewusstsein bietet auch angesichts erheblicher gesellschaftlicher Spannungen die Grundlage einer gelassenen Nüchternheit in der Erwägung erforderlicher Beschränkungen.

Weil Freiheit nicht primär Gefahr, sondern Schutz für die Rechtsordnung bietet, wäre es verfehlt, dem Wohl der individuellen Freiheit in vermeintlicher Verteidigung derselben selbst Abbruch zu tun. Damit die gesellschaftlichen Freiheitsräume allerdings tatsächlich ihre positiven Potentiale entfalten, ist eine gewisse soziale Verbundenheit auf der Grundlage wechselseitiger Anerkennung unabdingbar. An verschiedenen Stellen sind wir im Gang dieses Textes auf die Bedeutung von Vorkehrungen gestossen, die das gegenseitige Verständnis der

vielfältigen Bevölkerungsgruppen fördern. Um die Notwendigkeit rechtlicher Restriktionen zu vermeiden, sind namentlich in den Bereichen der Raumplanung und Bildung rechtzeitig Massnahmen zu treffen, die die Begegnung der weltanschaulichen Gruppen sicherstellen, eine Sensibilität für die Unterschiede und Gemeinsamkeiten ermöglichen, ein authentisches Bild der Anderen vermitteln, aber auch das Bewusstsein der eigenen Identität schärfen und schliesslich das Verständnis der Werte der Rechtsordnung fördern. Auch diese vielfältigen und anspruchsvollen Herausforderungen sind nicht durch einzelne allgemeine Vorkehrungen zu bewältigen, sondern rufen neben der umsichtigen Schaffung der richtigen Rahmenbedingungen nach einem beharrlichen staatlichen und zivilgesellschaftlichen Engagement in grösseren und kleineren Initiativen zahlreicher Form. Billig ist eine Gesellschaft Freier und Gleicher nicht zu haben. Mit unbeirrbarem Mut zur Freiheit, geduldigem Augenmass bei der Erwägung von Einschränkungen und umsichtigem Einsatz für das Verständnis der Eigenheiten des Anderen kann eine weiträumige Religionsfreiheit mit beweglichen Grenzen aber den Boden bilden, auf der eine bunte religiöse Landschaft in liberalem Horizont gedeihen kann.

**Abkürzungen zitierter Rechtstexte und Amtsschriften:**

AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Resolution 217 A (III) der UNO-Generalversammlung vom 10. Dezember 1948
BBl	Bundesblatt (= Amtsblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
aBV	(alte) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 8. September 1874
BV 1848	(alte) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
VHR 1798	Verfassung der Helvetischen Republik vom 12. April 1798

**Marcel Stüssi<sup>1</sup>**

## **Can the Extent of Religious Freedom be Measured?**

The purpose of this paper is to develop a method to assess the extent of religious freedom internalized by a country. It represents an effort to provide a framework of possible patterns of the right to individual or collective religious freedom, as well as resulting configurations between religious institutions and the state. With this aim in mind, the paper claims two things. Firstly, that the extent of the constitutionally protected right to religious freedom can be assessed along three dimensions – one measuring the level of state interference with individual religious freedom, another involving the amount of collective religious autonomy granted by the state, and a third representing the proximity between religious and governmental institutions.<sup>1</sup> Secondly, that these theoretical accounts can be applied to varying national jurisdictions, especially to those governing pluralistic societies.<sup>2</sup>

For this study in comparative constitutional law, three varying countries have been chosen: Switzerland, the United States, and Syria. At this stage some important preliminary points require to be mentioned. Theorizing is involved when one makes a choice of concepts by which to undertake a classification. The term religious freedom reminds us that religion and freedom are related in various ways and intersect on a number of different planes including the political, philosophical, legal, theological, natural, and psychological. In view of the latter, the *de iure* freedoms may not necessarily coincide with the *de facto* connections.<sup>3</sup> Society's disposition towards a religion or religions in general may, in reality, be friendly, hostile, or ignorant, whatever stance the constitutional position espouses. However, in the following, the

---

1 Marcel Stüssi is a lecturer in human rights law at the University of Lucerne – Switzerland. For this paper he has conducted legal research in Damascus, UC Berkeley Boalt Hall, and Lucerne.

1 Resulting configurations between individual adherents and religious institutions are not treated here as a separate, that is to say, a fourth dimension. The reason for this is that Swiss, American, and Syrian constitutional law does not regulate the relationship between „private parties,“ unless the state is obliged to act positively for the protection of religious freedom.

2 Although such an evaluation can never be accurate from a scientific perspective and, thus, will also remain vague in this paper.

3 Drawing on Rex Ahdar & Ian Leigh, *Religious Freedom in the Liberal State 68*(Oxford University Press 2005).

paper will restrict itself to the constitutional and philosophical planes. Additional planes mentioned are – despite their apparent meaningfulness – screened out.<sup>4</sup> Moreover, it is presumed that religious freedom derives from a legal relationship which involves the individual, the religious communities, and the state. And, although in reality religious freedom is far-reaching, intermingled, multilayered, and complex, the propositions soon to be made are deliberately oversimplified. It also means that the complexity found in specific countries is reduced, at this theoretical level, the idea being the production of salient differences that can be illustrated in perceptible terms along a straightforward linear continuum.<sup>5</sup>

Additional points need to be stated. The theory omits to address the issue of how shifts in degrees of religious freedom come about. It gives no consideration to legal processes, and captures all three dimensions as one time-event. Furthermore, descriptions embark from the assumption that moderation is a prime virtue of pluralist societies. The objective to find balanced accounts of religious freedom is consoling and encouraging because no-one must ultimately choose between extremes. The middle ground sought after in this elaboration is one determined by considerateness and respect towards all participants in society, whatever their beliefs might be.

The three dimensions will be treated separately from each other in order to illustrate the environment of religious-freedom laws as adequately as possible. It begins by sketching philosophical ideas regarding individual religious freedom. This is then followed by the development and identification of the theoretical indicators necessary to assess individual aspects of religious freedom. Next, these theoretical indicators are applied to concrete constitutional law found in Switzerland, the United States, and Syria. The objective of this method is to illustrate the extent to which individual religious freedom has been internalized by the respective legal system. Subsequently, the same approach is taken with regard to the right to collective religious freedom. It means that consideration is initially given to a philosophical reason why collective religious freedom is important; then theoretical indicators are established; and finally, concrete constitutional law is applied and illustrated. As for the proximity dimension a slightly different objective is pursued. Although the same method is utilized, the proximity dimension does not search for degrees of any justiciable right, but for the resulting configurations between religious institutions and the state. The question is how close public authorities come to religious organiza-

---

4 An exception to this approach must be applied to Syria, a country in which politics and law are sometimes separate and sometimes overlap.

5 Among academics there is a growing propensity to illustrate the extent of religious freedom along a basic spectrum. E.g. Ryskamp George, *The Spanish Experience in Church-State Relations: A Comparative Study of the Interrelationship between Church-State Identification and Religious Liberty*, 1980 Brigham Young University Law Review 616 ff.; Durham Cole, *Perspectives on Religious Liberty*, in *Religious Human Rights in Global Perspectives*, ed. Johan van der Vyver et al., Nijhoff 1996, p. 12ff.); and Rex Ahdar & a.a.O.

tions. So the issue is one of legal structure, but not one of claimable right. Finally, some insights will be given into the interplay between the dimensions, and last but not least, an overall conclusion will be drawn. It must be emphasized that this paper is bedevilled by questions of scope. At no time is it possible to answer comprehensively all the issues raised.

## Individual Dimension

### *Theoretical Indicators*

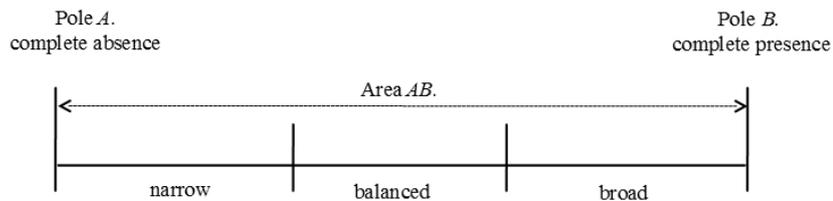
Liberal philosophy claims that silencing the expression of individual belief is tantamount to robbing the human race of its essential characteristic.<sup>6</sup> This idea refers to the conviction that the individual needs the freedom and challenge of using reason to distinguish right from wrong and good from bad. In this sense, government should respect people's individual choices in matters of religion and abstain from teaching how to pursue the good life. Most if not all pluralist nations have responded to the significance of individual religious freedom. Country-specific interpretations, however, pay varying heed to the importance of this type of liberty. And, it is this difference that interests us for the remaining part of this subsection.

It is assumed that the degree of individual religious freedom can be evaluated by means of a straightforward linear continuum as depicted in Figure D.1(t) below. Poles A. and B. represent the polar extremes of either complete absence or complete presence of individual religious freedom. Between them lie various intermediate indicators referred to as Area AB. They are presumed indefinite since it is not really known how many intermediate indicators exist. Once these basic features are recognized, refinements need to be introduced that help fine tune and describe significant subfeatures along the continuum. From the left to the right, they correspond to three major areas of gradation, namely as a „narrow,“ a „balanced,“ or a „broad“ constitutional right.<sup>7</sup> Arguably, these refinements make it possible to identify salient differences among country-specific interpretations, and will later help us to plot the Swiss, US American, and Syrian models along the continuum. For now, however, we take a closer look at the features' actual meaning.

---

6 E.g. John Stuart Mill, *On Liberty* 20 (1806), ed. By Stefan Collini, Cambridge University Press 1989).

7 In other words, the subfeatures „narrow,“ „balanced,“ or „broad“ correspond to a „small,“ „medium,“ and „large“ scope of the right to religious freedom. So degrees of religious freedom increase from left to right on the spectrum.



**Figure D.1(t) – individual religious freedom**

*Pole A.*

Suppose that at Pole A. there is a complete absence of the right to individual religious freedom. The state denies religious freedom to the individual by granting no rights whatsoever to religious experience. In other words, it means that the state neither approves an individual right to contemplate, nor a right to act upon one's own inner convictions. In this primitive state of affairs people possess, for instance, no means to individual salvation for the greater glory of one or more Gods, and cannot decide by force of their independent will what they desire to believe. This implies that everyone is banned from joining or belonging to a religious community, from participating in religious ceremonies, or from following religious teachings. Complete absence of religious freedom also connotes to the circumstance in which no person is free to think, or change an opinion or conviction. Hence, by means of this fictitious situation, people are largely deprived of the qualities that make them human. From a religious perspective government makes the life of individuals poor, nasty, brutish, and short.<sup>8</sup> So Pole A. represents a hypothetical extreme of a hostile secular state that can hardly be regarded as real, but nevertheless provides some first valuable indicators along the basic continuum.

*Intermediate points along AB.*

*Narrow interpretation* – Assume that at the far left, though inside the „narrow“ field, the state begins to grant de minimis rights to personal religious liberty. It can mean that individuals are free to opine, but not as yet to act upon their conviction. They are allowed to hold their own judgements as formed by their mind operating, inter alia, on reason, feelings, and intuition. People may retain or choose among be-

<sup>8</sup> The situation alludes to Thomas Hobbes' *Leviathan or The matter, Forme, & Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civill* 87 (Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Paul's Church-yard, 1651).

liefs by replacing the current religion with another. At this uninvolved stage, government restricts itself from interfering with the freedom of thought, conscience, and belief,<sup>9</sup> though the liberty to manifest one's conviction still impairs the limited rights enjoyed at this level. Now, shifting slightly towards the right within the same „narrow“ field, people start receive very limited freedoms to manifest and profess their convictions. They may enjoy the right to worship in the form of ritual and ceremonial acts giving direct expression to belief. At an even more developed stage, additional indicators stand for the circumstances in which more individual liberties are being granted. Individuals may choose to observe religious customs such as dietary regulations, or wear distinctive clothing or headcoverings. Moreover, practices integral to worship, including the erection of religious constructions, use of ritual formulae and objects, and the observance of holidays and days of rest are no longer pre se prohibited.

However, the crux of the matter is that within the entire „narrow“ interpretative demarcation, people must fear deprivations of earlier assigned rights. The reason for this is that there still exist no criteria by which government would balance individual religious adherents' interests against those of other people. For instance, if a particular religious exercise disturbs others, it may be limited, however unreasonable that claim might be. To put this in another way, at this interpretative stage individuals may have to concede to arbitrary deprivations since already assigned rights are given „highly nominal“ status only. It means that the scope of rights can be reduced whenever it conflicts with the interests of the public or third parties. It is thus presumed that, at the „narrow“ level, citizens live with the uncertainty of unpredictable legal readjustments setting in, and as a consequence of this possibility, new distributions of individual rights and obligations might unfold that may not only be detrimental, but also illegitimate.<sup>10</sup>

*Balanced interpretation* – When constitutional construction reaches a „balanced“ stage, matters become more sophisticated. At the outset, the state respects the freedom of each person to do, omit or believe his or her own thing as an objective worth pursuing. Proportional considerations then question what should happen if mutual agreement on the boundary of freedom did not exist. What if one person is disturbed by the wearing of a Muslim headscarf while other individuals want to allow such a head covering? The secular state in its function as a reasonable mediator then employs a balancing-of-interest test in order to ensure that overt external interference with personal religious freedom is not countenanced. The test basically asks how interests of a special religious domain of life reasonably outweigh whatever interests

---

9 This may include the absence of threat and physical force, or penal sanctions for having a distinct belief.

10 The concept of „highly nominal“ rights draws on James Buchanan's account in *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* 76 ff. (University of Chicago Press 1975).

may conflict with them. So by virtue of that balancing, the state no longer arbitrarily interferes with religion whenever such exercise is challenged. Before taking action, or abstaining from action, the state asks itself (i.) whether its powers are exercised in a manner that they are suited to achieve the purpose intended; (ii.) whether its intervention is necessary in the sense that there are no milder means to attain the objectives pursued; and (iii.) whether it does not impose burdens or cause harm to other legitimate interests of individuals which are disproportionate to the importance of the objectives achieved.<sup>11</sup>

It can be presumed that this balancing-of-interests test requires the state powers to enable specific degrees of mutual concessions or modifications along the „balanced“ indicators along the continuum. The openness of the formula may generate varying results. This is, among other things, because people have varying understandings of what measures are suited to achieve specific objectives, and what might constitute milder means to pursue these objectives. The doctrine can, thus, be seen as an empty vessel which is filled with meaning by whatever is considered just and equitable in the specific circumstances of a case. In this intermediate sphere, individual adherents must still be prepared to put up with changes in their „relatively nominal“ freedoms to religious exercise. But they are now provided with a standard against which things may be compared or assessed. In this view, a religious neighbour may be prevented from erecting an over-sized religious construction in his garden, but is free to erect a similar construction that does not disturbingly change the character of the area in which he is living; or a prison regulation may permit a religious inmate to attend in-house church services, if he does not pose a threat to personnel and co-inmates. The idea of finding „balanced“ accounts is consoling and encouraging to anyone who wishes to believe that her or his individual interests are taken equally seriously as those of the public or third parties.

It is thinkable that, within the „balanced“ demarcation, the secular state also applies a more rigorous balancing approach. This might be the case where government takes the view that interferences with individual freedom of religion must be interpreted in such a way that they are convincingly established. In this respect, the state may ask whether the interference complained about (a.) corresponds to a pressing or compelling public interest; (b.) whether it is proportionate to the legitimate aim pursued; and (c.) whether the reasons given by the national authority to justify it are relevant and sufficient.<sup>12</sup> The strictness of this second proportionality test places a finger on the balancing scale, weighting it more heavily in favour of individual religious-freedom claims. It is necessary to mention that, within the „balanced“ demarcation as well, individual rights are still „nominal“ and not „absolute.“ Conceivably,

---

<sup>11</sup> The proportionality doctrine as applied today in many jurisdictions originated in Prussia and was developed to restrict the discretionary powers of police authorities.

<sup>12</sup> As developed in *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 422 (1963); or BGE 119 Ia 178, E. 7a, S. 190.

the difference between the „narrow“ and the „balanced“ level is that citizens are more likely to be treated equally fairly as the balancing process represents a suitable way of addressing each party’s reason, and explaining it within conceptions of social justice. Central to this theoretical concept is that the state is impartial towards religion, and that it reasonably allows adherents to act in a particular and definite manner, to choose this or that good, to incarnate a certain good in this or that way, and to follow what she or he judges to be good upon honest internal investigation.<sup>13</sup> Social organization in accordance with the techniques as balanced above then provides for efficient means of achieving individual religious objectives.

*Broad interpretation* – It can be assumed that within the „broad“ interpretation field, religious claims will receive direct and concrete preferential treatment in competition with non-religious interests. So, for instance, problems posed by the laws of privacy, or equality such as the ordination of women or of practising homosexuals, may not be accorded equal concern and respect, as the law ascribes a higher value to religious-freedom interests than to any other fundamental right. Consequently, non-religious rights are treated as subordinate rights in instances where they do not coincide with religion. The state can implement this approach by describing the scope of other fundamental rights (other than religious ones) narrowly, or by plainly conceding that individual religious liberties are more fundamental than others, and must take priority in the event of conflict. Moreover, at this level, some aspects of religious liberty are increasingly treated as inviolable (e.g. the right to worship individually, to wear distinctive clothing, or build religious constructions). They are thus no longer „nominal,“ but „absolute.“ The situation is characterized by a government that is fond of individual religious manifestation. So the greater freedoms adherents enjoy and the less concessions they have to make, the closer the proximity to Pole B. on the spectrum.

#### *Pole B.*

The right end of the of the spectrum stands for complete individual religious freedom. This assumed position can mean that individuals in their belief are completely free to do and to omit anything at their own sweet pleasure. A person may, to unlimited width and breadth, hold religious law, attitudes, and values, observe religious rites and customs, act in public as well as in private on the basis of religious commitments, and promote her or his faith through teaching and proselytizing. Total freedom is tantamount to being unconfined, unfettered, and unconstrained, and is associated with the condition of being able to choose and to carry out any purposes whatever.<sup>14</sup> In that special situation, the state guarantees that every person can be

---

13 John A. Dinneen, *Freedom of Conscience in Philosophical Perspective*, in: *Conscience: Its Freedom and Limitations* 106 (William C Bier ed., Fordham University Press 1971).

14 Herbert J. Muller, *Issues of Freedom: Paradoxes and Promises* 3 (Harper & Brothers 1960).

creative in spontaneously realizing her or his own truth. Moreover, it can be expected that at this extreme, any sort of state intervention or control is non-existent. In turn, the state protects the individual from any form of coercion in matters pertaining to religion.

However, this hypothetical situation creates ground for contestedness and confusion. Not all individuals' freedoms are maximized when optimal legal configurations for one's belief are different from those of other people's. Also in this hypothetical set-up, a sincerely held belief of one adherent can clash with that of another. As all freedoms are absolute, everyone claims to have the same inviolable, that is „absolute“ rights. In competition over perfect rights, government risks at Pole *B*. that the will of the stronger party will eventually prevail. From this perspective, both extremes of the spectrum may start or end with negative freedoms, leading to hostility and persecution. It can be assumed that if either denial or complete liberty of one's religious exercise rights lie at both extremes of the continuum, intermediate points along *AB*. produce the greatest prospects for just, secure, and tolerant pluralistic societies.

### ***Practical Indicators***

In applying the described theory to practice, it is possible to consider where the Swiss, US American, and Syrian legal systems are to be plotted along continuum D.1(p) below. The process will reveal what type or model each of the jurisdictions is. In this respect, neither Pole A. nor B. applies to one of the nations in question. As to the former, evidence for this is presented by the legal situation that Swiss, American, and Syrian citizens all enjoy a constitutionally entrenched right to individual religious freedom.<sup>15</sup> And, as to the latter, individuals in their belief are not completely free to do and omit anything they please. This is because activities based on religion can justifiably be limited in all three countries.<sup>16</sup> From this point of view, it is clear that the jurisdictions in question must be placed somewhere along Area *AB*.

Starting with Syria, it can be claimed that Arab government grants *de minimis* rights to individual religious selfhood in that the state does not interfere with religious choice, or the replacement of one's current religion with another. The Republic restricts itself from limiting freedom of thought, conscience, and belief. In the entire country, apostasy is not a punishable offence under the criminal law of the land.<sup>17</sup> However, a person who wishes to convert is only free to do so as long as

---

15 Swiss Const. art. 15; U.S. Const. amend. I; *Al-dustur al-suri* [Syrian Const.] art. 35.

16 *Id.* at art. 36; also *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 164 (1879); *Al-dustur al-suri* [Syrian Const.] art. 35(2).

17 *Sahih of al-Bukhari*, 9:57 is of no effect. Verse 2:256 of the Qur'an is narrowly interpreted. See also *Qanun al-Uqubat* [Penal Code] issued by Parliamentary Decree No. 148 of 22 June 1949.

such activity is exercised beyond the pale of society – that is, behind closed doors and without affecting the public, or private family members. This is why Syrians, despite being unrestrained in beliefs, are not free to act upon their new conviction.<sup>18</sup> Their freedom in this respect is more theoretical than concrete and real. The liberty to manifest one's new belief impairs the very limited rights guaranteed under the Constitution. Individuals are discouraged from converting to or from another belief. A person who nevertheless changes from Sunni Islam to some other preferred belief-system may face social isolation or even persecution, without the government doing much to prevent it.<sup>19</sup>

It follows that individuals possess very limited rights to enjoy practices of worship, use of ritual formulae and objects, and the observance of holidays and days of rest other than those of officially recognized religious communities. In other words, in Syria a dividing line must be drawn between individual exercise as part and parcel of an established religion, and different practices expressing a person's sincere but highly individual or unusual belief. The legal circumstances are such that no criteria exist by which government would balance an individual adherent's interests against those of the wider community or third parties. If a new, or unusual religious exercise disturbs public order, it may be restricted, however meaningful it might be. In other words, rights to individual expressions and practices other than those officially warranted are „highly nominal.“ It must, however, be emphasized that it is believed that exceedingly few individuals live in fear of losing earlier assigned liberties, as the broad majority of Syrians appear not to bother about diverse forms of individual religious self-determination. Most religious expressions are made in collectivity with other in the sense of following a traditional religion. The „absolute“ right to hold or change an individual conviction is of very limited use as it is not coupled with the right to manifest one's new or unusual religion. So although the system knows limited (and mostly theoretical) aspects of „absolute“ rights (which would otherwise fall within the „broad“ field) it still appears necessary to place the Syrian model within the beginnings of the „narrow“ field for the apparent insignificance, and limited legal protection, of individual religious aspects.

---

18 An exception to this understanding is presented by the circumstance of a Syrian who converts to an Islamic cult. As held in *Quadri Pasha's* Article No. 126 quoted as in *Qanun al-ahwal al-shakhsyya* [Personal Status Act] of 1949, rule 212.

19 The Syrian state had on several occasions been accused of turning a blind eye to vigilantism or even reducing the punishment of perpetrators who acted in the name of respected families. The UN Human Rights Committee [UNHCR], Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Third Periodic Report, Syria, U.N. Doc. CCPR/C/SYR/2004/3 (October 19, 2004) para. 410 ff. An exception to this is that conversion to an Islamic cult is state-facilitated in case a non-Muslim man marries a Muslim woman. Islam is then offered to him. *Quadri Pasha's* Article No. 126 quoted as in *Qanun al-ahwal al-shakhsyya* [Personal Status Act] of 1949, rule 212.

The legal situation in the Swiss Confederation is different. The right to freedom of belief and conscience is primarily couched as an individual, rather than a collective right. All citizens are equally free to espouse, manifest and profess their own convictions.<sup>20</sup> No-one is categorically banned from joining or belonging to a religious community, from participating in religious ceremonies, from following religious teachings, or from promoting her or his faith through proselytizing.<sup>21</sup> National jurisprudence is first and foremost concerned with what should happen in the event that no mutual agreement exists on the boundary of freedom. Justices apply specific standards to figure out whether, on the balance of reasonableness, individual claims outweigh specific interests or vice versa.<sup>22</sup> The test most often applied in Switzerland requires a „predominant public interest.“<sup>23</sup> It holds that any state interference must be appropriate, necessary, and proportionate to the objective to be achieved,<sup>24</sup> and thereby secures certain degrees of mutual concessions or modifications along the „balanced“ field. In Switzerland, a more rigorous balancing approach is employed sparingly. Justices may still take the view that interferences with individual religious freedom can only be warranted by a „pressing public interest.“<sup>25</sup> The Swiss judiciary does not usually find that a limitation of individual religious freedom must be interpreted in a way that cannot be refuted. Seen in this light, the Swiss model can be assigned to the left side of the „balanced“ field.

This evaluation gains legitimacy when considering the fact that individual free-exercise claims do not receive direct or concrete preferential treatment in competition with other fundamental rights.<sup>26</sup> However, the Swiss system also recognizes the concept of inviolability. There exists absolutely no justification for limiting the very essence of the right to freedom of belief and conscience.<sup>27</sup> This „absolute“ right embraces freedom to think, to change an opinion, and to hold a conviction, all without compulsion, as well as the right to remain silent about one’s religious conviction.<sup>28</sup> At the heart and core of the concept lies the idea that no-one must be coerced into a

---

20 Swiss Const. art. 15 in association with art. 8. The only exception to this is a person’s right to build an Islamic minaret. *Id.* at ART. 72(3).

21 BGE 125 I 369, E. 5c, S. 379.

22 Such interests can be police interests, other public interests, and interests of third parties. Swiss Const. art. 36(1) and (2).

23 A few examples where the proportionality test was applied are BGE 109 Ia 273 E. 7, S. 289; BGE 113 Ia 304, E. 4c, S. 307; BGE 116 Ia 252, E. 7, S. 262; BGE 123 I 296, E. 2a, S. 299; BGE 125 I 369, E. 5c, S. 379; BGE 126 II 366, E. 3c, S. 371; BGE 134 I 56, E. 5.2, S. 63.

24 Enshrined since 1999 in Swiss. Const. art. 36(2) and (3).

25 BGE 119 Ia 178, E. 7a, S. 190.

26 E.g. the right to equality and non-discrimination under Article 8 of the Federal Constitution is as important as the right to freedom of belief and conscience under Article 15 of the Constitution. As found e.g. in BGE 134 I 56, E. 5.2, S. 63.

27 Swiss Const. art. 36(4).

28 BGE 104 Ia 79, E. 3a, S. 84.

distinct belief.<sup>29</sup> Thus, „absolute“ rights that protect the centrality of human existence are exceedingly few.<sup>30</sup> And because of this important factor, it makes sense to keep the Swiss model within the beginnings of the „balanced“ demarcation.

In North America the right to individual free exercise is interpreted similarly, but still differently. It is believed that drafters of the United States Federal Constitution were concerned with prohibiting official favouritism toward one religion, but were not concerned with official favouritism toward religion rather than irreligion.<sup>31</sup> The importance of the right to individual religious freedom had largely been determined by the idea that each and every person should be able to hold religious views, attitudes, or values, and observe religious rites and customs, celebrate religious festivals, and act in public as well as in private on the basis of his or her religious commitments.<sup>32</sup> In the past few decades, the American judiciary has adopted the approach that public authorities must justify both the nature and degree of the burdens imposed on individual religious exercise. This is indicative of the conclusion that the US system grants „relatively nominal“ rights. In the large majority of American cases, judges found that the curbing of an appellant’s religious manifestation may be legitimised only by a „compelling public interest.“<sup>33</sup> So for instance, judges held that a student need not attend mixed-gender sports classes where interaction with members of the opposite sex is against his religious conviction. The public interest to compel co-educational attendance was not seen as being of sufficient magnitude to override the interest claiming protection under the Free Exercise Clause.<sup>34</sup> Similarly, American courts found that students had an individual right to attend a seven-day religious convocation on the Fest of Tabernacles since any limitation of their right posed an unquestionable burden on student’s religious belief.<sup>35</sup>

To use the language already indicated, the „compelling public interest“ places a finger on the balancing scale, weighting it more heavily in favour of individual religious interests. This appears to be the main reason why US American religious-freedom construction needs to be placed to the right side of the Swiss model but still within the „balanced“ field. In recent years the judiciary has, however, been less

---

29 As guaranteed in Swiss. Const. art. 15(4).

30 As held in BGE 1P.149/2004, Urteil vom 21. Juni 2004, E. 3.1.

31 This policy does, however, not go as far as privileging religious liberty over other fundamental rights.

32 The First Amendment of the Constitution of the United States of America as Amended, H.R. Doc. No. 108-95 (1st Sess. 2003).

33 E.g. as held in *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 422 (1963); *Moody v. Cronin*, 484 F. Supp. 270, 277 (C.D. III 1979); *Friedman v. Board of County Commissioners of Bernalillo County*, 781 F.2d 777, 781 (10th Cir. 1985), cert. denied 476 U.S. 1169, (1986); or *Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette*, 515 U.S. 753, 761 (1995).

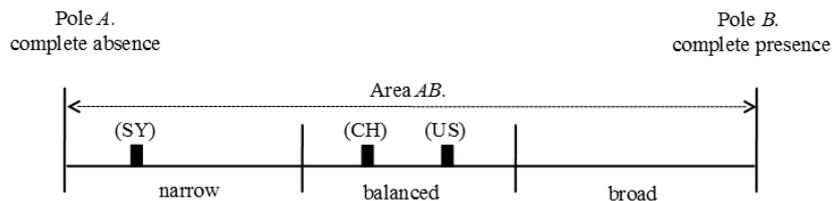
34 *Moody v. Cronin*, 484 F. Supp. 270, 277 (C.D. III 1979).

35 *Church of God (Worldwide, Texas Region) v. Amarillo Independent School District*, 511 F. Supp. 613, 618 (N.D. Tex. 1981), judgement aff’d, 670 F.2d 46 (5th Cir. 1982) (per curiam).

protective of individual liberties. It has held in a few rulings that where there is merely an incidental effect of a generally applicable and otherwise valid provision, the First Amendment is not necessarily offended.<sup>36</sup>

In the North American system, „broad“ interpretative points can also be found. Congress is generally deprived of all legislative power over mere opinion, but is left free to reach actions which were in violation of social duties or subversive of good order. Laws are made for the government of actions, and while they cannot interfere with mere religious beliefs and opinions, they may with practices.<sup>37</sup> In other words, the protection of a person’s belief in polygamy is „absolute,“ but not so the practice of it. The belief-action distinction means that only the individual’s most intimate sphere, the belief in something, is inviolable. Besides that, the law does not per se ascribe a higher value to religious-freedom interests than to other fundamental rights.<sup>38</sup> All of this hints at the circumstance that the American model needs to be plotted at the right side within the „balanced“ field.

So although the above explanations are anything but precise, it is still possible to say by looking at Figure D.1(p) that today’s applicable scope of the right to individual religious freedom is narrower in Syria than in Switzerland, while the locus of the same right is amplest in the United States.



**Figure D.1(p) – individual religious freedom**

It is now time to turn our attention to the collective side of religious freedom. This second section starts by considering a purpose of allowing citizens to assemble, join or belong to a religious community.

<sup>36</sup> E.g. *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 895 (1990).

<sup>37</sup> *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 164 (1879).

<sup>38</sup> The fact that many US authors call religious freedom America’s „first freedom“ might be misleading.

## Collective Dimension

### *Theoretical Indicators*

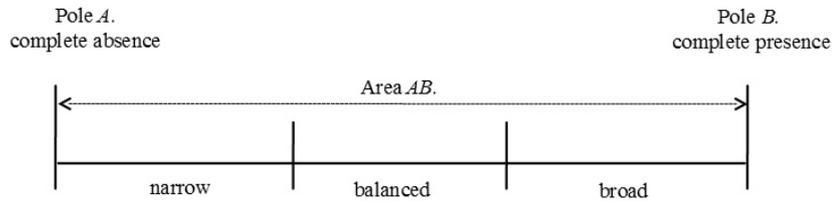
In communitarian philosophy it is generally believed that people need to share values to attain true well-being.<sup>39</sup> And indeed, values and virtues in the form and quality of religion are seldom solely an individual experience. While a lone individual may clearly follow her or his own uniquely chosen path, the vast majority of human beings only find it meaningful to pursue theirs together with other like-minded individuals. It can readily be argued that a single human being does not attain complete satisfaction, since people self-categorize in terms of the community into which they are born.<sup>40</sup>

While keeping the possible significance of group freedoms in mind, the all-intriguing question is what degree of collective religious freedom pluralistic nations afford to religious groups existing in their jurisdictions. To address the issue it is necessary to establish a method designed to measure the scope of the right to collective religious freedom. The approach taken in this paper can be depicted as in Figure D.2(t) below. On this second continuum, once again, the polar extremes are demarcated by Poles A. and B., while Area *AB*. is subdivided by intermediate reference points or indicators. However, the subfeatures „narrow,“ „balanced,“ and „broad“ now refer to the ambit or scope of the right to collective – instead of individual – religious freedom. So what changes is the features' hypothetical contents. It is these fictitious qualities to which attention will now be turned, before commencing a country-specific evaluation including Switzerland, the United States, and Syria.

---

39 E.g. As Aristotle taught, „[...] as he is a human being, and [hence] lives together with a number of other human beings, he chooses to do the actions that accord with virtue. [...] A person whose activity accords with understanding and who takes care of understanding would seem to be in best condition, and most loved by the Gods.“ (Emphasis in brackets added by the author) Aristotle in *Nicomachean Ethics*, book X, ch. 9 quoted as in Michael L. Morgan, *Classics of Moral and Political Theory* 375 (Hackett Publishing Company 2005).

40 Drawing on Michael A. Hogg, *Social Identity and Leadership*, in *The Psychology of Leadership* 57 (David M. Messick et al. eds., New Perspectives and Research 2005).



**Figure D.2(t) – collective religious freedom**

*Pole A.*

First, assume that the collectivity line extends from Pole A. where there are absolutely no rights that might be rooted in shared belief. It represents a hypothetical extreme position in which the right to collective religious self-determination is totally impoverished. Government prohibits people from assembling, or from joining and belonging to any form of religious association. No relations or interactions are allowed that would give way to some kind of common religious recognition between individuals – let alone the right to benefit socially from religious exchange. State secular authorities are persistently reluctant to grant any sort of framework that would allow people to organize themselves for gaining merit according to their religious precepts. It also implies that citizens have absolutely no means to move in collectivity towards a specific conviction, and this, despite the presumption that they would naturally need to acknowledge a certain set of qualities as virtues and the corresponding set of defects as vices.<sup>41</sup> The radically secular state described here is, by law, ignorant of all that. Pole A. reflects the expectation that the state is an omnipotent ruler that is brutal towards and inconsiderate of the collective necessities of the people. Thus, in recognition of the human motivation for infractions – in this case, a group’s urge for collective worship – this powerful state is prepared to enforce rules for harsh and uncompromising punishment of violators.

*Intermediate points along AB.*

*Narrow interpretation* – The „narrow“ field mirrors the situation in which people are still largely subjected to government and forced to abide by standards of behaviour a religious community has not selected. The state grants no more than basic collective autonomy. Nonetheless, authorities begin to allow limited freedoms in order that adherents can express their belief in community with others. Such a restricted guarantee can include allowing people under specific circumstances to assemble and worship together. It may also mean that they are given limited opportunities to

---

<sup>41</sup> As believed by Alasdair MacIntyre in *After Virtue: a study in moral theory* 151 (Duckworth 2007).

establish religious meetings on the basis of loose associations. However, as one shifts slightly along to the right of the „narrow“ field, the state begins to loosen its constraints and recognizes the existence of religious assemblies by providing communities with their first signs of status and rights. It alludes to a situation in which adherents are permitted to opt for state-provided secular associational forms. They may then incorporate and interact with other legal and natural persons. It follows that incorporated religious groups are made subject to limited liability and enjoy the right to own and control property in the name of the organization. It can also entail that they enjoy benefits available to corporations under tax and other regulatory provisions. However, pivotal for the „narrow“ construction field are two conditions: Firstly, that faith based communities must operate in state-given legal garb, and have no rights to wear uniquely tailored religious apparel. So public authorities treat religious communities no better than any other economic adventure because the state is simply ignorant of the heightened aspirations of religious groups and their objective to render public benefit.<sup>42</sup> Secondly, that their rights to autonomy are still „highly nominal“ and therefore at whim of the secular lawmaker.

*Balanced interpretation* – Within the „balanced“ demarcation, the opinion gains weight that government’s responsibility is to do more than simply providing civil means of incorporation. Presumably, the state begins to recognize that it can be made accountable for granting communities realistic opportunities to fulfil their aims. It becomes increasingly clear that civil government and religious communities need to interact together for the benefit of all.<sup>43</sup> Once this insight is turned into a concrete normative expectation, the state offers specifically tailored legal frameworks in which religious communities can suitably administer and organize their affairs. This implies that civil authorities no longer define all powers and refrain from regulating organization and administration as far as reasonable.

A significant turning point in this hypothetical construction occurs when the state begins to abide by self-imposed rules and thereby limits itself in the matter of interfering with religion. As a result, religious communities begin to enjoy reasonably balanced, „relatively nominal“ rights. It is supposed that there are many ways by which civil government can restrict itself from acting beyond certain powers. As for the evaluation that follows, a few such rules may be stated only. A first such norm can hold that where a religious doctrine is at stake, government must act with great restraint.<sup>44</sup> A second rule may find that the interpretation of holy scriptures is generally in a realm outside civil capacities.<sup>45</sup> A third rule can include the expectation that

---

42 As for those communities that are of benefit and not the opposite – that is societal destruction.

43 At the left side of the balanced field it may still mean that government treats traditional religious communities differently as long as such different treatment is not to the detriment of new or emerging religious communities.

44 Developed as in BGE 119 Ia 178, E. 4c, p. 185.

45 *Id.*

the attempt to regulate internal matters may properly be regarded as falling within the sphere of the community's autonomy.<sup>46</sup> And, finally, a fourth rule may encompass the enforced commitment that decisions of religious courts are final and that they are the best institutions to judge religious precepts and the discipline of the community.<sup>47</sup>

From this perspective, the state tailors the law in such a way that it is natural for individuals to live in community with many, and recognizes that there is an ineradicable collective or communal dimension of religious freedom. It equally acknowledges that religious organizations are formed to give effect to their communal aspirations and what they consider a life of virtue.<sup>48</sup> Civil law then reflects that accepting a religious community as an organic entity and not as a mere aggregation of individuals is crucial. So the more government is willing to comply with these and other rules and ideas recognizing religious group autonomy, the further one shifts to the right within the „balanced“ field. It is, thus, axiomatic that communities are allowed to conduct religious affairs according to their distinct beliefs. They can also be expected to be immune from matters regarding civil constitutional rights that would otherwise regulate equality, malpractice, defamation, privacy, and many other societal values. Criminal law then presents a clear boundary to a religious community's autonomy claim.

*Broad interpretation* – If we stay within the dichotomy indicated, a „broad“ scope of the right to collective religious freedom is reached when government relinquishes its hold on religious organizations, and secures to them legal areas that could otherwise be governed by civil laws of the land. It is assumed that at this high level of autonomy it is no longer the state that, for instance, regulates and enforces personal status laws such as marriage, divorce, custody, adoption, and so forth, but religious communities themselves. Religious institutions can then be regarded as largely autonomous entities functioning within the remaining parts of the secular state system.

As a consequence, adherents are no longer dispersed among the greater society but maintain their social normative web around their core institutions. Conceivably, the justice system requires every person to be strictly related to her or his religious community as part of a larger organism. It can also be presumed that at an even more ample stage along the „broad“ field, virtually all social affairs are subjected to religious law. The state is then degraded to a simple enforcing agent and its rights are increasingly transferred to religious communities that are given the power to enforce their laws in such a manner that they are „absolute.“ The state's remaining

---

46 Developed as in *Walz v. Tax Commission*, 397 U.S. 664, 675 (1970).

47 Developed as in *Watson v. Jones*, 80 U.S. 679, 732 (1871).

48 This statement draws on the account of Rex Ahdar and Ian Leigh in *Religious Freedom in the Liberal State* 325 (Oxford University Press 2005).

function is the protection from infliction of harm. In its role, government then acts as guardian of several faiths and remains with very limited assignments of duties and rights. When this level is reached it also implies that laws of religious communities comprise almost the entire social dimension of human existence. Government will no longer enjoy the competence to set out or to define its rights and obligations.

*Pole B.*

Now, at Pole *B.* reckon that the scope of the right to collective religious freedom is fully extended. The point stands for the extreme situation in which religious communities establish completely self-governed regimes, thereby totally absorbing the state's remaining functions. It can be assumed that each and every community exists from the necessity of its own nature alone and its actions are self-determined.<sup>49</sup> In this radical setup, communities have the power to command, enforce obedience, influence opinion and behaviour, judge, and so forth. In pluralist nations there is not just one community that possesses these powers but several. All branches of the law (constitutional, administrative, commercial, personal, and criminal) are regulated in accordance with the spiritual laws of each group.

In this hypothetical situation the question that arises is what happens if the faith of one autonomous system clashes with another? Presuming that complete systematic isolation is unattainable, and also that religious adherents remain fallible human beings, disputes over truth inevitably occur. The problem is that the civil government is fully replaced and there no longer exists any impartial protector which would silence attacks on peoples' way of life. In this view, Pole *B.* is characterized by an impasse classically referred to as „*Quis custodiet ipsos custodes?*“<sup>50</sup> Without an effective protector at hand it can reasonably be assumed that adherents may plunge into societal anarchy. With this in mind, it does not appear far-fetched to believe that differences between various religious communities would manifest themselves with varying success in the continuous struggle for survival.<sup>51</sup> Eventually it will be the truth of the stronger that predominates. Hence, it can be concluded that at both extremities of the encounter (Pole *A.* or *B.*), our continuum starts or ends with rancour, discrimination, and tyranny caused by either an omnipotent secular state or religious community.

---

49 This account draws on Baruch Benedict Spinoza in *Ethics* (1677), part 1, definition 7 quoted as in Jay Newman, *On Religious Freedom* 4 (University of Ottawa Press 1991).

50 „Who will guard the guards themselves?“ is a Latin phrase from the Roman poet Juvenal and here quoted as in Michael L. Morgan, *Classics of Moral and Political Theory* 272 (Hackett Publishing Company 2005).

51 James M. Buchanan, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* 11 (University of Chicago Press 1975).

### ***Practical Indicators***

Having reached this stage, it is once more possible to employ the above theoretical indicators to the legal circumstances found in Switzerland, the United States, and Syria. Proof that none of the jurisdictions analysed touches on Pole *A*. is that all three constitutions either expressly or implicitly protect the basic right to manifest religious freedom in community with others.<sup>52</sup> The three legal frameworks guarantee several collective aspects like the right to worship, the use of ritual formulae and ceremonial acts, or the right to display symbols representing a shared belief.<sup>53</sup> Nor are the extreme conditions under Pole *B*. satisfied, as in all three nations, religious communities cannot be seen as completely self-governed regimes that exist from their own nature alone. The secular state has a firm grip on the organization of society, which means that the countries are mainly determined by civil laws of the land. They thus need to be assigned somewhere in the intermediate Area *AB*., and not at either extremity of the continuum.

In order to establish greater detail about each country's placement on the continuum, this time I start with Switzerland. A first reference point represents the fact that the Swiss government grants all religious communities status and rights, and therefore goes beyond mere toleration of collective religious expression. Any religious group can take up secular associational forms so as to interact with other legal or natural persons.<sup>54</sup> A second indicator characterizes the situation that under Swiss federal constitutional law, religious organizations possess no positively formulated right to autonomy, but enjoy their freedoms within the bounds of state-made civil laws.<sup>55</sup> It follows that the state dominates the way people organize themselves for religious purposes. With regard to private-law-organized religious communities, government treats them very similarly to any other economic or philanthropic venture. They have the right to organize themselves according to existing forms, but enjoy no right to negotiate new forms in case all available structural forms are unsuitable to their religious precepts.<sup>56</sup> This also means that the system may leave no leeway to choose the most appropriate associational form.<sup>57</sup> From this perspective, the Swiss

---

52 In the United States the right is implied. In Switzerland and Syria the right is express. Swiss Const. art. 15(2); *Al-dustur al-suri* [Syrian Const.] art. 35(1) and (2).

53 E.g. BGE 123 I 296, E. 2a, S. 300; *Guru Nanak Sikh v. Country of Sutter*, 456 F.3d 978, 993 (9th Cir. 2006); *Al-dustur al-suri* [Syrian Const.] art. 35(2).

54 E.g. Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Swiss Civil Code] of December 10, 1907, SR 210, art. 60(1).

55 A competence enjoyed by the secular state. Swiss Const. art. 5. e.g. by way of partnership, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht [Swiss Code of Obligations] of March 30, 1911, SR 220, art. 65(3).

56 What is meant by negotiation is a direct agreement between the government and the religious community. Negotiation here does not refer to political processes that could, if successful, allow religious communities to take up new organizational forms.

57 Government does not check whether the legal forms available match the religious self-conception of

model needs to be plotted somewhere at the right side of the „narrow“ interpretation field.

But matters are more complicated than that. Swiss law also expresses the expectation that government must do more than simply providing basic means of incorporation. The secular state restricts itself from interfering with religious doctrine, discipline, or order.<sup>58</sup> This can include, for instance, the freedom to choose religious leaders, priests and teachers, as well as the freedom to administer finances in order to pay for religious objectives. Thus, the assessment of a religious attitude or rules, or even the review of theological truth – in particular the interpretation of the relevant parts in holy scriptures – remains barred to the state, unless limits of arbitrariness are exceeded.<sup>59</sup> The law recognizes that Swiss civil courts' refusal to interpret religious doctrines is as vital as the maintenance of religious policies is for spiritual courts. An exception to this understanding might be a religious-exercise claim that is so unreasonable that no reasonable court could ever agree to an autonomy claim. The legal threshold is thus set very high, which means that the system includes indicators that need be placed within the „balanced“ field.

However, when it comes to public-law recognized religious institutions, differentiation between civil and religious affairs is (democratically) state-imposed. Civil law governs issues such as finances, personnel, and real property, regardless of whether they have a religious meaning.<sup>60</sup> On the other hand, civil government abstains from regulating inherently religious affairs like dogma, promulgation, liturgy, and counselling. Under the Swiss system, the citizens' democratic participation is treasured more highly than the guarantee of religious autonomy. From this viewpoint, it is exceedingly difficult to clearly affix the Swiss jurisdiction to either the „balanced“ or the „narrow“ interpretational field. What is more certain, however, is that the domestic interpretation of the right to collective religious freedom in

---

newly incorporating communities. It presupposes that the forms already available are adequate for the community concerned.

58 BGE 119 Ia 178, E. 4c, S. 185. As demonstrated below, this approach does not necessarily apply to dual Catholic Church structures as found in many Swiss cantons.

59 *Id.*

60 E.g. in most Swiss cantons the Catholic Church is established by way of a dual legal structure: a civil-law structure comprising „external“ public law quasi-church institutions (which govern church finances, personnel, and real property); and a second divine structure comprising „internal“ divine canon-law-determined church bodies (which regulate dogma, promulgation, liturgy, and counselling). Where competences between divine and civil church institutions overlap, it is the latter that prevail. The effect of this is that within the scope of overlapping affairs, „internal“ divine bodies must also adhere to general principles of Swiss civil law. To give an example, a Catholic Bishop is not free to revoke his parish administrator's „spiritual working permission“ (*missio canonica*) if the procedure is not exercised in compliance with civil public law. Kantonsgericht Basel-Landschaft [High Court Decision of the Canton of Basel], BJM 9/2007 Nr. 06. E. 9/10.

Switzerland has not reached a „broad“ level. It can convincingly be stated that Swiss (regional) government has all but relinquished its hold on religious organization.<sup>61</sup>

Nevertheless, the uncertainty over the jurisdiction's place along the spectrum can be resolved by way of reasonable compromise. In this sense, it appears that „narrow“ indicators somewhat outweigh „balanced“ indicators, for which it is possible (though not accurate) to place the Swiss model at the far right within the „narrow“ field on the spectrum. But certainly, this approach is very imprecise from a scientific perspective. It might still gain greater acceptance once the plotting of the Swiss model can be brought into relation with the assignment of the US American and Syrian models.

The legal situation found in the United States is less difficult to identify and characterize. Once a religious community is incorporated under available civil laws, the state deprives itself of the power to engage in programs or enact laws that require extensive legal surveillance of the activities of that institution.<sup>62</sup> Religious groups, inter alia, enjoy the liberty to administer their finances in order to pay for religious schools, erect places of worship, and so forth.<sup>63</sup> In contrast to the Swiss public-law recognized communities, an American incorporated community generally possess the exclusive power to remove a religious administrator or leader, even if such an act would be arbitrary and therefore unlawful in respect to civil laws of the land.<sup>64</sup> The US government finds it self-evident that communities are allowed to conduct religious affairs according to their distinct beliefs, whatever status the religious community concerned might have. They can be expected to be immune from matters regarding civil constitutional rights that would otherwise regulate equality, malpractice, defamation, privacy, and many other governmental restrictions under the United States Constitution.<sup>65</sup> This is clear indication that the American model allows somewhat greater collective religious autonomy than its Swiss counterpart in respect of public-law recognized religious bodies.

---

61 An example of this is the relatively new cantonal Constitution of Zurich. Article 130(3)(a-d) provides an exhaustive list of religion-state issues that must be regulated by the cantonal lawmaker. The provision holds that cantonal secular laws regulate „(a.) the ground structure of church entities; (b.) the right to levy tax; (c.) state subsidies;“ and „(d.) the competence and procedure of the election of priests, as well as the duration of their office.“ (Das Gesetz regelt: (a.) die Grundzüge der Organisation der kirchlichen Körperschaften; (b.) die Befugnis zur Erhebung von Steuern; (c.) die staatlichen Leistungen; (d.) die Zuständigkeit und das Verfahren für die Wahl der Pfarrerinnen und Pfarrer sowie deren Amtsdauer.) Verfassung des Kantons Zürich [Constitution of the Canton of Zurich] of February 27, 2005, SR 131.211.

62 E.g. *Walz v. Tax Commission*, 397 U.S. 664, 675 (1970).

63 E.g. *Watson v. Jones*, 80 U.S. 679, 732 (1871).

64 As for Switzerland, this claim applies to public-law recognized religious bodies only. In America, this case is regulated by the *ratio* of *Serbian Eastern Orthodox Diocese v. Milivojevich*, 426 U.S. 696, 709 (1976).

65 E.g. *Watson v. Jones*, 80 U.S. 679, 714 (1871).

Moreover, most state governments in the US make more options available to any group of persons who wish to incorporate, merge or change incorporation for religious purposes. The lawmaker has traditionally asked itself whether the legal structures available are sufficiently flexible to facilitate full and free expression of a community's self-understanding. Religious communities have mostly been free to choose among the available forms. For example, the associational form called „corporate sole“ was tailored to the exclusive needs of religious communities that organize in a hierarchical manner, in so far as it provides for internal autonomy over church polity and structure. This can mean that the bishop alone is capable of administering and managing the affairs, property and other temporalities of the church. In other words, it places corporate governance, assets and other powers of the corporation in the hands of one person, who is invested with the right to carry on all the corporation's affairs.<sup>66</sup>

The reason that a fully balanced scope of collective religious freedom is not found in the US either is that per data regional government has not made available a totally free array of structural forms. Limits of corporate choice are encountered by new, unusual, and emerging religious communities. The available structural forms comply with the religious precepts of existing religious communities, but not necessarily with those of new, or emerging religious groups. However, because the American state still affords greater administrative and organizational autonomy to the religious communities operating within the jurisdiction, it seems adequate to place the model jurisdiction along the medium „balanced“ field of continuum D.2(p).

In Syria the same issue is treated differently again. This government affords traditional<sup>67</sup> religious communities a broad ambit of collective autonomy in that it has never tried to gain legal hold over their organization and administration. It generally secures – rather than assigns – to religious institutions the freedom to regulate personal status laws such as marriage, divorce, separation, adoption, or inheritance.<sup>68</sup> Conceivably, communities' liberty to regulate matters pertaining to personal status is „absolute“ in that the civil lawmaker abstains from governing these matters in all cases. The personal status laws of Islamic communities are regulated by the shari'a, whereas Christian rites are governed by the Gospel, and the Jewish community by

---

66 For instance, the Nevada statute stipulates that: „An archbishop, bishop, president, trustee in trust [...], who has been chosen, elected or appointed in conformity with the constitution, canons, rites, regulations or discipline of the church or religious society or denomination, and in whom is vested the legal title to property held for [...] the church or religious society or denomination, may make and subscribe written articles of incorporation.“ Nev. Rev. Stat. § 84.020 (1997).

67 New and emerging religious communities enjoy no rights to incorporate by way of institutional forms other than charitable or economic enterprises. However, as far as can be established, they are virtually non-existent. For this reason, no heed is given to them in this evaluation.

68 E.g. *Qanun al-ahwal al-shakhsiyya lil-katulik* [Personal Status Act of the Catholic Rites] No. 31 of 2006, enforced on Jan. 1, 2007; or *Qanun al-ahwal al-shakhsiyya lil-duruz* [Personal Status Act of the Druz] No. 59 of 1953, as amended by Kanun [Act] No. 34 of 1975.

talmudic law. In Syria, there exist two kinds of judicial systems: one secular and one religious.<sup>69</sup> Secular courts hear matters of public, private and criminal law. Religious courts that exercise specialized jurisdiction are divided into shari‘a courts, doctrinal courts, and spiritual courts. They hear personal status law cases only. Shari‘a courts regulate disputes among Syrian Muslims, whereas doctrinal courts are empowered to guarantee the personal status decisions of members of the Druze cult. Spiritual courts settle disputes of religious law for Jewish, Christian and other non-Muslim groups.<sup>70</sup> Decisions of all religious courts may be appealed to the canonical and spiritual divisions of the Court of Cassation.<sup>71</sup>

Syrian law reflects the expectation that every person is strictly related to her or his religious community as part of a larger organism. Interfaith marriages are not legally accommodated as they risk systematic differences or structural collapse between group-dependent personal status laws. Syrian jurisdiction does not, apart from personal status laws, regulate other social affairs according to religious law. Legal branches such as constitutional, administrative, criminal, or commercial law, as well as other private-law-determined rights and obligations, are regulated by state-enacted civil law. This is the main reason why the Syrian model is to be allocated at the lower end of the „broad“ interpretative field. This finding can be bolstered by the fact that the law treats government not as a simple enforcing agent that retains very limited assignments and duties, but, according to the Syrian Constitution, government enjoys great powers in setting out or defining its rights.<sup>72</sup>

The Syrian legal system also incorporates elements of „narrow“ religious-freedom interpretation. The majority’s belief-system, that is the Sunni Islamic Establishment, faces serious legal constraints. By law it is, for example, disempowered from choosing its highest religious leader (the so-called Grand Mufti) without governmental interference,<sup>73</sup> and barred from exercising religious powers in the area of

---

69 *Abd al-Rahman al-Sabuni, sharh qanun al-ahwal al-shakhsiyya al-suri, al-zawaj wa atharuh* 263 (Interpretation of Syrian Personal Status Laws, Marriage and its Effects) (Volume I, University of Aleppo Press 1994).

70 *Al-marsum al-tashri‘* [Parliamentary Decree] No. 133 of October 8, 1953; also United Nations Development Program (UNDP), Programme on Governance in the Arab Region on Syria, <http://www.pogar.org/> (search for „Syria,“ then follow „UNDP-POGAR: Arab Countries“ hyperlink); also Dina Charif Feller, *La Garde (Hadanah) en Droit Musulman et Dans les Droits Égyptien, Syrien et Tunisien* 36 (Librairie Droz 1996).

71 *Qanun* [Act] No. 432 of October 19, 1955.

72 For a comprehensive catalog of powers *Al-dustur al-suri* [Syrian Const.] art. 50 ff.

73 The Grand Mufti as the most senior mufti of the country is appointed by legal „Decree“ (*marsum*) and chosen from cabinet of a list with three names which the Sunni Islamic *waqf* minister provides. *Al-marsum al-tashri‘* [Parliamentary Decree] No. 146 of October 23, 1967; in association with *Al-dustur al-suri* [Syrian Const.] art. 119. The authority to dismiss the Grand Mufti lies within the powers of the Prime Minister, who in turn may be appointed and dismissed by the President. *Al-dustur al-suri* [Syrian Const.] art. 95.

public endowments (that still constitute a large part of Syrian wealth).<sup>74</sup> Thus the Republic, too, interprets the right to collective religious freedom depending on the community concerned. Looking at the predominant factors, it can still be concluded that Syria must be placed somewhere within the „broad“ interpretational field, while keeping it relatively close to „balanced“ indicators.

All of this in a nutshell means that, as illustrated in Figure D.1(p), today’s applicable scope of the right to collective religious freedom is narrower in Switzerland than in the United States, while the scope of the same right is broadest in Syria.

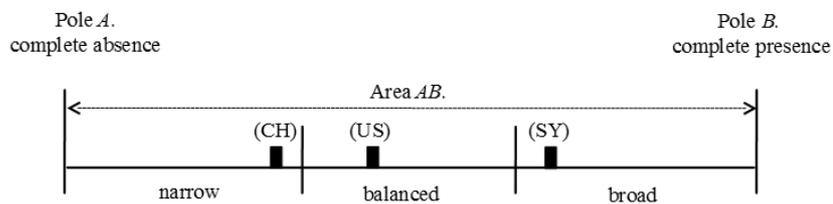


Figure D.2(p) – collective religious freedom

When looking back at the above considerations, it can be concluded that the patterns of individual and collective religious freedom can be treated as separate dimensions from each other. As we will soon see, the same clear separation is not possible when it comes to the „proximity“ and „collective religious freedom“ dimensions. The former will partially be construed out of aspects already identified by the latter. The reason why pursuing the proximity evaluation still produces varying results is because its emphasis lies not on the search for degrees of collective autonomy, but on the resulting configurations between religious institutions and the state. Hence it is no longer possible to speak of a right, as persons possess no court-enforceable means of being proximate to or remote from the secular state. Rather, a situation determined by structural arrangements is implied. The discussion of assumed indicators starts out, once again, from theory.

<sup>74</sup> E.g. the High Council of *Awqaf* is a Sunni body that once administered a great part of Syrian wealth. *Al-marsum al-tashri'* [Parliamentary Decree] No. 386 of October 11, 1961.

## Proximity Dimension

### *Theoretical Indicators*

For theologians a life of virtue and happiness is achieved if society is both political in character and religious in purpose.<sup>75</sup> In this view the state arises out of religious and moral purposes.<sup>76</sup> From a modern constitutional perspective, however, it is up to the theologians to spread the belief that religious establishment is a valuable concept to foster an essential part of societal virtue.<sup>77</sup> Civil lawmakers regard earthly and divine powers as not necessarily in unity with each other.<sup>78</sup> State affairs are seen in their own terms as a natural good.<sup>79</sup> In pluralist societies, civil lawmakers do not consider whether mundane or spiritual values are superior every time they enact new law. This is because civil law expresses the conviction that earthly and religious affairs possess their independent domains.<sup>80</sup> The conviction that the two worlds are somewhat separate, and yet are inextricably linked, is not ordinarily mirrored in today's applicable civil law. This in turn does not mean that the secular state is hostile or ignorant towards religion. Civil constitutions either expressly or implicitly grant legal accommodation to religions.

With these pivotal caveats in mind, the question that arises is how proximate or remote religious organization can be to the state. In the following it is presumed that

75 E.g. Saint Thomas Aquinas stated: „In the universe of material substances, a primary material substance, namely, the heavenly body, governs other material substances by an ordination of God's providence, and rational creatures by his ordination govern the use of all material substances.“ Thomas Aquinas in *On Kingship, to the King of Cyprus*, book I, ch. 1 quoted as in Michael L. Morgan, *Classics of Moral and Political Theory* 458 (Hackett Publishing Company 2005); similarly Eberhard Schockenhoff, *Ethik des Lebens: Grundlagen und neue Herausforderungen* 626 ff. (Herder 2009); Ruedi Imbach, *Penser avec Thomas D'Aquin: Etudes Thomistes présentées par Ruedi Imbach* 111 ff. (Louis-Bertrand Geiger ed., Editions Universitaires Fribourg Suisse 2000); Jean-Pierre Torrell, *Magister Thomas: Leben und Werke des Thomas von Aquin* 89 ff. (Katharina Weibel trans., Herder 1995); Antonio Rosmini, *The Philosophy of the Rights: Introduction, Moral System, The Essence of Right* 98 ff. (Durham 1993).

76 Brian R. Nelson, in *Making of the Modern State: A Theoretical Evolution* 44 (Palgrave Macmillan 2006).

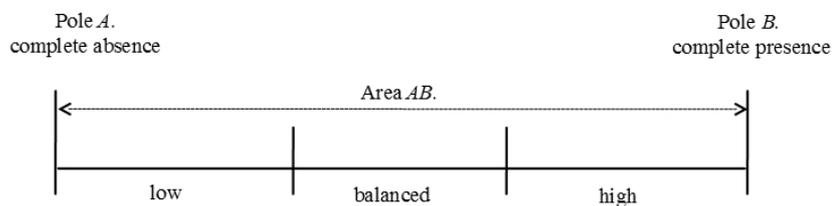
77 Jean-Pierre Torrell, *Magister Thomas: Leben und Werke des Thomas von Aquin* 89 (Katharina Weibel trans., Herder 1995).

78 For one of the most lucid accounts on modern constitutional law Laurence H. Tribe, *The Invisible Constitution* 45 ff. (Oxford University Press 2008).

79 Such modern constitutional viewpoint contradicts – obviously – with the belief that religious law completes secular law, and that, thus, secular law is always imperfect without religion. In the words of Saint Thomas Aquinas: „*Gratia non destruit, sed supponit et perficit naturam*.“ Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, 1a.1.8. quoted as in Volker Leppin, *Thomas von Aquin* 127 (Aschendorff 2009).

80 Robert L. Cord, *Church-State Separation: Restoring the „No Preference“ Doctrine of the First Amendment*, in *The First Amendment: The Establishment of Religion Clause, Its Constitutional History and the Contemporary Debate* 56 ff. (Alan Brownstein ed., Prometheus Books 2008).

degrees of religion-state proximity can once again be assessed along a basic linear continuum. Although the main features remain the same, some changes need to be made on the continuum's refinements. The subfeatures „low,“ „balanced,“ or „high“ now refer to greater or lesser religion-state nearness. As mentioned earlier, the distance between the institutions can no longer be characterized as a claimable right, but must be regarded as resulting configurations. Poles A. and B. represent the extremes of either complete absence of proximity versus complete presence of proximity between religion-state affairs. Having said that, it is now possible to give more meaning to the method envisaged.



**Figure D.3(t) – religion/state proximity**

*Pole A.*

Pole A. represents a system of civil totalitarianism and implies full out remoteness between religion-state competences. It describes a hypothetical situation in which it is assumed that there is simply no structural or ideological connection between religious communities and the state system whatsoever. The state offers no structures by which religious communities could interact with government or other civil organizations. Relations between adherents are loose. Anyone who wishes to practise his or her religion is forced to do so in her or his personal capacity. The position of the state is such that it is not merely indifferent or impartial towards religious communities, but actually discourages, restricts, and prohibits any institutional manifestation of religion. It follows that zealous denial of any sort of accommodation may trigger legal hostility towards religion, such that it is even marginalized to vanishing point.<sup>81</sup> Moreover, an unduly rigorous or overtly hostile relationship between religion and the state may be regarded as an established state belief in itself. So at this extreme stage, it is unclear whether complete absence refers to a hostile environment, full out remoteness between the powers, or represents a state religion in itself.

<sup>81</sup> Cole W. Durham, *Perspectives on Religious Liberty: A Comparative Framework*, in *Religious Human Rights in Global Perspective* 19 (Johan D. van der Vyver & John Witte eds., Martinus Nijhoff Publishers 1996).

*Intermediate points along AB.*

*Low degree* – A „low“ position on religion-state affairs means that the state hardly acknowledges that religious communities exist and that they should have the power to organize themselves. They are therefore placed on the same basis as other civil organizations. However, the two authorities are still strictly kept separate from each other. At this level there is a strong desire to restrict, if not eliminate, all clerical and religious influence over the state. Public authorities still exert considerable pressure on religious institutions to keep away from civil government. It can also be expected that mild forms of hostility towards religion will (occasionally) be introduced, as a natural consequence of this rigorous separation regime. The „low“ proximity stage also refers to the legal circumstance in which there is disagreement about who or what represents a legitimate religious authority. So the question of strict separation takes on much greater significance. The law expects the setting for political culture and public institutions to remain largely religion-free.<sup>82</sup>

*Balanced degree* – Among the „balanced“ indicators the system recognizes that religious authority and civil authority will necessarily and inevitably come close to each other as a result of being major forms of authority. The state tailors the law in such a way that civil authority has no justification for interfering in purely religious affairs, and religious societies have no justification for attempting to use purely civil institutions for their own religious purposes.<sup>83</sup> In this setup, government is independent of institutional religion or ecclesiastical control and, in turn, institutional religion is independent of state or political control. Religious communities are allowed to prescribe, legislate, and judge ethical matters that are not regulated by civil law. So the state assumes no jurisdiction over religious affairs, not because it regards religious affairs as beneath the concerns of the state, but rather because religious concerns are viewed as of a different sphere not to be subject to the prevailing will of civil authorities or to popular sovereignty.

The state is no longer hostile or unconcerned, uncommitted and indifferent towards religion. Nonetheless, any suggestion of direct public or financial support for one or more religions is deemed inappropriate. At this level, the state aims for broad even-handedness amongst faiths under the rubric of neutrality. It can mean that no religious community is treated better or worse than any other community. As one moves slightly to the right within the „balanced“ field, the state can be expected to give more consideration to the background and context of certain religious practices. This may even allow public authorities to make declarations representing a particular belief if that is seen as religious heritage or part and parcel of the present societal culture. The state is not blind to genuine and important claims of religious

---

<sup>82</sup> As indicated by Jay Newman, *On Religious Freedom* 116 (University of Ottawa Press 1991).

<sup>83</sup> Drawing on John Locke in *A letter Concerning Toleration* (Epistola de Tolerantia) (1689) quoted as in Patrick Romanell, *Library of Liberal Arts* 17 (Bobbs-Merrill 1955).

communities that may require different treatment. This type of recognition does not mean, however, that official discrimination against whatever religious community can gain a place within the „balanced“ demarcation.

*High degree* – At a higher level, religious acknowledgment goes further. It can include official recognition of particularly significant religious communities, and implies that some religious organizations are structurally drawn closer to the state. Established religions receive special preferences and privileges. For instance, the state awards economic support to established religions in return for looking after the poor and the sick. For some faiths, a special legal status thus becomes the equivalent of public esteem and respect, which is in mutual interests. The law expects the established religion to lend an aura of public legitimacy to the state, and the state grants certain prerogatives for the religious community’s provision of social services. But as one moves to an even higher level, the state allows certain official communities to implement religious functions into government. It means that religious communities of this type are still structurally independent, yet to some extent, they are treated similarly as other public institutions under the direct leadership of government.

#### *Pole B.*

At the other end of the spectrum, it is not the civil government but the religious institution that turns totalitarian. In such a regime, religious functions completely overlap with state competences. The proximity dimension is such that the two can no longer be kept separate from each other but form a perfect unity. In a completely theocratic regime, religion is supreme and the machinery of the mundane is to further religious interests only. It can be assumed that religion controls the entire life of the people because a theocracy describes a regime in which rulers purport to present the divine on Earth, both directly and immediately. According to divine law, the lawmakers are God’s spokespeople. They claim to interpret God’s will for the nation.<sup>84</sup> This entails that there are no longer several religious communities, but only one true organization. The sole ruling religious community and the state meld into one indivisible entity. The primary purpose of government is to implement and enforce divine laws.

#### ***Practical Indicators***

It is once more time to apply this theoretical configuration to country-specific indicators. The level of religion-state proximity to be found in Switzerland, the United States, and Syria is illustrated in Figure D.3(p) below. When considering the above formulations, it is impossible to say, either in respect to the Swiss, the US American, or the Syrian jurisdiction, that there is anything resembling complete absence or

---

84 Rex Ahdar & Ian Leigh, *Religious Freedom in the Liberal State* 70 (Oxford University Press 2005).

presence of religion-state proximity. Pole A. is irrelevant because in all three countries, religious communities are expected to possess certain rights and obligations. These legal elements acknowledge implicitly that religious institutions exist and that their adherents have a right to organize and administer themselves.<sup>85</sup> The relationship produces basic structural connections between religious and state entities.<sup>86</sup> Thus, there is no full out remoteness between the authorities. Neither does Pole B. possess any practical meaning. None of the countries in question have adopted complete identification between religion and state affairs. The prime reason for this is that in these nations most interactions between natural and legal persons are regulated by way of civil and not religious law.<sup>87</sup> The same is true in respect to the Syrian Arab Republic. For this country, too, the assertion that all Syrian lawmakers are God's spokespeople is wrong. The highest framework organizing Syrian society is not divine scripture, but the country's secular Constitution.<sup>88</sup> It cannot reasonably be claimed that one of the governments in question allows total fusion between religious and mundane powers. Several distinct and largely separate religious institutions can be found, not one sole ruling divine authority.

The issue that arises is where the three countries lie along the intermediate indicators of *AB*. Commencing the evaluation with the U.S., there is little difficulty in assigning that model to a place on the continuum. From the „Analytical“ part of this elaboration, it will be recalled that constitutional framers believed that religious tolerance was best achieved by building „a wall of separation“ between religion and state. They were convinced that public life would not be corrupted if a metaphorical wall served to separate state and nation in matters pertaining to religion. Especially Thomas Jefferson was suspicious of institutional religion and was fearful that it might have a corrupting influence on the state. Today, it is generally perceived that the catchy phrase „a wall of separation“ does not adequately describe the practical circumstances found in the United States legal system. This language can be regarded as more from the realm of metaphor and symbol than legal and concrete.<sup>89</sup> According the United States Supreme Court, the Establishment Clause erects a „blurred, indistinct, and variable barrier“ depending on all the circumstances of a

85 Swiss Const. art. 15; U.S. Const. amend. I; *Al-dustur al-suri* [Syrian Const.] art. 35.

86 E.g. in case a community does not adhere to civil law, government has the power to enforce civil law even against a community's will.

87 In Switzerland and the United States, all branches of law are governed by civil law. In Syria, only the personal status system is regulated by divine laws. E.g. *Qanun al-ahwal al-shakhsiyya lil-duruz* [Personal Status Act of the Druz] No. 59 of 1953, as amended by Kanun [Act] No. 34 of 1975.

88 Islamic jurisprudence is „a“ main source, though not „the“ main legal source. *Al-dustur al-suri* [Syrian Const.] art. 3(2). Divine laws unfold their capacity only within the area of personal status law. This limited area of law can then be seen as standing alongside, but not above the civil laws of land.

89 Thomas J. Curry, *The First Freedoms: Church and State in America to the Passage of the First Amendment* at viii (Oxford University Press 1986).

particular relationship instead of a solid „wall.“<sup>90</sup> The acknowledgment of a particular religious group has always been sanctioned by legislation.<sup>91</sup> However, religious groups have long ago lost their independence and been subjected to the civil authority. In turn, religious communities have, by means of various forms of incorporation, gained a place and preference in the civil life of wider American society.<sup>92</sup> In that setup, government at all levels is independent of institutional religion or ecclesiastical control and, for its part, institutional religion is independent of state or political control. The First Amendment must protect religion effectively from the tentacles of government intervention.

A further indicator why the United States model needs to be placed within the „balanced“ field is its neutral stance towards religious institutions. Although many states are prepared to fund social programs indirectly by way of tax deductions,<sup>93</sup> the main reason why such recognition does not reach „high“ levels of religion-state proximity is the system’s prohibition on granting direct financial aid to certain religious communities. The rationale of the Anti-Establishment Clause generally forbids government expenditures for strictly religious purposes and bars governmental action for these purposes if infringement of religious liberty follows.<sup>94</sup> In American legal thinking, no religious community ought to be favoured by law in preference to others. However, limited declarations representing a particular belief are not regarded as preferential treatment. For example, the national motto on the US currency holds: „In God We Trust.“ Government also fosters the language „One nation under God“ as part of the Pledge of Allegiance to the American flag. Such religious heritage is seen as part and parcel of American culture.<sup>95</sup> These circumstances are important to the conclusion that the United States’ indicators must be positioned slightly to the right side of the „balanced“ field.

Continuing the evaluation with Switzerland, it becomes clear that for this third dimension it is virtually unachievable to make accurate claims. The Swiss system once again comprises indicators that are to be allocated among two subfeatures. In order to affix the Swiss system, complexity must be reduced and concessions made. The idea is that eventually, only the most significant indicators are reflected on the spectrum.

As mentioned earlier, in Switzerland both public-law and private-law-organized religious communities exist. Starting with the latter, it can be said that this institu-

---

90 As decided in *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 679 (1984).

91 E.g. the Minnesota statute in respect to the Protestant Episcopal Church. Minn. Stat. Ann. §§ 315.17-9 (West 1997) (Protestant Episcopal Church).

92 They are tax exempt e.g. I.R.C. 26 U.S.C. §§ 170, 501(c)(3), 6033; also *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574 (1983).

93 E.g. I.R.C. 26 U.S.C. §§ 170, 501(c)(3), 6033.

94 E.g. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 625 (1971).

95 *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 676 (1984).

tional form is placed on the same legal footing as other associational, charitable, or business organizations.<sup>96</sup> It means that communities within this category enjoy a minimum of relations with the state only. For instance, Islamic communities, which are in most cases formed as private-law associations, may hold property and organize themselves relatively freely within the laws laid down by the state. A minimum of relations also include that cantonal government may provide communities of this type with access to state-run facilities such as a hospital, a military compound, or a prison in order to render their religious services.<sup>97</sup> But regardless of such interaction, all private-law-organized religious communities are distinct and kept separate from governmental entities. From this perspective there is no concrete identification but legal acceptance. The situation can therefore be qualified as rather limited proximity between religion and the state, and means that indicators would have to be placed within the „low“ proximity field.

A different picture emerges when taking the second organizational category, that is public-law recognized religious communities, into consideration. Most Swiss cantons indirectly identify with one or more traditional religious institution. Religious establishment can symbolically go as far as a canton stating that: „The Roman-Catholic Church is the cantonal church [of Nidwalden].“<sup>98</sup> The reason why such a declaration is still to be seen as indirect and not direct is that regional governments do not actually recognize a particular religion (or denomination), but the social significance of one or more communities. The more adherents a religious community numbers, and the greater social benefit it provides, the higher the esteem a community enjoys. This basic formula is mirrored in the law at regional level.

However, in some cantons such a declaration is not only symbolic, but also concrete and real. Regional government may in some instances award economic relief to public-law recognized communities (to date, either to one or more traditional Christian denominations or to the Jewish community) in return for bearing burdens that would otherwise be imposed upon the public sphere (e.g. for the running of food shelters, promotion of culture, or maintenance of historically significant real property).<sup>99</sup> Apart from this type of support, public-law recognized religious communities must not be regarded as part and parcel of regional government. Most interests of official religious institutions and regional government are, by law, not synonymous. Governmental functions are kept separate from religious ones. This also explains why public-law recognized religious communities are seen as „quasi-

---

96 E.g. Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Swiss Civil Code] of December 10, 1907, SR 210, art. 60 or art. 80 ff.

97 Relations are then mostly private-law contractual ones.

98 Emphasis in brackets added by the author. Verfassung des Kantons Unterwalden nid dem Wald [Cantonal Constitution of Nidwalden] of October 10, 1965, SR 131.216.2, art. 34(1).

99 E.g. Kirchengesetz des Kantons Zürich [Church Act of the Canton of Zurich] of July 9, 2007, Nr. 180.1, para. 19(2).

religious bodies“ and not as „quasi-state entities.“ Thus, Swiss regional governments are not neutral in a strict interpretational sense. Only public-law-organized religious communities possess ample prerogatives, which is sufficient indication for a „high“ degree of religion-state proximity.

Because the institutional relationships found in Switzerland touch upon more than one subfeature, this evaluation restricts itself to assigning the country to the „high“ religion-state proximity level. It is assumed that in the Swiss setup, „low“ indicators are not as significant as their „high“ counterparts. The reason for this assumption is twofold. Firstly, the religion-state relationship of the public-law organizational form has far greater weight than that of private-law-organized religious communities. This judgment can be bolstered by the fact that the number of people who are members of public-law recognized religious communities outweigh the number of people belonging to private-law organizations by far.<sup>100</sup> Secondly, the amount of financial support paid by regional governments can be crucial, as opposed to being only trivial. For example, the canton of Zurich is reported to have paid twenty million Swiss Francs to the Roman Catholic Church and thirty million to the Evangelical-Reformed Church in 2009. No such support was granted to private-law-organized religious communities also operating in the canton’s territory.<sup>101</sup> The practice of providing financial support to public-law recognized religious communities exclusively has been defended persistently,<sup>102</sup> despite its apparent conflict with the right of equality and non-discrimination.<sup>103</sup> Both reasons together give sufficient indication to place the Swiss model at the beginning of the „high“ field of religion-state proximity.

In Syria, the government recognizes that religious authority and political authority almost necessarily and inevitably come close to each other as a result of being major forms of authority. Civil authority, nevertheless, has no justification for interfering in purely religious affairs, and religious societies to a large extent have no justification for attempting to use purely civil institutions for their own religious purposes. Religious communities are allowed to prescribe, legislate, and judge all ethical matters that are not regulated by civil law.<sup>104</sup> The government is friendly to-

---

100 Seventy-seven percent of the Swiss population is either Roman Catholic or Evangelical Reformed. Claude Bovay, *Religionslandschaft in der Schweiz, Eidgenössische Volkszählung 2000*, Bundesamt für Statistik 2004, at 63 ff.

101 Petra Schanz, *Reformierte müssen mehr bezahlen*, Tagesanzeiger (Feb. 16 2009), at 4.

102 Mostly by means of Supreme Court decisions as well as the will of the cantonal civil lawmaker. E.g. BGE 17 I 557, E 1, p. 559; also BGE 4 I 539, E 1, S. 541; BGE 9 I 416, E 1, p. 458; BGE 13 I 374, E. 1, p. 566; or Kirchengesetz des Kantons Zürich [Church Act of the Canton of Zurich] of July 9, 2007, Nr. 180.1, para. 19.

103 As guaranteed by the Swiss Constitution. Swiss Const. art. 8.

104 In contrast to Switzerland and the United States this includes an entire body of personal status laws. E.g. *Qanun al-ahwal al-shakhsiyya lil-katulik* [Personal Status Act of the Catholic Rites] No. 31 of 2006, enforced on Jan. 1, 2007.

wards recognized religious communities as it offers specifically tailored legal frameworks in which they can suitably administer and organize their affairs.

Proximity between religious institutions and government is higher in Syria than it is in Switzerland and the United States. This is because the distribution of social services is partially shared between mundane and spiritual powers. It means that large amounts Syrian public property – that is entrusted in pious endowments called waqf – is jointly regulated. Waqf cannot be utilized for purposes displeasing God, as it must necessarily acquire merit in the sight of God and reward in the next world.<sup>105</sup> This is a reason that Syria's waqf wealth is mainly administered by religious and not secular personnel within the Waqf Ministry.<sup>106</sup> The institution's Minister is nominated by the President of the Syrian Arab Republic.<sup>107</sup> By custom the highest waqf official (the Minister) has to be the Sunni Islam faith.<sup>108</sup> Waqf money is used for all sorts of social services such as state hospitals, libraries, schools, poor houses and many other public beneficiaries. Thus, the Sunni Islamic establishment as the predominant waqf administrator, takes an important position within the overall state structure.

A second reason why Syria's model has to be allocated within the „high“ proximity field is the circumstance that the most senior Mufti of the Republic (the Grand Mufti) enjoys significant influence. He provides religious (law) opinions not only to lower Muftis, fatwa secretaries, and Sheikhs, but also, and especially, to parliamentary commissions which are empowered to draft new legislation. The latter means that within the lawmaking process the Grand Mufti may be consulted to vet whether a draft Bill that touches aspects of Islamic personal status law is at variance with religious teachings. No equivalent check exists in respect to non-Sunni religious leaders. If the Grand Mufti finds that a particular draft Bill violates Islam, however, he possesses no power to prevent it from becoming applicable law. Syria's Grand Mufti is a chief advisor, but not a law „vetoer“ or even lawmaker at parliamentary level. It is therefore wrong to conclude that the Syria's legal system is theocratic. It does not assume that religion is supreme at all social and legal ends and that the machinery of state serves to further the one and only religion. This is enough indication for plotting Syria close to the intermediate „high“ field along the continuum.

---

105 *Ahmad al-Haji al-Kurdi, Al-ahwal al-shakhsiyya: Al-ahliyya, al-niyaba al-sharaya, al-wasiyya, al-waqf, al-tarikat* 199 (Personal Status Law: Legal Capacity, Legal Representation, Estate, Waqf, Inheritance) (University of Aleppo Press 1997).

106 *Al-marsum al-tashri'* [Parliamentary Decree] No. 68 of June 14, 1947.

107 *Id.* at No. 204 of December 11, 1961, art. 3.

108 Interview with Georges Jabbour, former Member of the Syrian Parliament, in Damascus (Jan. 8, 2007).

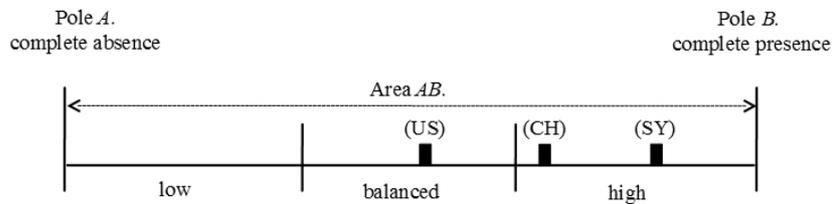


Figure D.3(p) – religion/state proximity

After evaluating the three countries' positions on the continuum, the models can be depicted in the following way. In the United States religion/state proximity is lower than in Switzerland, and highest in Syria.

## Final Remarks

After having evaluated the extent of religious freedom, it is possible to consider the interplay between the dimensions, and draw some overall conclusions. During the evaluation it has already been demonstrated that there exists a certain relationship between the „collective“ and the „proximity“ dimension. The question is whether this relationship is, indeed, directly linked to changes in the degrees of either dimension. In other words, when looking at Figures D.2(p) and D.3(p) can it reasonably be expected that a broad right to collective religious freedom necessarily triggers low degrees of proximity between religious institutions and the state? The affirmative answer suggests that movement along the collective freedom spectrum requires some corresponding movement on the proximity spectrum and vice versa.

When considering the Syrian system, this assumption is contradicted because increasing collective freedoms are not synonymous in every case with decreasing religion-state proximity. The main reason for this decoupled situation is the fact that the government allows religious establishment. The Sunni Islamic institution is given the opportunity to implement parts of its religious organization (e.g. public endowments called *awaqf*) into the greater civil administration. As a direct consequence of this, the state guarantees high degrees of religion-state proximity. Simultaneously, government grants to traditional non-Sunni religious communities (such as Druze, Christian, and Jewish communities) a broad right to collective religious freedom in that they enjoy the freedom to set up their own personal status system, free from

governmental interference and control. Thus, increasing proximity indicators need not necessarily be associated with decreasing collective freedom indicators when civil government treats different religious communities differently from each other. If the state singles out one or more religious communities in order to afford them special privileges and prerogatives, direct relationships between the dimensions are loosened or even disconnected.

However, although the two dimensions should be evaluated on distinct and separate spectra, they are in some instances interrelated nevertheless. A good example of interrelation is the following: in Switzerland, religious institutions may receive public law status. The act of granting this special legal status is, *inter alia*, dependent on an institution's willingness to comply with societal values enshrined in the country's Federal Constitution (e.g. the right to equality or non-discrimination). It implies that close relations with the government are reserved for those religions institutions that can incorporate and identify with what the greater society finds equitable. This also means that the more a religious institution organizes itself in accordance with civil constitutional values, the less freedom it enjoys to determine its organization and administration by divergent religious ideals (if it has any). Thus, in Switzerland, degrees of religion-state proximity can in some instances be interpreted in direct relation with degrees of collective religious freedom.

When turning our attention to continua D.1(p) and D.3(p), it appears that in the above setup, no direct link exists between the right to individual freedom and religion-state proximity. Changes made along the individual continuum do not necessarily cause corresponding changes on the proximity continuum. This is because governments afford no special recognition to individual religious exercise. For instance, an individual receives no direct financial support from public authorities for pursuing her or his personal religion. Also, the state does not tailor its laws in a way that they identify with a single person's individual belief. So although individuals enjoy legal relationships with the state, for instance, via their constitutional rights and obligations, this type of interaction seems to say nothing about religion-state proximity configurations.

The same quest for interrelatedness produces different results when it comes to individual and collective religious freedom. To give an example, Figures D.1(p) and D.2(p) revealed that, in Syria, a broad right of collective religious freedom inevitably results in a narrowly construed right to individual liberty. The Syrian system puts considerable emphasis on shared values of various religious communities. Common good takes centre stage because in this country the law reflects the expectation that it can provide a justification or explanation of a coherent and feasible social order. On the other side, indicators show that the laws of the Arab Republic give very limited heed to individual religious freedom. It can be deduced that when religious organizations enjoy the freedom to structure themselves, they require uni-

formity amongst all who espouse commitment to their mission. The legal system then appears incapable of extending the same array of freedoms to individual adherents as religious communities claim for themselves.

Overall, however, it is virtually impossible to select one of the three jurisdictions and claim undisputedly that it is best in respect to religious freedom. All three systems have internalized country-specific convictions, which appear to have been carved deeply into each respective national psyche. As illustrated earlier, such convictions possess sometimes contradictory, sometimes resolving effects on how religious freedom is to be interpreted. In Switzerland the law reflects the belief that people's ability to participate democratically in traditional, public-law recognized religious communities is more just than the adoption of hierarchical forms of religious organization. Syria's norms mirror the understanding that citizens find true happiness better within a specific religious community than by seeking their own uniquely chosen path. And, US legal structures express the expectation that a free market of ideas and ideals generates greater truth than an absence of competition of veracity. The law pays specific emphasis to these and other convictions, resulting in concrete differences in religious-freedom interpretation. Each conviction offers significant insights and sets of practices, and so all three model jurisdictions remain potent possibilities for accommodating religion legally.

There is, in spite of such differences, a common legal denominator. The above evaluations brought to light that irrespective of legal system, in Switzerland, the United States, or Syria, the ability to accept religious pluralism is a necessary condition of religious tolerance, and that the recognition of religious pluralism inevitably leads to some sort of secularism.<sup>109</sup> The reason for this is that secular laws provide for effective means to evade clashes of religious law. The act of concluding a social contract between individuals, organizations, and the state in a „religion-free“<sup>110</sup> zone is consoling because no-one must prove that one person's religion is worth more than another's.

The secular system is dependent on and characterized by religious neutrality.<sup>111</sup> The state presents itself as an institutionalized arbitrator. Its function is to maintain and foster impartiality between religious players and enforce common secular de-

---

109 Secular law, though, need not necessarily be grounded in enlightened sentiments developed by Western civilization. Arguably, secular law can take varying forms (e.g. Near, Mid, or Far Eastern forms and many others) and need not necessarily be determined by Western or Christian understandings of justice and right. Secularism can also be a value-free concept that can be used to characterize aspects of shared social life.

110 From a traditional perspective secular law is not „religion-free.“ However, the question is whether today's legal enactments and judicial decisions are still religion based, or far more „religious-neutral“ than before. Another possibility is that today's secular law is viewed as a kind of mixture of several belief systems or none. The actual nature of contemporary secular law is to be investigated still. But this goes definitely beyond the task of this elaboration.

111 Admittedly, another truly liberal thought.

nominators where necessary. What is crucial is the secular state's capability to unite people of divergent religious convictions by making a minimum of moral claims on the community and its members. Looking at our three model jurisdictions, there is little shadow of doubt that the impartiality concept is key to the secular mission. The evaluation of the Swiss, US American, and Syrian legal system has demonstrated that the more neutral the stance of public authorities towards religion, the lesser the likelihood of illegitimate discrimination against religious adherents or religious institutions. This in turn, does not mean that the impartial state is barred from facilitating religious expression (especially that of well-established communities) that is for the benefit of all participants of society.

At the same time it is important to remind ourselves that secular law does not stand in direct competition with religious law.<sup>112</sup> Their aims are different and, for this reason, should not be played off against each other. Religious law mostly intends to give people specific directions. If believers follow them they secure to themselves and others a life of happiness and love. The function of secular law is different. It guarantees to all participants in society the ability to enjoy basic freedoms, whenever the enforceability of such interests is judged reasonable. It thereby protects persons from being harmed illegitimately and punishes those who commit a wrong (including the state itself). The expectation is that secular law develops effects which promote and maintain peace. In this view, secularism is not tantamount to hostility towards religion, or disengagement of society from religion. In fact, in pluralist societies the two sides are co-implicated.

The above legal exploration has made crystal clear that citizens' acceptance to make concessions to their religious exercise is pivotal for the secular state to be able to unfold its powers. The challenge is to be flexible enough to allow secularism to occur. Once in effect, it means that not every person can act according to her or his belief in every possible circumstance of life. Secular law permeates into spheres of societal interaction that could otherwise be regulated by religious law.<sup>113</sup> Thus, the less space religious law occupies, the more room there is for secular law to evolve and take its place. It is a precondition of secularism that citizens are prepared to make reasonable compromises in the way they exercise religion. To what extent

---

112 Secularism does from a liberal perspective not necessarily challenge the supremacy of divine law.

The secular state is, nonetheless, in need of a pliable citizenry which recognizes that actual interaction between the powers is one of parity. No doubt this view runs counter with the belief that secular law is of complementary character only, and that it is religion which enables nature to come to its proper end. Generally Leo Strauss, *Naturrecht und Geschichte* (Suhrkamp 1977).

113 Also here it is necessary to re-emphasize that this modern constitutional idea conflicts with the conviction that religious and earthly powers are to be understood in dynamic unity with each other. Eberhard Schockenhoff, *Beruhet die Menschenwürde auf einer kulturellen Zuschreibung?*, in *Vom Rechte, das mit uns geboren ist: Aktuelle Probleme des Naturrechts* at 248 ff. (Härle Wilfried ed., Herder 2007).

they are willing to accept a decline in religious self-determination so as to avoid conflict with the interests of others is for the citizens to decide. This implies that in an ideal setup, secular law is both robust and flexible.

Differences in degrees of secular-law acceptability have been made visible on the above spectra. Since in Syria, matters pertaining to marriage, separation, adoption, and inheritance are social fields which are regulated by religious law, it can be concluded that Syrians are less willing to make room for secular law than is the case in Switzerland and the United States, where the same issues are governed by civil law. In the area of personal status, Syrian law thus follows the ideology of legal pluralism instead of legal secularism. For the Arab nation this system works as long as people stay and organize their lives within the religious community into which they are born. In Switzerland and the United States, however, the same concept of legal pluralism would very likely fall prey to the fact that people mix and change – e.g. they marry and divorce partners of different faiths and sexes; they take up new religions or reject them altogether. If legal pluralism was also adopted in the two Western societies, varying religious expressions would collide with each other like billiard-balls.

Thus, since all three legal systems are different, each and every one is ultimately required to find its own answers to questions of religious freedom while maintaining the universal goal of promoting true well-being. The future will tell whether Switzerland, the United States, and Syria are capable of re-designing and re-interpreting their basic constitutional frameworks so as to meet the changing realities of their own unique social and historic settings, and to establish a just approach to religious freedom.

**Jean-Claude Cantieni<sup>1</sup>**

## **Kann das Recht Religion vor liberalem Horizont beschränken?**

*„Friede zwischen Staat und Kirche ist nicht möglich, weil das christliche Gewissen durch das staatliche Gesetz nicht gebunden werden kann und weil die staatliche Souveränität vor dem individuellen Gewissen und der Forderung der Kirche nicht kapitulieren kann.“*

Staats- und Völkerrechtler Max Huber (Staats- und Völkerrechtler)  
Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft 1939

### **1. Recht und Religion**

Konflikt oder Kontraktion, darin contrat/Vertrag prozessual von contrahere, doch auch contre act, agir als widerstehn, - sprechen, für eine gute Sache, Freiheit protestieren, ja sich für sie empören (Stéphan Hessel). Dass Recht und Religion in der Geschichte aufeinanderstossen, ist über die Historiker hinaus auch ästhetisch formuliert worden; Arnold Schönberg beschreibt den Konflikt in seiner Fragment gebliebenen Oper „Moses und Aaron“, deren Fragmentarität als Strukturfragment dekonstruktivistisch ihrerseits zu interpretieren ist: Aarons Bruder Moses, dem Gesetzgeber, gebriecht's an der Sprache, die wahren göttlichen Gebote zu verkünden, und er wendet sich deshalb an Bruder Aaron, welcher erblich mit der Hohenpriesterwürde bzw. Wirklichkeitssinn begabt ist. Er trägt ein Glöckchen an seinem Gewande, mit welchem er das Volk so im (intelligenten) Herzen, sentimentalisch im Schillerschen Sinne statt kognitiv ins Gelobte Land leiten will. Das Volk hört auf den Volkston, und so reiben sich Wahrheit und Wirklichkeit, daraus Bekenntnisse auf Seiten des Rechts wie der Religion resultieren, welche dem

---

<sup>1</sup> Jean-Claude Cantieni ist Anwalt und Archivar in Chur, zugleich der Präsident von libref.

Entscheid zwischen Wahrheit und Wirklichkeit vorgreifen, im Falle von Schönberg die Oper zum Fragment stempeln. Der Ausgang des Konflikts bleibt offen. Seine Fragwürdigkeit belastet, drängt zum (s)einen Bekenntnis, davon zu handeln sein wird. Das rasch millionenfach verkaufte schmale Bändchen von Stéphan Hessel: „Empört euch“, kulminiert darin, dass jedermann für verantwortlich dafür erklärt wird, diesen Konflikt zwischen Wahrheit und Wirklichkeit durch sein personales Engagement zu lösen. Hessel bezieht sich auf Sartre, den er 1939 in Paris kennengelernt hatte: Jeder ist, als Einzelner, verantwortlich. Und erst im Engagement schafft sich das Individuum selbst als eine Person über dem Gattungsbegriff Mensch. Hessel: „Die schlimmste aller Haltungen ist die Indifferenz, ist zu sagen: „Ich kann für nichts, ich wurschel mich durch.“, Wenn ihr euch so verhaltet, verliert ihr eine der essenziellen Eigenschaften, die den Menschen ausmachen: die Fähigkeit, sich zu empören, und das Engagement, das daraus folgt.“, Bekenntnisse im Sinne liberaler Theologie erfolgen so, wenn Gott übermächtig wird, weil Neutralität die Person ihrer Personalität beraubt.

Recht und Religion stossen in der Geschichte so in zwei ultimativen Aussagen aufeinander, im religiösen Bekenntnis und in der „Eidgenössischen Intervention“, mit welcher der Staat auf die Herausforderung antwortet(e), dass Bekenntnisse sich gewalttätig aufluden, zumal als Religion der Wahrheit gilt, während das Recht sich an die Wirklichkeit von Tatsachen bekundenden Akten hält (quod non est in actis non est in mondo): Programmierter Konflikt, wenn der Staat definiert, was Gott (an Aufruhr, Protest... nicht will? Wahrheit (in der Religion) und Beweis (im Recht) unterscheiden sich wesentlich. Friedrich Dürrenmatts Kriminalkommissar verzweifelt an der Nichtbeweisbarkeit im Rechten oder doch der durch Gewalt verursachten Schuld als Archetyp. Oedipus musste töten. Die Menschheitsgeschichte begleitet so das auch sakramentale Opfer. Das vom Jäger erlegte Wild entstand in der Gestalt des Grossen Bären am Firmament neu, das Leben war noch selbst ein Sakrament in den Mythen<sup>1</sup>. Im Abendmahl der Christen wird diese Tradition, darin nun das Selbstopfer Gottes erinnert wird, bis heute weitergeführt, doch: Wie will Freude am Leben aufkommen, wenn es von Gewalt an sich abhängt? Wohin sind die „Lebenstöne“ verklungen, die Friedrich Schiller in seinem „Gedicht an die griechischen Götter“ nochmals beschwor, nachdem die Wahrheitsfrage sich – wann, wie, warum? – inzwischen vor die Wirklichkeitsfrage gestellt hat, Wissenschaft wurde, eine Praxis des Geständnisses sich vor die „Kunst der Initiation“ gestellt hat? (Michel Foucault spricht von uns Heutigen als Geständnistieren.) Das Bekennen (in der katholischen Kirche die Beichte, die – so wird gefordert – in die reformierte Kirche bspw. über die virtuelle Informationstechnologie einkehren soll) bzw. Verlangen nach der Wahrheit hat die

---

1 E. Drewermann, Die Spirale der Angst, Freiburg 1991, S. 292 ff.

Freude an ihrem (Er-)Wahren übertrumpft.<sup>2</sup> Bedürfnisse wurden Begehren. Der rechte Gebrauch von Bekenntnissen wurde - wie auch in der Warenwelt - zur Frage des Inszenierens. Bekenntnisse wirken inszeniert. Der Inszenierungswert des Bekenntnisses überwächst seinen Gebrauchswert und damit die Würde des Bekenntnisses.

Mit dem begehrenden „Erobern“ der Wahrheit stellt sich die Gewalt ein, welche das religiöse Leben in der Geschichte einst unter den Konfessionen so mannigfach belastete. Im Islam, welcher das religiöse, zivile und politische Leben seiner Mitglieder umgreifend gestaltet, bahnt sich ein neuer Konflikt zwischen nun Religion und Recht an, der sich einstweilen auf der symbolischen Ebene von Minaretten und Kleidervorschriften abspielt, und doch bedeutet symbolisch keineswegs gewaltfrei; Natur ihrerseits kennt keine Gewalt als solche. Wie viel Gewalt verbindet sich doch mit der Liebe, und die „Rückkehr der Religion“, davon plakativ die Rede ist, bringt neue Machtfragen in den öffentlichen Raum zurück. Kreuzesabnahme Jesu wurde zur Abnahme des Kreuzes selbst im Walliser Schulzimmer, wodurch die symbolische Tendenz des Kreuzes auf die Spitze getrieben wird, zum Bekennen treibt, einen Entscheid provoziert, der bisher ausblieb, auch wenn die EMRK zum zügigen Verfahrensablaufe anhält. Welche Gewalt zieht im so rechtsfreien Raume dort ein, wo das Recht nicht (mehr) waltet? Jedes Vakuum erzeugt naturgesetzlich einen Sog. Gefragt ist so nach einem religionsfreundlichen Staate, der zwischen radikaler Privatheit des Glaubens und der Obliegenheit, die Freiheit des Glaubens auch öffentlich zu praktizieren, zu vermitteln hat. Sind wir nicht wirklich frei, nicht Freiheit zu wollen, ist sie eine natürliche Verpflichtung.

Die einstweiligen Konflikte mit dem Islam sind zudem Stellvertreter-Scharmützel; doch Stellvertretung ruft nach selbstloser Verantwortlichkeit<sup>3</sup>. Der Staat bringt sie nicht auf. Er verfißt seine eignen Interessen, bestraft den Delinquenten, Devianten strikt, weil er sich vor der eskalierenden Rache des Betroffenen fürchtet, wenn er den Täter ignoriert<sup>4</sup>, und Derrida weiter<sup>5</sup>: „Der Staat fürchtet sich vor der Gewalt, welche fähig ist, Verhältnisse zu legitimieren oder zu verändern und die selber als jenes, was ein Recht aufs Recht hat, zu erscheinen hat.“ Recht beansprucht, eine Ordnung zu sein, die, wenn zwar im Gesetz lückenhaft, so doch Respekt im Ganzen gebietet (*vis verbi* über *vis legis*): Das führt zu Bekenntnissen bzw. Interventionen als literarischen Aussagen, die nach literarischen bzw. generellen Interpretationsgrundsätzen (nach säkularem Muster) behandelt sein wollen.

---

2 Frei nach W. Schmid, *Die Geburt der Philosophie*, Frankfurt 2000, S. 16

3 Vgl. D. Bonhoeffer, *Brevier*, München, 1963

4 J. Derrida, *Gesetzeskraft, Der mystische Grund der Autorität*, Frankfurt 1991, S. 71ff.

5 a.a.O., S. 76.

## **2. Kleine „Archäologie“ von Bekenntnis und Intervention**

Die Religion hinsichtlich ihrer Bekenntnis-Aussage, die konfessionellen Frieden einst strapazierte einerseits, und Recht andererseits hinsichtlich Bundes-Interventionen im Falle von religiös motiviertem „Landfriedensbruch“, d.h. Bekenntnis als fundamentale Aussage der jeweiligen Kirche und „Intervention“ als Notrecht des Ausnahmezustandes (so bspw. im Migrations- bzw. Asylrecht) sind die beiden Pole von Religion und Recht mit je letztlich autoritativem Charakter, dessen Quelle je nicht mehr verhandelbar ist. Bekenntnis und Intervention sind so mystisch verankerte Komplementärbegriffe. Bekenntnis und (Bundes-) Intervention stiften so beide Recht als deutende Gewalt, die ihrer eignen Definition nach von keinem vorgängigen Recht gestützt wird. Sie sind „performativ“, um ein inflationär gebrauchtes Wort zu verwenden. In der Sprache von Bekenntnis und Intervention als „Gewaltakt“ (im juristischen Sinne) verbirgt sich ein Schweigen, verbirgt es sich, weil dieses Schweigen der Sprache nicht äusserlich bleibt. Pascal, Montaigne, Derrida würden insoweit vom mystischen Grund der Autorität reden wollen. Der Diskurs stösst hier an seine Grenze in seinem performativen Vermögen. Ein agonistisches Moment ist so skizziert, oder doch: Bekenntnis und Intervention stehen letztlich für ein „Es gibt's, dass es Ordnung gibt“, die durchsetzbar ist. Sie ist dann kaum mehr teilbar, Gewaltenteilung, verstanden als Gewaltenminderung bzw. Befrieden, verfängt keineswegs mehr prinzipiell.

Die Schweizer Geschichte ab dem 16. Jahrhundert zeitigte entsprechend mannigfache Konflikte, welche der Bundesstaat durch „Interventionen“ teils manu militari regulierte. Auslöser religiöser Spannungen waren Einzelne. Die Privatfehde wurde zum Staatsakt (hierzu unten), welcher sich seit den Balkankriegen 1991 global zur „humanen Intervention“ ausweitet. Wie verhält sie sich zur Toleranz? Ist gegen jede Intoleranz, von welcher die Welt strotzt, zu intervenieren? Ob das nicht schon wieder intolerant ist, dass wir überall auf der Welt unsre Toleranz missionarisch vertreten? Ob wir dann Werte oder Wertungen vertreten, Würde dabei zugleich strapazieren? (Immanuel Kant schied zwischen äusseren Werten und inneren Würden.) - Toleranz ist ein personal-individueller Wert, ja einklagbare Würde für Christen, indem Jesus von sich sagt: „Ich bin – wirklich - die Wahrheit“.

## **3. Religion und (Privat-) Recht.**

Das Privatrecht zumal ist mit religiös befrachteten Aussagen oder doch Vokabeln gespickt. Selbst ein so scheinbar neutrales Grundbuchrecht kommt nicht ohne Sukkurs aus religiöser Terminologie aus, wenn es vom guten Glauben dessen spricht, welcher im Kenntnisstande handelt, wie das Grundbuch ihn vermittelt, sich auf den Grundbucheintrag verlässt und im Umfange dessen in seinen Rechten geschützt ist (Art. 973 ZGB). Und doch: Der ins Grundbuch „Einsichtige“ darf die

Augen vor der Wirklichkeit im Sich-Verlassen auf die Wahrheit des Grundbuchs nicht verschliessen (Bundesgerichtsurteil 5A-60/2011, 1. April 2011). Das Verhältnis von Wirklichkeit und Wahrheit ist illiquid, konfliktbehaftet auch im Privatrecht einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung. Was bedeutet für die Religion, dass das Vertragsrecht, die Autonomie der Parteien, ihre Verhältnisse in eigener Kompetenz zu gestalten, das Obligationen-, d.h. Schuldrecht ist, indem der staatliche Gesetzgeber die Freiheit so als Verpflichtung kennzeichnet, Freiheit auszuüben, für die Religion als Schuldrecht heisst Erfüllungsverpflichtung, Bindung, doch die Juristen, selbst die Rechtshistoriker und auch nicht die modernen Neurologen mit ihren bildgebenden Verfahren können erklären, wie - sei's im Gehirn oder sonst wo - ein Sich-Verpflichtet-fühlen, ein Versprechen zu halten, entsteht. „Genitum non factum“? Die Rechtswissenschaft geht davon aus, dass es diese Bereitschaft, zu Verpflichtungen zu stehn, gibt, weil sie ziemlich regelmässig zu beobachten ist. Punctum. Ausnahmen sind bestenfalls bei Kindern und Dementen denkbar. Für Juristen ist die Frage nach Quellen ihrer Wissenschaft relativ belanglos, weil kein Forschen nach Jurisprudenz als Entscheidungswissenschaft existiert. „Wir wissen nicht einmal, wieso Menschen in der Evolutionsgeschichte erst vor rund 3000 Jahren reichlich spät (in der Epoche Hammurabis) Rechtsregeln zu entwickeln beginnen und sie aufzuschreiben. Gab's zuvor keine Konflikte, die mit Rechtsregeln besser als sonst wie zu lösen gehabt hätte“, fragt Hans-Peter Schwintowski<sup>6</sup> Rechtswissenschaft begnügt sich mit voraussetzungslosem normativem Selbstverständnis.

Was bedeutet für das Verhältnis zwischen Religion und Recht der Eingang-Artikel 1 Abs. 2 & 3 des ZGB, wonach der Richter nach Gewohnheitsrecht bzw. nach der Regel entscheidet, die er als „Intervenient“ des Gesetzgebers subversiv oder doch subkutan, d.h. gewaltsam aufstellen würde, ist ja doch der Staat die grösste Gewalt. Sie ist zwar lesbar, erschliesst sich, nach Walter Benjamin dem Verständnisse, da sie dem Recht gegenüber kein Fremdes ebenso wenig ist, wie Krieg Gerechtigkeit gegenüber ein Fremdes ist („gerechter Krieg“), und doch wird Recht so suspendiert, da seinerseits immer etabliertes Recht unterbrach, um ein neues zu begründen, was, die Suspension der Rechtsgeschichte ausmacht. Recht an sich schwebt über einem Abgrunde, und alles verhält sich so, als wäre dieser Akt niemandem Rechenschaft schuldig. Wir sind regelmässig vor und keineswegs unter dem Gesetz.

Franz Kafka ist als Dichter und Jurist darauf in seiner Erzählung „vor dem Gesetz“ eingegangen, darin er einen „Landmann“ in die Kanzlei der Stadt eintreten sieht, welcher sich nach dem Gesetz erkundigt, in das er eintreten wolle. Der Kanzlist heisst ihn vor der Kanzlei warten, vertröstet ihn, jahrelang, der Landmann

---

<sup>6</sup> H.-P. Schwintowski, *Praktische Rechtswissenschaft, entwurzelt?*, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 2008, Heft 3 und 4, S. 290 f.).

ergraut, und als der Kanzlist sein Ende kommen sieht, schliesst er die Tür, die er, wie er sagt, einzig für ihn geöffnet hielt. Das Gesetz ist selbstreferenziell, und: In der Kanzlei verbirgt sich lateinisch „cancellae“ die Schranke, welche die Leute vor dem Gesetz abschirmt. Dasselbe Wort findet sich in der „Kanzel“. Die einzelne Person ist vor dem Gesetz chancenlos, sein Adressat ist der Mensch als Gattungsbegriff. Die Person ist sub-ject (sub-jectum, unterworfen, (vielleicht) selbstverschuldet entmündigt.

Das Normale (des Gesetzes) hat normative Funktion. Das Recht als Rechtswissenschaft tut sich so mit dem Einzelfalle schwer, bezweifelt weniger, dass es den „Normalfall“ zu wenig umgreifend gedacht hat, als dass es die Devianz als Anomalie „abtut“. Paulus setzte aufs Gewissen der Person selbst schon. Um „kulturprotestantisch“ zu argumentieren: Aus den östlichen „Märchen von 1001 Nacht“ hat Ludwig Tieck eine namenlose Scheherezade in sein eigenes Märchen von der „Schönen Magelone“ übernommen, sie benamt, sie mit einer Geschichte bedacht. In Johannes Brahms' gleichnamigem Singspiel erhält sie eine, ihre klangvolle Stimme, und in der Erzählung von Peter Bichsel „Der Busant“ wird die einstige anonyme Scheherezade zur Serviertochter in des Dichters Stammbeiz, mit der er Geschichten austauscht. Sie tritt aus der Literatur heraus über ihren „Fall“. Ihr Leben als Scheherezade war schon verwirrt. War ihr literarischer „Fall“ für ihr Auferstehen im (wahren) Leben erforderlich?

Das Gesetz gesteht seine Lückenhaftigkeit – als (s)ein Bekenntnis des Rechts - ein, und doch postuliert es, dass es, wenn auch nicht vollständig, so doch abschliessend sich so verstehe, dass das Recht den Vorrang vor dem Guten (bspw. im Religiösen) habe: Der Freiheitswille verlange gebieterisch, dass das Recht(e) sich als ein Maximieren des Guten verstehe, was nicht umkehrbar sei. Ginge Gutes voraus, würden wir zum Perfektionismus, Utilitarismus und Paternalismus neigen. Durch all diese drei Maximen würde die Freiheit zumal des Schwächeren eingeschränkt, um dessentwillen die Präambel der Bundesverfassung erklärt, bekennt, dass das Los des Landes davon abhängt, wie es mit dem Schwachen umgeht. Wenn der Schwache des Starken bedarf, gilt ebenso mit Dietrich Bonhoeffer, dass der Starke auch des Schwachen bedarf, der als soziales Problem und keineswegs als exklusiv medizinisch, gesetzentfalls psychiatrisches Problem zu gelten hat. Die Gesellschaft braucht „good will“ über Markt und Staat hinaus<sup>7</sup>.

Die Verfassung beansprucht Gott als Sprachrohr für solch ein Bekennen: „Im Namen Gottes des Allmächtigen...“ Hat auch die Präambel keinen positiv-rechtlichen Gehalt, darauf sich Ansprüche zu stützen hätten, bestimmt sie doch die (generelle) Gesetzesinterpretation, kritisiert sie die Deutungshoheit, welche die Vernunft über sich so erlangt hat und so das von der Norm Abweichende

---

7 P. Nolte, *Religion und Bürgergesellschaft, Brauchen wir einen religionsfreundlichen Staat*, Berlin 2009.

strapaziert. Die Präambel setzt Brüche, Fugen, Diskontinuität, ins Recht, was weit mehr denn einen Verfremdungseffekt illustriert. Sie zieht ihrerseits Furchen, in die spriessender Samen nach biblischem Gleichnis zu fallen hat, und welche das Sein (an sich) zu charakterisieren hat. Die Furche ist die Fuge zwischen Herkunft und Hinweggang, Geburt und Tod. Die Bauern beteten, wenn sie das Korn schnitten. Ums Eintauchen in die Erde und Auferstehen dreht sich der Kult der Persephone im klassischen Griechenland. Der Kult überspielt das Sterben in der Natur, auch das soziale bzw. symbolische, welches in der altrömisch-rechtlichen Figur des „homo sacer“ für die Geschichte greifbar wird, eine Person, die gleichsam als vogelfrei erklärt war, getötet werden durfte, doch in keinen religiösen Formen (bspw. Opferritual). Giorgio Agamben schrieb zu dieser Person drei Bücher mit dem Titel „Homo sacer“<sup>8</sup>. Das Verhältnis Recht und Religion oszilliert in dieser Person; oder anders formuliert: Wie viel Lebensgewinn machen wir auf dem Rücken anderer?<sup>9</sup> Welche Opfer rechtfertigen welche „Intervention“, insoweit Zurückhaltung geboten ist, indem Kirchen einst Opfer glorifizierten?

Intervention, Vor-Schrift des Staates gegenüber der Religion(sschrift) verlangt nach einem Kriterium, das sich im Diskurs zum Verhältnis zwischen Staat und Recht in Interventionsfällen zu finden hat. Ein solches Kriterium ist sorgfältig zu ermitteln, ergibt sich keineswegs schon – als Regel, Norm der Interventions-Aussagen. Oberhalb ihrer bzw. ihrer erhaltenen Aussagestreuung waltet eine Regularität der Einordnung von Interventionen (u.a. der Richter, die Gesetzeslücke schliessen, doch auch solchen auf dem politischen, gar militärischen Parkett) hinter der nach ebenso möglichen benachbarten Interventionen zu fragen ist, die keine Aussage werden, oder doch keine Spuren ziehen konnten. Wenn nach der Interventionsberechtigung des Staates zu fragen ist, ist vorerst zu fragen, was für die erhaltenen Aussagen heisst, dass genau sie existieren? Dass und warum keine anderen Aussagen an ihrer Stelle erschienen sind? Nicht ihr der Aussagen interner Sinn oder ihre Aussage (zur Intervention) ist so bedeutsam, sondern dass, und wie, wo, warum, wie sie existieren? Und dass ausgerechnet sie auftauchten<sup>10</sup>.

Erst so wird zu beantworten sein, was (intervenierende) Vorschriften des Staates gegenüber Religion zu rechtfertigen hat. Interventionsaussagen des Rechts innerhalb einer absolut frei gedachten Religionssphäre sind auf der Ebene ihrer raren gegebenen Streuung erst noch „aufzutun“, statt vor positivistischem Horizont als Präjudiz handzuhaben. Geschichte ist Vorsehung, in der Zeit gedacht.

---

8 Frankfurt /M. 2002ff.

9 N. Peter, Leitartikel zu Ostern, NZZ vom 22./23. April 2011.

10 S. P. Gehring: *Foucault, die Philosophie im Archiv* Frankfurt 2004, S. 56 f

## **4. Zu den Termini Bekenntnis und Intervention im Einzelnen**

### **4.1 Intervention**

Sie ist eine Zwangsmassnahme des Bundes, welche greift, wenn ein Kanton, der u.a. ein religiöses Oberaufsichtsrecht hat, darin überfordert ist, Ruhe und Ordnung zu garantieren. Der Bund greift nach der Bundesverfassung (Art. 52 Abs. 2) ein, wenn die Ordnung in einem Kanton (der für religiösen Frieden zuständig ist) so bedroht ist, dass er sich nicht mehr zu helfen weiss. So weit sind wir nicht (wieder), doch das Minarettverbot von 1910 hätte auch Aufruhr bewirken können, wie die Geschichte ihn mehrmalig kennt.

Der Artikel garantiert insoweit die verfassungsmässige Ordnung bzw. die „Staatsqualität“ der Kantone – vor der Religionsfreiheit, wobei die Momente kantonaler Souveränität, welche die Intervention schützen soll, zeitgebunden sind und sich nach der Interpretation des Bundes zu richten haben. Die verfassungsmässige Ordnung der Kantone umfasst nichtsdestotrotz mehr als die „öffentliche Sicherheit“, d.h. das Interventionsrecht des Bundes reicht entsprechend weit auch in die religiösen Verhältnisse hinein. Umgekehrt dient die Intervention Bundes-Berns strikt der Rechtsstaatlichkeit, und sie ist ans Gebot von Verhältnismässigkeit, ebenso prinzipiell der Religionsfreiheit gebunden. Über ihre Anordnung entscheidet das Parlament (Art. 173 Abs. 2 Bst. b, 185 Abs. 2 der Bundesrat in dringenden Fällen der Bundesrat unter Einberufen des Parlaments).

Die meisten Interventionen ereigneten sich im 19. Jahrhundert, dem Zeitalter des Kulturkampfes, zumal, wenn und wo unter Liberalen (Radikale, regelmässig Protestanten) und Konservativen (Katholiken) Säkularisierung und Sakralisierung sich befuhdeten. Die letzte Intervention erfolgte 1932 in Genf. - Der Bund bietet schlimmstenfalls sein Militär auf, welches von den (überforderten) Kantonen zu bezahlen ist.

Die Reihe solcher Bundesinterventionen ist relativ lang und sie hat mit „Bekenntnissen“ in einem umfassenderen Sinne der Religionen, Konfessionen zu tun, exemplarisch seien erwähnt:

- Finningerhandel in der Stadt Mülhausen in früher Neuzeit, 1586, zwei Geschwister katholischen Glaubens stritten mit dem 1515 zur Eidgenossenschaft assoziierten Mühlhausen wegen eines Gehölzes. Der lapidare Forst-Konflikt entartete durch konfessionellen Zündstoff soweit aus, dass eidgenössische Truppen in Mülhausen intervenierten.
- Konfessionelle Kriege innerhalb der Eidgenossenschaft 1529 – 1712,
- Erster und zweiter Kappelerkrieg, verursacht durch konfessionelle Sonderbündnisse: Die Katholiken schliessen sich 1524 in Beckenried

zusammen, um den alten Glauben zu verteidigen, Zürich und Konstanz vereinbarten ein „christliches Burgrecht“ 1527. Zum Schutze des reformierten Bekenntnisses, Zeugnisses. Die Reformation brach schweizweit mit derjenigen in Bern 1528 durch. Krieg bahnte sich an, soweit wie in Zürich noch Altgläubige unter Räten und Burgern waren. Zwingli wollte ihn. Die „Kappeler Milchsuppe“ brachte die Verfeindeten nochmals zusammen, die katholische Seite sicherte zu, verleumderische Voten zu ahnden. Die „christliche Vereinigung“ der Katholiken wurde aufgelöst. Zwingli verhandelte mit dem Landgrafen von Hessen als Partner, doch war vorerst der Konflikt mit Luther zu überbrücken, eine Konfession bzw. ein Bekenntnis zu formulieren, was fehlschlug.

- Ebenso zerrann so der Traum des Landgrafen von einer grossen protestantischen Union zwischen Dänemark, Deutschland, Venedig, Frankreich und der Eidgenossenschaft, die Habsburg hätte zügeln sollen.
- Doch auch die Partnersuche der katholischen Partei bei Karl V. blieb erfolglos. Die Reformation musste auf Boden der Eidgenossenschaft durchgesetzt werden. 1531 fielen 500 Zürcher und 100 Katholiken bei Kappel. Die reformierte Streitmacht verbrach, das Banner wurde gerettet, doch die Christenheit blieb gespalten. Auf Kappel folgte
- der Villmerger Krieg im Freiamt.
- Die Aargauer Klostersaufhebungen und die Beratungen der Tatsatzung darüber folgten im 19. Jahrhundert.
- Eidgenössische Interventionen betrafen das Tessin 1848.

#### **4.2 Bekenntnis**

Der Begriff durchlief in der Geschichte mannigfache Ausprägung, er wird für die Schweiz, welche auch aus zwei grossen konfessionellen Teilen und nicht nur aus vier verschiedenen Sprachen „komponiert“ ist, mit konfessionellem Frieden zu tun haben, wie er sich in der Aufklärung anbahnte. Noch die Religionsartikel der revidierten Verfassung, für welche der Verein Schweizerisches Christentum lobbte, sich in diesem Kontext gründete, als ehemaliges religiöses Milieu aus Zeiten des Kulturkampfes übrig blieb, diente noch explizit dem konfessionellen Frieden. General Dufour hatte zuvor den katholischen „Sonderbund“, der zur alten Eidgenossenschaft vor 1798 zurückwollte, Anlehnung an Habsburg suchte, massvoll bekämpft und zur Toleranz so beigetragen, und doch ging der Polizeivorbehalt gegenüber der Religionsfreiheit in die Bundesverfassung von 1999 noch ein. Ist er heute zum religiösen Ausnahmeartikel geworden, der, irritierend, abzuschaffen ist, um zur eingangs gestellten Titel-Frage zurückzukehren?

Sind Bekenntnis und Intervention von so erlesener Wichtigkeit, die Gewalt impliziert Gewalt (die eine geistige sein kann, unser Recht spricht seinerseits von öffentlicher Gewalt, ohne prügelnde Polizisten damit zu assoziieren), hat ein

Konflikt zwischen den beiden „Gewalten“ auf höherer denn polizeirechtlicher Ebene ausgetragen zu werden.

Wenn Bekenntnis, Zeugnis im weitesten Sinne zum Konflikt führte, welcher durch das Recht der Bundesintervention beendet wurde, welche Bedeutung hat denn das Bekenntnis für die Religion, und welche Bedeutung erlangt damit auch die Intervention des Staates (über eine Massnahme der „niedrigen“ Polizei) für ihn und die Kirche? Welches Recht wird tangiert, Staatsrecht, Kirchenrecht, die Rechtsidee, je worin? Vernehmen wir heute ein Bekenntnis noch als autoritativ, so wie wenn das Volk (s)ein Volkslied einst als zum Volkston zählend, zum solchen erklärte, ohne sich um seinen (personalen) Komponisten zu scheren, oder zählt das Bekenntnis schon zum kosmischen Hintergrundrauschen der Geschichte?

Glauben im christlichen Sinne hängt mit Hören und Bekennen zusammen<sup>11</sup>. Das Neue Testament formuliert die apostolische Verkündigung, indem es das apostolische Bekenntnis enthält, d.h. es enthält, was die Apostel sagen, indem es sagt, was den Aposteln gesagt ist, was sie gehört haben und wozu sie sich bekennen. Darüber hinaus führt keine Aussage. Ein Rest ist bestenfalls ein Raunen. Bekenntnis als Aussage ist ein letztes indem Sinne, dass es durch Selbstbezeugung des Auferstandenen vor Zeugen hervorgerufen ist<sup>12</sup>. Wie kam's zu Bekenntnissen in der Neuzeit, zum Überformen der Wahrheits- über die Wirklichkeitsfrage?

Die alte Gestalt der protestantischen Schriftmaxime war durch ein Entdecken der Vielheit von nicht zu harmonisierenden Theologien im Neuen Testament einerseits und das Auffinden andererseits von urchristlichen Bekenntnisformeln erschüttert. Dogmen wie Territorialisieren der zerbrochenen Einheit in ein „cuius regio, eius religio“ mussten her. Ein Denken ohne Dogmen stand auf dem Spiel. Seit dem Scheitern dieses Experiments hat der Staat die Religion auf ein Denken ohne Dogmen hin zu lenken, und die Kirche, deren Kirchgenossen hat bzw. haben Schutz vor einem dogmenorientierten Gehaben in der Kirche seitens des Staates zu verlangen. Eidgenössische Interventionen aus Konfessionskriegen erscheinen als lange passé, doch dogmenfreies Denken ist ein hohes Ziel geblieben, seit M. Luther in seinem „Sendbrief“ vom 6. September 1520 an Leo X. schrieb, er möge „nit leiden Regel und Masse, die Schrift auszulegen. Dieweil das Wort Gottes, das alle Freiheit lehret, nit soll noch muss gefangen sein“. Der Reformtor misstraute jeder Gewalt, die Deutungsmacht von sich erlangte, (die) so um die von Gott zugesprochene Freiheit bringt. Bleibt nachzuragen, dass entsprechende Gefahr von Bekenntnissen auszugehn hat, die unter ein „secret and tacit consent“ im Sinne von Thomas Hobbes Leviathan (21. Kapitel) zu reihen sind, die eine Sondermoral

---

11 So und im Folgenden H. Gollwitzer, *Die Bedeutung der Bekenntnisse für die Kirche*, in: *Hören und Handeln, Festschrift für Ernst Wolf*, München, 1962, S. 153 ff.

12 H. Schlier, *Kerygma und Sophia*, in: *Die Zeit der Kirche*, 1956, S. 216

formulieren, die Freiheit der Person antastet. Hanno Helbling fragt danach in „Liberalismus, nach wie vor“, der Festschrift zu 200 Jahren NZZ<sup>13</sup>.

Remedur betreffs Charakter von Bekenntnissen (mit entsprechender selbstreferentieller Intensität, wie sie Religion und Recht auszeichnen) ist mit einem Gedankenexperiment Jacques Derridas zu leisten, das er „Différance“ (mittels Dekonstruktion) nennt und womit das Verhältnis zwischen Signifikat und Signifikanten in einen ausgewogenen Zusammenhang, ein trial and error, zu bringen ist. Bekenntnisse rangieren wie die Farben des Farbspektrums gleichwertig zueinander. Wie jede Farbe in jeder andern – negativ – enthalten ist, gilt das auch fürs Bekenntnisleben. Kein Bekenntnis als Aussage hat für sich Autorität zu beanspruchen. Sie teilen sich in ihre Ohn-Macht als Einzelne. Ihr Vergleich vervielfältigt, relativiert Unterschiede sich befehrender Bekenntnisse bzw. Dogmen, statt zu vereinheitlichen, über einen Leisten zu schlagen, doch ohne zur Farblosigkeit zu gerinnen. Bekenntnisse „als solche“ verkörpern ein System, sind der „body“ der Kirche, die gleichsam den Hintergrund und Gesamtraum aller nur möglichen Aussagen und diskursiven Ordnungen dar- und herstellt. Das Bekenntnis wahrt so nichts strikt zu fürderhinnigem Gedächtnisse auf, es ist das, was an der Wurzel der Aussage selbst als Ereignis im Körper, den es sich gibt, von Anfang an ein System von Aussagbarkeit definiert, das kein anderes Bekenntnis, das auch hätte formuliert werden können, unterdrückt. Das Bekenntnis stammt aus einem „Wirklichkeits-Möglichkeitsraum“, wie Michel Foucault das Archiv nennt, das verwandte Züge zum Bekenntnis hat, ein bekenntnishafte Moment in sich birgt. Urkunden wachsen ihm nach einem Charme des Zufalls zu. Es kennt kein gesetztenfalls wieder zu erweckendes Schweigen, weil es keinen Anspruch auf Aussagen hat. Es ist die „Umwelt aller Diskurse“<sup>14</sup>, welche in der Geschichte walten, welche das Bekenntnis „einzufangen“ probt.

Bekenntnis als Aussage besagt idealtypisch: Es existiert nichts wirklich Verborgenes, Offenbarung existiert, doch jenes existiert noch nicht als „Kartiertes“. Petra Gehring spricht von einem Fremden unserer Gegenwart, die nach Foucault nie zu erschliessen ist. Es ist in seiner Aktualität nicht zu umreißen, d.h. es entfaltet keine mystische Macht, die zu Gewalt in der Geschichte führte.

Bekenntnischarakter in einem liberalen Geiste kommt also Bekenntnisaussagen einzig zu, wenn sie von einem „offenen Schattenrande“ der Geschichte her stammen, gleichzeitig uns nahe sind, und doch von unsrer Aktualität abgehoben sind. Das Bekenntnis umgibt der Saum der Zeit, über die es hinausläuft und auf ein Andersartigkeit im Religiösen (nicht des Religiösen) hinzuläuft, es begrenzt uns ausserhalb von uns selber ohne Irritation der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Das Bekenntnis beginnt mit einem unserer Sprache Äusseren. Sein Ort ist Abstand,

---

13 Zürich 1979, S. 73.

14 Niklas Luhmann, zitiert bei P. Gehring, a.a.O., S. 65)

différance (Derrida), es ist darin zugleich Anstand, Toleranz. Oder in der Terminologie der Archäologie gemäss einem Archäo-legein, die danach fragt, was als Intention Gottes verstummte, als die Vernunft Deutungsmacht über sich erlangte, die „sentimentalischen“ Momente der Religion (im Sinne Schiller von sentimental zu trennen) neben den kognitiven erodierte.

Archäologen unterstellen keine lineare Geschichte, sie kartieren eine im Kern fremde Geschichte, die zwischen Vorgeschichte und Naturgeschichte von uns selber angesiedelt zu sein scheint. Die Last der Geschichte verwandelt sich in Hypothesen, nach denen in der Geschichte alles möglich ist und sie doch zu keiner Leerformel wird. Die Geschichte der Bekenntnisse spricht – ähnlich - eine geheimnisvolle Sprache, doch sie spricht keine geheime. Was ist von ihr als Bekenntnis als Aussage zu verlangen? Ist Glaube nicht eher eine „Kunst der Initiation“, deren Zweck weniger praktisches Unterweisen des Glaubensgeheimnisses bzw. plattes Aussagen von Wahrheiten ist, ja Beichten auf Plattformen des Internets, sondern ein Wahren des Geheimnisses, das man wie einen Schatz hütet? Friedrich Schiller klagt im erwähnten Gedicht „Die Götter Griechenlands“ dass uns einzig die Wörter (sc. mit Moral an sich überfrachtet) geblieben sind.

Wie ist die menschliche Person in die Spiele der Wahrheit eingetreten, die zur Wissenschaft geworden sind, fragt Michel Foucault in „Der Wille zum Wissen“?

### **4.3 Rechtlich**

Der älteste erhaltene abendländische Rechtssatz stammt vom Vorsokratiker Anaximander von Milet (610–546 v. Chr.). Er fasst einen menschlichen Bussgang noch mit dem Weltenlauf selbst zusammen, d.h. konkretisiert noch keine personale Schuld. Friedrich Nietzsche operiert zwar mit dem Schuldgedanken im Übersetzen des Textes, doch Martin Heidegger übersetzt „Busse“, griechisch Tisis, mit einem mitteldeutschen Wort „ruochen“, darin ruhen, jemanden in dem Seinen anerkennen stecke, während ruochen aktuell pejorativ gebraucht wird, von einem „groben Klotze“ zu sagen ist.

Die Vorsokratiker hörten noch „Lebenstöne“. Ihr Bekenntnis galt ihnen. Sie verklungen - nachvollziehbar in der Geschichte des Gesangs im Gottesdienste. Fragen wir, wie Singen in den Gottesdienst einzog, erwarten wir eine biblische Antwort und keine historische. Letztere wird konstatieren, dass Singen in den Gottesdienst keinesfalls deshalb einzieht, weil die Bibel dazu anleitet, sondern Singen wird aus dem Profanen übernommen. Die Kirche bedarf einer Rufweise, die alle Welt, kein restriktives „corpus christianum“ vernimmt. Entsprechend sind als öffentliche alle Dinge, welche Menschen bewegen, in der Zeit, als die ersten Christen in Rom auftauchen, auf eine Weise publiziert, die man ein „legein“, dicere, nannte, was – für heute - ein Singen war. Noch die lateinische Sprache erinnert an

ihren Ursprung als Gesang. Von den römischen Schülern ist bekannt, dass sie ihre Hausaufgaben singend memorierten, wenn sie zur Schule gingen. Die Kirche übernahm den lateinischen Herolds- „Ruf“ für ihre eignen Darbietungsweisen, d.h. sie führte die Urform ihrer späteren differenzierteren Orationstöne und Akklamationen aus dem römischen Staatswesen heraus, weil sie eine allen Staatsbürgern als solche verständliche publikative Form hier vorfand. Paulus verstand zudem , wie das Verbot, die römische Post privat zu nutzen, zu unterwandern war, er gab seine Post dem *cursus publicus* „urbi et orbi“ mit.

Der geistliche Ablauf des Gesangs kam später, indem er sich moralisch auflud. Die Kirche nahm gängige Formen auf, um ihre resolut neue Botschaft zu verkünden., während wir heute distanziertere Formen suchen, um das Spezielle der christlichen Botschaft zu verdeutlichen. Ob nicht der Weg der Urchristen der richtigere war, indem er auf einen „Volkston“ stiess, der heute wieder aufzublühen scheint, nachdem die Irritationen verebbt sind, welche das Völkische der nationalsozialistischen Ideologie einst auslöste?

Der publikative Ansatz des Singens im Gottesdienste von damals, als das Volk seine alltäglichen Klagen in Volksliedern versammelte und sie in die Kirche trug, ist erodiert. (Noch Johann Sebastian Bachs „O Haupt voll Blut und Wunden“ ist dem Volkslied als Klagelied entnommen.) Singen ist danach dekorativ geworden, worin Moralisches sich immer einschleicht, auch wenn der Satz „De gustibus non est disputandum“ noch so oft rezitiert wird. Singen ist kultisch geworden, ein anderes Wort für dogmatisch, statt dass es laudativ bleibt. Das Lauditive zieht sich in Bachs Präludien für den Himmel zurück, wo es nicht zum „Altargesang“ bzw. Bekenntnisse absackte. Analog wurde Dichtung des Kirchenliedes zum verzierten Bekenntnisse<sup>15</sup>: *L'art pour l'art*?

Was heisst das für ein Bekenntnis zu einem dogmenfreien Denken, welches der Staat zu schützen hat, der sich im Religiösen heute in Kleider- und Bauvorschriften verheddert, und: Was heisst solch freies Denken, mit dem mit Friedrich Dürrenmatt ein Übergang vom religiösen Denken über die Welt zum Denken von Welten zu bewerkstelligen ist<sup>16</sup> . Wird die Titelfrage so erweitert, wird auf den Begriff der Rechtfertigung zu kommen sein, darin Recht und Religion sich treffen.

„Wir werden nicht dadurch gerecht, dass wir das Rechte tun, sondern als gerecht gemachte (gerechtfertigte) Menschen tun wir das Rechte.“ (M. Luther), während der Richter freispricht oder verurteilt, oder: Er erlässt Strafe bestenfalls in beschämender Billigkeit (*tertium non datur*), wenn ein Angeschuldigter sich rechtfertigt. Solch' Binarität bleibt vor liberal-theologischem Horizont als fragwürdig zu bezeichnen. Rechtfertigung (und Gerechtigkeit) sind auch in der Bibel Rechtsbegriffe, und doch haben Rechtfertigung und Gerechtigkeit im

---

15 H. von Hofmannsthal, *Poesie und Leben*, in: ders., Werke, hg v. R. Hirsch, Bd. II, S. 316.

16 F. Dürrenmatt: *Frank der Fünfte*, Zürich 1960.

juristischen und im theologischen Kontext je unterschiedliche Bedeutungen. „Alle Worte“, sagt Luther, „nehmen in Christus eine neue Bedeutung an“. Welche im Falle der Rechtfertigung?

Rechtfertigung ist im Falle des Rechts eine Frage einer Liste von (positiv-rechtlichen) Rechtfertigungsgründen. Als Liste steht sie für ein Manko an Begrifflichkeit für Rechtfertigung (Umberto Eco). Der Staat anerkennt gerechtfertigtes Tun - beispielsweise beim Einbruch in ein Ferienhaus, um jemanden Bewusstlosen zu retten - denn auch strikt dahin, dass er auf Strafe verzichtet, doch er spricht nicht konstitutiv gerecht, Religion, als christlich-paulinische schon. „Der Staat hat einen deklaratorischen Gnadenbegriff, die Religion eine konstitutiven. Letztere setzt sola fide ins Recht“<sup>17</sup>. Für den Religiösen setzt das Gesetz Gnade ins Recht. (Die katholische Kirche spricht für die Eucharistie von „transsubstanzieller“ Wandlung.)

„Wer die Gesetze achtet“, heisst es in der Nikomachischen Ethik, ist gerecht. Das heisst also: alles Gesetzliche ist im weitesten Sinn etwas Gerechtes. Doch wenn sich nun erweist, dass die Gesetze des Staates lückenhaft sind, worauf die (blosse) Liste von Rechtfertigungsgründen verweist, darin exemplarische Fälle vorkommen, weil ein Begriff von Rechtfertigung erodiert ist, kann Gesetzestreue schon „logisch“ keinen Gnadenerlass erwirken, keine Gerechtigkeit verschaffen, erst recht keineswegs aus der Geschichte, die erwies, dass Verantwortung über Gesetz - letztmals in Zeiten völkischen Verblendens - geht.

Luthers „reformatorisches Urerlebnis“ war die Entdeckung des wahren Wortsinns von der „Gottes Gerechtigkeit“ in Röm. 1,17, nämlich die „exegetische Entdeckung, dass Gottes Gerechtigkeit nicht die gesetzliche Gerechtigkeit ist, in der Gott jedem das Seine gibt [also den Sünder straft], sondern vielmehr die Gerechtigkeit, die durch die Relation von Evangelium, darin für Luther die ganze Freiheit – sc. sich entbergend verbirgt – und Glauben eine neue Bedeutung gewinnt“<sup>18</sup>. Der Staat wird regelmässig strikt auf bekenntnisfreien (nicht mit –losen zu verwechseln) Glauben pochen dürfen, tut er es nicht, kann er durch den Einzelnen, die moderne multiple Person, welche in der Glaubens- und Gewissensfreiheit angedacht ist, dazu verhalten werden, wobei aktuell zu fragen ist, ob der (Jung-) Lehrer im Wallis, welcher das Kreuz in der Schule abhängte nicht seinerseits bekenntnisfixiert bzw. als „frommer Atheist“ bzw. besonders hartnäckige Form der Frömmigkeit (Max Stirner) agiert. Blanke Irreligiosität ist bestenfalls ein Erhaltungsreiz für erodierende Religiosität. Problem ist, dass man im Sinne des Platonischen Höhlengleichnisses kein Draussen des Glaubens zu erläutern ist. Der

---

17 U. Ebert: *Juristische Sicht auf Rechtfertigung und Gerechtigkeit im Verhältnis zur theologischen.* Vortrag im Rahmen der Fakultätswoche der Theologischen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena am 3. November 2008.

18 Ebd.

Staat ist so oder so gut beraten, wenn er auf eine religionsfreundliche Gesellschaft setzt, darin an den Voraussetzungen gewirkt wird, welche der Staat nicht garantieren kann, wenn er Freiheitsrechte einräumt, woanders er totalitär wird. Der Staat ist an ein „ultima latet“ gebunden.

Ein neues von wechselseitigem Vertrauen getragenes Verhältnis zwischen Recht und Religion mag sich gefunden haben, seitdem die Wunden der Religionskriege des 17. Jahrhunderts vernarbt sind, von diesem Ansatz wird ein für die Schweiz charakteristisches duales Verständnis von Kirche und Staat zu finden sein. Vorbilder dazu existieren in der Landesgeschichte. Als der Bundesstaat 1848 gegründet wurde, existierte kein Verwaltungsrecht, weshalb auf das Kirchenrecht zurückgegriffen wurde, bspw. was Zeugenschaft, Urkundenbegriff, Beweisvorgaben betrifft (Andreas Kley).

Europa versuchte drei Mal, sein Recht zu vereinheitlichen: zuerst im römischen Recht (Justinians), dann im „Weltkirchenrecht“ der katholischen Kirche und schliesslich nochmals mit dem rationalen Naturrecht (Samuel Pufendorf) je erfolglos. Der moderne Menschenrechtscharakter (Konvention von 1948) mit seinem Strassburger Gerichtshof fokussiert „den“ Menschen deshalb situativ auf die Person in ihrem Recht auf ein von Mediatisieren freies Denken und Glauben.

Im „Menschengeschlecht“ leben viele „Subjekte“ (sub-jecere, unterwerfen), die nicht als Person anerkannt sind, ob sie nun selbst- oder fremdverschuldet unter Vormundschaft leben, die auf ein „lösendes Wort“ mit der Kreatur als solcher warten. Sie verdient ihrerseits nach der Bundesverfassung Respekt, ein Recht hat sie noch nicht; nobile officium und zugleich vertrauensbildende Massnahme für ein partnerschaftliches Engagement von und zwischen Kirche und Staat im angebrochenen dritten (christlichen) Jahrtausend (anstelle bspw. von einem französischen Laizismus). Der Vergleich von Kirche und Staat hat so zu vervielfältigen, statt einzuebnen, bloss zu neutralisieren.

Die in der Terminologie über zweitausend Jahre Geschichte hingeschleppten Gitter, ehemals „cancellae“, in der Preisfrage „Schranken“ genannt, sind ein Dorn im Fleische von Kirche und Staat, beide „Gewalten“ haben an ihrem Beseitigen mitzutun, nachdem Ende 20. Jahrhundert ein eiserner Vorhang unter den Ländern in Europa fiel, an dem sich Kirchen und Staaten überlang aus „Stabilitätsgründen“ interessiert zeigten, u.a. ökumenische Ansätze ignorierten.

Indem Marx, Lenin, Stalin und ihre Nachfolger Religion strikt als soziales Übel „begriffen“, vermochten sie sich mit ihr nicht auseinanderzusetzen. Religion blieb „Seufzer der durch Kapitalisten bedrängten Kreatur“, was die vatikanische Diplomatie dazu ermutigt hatte, ihre pastoralen Interessen mit Kompromissen zu betreiben. Auf die Frage, ob der Vatikan, der schon zu Zeiten Lenins mit Moskau verhandelte, dann mit Hitler und Mussolini „kon-kordierte“, auch mit Stalin einig geworden wäre, antwortete Federico Alessandrini, Leitartikler des Osservatore

Romano: „Ich glaube, ja ... Der Heilige Stuhl wurde auch mit der Französischen Revolution 1789 konkordatseinig“<sup>19</sup>.

Wenn Schranken im Verhältnisse zwischen Religion und Recht sinnig sind, gar Recht Religion „beschränken“ können soll, wird der Schrankenbegriff neu zu fassen sein, Schranke will als Warnsignal – statt als cancellae, die diskriminiert – verstanden sein, das in Sorge füreinander aufgestellt ist, wo Gefahr lauert. Sie lauerte „mit historischer Begründung“ dort , wo Bekenntnisse zu Interventionen führten, d.h. es bliebe heute – unter einem gewandelten Bekenntnisbegriffe (wie erläutert) – Schranken zu heben, damit Recht und Religion aufeinander zu zu gehen haben, „indem sie zusammen über gefährliche und lebenszerstörende Opfer nachdenken“<sup>20</sup>. Protokolle des Leids werden aktuell wieder um der Freiheit wegen in den maghrebischen Staaten, im Jemen, in Syrien nach Zeiten von Repression und Depression geschrieben. Solche Aufbrüche wollen nicht als Knick in der Geschichte verstanden sein, sondern als ihr Wesen, Aufbruch. Wir brauchen nach Ostern ein neues Historizitätsmodell, das keiner Linearität der Sprache folgt. Die Schranken, welche das Recht so zieht, sind Fugen, die es zieht, wenn was aus den Fugen gerät, und die Welt, so wie sie täglich u.a. in den Medien sich immer überstürzend anbrandet, ist aus den Fugen. „Fuge ist zu geben, sie ist keine Schranke, sondern ein Zu-Geben. Es ist ein Geben, das einem andern zugesteht, was es braucht. Was ihm gehört, ist die Fuge seiner Weile. Die Fuge ist der Fug“<sup>21</sup>. Das ist die Erfahrung des Seienden im Sein, fährt Heidegger weiter, um zu schliessen, dass die Fuge, Schranke Zeichen dafür ist, dass die je-weiligen Parteien sich einer Verantwortung füreinander bewusst werden sollen, woanders sie sich in sich zerstückeln. „Schranke“ ist Rücksicht, die sich daran kehrt, dass ein Anderes in seinem Wesen bleibt. – Wenn das Recht Religion beschränken kann, so, indem es sich für die menschliche Herausforderung im Skandalon des Opfergangs aus mythisch überfrachteten Zeiten und spätestens seit dem Holocaust (mit) verantwortlich erklärt. – Nach einer zweiten Aufklärung zum Verhältnis der Schranken zwischen Religion Recht unter den Auspizien des auf die Person heruntergebrochenen Menschenrechts ist gefragt.

## 5. „Zweite Aufklärung“

Mit dem Gedankenansatz von Jacques Derridas „Déconstruction“ bzw. Différence/recte Différance (Letzteres medial gebraucht) haben Konfessionen so Zeichencharakter, und sie sind deshalb in keinen Bekenntnissen zu verabsolutieren. Sie gewinnen ihren Wert und ihre Würde statt aus ihrem in ihnen gemeinten Heils-

---

19 H. Stehle, *Geheimdiplomatie im Vatikan*, Zürich 1993, S. 11.

20 N. Peter, a.a.O.

21 M. Heidegger, *Holzwege*, Frankfurt , 1950, S. 329 ff.

Versprechen aus der Differenz zu andern zeichenhaften Konfessionen, aus der Differenz zu anderen Zeichen, statt bspw. einer Heilslehre als dem mit ihnen Gemeinten, wenn Zeichenhaftes regelmässig strikt in der Differenz zueinander Bedeutung erzeugt und keineswegs durch den Bezug auf ein abwesendes Gemeintes. Es ist immer nur als *Spur* anwesend (in der Terminologie von Jacques Derridas „Deconstruction“) und sein Bezeichner, Gott, Staat, ist nur durch andere Wörter dar- und herzustellen.

Derridas Kritik erhebt das materielle Zeichen über das Gemeinte. Er spricht so von einer Differenz. *Différance* ist die substantivierte Form des Verbs *différer*, das zum einen „sich unterscheiden“ und zum anderen „aufschieben“, „zurückstellen“, „verschieben“ bedeutet, weshalb die Konfession als Heilsaussage nur als Spur anzuerkennen ist. Konfessionen laufen wie die Farben des Regenbogens durcheinander, erfahren ihren Wert aus der Differenz ihres kartierten Vorkommens. Literarische und philosophische Texte, dazu Bekenntnisse zählen (im Prinzip jedoch jeder auch politische und sonstige religiöse Text) werden so zu einem Spiel des fortwährenden *Sich-Unterscheidens* durch Aufschübe und Widersprüche und des *gegenseitigen Verweisens* der Signifikanten aufeinander. Das Spiel der *Differenzen* hat kein erkennbares Zentrum oder klar auszumachende Hierarchien. Ein Bekenntnis gilt so regelmässig *relational* und keineswegs absolut.

Das Konzept der *Différance* geht jeder Terminologie und Identität voraus, und das heisst auch, dass Bekenntnisse stets einer erneuten Lektüre zu unterziehen sind und wir auf die sich wandelnde Bedeutung zu achten haben. In einer dekonstruktiven Lektüre differiert jeder Text immer schon zu sich selbst, sodass er seinen eigenen Aussagen widerspricht oder mit ihnen in Konflikt steht. Konfession wird zu einem offenen Begriffe vergleichbar dem Farbspektrum des Regenbogens, dessen Farben durcheinanderlaufen (*différer*), sich herauskristallisieren, indem sie (vorher) alle andern durchlaufen haben, in ihnen – negativ abgegrenzt – enthalten sind.

Der (Regen-) Bogen am Ende der Sintflut wurde als Zeichen der göttlichen Gnade angesehen. „Meinen Bogen habe ich in die Wolken gesetzt. Der soll das Zeichen des Bundes zwischen mir und der Erde sein.“ Auf mittelalterlichen Darstellungen (Elfenbeinreliefs) thront Christus manchmal auf einem Regenbogen. Das griechische Wort für Regenbogen, Iris wurde seit Hesiod mit der Götterbotin gleichgesetzt; bisweilen wird der Regenbogen auch als ihr Gürtel bezeichnet.

Das Friedensmoment des Bogens erinnert sich auch in einer taoistischen Anekdote: Das Bogenschiessen verwandelt sich darin in ein Kunststück dessen, wie man sich wechselseitig ins Zentrum des eignen Ichs statt auf einen Gegner als Feind zu zielen lernt: Wang war ein tüchtiger Schütze der alten Zeit; doch sein bester Schüler, Ming, übertraf ihn bald einmal, sodass jener diesen um Nachhilfe bat. „Du musst lernen, nicht zu blinzeln“, verlangte der Schüler. Nach zwei Jahren war er

soweit, dass er selbst dann nicht blinzelte, wenn eine Ahle ihm ins Auge stach, und doch insistierte Ming weiters: „Nun musst du darauf achten, dass du Kleines gross siehst und Verborgenes sichtbar.“ Da Wang auch damit bald zurande kam, besann er sich darauf, dass er nun einen einzigen Menschen auf der Welt kannte, der eines Wettkampfs mit ihm würdig sei; sein Schüler. Der Waffengang wurde alsbald vereinbart, und sie trafen aufeinander. Auf halbem Wege trafen sich die Spitzen der Pfeile. Nun hatte Wang noch einen Pfeil, den er abschoss, doch Ming parierte ihm mit der Spitze eines Dorns, worauf beide sich voreinander niederwarfen und sich miteinander verbündeten.

Des walte Gott, statt Gewalt, wenn denn auch das Rohe der Gewalt es nach Hölderlin auch braucht, „damit das Reine sich kenne“, doch das Rohe im obigen angetönten Sinne eines „Ruochens“ (Ruch Gottes), als jenes Einstehen fürs Seine, zumal die Freiheit des Andern. Freiheit, auch die Religionsfreiheit ist eine Verantwortung vor dem je Nächsten (contraction).

## **6. Irdische Gerechtigkeit bzw. Rechtfertigung oder Reich Gottes?**

Letzteres ist in Jesus verheissen, doch sein Anbruch dauert an, und das Warten erheischte (Statthalter-) Institutionen.

Der Konflikt zwischen Religion und Recht ist, so war oben mit Udo Ebert zu argumentieren, darauf zurückzuführen, dass Gerechtigkeit bzw. Rechtfertigung unterschiedlich definiert werden: Während der Staat Gnade vor Recht gelten lässt, doch Rechtfertigung bestenfalls zum Straferlass führt, setzt Gott (den Sünder) seit Luther (konstitutiv) ins Recht. Um dem Schrankencharakter im beidseitigen Verhältniss eine Wende zu geben, bleibt so, einen konsensfähigen Begriff von Gnade, von der Freiheit im Umgange mit Gnade (als dem Begriff von Freiheit neben einzelnen Freiheiten wie Pressefreiheit, Religionsfreiheit etc.) zu entwickeln. Unter den beiden grossen christlichen Konfessionen sind Hindernisse insoweit gefallen, doch was heisst Gnade im Verhältnis zum Staate? Folgen wir einem Verfahren vor Petitionskommission des Parlaments um Gnade, die *für* Recht statt bestenfalls *vor* Recht zu stehn hat, sodass ein rechtsfreier Raum sich auftut, der kein Gewaltverhältnis mit sich bringt, sondern welcher statt Lücke Freiraum ist, worin sich eine Person zu verwirklichen hat. Wir haben, um unsre Natur zu verwirklichen, keine andere Möglichkeit (und damit auch keine Grenzen) als den Plan, unseren Gerechtigkeitsinn zu bewahren, wobei ein „Arrangement“ gerechtfertigt sein kann, auch wenn es selber nicht gerecht ist<sup>22</sup>. Gnade? Nach der Freiheit, Gnade walten zu lassen, nicht nach Rechtfertigungsgründen ist gefragt. Ob sie im untenstehenden

---

22 So unter Bezug auf Avishai Margalit U. J. Wenzel in der NZZ Nr. 90, 2011. S. 49.

Falle, da Gnade verweigert wird, zum Zuge kommt? – Nach dieser Freiheit zu begnadigen, die zu gebrauchen statt politisch zu inszenieren ein nobile officium ist, will seitens Freien Christentums vorrangig gefragt sein, um die Schranke zu öffnen, die Religion und Recht in Wahrheit und Wirklichkeit noch trennt, und worüber die Kommissionsmitglieder unten debattierten, mehrten, doch letztlich die Argumente statt zu wägen zählen, beredtes Schweigen hinter der Vernunft als Rationalisierungsguillotine ignorieren, ein Schweigen, in das Bedingungen der Möglichkeit von Vernunft sich zurückzuziehen hatten und haben, seit die Ratio Deutungsmacht über sich selber erlangte, den Diskurs über Vernünftigkeit abblockte und insoweit Religionsfreiheit tangierte, die auf ein intelligentes Herz statt künstliche Intelligenz zielt<sup>23</sup>.

## **7. Zur Illustration: Aus dem Protokoll Nr. 98 (landrätliche Petitionskommission BL) 2007-220 vom 17. September 2007**

Vorlage: Begnadigungsgesuch des R.

K.A.(CVP) bespricht das Begnadigungsgesuch des R.G., der schwere Verbrechen begangen hat. Über Jahre hat er die Tochter seiner damaligen Freundin sexuell missbraucht. Am 18. Juni 1998 wurde er vom Strafgericht Basel-Landschaft wegen mehrfacher Vergewaltigung und mehrfacher sexueller Handlungen zu vier Jahren und 294 Tagen Zuchthaus verurteilt. Zwischen der Verfahrensaufnahme und der Strafgerichtsverhandlung verunglückte R.G. am 7. April 1996 selbstverschuldet mit dem Auto. Dabei zog er sich eine Querschnittslähmung zu. Bei der Festlegung des Strafmasses wurde diese Querschnittslähmung bereits berücksichtigt.

R.G. appellierte am Obergericht und hinterlegte beim Bundesgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde, beide Beschwerden wurden abgelehnt. Bis heute konnte R.G. seine Strafe nicht antreten, da er nicht hafterstehungsfähig war. Einerseits hat dies mit dem Gesundheitszustand des R.G. zu tun, aber auch mit der Tatsache, dass bis heute keine Haftanstalt die baulichen und betreulichen Anforderungen für die Inhaftierung eines Querschnittgelähmten bietet.

Im Jahre 2000 wurde ein Begnadigungsgesuch gestellt. Mit Bericht vom 12. Dezember 2000 hat die Petitionskommission damals mit 4 zu 3 Stimmen empfohlen, das Begnadigungsgesuch abzulehnen. Der Landrat folgte diesem Vorschlag am 11. Januar 2001. Im Speziellen wurde damals angeführt, beim Angeklagten fehle die Reue über die Tat. Am 25. Mai 2007 ging ein weiteres Begnadigungsgesuch des R.G. ein. Die Petitionskommission beriet den Fall an zwei Sitzungen intensiv und zog dabei auch Flavia Grisenti von der Abteilung Strafvollzug und die JPMD für die Berichterstattung zu noch offenen Punkten bei.

Die Petitionskommission stützt sich auf folgende Fakten: R.G. hat sich in den vergangenen Jahren einer Psychotherapie unterzogen, in deren Verlauf er Reue für die begangenen Taten gezeigt und sich bemüht hat, sich als Querschnittgelähmter in der Berufswelt zu integrieren. In der Zwischenzeit lebt R.G. mit einer neuen Lebenspartnerin und deren zwei Kindern im Alter von 8 und 11 Jahren zusammen. Offen ist, ob die neue Lebenspartnerin über die Art der

---

23 V. Schmid, Betttagpredigt 2010, Cathédrale St. Pierre, Genève

begangenen Delikte wirklich Bescheid weiss. Eine Gefährdung der beiden Kinder kann nicht ausgeschlossen werden. Die auferlegte Genugtuungssumme an das Opfer von 20'000 Franken hat R.G. bis anhin nur zu einem Anteil von 5'000 Franken beglichen.

Das Gericht hat die Querschnittlähmung bei der Festlegung des Strafmasses berücksichtigt und die Strafanstalt Wauwilermoos hat sich bereit erklärt, die nötigen baulichen Massnahmen für die Haftstrafe vorzunehmen.

Die Petitionskommission ist der Auffassung, dass die Straftaten nach wie vor schwer wiegen. Auch meint die Petitionskommission, eine Verhinderung weiterer Vergehen des R.G. könne nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden. Auch ist die Petitionskommission der Meinung, dass der Genugtuung des Opfers genügend Rechnung zu tragen ist. Gleichzeitig erkennt die Petitionskommission das Dilemma, dass die Verbesserung des Gesundheitszustandes und die Reintegration eines Menschen, der sich seit 9 Jahren mit den begangenen Taten auseinandersetzt, gefährdet ist. Vor diesem Hintergrund ist die Petitionskommission mehrheitlich der Auffassung, dass R.G. eine Haftstrafe antreten muss. Ein Antrag auf Umwandlung der Zuchthausstrafe in ein Electronic Monitoring von 12 Monaten wurde mit 2 zu 5 Stimmen abgelehnt. Die Petitionskommission stimmte in der Folge über 2 Anträge für eine verkürzte Haftstrafe ab. Eine Haftstrafe von 3 Jahren wurde mit 3 zu 4 Stimmen abgelehnt, eine Haftstrafe von einem Jahr wurde mit 4 zu 3 Stimmen gutgeheissen.

Die Petitionskommission schlägt dem Landrat heute eine Teilbegnadigung vor. Die Haftstrafe soll auf ein Jahr verkürzt werden, die restliche Haftzeit soll in Bewährung umgewandelt werden. Die restliche Haftzeit beträgt nicht, wie im Bericht aufgeführt ist, 3 Jahre, sondern 3 Jahre und 294 Tage, abzüglich 38 Tage U-Haft.

Die Kommission schlägt vor, die Teilbegnadigung an die Bedingungen zu knüpfen,

- dass die Lebenspartnerin des Verurteilten im Beisein einer Behörde über das Urteil des Strafgerichtes informiert wird;
- die noch ausstehende Restzahlung der Genugtuungssumme, CHF 15'000, vor Ablauf der Bewährungsfrist erfolgt.

Die Justiz-, Polizei- und Militärdirektion wird beauftragt, die Einhaltung dieser Auflagen zu überprüfen und der Petitionskommission zuhanden des Landrates nach Ablauf der Bewährungsfrist Bericht zu erstatten.

E.Sch. (SP) beantragt eine Begnadigung von 3 Jahren sowie 12 Monate im Electronic Monitoring und begründet diesen Vorschlag wie folgt: Ein wesentlicher Grund für eine Begnadigung liegt vor, wenn eine Delinquentin oder ein Delinquent Reue zeigt. R.G. hat sich in der Zwischenzeit in dieser Weise geäussert. Zudem hat R.G. an sich gearbeitet und sich in die Gesellschaft reintegriert. Mit einer Hafterstehung könnten diese Erfolge zunichte gemacht werden. Wenn R.G. seine Strafe im Electronic Monitoring verbüssen kann, bleibt er in seinem Umfeld, ist aber nicht frei, denn er würde wöchentlich von den Justizbehörden befragt, begleitet und besucht. Seiner jetzigen Partnerin muss er zudem klaren Wein einschenken, warum er zu einer so hohen Haftstrafe verurteilt wurde. Dies ist gewährleistet, wenn die Justiz in die 12 Monate Electronic Monitoring einbezogen ist. Mit der vorgeschlagenen Lösung würde verhindert, dass R.G. sein Umfeld verlassen und die Haftanstalt Wauwilermoos bauliche Veränderungen leisten muss.

R.B. (SVP) gibt bekannt, dass die Fraktion der SVP nach langer Diskussion zum Schluss gekommen ist, der Teilbegnadigung, die von der Kommission nur knapp gutgeheissen wurde, nicht zuzustimmen. Die SVP-Fraktion hält die Zustimmung zu dieser Begnadigung für eine gefährliche Gratwanderung. Die Taten des R.G. wiegen schwer, und niemand kann versichern, dass er, auch wenn er auf den Rollstuhl angewiesen ist, nie mehr solch grauenhafte Handlungen begehen wird. In den vergangenen 10 Jahren hat er seinem Opfer von den geforderten 20'000 Franken Genugtuung nur gerade 5000 Franken bezahlt. Ein grosses Fragezeichen steht auch

hinter der Frage, in welchem Umfang seine jetzige Partnerin informiert ist. Für gefährlich hält die Fraktion der SVP, dass die Lebenspartnerin und die beiden Kinder nur wenig wissen. Und: Man vergesse das misshandelte Opfer nicht. Obwohl R.G. aufgrund seines Unfalls bereits eine mildere Strafe erhielt, soll er jetzt durch den Landrat ein zweites Mal geschont werden. Durch einen solchen Gnadenakt, sollte er denn tatsächlich erfolgen, wird jedes Opfer ein weiteres Mal misshandelt.

Die Fraktion beantragt, das Begnadigungsgesuch abzulehnen.

Ch. Oe. (FDP) ist nicht bereit, dem Begnadigungsgesuch zuzustimmen. Der vorliegende Fall geht an die Substanz. Was geschehen ist, ist schwere Kost. Wenn man sich mit der Vorgeschichte und den verschiedenen Aspekten intensiv befasst, sind die Fakten klar:

- Nach all den Jahren ist R.G. erstmals hafterstehungsfähig; dies bedeutet, dass seine jetzige körperliche und psychische Verfassung einen Strafvollzug möglich machen; auch eine geeignete Haftanstalt mit der benötigten Infrastruktur ist vorhanden.
- Jahrelang hat R.G. seine schwer wiegenden Straftaten verniedlicht und verdrängt. In seiner Psychotherapie wurde er mit der Frage der Reue zwar immer wieder konfrontiert, Reue hat er aber erst gezeigt, als der bevorstehende Strafvollzug zum Thema wurde. Ob die Reue echt ist, kann die Petitionskommission nicht beurteilen, sie musste den Hinweis von Frau Grisenti einfach zur Kenntnis nehmen.
- Der Umstand, dass R.G. nicht im geringsten daran dachte, dem Opfer die zugesprochene Wiedergutmachungssumme von 20'000 Franken zu bezahlen, ist ein schlechtes Zeichen. Statt zu bezahlen hat R.G. das Urteil kostspielig von einer Instanz zur anderen gezogen, um möglichst glimpflich davon zu kommen.
- Wenn schon von einer erfolgreichen Psychotherapie gesprochen wird, fragt man sich doch, wie es möglich sein kann, dass R.G. eine Beziehung zu einer Frau aufbauen kann, ohne sie in die Thematik miteinzubeziehen. Bis heute weiss sie nicht genau, was damals geschah.
- Wenn schon von einer erfolgreichen Psychotherapie gesprochen wird, fragt man sich doch, wie es möglich sein kann, dass R.G. eine Beziehung zu einer Frau aufbauen kann, ohne sie in die Thematik miteinzubeziehen. Bis heute weiss sie nicht genau, was damals geschah.
- Kindsmisbrauch ist nicht einfach ein Vergehen, über das man hinwegsehen, verschweigen und verheimlichen kann, zumal die jetzige Partnerin zwei Kinder hat im Alter des damaligen Opfers. Ausserdem sagt der Kommissionsbericht, eine Gefährdung der Kinder könne nicht ausgeschlossen werden - für die FDP-Fraktion ein absolut unhaltbarer Zustand.
- Nur mit einer Begnadigung verbunden, können auch Auflagen gestellt werden. Das bedeutet, dass jetzt vom Landrat eine Begnadigung mit der Auflage verlangt wird, dass die Partnerin im Beisein einer Behörde vom Strafgerichtsurteil Kenntnis nimmt. Nach Meinung von Rechtsberatern kommt dies einer groben Verletzung des Persönlichkeitsschutzes des Täters gleich, ganz egal, was dieser Mensch auch begangen hat. Auch ohne die Details zu kennen, kann man sich vorstellen, wie schwer die Straftat war, wenn das Strafgericht, das Obergericht und das Bundesgericht das Strafmass von 4 Jahren und 294 Tagen für angemessen halten. In dieser Woche wurde ein Mann, der die gleiche Tat begangen hat, zu 8 Jahren Zuchthaus verurteilt. Missbrauch, sexuelle Handlungen und Vergewaltigung von Kindern sind im höchsten Masse verwerflich und durch nichts zu entschuldigen. Welches Signal sendet der Landrat, wenn er diesem Täter vier Fünftel der Strafe auf dem Begnadigungsweg erlässt? Wie erklärt man dies den Opfern und den Angehörigen solcher Verbrechen?

Der Anwalt von R.G. fordert, endlich einen Schlussstrich unter die Akte zu ziehen und den Mann zu begnadigen. So wird der Täter zum Opfer gemacht. Die FDP-Fraktion fordert, einen

Schlussstrich zu ziehen und dem Mann endlich die Möglichkeit erteilen, seine Schuld zu sühnen, sich zu den Taten zu bekennen und seine Strafe im Gefängnis zu verbüssen.

Die FDP-Fraktion lehnt eine Begnadigung einstimmig ab und stellt gleichzeitig den Antrag, dass ein neues Begnadigungsgesuch vor Ablauf von sechs Jahren seit der Ablehnung des vorliegenden Gesuches nicht gestellt werden darf. Gestützt ist dieser Antrag auf Artikel 382 StGB Absatz 3:

*Die Begnadigungsbehörde kann bestimmen, dass ein abgelehntes Begnadigungsgesuch vor Ablauf eines gewissen Zeitraums nicht mehr erneuert werden darf.*

E.Sch.-Sch. (CVP) führt aus, R.G. habe mit der mehrfachen Vergewaltigung an einem Kind, das über Jahre einer Person anvertraut war, ein extrem verwerfliches Delikt begangen. Der Täter hat nie Reue gezeigt, er hat das Urteil sogar an das Bundesgericht weitergezogen. Die Querschnittslähmung berücksichtigte das Gericht in seinem Urteil, die Genugtuung ist erst zu einem Viertel beglichen, für den Weiterzug der Urteile aber hat er viel Geld ausgegeben. Der Verurteilte war bisher noch während keines Tages in Haft. Eine Begnadigung käme der Unterwanderung der Strafjustiz gleich, sowas kann sich der Landrat nicht leisten.

Die CVP/EVP-Fraktion lehnt die Begnadigung ab und unterstützt den Antrag der FDP-Fraktion.

St. G. (Grüne) und die meisten Mitglieder seiner Fraktion lehnen die Begnadigung des R.G. ab. Die Gesellschaft ist dabei, über dieses hoch tabuisierte Thema - die Sexualität des Kindes - reden zu lernen. Ein falsches Signal sendete der Landrat, wenn er einer Begnadigung zustimmte. Die leibliche Integrität eines Kindes sollte dem Landrat mehr bedeuten.

Könnte ein zehnjähriges Kind dieses Thema an einem sicheren Ort in einem privaten Rahmen vortragen, wäre die Gesellschaft schon deutlich weiter. Die Ablehnung der Begnadigung kann dahin gehend wirken, dass ein tabuisiertes Thema vom Opfer künftig vielleicht etwas früher benannt werden kann.

R.Z. (SP) hofft, dass sich niemand den Entscheid in dieser schwierigen Sache zu leicht macht. Ein paar grundsätzliche Überlegungen zum Thema Begnadigung vorweg: Falsch ist die eben gehörte Behauptung, wer hier begnadige, würde das Justizsystem aushebeln. Das Begnadigungsrecht ist - staatsrechtlich betrachtet - das höchste, dem Landrat zustehende Recht. Er entscheidet damit letztinstanzlich über das Geschick eines einzelnen Menschen. Die Begnadigung steht nur dann in einem gewissen Problemfeld der Gewaltentrennung, wenn man sie falsch versteht. Begnadigung heisst nicht, ein Gerichtsurteil infrage zu stellen. Begnadigung heisst vielmehr, im Wissen um das, was geschehen ist, aus bestimmten Gründen Gnade vor Recht walten zu lassen. Gleichzeitig aber bleibt das Urteil stehen. An den Taten des R.G. ist nichts zu beschönigen, nicht einfühlbar und nicht nachvollziehbar ist, wie sich ein Mensch einem Kind gegenüber in dieser Weise verhalten kann. Das Begnadigungsverfahren aber hat nicht zu prüfen, ob die Strafe des Mannes im richtigen Verhältnis zu seiner Tat steht, vielmehr gilt es, die aktuelle Situation des Täters zu beurteilen. Zu überlegen ist, was in der Zwischenzeit geschehen ist, in welcher psychischen und körperlichen Verfassung sich der Täter befindet, in welchem sozialen Umfeld er sich bewegt und ob in der gegebenen Situation ein Strafantritt den Zielsetzungen dienlich ist. Die eine Zielsetzung lautet, die Umwelt sei so zu schützen, dass keine Wiederholungstat begangen werden kann, und Zielsetzung zwei will nach aussen signalisieren, dass der Landrat Sexualvergehen an Kindern noch immer als grausam, grässlich und nicht tolerierbar verurteilt.

R.Z. geht es in keiner Weise darum, irgendeinen Aspekt der Tat zu rechtfertigen oder zu beschönigen, sondern darum, die Situation wirklich nüchtern zu hinterfragen. Möglich ist der moralisch entrüstete Blick auf die Situation oder - in die andere Richtung zielend - auf die Tränendrüse zu drücken und den armen querschnittgelähmten Mann als Opfer darzustellen. Im vorliegenden Fall ist aber weder die moralische Entrüstung noch die Tränendrüse angebracht,

vielmehr soll, vor der Frage stehend, ob begnadigt werden soll oder nicht, nüchtern abgeschätzt werden, was in Berücksichtigung des gesamten Umfeldes hilfreich und was schädlich ist.

Der von E. Sch. vorgetragene Antrag wurde nicht von der SP-Fraktion erfunden, sondern entspricht dem Vorschlag von Flavia Grisenti (Strafvollzug). Leider kommt dies im Bericht der Präsidentin nicht zum Ausdruck. Das Votum zugunsten einer Umwandlung der Haftstrafe in ein Electronic Monitoring gründet eben ganz wesentlich im Antrag von Flavia Grisenti. Niemand hier im Saal ausser ihr kennt diesen Mann und war mit ihm im Gespräch. Die Petitionskommission trifft ihren Entscheid hingegen einzig auf Grund von Akten. Flavia Grisenti hat einen Eindruck von der körperlichen, psychischen und geistigen Verfassung des Täters. Der Unfall hat nicht nur seine körperlichen Fähigkeiten, sondern auch seine Denkfähigkeit beeinträchtigt. Reue hat R.G. im Jahre 2001, als das Begnadigungsgesuch abgelehnt wurde, tatsächlich nicht gezeigt. Inzwischen aber sind Jahre, begleitet von einer Psychotherapie, verstrichen und Flavia Grisenti schreibt heute in ihrem Bericht: „Unter Tränen wiederholt er immer wieder, dass er das Geschehene bereue.“ Flavia Grisenti betont zudem, dass R.G. dank der Therapie und trotz der Behinderung ein eigenständiges Leben aufbauen konnte, die Situation aber derart fragil sei, dass wohl nur wenig vom Erfolg übrig bleiben dürfte, wenn er in den Strafvollzug eintreten müsste. Flavia Grisenti fragt sich, ob die langjährige Arbeit verschiedener Fachpersonen wie Psychotherapeuten, Physiotherapeuten und von der öffentlichen Hand finanzierter Sozialarbeiterbegleitung durch den Strafvollzug nun wieder zerstört werden soll. Die Gefahr wird als gross betrachtet. Durchaus denkbar ist ein Szenario, dass R.G. ins Wauwilermoss eingewiesen wird und nach zwei drei Wochen wieder zurückgeschickt werden muss.

Weiter hält Flavia Grisenti über R.G. fest, dass er immer wieder Mühe habe, den Gesprächen zu folgen und gewisse Dinge sehr schnell vergesse. „Die Schädel-/Hirnverletzung beeinträchtigt ihn im Denken und im Fühlen, das wird für jeden ersichtlich, der mit ihm ein Gespräch zu führen versucht“, schreibt Flavia Grisenti weiter. Sie gelangt deshalb zum Schluss, es wäre sinnvoller, R.G. ausserhalb des Strafvollzugs im Electronic Monitoring zu begleiten.

Die Partnerin weiss zwar einiges über die Vergehen ihres Partners, kennt aber die Details nicht. Wer die Gerichtsurteile sowie die Anklageschrift des Staatsanwalts gelesen hat, begreift, dass kein Mensch locker und frei gewillt sein wird, solche Geschehnisse einer anderen Person weiter zu erzählen. R.G. wird dies aber tun müssen, sinnvollerweise begleitet und nicht durch eine aussenstehende Drittperson.

Ein Argument lautete, R.G. habe die Haft nun anzutreten, damit er gegenüber den beiden in seinem Umfeld lebenden Kindern nicht rückfällig werden könne. Kein Psychiater würde die Hand ins Feuer legen, ob R.G. rückfällig werden könnte. Und: Ob Sexualität für den querschnittgelähmten R.G. überhaupt noch ein Thema ist, könnte allenfalls von einem Neurologen beantwortet werden. Klare Auskünfte liegen jedenfalls nicht vor. Allerdings: Sollte eine Rückfallgefahr bestehen, so würde diese durch einen Gefängnisaufenthalt sicherlich nicht beseitigt.

Richtig ist, dass das Opfer bislang nur einen Teil der Genugtuungssumme erhalten hat. Aber auch zu diesem Thema sollte man im Urteil vorsichtig sein, denn in welchem Mass ist ein Mensch, der eine IV-Rente bezieht in der Lage, eine Genugtuungssumme zu bezahlen?

Zusammenfassend: Ausser dem eigenen Rechtsempfinden und der Genugtuung, einen Menschen, der Unrecht getan hat, einzusperrn, ist kein Gewinn erzielt, wenn R.G. ins Gefängnis gebracht wird. Der Landrat ist gebeten, noch einmal über die Bücher zu gehen, die konkrete, exakte Situation des R.G. zu überprüfen und sich zu fragen, ob mit der Haft - im Gegensatz zum Electronic Monitoring - nicht allzu viel Aufgebautes zerstört würde. Danke für die lange Aufmerksamkeit.

E. Sch.-Sch.(CVP) bemerkt an die Adresse von Landrat R-Z., die Ratsmitglieder verstünden Sinn und Zweck einer Begnadigung sehr wohl. Weil die Gründe, die eine Begnadigung rechtfertigen, meist vorhanden sind, stimmt der Landrat Begnadigungen häufig zu. Im vorliegenden Falle aber sind die Gründe für eine Begnadigung nicht vorhanden. Deshalb stellt sich die Frage der Unterwanderung der Strafjustiz und aus diesem Grunde muss der Landrat das Begnadigungsgesuch des R.G. ablehnen.

Was unterstützt der Landrat, wenn er diesen Mann begnadigt? fragt Christa Oestreicher (FDP). R.G. hat seine Beziehung auf einer Lüge aufgebaut, lebt seit dreieinhalb Jahren in einer Familie mit kleinen Kindern. Absolut kein Verständnis kann Christa Oestreicher dafür aufbringen, wenn dieser Situation trotz des Wissens über die damaligen Vorfälle weiterhin zugeschaut wird. Der Mann muss weg von den beiden Kindern.

Die Landratspräsidentin (Grüne) zum weiteren Vorgehen: Zuerst wird der Antrag der FDP jenem der SP eventualiter gegenübergestellt. In der Folge wird zwischen dem obsiegenden und dem Kommissionsantrag zu befinden sein.

Antrag FDP:

Das Begnadigungsgesuch sei abzulehnen. Im Falle der Ablehnung darf ein neues Begnadigungsgesuch vor Ablauf von sechs Jahren seit Entscheidung des vorliegenden Gesuches nicht gestellt werden.

Antrag SP:

Dem Gesuchsteller R.G. sind drei Jahre Haftstrafe auf dem Begnadigungswege zu erlassen bei einer Bewährungsfrist von drei Jahren. Die restlichen 12 Monate sind mit Electronic Monitoring zu vollziehen.

Antrag FDP gegen Antrag SP: ://: Der Landrat entscheidet sich mit 59 zu 15 Stimmen bei 6 Enthaltungen für den Antrag der FDP-Fraktion.

Antrag FDP gegen Kommissionsantrag: ://: Der Landrat entscheidet sich mit 55 zu 18 Stimmen bei 9 Enthaltungen für den Antrag der FDP-Fraktion. Damit lehnt der Landrat die Begnadigung des R.G. ab. Zudem darf vor Ablauf von sechs Jahren seit Entscheidung des vorliegenden Gesuchs kein Antrag gestellt werden.

*Für das Protokoll: Urs Troxler, Landeskanzlei*

Recht und Religion sind – normativ verstanden – Geltensordnungen, über die wir uns übereinkommen haben, sie informieren als Information per se (über) nichts, und sie verordnen ebenso wenig. *Wir* tun so, als ob Schrift informiere. Information basiert bestenfalls auf dem Gedankenaustausch über ein Schriftstück. Schriften sind Signifikanten ohne Signifikat in der Bibel und in der Verfassung. Ein Wille ist aus ihnen nicht herauszulesen. Die Verfassung hat keinen eignen Willen. Er wird ihr durch Übereinkunft unterstellt. Wenn die Verfassung ihre Artikulation Gott anvertraut, so der Skepsis wegen, die aufmerksam darauf wurde, dass die Vernunft im Sprechen nicht in diejenige der Schrift eingeht, was zur Freiheit ermächtigt, Gnade für Recht zu halten, Recht und Gnade zusammen zu denken.

Woher rührt die Skepsis der Schrift gegenüber? Der französische relativ kürzlich verstorbene Ethnologe und Strukturalist Claude Lévi-Strauss erzählt in Kapitel 28 seines autobiographischen Werks „Traurige Tropen“ von einem „Zwischenfall im brasilianischen Urwalde“<sup>24</sup>. Er verteilte den Eingebornen, Nambikwara Papier und

---

24 Nacherzählt in C.Vismann, *Akten, Medientechnik und Recht*, München 2000, S. 15 f.

Bleistift, obzwar sie weder lesen noch schreiben konnten, damit er zu Zahlen über ihre Population gelange. Das Schreibzeug stiess zuerst auf Ignoranz, doch dann wurde das Papier mit Wellenlinien „verziert“, doch der Häuptling ging weiters. Er einzig muss den Sinn des Schreibens verstanden haben. Er reichte sein Papier mit ebenfalls Wellenlinien an Lévi-Strauss nach, als würde er dazu auffordern, seine komplett sinnlose Antwort zu lesen, und er fällt selber halb auf seine Komödie herein. Zugleich prüft er jede seiner (Wellen-) Linien ängstlich so, als müsse ihre Bedeutung daraus sofort hervorquellen, und immer wieder malt sich auf seinem Gesicht gleiche (natürliche) Enttäuschung, wenn er sie auch nicht wahrhaben will. Zwischen „Schreiber“ und damit Bedachtem besteht eine stille Übereinkunft, dass die Kritzeleien sinnvoll sind, die Lévi denn auch zu entziffern vortäuscht. The show must go on. Mündlicher Kommentar folgte dem „Schreiben“ sogleich, so dass kein weiteres Erklären erforderlich war. Wesen der „Schrift“ ist ihre (Über-) Gabe und keineswegs ihr Inhalt, ein Contract, eine Contraction, die symbolische Bedeutung hat. Inhalte des Schreibens werden wie Güter, in einem Güterumlaufe behandelt. Sie gelten als Güter, weil die Parteien ihnen einen formalisierten Wert geben. Das Verstehen ist „cura posterior“. Dass Schrift informiert, wird in einem aufs Schreiben folgenden Akt hergestellt. Die Wellenlinie des Häuptlings ist einzig deshalb kein kindisches Zeichen. Alles ist Übereinkunft zu einem Gelten – wie das Rot des Regenbogens rot ist, weil wir übereingekommen sind, die Farbe so zu nennen und dafür auch verantwortlich sind.

## Exkurs

Existieren Geltensbedingungen? Normdurchsetzung ist fragwürdig zu beschreiben, indem offen ist, nach welcher „benchmark“ der Implementierungserfolg zu messen ist<sup>25</sup>. „Mit historischer Begründung“ basiert Recht gestützt darauf, dass es , bspw. in Gerichten, effektiv angewendet wird, und erst seit den aktuellen Kodifikationen mutierte diese Realitätsbasis zur Fiktion, dass das -inzwischen überbordende - Gesetz als bekannt vorauszusetzen ist. Die Frage nach der Wahrheit blieb nun ausgeblendet. Der Buchstabe, darin der Stab steckt, welcher über einem Delinquenten gebrochen wird, hat sich durchgesetzt. Der paulinische Gnadenansatz, die Kritik an der „Satzung“, die Prophetie des (Gnaden-) Reiches Gottes erscheint seither als angreifbar.

Wenn Schrift mit Derrida aus Parametern wie Autorität, Permanenz etc. herausfällt, zum „blossen“ Inszenierungswert wird, ergibt sich für sie von ihrer Quelle her Hybridbildung, Kontraktion auf eine Funktion. Schrift verwaltet so. Sie ist ein administratives Zeichensystem. Sie schreitet von Autorität zu Administration

---

25 Vgl. Th. Simon, *Vom materiellen zum formellen Publikationsprinzip*, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 2008, Heft 4, S. 201 ff.

weilers, dient, herrscht nicht (vor). Schrift listet auf, und sie zeugt so – nach Umberto Eco – für eine begriffliche Verlegenheit. Eco erwähnt die Schiffsliste in Homers Ilias als dem frühesten erhaltenen abendländischen Epos (neben dem Rudiment des Gilgamesch-Epos). Der Dichter ermisst die Streitmacht der Griechen vor Troja nicht, hat keinen Begriff von ihr, und strikt deshalb listet er Mannschaften per Schiffe auf. Schrift weicht auf Listen aus. Sokrates und Jesus mögen so darauf verzichtet haben, ein Testament zu verfassen. Weder Moses verfügte über die erforderliche Stimmkraft noch Homer, Listen zu vermeiden (Liste der 10 Gebote). Wer schreibt Listen? Verwaltungen. Sie sind von Ermessen(sentscheidungen) durchzogen, die zu verurteilender Gerechtigkeit oder beschämender Billigkeit führen: „Tertium non datur“, und doch: Wenn ein Gott existiert, ist auch eine wie immer geartete positive Gerechtigkeit zu postulieren, ein anderes Wort für Gnade, die aus einer Schriftexegese hinausführt, welche dem Listencharakter von Sprache verhaftet ist, auch wenn sie sich zu Bekenntnissen aufspreizt. Gnade als Diplomatie? Mit Gott ist, wenn Gerechte, Gerechtigkeiten – wie regelmässig - fehlen, diplomatisch zu rechten, wie Lot erfuhr (Genesis 9, 1 ff.). Schranke im Titel ist Vor-Sorge, Gewahrsam, Erwahnen, sie ist kein Schlagbaum, sondern sie wahrt ein (Glaubens-) Geheimnis (kollektiven) Bekenntnissen gegenüber und so Religionsfreiheit als vorrangig personales Gut.