

ANGELIKA NUßBERGER

## Von Kopftüchern, Burkas und Kreuzen – Religionsfreiheit und staatliche Neutralität in einer modernen Gesellschaft

### Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte\*

Es möge niemand sagen, religiöse Symbole seien belanglose Äußerlichkeiten. Man könne doch einfach die Burka ausziehen, die Kippa abnehmen, und ob das Kreuzifix im Klassenzimmer hängt oder nicht, würde sowieso niemandem auffallen. Weit gefehlt! Um religiöse Symbole werden Kriege geführt; man hat den Eindruck, mit ihnen steht und fällt für viele der Himmel.

#### I. Religiöses Denken in Zeichen und Symbolen

In früheren Jahrhunderten konnte die Verwendung der „falschen“ Zeichen und Symbole nicht nur mit dem Tod bestraft werden. Vielmehr konnte das damit verbundene Märtyrertum auch zur Spaltung von Glaubensgemeinschaften führen. Im Russland des 17. Jahrhunderts, zu einer Zeit, als in Westeuropa mit *Locke* und *Hobbes* die Aufklärung begann, brach ein erbitterter Streit um die Frage aus, wie man das Kreuzzeichen zu machen habe, mit zwei oder mit drei Fingern. Aus Byzanz war die neue „Mode“ nach Russland gebracht worden, sich mit drei Fingern zu bekreuzigen. Dies aber wurde von den so genannten Altgläubigen als Häresie angesehen, da es dem widersprach, was auf den Ikonen zu sehen war. Zwei Finger standen für die Dualität Jesu als Mensch und Gott, drei Finger für die Gläubigen für die Dreifaltigkeit, für ihre Gegner für die apokalyptische Erzählung von der Schlange, dem falschen Propheten und dem Tier. Der Anführer der Altgläubigen, *Awwakum*, wurde, weil er nicht von seinem auf der Tradition beruhenden Glauben abließ, verfolgt und hauste schließlich in Sibirien in einem Erdloch. Das Wissen darüber finden wir in *Awwakums* Erzählung über sein Leben, der ersten Biographie in der russischen Literatur, die nicht nur Zeugnis eines fanatischen

---

\* Die folgenden Ausführungen geben ausschließlich die Meinung der Verfasserin wieder und binden den Gerichtshof in keiner Weise.

Glaubens ist, sondern auch wunderbare Naturbeschreibungen Sibiriens enthält.<sup>1</sup> *Awwakum* starb für die Fingerhaltung beim Kreuzzeichen auf dem Scheiterhaufen, die Altgläubigenbewegung wurde mehr als zwei Jahrhunderte lang verfolgt.<sup>2</sup> Religion ist untrennbar mit Zeichen und Symbolen verbunden. Dafür wird gelebt und gestorben.

## II. Gerichtsentscheidungen zur Religion – eine zivilisierte Form des Glaubenskriegs?

Nun mag man derartige Geschichten als einem dunklen Zeitalter zugehörig ansehen. In abgeschwächter, man mag sagen zivilisierter, Form zeigt sich die Bedeutung religiöser Symbole aber auch in der Gegenwart, und dabei insbesondere vor europäischen Gerichten. Der Kruzifixstreit, zunächst in Karlsruhe,<sup>3</sup> dann in Straßburg<sup>4</sup> ausgefochten, war nicht ein Fall unter vielen. Vielmehr wurde damit Rechtsgeschichte geschrieben, nicht nur wegen des Inhalts der Entscheidungen,<sup>5</sup> sondern auch wegen der Angriffe gegen die Gerichte, mit denen in völlig ungewohnter und zum Teil sehr aggressiver Weise ihre Autorität in Frage gestellt wurde.<sup>6</sup> Unterschwelliges Leitmotiv der Kritik war die Frage, ob Gerichte über die religiösen Gefühle der Menschen entscheiden und ihnen – je nach Entscheidung, je nach Perspektive – das Kreuz „wegnehmen“ oder „aufzwingen“ dürften. Dabei war man auf nationaler und auf europäischer Ebene zu je unterschiedlichen Ergebnissen gekommen. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich für ein grundsätzliches Verbot religiöser Symbole im Klassenzimmer ausgesprochen.<sup>7</sup> Dieses Modell religiöser Neutralität des Staates hatte auch der Entscheidung einer Kammer der Zweiten Sektion des Straßburger Gerichtshofs zugrunde gelegen.<sup>8</sup> Die Große Kammer da-

<sup>1</sup> *Jagoditsch*, Das Leben des Protopopen Awwakum, von ihm selbst niedergeschrieben, 1930.

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Stökl*, Russische Geschichte, 4. Auflage 1983, 307 ff.

<sup>3</sup> BVerfGE 93, 1 (sog. „Kruzifix-Beschluss“ des Ersten Senats vom 16.5.1995).

<sup>4</sup> *Lautsi v. Italien*, Urteil des EGMR vom 3.11.2009 (Nr. 30814/06); *Lautsi und andere v. Italien*, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 18.3.2011 (Nr. 30814/06).

<sup>5</sup> Zum sog. „Kruzifix-Beschluss“ des BVerfG vgl. statt vieler *Flume*, NJW 1995, 2904; *Höffe*, JZ 1996, 83 (84f); *Isensee*, ZRP 1996, 10; zum *Lautsi-Urteil* der Großen Kammer des EGMR vgl. *de Wall*, Jura 2012, 960; *Kalb*, öarr 2010, 384.

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Vorländer*, APuZ 35–36/2011, 15 (16).

<sup>7</sup> Im sog. „Kruzifix-Beschluss“ vom 16.5.1995 erklärte das BVerfG die Verfassungsbeschwerde von drei Schülern und ihren Eltern, die Anhänger einer anthroposophischen Weltanschauung waren, für begründet und § 13 I S. 3 der Schulordnung für die Volksschulen in Bayern, wonach in jedem Klassenzimmer ein Kreuz anzubringen war, für unvereinbar mit Art. 4 I GG.

<sup>8</sup> Auf die Beschwerde einer Mutter zweier Kinder, die in Italien eine staatliche Schule besuchten, stellte eine Kammer der Zweiten Sektion des EGMR am 3.11.2009 einstimmig fest, dass Italien durch die Anbringung von Kruzifixen in öffentlichen Schulen gegen die EMRK verstoßen habe. Demgegenüber urteilte die Große Kammer am 18.3.2011 mit 15 zu 2 Stimmen, dass kein Verstoß gegen Art. 2 des Ersten Zusatzprotokolls vorliege und es nicht nötig sei, einen Verstoß gegen Art. 9 EMRK (Religionsfreiheit) zu prüfen.

gegen ruderte zurück und erkannte, dass für Europa eine andere Beurteilung dessen, was zulässig und was unzulässig ist, nötig sein könnte. So ist nach Ansicht der Großen Kammer ein weiter Ermessensspielraum zu gewähren:

„The Court concludes in the present case that the decision whether crucifixes should be present in State-school classrooms is, in principle, a matter falling within the margin of appreciation of the respondent State. Moreover, the fact that there is no European consensus on the question of the presence of religious symbols in State schools speaks in favour of that approach.“<sup>9</sup>

Auch wenn der Staat sich nicht dazu äußern dürfe, welche religiösen Inhalte „wahr“ oder „falsch“ sind, so müsse auch nicht die laizistische Trennung zwischen Staat und Kirche, wie sie etwa in Frankreich gelebt wird, Modell für ganz Europa sein. Ein „passives“, nicht als intrusiv verstandenes Zeichen einer Religion in einer staatlichen Schule sei, so der Gerichtshof, auch von den Anders- oder Nichtgläubigen zu akzeptieren, dies umso mehr dann, wenn der Unterricht selbst weltanschaulich offen sei und alle verschiedenen Glaubensrichtungen einschließe.<sup>10</sup>

Seither und auch schon zuvor waren sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte oftmals aufgerufen, zu Verboten religiöser Symbole, zu religiösen Praktiken, aber auch zum besonderen Status der Religionsgemeinschaften im Vergleich zu anderen Vereinigungen Stellung zu nehmen.

Dürfen Kirchen ihren Priestern verbieten, sich in Gewerkschaften zu organisieren?<sup>11</sup> Darf einem verheirateten katholischen Ex-Priester, Vater von fünf Kindern, untersagt werden, katholischen Religionsunterricht zu erteilen, nachdem er öffentlich gegen Positionen der katholischen Kirche Stellung bezogen hat?<sup>12</sup> Müssen, wenn Kirche und Pfarrer im Streit auseinandergehen, die staatlichen Gerichte ihre Tore öffnen, um über die gegenseitigen Forderungen zu entscheiden?<sup>13</sup> – Bisher

<sup>9</sup> Lautsi und andere v. Italien, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 18.3.2011 (Nr. 30814/06), Rn 70.

<sup>10</sup> Lautsi und andere v. Italien, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 18.3.2011 (Nr. 30814/06), Rn 72 und 74.

<sup>11</sup> Nachdem eine Kammer der dritten Sektion des EGMR in ihrem Urteil in der Rechtssache *Sindicatul „Păstorul cel Bun“ v. Rumänien* vom 13.1.2012 (Nr. 2330/09) eine Verletzung von Art. 11 EMRK (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) darin gesehen hatte, dass Rumänien der im Wesentlichen aus Priestern der Rumänisch-Orthodoxen Kirche bestehenden Gewerkschaft „Păstorul cel Bun“ die Anerkennung verweigert hatte, entschied die Große Kammer, dass die Konvention in diesem Fall nicht verletzt sei; vgl. *Sindicatul „Păstorul cel Bun“ v. Rumänien* Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 9.7.2013 (Nr. 2330/09).

<sup>12</sup> In *Fernández Martínez v. Spanien*, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 12.6.2014 (Nr. 56030/07), sah der EGMR keine Konventionsverletzung darin, dass der befristete Vertrag eines ehemaligen Priesters an einer öffentlichen Schule wegen seines öffentlichen Eintretens gegen den Zölibat nicht verlängert worden war; vgl. zum selben Thema auch *Travaš v. Kroatien*, Urteil des EGMR vom 4.10.2016 (Nr. 75581/13).

<sup>13</sup> *Reuter v. Deutschland*, Entscheidung des EGMR vom 6.12.2011 (Nr. 39775/04); *Baudler v. Deutschland*, Entscheidung des EGMR vom 6.12.2011 (Nr. 38254/04); *Müller v. Deutschland*, Entscheidung des EGMR vom 6.12.2011 (12986/04); vgl. auch die vor der Großen Kammer anhängige Rechtssache *Károly Nagy v. Ungarn* (Nr. 56665/09).

hat sich der Gerichtshof bei all diesen Statusfragen zurückgehalten und keine Verletzungen der Konvention festgestellt. Damit hat er nicht nur bestätigt, dass derartige Konflikte besser im jeweils vom nationalen Verfassungsrecht abgesteckten Rahmen entschieden werden, sondern auch, dass Religionsgemeinschaften in bestimmtem Umfang ein „Anderssein“ zuzubilligen ist. Die meisten dieser Entscheidungen sind am EGMR nur mit sehr knappen Mehrheiten gefällt worden, oftmals mit neun zu acht Stimmen.<sup>14</sup> Offensichtlich bestand unter den Richterinnen und Richtern kein Konsens darüber, wie weit der staatliche Ermessensspielraum reicht und wie viel Anderssein den religiösen Gemeinschaften zuzubilligen ist.

Wesentlich heftiger aber waren die Auseinandersetzungen, die um religiöse Zeichen und die Abgrenzung zwischen Meinungs- und Religionsfreiheit geführt wurden, gleich ob es um islamisches Kopftuch<sup>15</sup>, Burka<sup>16</sup>, Turban<sup>17</sup>, Kreuzzeichen<sup>18</sup> oder exotische Bekleidungsformen wie eine Kombination aus Turban, Pumphose, Tunika und Stock<sup>19</sup> ging. Gewissermaßen spiegelbildlich sind die Fälle, in denen Heilige und Götter verunglimpft werden, oftmals in künstlerischen Produktionen<sup>20</sup> oder mit abschätzigen Äußerungen<sup>21</sup>. Abwechselnd stützen sich die Beschwerden auf die Meinungsfreiheit oder wird Schutz gegen die Meinungsfreiheit anderer gesucht. In jedem Fall geht es nicht nur um das Verhältnis Individuum – Staat oder Individuum – Gesellschaft, sondern zugleich um existentielle Fragen.

Von manchen wird die Thematik zum Kulturkampf stilisiert, wenn etwa im Streit um Mohammed-Karikaturen<sup>22</sup>, Blasphemie und die Werte der Religionsfreiheit argumentiert wird, hier stünden sich unvereinbare kulturelle Modelle gegenüber: eine Welt, in der das Göttliche in Zeichen präsent sei, und eine Welt, in der alles relativiert, rationalisiert und verhandelt werde. Die auf den Islam bezogene

<sup>14</sup> So etwa *Sindicatul „Păstorul cel Bun“ v. Rumänien*, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 9.7.2013 (Nr. 2330/09): 11:6 Stimmen; *Fernández Martínez v. Spanien*, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 12.6.2014 (Nr. 56030/07): 9:8 Stimmen.

<sup>15</sup> *Dahlab v. Schweiz*, Entscheidung des EGMR vom 15.2.2001 (Nr. 42393/98); *Leyla Şahin v. Türkei*, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 10.11.2005 (Nr. 44774/98); *Ebrahimian v. Frankreich*, Urteil des EGMR vom 26.11.2015 (Nr. 64846/11); vgl. dazu auch die jüngsten Entscheidungen des EuGH vom 14.3.2017, EuGH Rs. C-157/15 – Achbita, *Centrum voor Gelijkheid van kansen en voor racisembestrijding v. G4S Secure Solutions* und EuGH Rs. C-188/15 *Bougnououi and Association de défense des droits de l'homme v. Micropole Univers*.

<sup>16</sup> *S.A.S. v. Frankreich*, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 1.7.2014 (Nr. 43835/11); Vgl. dazu *Grabenwarter/Struth*, EuGRZ 2015, 1–8.

<sup>17</sup> *Phull v. Frankreich*, Entscheidung des EGMR vom 11.1.2005 (Nr. 35753/03); *Mann Singh v. Frankreich*, Entscheidung des EGMR vom 13.11.2008 (Nr. 24479/07).

<sup>18</sup> *Eweida und andere v. Vereinigtes Königreich*, Urteil des EGMR vom 15.1.2013 (Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10).

<sup>19</sup> *Ahmet Arslan und andere v. Türkei*, Urteil des EGMR vom 23.2.2010 (Nr. 41135/98).

<sup>20</sup> *Otto-Preminger-Institut v. Österreich*, Urteil des EGMR vom 20.9.1994 (Nr. 13470/87) – Beschlagnahme eines blasphemischen Films; *İ.A. v. Türkei*, Urteil des EGMR vom 13.9.2005 (Nr. 42571/98) – Veröffentlichung eines den Islam verunglimpfenden Romans.

<sup>21</sup> *Norwood v. Vereinigtes Königreich*, Entscheidung des EGMR vom 16.11.2004 (Nr. 23131/03) – Gleichsetzung von islamistischem Terror und Islam.

<sup>22</sup> *Ben el Mahi und andere v. Dänemark*, Entscheidung des EGMR vom 11.12.2006 (Nr. 5853/06).

Argumentation mancher Vertreter ähnelt in ihrer Absolutheit in gewisser Hinsicht dem, wofür *Awwakum* im 17. Jahrhundert stand. So führt die in den USA lebende muslimische Gelehrte *Mahmood* aus, im Islam würden Zeichen nicht einfach etwas repräsentieren und wären daher austauschbar; vielmehr gebe es keine Unterscheidung zwischen Symbol und Realität. Der westliche Mensch sei in einer semiotischen Ideologie gefangen, die auf Unterscheidungen aufbaue, zwischen Objekt und Subjekt, Substanz und Bedeutung, Zeichen und Bezeichnetem, Form und Inhalt. Für einen gläubigen Muslim, so führt sie aus, basiere die Beziehung zu Gott dagegen nicht auf einem kommunikativen oder einem repräsentativen, sondern vielmehr auf einem assimilativen Modell.<sup>23</sup>

Bei derartigen kulturspaltenden Konflikten scheint es *a priori* verfehlt zu sein, die Menschen- und Grundrechte als Orientierungspunkt für die Entscheidungsfindung zu nehmen, sind sie doch selbst Ausdruck jenes rationalisierten Verständnisses vom Verhältnis Individuum – Gesellschaft – Staat, nach dem ohne nachvollziehbare Begründung nichts, mit Begründung vieles akzeptabel ist und damit das Irrationale gerade ausgeschlossen werden soll. Auch die Rekonstruktion von Konflikten in Form von zum Ausgleich zu bringenden Rechtspositionen ist gerade Ausdruck eines westlichen Kulturverständnisses. Nach *Allawi* ist sogar das „gesamte System von Individualrechten dem muslimischen Denken fremd“. Vielmehr sei es eigentlich nur Gott selbst, der Rechte habe.<sup>24</sup>

Aber gerade diejenigen, die sich in ihren eher nicht von der Ratio getragenen Glaubensüberzeugungen von den Übergriffen Dritter bedroht fühlen, stützen sich auf die Menschenrechte. Dies legitimiert die Entscheidungen der europäischen Gerichte. Diese drängen sich nicht selbst darum, zu solchen Konflikten Stellung zu nehmen, vielmehr werden sie angerufen. Sie geben Antwort, weil sie gefragt werden. Und es ist auch kein anderes, geeigneteres Mittel der Konfliktlösung ersichtlich. Schließlich will niemand wieder zum Schwert greifen, um zu entscheiden, welche Symbole wo angebracht oder verwendet werden dürfen und wer was über den Gott des anderen sagen darf.

Gerichte dürfen also zu Fragen der Religion entscheiden. Dennoch sollten ihre Entscheidungen nicht als zivilisierte Formen des Glaubenskriegs verstanden werden, sondern zur Verweigerung eben jener archaischen Konflikte beitragen und einen gesellschaftlichen Rahmen definieren, in dem sich alle, Gläubige und Ungläubige, wiederfinden.

Wie aber dieser Rahmen aussehen soll, darüber besteht keinerlei Konsens. Die Grundfrage ist die Frage nach der Toleranz dessen, was man nicht versteht, was

---

<sup>23</sup> *Mahmood*, *Critical Inquiry* 35/4 (2009), 836 (843, 847).

<sup>24</sup> *Allawi*, *The Crisis of Islamic Civilization*, 2009, S. 11: „... to claim the right and the possibility of autonomous action without reference to the source of these in God is an affront, and is discourteous to the terms of the relationship between the human being and God. The entire edifice of individual rights derived from the natural state of the individual or through a secular ethical or political theory is alien to the structure of Islamic reasoning. The individual has a reality but this is contingent upon a greater reality.“

man nicht akzeptieren kann und will. Die verschleierte Frau in der schwarzen Burka, das Bildnis eines gefolterten Menschen am Kreuz, aber auch die Geschichten von Vätern, die ihre Söhne am Altar zu opfern bereit sind,<sup>25</sup> oder von Göttern, die feindliche Armeen im Meer ertrinken lassen<sup>26</sup> – die religiösen Grundmotive und Riten der monotheistischen Religionen, sei es der Mehrheits- oder der Minderheitsströmungen, sind nicht zahm, übersehbar, milde, nein, sie können verstörend sein, insbesondere dann, wenn man mit ihnen nicht vertraut ist und sie als fremd und anders empfindet.

Kaum eine Entscheidung zeigt diese Konflikte und die Auseinandersetzung um die Grenzen der Toleranz so gut wie die Burka-Entscheidung des EGMR.<sup>27</sup>

### III. Toleranz und ihre Grenzen – die Burka-Entscheidung des EGMR

Es ist eine junge Frau mit Burka, die sich auf ein Instrument der Aufklärung beruft, um ihr Recht, ihren Körper zu verhüllen, zu verteidigen. Sicherlich ist die Beschwerde legitim. Es ist legitim für eine Burka-Trägerin, den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anzurufen, und ebenso legitim für den Gerichtshof, über ihre Rechte auf Grundlage der Konvention zu judizieren. Aber man sollte sich dessen bewusst sein, dass dies keine Selbstverständlichkeit ist. Wird hier nicht die Aufklärung gegen sich selbst benutzt?

Es ist allgemein anerkannt, dass sich eine Demokratie gegen undemokratische Haltungen zur Wehr setzen darf, um sich selbst zu bewahren.<sup>28</sup> Aber darf sich auch die tolerante, aufgeklärte Gesellschaft gegen Haltungen, die sie als intolerant und die Werte der Aufklärung negierend empfindet, zur Wehr setzen oder muss sie auch ihnen gegenüber tolerant sein? Gerade hier liegt die Krux der Burka-Entscheidung des EGMR. Das in diesem Urteil zentrale Zitat zur Toleranz in einer demokratischen Gesellschaft wird sowohl von der Mehrheits- als auch von der Minderheitsmeinung aufgegriffen, dabei allerdings entgegengesetzt interpretiert:

„Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a “democratic society”. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position.“<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Altes Testament, Gen 22, 1–19.

<sup>26</sup> Altes Testament, Ex 14, 1–29.

<sup>27</sup> Wenn man von „Burka-Entscheidung“ spricht, ist dies im Grunde nicht ganz präzise. Das französische Gesetz Nr. 2010–1192 vom 11.10.2010 verbietet ganz allgemein jede Form der Bekleidung, die das Gesicht verhüllt. Allerdings ergibt sich aus den Vorbereitungsarbeiten ebenso wie aus der Gesetzesbegründung, dass Ziel des Gesetzes war, Burka und Niqab zu verbieten; vgl. *Adenitire* EHRLR 2015, 78.

<sup>28</sup> *Thiel* in: *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 1 (2).

<sup>29</sup> *S. A. S. v. Frankreich*, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 1.7.2014 (Nr. 43835/11), Rn 128.

An anderer Stelle heißt es noch:

„Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other.“<sup>30</sup>

In der Mehrheitsentscheidung werden dieser Toleranz dennoch Grenzen gesetzt. Das Anders-Sein der Burkaträgerin falle nicht mehr in den Kreis dessen, was akzeptabel sei. Es gebe hier Mindeststandards. Nicht zu tolerieren sei eine Haltung, die ein Zusammenleben in der Gesellschaft nicht ermögliche. Der Gerichtshof spricht von

„... attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question.“<sup>31</sup>

Dabei wird ausführlich erklärt, dass das Gesicht, die Möglichkeit, sich in die Augen zu sehen, die Grundlage interpersoneller Kommunikation sei. Diese aber werde mit der Burka verhindert. Der Gerichtshof stellt also nicht darauf ab, was mit der Burka oftmals verbunden wird: ein intoleranter religiöser Fanatismus, ein Bekenntnis der Unterwerfung der Frau unter den Mann, ein Zeichen der Ablehnung westlicher Werte.<sup>32</sup> Es gehe nur um die Bereitschaft zur Kommunikation in der Gesellschaft. Einer Haltung, die diese Bereitschaft vermissen lässt, sei keine Toleranz geschuldet.

Das Minderheitenvotum kritisiert dies als „selektiven Pluralismus“.<sup>33</sup> Es sei gerade das Hauptmerkmal von Toleranz, auch das zu akzeptieren, was – in den Worten des Gerichtshofs gesprochen – „beleidigt, schockiert oder stört“.<sup>34</sup> Zudem könne man Kommunikationsbereitschaft nicht vom Einzelnen in der Gesellschaft verlangen. Muss man wirklich auf öffentlichen Plätzen jederzeit offen für ein Gespräch sein? Wenn es ein Recht auf interaktive Kommunikation gäbe, müsste dem

<sup>30</sup> Ibid, Rn 127.

<sup>31</sup> Ibid, Rn 122.

<sup>32</sup> Kritisch zu diesen (Vor)urteilen *Hoffmann*, Der Spiegel Nr. 34/2016, S. 6.

<sup>33</sup> Vgl. S. A. S. v. Frankreich, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 1.7.2014 (Nr. 43835/11), Rn 14 des Sondervotums: „Therefore the blanket ban could be interpreted as a sign of selective pluralism and restricted tolerance. In its jurisprudence the Court has clearly elaborated on the State’s duty to ensure mutual tolerance between opposing groups and has stated that “the role of the authorities ... is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other”. By banning the full-face veil, the French legislature has done the opposite. It has not sought to ensure tolerance between the vast majority and the small minority, but has prohibited what is seen as a cause of tension.“

<sup>34</sup> So die st. Rspr. des EGMR seit *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, Urteil des EGMR (Plenum) vom 7.12.1976 (Nr. 5493/72), Rn 49: „The Court’s supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a ‘democratic society’. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population.“



eine entsprechende Pflicht gegenüberstehen. Diese ist aber in einer freiheitlichen Gesellschaft nicht vorstellbar.

„Furthermore, it can hardly be argued that an individual has a right to enter into contact with other people, in public places, against their will. Otherwise such a right would have to be accompanied by a corresponding obligation. This would be incompatible with the spirit of the Convention. While communication is admittedly essential for life in society, the right to respect for private life also comprises the right not to communicate and not to enter into contact with others in public places – the right to be an outsider.“<sup>35</sup>

Nun heißt das aber nicht, dass der Toleranz nicht Grenzen zu setzen wären. Hassrede ist nicht zu tolerieren<sup>36</sup>, ebenso wenig wie Verleumdung oder falsche Propaganda<sup>37</sup>. Aber eben nur dann, wenn davon wirklich die „Rechte der anderen“ betroffen sind. Bei einer verweigerten Kommunikation ist dagegen nur schwer erkennbar, wessen Recht in welcher Weise eingeschränkt werde.<sup>38</sup>

Der deutsche Soziologe *Christian Joppke* hat eine sehr interessante Analyse des französischen Burkaverbots vorgelegt.<sup>39</sup> Er sieht darin eine Gegenbewegung zu der das 20. Jahrhundert prägenden Entmoralisierung des Rechts. Zunehmend wurde moralisch als verwerflich empfundenes Verhalten wie Ehebruch oder bestimmte Formen von Sexualität entpönanalisiert, auch wenn diese Bewegung etwa beim Inzest<sup>40</sup> oder Bigamieverbot aufhörte. Mit dem Burkaverbot aber wurde wiederum eine bestimmte offen zur Schau gestellte innere Einstellung – sei sie nun interpretiert als Ablehnung der Gleichberechtigung der Geschlechter oder als Verweigerung von Kommunikationsbereitschaft in der Öffentlichkeit – erneut strafrechtlich sanktioniert. Und gerade diese Haltung habe der EGMR mit seiner Entscheidung abgesehnet.

Klarzustellen gilt es allerdings, dass der EGMR ein Burkaverbot nicht gutgeheißen hat. Er hat sich nur als Kontrollinstanz zurückgezogen und erklärt, die im demokratischen Prozess in Frankreich getroffene Entscheidung sei nicht konventi-

<sup>35</sup> S.A.S. v. Frankreich, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 1.7.2014 (Nr. 43835/11), Rn 8 des Sondervotums.

<sup>36</sup> *Garaudy v. Frankreich*, Entscheidung des EGMR vom 24.6.2003 (Nr. 65831/01); *Féret v. Belgien*, Urteil des EGMR vom 16.7.2009 (Nr. 15615/07); *Vejdeland und andere v. Schweden*, Urteil des EGMR vom 9.2.2012 (Nr. 1813/07); *Delfi AS v. Estland*, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 16.6.2015 (Nr. 64569/09); *M'Bala M'Bala v. Frankreich*, Entscheidung des EGMR vom 20.10.2015 (Nr. 25239/13).

<sup>37</sup> *Schimanek v. Österreich*, Entscheidung des EGMR vom 1.2.2000 (Nr. 32307/96); *Pavel Ivanov v. Russland*, Entscheidung des EGMR vom 20.2.2007 (Nr. 35222/04).

<sup>38</sup> Vgl. *Adenire*, EHRLR 2015, 78, der hervorhebt, dass ein Recht auf Kommunikation ein Novum in der Rechtsprechung des EGMR sei; vgl. aber auch die Überlegungen von *Schloemann*, SZ vom 17.7.2014, der ausführt, eine Gesellschaft, in der alle die Kommunikation verweigern, würde nicht mehr funktionieren. Allerdings ist auch zu fragen, ob die Prämisse, dass mit verdecktem Gesicht Kommunikation nicht möglich sei, nicht eine problematische Vereinfachung darstellt.

<sup>39</sup> *Joppke*, *Theory and Society* 43/6 (2014), 589–688.

<sup>40</sup> Vgl. zum Inzestverbot die Urteile BVerfGE 120, 224–273 und *Stübing v. Deutschland*, Urteil des EGMR vom 12.4.2012 (Nr. 43547/08), die dessen Verfassungsmäßigkeit bzw. Vereinbarkeit mit der EMRK bestätigen.



onswichtig, da eine Gesellschaft auf diese Weise selbst definieren könne, wie weit die Toleranz gehe und dafür auch Mindestbedingungen aufstellen könne.<sup>41</sup>

Sicherlich hat diese Entscheidung viele enttäuscht, da der EGMR sich nicht auf die Seite der Minderheit, sondern der Mehrheit gestellt hat. In der Tat geht die Entscheidung von allen bisherigen Entscheidungen zu religiösen Symbolen am weitesten, da sie nicht, wie die meisten früheren Kopftuchentscheidungen, den staatlichen Innenbereich, insbesondere nicht die Schule, und auch nicht die Selbstdarstellung des Staates durch seine Beamtenschaft betrifft, sondern für alle (Frauen) überall gilt. Und doch passt sie in die allgemeine Rechtsprechungslineie, bei Fragen, die die Religion betreffen, große Zurückhaltung walten zu lassen.

Interessant ist der Vergleich mit anderen jüngst ergangenen Entscheidungen des EGMR. Eine Verletzung bejahte der Gerichtshof im Fall *Eweida v. Vereinigtes Königreich*.<sup>42</sup> *British Airways* hatte einer Mitarbeiterin aufgrund eines besonderen Dresscode untersagt, ein Kettchen mit Kreuzanhänger zu tragen. Nach Ansicht des Gerichtshofs hätten die britischen Gerichte, die dieses Verbot aufrechterhalten hatten, keinen gerechten Ausgleich zwischen den Rechten des Unternehmens und den Rechten der Mitarbeiterin gefunden und die Religionsfreiheit nicht ausreichend gewichtet, dies nicht zuletzt auch mit Blick darauf, dass Sikhs ihren Turban trotz der Uniform tragen durften. Dagegen akzeptierte der Gerichtshof die gegenüber einer jungen kopftuchtragenden Mitarbeiterin der psychiatrischen Abteilung eines öffentlichen Krankenhauses in Paris ausgesprochene Kündigung, da mit Kopftuch die Neutralität nicht gewahrt werden könne und die Patienten eine Voreingenommenheit vermuten könnten.<sup>43</sup> Und auch im dem *Burka-Fall* letztlich nicht unähnlichen Fall *Gough v. Vereinigtes Königreich*<sup>44</sup> war der Gerichtshof bereit zu akzeptieren, dass einem Einzelnen die rote Karte für sein Außenseitersein gezeigt wurde. Bei diesem Fall ging es um einen Mann, der die Harmlosigkeit des menschlichen Körpers zu seiner – auch religiös aufgeladenen – Botschaft machen wollte und der jahraus, jahrein nackt durch Großbritannien lief. Der französischen Burkaträgerin wurde vorgeworfen, ihren Körper zu weitgehend zu verhüllen, dem britischen Nudisten dagegen, nicht genügend Stoff um sich zu wickeln. Immer und immer wieder wurde er – als Wiederholungstäter – verwarnt, gerügt, bestraft, eingesperrt, er saß insgesamt über sieben Jahre hinter Gittern. Der Gerichtshof prüfte vorrangig nicht die Religions-, sondern die Meinungsfreiheit, erkannte die Relevanz der Stellungnahme des Beschwerdeführers zur falschen Scham über den nackten Körper grundsätzlich an, bezeichnete das Verhalten aber doch ohne weitere Begründung als „antiso-

---

<sup>41</sup> *S.A.S. v. Frankreich*, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 1.7.2014 (Nr. 43835/11), Rn 129.

<sup>42</sup> *Eweida und andere v. Vereinigtes Königreich*, Urteil des EGMR vom 15.1.2013 (Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10).

<sup>43</sup> *Ebrahimian v. Frankreich*, Urteil des EGMR vom 26.11.2015 (Nr. 64846/11).

<sup>44</sup> *Gough v. Vereinigtes Königreich*, Urteil des EGMR vom 28.10.2014 (Nr. 49327/11).

zial<sup>45</sup> und argumentierte, dieselbe Botschaft könne man auch anders vermitteln, ohne die Gefühle der Mehrheit zu verletzen.

Hier wie bei der Burka-Entscheidung lohnt es sich, den mit der Abwehrhaltung verbundenen Fragen weiter auf den Grund gehen. Wenn es ein kulturelles Unbehagen gibt – und dies wird man weder bei der Burkaträgerin noch bei dem nackten Wanderer abstreiten wollen – so wäre zu reflektieren, woher dies kommt und wie berechtigt es ist. Bei der von außen gesehen als überraschend anmutenden Burkini-Debatte im Sommer<sup>46</sup> 2016 in Frankreich wurde darauf abgestellt, der Burkini werde von der durch die Terroranschläge traumatisierten Gesellschaft als Symbol für Leid und Gefahr interpretiert. In ähnlicher Weise könnte man in dem militanten Nudisten eine Verkörperung der Gefahr von sexuellem Missbrauch von Kindern erkennen, der die Gesellschaft erschüttert hat und weiter erschüttert. Die „Rechte der anderen“ wären bei dieser Betrachtung die Rechte der (potentiellen) Opfer, nicht in Bild und Zeichen – oder eben in Kleidung oder Nicht-Kleidung – mit dem konfrontiert zu werden, was für sie zur traumatischen Erfahrung geworden ist. Wirkliche Opfer sind aber nur wenige, und gesellschaftliche Hysterien und Sündenbock-Mythen sowie allgemeine Stigmatisierungen will man sicherlich nicht verteidigen. Auf diese Weise könnte man aber die verschiedenen Fälle möglicherweise voneinander abgrenzen: der Nudist mag, vor allem bei Kindern und jungen Menschen, in der Tat reale Ängste auslösen. Bei Burkini-Trägerinnen, die aussehen wie die Urgroßeltern am Nordseestrand um 1900, ist das kaum begründbar, bei Burka-Trägerinnen besteht gerade zu dieser Frage Streit.

Der Gerichtshof geht auf diese Überlegungen und Abgrenzungen nicht ein, sondern akzeptiert in dem Fall *Gough v. Vereinigtes Königreich*<sup>47</sup> ohne weitere Prüfung subjektive, Tradition und Kultur geschuldete Befindlichkeiten, um das Außenseitertum einzugrenzen. Für den Gerichtshof gilt hier wie in der Burka-Entscheidung: Pluralismus ja, aber die Grenzen dürfen auf der Grundlage eines allgemeinen gesellschaftlichen Konsenses abgesteckt werden. Vor dem Hintergrund der vom Gerichtshof in der sehr frühen Entscheidung *Handyside*<sup>48</sup> zum so genannten „Little Red Schoolbook“, einem antiautoritär-libertären Erziehungsbuch, entwickelten Trias, Meinungen dürften beleidigen, schockieren und stören<sup>49</sup>, überrascht dies. Das grundsätzliche Credo wiederholt der Gerichtshof immer wieder; die Abgrenzung im Einzelfall ist aber überaus schwierig. In gewissem Umfang scheint es doch ein Recht darauf zu geben, nicht durch andere geschockt zu wer-

<sup>45</sup> *Gough v. Vereinigtes Königreich*, Urteil des EGMR vom 28.10.2014 (Nr. 49327/11), Rn 176.

<sup>46</sup> Nachdem die Stadt Cannes am 28.7.2016 per Dekret das Baden mit Burkini verboten hatte, weil dieser mit militantem Islamismus assoziiert wurde, folgten weitere französische Städte diesem Beispiel, teilweise mit dem Argument, das Baden mit Burkini sei unhygienisch. Frankreichs oberstes Verwaltungsgericht (*Conseil d'État*) setzte die Verbote am 26.8.2016 mit dem Argument aus, eine Störung der öffentlichen Ordnung durch den Burkini sei nicht nachweisbar.

<sup>47</sup> *Gough v. Vereinigtes Königreich*, Urteil des EGMR vom 28.10.2014 (Nr. 49327/11).

<sup>48</sup> *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, Urteil des EGMR (Plenum) vom 7.12.1976 (Nr. 5493/72).

<sup>49</sup> *Ibid.*, Rn 49.

den, insbesondere nicht durch ihr Äußeres. Über das *Mill'sche* „harm principle“, nach dem nur verboten werden darf, was anderen wirklich Schaden zufügt,<sup>50</sup> dürfte diese Rechtsprechung hinausgehen. In jedem Fall werden die „Rechte der anderen“ als sehr weitgehend verstanden. Vielleicht ist das aber der Königsweg, um gesellschaftlichen Konsens zu erreichen.

#### IV. Die Wiederentdeckung der Rechte der Mehrheit – die Kruzifix-Entscheidung des EGMR

Von besonderer Bedeutung für die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu religiösen Zeichen ist die Lautsi-Entscheidung<sup>51</sup> aus dem Jahr 2011, das berühmte Urteil zum Kruzifix in italienischen staatlichen Schulen. Während Frau S.A.S. ihre Burka ausziehen muss, darf das Kreuz in der Schule hängen bleiben. Die anthroposophisch erzogenen Kinder der Beschwerdeführerin müssen weiterhin „unter dem Kreuz“ lernen. Blickt man nur auf das Ergebnis der Entscheidung – gerade auch im Vergleich mit den bereits zitierten Kopftuch-Entscheidungen – verwundert der Vorwurf, der EGMR sei islamophob, nicht wirklich.

Dies ist ein bedauerlicher, keinesfalls aber ein richtiger Eindruck. Vielmehr ging es bei dieser Entscheidung nicht um Islam oder Christentum, sondern ganz grundsätzlich um die Frage, inwieweit es im Verhältnis zwischen Staat und Kirche allgemeine europäische Standards geben kann. Die Entscheidung der Großen Kammer ist zusammen mit der Entscheidung der kleinen Kammer zu lesen, die mit 7:0 Stimmen eine Konventionsverletzung angenommen hatte, da der Staat sich nicht ein Bekenntnis zu eigen machen dürfe, dies aber mit dem Kruzifix in der staatlichen Schule getan habe.<sup>52</sup> Dieser am französischen Laizismus orientierten Aussage wurde von einem der Richter der Großen Kammer, dem Malteser *Giovanni Bonello*, in seinem Sondervotum „historischer Alzheimer“ vorgeworfen.

„A court of human rights cannot allow itself to suffer from historical Alzheimer's. It has no right to disregard the cultural continuum of a nation's flow through time, nor to ignore what, over the centuries, has served to mould and define the profile of a people. No supra-national court has any business substituting its own ethical mock-ups for those qualities that history has imprinted on the national identity. On a human rights court falls the function of protecting fundamental rights, but never ignoring that „customs are not passing whims. They evolve over time, harden over history into cultural cement. They become defining, all-important badges of identity for nations, tribes, religions, individuals.“<sup>53</sup>

<sup>50</sup> *Mill*, On Liberty, 1859, 21 f.

<sup>51</sup> Lautsi und andere v. Italien Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 18.3.2011 (Nr. 30814/06).

<sup>52</sup> Lautsi v. Italien, Urteil des EGMR vom 3.11.2009 (Nr. 30814/06), Rn 54.

<sup>53</sup> Lautsi und andere v. Italien, Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 18.3.2011 (Nr. 30814/06), Rn 1.1 des Sondervotums von Richter *Bonello*.

Ein Frontalangriff gegen die Entscheidung der kleinen Kammer findet sich auch in einer Stellungnahme des amerikanisch-israelischen Professors *Joseph Weiler*, der auch die drittintervenierenden Staaten vor der Großen Kammer vertrat:

„What, for example, of a Britain, with its established Church, in which the Monarch is not only the Head of State but the Head of the Church of England, in which schoolchildren might be invited to sing the national anthem (God (oy vey) Save the Queen). Is that very constitutional structure of an Established Church not some kind of judgment that in some way at least Anglicanism is not illegitimate? Would the UK ever be able to comply with this norm? Is the Court intimating that Britain is to become a France on this issue? May Irish schools no longer teach the Irish Constitution to schoolchildren because the Constitution endorses *expressis verbis* in its Preamble the Holy Trinity? Must Denmark, like Sweden, abandon Lutheranism as the official Danish Church or hide this fact from its children?“<sup>54</sup>

Die Entscheidung der Großen Kammer ist damit als Besinnung auf die europäische Geschichte mit ihren nach vielen Religionskriegen mühsam herausverhandelten unterschiedlichen Modellen des friedlichen Zusammenlebens zwischen religiösen Mehrheiten und Minderheiten zu sehen. Zudem akzeptiert der Gerichtshof die Idee Joseph Weilers, dass auch eine weiße Wand, an der kein Kreuzifix mehr hängt, nachdem es dort über Jahrzehnte oder gar Jahrhunderte hing, ein religiöses Bekenntnis sei, wenn auch in der Form eines Nicht-Bekenntnisses. Eine wirkliche Neutralität gebe es nicht.

## V. Nationale vs. europäische Perspektive auf das Verhältnis zwischen Staat und Kirche

Mit der Entscheidung in der Rechtssache *Lautsi* bringt der Gerichtshof zum Ausdruck, dass religiöse Toleranz in Staat und Gesellschaft ein gefährdetes Gut ist. Von außen sollte man nur eingreifen, wenn es zum Schutz der Menschenrechte wirklich, wie es in der Konvention heißt, „notwendig“ ist. Denn dies ist die Aufgabe des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – ein Wächter im Hintergrund zu sein, der nur dann in den Vordergrund tritt, wenn die auf nationaler Ebene gefundene Lösung nicht den Mindeststandards europäischen Menschenrechtsschutzes entspricht. Wie dieser kleinste gemeinsame Nenner aber konkret ausssehen soll, darüber wird weiter gestritten werden.

Der Gründer der Altgläubigenbewegung in Russland, der eingangs erwähnte *Awwakum*, hätte von den in einer säkularen Welt für eine säkulare Welt normierten Menschenrechten kaum viel gehalten; er hätte sie wahrscheinlich bekämpft. Und doch wäre gerade auch jemand wie er ihrem Schutz unterfallen.

<sup>54</sup> *Weiler*, EJIL 21/1 (2010), 2.

Am 10. Januar 2017 hat der EGMR eine Entscheidung zur obligatorischen Teilnahme am Schwimmunterricht veröffentlicht,<sup>55</sup> die zeigt, dass sich der aufgrund von Toleranz geforderte Schutz der Religionsfreiheit dann nicht schützend vor religiöse Minderheiten stellt, wenn dem Integration und gesellschaftliche Partizipation entgegenstehen. In diesem Punkt liegen Bundesverfassungsgericht und EGMR auf einer Linie, auch wenn dies sonst, geht es um die Toleranz gegenüber religiösen Zeichen, nicht immer der Fall ist. Dies offenbart aber kein grundsätzlich unterschiedliches Verständnis von der Bedeutung der Religionsfreiheit, sondern aus der unterschiedlichen Perspektive einerseits eines nationalen, andererseits eines internationalen Gerichts zu erklären.

---

<sup>55</sup> Osmanoglu und Kocabaş v. Schweiz, Urteil des EGMR vom 10.1.2017 (Nr. 29086/12).