

Das Kopftuch in der Schweiz: zwischen religiöser Neutralität des Staates, Religionsfreiheit und Diskriminierungsverbot

JUDITH WYTENBACH

Religiöse Symbolik und öffentliche Diskussionen

In der Schweiz lebten im Jahr der letzten Volkszählung (2000) rund 310.800 Angehörige islamischer Gemeinschaften. Damit hat sich der Anteil der Muslime und Musliminnen an der Gesamtbevölkerung in den zehn Jahren zwischen 1990 und 2000 von 2,21 Prozent auf 4,26 Prozent fast verdoppelt. 11,7 Prozent der Muslime und Musliminnen besaßen im Jahr 2000 das Schweizer Bürgerrecht. Von den übrigen rund 88,3 Prozent stammten 56,4 Prozent aus einem Land Ex-Jugoslawiens, 20,2 Prozent aus der Türkei und 6 Prozent aus afrikanischen Ländern. Die überwältigende Mehrheit der Muslime/Musliminnen in der Schweiz stammt also aus Staaten mit gemäßigter islamischer Religionspraxis. 45,4 Prozent der Angehörigen islamischer Gemeinschaften sind Mädchen und Frauen (Bovay 2004: 11 ff). Die Gruppe der Muslime und Musliminnen in der Schweiz ist sprachlich, kulturell und in Bezug auf die Herkunft heterogen zusammengesetzt. Entsprechend sind die vielen islamischen Vereinigungen nach ihrer sprachlichen oder ethnischen Herkunft organisiert (Gianni 2005: 4 und 18).

Wie überall in Europa werden mit dem Kopftuch¹ auch in der Schweiz ganz unterschiedliche Bedeutungen assoziiert: religiöses Zeichen, kultureller Brauch, Symbol für die Unterdrückung von Frauen und Mädchen oder Merkmal der religiösen Identität. Eine eigentliche ›Kopftuchdebatte‹ ist in der Schweiz bis zum 11.09.2001 jedoch kaum intensiv geführt worden; in den

1 Im Folgenden wird unter der Bezeichnung ›Kopftuch‹ ein Stück Stoff verstanden, welches Haare und allenfalls Hals verdeckt, nicht aber das Gesicht und/oder den Rest des Körpers (wie etwa die Burka).

Jahren danach wurde der religiösen, sozialen, kulturellen und politischen Symbolhaftigkeit der Kopfbedeckung zunehmend Aufmerksamkeit zuteil. Vor allem zwei Diskussionslinien sind dabei zu erkennen: die eine betrifft das Kopftuch im Zusammenhang mit der Stellung der Frau im Islam, die andere dreht sich um Benachteiligungen, welchen Kopftuchträgerinnen in der Schweiz begegnen. Wie die »Eidgenössische Kommission gegen Rassismus« in einem Bericht² aus dem Jahr 2006 festgestellt hat, kommen Diskriminierungen gegen Musliminnen vor und nicht selten knüpfen diese am Tragen eines Kopftuchs an. Das Kopftuch wurde in jüngerer Zeit mitunter zum Stellvertreter in einer Diskussion über Extremismus, in welcher äußerliche Zeichen von Religiosität zu Symbolen für eine »unerwünschte fremde Kultur« gemacht werden.

Die rechtliche Praxis bewegt sich demgegenüber bisher auf einem vergleichsweise pragmatischen Kurs. Gerichtsentscheide sind allerdings spärlich. Auf höchstrichterlicher Ebene betreffen sie im Wesentlichen zwei Gebiete: die öffentliche Schule und die Einbürgerung.

Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Religionsfreiheit und Verbot der Diskriminierung auf Grund der religiösen Überzeugung

Je nach Kontext ist das Tragen des Kopftuchs durch unterschiedliche Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung (BV) vom 18.04.1999 geschützt. Im Vordergrund stehen die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) und das Verbot der Diskriminierung auf Grund der religiösen Überzeugung (Art. 8 Abs. 2 BV). Verfassungswidrige kantonale Gesetze und Gemeindeerlasse sowie entsprechende Rechtsanwendungsakte können vor Gericht auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundrechtskatalog der BV hin überprüft werden. Bundesgesetze, nicht aber Verordnungen, sind der grundrechtlichen Prüfung durch das Bundesgericht (BG) hingegen entzogen; Art. 190 BV statuiert eine Anwendungspflicht für Bundesgesetze.

Art. 15 BV sichert allen Menschen in der Schweiz das Recht zu, ihre Religion frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu praktizieren. Aus diesem Freiheitsrecht ergibt sich die Pflicht des Staates, die

2 »Eidgenössische Kommission gegen Rassismus, Mehrheit und muslimische Minderheit in der Schweiz. Stellungnahme der EKR zur aktuellen Entwicklung«, Bern 2006, S. 23 ff, abrufbar: www.ekr-cfr.ch/shop/00007/00032/index.html?lang=de, 12.10.2008; siehe auch den Bericht des UNO-Sonderberichterstatters gegen Rassismus »Mission to Switzerland, Report by Mr. Dou-dou Diène, »Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance««, 30.01.2007, A/HRC/4/19/Add.2.

religiöse Überzeugung der Menschen zu achten, zu schützen und – unter bestimmten Voraussetzungen – gewisse Leistungen zur Verwirklichung dieses Anspruchs zu erbringen.

Das BG verlangt für eine Berufung auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit, dass mit dem Anliegen eine umfassende Vorstellung des Menschen vom Göttlichen bzw. Transzendenten zum Ausdruck kommt.³ Die Glaubens- und Gewissensfreiheit lässt sich demnach nicht allein auf die Befolgung imperativer Glaubenssätze reduzieren, sondern – so das BG – ihr Schutz erstreckt sich auch auf

»Überzeugungen, die für eine konkrete Lebenssituation eine religiös motivierte Verhaltensweise zwar nicht zwingend fordern, die in Frage stehende Reaktion aber für das angemessene Mittel halten, um die Lebenslage nach der Glaubenshaltung zu bewältigen. Andernfalls könnte sich die Religionsfreiheit nicht voll entfalten« (BGE 119 Ia 178, 183).

Kulturell-religiöse Argumente in einem Rechtsstreit sind daher individuell definiert.⁴ Die Glaubens- und Gewissensfreiheit der BV schützt folglich nicht *den Islam* als Religionsform mit festgelegten Glaubens- und Kultuselementen, sondern Glaubensinhalte, die von den Gläubigen selbst gewählt und dem Islam zugeschrieben werden. Es stellt sich also nicht die Frage, ob der Koran das Tragen des Kopftuchs überhaupt verlangt, sondern ob Frauen und Mädchen, die aus ihrer Sicht eine solche religiöse Pflicht bejahen, aus öffentlichen Interessen an der Pflichterfüllung gehindert werden dürfen (Kälin 2000: 25). Das Tragen des Kopftuchs, ob zu Hause oder im öffentlichen Raum, fällt als Ausdruck der religiösen Überzeugung in den Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit.

Die Garantie gewährt jeder Person das Recht zu verlangen, dass der Staat nicht auf ungerechtfertigte Weise das Praktizieren der religiösen Überzeugung beschränkt und die notwendigen Schutzhandlungen erbringt.⁵ Einschränkungen der Religionsfreiheit müssen sich auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage stützen, öffentlichen Interessen dienen und verhältnismässig, d.h. zur Erreichung des verfolgten öffentlichen Interesses geeignet, erforderlich

3 Bundesgerichtsentscheid (BGE) v. 18.06.1993, BGE 119 Ia 178, 183; ähnlich BGE v. 12.11.1997, BGE 123 I 296, E. 2a.

4 BG v. 27.02.2008, Az. 1D_11/2007 und 1D_12/2007, 5.2. bzw. Erw. 3.2; siehe auch Karlen 1988: 200; Wyss 1994: 391. Das BG folgt diesem Grundsatz allerdings nicht immer konsequent, so im BGE v. 12.11.1997, BGE 123 I 296, E. 2.a oder BGE v. 27.05.1993, BGE 119 IV 260.

5 BGE v. 14.02.1992, BGE 118 Ia 46, E. 3b.

und den Betroffenen zumutbar sein. Der Kerngehalt, insbesondere das innere Bekenntnis (>forum internum<), darf gar nicht eingeschränkt werden.⁶

Art. 8 Abs. 2 BV verbietet Diskriminierungen auf Grund der Religion. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn eine Frau auf Grund ihrer religiösen Überzeugung, die sich im Tragen des Kopftuchs manifestieren kann, herabgewürdigt bzw. benachteiligt wird, wobei es unerheblich ist, ob der Staat die Frau mit der Anordnung oder einem Gesetz absichtlich oder unabsichtlich trifft. Die Diskriminierung kann direkt (z.B. keine Anstellung von muslimischen Frauen in der Gemeindesozialarbeit) oder indirekt (z.B. ein generelles Kopfbedeckungsverbot in einer Staatsstelle, welches muslimische Frauen übermäßig treffen würde) sein. Keine Diskriminierung liegt vor, wenn entsprechende Gesetze oder Einzelakte durch qualifizierte, sachliche und objektive Gründe gerechtfertigt werden können (Kiener/Kälin 2007: 362 f⁷).

Sowohl die Glaubens- und Gewissensfreiheit, als auch das Diskriminierungsverbot besitzen nicht nur eine Abwehrfunktion, sondern müssen in der gesamten Rechtsordnung zum Tragen kommen.⁸ Das Gesetzes- und Verordnungsrecht ist entsprechend grundrechtskonform auszulegen und die Geltung unter Privaten wird über die Schutzpflicht des Staates realisiert. Er muss der Grundrechtsverwirklichung in jenen Privatrechtsverhältnissen besondere Aufmerksamkeit schenken, welchen ein Machtungleichgewicht inhärent ist (wie dem Arbeitsrecht).

Das Zivil- und Strafrecht enthält einzelne Normen zum Schutz vor ethnisch-kulturellen Übergriffen. Herabsetzende Äußerungen zwischen Privaten, die an Rasse, Religion oder Ethnie anknüpfen, können eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 des Zivilgesetzbuchs (ZGB) darstellen oder unter den Straftatbestand der Beschimpfung nach Art. 177 des Strafgesetzbuchs (StGB) sowie bei Vorliegen der entsprechenden Qualifizierung unter den 1994 neu ins StGB aufgenommenen Straftatbestand der Rassen-diskriminierung fallen (Art. 261bis StGB).⁹ Die Schweiz verfügt über das

6 BGE v. 12.11.1997, BGE 123 I 296, E. 2.cc; siehe auch Müller 1999: 87 f; Schefer 2001: 456 f.

7 Regina Kiener und Walther Kälin verlangen überdies auch beim Diskriminierungsverbot eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie bei den Freiheitsrechten üblich ist; das BG hat sich dazu bisher nicht geäußert.

8 Art. 35 BV: »(1) Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. (2) Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. (3) Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden«.

9 Art. 261 bis StGB: »Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft; wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind; wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, för-

›Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann‹ (1995) sowie das ›Gesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen‹ (2002); beide Gesetze sollen Diskriminierungen punktuell auch dann verhindern bzw. beenden, wenn sie von Privaten ausgehen. Ein allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, welches Maßnahmen zur Beseitigung von Diskriminierungen auch auf Grund der Rasse, der Religion oder der sexuellen Orientierung umschreiben, entsprechende Lücken im Privatrecht schließen und die positiven Pflichten des Staates in diesem Bereich festlegen würde, gibt es bisher nicht.¹⁰

Religiöse bzw. konfessionelle Neutralität des Staates

Aus Art. 15 BV wird der Grundsatz der religiösen Neutralität des Staates abgeleitet, welcher individuell gerichtlich durchgesetzt werden kann.¹¹ Dies bedeutet, dass der Staat in seiner Rechtsordnung neutral auftritt. Das Neutralitätserfordernis ist aber nicht absolut. Das BG hat dazu präzisiert,¹² dass der Sinn der Neutralität nicht darin bestehe,

›in der Staatstätigkeit jedes religiöse oder metaphysische Moment auszuschliessen; eine antireligiöse Haltung, wie ein kämpferischer, sogar irreligiöser Laizismus, ist ebenso wenig neutral. Die Neutralität bezweckt, dass alle in einer pluralistischen Gesellschaft bestehenden Überzeugungen unparteiisch berücksichtigt werden. [...] Schliesslich besteht der Laizismus des Staates in einer Neutralitätspflicht, die ihm auferlegt, sich bei den öffentlichen Handlungen jeder konfessionellen oder religiösen Erwägung zu enthalten, welche die Freiheit der Rechtsunterworfenen in einer pluralistischen Gesellschaft gefährden könnte [...]. In diesem Sinne bezweckt sie, die

dert oder daran teilnimmt, wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht; wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft«; siehe dazu auch Niggli 2007: 400 ff.

10 Nationalrat Paul Rechsteiner hat am 23.03.2007 eine parlamentarische Initiative zur Schaffung eines solchen Gesetzes eingereicht; siehe Parlamentarische Initiative Nr. 07.422.

11 So ausdrücklich BGE v. 14.02.1992, BGE 118 Ia 46, 53; BGE v. 26.09.1990, BGE 116 Ia 252, 257; BGE v. 13.11.1987, BGE 113 Ia 304, 307.

12 BGE v. 12.11.1997, BGE 123 I 296; deutsche Übersetzung in: Praxis des Bundesgerichts 4 (1998), 307 ff; zur Neutralität siehe auch BGE v. 21.06.1999, BGE 125 I 347 ff.

Religionsfreiheit der Einzelnen zu schützen, aber auch den konfessionellen Frieden im Geiste der Toleranz aufrecht zu erhalten« (BGE 123 I 296).¹³

Kopftuchtragen ohne religiösen Hintergrund

Ohne religiöse Konnotation kann das Kopftuchtragen Ausdruck der persönlichen Freiheit in Art. 10 Abs. 2 (Wahl der Kleidung und der äußeren Erscheinung; siehe dazu Aubert 1998: 482; Gloor 2006: 3) bzw. des Rechts auf Schutz der Privatsphäre in Art. 13 BV sein (z.B. das Tragen des Kopftuchs nach Haarausfall in der Folge medizinischer Behandlung). Das Recht auf Schutz der Privatsphäre umfasst nach der bundesgerichtlichen Praxis¹⁴ unter anderem den Anspruch, dass Menschen ihr privates Leben nach eigenem Gutdünken gestalten dürfen und ihre Intimsphäre geschützt bleibt. Der Schutz beschränkt sich dabei nicht strikt auf die Privatsphäre, sondern wirkt in den öffentlichen Raum hinein (Kiener/Kälin 2007: 147 f).

Internationale Garantien

Der verfassungsrechtliche Schutz wird ergänzt durch die von der Schweiz ratifizierten regionalen und internationalen Menschenrechtsabkommen, die im monistischen System unmittelbar Geltung erlangen. Die Garantien können direkt vor Gericht angerufen werden, sofern sie justiziabel sind. Dies ist insbesondere bei allen Garantien der Fall, welche die religiöse Überzeugung garantieren und schützen, wie Art. 9 der »Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten« (EMRK)¹⁵, Art. 18 UNO-Pakt II¹⁶ und Art. 14 des »Übereinkommens über die Rechte des Kindes« (KRK)¹⁷. Art. 30 KRK sichert überdies ethnischen und religiösen Minderheiten das Recht zu, ihre kulturellen und religiösen Gebräuche praktizieren zu dürfen. Ebenfalls vor schweizerischen Gerichten direkt anrufbar sind akzessorische Normen,¹⁸ welche Diskriminierungen auf Grund der religiösen Überzeugung verbieten,

13 Die Schweizer Rechtschreibung kennt kein »ß«, sondern löst es stets zum »ss« auf. Schweizer Originalzitate in diesem Text entsprechen demnach dieser Schreibweise.

14 BGE v. 23.02.1977, BGE 103 Ia 293 E. 4a.

15 »Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten« v. 04.11.1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28.11.1974 (geändert durch das Protokoll Nr. 11 v. 11. Mai 1994).

16 »Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte« v. 16.12.1966, UNO-Pakt II, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.09.1992.

17 »Übereinkommen über die Rechte des Kindes« v. 20.11.1989, KRK, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.03.1997.

18 Akzessorische Diskriminierungsverbote können nur im Zusammenhang mit der Anwendung der anderen Garantien des jeweiligen Übereinkommens angerufen werden.

namentlich Art. 14 EMRK, Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 des UNO-Paktes II sowie Art. 2 KRK. Die Schweiz hat das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 04.11.2000, welches ein selbständiges Diskriminierungsverbot enthält, bisher nicht ratifiziert. Die Schweiz hat überdies zum oben erwähnten selbständigen Art. 26 des UNO-Paktes II einen Vorbehalt angebracht, welcher die Geltung des Diskriminierungsverbots auf die Anwendung der Paktgarantien beschränkt.¹⁹ Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I²⁰, welcher Diskriminierungen auf Grund der Religion im Bereich der Sozialrechte untersagt, ist nach herrschender Lehre direkt anwendbar (allgemein zur Justiziabilität der Sozialrechte siehe Kälin/Künzli: 302 f), das BG hat allerdings die direkte Anwendbarkeit der Sozialpaktrechte bisher verneint.²¹

Gleichstellungsrechtlicher Verfassungsauftrag des Staates

Art. 8 Abs. 2 BV verbietet Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts. Er wird ergänzt durch Art. 8 Abs. 3 BV (und durch die von der Schweiz ratifizierte Frauenrechtskonvention²²), welcher den Staat dazu verpflichtet, gesetzlich für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der Frau zu sorgen, namentlich in den Bereichen Familie, Ausbildung und Arbeit. Welche zivil-, straf- und öffentlichrechtlichen Regulierungen zum Schutz vor Geschlechterdiskriminierung und zur Verwirklichung der Gleichstellung zulässig sind, beurteilt sich auch nach Maßgabe der anderen, ebenfalls zu gewichtenden Grundrechte. Wichtig in diesem Zusammenhang sind insbesondere das Recht auf Privat- und Familienleben sowie die Glaubens- und Gewissensfreiheit.

Politikerinnen bzw. Politiker, die Kopftuchverbote im außerschulischen Staatsdienst oder (sogar) in der Öffentlichkeit wünschen, berufen sich unter anderem auf gleichstellungsrechtliche Argumente.²³ Nun befinden sich aber (repressive) staatliche Kleidertrageverbote verfassungsrechtlich auf einer ganz anderen Ebene als etwa (pro-aktive) gleichstellungspolitische Maßnahmen in sozialer, wirtschaftlicher oder bildungspolitischer Hinsicht. Letztere sind

19 Siehe »Systematische Sammlung des Bundesrechts und des internationalen Rechts«, Amtliches Zeichen SR 0.103.2; Botschaft des Bundesrates v. 30.01.1991, BBl/FF 1991 I 1189/1129/925.

20 »Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte« v. 16.12.1966, UNO-Pakt I, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.09.1992.

21 Siehe u.a. BGE v. 20.07.1995, BGE 121 V 246, 250; BGE v. 20.11.1995, BGE 121 V 229, 232.

22 »Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau« v. 18.12.1979, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.04.1997.

23 Rechtsbürgerliche Kritiker/innen von sichtbaren religiösen Zeichen der muslimischen Glaubensminderheit berufen sich gerne und oft auf die verletzten Rechte der Frauen. Interessanterweise handelt es sich bei vielen von ihnen exakt um jene konservativen Kreise, die sich vehement gegen die Verwirklichung des neuen Ehe- und Scheidungsrechts und das Gleichstellungsgesetz zur Wehr setzten.

unter dem Blickwinkel des Gleichstellungsauftrags geboten und zulässig. Verbote müssen sich hingegen speziell rechtfertigen lassen. Möchte eine erwachsene Frau aus freien Stücken in der Öffentlichkeit oder im Staatsdienst das Kopftuch tragen, so macht sie von ihrer individuellen Glaubens- und Gewissensfreiheit Gebrauch. Kopftuchverbote müssten also den Vorgaben für Grundrechtseinschränkungen genügen. Bereits das Eingriffsinteresse würde hier Probleme bereiten: Es müsste dargelegt werden können, dass ein von der Frau frei gewähltes Kopftuch tatsächlich den Gleichstellungsrechten zuwiderläuft. Es würden zudem sofort Fragen der Diskriminierung gegenüber anderen Religionen aufgeworfen, man denke z.B. an die Pertücken von verheirateten, streng gläubigen jüdischen Frauen. In seinen zwei neuesten Entscheiden zu diskriminierenden Nichteinbürgerungen hat das BG denn auch festgehalten, dass das Kopftuch alleine noch keine gleichstellungswidrige Grundhaltung zum Ausdruck bringe.²⁴ Auch unter dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit müssten solche Maßnahmen scheitern: Zum Schutz von Gleichstellungsrechten, die die Frauen selber gar nicht als verletzt ansehen, würde der Staat in das Individualrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit eingreifen. Eine Güterabwägung in einer solchen Konstellation müsste – jedenfalls was das Kopftuch anbelangt – zu Gunsten der Individualrechtsausübung der Frauen ausfallen. Ein allgemeines Verbot des islamischen Kopftuchs in der Öffentlichkeit oder im Staatsdienst würde nicht nur am fehlenden öffentlichen Eingriffsinteresse, sondern auch an der Verhältnismäßigkeit scheitern. Weniger eindeutig ist die Situation, wenn weitere öffentliche Interessen geltend gemacht werden können und z.B. die religiöse Neutralität der öffentlichen Schule betroffen ist (siehe unten).

Dies entbindet den Staat selbstverständlich nicht von seiner Aufgabe, Frauen und Mädchen vor anderen religiösen Praktiken zu schützen, die z.B. die physische Integrität verletzen, grausam oder erniedrigend sind. Die Güterabwägung wird in solchen Fällen zu einem anderen Resultat führen. Der Staat hat im Übrigen dafür zu sorgen, dass sich Frauen zivil- und strafrechtlich gegen religiös oder anders motivierte Nötigung und Zwangsanwendung seitens ihrer Ehemänner und Familien zur Wehr setzen können (was Mädchen anbelangt, siehe unten).

Das Kopftuch in der öffentlichen Schule

Im Bereich der öffentlichen Schule unterscheidet die bisherige Gerichtspraxis zwischen den Anliegen von Lehrerinnen als Repräsentantinnen des Staates einerseits, und den Schülerinnen andererseits.

24 BG v. 27.02.2008, Az. 1D_11/2007 und 1D_12/2007; im Einzelnen zu diesen Entscheiden und den relevanten Zitaten siehe unten.

Religiöse Neutralität der öffentlichen Schule

Anliegen von Lehrerinnen, ein Kopftuch zu tragen, werden vom BG gegenüber dem Grundsatz der ›religiösen Neutralität‹ der öffentlichen Schule abgewogen. Das Gericht schreibt der religiösen Neutralität der Staatsschulen auf Grund der allgemeinen Schulpflicht besonderes Gewicht zu.²⁵ Sie diene dazu, die religiösen Überzeugungen der Schülerinnen und Schüler bzw. deren Eltern in einer pluralistischen Gesellschaft zu achten:

»Er [der Staat; Anmerkung der Verfasserin] muss vermeiden, sich mit einer Mehrheits- oder Minderheitsreligion zu identifizieren und so die Überzeugungen der Bürger anderer Bekenntnisse zu beurteilen. Es ist deshalb begreiflich, dass jemand, der die öffentliche Schule besucht, in der Zurschaustellung eines solchen Symbols (Kruzifix an den Schulwänden) den Willen sieht, die Auffassungen der christlichen Religion im Unterrichtsstoff zu verwenden« (BGE 161 Ia 252).

In der Schweiz sind sowohl das Schulbildungswesen als auch die Ordnung des Verhältnisses zwischen Religionsgemeinschaften und dem Staat Angelegenheiten des kantonalen Rechts. Viele Kantone haben Religionsgemeinschaften öffentlich-rechtlich anerkannt (z.B. Bern, Zürich, Solothurn),²⁶ andere praktizieren eine strikte Trennung von Kirche und Staat (z.B. Genf). Diese in den kantonalen Verfassungen verankerte Grundentscheidung beeinflusst auch die Frage, wie weit das Prinzip der ›religiösen Neutralität der Schule‹ reicht.

Kopftuch tragende Lehrerinnen

Das äußere Erscheinungsbild der Lehrerinnen und Lehrer kann nach Ansicht des BG die Neutralität der Schule gefährden, wenn ›starke religiöse Symbole‹ damit verbunden sind. Die Genfer Behörden untersagten 1996 – gestützt auf

25 BGE v. 26.09.1990, BGE 161 Ia 252; deutsche Übersetzung in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 18 (1991), 95.

26 Anerkannt sind in der Regel die großen christlichen Konfessionen (die römisch-katholische und evangelisch-reformierte Kirche sind teilweise sogar als ›Landeskirche‹ anerkannt, beispielsweise in den Kantonen Aargau und Baselland), in einigen Kantonen auch die israelitischen Gemeinschaften (z.B. in Basel-Stadt oder St. Gallen) oder die christkatholische Kirche (z.B. Aargau, Zürich). Mit der öffentlich-rechtlichen Anerkennung gehen verschiedene Privilegien einher, die von Kanton zu Kanton verschieden sind (Kirchensteuerhoheit, Berechtigung zur Spital- und Gefängnisheilsorge, Religionsunterricht an öffentlichen Schulen etc.). Kein Kanton hat bisher islamische Glaubensgemeinschaften öffentlich-rechtlich anerkannt, obwohl die muslimischen Bewohnerinnen und Bewohner inzwischen die drittgrößte Religionsgemeinschaft in der Schweiz bilden.

den Grundsatz der konfessionellen Neutralität der BV sowie der streng laizistischen Ausrichtung der Genfer Kantonsverfassung – einer muslimischen Lehrerin an einer öffentlichen Schule während des Unterrichts ein Kopftuch zu tragen. Zu Konflikten mit Schülern bzw. Schülerinnen oder zu konkreten Beanstandungen von Eltern war es im Vorfeld des Verbots aber nicht gekommen. Gegen diesen Entscheid wehrte sich die Lehrerin erfolglos mit einer staatsrechtlichen Beschwerde vor dem BG. Das oberste Schweizer Gericht stützte in einem viel diskutierten Entscheid²⁷ die Auffassungen des Genfer Staatsrats und verneinte einen unzulässigen Eingriff in die Religionsfreiheit.²⁸ Es hielt fest, es bestehe kein Zweifel, dass die Beschwerdeführerin mit dem Tragen des Kopftuchs die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion zum Ausdruck bringe und den Willen bekunde, sich gemäß deren Vorschriften zu verhalten. Das Kopftuch stelle ein starkes religiöses Symbol dar (›un symbole religieux fort«), weil es für Dritte unmittelbar sichtbar auf die Religionszugehörigkeit der Trägerin hinweise. Das Anliegen der Beschwerdeführerin müsse gegenüber dem öffentlichen Interesse an der religiösen Neutralität bzw. den Interessen von Schülern und Schülerinnen sowie deren Eltern abgewogen werden. Die Religionsfreiheit entbinde nicht automatisch von den Amtspflichten; Lehrerinnen und Lehrer müssten sich verhältnismäßige Beschränkungen gefallen lassen. Der Grundsatz der ›Neutralität‹ besitze im Schulbereich auf Grund der allgemeinen Schulpflicht besondere Bedeutung: Es sei dem Staat verfassungsrechtlich verboten, konfessionell orientierten oder im Gegenteil religionsfeindlichen Unterricht zu erteilen und für oder gegen eine bestimmte Religion in der Schule Stellung zu nehmen. Der Staat habe die Aufgabe, das religiöse Erziehungsrecht der Eltern zu schützen. Zwar sei ein in jeder Hinsicht absolut neutraler Unterricht konkret schwer vorstellbar und die Lehrerinnen bzw. Lehrer müssten ihre Überzeugung nicht verleugnen. Es sei jedoch Zurückhaltung geboten, insbesondere bei sehr jungen Schülern und Schülerinnen auf der obligatorischen Stufe (Primarschulstufe und Sekundarschulstufe I). Bei einem starken religiösen Symbol wie dem Kopftuch, einer Soutane oder Ähnlichem sei eine solche Selbstdarstellung der Lehrerin mit dem in der Genfer Verfassung verankerten Grundsatz der Nicht-Identifikation des Staates mit einer Religion nicht vereinbar, da das Verhalten der Beamtin dem Staat zugerechnet werde. Eine Beschwerde der Lehrerin an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) blieb ebenfalls erfolglos. Der Gerichtshof führte aus, dass das Kopftuchtragen einer Lehrerin nur schwer mit

27 BGE v. 12.11.1997, BGE 123 I 296; deutsche Übersetzung in: Die Praxis 85 (1996), 195.

28 Damals noch Art. 49 Abs. 1 der alten BV von 1874.

ihrer Pflicht zu vereinbaren sei, die Schülerinnen und Schüler zu Toleranz, gegenseitigem Respekt und Gleichberechtigung zu erziehen.²⁹

Auch wenn das Urteil des BG von seinen Zielsetzungen her – Achtung der religiösen Neutralität der Schule und Schutz der religiösen Gefühle von Schülern und Schülerinnen – richtig ist, enthält es doch verschiedene Inkohärenzen und Unklarheiten. Zunächst darf die Frage gestellt werden, ob es sich beim Kopftuch tatsächlich um ein »starkes religiöses Symbol« handelt, wie z.B. bei der Bibel, dem Koran, einem Kreuz oder einer Priestersoutane, oder nicht vielmehr um ein Kleidungsstück zur Erfüllung einer religiös motivierten Sittenpflicht (ähnlich die Kritik von Hangartner 1998: 602). Das Gericht bejaht die starke Symbolhaftigkeit, ohne sich näher mit dieser Frage auseinanderzusetzen oder die Frage zu klären, wie *starke* von *schwachen* religiösen Zeichen abzugrenzen sind. Die Beantwortung dieser Frage rührt an das Problem der rechtsgleichen Umsetzung der höchstrichterlichen Aussagen. Gehört ein sichtbar um den Hals getragenes größeres Holz- oder Metallkreuz dazu? Oder ein großer Bart bei einem muslimischen Lehrer? Die Perücke einer jüdischen Frau? Wie ist es mit den auffälligen, weil sehr altmodischen Frisur- und Kleidervorschriften für weibliche Angehörige gewisser evangelikaler Freikirchen? Weiter muss dazu bemerkt werden, dass Angehörige einzelner Glaubensrichtungen auffälligere Kleidermerkmale verwenden als Gläubige anderer Religionen, was aber nicht zwingend bedeuten muss, dass Lehrpersonen dieser Glaubensrichtungen (wie z.B. Juden mit der Kippa, Sikhs mit dem Turban oder Musliminnen mit Kopftuch) mehr religiöse Überzeugungen in den Unterricht einfließen lassen als z.B. neutral gekleidete, streng gläubige Christen oder Christinnen. Wichtig scheint, dass Lehrerinnen und Lehrer Zurückhaltung im Unterricht zeigen, die Religionszugehörigkeit der Schülerinnen und Schüler in einem Klima von Toleranz respektieren und über Fragen offen diskutiert wird (so auch Richli 1998: 232, welcher dem Gericht vorwirft, es wolle eine religiös »keimfreie« Atmosphäre suggerieren; ähnlich Tappenbeck/de Mortanges 2007: 1419; Auer 2002: 215).

Schließlich steht auch die Aussage, das Kopftuch könnte die religiösen Empfindungen von Schülern bzw. Schülerinnen und deren Eltern beeinträchtigen, auf einem eher dünnen Fundament. Zu Recht weisen Astrid Epiney, Robert Mosters und Dominique Gross darauf hin, dass sich der Aussagegehalt des Tragens eines Kopftuchs im Ergebnis darauf beschränke, »die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion zu bekunden; irgendwelche Aussagen

29 EGMR v. 15.02.2001, Az. 42393/98 (Dahlab v. Switzerland): »It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic Headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils«.

zum ›Wert‹ der einen oder anderen Religion oder Weltanschauung sind allein mit dem Tragen des Kopftuches nicht verbunden« (Epiney et al. 2002: 140 f).

Das Gericht ließ in seine Güterabwägung auch ein gleichstellungsrechtliches Element einfließen:

»Ausserdem muss festgestellt werden, dass das Tragen des Kopftuchs mit dem Prinzip der Gleichberechtigung der Geschlechter kaum vereinbar ist [...]. Nun handelt es sich dabei um einen Grundwert unserer Gesellschaft, der in einer ausdrücklichen Verfassungsbestimmung [...] festgelegt ist und dem die Schule Rechnung tragen muss« (BGE 123 I 296).

Allerdings gehen die höchsten Richter nicht näher darauf ein, wie diese ›Gleichberechtigung‹ gegenüber anderen Verfassungsgrundsätzen, namentlich der Religionsfreiheit der Beschwerdeführerin, zu gewichten sei (kritisch dazu auch Epiney et al. 2002: 145). Das Gericht schreibt dem Kopftuch somit nicht nur eine geschlechtsspezifische Bedeutung zu – wie das auch bei Kippa und Turban der Fall wäre – sondern assoziiert mit ihm ohne weitere Begründung ein Zeichen der Unterordnung der Frau. Das Gleichstellungsargument im Zusammenhang mit der Vorbildfunktion der Lehrerin mag noch nachvollziehbar sein. Nicht aber der Schutz der Gleichstellungsrechte der Beschwerdeführerin selbst: Selbst wenn man mit dem BG von einem Symbol der ›Ungleichstellung‹ ausgehen würde, könnte dieses Argument wohl kaum gewissermaßen zum ›Schutz‹ der mündigen, erwachsenen Beschwerdeführerin gegenüber ihrem eigenen Grundrechtsanliegen überwiegen (ähnlich Epiney et al. 2002: 145; Aubert 1998: 485). Kommentatoren und Kommentatorinnen haben zudem kritisiert, dass der Staat zwar Chancenungleichheiten und Diskriminierungen zu bekämpfen, sich aber in Privatangelegenheiten möglichst zurückhalten habe (Hangartner 1998: 604; ähnlich Auer 2002: 215 f; bezüglich Deutschland siehe auch Berghahn, Mahrenholz, Sacksofsky und Wiese in diesem Band).

Das BG hat diese kurze Aussage zu ›Kopftuch‹ und ›Gleichstellung‹ inzwischen in seinen beiden Urteilen zu negativen Einbürgerungsentscheiden stark relativiert und differenziert (siehe unten).

Schülerinnen

Die explizite Schutzpflicht aus Art. 11 Abs. 1 BV³⁰ und der allgemeine schulische Bildungsauftrag berechtigen den Staat, zur Förderung gleichstellungspolitischer Verfassungsziele einzelne religiöse Praktiken in der Schule zu un-

30 Art. 11 BV: »(1) Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. (2) Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus«.

terbinden. Die Schulen dürfen – eine korrekte formellgesetzliche Grundlage auf kantonaler Ebene vorausgesetzt – gewisse Kleidervorschriften erlassen (Aubert 1998: 482). Bei religiös motivierter Kleidung, die die Schülerinnen und den Schulbetrieb nicht behindern, ist jedoch aus verfassungsrechtlichen Gründen Zurückhaltung geboten. Auch in diesem Bereich dürfte es zunächst nicht einfach sein, das Kopftuch auf die symbolische Aussage zu reduzieren, dass es Mädchen diskriminiere und den Gleichstellungszielen zuwiderlaufe. Zudem müsste wiederum dargelegt werden, inwiefern ein solcher Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit von Eltern und Kind unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt werden könnte.

Das muslimische Kopftuch wird an schweizerischen Schulen bisher ebenso toleriert wie die Kippa der Juden. Nach geltender Praxis in den Kantonen sind religiöse Kleidung und das Tragen religiöser Symbole erlaubt. Richtlinien der ›Eidgenössischen Erziehungsdirektorenkonferenz‹ für die ganze Schweiz über den Umgang mit religiöser Kleidung an den Schulen gibt es zurzeit nicht. Die Bekleidung muss jedoch dem schulischen Umfeld angemessen sein, d.h. sie darf weder die Kommunikation noch die Arbeitsformen behindern oder eine Gefahrenquelle darstellen.³¹ Verschiedentlich wurden in jüngerer Zeit Stimmen laut, die nach einem Kopftuchverbot für Schülerinnen rufen.³² Der Stadtrat von Zürich beantwortete zwei parlamentarische Eingaben von Vertretern und Vertreterinnen der Schweizerischen Volkspartei dahingehend, dass das Tragen von Kopftüchern an den Schulen bisher keinerlei Konflikte verursacht habe und also kein Handlungsbedarf für ein Kopftuchverbot bestehe: »Ein Kopftuchverbot würde im Gegenteil Probleme schaffen, wo heute keine sind« (Interpellationen GR Nr. 2004/11; Beantwortung am 30.06.2004, ad. Frage 4).

Zwischen den Einschränkungen, die Lehrerinnen zu erdulden haben und den Anforderungen an Schülerinnen besteht nach Ansicht des BG ein bedeutender grundrechtsdogmatischer Unterschied.³³ Das Gericht hatte sich zwar noch nie mit einem kantonalen Kopftuchverbot für Schülerinnen zu befassen, doch machte es 1993 im ›Schwimmunterrichtsentscheid‹³⁴ und in früheren Urteilen zu Dispensationen an religiösen Feier- und Ruhetagen verschiedene

31 Siehe z.B. Leitfaden des Kantons Bern, 2007, abrufbar: <http://www.erz.be.ch/site/fb-interkultur-religioese-symbole>, 30.07.2008; Richtlinien des Kantons Solothurn, 2008, abrufbar: http://www.so.ch/fileadmin/internet/dbk/estba/pdf/dbk_aktuell_1/1-08stab.pdf, 12.10.2008; Handreichung Kanton Basel-Stadt, Umgang mit religiösen Fragen an der Schule, 2007, abrufbar: http://www.edubs.ch/die_schulen/schulen_bs/interkulturelle_paedagogik/handreicherung.pdf, 30.07.2008.

32 Der sozialdemokratische Bürgermeister der Stadt Neuenburg z.B. hat vorgeschlagen, dass Schülerinnen kein Kopftuch mehr tragen dürfen; siehe *Le Temps* v. 27.03.2004.

33 BGE v. 12.11.1997, BGE 126 I 296, E. 4aa.

34 BGE v. 18.06.1993, BGE 119 Ia 178, 195, E. 8.d.

Feststellungen, die in diesem Zusammenhang von Interesse sind: Es hielt fest, dass die staatliche Schule auf besonders wichtige Erziehungsanliegen und Wertvorstellungen der Eltern Rücksicht nehmen müsse, sofern dies mit einem geordneten Schulbetrieb vereinbar sei. Die Schule erbringe ihre Leistungen im Interesse der Schülerinnen und Schüler und die damit verfolgten Ziele bildeten Faktoren des Kindeswohls. Deshalb dürfe der Schulbesuch auch gegen den Willen der Eltern durchgesetzt werden. Soweit allerdings religiöse Erziehungsrechte betroffen seien, habe sich der Staat zurückzuhalten, dürfe jedoch andererseits auch andere Verfassungsziele wie z.B. die ›Geschlechtergleichstellung‹ und das ›Recht auf Bildung der Kinder‹ nicht außer Acht lassen. Eine Grenze elterlicher Erziehungsvorstellungen sei dann erreicht, wenn die Gesundheit des Kindes gefährdet sei oder

»wenn es in seiner Ausbildung in einem Masse eingeschränkt würde, dass die Chancengleichheit – einschliesslich derjenigen zwischen den Geschlechtern – nicht mehr gewahrt wäre, beziehungsweise wenn es Lehrinhalte nicht vermittelt erhielte, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten« (BGE 119 Ia 178, 195, E. 8.d.).

Das BG setzte sich im ›Schwimmunterrichtsentscheid‹ mit Fragen der Integration von Minderheitsreligionen auseinander: Es hielt fest, dass Angehörige anderer Länder und Kulturen sich an die hiesige Rechtsordnung zu halten hätten wie die schweizerische Bevölkerung. Darüber hinaus bestehe aber keine Rechtspflicht dahingehend, dass Gebräuche und Lebensweisen angepasst werden müssten. Aus dem Integrationsprinzip lasse sich namentlich keine Rechtsregel ableiten, wonach sich Menschen in ihren religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen unverhältnismässige Einschränkungen auferlegen müssten. Verhältnismässige Beschränkungen der Religionsfreiheit müssen jedoch von den Eltern und den Schülerinnen bzw. Schülern in Kauf genommen werden. In einem ganz neuen Bundesgerichtsentscheid zur Frage, ob zwei muslimische Knaben vom Schwimmunterricht dispensiert werden müssten, um ihnen den Anblick von Mädchen in Badeanzügen zu ›ersparen‹, räumte das BG der Integrationsfunktion der öffentlichen Schule einen hohen Stellenwert ein. Es führte aus, dass die Anpassung an allgemeine Regeln im Schulbereich auch die Funktion habe, Mädchen und Knaben sozial einzubinden und sie mit den Werten der Schweiz vertraut zu machen. Von Ausländerinnen und Ausländern dürfe erwartet werden, dass sie die hiesigen sozialen und gesellschaftlichen Gegebenheiten akzeptierten und bereit seien, gewisse Einschränkungen und Änderungen ihrer Lebensgewohnheiten in Kauf zu nehmen (BGE v. 14.10.2008, BGE 2C 149/2008, E.7.2.).

An der öffentlichen Schule werden Mädchen und Knaben zu kritischem Denken angeregt und setzen sich mit den Grundwerten des modernen Verfassungsstaats auseinander. Dazu gehört auch die Beschäftigung mit unter-

schiedlichen sozialen und kulturellen Welten, was Fragen der Gleichstellung der Geschlechter miteinschließt. Können Schülerinnen und Schüler – also auch Angehörige von Minderheitsreligionen – die öffentliche Schule besuchen, ohne in übermäßige Konflikte mit der Religion ihres Elternhauses zu geraten, so dient dies eher der Integration als die Schaffung einer Parallelwelt religiös geprägter Privatschulen, welche in der Schweiz mit gewissen Auflagen zulässig sind. Jedes religiös motivierte Grundrechtsanliegen bedarf einer spezifischen Güterabwägung; zweifellos berührt das Kopftuchtragen die Bildungsrechte von Mädchen weit weniger intensiv als etwa geschlechtsspezifisch motivierte Dispensationen für Mädchen von einzelnen Fächern (wie Sexualkunde, Schwimmen). Unter diesen Umständen ist es wenig wahrscheinlich, dass ein *generelles* kantonales Kopftuch- oder Kippa-Trageverbot für Schülerinnen bzw. Schüler an öffentlichen Schulen höchstrichterlicher Prüfung standhalten würde. Dies gilt jedenfalls so lange, wie das äußerliche Manifestieren von Religion weder konkret den Unterricht behindert, noch die Bildungsrechte der betroffenen Schülerinnen beeinträchtigt oder zu einer toleranzfeindlichen religiösen Polarisierung innerhalb der Schule führt (so auch Epiney et al. 2002: 137 und 146; Aubert 1998: 486). Werden Jugendliche gegen ihren Willen von den Eltern dazu gezwungen, in der Schule ein Kopftuch zu tragen, kann die Schule eine Vermittlerrolle einnehmen.³⁵

Wesentlich stärker wäre die Belastung für den Schulbetrieb und insbesondere für die betroffenen Mädchen im Fall von Burka oder Tschador. Als Ganzkörperverhüllung würden sie Bewegungsfreiheit und Kommunikation einschränken und die Beteiligung der Mädchen am Unterricht und den Kontakt mit anderen Kindern in einem Maße herabsetzen, welches mit der Würde der Mädchen, dem Kindeswohl und der Chancengleichheit nicht mehr vereinbar wäre (Aubert 1998: 485).³⁶

Erziehungsrecht der Eltern

Eltern, die aus religiösen Gründen von ihren Töchtern das Tragen des Kopftuchs verlangen, können sich auf die Verfassung berufen. Die BV kennt zwar keine ausdrückliche Garantie des Eltern- und Erziehungsrechts, es wird jedoch dem Schutzbereich des Rechts auf Privat- und Familienleben zugeschrieben. Religiös motivierte Erziehungshandlungen sind überdies durch die Religionsfreiheit geschützt. Die alte BV von 1874 verankerte das religiöse Erziehungsrecht der Eltern bis zum 16. Altersjahr der Kinder sogar ausdrücklich im Text.

35 Siehe die Stellungnahme des Stadtrats von Zürich, a.a.O., ad. Frage 3.

36 Siehe hierzu auch den Leitfaden des Kantons Bern, a.a.O.

Auf zivilrechtlicher Ebene ist das Pflichtrecht der Eltern für die Erziehung ihrer Kinder zu sorgen in Art. 301 Abs. 1 ZGB festgehalten: »Die Eltern leiten im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen«. Damit wird die vorrangige Entscheidungskompetenz der Eltern gegenüber dem Kind, Dritten und dem Staat verdeutlicht. Art. 302 ZGB verpflichtet die Eltern, die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung ihres Kindes zu fördern und zu schützen. Diese Pflicht beschränkt die Ausübung des Erziehungsrechts (Hegnauer 1999: 197 f). Darüber hinaus überlässt es das ZGB in Art. 303 den Eltern im Rahmen der Rechtsordnung Erziehungsmethoden und Erziehungsziele selbst zu bestimmen. Sie vermitteln ihre sittlich-moralischen Auffassungen, Gebräuche und ihre Religion an die Kinder (dazu Meier/Stettler 2006: 263). Im Autonomiebereich der elterlichen Erziehung müssen die verschiedensten kulturellen, religiösen, pädagogischen und sozialen Auffassungen Platz haben, sofern sie mit dem körperlichen und psychischen Wohl des Kindes vereinbar sind (Hegnauer 1999: 180 ff; Wytenbach/Kälin 2006: 319 ff). Eltern sind somit nach schweizerischer Rechtsordnung grundsätzlich befugt, ihre Töchter zum Tragen des Kopftuchs anzuhalten.

Die Ausübung des elterlichen Erziehungsrechts steht mit zunehmender Urteilsfähigkeit und Reife des Kindes auch unter dem Vorbehalt der partiellen Selbständigkeit (Art. 11 Abs. 2 BV und Art. 19 Abs. 2 ZGB³⁷ sowie die Bestimmungen zur elterlichen Sorge im ZGB; weiterführend dazu Wytenbach 2006b: 24; zum Stellenwert des »Elternrechts« siehe auch Ekardt in diesem Band). Die Gehorsamspflicht der Kinder und Jugendlichen muss auch in Fragen religiöser Erziehung und Gebräuche gegenüber der Persönlichkeit des Kindes abgewogen werden (Schwenzer 2002/2003: 1591 N 7 und 8 zu Art. 301 ZGB sowie 1599, N 6 zu Art. 303). Führen elterliche Kleideranordnungen zu heftigen Konflikten mit einem heranwachsenden Mädchen und wird dadurch das Wohl der Jugendlichen gefährdet, sind die Kinder- und Jugendbehörden der Gemeinden (Vormundschaftsbehörden, Jugendämter) für die Vermittlung und Erziehungsberatung zuständig und können auch vom betroffenen Mädchen selbst um Hilfe gebeten werden. Das elterliche Erziehungsrecht in Religionsangelegenheiten endet mit dem 16. Altersjahr der Jugendlichen; diese erreichen dann die »Religionsmündigkeit«.

37 Art. 19 Abs. 1 und 2 ZGB: »(1) Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen können sich nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten. (2) Ohne diese Zustimmung vermögen sie Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, und Rechte auszuüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen«.

Diskriminierende Nichteinbürgerung

Einbürgerungen sind in der Schweiz im Wesentlichen eine Angelegenheit des kantonalen Rechts; die Einbürgerung erfolgt durch die Wohnsitzgemeinde. Am 27. Februar 2008 hat das BG zwei subsidiäre Verfassungsbeschwerden gegen negative Einbürgerungsentscheide beurteilt. Die Verfahren betrafen Gemeinden aus dem Kanton Aargau (Gemeinden Buchs und Birr).³⁸ In diesen wichtigen Entscheiden setzte sich das Gericht mit der Diskriminierung von muslimischen Kopftuchträgerinnen bzw. deren Ehemännern auseinander.

Entgegen dem Antrag des Gemeinderats (Gemeindeexekutive) verweigerte der Einwohnerrat der Gemeinde Buchs einer vierzigjährigen Gesuchstellerin aus der Türkei, welche seit 1981 in der Schweiz lebt und zwei in der Schweiz geborene Kinder hat, die Einbürgerung. Der Einwohnerrat begründete seine Ablehnung damit, dass »[s]ie durch das Tragen des Kopftuches eine fundamentalistische Glaubensrichtung bezeugen« würde. Das Kopftuch sei nicht religiöses Symbol, sondern sichtbarer Ausdruck der Unterwerfung der Frau unter den Mann. Damit werde eine Ungleichbehandlung der Frau auf Grund ihres Geschlechts demonstriert, was gegen die BV und gegen die Wertvorstellungen der Schweiz verstoße und zeige, dass eine Assimilation an die gesellschaftlichen und politischen Normen nicht gegeben sei. Im Birrer Fall hatten die Eheleute K., seit 1981/1982 in der Schweiz lebend, ein Gesuch um Einbürgerung gestellt. Auch hier verweigerte das Gemeindeparlament die Einbürgerung von Herrn und Frau K. entgegen den Anträgen der Gemeindeexekutive (und der Einbürgerungskommission). Zur Begründung wurde festgehalten, dass die Gesuchstellerin auf dem Foto in den Gesuchsunterlagen mit dem Kopftuch abgebildet sei. Das Kopftuch weise den Frauen eine geschlechtlich und sozial differente Rolle zu, die im Gegensatz zum Gleichheitsgrundsatz der Menschenrechte und der BV stehe. Es werde bestritten, dass das Ehepaar die Gleichstellung von Mann und Frau respektiere, achte und lebe, weshalb die Integration nicht gegeben sei.

Vor dem BG beriefen sich Frau A. und das Ehepaar K. auf das Diskriminierungsverbot und die Glaubens- und Gewissensfreiheit. Dieses hieß darauf hin die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Buchser Fall (Frau A.) gut. Im Fall des Ehepaares K. war es der Ansicht, dass die Einbürgerung von Frau K. gestützt auf mangelhafte Deutschkenntnisse und ihr Unwissen über die schweizerische Staatsorganisation zu Recht habe verweigert werden dürfen. Herrn K.'s Antrag war jedoch von der Gemeinde ausschließlich wegen des Kopftuchs seiner Frau negativ beurteilt worden. Daher wurde auch seine Beschwerde gutgeheißen.

38 BGE v. 27.02.2008, BGE 134 I 49 (Buchs); BGE v. 27.02.2008, BGE 134 I 56 (Birr).

Das BG hielt zunächst fest, dass das Tragen des Kopftuchs unter dem Schutz der Religionsfreiheit stehe. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit erschöpfe sich nicht in der individuellen Abwehrdimension, sondern enthalte einen objektivrechtlichen Gehalt, an welchem sich die gesamte Staatstätigkeit auszurichten habe und welcher auch im Einbürgerungsverfahren zu beachten sei. In diesem Sinne verbiete Art. 8 Abs. 2 BV Diskriminierungen, die an religiösen Überzeugungen anknüpfen. In beiden Fällen sei die Nichteinbürgerung ausschließlich damit begründet worden, dass die Beschwerdeführerin A. bzw. die Frau des Beschwerdeführers K. ein Kopftuch trügen. Dabei werde eindeutig an ein religiöses Merkmal angeknüpft, was auf Grund des Diskriminierungsverbots in Art. 8 Abs. 2 grundsätzlich unzulässig sei.

Auch lägen keine qualifizierten, ernsthaften Gründe für eine solche Anknüpfung vor:

»Art. 8 Abs. 2 BV ist insoweit Ausdruck weltanschaulicher Pluralität und gebietet im Grundsatz die Anerkennung von Bekenntnissen und Überzeugungen, die von den in der Schweiz herkömmlichen Vorstellungen abweichen [...]. Es kann nicht mit Grund gesagt werden, das Tragen des Kopftuches als Manifestation eines religiösen Bekenntnisses bringe in allgemein erkennbarer Weise eine Haltung der Unterwerfung der Frau unter den Mann und eine Herabminderung von Frauen zum Ausdruck. Die Befolgung der aus dem Koran angeleiteten Übung kann auf eigenständigem Entschluss der Frauen selber beruhen, ihren Glauben auf diese Weise zu manifestieren, ohne dass damit eine Haltung der Unterwerfung ausgedrückt würde. Insoweit erweist sich das blosses Tragen des Kopftuches in der Regel als wenig aussagekräftig und wertneutral; daran ändert nichts, dass in der Übung des Tragens des Kopftuches teils eine Ungleichbehandlung von Frauen gegenüber Männern erblickt wird [...]. Der Umstand, dass eine Gesuchstellerin ein Kopftuch trägt, könnte lediglich mitberücksichtigt werden, wenn darin vor dem Hintergrund der konkreten Verhältnisse eine Haltung zum Ausdruck kommt, die mit unsern grundlegenden rechtsstaatlichen und demokratischen Wertvorstellungen im Widerspruch stünde. Ein derartiger konkreter Bezug wird im kommunalen Verfahren weder behauptet noch nachgewiesen. Die Diskussionsteilnehmer im Einwohnerrat haben es bei einer allgemeinen Behauptung bewenden lassen, das Tragen des Kopftuches bringe eine generelle Herabminderung der Frauen gegenüber Männern zum Ausdruck. Sie haben keinen Bezug genommen auf die konkrete Situation der Gesuchstellerin und brachten nicht im Einzelnen vor, dass diese grundlegende Prinzipien und Werte unserer Gesellschaft missachten würde, die vorgehaltene Haltung im Alltagsleben tatsächlich manifestiere und aus solchen Überlegungen nicht als integriert gelten könnte« (BGE 134 I 49, 54 f.³⁹).

39 Gleich lautend BGE 134 I 56, 63 f.

Das Kopftuch auf dem Passbild

Anfang der 1990er Jahre verweigerte die Fremdenpolizei der Stadt Biel türkischen Frauen die Erneuerung ihrer Aufenthaltsbewilligung, weil sie sich geweigert hatten, für den Ausweis ein Foto ohne Kopftuch zur Verfügung zu stellen. Um solchen Situationen einheitlich zu begegnen, erließ das (damalige) ›Bundesamt für Ausländer‹ am 15.11.1993 Richtlinien, in welchen die kommunalen und kantonalen Behörden angewiesen wurden für Kopfbedeckungen aus religiösen Gründen Ausnahmen vorzusehen, sofern das Gesicht und die Stirn vollständig sichtbar bleiben. Das ›Bundesamt für Polizei‹ hat inzwischen im Internet offizielle ›Kriterien für die Annahme von Photos für Pässe und Identitätskarten‹⁴⁰ veröffentlicht, aus welchen hervorgeht, unter welchen Voraussetzungen Kopftücher zulässig sind.

Arbeitslosenversicherungsrecht: zumutbare Arbeit

Gemäß Art. 16 Abs. 2 lit. c des ›Arbeitslosenversicherungsgesetzes‹ vom 25.06.1982 muss eine Arbeit dann nicht angenommen werden, wenn sie den persönlichen Verhältnissen der Arbeitssuchenden nicht angemessen ist. In einem sozialversicherungsrechtlichen Streitfall aus den 1990er Jahren ging es um eine arbeitslose Frau, die eine Arbeit nicht angenommen hatte, weil sie das Kopftuch aus Sicherheitsgründen nicht hätte tragen dürfen. In der Frage, ob es ihr arbeitslosenversicherungsrechtlich gesehen zumutbar gewesen wäre die Stelle dennoch anzunehmen, entschied das BG zu ihren Gunsten.⁴¹

Private Arbeitsverhältnisse

Wie verschiedene Studien der letzten Jahre zeigen, haben Muslime und Musliminnen bei der Lehrstellensuche, beim Zugang zum Arbeitsmarkt und auch während des Arbeitsverhältnisses oftmals mit Schwierigkeiten zu rechnen, die bis hin zu Schikanen und missbräuchlichen Kündigungen reichen (Imdorf 2007; Dahinden 2004; Haeberlin 2004; für weitere Hinweise siehe Caplazi/Naguib 2004: 4 f; siehe zu Deutschland auch John und zu Österreich auch Gresch/Hadj-Abdou in diesem Band). Hier interessieren vor allem folgende Aspekte:

40 ›Kriterien für die Annahme von Photos für Pässe und Identitätskarten‹, Version 2008, abrufbar: http://www.schweizerpass.admin.ch/etc/medialib/data/passkam_pagne.Par.0008.File.tmp/definitiveFotomustertafel_220906.pdf, 30.07.2008.

41 BG v. 02.06.1997, Az. EVG, C 366/96 (Arbeit an einer industriellen Nähmaschine).

- (1) die Nichtanstellung von Musliminnen wegen ihres Kopftuchs
- (2) Konflikte während der Dauer des Arbeitsverhältnisses
- (3) missbräuchliche Kündigungen

Vertragsverhandlungen und Vertragsabschluss

Das Schweizerische Arbeitsrecht⁴² ist durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit in Art. 1 des ›Schweizerischen Obligationenrechts‹ (OR), durch die Treuepflicht der Arbeitnehmenden und durch die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberschaft geprägt. Das OR regelt den Schutz der Angestellten nach Stellenantritt und bei Vertragsauflösung. Es äußert sich hingegen nicht zur diskriminierenden Verweigerung einer Anstellung; hier gilt nach herrschender Lehre grundsätzlich die Vertragsfreiheit, welche besagt, dass jede Person frei ist, zu entscheiden, mit wem sie wann welche Verträge abschließt (Geiser 2001: 14). Daraus ergibt sich für einen Teil der Literatur, dass mit Ausnahme der Geschlechterdiskriminierung (dazu unten) das Gleichbehandlungsprinzip nach heutigem Recht vor Abschluss des Vertrags nicht gilt. Nach dieser Ansicht kommt auch den arbeitsrechtlichen Schutz- und Fürsorgepflichten keine Vorwirkung zu; diese gelten erst während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (für weitere Hinweise siehe Portmann/Stöckli 2007: 16). Andere Autoren/Autorinnen legen dar, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus religiösen Gründen auf Grund der Bedeutung des Grundrechtsschutzes auch bei der Anstellung zum Tragen kommen müsse und der Gesetzgeber gefordert sei, diesen Aspekt zu regeln (Art. 35 BV; implizit Gloor 2006: 7 f; Göksu 2003: 99). Werner Gloor ist der Ansicht, dass es nach den allgemeinen Vorschriften des Vertragsschlussverfahrens im OR⁴³ sittenwidrig ist, eine Anstellung grundlos oder aus sachfremden Gründen davon abhängig zu machen, dass eine Bewerberin (k)ein Kopftuch trägt oder Kopftuchträgerinnen systematisch – d.h. unabhängig von ihrer beruflichen Qualifikation für die Stelle – abzuweisen (Gloor 2006: 10). Für Alexandra Caplazi und Tarek Naguib verstoßen ethnisch-kulturelle Diskriminierungen im Selektionsverfahren bei Stellenvergabe gegen den Grundsatz der ›culpa in contrahendo‹ (schuldhafte Verletzung von Pflichten während der Vertragsverhandlungen),

42 ›Schweizerisches Obligationenrecht‹ v. 30.03.1911; ›Bundesgesetz vom 13.03.1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel‹ (Arbeitsgesetz); ›Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenentschädigung‹ v. 25.06.1982 (Arbeitslosenversicherungsgesetz).

43 Art. 19 Abs. 2 OR: ›Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst‹.

namentlich wenn das Verhalten der Arbeitgeber/innen den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB verletzt (Caplazi/Tarek 2004: 6 f). Das Arbeitsvertragsrecht wird ergänzt durch die allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge,⁴⁴ welche Normen zum Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmenden enthalten können, sowie das ›Bundesgesetz vom 13.03.1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Arbeit‹ (Arbeitsgesetz, insb. Art. 6). Art. 3 des ›Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann‹ vom 24.03.1995 hält zudem einschränkend fest, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Grund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden dürfen. ›Diskriminierung‹ bedeutet in diesem Zusammenhang auch eine Herabsetzung, die an das Geschlecht anknüpft, ohne dass ernsthafte und wichtige Gründe dies rechtfertigen. Dieses Verbot gilt ebenso für die Anstellung und die Aufgabenzuteilung. Auf Verlangen müssen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber eine Nichtanstellung begründen. Unzulässig sind auch indirekte Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts, die ohne objektiven, sachlichen Grund an ein scheinbar neutrales Kriterium anknüpfen, aber im Ergebnis nur oder vor allem Frauen treffen. Ein generelles Verbot eines islamischen Kopftuchs am Arbeitsplatz würde Frauen gegenüber männlichen Bewerbern benachteiligen. Diese Frage wurde jedoch bisher vor Gericht noch nicht entschieden (zur indirekten Diskriminierung siehe Freivogel 2000: 56 f). Liegt eine Diskriminierung vor, kann die geschädigte Frau gestützt auf das Gleichstellungsgesetz eine Entschädigung von bis zu drei Monatslöhnen beantragen.

Unbestritten ist, dass herabsetzende Äußerungen des potentiellen Arbeitgebers/der potenziellen Arbeitgeberin, die an Rasse, Religion oder Ethnie anknüpfen, eine zivilrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB darstellen können (dazu Portmann/Stöckli 2007: 16 f; Göksu 2003: 143). Beispielsweise wurde eine Schweizerin mazedonischer Herkunft vom Geschäftsführer einer Reinigungsfirma schwer beschimpft. Die 40-jährige Arbeitssuchende war von der ›Regionalen Arbeitsvermittlungsstelle‹ (RAV) auf die Stelle aufmerksam gemacht worden. Nachdem die Frau ihre Bewerbung eingereicht hatte, schickte der Geschäftsführer eine beleidigende Email an die Vermittlungsstelle: »[D]ass Sie nicht lesen können, dass wir keine Kopftücher anstellen [...] meine Firma verträgt solche Leute nicht, wie wir in der ganzen Schweiz auch nicht!« Die Frau klagte vor dem Arbeitsgericht zivilrechtlich wegen ›Persönlichkeitsverletzung‹ und verlangte eine Genugtuung von 5.000 Franken. Das Gericht entschied im Juni 2005, der Geschäftsführer habe die Persönlichkeit der Frau bezüglich ihrer Herkunft, Sprache, Ethnie und Religion verletzt und sprach ihr eine Genugtuung zu.

44 Z.B. jene der ›Swisscom‹, der ›Schweizerischen Bundesbahnen‹ und der Post; siehe die Liste auf der Seite der ›Mobbing-Zentrale Schweiz‹, abrufbar: <http://www.mobbing-zentrale.ch/gesamtarbeit.htm>, 30.07.2008.

Kopftuchtragen während der Arbeit

Arbeitnehmende müssen auf Grund der arbeitsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht die berechtigten Interessen der Arbeitgeberschaft berücksichtigen (Art. 321a Abs. 1 OR). Die Arbeitgeberschaft kann über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Angestellten im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen. Die Angestellten haben die allgemeinen Anordnungen der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers und die ihnen erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen (Art. 321d OR). Bekleidungsvorschriften, die direkt mit der Erfüllung der Arbeit verbunden sind wie Schutzkleider, Uniformen, Corporate-Identity-Akzessoires und Ähnliches müssen von den Angestellten auf Grund der Treuepflicht akzeptiert werden, solange sie die Persönlichkeit nicht verletzen und nicht schikanös sind (für weitere Hinweise siehe Tobler 2006: 154; Gloor 2006: 4). Umgekehrt hat die Arbeitgeberschaft die Persönlichkeit der Angestellten zu achten und zu schützen (Art. 328 Abs. 1 OR). Sie hat alle Maßnahmen zum Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu ergreifen, die den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind und die mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung der Arbeitgeberschaft billigerweise zugemutet werden können (Art. 328 Abs. 2 OR). Diese Schutznormen setzen voraus, dass überhaupt ein Arbeitsverhältnis besteht. Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberinnen haben nicht nur selbst Persönlichkeitsverletzungen zu unterlassen, sondern Angestellte auch gegen Übergriffe von anderen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen und der Kundschaft zu schützen (Geiser 2001: 16).

Das Tragen eines Kopftuchs aus religiösen Gründen ist zweifelsohne Ausdruck der Persönlichkeit einer Angestellten. Das Kopftuch ist – gestützt auf die grundrechtskonforme Auslegung der oben genannten arbeitsrechtlichen Normen – grundsätzlich zu tolerieren (Gloor 2006: 4; Caplazi/Naguib 2004: 11), sofern dies mit Rücksicht auf die konkrete Arbeitssituation und die Natur der Arbeitsleistung billig scheint (Kriterien: Gefährlichkeit, Behinderung der korrekten Ausführung der Arbeit, direkt mit der Tätigkeit verbundene, besondere Relevanz der äußeren Erscheinung). Auch eine willkürliche Schlechterbehandlung einer Kopftuch tragenden Mitarbeiterin gegenüber allen anderen Angestellten (z.B. bei der Arbeitseinteilung) kann eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte darstellen (Tobler 2006: 159 f; Rehbinder 2002: N 226; Portmann/Stöckli 2007: 120).⁴⁵ Da ein Kopftuchtrageverbot einen grundrechtssensiblen Bereich berührt, wird in der Literatur gefordert, dass ein solches Verbot eine klare und dokumentierte Vereinbarung zwischen der An-

45 Allgemein zur Gleichbehandlung siehe BGE v. 17.12.2002, BGE 129 III 276 E. 3.1.

gestellten und dem Betrieb erforderliche und namentlich ein einseitig erlassenes Betriebsreglement oder eine Weisung nicht genügen (Gloor 2006: 8).

Im Einzelfall geht es darum, einen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Arbeitgeberschaft und dem geschützten Persönlichkeitsrecht der betroffenen Frau zu finden. Diese Güterabwägung hängt maßgeblich von den konkreten Umständen im jeweiligen Betrieb ab.⁴⁶ Beschränkungen von religiösen Anliegen (Gebetszeiten, Kleider) dürfen nicht weiter gehen als unter den jeweiligen Umständen notwendig; umgekehrt kann von den Angestellten eine gewisse Flexibilität erwartet werden, wenn im Normalfall auf ihre Bedürfnisse Rücksicht genommen wird.⁴⁷

Abstrakte Vermutungen, dass es zu negativen Kundenreaktionen kommen könnte, reichen nicht aus, um das Tragen des Kopftuchs gewissermaßen »präventiv« zu verbieten. Notwendig ist vielmehr, dass tatsächlich nachweisbare, dauernde Probleme entstehen, z.B. durch starke Kundenabwanderung und Umsatzeinbuße (zum Kopftuch der Verkäuferin siehe auch Berghahn sowie den Anhang »Informationen über wichtige Entscheidungen des BVerfG mit religiösem Bezug« in diesem Band). Die Suche nach einer Kompromisslösung – Tätigkeit an einem weniger exponierten Arbeitsplatz – geht der Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor (ebd.: 11).

Möchte eine minderjährige (aber über 16-jährige) Lehrtochter oder Angestellte entgegen dem Wunsch der Eltern das Kopftuch an der Arbeit nicht tragen, so hat der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin sie darin zu unterstützen, da sie mit 16 Jahren religionsmündig ist (ebd.: 10).

Verbot der missbräuchlichen Kündigung

Art. 336 Abs. 1 lit. a und b des OR halten die Umstände fest unter welchen eine Kündigung als missbräuchlich zu gelten hat:

46 Der schweizerische Großverteiler »Migros« z.B. hält dazu auf seiner Homepage fest: »Die Personal-Verantwortlichen der Migros-Gemeinschaft sind zum Schluss gekommen, dass in der Kopftuch-Frage kein genereller Entscheid getroffen werden kann, sondern jeder Fall einzeln unter Berücksichtigung der besonderen Situation vor Ort zu beurteilen ist. Es gilt die Interessen der Kundinnen und Kunden, der Mitarbeitenden und des Arbeitgebers abzuwägen. Je nach Arbeitsplatz sind zudem Vorschriften wie etwa zu Hygiene oder Arbeitsplatzsicherheit sowie der Schutz der Mitarbeiterinnen vor verbalen oder physischen Attacken zu berücksichtigen«; abrufbar: http://www.migros.ch/DE/Ueber_die_Migros/Medien/Aktuelle_Meldungen/Seiten/NewsFull.aspx?NewsID=201, 30.07.2008.

47 Werner Gloor erwähnt das Beispiel einer Backoffice-Angestellten, die bei einem Engpass auch mal ohne Kopftuch am Schalter bedient (Gloor 2006: 11).

»Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht, a. wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei Kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb; b. weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb«.

Ist eine Kündigung missbräuchlich, so kann das Gericht der Arbeitnehmerin einen Schadensersatz von maximal sechs Monatslöhnen zusprechen. Die Fortführung des Arbeitsverhältnisses kann jedoch nicht erstritten werden. Muss sich die Arbeitgeberschaft schon bei Stellenantritt im Klaren darüber sein, dass die Arbeitnehmerin ein Kopftuch tragen wird, würde eine Kündigung überdies gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) verstoßen.

Erfolgt eine Kündigung, weil sich eine Angestellte weigert das Kopftuch abzulegen, handelt es sich dabei grundsätzlich um einen unzulässigen Grund (Persönlichkeitseigenschaft sowie Ausübung verfassungsmässiger Rechte). Gerechtfertigt ist sie nur dann, wenn das Tragen des Kopftuchs Probleme in direktem und konkretem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis schafft bzw. eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit bei der Arbeit gestört wird. Dieser klare und sachliche Grund muss nachgewiesen werden können. Bei beweisbaren Umsatzeinbußen, Kundenabwanderungen, Sicherheits- und Hygieneproblemen ist eine Kündigung zulässig, wenn die Kausalität belegt werden kann und weniger einschneidende Maßnahmen nicht möglich sind (Gloor 2006: 12). Auf Grund der Fürsorgepflicht muss die Arbeitgeberschaft zumutbare Maßnahmen ergreifen, um die Probleme zu beheben; die Kündigung bleibt insofern *ultima ratio* (Portmann/Stöckli 2007: 195). Diese Praxis ist unbefriedigend, da die betroffene Frau, die ein zentrales Grundrecht ausüben wünscht, die Konsequenzen aus den negativen Reaktionen der Kundschaft alleine zu tragen hat (Rückversetzung in eine Stelle mit weniger Kundenkontakt, allenfalls Stellenverlust), obwohl das Kopftuch objektiv gesehen in den allermeisten Fällen keinerlei Auswirkung auf die Qualität der geleisteten Arbeit hat und Kundenreaktionen einzig durch negative (rassistische) Assoziationen verursacht werden.

Beispielsweise hat 1990 das Bezirksgericht Arbon die Kündigung einer türkischen Fabrikangestellten als missbräuchlich qualifiziert.⁴⁸ Die Angestellte hatte bereits seit acht Jahren im betreffenden Betrieb als Montagearbeiterin gearbeitet, als sie ab 1989 begann ein Kopftuch zu tragen. Gekündigt wurde

48 Bezirksgericht Arbon v. 17.12.1990, Urteil zitiert und besprochen in Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 87 (1991), 176 ff; Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR) 1991, 254ff.

ihr, weil sie entgegen den Weisungen des Arbeitgebers nicht bereit war das Kopftuch abzulegen.

Ausblick

Die schweizerische Gerichtspraxis hat sich punktuell mit dem Anliegen von Musliminnen, ein Kopftuch zu tragen, befasst. Ob eine Frau ein Kopftuch, ein Sikh einen Turban oder eine Jüdin eine Perücke tragen will oder nicht, diese Entscheidung wird durch die Behörden und Gerichte weit gehend als private bzw. persönliche Angelegenheit angesehen, in welche sich der Staat grundsätzlich nicht einzumischen hat. Eine Einmischung erfolgt erst dann, wenn ein Ausgleich verschiedener öffentlicher oder privater Interessen gefunden werden muss, wie beispielsweise im Schulbereich oder am Arbeitsplatz. Dies ändert allerdings nichts daran, dass Musliminnen mit Kopftuch im Alltag und insbesondere auf dem Arbeitsmarkt auf schwierige Bedingungen stoßen. Das Machtungleichgewicht im Arbeitsverhältnis dürfte in vielen Fällen dazu führen, dass Frauen ihre Anliegen zurückstellen und sich den Anordnungen der Arbeitgeberschaft beugen; zu riskant ist die Gefahr eines Stellenverlusts – die finanzielle Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung verschafft noch kein neues Arbeitsverhältnis – und zu gering sind oft die Kenntnisse über die arbeitsrechtlichen Ansprüche.

In Zukunft dürfte vermutlich das Kopftuch bei Schülerinnen an der öffentlichen Schule immer wieder zu Diskussionen führen. Wie oben dargelegt, wurde in den vergangenen Jahren über die Errichtung entsprechender Verbote auf kantonaler Ebene gesprochen. Offen argumentiert wird dabei meist mit der Gleichstellung von Frau und Mann. Es ist legitim und wichtig, dass sich die Behörden immer wieder damit auseinandersetzen, wie der gleichberechtigte Genuss der Bildungsrechte für alle zugewanderten Mädchen und Knaben verbessert werden kann; die Schule hat insofern auch den Auftrag, zum Abbau von geschlechtsstereotypischen, religiös motivierten Vorstellungen und Praktiken, die Mädchen und Frauen herabsetzen, beizutragen. Falsch ist es jedoch, das gleichstellungspolitische Argument für andere Motive zu instrumentalisieren und mit einem Kopftuchverbot bei Schülerinnen das Sichtbarwerden des Islams als Minderheitsreligion in der Schweiz verhindern bzw. zurückdrängen zu wollen. Diese Abwehrhaltung ist ein Symptom dafür, dass es einem Teil der Schweizerinnen und Schweizer schwer fällt zu akzeptieren, dass ihr Land im Verlauf der letzten Jahrzehnte ein Einwanderungsland auch für muslimische Arbeitsmigranten bzw. Arbeitsmigrantinnen geworden ist und inzwischen eine höchst heterogene religiöse Landschaft aufweist. Der Verfassungsstaat ist hier gefordert, entsprechend differenzierte Leitlinien im Umgang mit religiöser Vielfalt zu entwickeln und einen Ausgleich zwischen den Verfassungswerten zu finden, der die Integration von zugewanderten ›neuen‹

Glaubensminderheiten erlaubt. Dazu müssen vor allem auch die Integration von muslimischen Frauen und Mädchen und ihre Teilhabe an den Strukturen der Gesellschaft – namentlich in Bildung, Arbeit und Politik – gezielt gefördert werden.

Literatur

- Aubert, Jean-François (1998): »L'Islam à l'école publique«. In: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer Schweizer/Klaus A. Vallender (Hg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*. Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen: Dike, S. 479-495.
- Auer, Andreas (2002): »Le crucifix et le foulard devant le juge constitutionnel suisse«. In: Dietmar Mieth/René Pahud de Mortanges (Hg.), *Recht – Ethik – Religion*. Der Spannungsbogen für aktuelle Fragen, historische Vorgaben und bleibende Probleme, Luzern: Edition Exodus, S. 210-218.
- Bovay, Claude/Broquet, Raphaël (2004): *Religionslandschaft in der Schweiz (Volkszählung 2000)*, Neuchâtel: Bundesamt für Statistik, 2004, abrufbar: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/22/publ.Document.t.50514.pdf>, 30.07.2008.
- Caplazi, Alexandra/Naguib, Tarek (2005): »Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit«. Jusletter 7., abrufbar: http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_3711?lang=de, 12.10.2008.
- Dahinden, Janine/Fibbi, Rosita/Moret, Joelle/Cattacin Sandro (2004): *Integration am Arbeitsplatz in der Schweiz. Probleme und Maßnahmen*. Eine Untersuchung im Auftrag von Travail Suisse, Neuenburg: Schweizerisches Forum für Migrationsstudien, abrufbar: <http://www.migration-population.ch/fileadmin/sfm/publications/rr/32.pdf>, 12.10.2008.
- Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (2006): *Mehrheit und muslimische Minderheit in der Schweiz*. Stellungnahme der EKR zur aktuellen Entwicklung, Bern 2006.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert/Gross, Dominique (2002): »Islamisches Kopftuch und religiöse Neutralität an der öffentlichen Schule«. In: René Pahud de Mortanges/Erwin Tanner (Hg.), *Muslime und schweizerische Rechtsordnung*, Freiburg: Universitätsverlag, S. 129-161.
- Freivogel, Elisabeth (2000): »Interdiction de discriminer«. In: Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann (Hg.), *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Lausanne: Éditions Réalités sociales, S. 49-98.
- Geiser, Thomas (2001): »Diskriminierung am Arbeitsplatz: Die Rechtslage in der Schweiz«. Tangram 11 [Eidgenössische Kommission gegen Rassismus], S. 13-22.

- Gloor, Werner (2006): »Kopftuch an der Kasse – Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis«. Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherungsrecht ARV/DTV 2006, S. 1-16.
- Göksu, Tarkan (2003): Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Freiburg: Universitätsverlag.
- Haeberlin, Urs/Imdorf, Christian/Kronig, Winfried (2004): Chancengleichheit bei der Lehrstellensuche. Der Einfluss von Schule, Herkunft und Geschlecht. Synthese Nationalfondsprojekt NFP 43, Aarau: Schweizerischer Nationalfonds.
- Hangartner, Ivo (1998): »Bemerkungen zum Entscheid X c. Staatsrat des Kantons Genf vom 12.11.1997«. Allgemeine Juristische Praxis (AJP), S. 599-604.
- Hegnauer, Cyril (1999): Grundriss des Kindesrechts, Bern: Stämpfli.
- Imdorf, Christian (2007): Lehrlingssselektion in KMU, Kurzbericht Nationales Forschungsprogramm NFP 51, online edition, abrufbar: http://www.lehrlingssselektion.de/documents/selektion_d.pdf, 30.07.2008.
- Kälin, Walter (2000): Grundrechte im Kulturkonflikt, Zürich: NZZ Verlag.
- Karlen, Peter (1988): Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zürich: Schulthess.
- Kiener, Regina/Kälin, Walter (2007): Grundrechte, Bern: Stämpfli.
- Matteo, Gianni (2005): Muslime in der Schweiz. Identitätsprofile, Erwartungen und Einstellungen, Bern-Wabern: Eidgenössische Ausländerkommission, online edition, abrufbar: http://www.eka-cfe.ch/d/Doku/muslime_in_der_schweiz.pdf, 30.07.2008.
- Meier, Philippe/Stettler, Martin (2005/2006): Droit de la filiation, Genève: Schulthess.
- Müller, Jörg Paul (1999): Grundrechte in der Schweiz, Bern: Stämpfli.
- Niggli, Marcel Alexander (2007): Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG, Zürich/Basel/Genf: Schulthess.
- Portmann, Wolfgang/Stöckli, Jean Fritz (2007): Schweizerisches Arbeitsrecht, Zürich: Dike.
- Rehbinder, Manfred (2002): Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern: Stämpfli.
- Richli, Paul (1998): »Berufsverbot für Primarlehrerin wegen eines islamischen Kopftuches?«. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 134, S. 228-233.
- Schefer, Markus (2001): Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern: Stämpfli.
- Schwenzer, Ingeborg (2002/2003): »Kommentare zu Art. 301 und 303«. In: Heinrich Honsell, Thomas Geiser, Nedim Peter Vogt (Hg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Kommentar. Bd. 1, Basel: Helbing und Lichtenhahn.
- Streiff, Ullin (2006): Arbeitsvertrag, Zürich: Schulthess.

- Tappenbeck, Christian/De Mortanges, René Pahud (2007): »Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule«, AJP 11, S. 1413-1426.
- Tobler, Rolf A./Favre, Christian/Munoz, Charles/Gullo Ehm Daniela (2006): Arbeitsrecht. Obligationenrecht, Gleichstellungsgesetz, Arbeitsgesetz, Lausanne: Bis und Ter.
- Wyss, Martin Philipp (1994): »Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen Integration und Isolation«. Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl), S 9.
- Wytenbach, Judith (2006b): »Zwischen Gleichstellungsrechten und kulturell-religiöser Tradition«. F-Frauenfragen [Eidgenössische Kommission für Frauenfragen] 1, S. 22-27.
- Wytenbach, Judith/Kälin, Walter (2005): »Schulischer Bildungsauftrag und Grund- und Menschenrechte von Angehörigen religiös-kultureller Minderheiten« AJP 3, S. 315-323.