

Krisengebiet auf dem Kopf

In zahlreichen Ländern – auch in der Schweiz – wird die Diskussion geführt, ob das Tragen eines Kopftuchs als Symbol einer bestimmten Auslegung des Islams in allen Bereichen der Öffentlichkeit rechtlich gestattet sei oder in einzelnen Fällen untersagt werden soll. Im Zentrum steht dabei auch das Kopftuchtragen an der Schule.

Das Tragen des Kopftuchs durch eine Frau, die sich zum Islam bekennt, steht als Ausdruck eines religiösen Bekenntnisses unter dem Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit.¹ Das Verbot des Kopftuchtragens ist ein Eingriff in dieses Grundrecht. Zulässig sind Eingriffe in Grundrechte nur, wenn die von der Bundesverfassung verlangten Voraussetzungen erfüllt sind. Dazu muss der Eingriff auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein.

Kopftuchtragen darf eingeschränkt werden

Der Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit ist unantastbar.² Das Tragen eines Kopftuchs aus religiösen Gründen gehört aber – obschon das betreffende Verbot aus rechtlicher Sicht als schwerer Eingriff zu qualifizieren ist – nicht zum Kernbereich. Das Tragen eines Kopftuchs darf somit unter den genannten Voraussetzungen eingeschränkt werden.³ Im schulischen Bereich wird bei der Zulässigkeit von Kopftuchverboten stets unterschieden zwischen der Schülerschaft und den Lehrpersonen. Denn offensichtlich kommt der Lehrerin eine andere Stellung als einer Schülerin zu. Entsprechend sind die privaten oder öffentlichen Interessen vom Kopftuchverbot in unterschiedlichem Mass betroffen.

Kopftuchverbot für Schülerinnen unverhältnismässig

In Österreich wurde im Mai ein Kopftuchverbot für Grundschülerinnen beschlossen; in Deutschland und auch in der Schweiz wird darüber gestritten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat Kopftuchverbote bis anhin immer geschützt, die durch Staaten aufgrund ihrer laizistischen Gesetzgebung an Universitäten und Schulen erlassen wurden. Für die Schweiz lässt sich daraus aber nur bedingt etwas ableiten. Denn einzig die Kantone Neuenburg und Genf kennen eine weitgehende Trennung von Kirche und Staat und haben damit zumindest eine laizistische Tradition.

Das Bundesgericht hat denn auch in einem 2016 entschiedenen St. Galler Fall

das Recht einer Primarschülerin geschützt, das islamische Kopftuch in der Schule zu tragen.⁴ Es qualifizierte ein Kopftuchverbot für Schülerinnen als einen schweren Eingriff in die Religionsfreiheit und befand das Verbot nur dann als zulässig, wenn öffentliche Interessen oder Rechte Dritter eindringlich bedroht oder beeinträchtigt werden. Im konkreten Fall erachtete das Bundesgericht die von der Schule angeführten Gründe (Ordnung und störungsfreier

«Im schulischen Bereich wird bei der Zulässigkeit von Kopftuchverboten stets unterschieden zwischen der Schülerschaft und den Lehrpersonen. Denn offensichtlich kommt der Lehrerin eine andere Stellung als einer Schülerin zu.»

Schulbetrieb, Wahrung des Religionsfriedens, Schutz von Grundrechten Dritter, Integrationsfunktion der Schule, staatliche Neutralität in Religionsangelegenheiten, Gleichstellung von Frau und Mann) nicht als genügende öffentliche Interessen, die einen Eingriff in die Religionsfreiheit zu rechtfertigen vermögen.

Zusammenfassend hielt das Bundesgericht fest, dass ein Kopftuchverbot für Schülerinnen an einer öffentlichen Schule, die für atheistische, aber auch für verschiedene religiöse Bekenntnisse offen ist, unverhältnismässig sei. Damit wurde durch das höchste schweizerische Gericht weitgehend Klarheit geschaffen. Ein Kopftuchverbot oder, allgemeiner ausgedrückt, ein Verbot von religiös konnotierten Kleidungsstücken für Schülerinnen und Schüler dürfte auch bei Vorliegen einer kantonalen gesetzlichen Grundlage nur schwer zu rechtfertigen sein und ist damit im Grundsatz unzulässig.

Lehrerinnen an öffentlichen Schulen sind zu Neutralität verpflichtet

Gegenteilig hat das Bundesgericht in Bezug auf eine Lehrerin an einer öffentlichen Schule in Genf entschieden.⁵ Es schützte ein von den Behörden gegenüber einer

Primarlehrerin, gestützt auf eine gesetzliche Grundlage, ausgesprochenes Verbot, im Unterricht eine den Anforderungen des Korans entsprechende Kopfbedeckung zu tragen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestätigte dieses Urteil.⁶ Der Grund für diese unterschiedliche Behandlung von Lehrerinnen und Schülerinnen liegt zur Hauptsache im Neutralitätsgebot. Denn dieses aus der Glaubens- und Gewissensfreiheit abgeleitete Gebot gilt im Grundsatz nur für Lehrpersonen und nicht für die Schülerinnen und Schüler.⁷ Zwar können sich auch Lehrpersonen gegenüber der Schule auf die Religionsfreiheit berufen. Gleichzeitig müssen sie aber die Ziele der Schule mittragen und die schulischen Interessen wahren. Als Vertreterinnen oder Vertreter der Schule und des Staates wird ihr Verhalten der staatlichen Sphäre zugerechnet. Daher sind die Lehrpersonen an öffentlichen Schulen zu religiöser und konfessioneller Neutralität verpflichtet und müssen in diesem Mass Einschränkungen der Glaubens- und Gewissensfreiheit hinnehmen.⁸ Die Religionsfreiheit von Lehrpersonen, die einen öffentlichen Auftrag ausüben, ist somit eingeschränkter als diejenige von Schülerinnen und Schülern.

Der Grundsatz der Neutralität verbietet die Ausrichtung des Unterrichts zugunsten oder zuungunsten einer oder mehrerer Religionen und entspricht dem Anspruch der Schülerinnen und Schüler, vom Staat und damit auch von der Schule nicht religiös beeinflusst zu werden. Eine unzulässige Einflussnahme kann dabei nicht nur durch das Verhalten oder durch Äusserungen, sondern auch durch explizite Kleidung erfolgen. Das blosses Tragen von religiösen Symbolen in der Schule durch eine Lehrperson ist aber nicht per se verboten, sondern nur, wenn durch das getragene Kleidungsstück ein spezifischer religiöser Einfluss auf die Schülerinnen und Schüler ausgeübt wird.⁹ Zur Beantwortung dieser Frage darf auf die Vorbildfunktion, die der Lehrperson zukommt, und die konkrete hierarchische Beziehung abgestellt werden. Zu berücksichtigen sind aber auch das Entwicklungsstadium und das Alter der betroffenen Schülerinnen und Schüler und damit insgesamt deren Empfänglichkeit für Beeinflussungen. Mit zunehmendem Alter und höherem Entwicklungsstadium

sinkt auch die Beeinflussbarkeit der Kinder. Das Tragen eines Kopftuchs und damit das Tragen eines deutlichen religiösen Zeichens

«Daher sind die Lehrpersonen an öffentlichen Schulen zu religiöser und konfessioneller Neutralität verpflichtet und müssen in diesem Mass Einschränkungen der Glaubens- und Gewissensfreiheit hinnehmen.»

durch eine Lehrerin kann gerade bei sehr jungen Schülerinnen und Schülern einen (unzulässigen) religiösen Einfluss ausüben. Entsprechend qualifizierte auch das Bundesgericht im BGE 123 I 296 ff., wo Schülerinnen und Schüler im Alter von vier bis sechs Jahren betroffen waren, das Tragen eines Kopftuchs als unzulässige Beeinflussung und schützte das vom Kanton ausgesprochene Verbot.

Bundesgerichtsurteil wegweisend, aber nicht ausreichend

Das Urteil des Bundesgerichts fand und findet grosse Beachtung. Regelmässig stützen sich die Kantone bei ihren Entscheidungen und Weisungen auf das Urteil und es wird in diesem Sinn als schweizweit verbindlich betrachtet. Das greift jedoch zu kurz. Zum einen liess sich im Genfer Fall das Verbot des Kopftuchs auf eine explizite gesetzliche Grundlage stützen. Eine solche Grundlage besteht in zahlreichen anderen Kantonen in vergleichbarer Form aber nicht. Es ist daher fraglich, ob das allgemeine Neutralitätsgebot für sich allein als Grundlage für schwere Grundrechtseingriffe genügt. Zum anderen war die Beeinflussung der Schülerinnen und Schüler durch das Kopftuch unter Berücksichtigung der konkreten Situation – insbesondere des Unterrichts vor sehr kleinen Kindern – gegeben. Damit ist aber nicht ausgesagt, dass ein anders gelagertes Kopftuchverbot bei einer Lehrerin – beispielsweise bei deutlich älteren Schülerinnen und Schülern – gerichtlich geschützt würde.

Das Urteil im Fall der Genfer Lehrerin schafft damit nicht in gleicher Weise wie

der Entscheid gegenüber einer Schülerin mit Kopftuch Klarheit. Dennoch sind beide Urteile zu begrüssen; sie verdeutlichen exemplarisch, welche Grundsätze und Kriterien massgebend sind bei der Beurteilung, ob das Tragen eines Kopftuchs, eines Kreuzes oder einer Kippa untersagt werden kann und muss oder nicht. ■

Michael Merker, Christine Zanetti

¹ Art. 15 BV; BGE 142 I 49; BGE 123 I 296

² Art. 36 BV

³ Art. 36 BV; BGE 142 I 49

⁴ BGE 142 I 49

⁵ BGE 123 I 296

⁶ Entscheid des Europäischen Gerichtshofs Nr. 42393/98 vom 15. Februar 2001

⁷ BGE 142 I 49

⁸ Art. 15 Abs. 4 BV

⁹ Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, S. 275 f.



Die Autorin

Christine Zanetti ist Rechtsanwältin bei der Baur Hürlimann AG, einer mittelgrossen Anwaltskanzlei mit Büros in Zürich und Baden. Sie berät und vertritt Mandanten in öffentlich-rechtlichen Belangen, insbesondere auf dem Gebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts, im Bildungsrecht und im öffentlichen Personalrecht. Christine Zanetti studierte an der Universität Zürich und erlangte das Anwaltspatent im Jahr 2008. Vor Aufnahme ihrer Tätigkeit bei der Baur Hürlimann AG arbeitete sie am Personalrekursgericht und am Verwaltungsgericht des Kantons Aargau sowie beim Rechtsdienst des Regierungsrats des Kantons Aargau.



Der Autor

Dr. Michael Merker ist seit 1995 als selbstständiger Rechtsanwalt tätig. Er ist Partner in der Baur Hürlimann AG. Sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt im öffentlichen Recht, insbesondere im Bildungsrecht, öffentlichen Personalrecht und weiteren verwaltungsrechtlichen Themenfeldern. Er berät und vertritt Mandanten gegenüber ihrer Anstellungsbehörde oder vor Gericht. Michael Merker war ausserdem Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, Dozent im Masterprogramm Verwaltungsrecht der Universität Basel, Dozent für öffentliches Personalrecht an der Fachhochschule Nordwestschweiz und ist Richter an einem kantonalen Verwaltungsgericht.