

Müssen Religionsgemein- schaften gleichgeschlecht- liche Paare trauen?

Eine grundrechtliche Betrachtung

Saskia Thomi

**IR
PAPER
8**

Müssen Religionsgemeinschaften gleichgeschlechtliche Paare trauen?

Eine grundrechtliche Betrachtung

Saskia Thomi*

Seit dem 1. Juli 2022 dürfen gleichgeschlechtliche Paare in der Schweiz zivil heiraten. Was bedeutet diese staatliche Neuerung für Religionsgemeinschaften? Der vorliegende Beitrag untersucht aus einer grundrechtlichen Perspektive, ob Religionsgemeinschaften aufgrund der staatlichen Öffnung der Ehe «für alle» verpflichtet sind, gleichgeschlechtliche Paare zu trauen.

Depuis le 1^{er} juillet 2022, les couples de même sexe peuvent se marier civilement en Suisse. Que signifie cette nouveauté étatique pour les communautés religieuses ? La présente contribution examine, dans une perspective des droits fondamentaux, si les communautés religieuses sont tenues de marier des couples de même sexe en raison de l'ouverture du mariage « pour tous » par l'Etat.

Since 1st July 2022, same-sex couples in Switzerland have been allowed to enter into a civil marriage. What does this state innovation imply for religious communities? This article examines from a fundamental rights perspective whether religious communities are obliged to marry same-sex couples due to the state's opening of marriage «for all».

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
1 Religionsverfassungsrechtliche Grundlagen	2
1.1 Öffentlich-rechtliche Anerkennung	2
1.2 Öffentliche Anerkennung	2
1.3 Privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften	3
2 Grundrechte	3
2.1 Religionsfreiheit	3
2.2 Rechtsgleichheitsgebot	5
2.3 Ehefreiheit	6
3 Rechtliche Folgen	7
3.1 Für öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften	7
3.2 Für öffentlich anerkannte Religionsgemeinschaften	9
3.3 Für privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften	9
Fazit	10

Einleitung

Am 26. September 2021 stimmten 64,1 % der Stimmberechtigten in der Schweiz für die Einführung der zivilrechtlichen Ehe für gleichgeschlechtliche Paare.¹ Deshalb dürfen gleichgeschlechtliche Paare seit dem 1. Juli 2022 in der Schweiz zivil heiraten. Die evangelisch-reformierte Kirche Schweiz (EKS) sprach sich bereits im Abstimmungskampf für die «Ehe für alle» aus und empfahl ihren Mitgliedskirchen, die kirchliche Trauung für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen.² Nicht alle Kirchen und Religionsgemeinschaften sind in ihrem Verständnis der Ehe bereit für solche Veränderungen.

* Diplomassistentin bei Prof. René Pahud de Mortanges am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte und Kirchenrecht an der Universität Freiburg i. Ü.

Ich danke Herrn Prof. René Pahud de Mortanges für die kritische Durchsicht und die anregenden Kommentare. Ausserdem danke ich Frau Andrea Rotzetter für das Lektorat.

¹ <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20210926/can647.html>> (sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 15. Dezember 2022 überprüft).

² <<https://www.evref.ch/eks-bestaetigt-ihr-ja-zur-ehe-fuer-alle/>>.

Darf der Staat diesen Kirchen und Religionsgemeinschaften sein neugewonnenes Verständnis der Ehe aufzwingen? Muss er das aufgrund des in Art. 8 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) verankerten Diskriminierungsverbots sogar? Gelten für private, öffentliche und öffentlich-rechtliche Kirchen und Religionsgemeinschaften dieselben Regeln? Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf eine grundrechtliche Betrachtung dieser Fragen. Andere Argumente, wie beispielsweise religionspolitische, werden nicht berücksichtigt.

Für die Beantwortung dieser Fragen sind die religionsverfassungsrechtlichen Grundlagen zentral (Kapitel 1). Bedeutend sind auch verschiedene Grundrechte (Kapitel 2). Aufbauend auf den Erkenntnissen dieser ersten beiden Kapitel können sodann die rechtlichen Folgen diskutiert werden (Kapitel 3). In diesem dritten und zugleich letzten Teil versuche ich, die eingangs gestellten Fragen zu beantworten.

1 Religionsverfassungsrechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 72 Abs. 1 BV sind die Kantone für die Regelung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche – beziehungsweise Religionsgemeinschaften – zuständig. Alle Kantone haben für die Regelung dieses Verhältnisses ein Anerkennungssystem vorgesehen, wobei sämtliche Kantone mit Ausnahme von Genf und Neuenburg die öffentlich-rechtliche Anerkennung kennen (Kapitel 1.1). Genf und Neuenburg verleihen lediglich öffentliche Anerkennungen (Kapitel 1.2). Einige Kantone sehen diese zweite Form zusätzlich zur öffentlich-rechtlichen Anerkennung vor. Religionsgemeinschaften, die in keiner Form anerkannt sind, organisieren sich privatrechtlich (Kapitel 1.3).

1.1 Öffentlich-rechtliche Anerkennung

(1) Mit der öffentlich-rechtlichen Anerkennung wird die Religionsgemeinschaft zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Da die Ausgestaltung der Anerkennung in der **Zuständigkeit der Kantone** liegt (Art. 72 Abs. 1 BV), variieren die einzelnen Rechte und Pflichten von Kanton zu Kanton. Die folgenden Ausführungen behandeln die Konsequenzen des Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts. Detaillierte Erläuterungen zu den einzelnen Rechten und Pflichten, welche die Kantone mit der Anerkennung verleihen beziehungsweise auferlegen, sind für den vorliegenden Beitrag irrelevant.

(2) Durch die öffentlich-rechtliche Anerkennung wird die Religionsgemeinschaft vom Privatrecht ins **öffentliche Recht** verschoben. Sie genießt dadurch staatliche Hoheitsgewalt und kann beispielsweise von ihren Mitgliedern – in einigen Kantonen auch von juristischen Personen – Steuern erheben. Aufgrund dieser Verschiebung gelten für die öffentlich-rechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften die Organisationsprinzipien des öffentlichen Rechts; sie müssen also in der Regel demokratisch organisiert sein.³ Zudem sind öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften als Trägerinnen der staatlichen Hoheitsgewalt an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV).

1.2 Öffentliche Anerkennung

(1) Mit der öffentlichen Anerkennung wird eine Religionsgemeinschaft zwar anerkannt, sie bleibt aber als Verein oder Stiftung im **Privatrecht**. Es handelt sich in erster Linie um eine symbolische Anerkennung, womit der Kanton seine Wertschätzung für die betreffende Religionsgemeinschaft ausdrückt. Je nach Kanton werden den Religionsgemeinschaften unterschiedliche Rechte und Pflichten zugestanden beziehungsweise auferlegt. Es kann also sein, dass öffentlich anerkannte Religionsgemeinschaften ebenso wie öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften Grundrechte res-

³ PHILIPPE GARDAZ, Die Anerkennung von Religionsgemeinschaften: Kompetenzen, Typologie, aktuelle Situation, in: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften: Zukunfts- oder Auslaufmodell?, FVRR 31, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 1–10, S. 4; GREGOR A. RUTZ, Die öffentlich-rechtliche Aner-

kennung in der Schweiz, Bestandesaufnahme und Entwicklungstendenzen, in: René Pahud de Mortanges/Gregor A. Rutz/Christoph Winzeler (Hrsg.), Die Zukunft der öffentlich-rechtlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften, FVRR 8, Freiburg i. Ü. 2000, S. 5–76, S. 37.

pektieren und demokratisch organisiert sein müssen. Diese Pflicht entspringt aber im Unterschied zur öffentlich-rechtlichen Anerkennung nicht dem Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts, sondern den kantonalen Voraussetzungen für eine öffentliche Anerkennung.

(2) Ist die Einhaltung der Grundrechte eine **Voraussetzung** für die öffentliche Anerkennung nach kantonalem Recht, darf die Religionsgemeinschaft einem gleichgeschlechtlichen Paar die Trauung nicht verweigern. Dies ergibt sich aus dem Gleichheitsgebot (vgl. unten Kap. 2.2). Verweigert die Religionsgemeinschaft die Trauung dennoch, kann es zu Sanktionen kommen.⁴

(3) Sind hingegen **keine besonderen Pflichten** mit der Anerkennung verbunden, muss die Religionsgemeinschaft als juristische Person des Privatrechts Grundrechte grundsätzlich nicht respektieren. Die Verweigerung einer Trauung von gleichgeschlechtlichen Paaren hat für Amtsträger:innen von öffentlich anerkannten Religionsgemeinschaften gemäss HAFNER/ZURKINDEN/REIMANN auch keine strafrechtlichen Konsequenzen (vgl. Art. 261^{bis} des Schweizerischen Strafgesetzbuchs [StGB]).⁵

1.3 Privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften

(1) Nichtanerkannte Religionsgemeinschaften haben die Möglichkeit, sich privatrechtlich als **Verein oder Stiftung** zu organisieren. Dabei unterscheiden sie sich nicht von anderen Vereinen oder Stiftungen. Als juristische Person des Privatrechts müssen sie Grundrechte grundsätzlich nicht respektieren. Wie öffentlich anerkannte Religionsgemeinschaften können ihre Amtsträger:innen gemäss HAFNER/ZURKINDEN/REIMANN auch nicht strafrechtlich verfolgt werden, wenn sie gleichgeschlechtlichen Paaren eine Trauung verweigern.⁶

(2) Es gibt keine Pflicht für Religionsgemeinschaften, sich zu organisieren. Deshalb gibt es in

der Schweiz auch **nichtorganisierte Religionsgemeinschaften**. Sie sind wie die in Vereinen oder Stiftungen organisierten Religionsgemeinschaften in der Regel nicht an Grundrechte gebunden.

2 Grundrechte

Die Frage, ob Religionsgemeinschaften gleichgeschlechtliche Paare trauen müssen, betrifft verschiedene Grundrechte. Der Staat greift in die Religionsfreiheit der Religionsgemeinschaften ein, wenn er ihnen vorschreibt, sie hätten gleichgeschlechtliche Paare zu trauen (Kapitel 2.1). Gleichgeschlechtliche Paare können sich auf das Rechtsgleichheitsgebot berufen, wenn sie im Unterschied zu gegengeschlechtlichen Paaren von einer Trauung ausgeschlossen werden (Kapitel 2.2). Schliesslich könnte auch die Ehefreiheit von gleichgeschlechtlichen Paaren betroffen sein, wenn diese nicht heiraten dürfen (Kapitel 2.3).

2.1 Religionsfreiheit

(1) Die Glaubens- und Gewissensfreiheit – im Folgenden Religionsfreiheit – ist in Art. 15 BV verankert. Sie steht in erster Linie **natürlichen Personen** zu.⁷ Im vorliegenden Beitrag geht es jedoch um die Religionsfreiheit juristischer Personen. Die Religionsfreiheit natürlicher Personen wird deshalb nicht weiter behandelt.

(2) **Juristische Personen**, die einen religiösen Zweck verfolgen, sind grundsätzlich wie natürliche Personen durch die Religionsfreiheit geschützt.⁸ Die Religionsfreiheit von juristischen Personen wird korporative Freiheit genannt und verleiht ihnen unter anderem das Recht, keine Kirchensteuern zu bezahlen.⁹

(3) Für **öffentlich-rechtlich anerkannte** Religionsgemeinschaften gelten allerdings aufgrund ihrer Staatsnähe andere Regeln: Sie können sich nicht

⁴ Z. B. Art. 27 Loi du Canton de Vaud sur la reconnaissance des communautés religieuses et sur les relations entre l'Etat et les communautés religieuses reconnues d'intérêt public du 9 janvier 2007.

⁵ FELIX HAFNER/NADINE ZURKINDEN/MARTIN REIMANN, Die Trauung oder Einsegnung von homosexuellen Paaren – Glaubensgemeinschaften im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmungsrecht und Diskriminierungsverbot, in: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts, Beiträge zum Jubiläum

des Instituts für Religionsrecht, FVRR 40, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 359–380, S. 367 ff.

⁶ HAFNER/ZURKINDEN/REIMANN (Anm. 5), S. 367 ff.

⁷ RENÉ PAHUD DE MORTANGES, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney, Basler Kommentar (BSK), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015, BSK BV 15 N 61 ff.

⁸ PAHUD DE MORTANGES (Anm. 7), BSK BV 15 N 65.

⁹ PAHUD DE MORTANGES (Anm. 7), BSK BV 15 N 65.

ohne Weiteres auf Art. 15 BV berufen.¹⁰ Doch Art. 15 BV schützt sie vor staatlichen Eingriffen in ihr Selbstbestimmungsrecht.¹¹ Das Selbstbestimmungsrecht ist kantonal geregelt. Die einzelnen Kantone sehen dies je in unterschiedlichem Ausmass vor.¹² FRIEDERICH versucht sich dennoch in einer allgemeinen Definition und stellt «Angelegenheiten der Kirche oder Gemeinschaft»,¹³ die einen religiösen Bezug aufweisen, in den Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts.¹⁴ Nach dieser Auffassung sind gottesdienstliche Handlungen und insbesondere Sakramente durch das Selbstbestimmungsrecht geschützt.¹⁵ Damit fällt die Ehe – unter Vorbehalt abweichender kantonaler Bestimmungen – grundsätzlich in das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften.

(4) Religionsgemeinschaften dürfen in ihrem Selbstbestimmungsrecht eingeschränkt werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 36 BV erfüllt sind oder eine Interessensabwägung aufgrund einer Grundrechtskollision die Einschränkung rechtfertigt.¹⁶ Der **Kerngehalt** des Selbstbestimmungsrechts ist jedoch uneinschränkbar (Art. 36

Abs. 4 BV). Zum Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts von Religionsgemeinschaften gehören höchstens – ein Teil der Lehre zweifelt an einem Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts – Bekenntnisse, die «den Kernbereich theologischer Identität ausmach[en].»¹⁷ Für die Beurteilung der Kerngehaltsfrage lohnt sich ein Blick auf den Kerngehalt der Religionsfreiheit von natürlichen Personen: Dieser umfasst den inneren Glauben, das heisst die Freiheit, zu glauben, nicht zu glauben und den Glauben zu ändern.¹⁸ Ähnlich streng muss meines Erachtens der Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts bewertet werden. Entsprechend würde ich die Vorstellung des Transzendenten – in der Regel Gott, Götter und Göttinnen –, der Entstehungsgeschichte und des Lebens nach dem Tod als Kerngehalt qualifizieren. Nicht zum Kerngehalt gehören, ähnlich wie bei der Religionsfreiheit natürlicher Personen, Ausflüsse dieser Glaubenssätze in Form von religiösen Handlungen, Riten und Traditionen.¹⁹ Demnach fällt die Ehe nicht in den Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts.²⁰

¹⁰ ULRICH CAVELTI/ANDREAS KLEY, in: Bernhard Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar (SGK), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, SGK BV 15 N 27 f.; PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, Petit commentaire Cst. 15 N 16; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008, S. 263 f.; RENÉ PAHUD DE MORTANGES (Anm. 7), BSK BV 15 N 66; a. M. GIOVANNI BIAGINI, Orell Füssli Kommentar (OFK), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, OFK BV 15 N 16.

¹¹ CAVELTI/KLEY (Anm. 10), SGK BV 15 N 27; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 434.

¹² UELI FRIEDERICH, Selbstbestimmungsrecht von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften, in: Ueli Friederich/Roland J. Campiche/René Pahud de Mortanges/Christoph Winzeler (Hrsg.), Bundesstaat und Religionsgemeinschaften, Überlegungen und Vorschläge für ein zeitgemässes Religionsrecht in der schweizerischen Bundesverfassung, Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht, Beiheft 4, Bern 2003, S. 69–92, S. 82 f.

¹³ FRIEDERICH (Anm. 12), S. 89.

¹⁴ FRIEDERICH (Anm. 12), S. 89.

¹⁵ FRIEDERICH (Anm. 12), S. 90.

¹⁶ FRIEDERICH (Anm. 12), S. 91; YVO HANGARTNER, Zur Vereinbarkeit der öffentlich-rechtlichen Organisation von

Religionsgemeinschaften mit der Religionsfreiheit, in: Dieter Kraus (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht, Band 15/2010, Bern 2011, S. 63–84, S. 70.

¹⁷ FRIEDERICH (Anm. 12), S. 92; zweifeln am Kerngehalt: FLORIAN GONSER, Die Frage der Zulassung von Frauen zur Weihe aus der Perspektive des kanonischen Rechts und des schweizerischen Religionsverfassungsrechts, BJM 2014, S. 165–183, S. 176; CHRISTOPH WINZELER, Die Religionsfreiheit als individuelles und korporatives Grundrecht, in: Christoph Winzeler, Religion im demokratischen Staat, Beiträge zum Religionsverfassungsrecht und zur Religionsfreiheit, FVRR 27, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 93–114, S. 106.

¹⁸ PAHUD DE MORTANGES (Anm. 7), BSK BV 15 N 35.

¹⁹ Vgl. EVA MARIA BELSER, Spannungsverhältnisse zwischen staatlicher und religiöser Ordnung / Die Religionsfreiheit und das Verbot der Geschlechterdiskriminierung – Vom Umgang des Staats mit Religionsgemeinschaften, die Frauen von Ämtern ausschliessen, und anderen Grundrechtskollisionen, in: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts, Beiträge zum Jubiläum des Instituts für Religionsrecht, FVRR 40, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 395–420, S. 404. Für den Kerngehalt der Religionsfreiheit bei natürlichen Personen: BGE 135 I 79 E. 5.1; PAHUD DE MORTANGES (Anm. 7), BSK BV 15 N 108.

²⁰ Vgl. MARKUS MÜLLER, Religion im Rechtsstaat, Von der Neutralität zur Toleranz, Kleine Schriften zum Recht, Bern 2017, S. 114 f.

2.2 Rechtsgleichheitsgebot

(1) Das in Art. 8 BV verankerte **Rechtsgleichheitsgebot** verbietet Ungleichbehandlungen, die nicht auf sachlichen Gründen basieren.²¹ Gleiches soll gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden.²² Dafür müssen Kriterien festgelegt werden, anhand derer die Gleichheit beziehungsweise die Ungleichheit bemessen wird. Kann die Ungleichheit nicht sachlich begründet werden, liegt ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot vor.

(2) Das **Diskriminierungsverbot** ist der Kerngehalt des Rechtsgleichheitsgebots und verbietet Ungleichbehandlungen aufgrund eines sensiblen Merkmals, wobei sensible Merkmale namentlich die in Art. 8 Abs. 2 BV aufgeführten sind.²³ Keine Diskriminierung liegt vor, wenn die Ungleichbehandlung qualifiziert gerechtfertigt werden kann.²⁴ Dafür braucht es eine sachlich ernsthafte Begründung und die Ungleichbehandlung muss die Verhältnismässigkeit respektieren.²⁵ So wurde beispielsweise eine Regelung des Kantons Bern, wonach sich Leistungsempfänger:innen von Sozialversicherungen ab 65 Jahren an ihren ambulanten Pflegekosten zu beteiligen haben, als qualifiziert gerechtfertigt und damit nicht diskriminierend einge-

ordnet.²⁶ Schliesslich diene die entsprechende Bestimmung dem Schutz vor Verarmung, womit der Zielsetzung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung entsprochen wurde.²⁷ Es gilt allerdings zu bemerken, dass für Unterscheidungen nach Alter weniger hohe Anforderungen an die Rechtfertigung gestellt werden, als dies bei Unterscheidungen aufgrund der Lebensform der Fall ist.²⁸

(3) Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand aufgrund ihrer oder seiner **Lebensform** diskriminiert werden. Das Kriterium der Lebensform soll insbesondere Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung verhindern.²⁹ Art. 8 Abs. 2 BV richtet sich in erster Linie an staatliche Behörden und hat keine direkte Horizontalwirkung auf (juristische) Personen des Privatrechts.³⁰ Damit das Diskriminierungsverbot auch unter Privaten durchgesetzt wird, hat die Legislative Bestimmungen im Strafgesetzbuch erlassen (z. B. Art. 261^{bis} StGB), auf die an dieser Stelle nicht weiter eingegangen wird.³¹

(4) Die Mehrheit der Lehre ging bisher davon aus, dass das Diskriminierungsverbot gleichgeschlechtlichen Paaren **keinen Anspruch** verlieh, **Zugang zur Ehe** oder einem der Ehe gleichwertigen Institut zu haben.³² MAHON rechtfertigt diese Lehrmeinung mit dem relativen Schutz der Bestimmung – sie verleihe kein absolutes Recht auf

²¹ BERNHARD WALDMANN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney, Basler Kommentar (BSK), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015, BSK BV 8 N 26.

²² Z. B. BGE 94 I 649 E. 5; BGE 101 IA 193 E. 6; BGE 110 IA 7 E. 2b; RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar (SGK), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, SGK BV 8 N 19.

²³ SCHWEIZER (Anm. 22), SGK BV 8 N 48.

²⁴ Z. B. BGE 126 V 70 E. 4c/bb; BGE 129 I 232 E. 3.4.1; BGE 129 I 392 E. 3.2.2; BGE 138 I 265 E. 4.2.1; EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2021, Kap. 7 N 34; BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Habil. Freiburg i. Ü., Bern 2003, 325.

²⁵ SCHWEIZER (Anm. 22), SGK BV 8 N 54.

²⁶ BGE 138 I 265 E. 4 und 5; bei BELSER/WALDMANN (Anm. 24), Kap. 7 N 34.

²⁷ BGE 138 I 265 E. 5.1.

²⁸ WALDMANN (Anm. 24), 327 f.

²⁹ HANSPETER THÜR in BV NR SD 1998 S. 154 f.

³⁰ BIAGGINI (Anm. 10), OFK BV 8 N 8.

³¹ Zu diesem Thema: HAFNER/ZURKINDEN/REIMANN (Anm. 5), S. 370.

³² ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux, 3. Aufl., Bern 2013, 423; BIAGGINI (Anm. 10), OFK BV 8 N 24; GRISSEL, Droits fondamentaux, Libertés idéales, Bern 2008, N 136; MAHON (Anm. 10), Petit commentaire Cst. 8 N 16; RUTH REUSSER, in: Bernhard Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar (SGK), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, SGK BV 14 N 8; SCHWEIZER (Anm. 22), SGK BV 8 N 75; WALDMANN (Anm. 21), BSK BV 8 N 77; a. M. BENJAMIN MÄRKLI, Ehe gegen alle?, AJP 2020, S. 466–476, S. 472; BERNHARD PULVER, L'interdiction de la discrimination, Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Diss. Neuenburg, Basel 2003, N 356; ANDREAS R. ZIEGLER, Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, AJP 2013, S. 649–658, S. 653 f.; vgl. CHARLOTTE SCHODER, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht, Eine Untersuchung insbesondere im Hinblick auf die Verbesserung der rechtlichen Stellung gleichgeschlechtlicher Paare, AJP 2002, S. 1287–1296, S. 1292; zögerlich RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 1417 ff.

Gleichbehandlung und Unterscheidungen seien möglich. Dadurch vereitelt MAHON gerade den Schutz des Diskriminierungsverbots, das Ungleichbehandlungen, die nicht auf sachlich ernsthaften Gründen beruhen, verbietet. Als sachlich ernsthafter Grund und gleichzeitig Hauptargument zugunsten der Ungleichbehandlung wurde von verschiedensten Seiten vorgebracht, gleichgeschlechtliche Paare seien (von Natur aus) nicht geeignet, Eltern zu sein.³³ Diese Auffassung wurde mittlerweile in zahlreichen Studien widerlegt.³⁴ Damit kommen starke Zweifel auf, ob die Verweigerung des Anspruchs auf Zugang zur Ehe für gleichgeschlechtliche Paare qualifiziert gerechtfertigt werden kann und ob damit nicht ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vorliegt. Dieser Frage gehe ich weiter unten nach (Kap. 3.1).

2.3 Ehefreiheit

(1) Das **Recht auf Ehe** ist in Art. 14 BV verankert. Grundsätzlich hat jede Person das Recht, zu heiraten. Der Staat behält sich allerdings einige Einschränkungen vor, die in Art. 95 f. und 105 ZGB geregelt sind. So ist es beispielsweise Geschwistern nicht erlaubt, einander zu heiraten (Art. 95 ZGB).

(2) Bis im Jahr 2022 verwehrte der Staat **gleichgeschlechtlichen Paaren** die Eheschließung. Es könnte argumentiert werden, dass LGBTQI+ Personen³⁵ dadurch in ihrer Ehefreiheit nicht diskriminiert wurden, da sie eine Person des anderen Geschlechts hätten heiraten können. Allerdings ist die sexuelle Orientierung keine Eigenschaft, die von den betreffenden Personen gewählt wurde und die diese beliebig ändern können.³⁶ Somit wurden sie faktisch in ihrer Ehefreiheit verletzt. Dieses Argument vermag folglich auch nicht die Verweigerung von religiösen Trauungen für gleichgeschlechtliche Paare zu rechtfertigen.

(3) Die Ehefreiheit bezieht sich allerdings nur auf **staatliche Eheschließungen**. Religiöse Eheschließungen sind davon nicht erfasst. Das Recht auf Ehe nach Art. 14 BV kann somit im vorliegenden Beitrag zwar als Anhaltspunkt, nicht jedoch als Rechtsanspruch betrachtet werden.

³³ Z. B. Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996, S. 250 f.; Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1288, S. 1319 ff.; Schweizerische Evangelische Allianz, Argumentarium gegen die Gesetzesvorlage «Ehe für alle», Kinder brauchen Vater und Mutter, abrufbar unter <<https://www.each.ch/wp-content/uploads/2021/08/Argumentarium-SEA-RES-2021-Nein-zur-Ehe-f%C3%BCr-alle.pdf>>; vgl. ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin?, FamPra.ch 2014, S. 231–273, S. 250 f.; BERND EGGEN, Homosexuelle Paare mit Kindern, FamPra.ch 2007, S. 823–837, S. 823 f.; UDO RAUCHFLEISCH, Gleichgeschlechtliche Paare aus psychologischer Sicht, FamPra.ch 2004, S. 507–518, S. 516.

³⁴ JUDITH STACEY/TIMOTHY J. BIBLARZ, (How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?, American Sociological Review, April 2001, Vol. 66 N. 2, S. 159–183, S. 159 ff.; vgl. BÜCHLER/CLAUSEN (Anm. 33), S. 251 ff. m. w. H.; EYLEM COPUR, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, Diss. St. Gallen, Bern 2008, S. 43 ff.; RAUCHFLEISCH (Anm. 33), S. 516 f. m. w. H.; HEIDI SIMONI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den

Konzepten «Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizingesetz, September 2012, S. 52 f.

³⁵ LGBTQI+ steht für lesbische (lesbian), schwule (gay), bisexuelle (bisexual), transsexuelle (transgender), queere und intersexuelle (intersex) Personen, sowie weitere sexuelle Minderheiten und Geschlechtsidentitäten. Im vorliegenden Beitrag werden Personen, die sich in gleichgeschlechtlichen Paarbeziehungen befinden, als LGBTQI+ Personen bezeichnet, da «homosexuell» der Diversität nicht gerecht wird und nicht homosexuelle Personen, die sich in gleichgeschlechtlichen Paarbeziehungen befinden, ausschliesst.

³⁶ SARAY AYALA, Sexual Orientation and Choice, Journal of Social Ontology 2017, 3(2), S. 249–265; J. MICHAEL BAILEY et al., Sexual Orientation, Controversy, and Science, Psychological Science in the Public Interest 2016, Vol. 17(2), S. 45–101, S. 61 f.; E. DÍAZ-LEÓN, Sexual Orientation as Interpretation? Sexual Desires, Concepts, and Choice, Journal of Social Ontology 2017, 3(2), S. 231–248; a. M. WILLIAM S. WILKERSON, Is it a choice? Sexual Orientation as Interpretation, Journal of Social Philosophy 40, S. 97–116; WILLIAM S. WILKERSON, What is 'Sexual Orientation'?, in: Nicholas Power, Raja Halwani, Alan Soble (Hrsg.), The Philosophy of Sex: Contemporary Readings, 6. Aufl., Lanham 2013, S. 195–213, insb. S. 207 ff.

3 Rechtliche Folgen

3.1 Für öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften

Ob öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften gleichgeschlechtliche Paare trauen müssen, hängt von der juristischen Bewertung von zwei Fragen ab: (1) Kann die Ungleichbehandlung von gleichgeschlechtlichen Paaren durch sachlich ernsthafte Gründe gerechtfertigt werden? (2) Geht bei einer Grundrechtskollision die Religionsfreiheit der Religionsgemeinschaften oder das Gleichheitsgebot vor?

(1) Religionsgemeinschaften, die gleichgeschlechtlichen Paaren die Trauung verweigern, behandeln LGBTQI+ Personen anders als heterosexuelle Personen. Es besteht deshalb der Verdacht einer Diskriminierung aufgrund der Lebensform. Kann die Ungleichbehandlung nicht durch **sachlich ernsthafte Gründe** gerechtfertigt werden, liegt eine Diskriminierung vor. Ist die Ungleichbehandlung hingegen qualifiziert gerechtfertigt, verletzt die Religionsgemeinschaft zwar immer noch das Grundrecht der Gleichbehandlung, nicht jedoch den Kerngehalt des Diskriminierungsverbots.

(a) Die Tatsache, dass einige Religionsgemeinschaften *keine Trauung für gleichgeschlechtliche Paare* vorsehen, wird als sachlich ernsthafter Grund geltend gemacht.³⁷ Schliesslich ist das Regelungsziel der entsprechenden religionsrechtlichen Bestimmung, die Voraussetzung an eine gültige Ehe festzulegen.³⁸ Es handelt sich meines Erachtens bei diesem Argument jedoch nicht um einen qualifizierten Rechtfertigungsgrund. Schliesslich könnte

mit diesem Argument beispielsweise auch die anhaltende Diskriminierung der Frauen in der katholischen Kirche und in anderen Religionsgemeinschaften gerechtfertigt werden. Zudem dürfen zum Beispiel Unterscheidungen nach Geschlecht nur aufgrund von biologischen Gründen erfolgen. Ähnlich strenge Voraussetzungen gelten für Ungleichbehandlungen verschiedener Lebensformen.³⁹

(b) Im Judentum und im Katholizismus, den beiden in der Schweiz öffentlich-rechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften, die gleichgeschlechtlichen Paaren eine Trauung verweigern, schliessen die *normativen Grundlagen* gleichgeschlechtliche Paare explizit von der Eheschliessung aus.⁴⁰ Dieser explizite Ausschluss von gleichgeschlechtlichen Ehen kann meines Erachtens als sachlich ernsthafter Grund gelten. Einige Neuinterpretationen des Bibeltexts (sowohl des Neuen als auch des Alten Testaments) belegen zwar, dass gesellschaftliche Anpassungen möglich sind – so gilt die Frau beispielsweise in der Regel nicht mehr als dem Mann untergeordnet –, jedoch kann ich als Juristin nicht beurteilen, ob eine Neuinterpretation des Trauverbots für gleichgeschlechtliche Paare möglich ist.⁴¹

(c) Ein weiterer sachlich ernsthafter Grund könnte das *biologische Argument* sein, das auch gegen die staatliche «Ehe für alle» vorgebracht wurde: Gleichgeschlechtliche Paare seien von Natur aus nicht dazu bestimmt, Eltern zu sein und könnten entsprechend ihre Ehepflichten nicht erfüllen.⁴² Abgesehen davon, dass dieser Argumentation folgend auch unfruchtbare Personen und Frauen nach der Menopause nicht heiraten dürften (und die Ehe kinderloser Paare ungültig wäre?), wirkt sich die sexuelle Orientierung von Personen nicht auf ihre

³⁷ HAFNER/ZURKINDEN/REIMANN (Anm. 5), S. 370.

³⁸ Vgl. DANIEL KOSCH, «Synodal» ist mehr als «dual», Stärken und Entwicklungsbedarf der schweizerischen Kirchenstrukturen auf dem Weg zu einer synodalen Kirche, IR-Paper 5, April 2022, S. 4.

³⁹ WALDMANN (Anm. 21), BSK BV 8 N 87; vgl. JENS MEYER-LADEWIG/ROMAN LEHNER, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), Handkommentar EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., Basel 2017, HK EMRK 14 N 13.

⁴⁰ Z. B. Genesis 2, 18 ff. (für das Judentum und den Katholizismus); Matthäus 19, 5; Korinther 7, 2 (beide nur für den Katholizismus); vgl. Levitikus 18, 22.

⁴¹ Korinther 11, 3; Epheser 5, 22 ff.

⁴² Z. B. Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung,

FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996, S. 250 f.; Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1288, S. 1319 ff.; Schweizerische Evangelische Allianz, Argumentarium gegen die Gesetzesvorlage «Ehe für alle», Kinder brauchen Vater und Mutter, abrufbar unter <<https://www.each.ch/wp-content/uploads/2021/08/Argumentarium-SEA-RES-2021-Nein-zur-Ehe-f%C3%BCr-alle.pdf>>; vgl. BÜCHLER/CLAUSEN (Anm. 33), S. 250 f.; EGGEN (Anm. 33), S. 823 f.; RAUCHFLEISCH (Anm. 33), S. 516.

Qualität als Eltern aus, weshalb auch dieses Argument nicht als sachlich ernsthafter Grund qualifiziert werden kann.⁴³

(2) In casu liegt eine Ungleichbehandlung von gleichgeschlechtlichen Paaren vor. Demgegenüber steht die Religionsfreiheit der Religionsgemeinschaften. Es besteht eine Grundrechtskollision, die eine **Interessensabwägung** erfordert.

(a) Bei einer Interessensabwägung sollen – wenn möglich – im Sinne einer *praktischen Konkordanz* alle betroffenen Grundrechte berücksichtigt werden.⁴⁴ Eine theoretische Möglichkeit wäre, den öffentlich-rechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften, die Trauungen für gleichgeschlechtliche Paare verweigern, ihre Anerkennung zu entziehen. Die Religionsgemeinschaften könnten so ihre Religionsfreiheit ausüben und gleichgeschlechtliche Paare würden nicht durch staatliche Akteure ungleich behandelt. Diese Lösung wäre die konsequenteste, allerdings würden öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften so an Privilegien einbüßen und die Mitglieder verlören allenfalls ihre Mitbestimmungsrechte.⁴⁵ Ausserdem liegt die Anerkennung in der Zuständigkeit der Kantone. Die Entziehung der Anerkennung ist ein politischer Prozess, der demokratisch entschieden werden müsste. In die andere Richtung könnte aber auch argumentiert werden, ungleichbehandelte gleichgeschlechtliche Paare hätten die Möglichkeit, aus der Kirche auszutreten. Dieses Argument wurde teilweise bei Fragen der Frauenordination vorgebracht.⁴⁶ Es wird aber zurecht abgelehnt. Schliesslich würden dann gleichgeschlechtliche Paare in ih-

rer Religionsfreiheit verletzt, indem sie nicht in ihrer Kirche heiraten dürfen.⁴⁷ Die Berücksichtigung beider Grundrechte im Sinn einer praktischen Konkordanz scheint bei der vorliegenden Trauungsfrage nicht möglich.

(b) Deshalb muss durch eine Interessensabwägung *einem Grundrecht Vorrang* gegeben werden. So kann auch ein Grundrecht eingeschränkt werden, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind. Meiner Meinung nach geht das Gleichheitsgebot aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklungen der Religionsfreiheit vor. Bereits unter der alten Bundesverfassung galt grundsätzlich der Vorrang des Gleichheitsgebots zwischen Mann und Frau, sofern nicht der Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts betroffen war.⁴⁸ Heutzutage sind die Anforderungen an Ungleichbehandlungen aufgrund der sexuellen Orientierung hoch, weshalb wohl auch für die vorliegende Frage ein grundsätzlicher Vorrang des Gleichheitsgebots gilt. Die Gleichbehandlung insbesondere von gleichgeschlechtlichen Paaren hat in den letzten Jahrzehnten zunehmend an Bedeutung gewonnen, wie zuletzt die Annahme der «Ehe für alle» zeigt. Demgegenüber wird die Sonderstellung der öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen vermehrt kritisiert.⁴⁹

(c) Gemäss HAFNER/ZURKINDEN/REIMANN ist «das Fehlen von Trauungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Nichtdiskriminierung Homosexueller eher hinzunehmen [...], als die Kirchen zu zwingen, Trauungen vorzunehmen, die sich theologisch und ekklesiologisch nicht begründen lassen und die darüber hinaus allenfalls auch zu Kirchenspaltungen

⁴³ STACEY/BIBLARZ (Anm. 34), S. 159 ff.; vgl. BÜCHLER/CLAUSEN (Anm. 33), S. 251 ff. m. w. H.; COPUR (Anm. 34), S. 43 ff.; RAUCHFLEISCH (Anm. 34), S. 516 f. m. w. H.; SIMONI (Anm. 34), S. 52 f.

⁴⁴ GONSER (Anm. 17), S. 180; FELIX HAFNER/DENISE BUSER, Frauenordination via Gleichstellungsgesetz?, AJP 1996, S. 1207–1214, S. 1209.

⁴⁵ Vgl. J.-P. MÜLLER/SCHEFER (Anm. 10), S. 657 f.

⁴⁶ Vgl. M. MÜLLER, Religion im Rechtsstaat (Anm. 20), S. 126 f.

⁴⁷ Vgl. DENISE BUSER, Die unheilige Diskriminierung, Eine juristische Auslegeordnung für die Interessenabwägung zwischen Geschlechtergleichstellung und Religionsfreiheit beim Zugang zu religiösen Leitungssämtern, Zürich 2014, 29 f.; DIESELBE, Dürfen Religionsgemeinschaften Frauen beim Zugang zu religiösen Ämtern diskriminieren? Zur Anwendbarkeit des CEDAW-Übereinkommens bei diskriminierenden religiösen Praktiken in der Ämterbesetzung,

in: Julia Hänni/Sebastian Heselhaus/Adrian Loretan, Religionsfreiheit im säkularen Staat, Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit, Zürich 2018, S. 111–136, S. 127 Fn. 51; M. MÜLLER, Religion im Rechtsstaat (Anm. 20), S. 126 f.

⁴⁸ DENISE BUSER, Verbindlichkeiten und Impulse des staatlichen Gleichstellungsrechts für die Kirchen, in: Denise Buser/Adrian Loretan (Hrsg.), Gleichstellung der Geschlechter und die Kirchen, Ein Beitrag zur menschenrechtlichen und ökumenischen Diskussion, FVRR 3, Freiburg i. Ü. 1999, S. 22–37, S. 28 und 34.

⁴⁹ BELSER (Anm. 19), S. 401 ff.; BUSER, Die unheilige Diskriminierung (Anm. 47), 29 f. und 37 ff.; DIESELBE, Dürfen Religionsgemeinschaften (Anm. 47), S. 111 ff.; GONSER (Anm. 17), S. 167 ff.; MARKUS MÜLLER, Das Religiöse im Staat, ZBJV 155/2019, S. 449–468, S. 459 ff.; DERSELBE, Religion im Rechtsstaat (Anm. 20), S. 125 ff.

führen können.»⁵⁰ Sie verweisen zudem auf die Möglichkeit für Religionsgemeinschaften, Spielräume zu suchen und zu nutzen, um gleichgeschlechtliche Paare zu trauen oder zu segnen. Nach der oben erfolgten Analyse geht das Gleichheitsgebot der Religionsfreiheit vor. Der Zwang von Religionsgemeinschaften zur Trauung von gleichgeschlechtlichen Paaren ist bereits ein *nächster Schritt* – die Folge der Verletzung des Gleichheitsgebots. Daneben gibt es aber andere Möglichkeiten, das Gleichheitsgebot in Religionsgemeinschaften umzusetzen.

(3) Nach dieser Interessensabwägung bleibt es, auf einige **praktische Bedenken** hinzuweisen: Religionsgemeinschaften können zwar theoretisch, unter Androhung des Entzugs der Anerkennung zur Vornahme von gleichgeschlechtlichen Trauungen gezwungen werden, diese werden aber, sofern dies durch die Religionsgemeinschaft nicht anders vorgesehen ist, keine religiöse Gültigkeit erlangen. Eine staatliche Vorgabe für die Voraussetzungen für eine gültige religiöse Trauung wäre stark übergreifend und würde der Trennung von Staat und Kirche zuwiderlaufen.⁵¹ Nach MENSKI ist eine solche Lösung aber auch nicht zielführend, da in einer rechtspluralistischen Gesellschaft religiöse Normen ebenso berücksichtigt werden müssen wie staatliche.⁵² MENSKI stellt dies bildlich mit einem Drachen dar: Die vier Ecken repräsentieren jeweils (1) Ethik und Werte, wozu auch Religion gehört, (2) sozio-kulturelle und sozio-ökonomische Normen, womit Gewohnheiten und Gebräuche gemeint sind, (3) staatliches Recht sowie (4) internationales Recht und Menschenrechte.⁵³ Das Recht muss alle vier Ecken berücksichtigen – ansonsten kann der Drache nicht fliegen.⁵⁴ Deshalb darf der Staat den

Religionsgemeinschaften keine Wertungen überstülpen. Entsprechend scheint eine Neuaushandlung der Anerkennungsbedingungen die einzige Möglichkeit zu sein, diese Grundrechtskollision zu lösen.⁵⁵

(4) Neben diesen praktischen Bedenken sprechen auch das **Vertrauensprinzip** (Art. 5 Abs. 3 BV) und die **Rechtssicherheit** gegen eine plötzliche Verpflichtung der Religionsgemeinschaften, gleichgeschlechtliche Paare zu trauen. Die Kantone müssen Stellung beziehen und die Anforderungen an die Religionsgemeinschaften klar kommunizieren. Den Religionsgemeinschaften ist eine Bedenkzeit einzuräumen, in der sie sich überlegen können, wie sie sich an die neuen staatlichen Anforderungen anpassen. Der Dialog mit den Religionsgemeinschaften über ihre Anerkennungsbedingungen wird diesen Anforderungen gerecht.

3.2 Für öffentlich anerkannte Religionsgemeinschaften

Öffentlich anerkannte Religionsgemeinschaften sind grundsätzlich nicht Grundrechtsadressatinnen. Je nach Anerkennungsvoraussetzungen müssen sie sich allerdings an die Grundrechte halten, weshalb die Verweigerung der Trauung für gleichgeschlechtliche Paare zu einer Neuverhandlung ihrer Anerkennungsbedingungen führen kann.⁵⁶ In extremis kann ihnen die Anerkennung auch entzogen werden.

3.3 Für privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften

Privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften sind nicht an die Grundrechte gebunden. Sie können deshalb gleichgeschlechtlichen Paaren eine

⁵⁰ HAFNER/ZURKINDEN/REIMANN (Anm. 5), S. 365.

⁵¹ Vgl. DENISE BUSER, *Dürfen Religionsgemeinschaften* (Anm. 47), S. 136.

⁵² WERNER MENSKI, *Flying Kites in a Global Sky: Pluralist Legal Theorising in a Secular Environment*, in: Roberto Scarciglia/Werner Menski (Hrsg.), *Islamic Symbols in European Courts*, San Giuliano Milanese 2014, S. 1–19, S. 10 ff.

⁵³ MENSKI, *Flying Kites* (Anm. 52), S. 11 f.; WERNER MENSKI, *Remembering and Applying Legal Pluralism: Law as Kite Flying*, in: Seán Patrick Donlan/Lukas Heckendorn Urschler (Hrsg.), *Concepts of Law, Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives*, Dorchester 2014, S. 91–108, S. 99 ff.; für eine bildliche Darstellung

s. WERNER MENSKI, *Law as a kite: managing legal pluralism in the context of Islamic finance*, in: Valentino Cattelan, *Islamic Finance in Europe, Towards a Plural Financial System*, Cheltenham 2013 UK, S. 13–31, S. 26, Abbildung 2.4.

⁵⁴ WERNER MENSKI, *Flying Kites* (Anm. 52), S. 11 f.

⁵⁵ Vgl. GIUSEPPE GRACIA, *Wenn die Landeskirche Homosexuellen und Frauen nicht gleiche Rechte einräumt, muss sie sich vom Staat abkoppeln*, NZZ vom 23. Juni 2022, abrufbar unter <<https://www.nzz.ch/feuilleton/landeskirchen-druck-auf-die-religionsfreiheit-waechst-ld.1688268>>.

⁵⁶ Vgl. BUSER, *Dürfen Religionsgemeinschaften* (Anm. 47), S. 130 f.

Trauung verweigern, ohne staatliche oder strafrechtliche Konsequenzen zu fürchten.⁵⁷

Fazit

(1) Aus einer grundrechtlichen Sicht können **öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften** durch den Staat verpflichtet werden, religiöse Trauungen für gleichgeschlechtliche Paare anzubieten. Diese Trauungspflicht für öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften ist aber nicht unproblematisch. Schliesslich hat der Staat selbst gleichgeschlechtliche Paare bis ins Jahr 2022 diskriminiert. Die staatliche Umkehr, die sich nun auf Religionsgemeinschaften auswirken soll, steht dem Vertrauensprinzip (Art. 5 Abs. 3 BV) und der Rechtssicherheit entgegen. Dies umso mehr, als die Auswirkungen der staatlichen Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare auf öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften bis anhin nicht diskutiert wurden. Deshalb sollte den Religionsgemeinschaften eine Übergangsfrist gewährt werden, in denen sie sich für oder gegen eine Anpassung entscheiden können. Weigert sich eine Religionsgemeinschaft, die Ehe auch nach der Übergangsfrist für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen, sollen die Kantone die Anerkennungsbedingungen mit der betreffenden Religionsgemeinschaft neu verhandeln.⁵⁸ Es ist an den Kantonen, die Durchsetzung des Gleichheitsgebots durch das Anerkennungssystem sicherzustellen, indem sie betroffene Religionsgemeinschaften über ihre Pflicht, gleichgeschlechtliche Paare gleich zu behandeln und entsprechend Trauungsmöglichkeiten für gleichgeschlechtliche Paare vorzusehen, informieren und ihnen die Möglichkeit bieten, auf ihre Anerkennung zu verzichten, wodurch sie sich von ihrer

Gleichbehandlungspflicht befreien können.⁵⁹ Der Staat gibt also lediglich vor, dass die öffentlich-rechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften das Gleichheitsgebot einhalten müssen, er gibt jedoch nicht vor, wie diese Einhaltung zu erfolgen hat.⁶⁰ Fehlt diese Wahlmöglichkeit der Religionsgemeinschaften, ist jede staatliche Regelung, die Religionsgemeinschaften zur Vornahme von Trauungen gleichgeschlechtlicher Paare verpflichtet, übergriffig.

(2) Bei **öffentlich anerkannten Religionsgemeinschaften** muss zunächst überprüft werden, ob die Anerkennung im betreffenden Kanton an Voraussetzungen geknüpft ist. Sind öffentlich anerkannte Religionsgemeinschaften an die Grundrechte gebunden, so ist eine Neuverhandlung ihrer Anerkennungsbedingungen angezeigt. Wird die Einhaltung der Grundrechte allerdings nicht vorausgesetzt, dürfen öffentlich anerkannte Religionsgemeinschaften gleichgeschlechtlichen Paaren die Trauung verweigern.

(3) **Privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften** sind nicht an die Grundrechte gebunden. Sie können deshalb nicht durch den Staat verpflichtet werden, Trauungen gleichgeschlechtlicher Paare vorzunehmen.

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass das heutige Anerkennungssystem aufgrund verschiedener Wertverschiebungen an seine Grenzen stösst. So wird die staatliche Privilegierung der römisch-katholischen Kirche insbesondere aufgrund der Frauendiskriminierung zunehmend kritisiert.⁶¹ Auch die gesellschaftliche Akzeptanz unterschiedlicher Lebensformen, für die sich verschiedene Religionsgemeinschaften noch nicht geöffnet haben, hat in den letzten Jahrzehnten stark zugenommen und lässt an der Rechtfertigung staatlicher Privilegien für grundrechtsverletzende Religionsgemeinschaften

⁵⁷ HAFNER/ZURKINDEN/REIMANN (Anm. 5), S. 375.

⁵⁸ Vgl. BELSER (Anm. 19), S. 412 ff.

⁵⁹ Vgl. M. MÜLLER, Das Religiöse im Staat (Anm. 49), S. 459 ff.; DERSELBE, Religion im Rechtsstaat (Anm. 20), S. 127 f.

⁶⁰ BUSER, Dürfen Religionsgemeinschaften (Anm. 47), S. 136.

⁶¹ BELSER (Anm. 19), S. 401 ff.; DENISE BUSER, Dürfen Religionsgemeinschaften (Anm. 47), S. 111 ff.; GONSER (Anm. 17), S. 165 ff.; ADRIAN LORETAN, Grundrechte innerhalb der Religionsgemeinschaften – oder: Individuum contra Kollektiv, in: Julia Hänni/Sebastian Heselhaus/Adrian Loretan, Religionsfreiheit im säkularen Staat, Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland

und weltweit, Zürich 2018, S. 167–192, S. 167 ff.; M. MÜLLER, Das Religiöse im Staat, (Anm. 49), S. 459 ff.; DERSELBE, Religion im Rechtsstaat (Anm. 20), S. 125 ff.; anders die ältere Literatur, vgl. z. B. STELLA AHLERS, Gleichstellung der Frau in Staat und Kirche – ein problematisches Spannungsverhältnis, Diss. Luzern, Münster 2006, S. 155 ff.; HAFNER/BUSER (Anm. 44), S. 1212 (in Bezug auf das Gleichstellungsgesetz und nicht auf das Diskriminierungsverbot); ANDREAS KLEY, Das Religionsrecht der alten und neuen Bundesverfassung, in: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung, FVRR 10, Freiburg i. Ü. 2001, S. 1–31, S. 15 und 31.

zweifeln. Meines Erachtens ist eine Anpassung des Anerkennungssystems angezeigt, sodass dieses den neugewonnenen Werten der Gesellschaft gerecht wird. Wie dieses neue Anerkennungssystem aussieht und welche Voraussetzungen mit der Anerkennung verbunden werden sollen, sind jedoch politische und nicht juristische Fragen.

Kontakt:

Institut für Religionsrecht

Avenue de l'Europe 20, CH-1700 Freiburg

Tel. +41 26 300 80 23

E-Mail: religionsrecht@unifr.ch

www.unifr.ch/ius/religionsrecht