

Torheit und Ärgernis

Der Fall „Lautsi gegen Italien“ vor dem EGMR

Harald Erkens*

Als Torheit und Ärgernis müsse das Kreuz empfunden werden, schreibt Paulus im ersten Jahrhundert, als er seine *theologia crucis* entwirft: „Wir dagegen verkünden Christus als den Gekreuzigten: für Juden ein empörendes Ärgernis, für Heiden eine Torheit.“¹ Nach Paulus ist das Kreuz Sinnbild für die durch den Tod Christi bewirkte Erlösung der Menschheit. Das ist die Paradoxie, das „Skandalon“ des Evangeliums, dass sich Gottes Größe gerade in Schmach und Erniedrigung zeigt. Den Heiden muss dies närrisch vorkommen, die Juden müssen dies als ungeheure Provokation verstehen.

Rund 2000 Jahre später scheint sich die Rede von Torheit und Ärgernis des Kreuzes auch vor nationalen wie internationalen Gerichten zu bewahrheiten. Nachdem sich das BVerfG im Jahre 1995 mit der Frage, ob die Anbringung von Kreuzen in staatlichen Schulen mit dem GG vereinbar sei, auseinandergesetzt und dies verneint hat, befasste sich der EGMR nun zum ersten Mal mit einem sehr ähnlichen Fall. Die 2. Kammer entschied im letzten Jahr, dass Kruzifixe in Unterrichtsräumen nicht mit der EMRK vereinbar seien. Das Urteil stieß, wie seinerzeit der Beschluss des BVerfG, auf flächendeckende Kritik, die sich nicht nur im wissenschaftlichen Diskurs äußert, sondern sich auch in einer breiteren Öffentlichkeit Gehör verschafft. Wo nämlich über ein Kreuz in einer staatlichen Schule gestritten wird, geht es immer auch um die Identität des Gemeinwesens.

Im Rahmen einer vorläufigen Bilanz – mit dem endgültigen Urteil der Großen Kammer des EGMR ist nicht vor Ende dieses Jahres zu rechnen – sollen Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Kruzifix-Entscheidungen dargestellt und bewertet werden.

I. Die „via crucis“: vom Klassenzimmer zum EGMR

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Soile Lautsi, italienische Staatsbürgerin finnischer Abstammung, schickte ihre beiden Kinder (damals 11 und 13 Jahre alt) während des Schuljahres 2001/2002 in eine staatliche Schule in Abano Terme in der Region Veneto. Dort hing an den Wänden jedes Unterrichtsraumes ein Kruzifix. Lautsi vertrat die Auffassung, dieser Umstand verstoße gegen säkulare Grundsätze, die in der Verfassung angelegt seien und nach denen sie ihre Kinder erziehen wolle, und verlangte die Entfernung der Kruzifixe. Dem kam die Schulleitung nicht nach.

Lautsi zog am 23.7.2002 vor das regionale Verwaltungsgericht. Neben säkularen Grundsätzen sah sie auch die Neutralität des Staates verletzt. Am 14.1.2004 gab das Verwaltungsgericht dem Antrag Lautsis statt, die Sache dem Corte Costituzionale vorzulegen. Vor dem italienischen Verfassungsgericht wies die Regierung darauf hin, dass das Kreuz nicht bloß ein religiöses Symbol, sondern auch die „Flagge“ der ka-

tholischen Kirche sei, die als einzige Kirche in der Verfassung genannt werde. Das Kreuz sei daher auch Staatssymbol. Das Verfassungsgericht erklärte sich am 15.12.2004 für unzuständig, weil es sich bei den angegriffenen Regelungen nicht um Gesetzesrecht handele. Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wurde wiederaufgenommen, am 17.3.2005 wurde die Klage zurückgewiesen. Die Berufung der Klägerin wies der Consiglio di Stato am 13.2.2006 ebenfalls zurück. Die Gerichte betonten, das Kruzifix sei Symbol der Geschichte, der Kultur und damit der Identität Italiens. Des Weiteren stehe das Kreuz für Werte des zivilen Lebens wie Gleichheit, Freiheit und Toleranz und repräsentiere so auch den weltlichen Staat. Daraufhin erhob Lautsi in ihrem Namen und für ihre Kinder Individualbeschwerde zum EGMR. Mit Urteil vom 3.11.2009 stellte der Straßburger Gerichtshof eine Verletzung des elterlichen Erziehungsrechts gem. Art. 2 1. ZP EMRK sowie der Religionsfreiheit gem. Art. 9 EMRK fest und verurteilte den Staat Italien, der Klägerin 5.000 € als Ersatz für den entstandenen immateriellen Schaden zu zahlen.² Am 28.1.2010 ging Italien in Berufung und beantragte gem. Art. 43 Abs. 1 EMRK die Überprüfung des Urteils durch die

* Der Verfasser ist Doktorand und als Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Redaktion Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland bei Prof. Dr. Dr. h.c. Josef Isensee tätig.

¹ 1Kor 1, 23.

² EGMR, Rs. Lautsi gegen Italien, Nr. 30814/06, Rn. 6 ff., zitiert nach der französischen Fassung, in: <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>.

Große Kammer des EGMR. Die Beschwerde wurde am 2.3.2010 angenommen.

2. Reaktionen

Die Öffentlichkeit nimmt von vielen Urteilen des EGMR kaum Notiz, die Rezeption bleibt der Fachwelt vorbehalten. Völlig anders stellt sich die Situation im Fall Lautsi gegen Italien dar: Das Urteil führte zu Stürmen der Entrüstung, die in der Geschichte des EGMR beispiellos sind. Ministerpräsident Silvio Berlusconi kündigte sogleich an, das Urteil auf keinen Fall befolgen zu wollen. Dem Protest schlossen sich Politiker der Regierungs- wie auch der Oppositionsparteien an. Kulturminister Sandro Bondi prophezeite, Europa näherte sich durch solche Entscheidungen dem politischen Scheitern. Vielerorts sind Kreuze vor und in öffentlichen Einrichtungen angebracht worden, während sich kommunale Stellen vergewissern, dass bereits vorhandene Kreuze an ihrem Ort bleiben. Bei Entfernung eines Kreuzes wird mancherorts eine Geldbuße fällig. Die große Mehrheit der Bevölkerung hält das Urteil für verfehlt.³ Auch außerhalb Italiens sind die Gegner zahlreich. An deren Spitze stehen zehn weitere Vertragsstaaten, die der Beschwerde Italiens im Rahmen der „third party intervention“ gem. Art. 36 Abs. 2 EMRK beigetreten sind.⁴

II. Rückblick: das Kreuz in Karlsruhe

Eine erste Gemeinsamkeit der beiden Kreuzfix-Entscheidungen lässt sich vorab benennen: das unerhörte Aufsehen, das sie erregt haben. Keine Entscheidung des höchsten deutschen Gerichts fand so wenig Zustimmung wie der Beschluss des 1. Senats vom 16.5.1995, der die entsprechende Norm der bayerischen Volksschulordnung für nichtig erklärte. Schon das Abstimmungsergebnis spiegelt den Dissens: Der Spruchkörper entschied mit der knappen Mehrheit von 5:3 Stimmen, zwei Sondervoten sprechen eine deutliche Sprache.⁵ Das BVerfG, das über keinerlei Zwangsmittel verfügt und mehr als jedes andere deutsche Gericht auf Akzeptanz angewiesen ist, sank zeitweilig im Ansehen der Bevölkerung.⁶ In der Literatur führte der Beschluss zu einer bis dahin nicht

gekannten Flut von Reaktionen.⁷ Die Kritik setzt auf jeder Stufe der Grundrechtsprüfung an.

1. Schutzbereich

Das BVerfG führt aus, dass neben der positiven Freiheit, einen Glauben zu haben, danach zu leben und zu handeln sowie an kultischen Handlungen teilzunehmen, auch die negative Freiheit, nicht zu glauben und kultischen Handlungen fernzubleiben, geschützt werde. Dies gelte ebenso für religiöse Symbole, über deren Anerkennung oder Ablehnung der Einzelne entscheiden dürfe. In Verbindung mit dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG umfasse die Religionsfreiheit auch das Recht zu religiös-weltanschaulicher Erziehung. Nach Meinung des BVerfG besteht im zu entscheidenden Fall eine vom Staat geschaffene Lage, in der der Einzelne ohne Ausweichmöglichkeit dem Einfluss eines bestimmten Glaubens ausgesetzt ist.⁸

Dem wird entgegengehalten, die Ausstattung von Unterrichtsräumen sei gar kein grundrechtliches Thema für ein Abwehrrecht wie die Religionsfreiheit. Grundrechtliche Freiheit beziehe sich auf den eigenen Glauben und das eigene glaubensgeleitete Handeln, nicht aber auf die Umwelt, in der der Glaube ausgeübt werde. Die gesellschaftliche Umwelt ergebe sich aus dem Wirken aller Grundrechtsträger und entziehe sich daher der Disposition des Einzelnen. Gleiches gelte für die staatliche Umwelt, in der sich, wie in der Schule, die staatliche Allgemeinheit verkörpere. Der Erziehungsauftrag des Staates sei demokratisch begründet, nicht aber grundrechtlich legitimiert wie das Erziehungsrecht der Eltern.⁹

2. Eingriff

Ein Eingriff in die Religionsfreiheit wird vom BVerfG mit mehreren Argumenten angenommen. Kreuze in Unterrichtsräumen führten zusammen mit der allgemeinen Schulpflicht dazu, dass die Schüler von Staats wegen gezwungen seien, „unter dem Kreuz“ zu lernen. Die hiervon ausgehende Wirkung sei nach Dauer und Intensität größer als die, die etwa von einem Kreuz im Gerichtssaal ausgehe. Das Kreuz habe zudem appellativen Charakter. Der Inhalt des Appells bestehe in der religiös-christlichen Aussage, die von

³ <http://www.kath.net/detail.php?id=24447>.

⁴ Hierbei handelt es sich um Armenien, Bulgarien, Griechenland, Litauen, Malta, Monaco, Rumänien, die Russische Föderation, San Marino und Zypern.

⁵ Sondervotum der Richter *Otto Seidl* und *Alfred Söllner* und der Richterin *Evelyn Haas*, in: BVerfGE 93, 1 (25 ff.); Sondervotum der Richterin *Haas*, in: BVerfGE 93, 1 (34 ff.).

⁶ Nachweise bei *Josef Isensee*, Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation, in: ZRP 1996, S. 10 (15). Vgl. *Jutta Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsrechtlicher Entscheidungen, in: dies., „Im Namen des Volkes“, 1999, S. 165 ff.

⁷ Eine Auswahl zustimmender sowie (mehrheitlich) ablehnender Stellungnahmen bei *Axel von Campenhausen*, Religionsfreiheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts (= HStR) VII, 32009, § 157 Rn. 134, N 323.

⁸ BVerfGE 93, 1 (15 f.).

⁹ *Isensee* (N 6), S. 12 f. – Zur Unterscheidung der zwei Legitimationsquellen *Christian Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: HStR III, 32005, § 33 Rn. 1 ff.

ihm als befolgungswürdig ausgewiesen werde.¹⁰ Von anderer Seite wird das Vorliegen eines Eingriffs jedoch verneint oder zumindest bezweifelt. Geschützt werde nämlich – was auch das BVerfG betont¹¹ – nicht das Recht, von religiösen Handlungen und Symbolen verschont zu werden. Grundrechtlicher Schutz erfahre vielmehr die religiöse Autonomie des Einzelnen. Selbstbestimmung aber schließe äußere Einflüsse nicht aus, sondern setze diese gerade voraus. Erst wo der äußere Einfluss nicht mehr vom Willen des Einzelnen beherrschbar sei, komme grundrechtlicher Schutz zum Tragen. Durch den bloßen Anblick des Schulkreuzes, von dem weder ein starker optischer Reiz noch eine subtil-manipulative Wirkung ausgehe, werde diese Schwelle jedenfalls nicht überschritten. Ferner repräsentiere das Kreuz eine Fülle von Sinnbezügen, das BVerfG aber habe trotz des Grundsatzes der verfassungskonformen Auslegung genau jene Auslegungsmöglichkeit gewählt, die mit der Verfassung unvereinbar sei.¹²

3. Rechtfertigung

Nach Auffassung des BVerfG ist der Eingriff nicht gerechtfertigt. Zwar müsse der Staat in Erfüllung seines Erziehungsauftrags aus Art. 7 Abs. 1 GG nicht völlig auf religiös-weltanschauliche Bezüge verzichten. Auch der zur Neutralität verpflichtete Staat könne nämlich die kulturell vermittelten und historisch verwurzelten Wertüberzeugungen, die ihn prägten, nicht abstreifen. Jedoch könne das Spannungsverhältnis von positiver und negativer Religionsfreiheit nicht nach dem Mehrheitsprinzip aufgelöst werden, denn gerade die Glaubensfreiheit diene in besonderem Maße dem Schutz von Minderheiten.¹³

Auch hier regt sich Widerspruch: Die Schule habe den Auftrag, auch die vorrechtliche Substanz des Staates weiterzugeben und zu erneuern, aus der der Verfassungsstaat lebe. Hierzu gehörten Herkunftsbesusstsein, Ethos, Kultur und Religion. Der Beschluss ziele dagegen auf eine Laisierung der Schule, die das GG nicht fordere. Das Toleranzgebot dürfe nicht im Zeichen des Minderheitenschutzes einseitig gegen die Mehrheit in Stellung gebracht werden, vielmehr könne auch von der Minderheit Toleranz verlangt werden.¹⁴ Nach dem oben Gesagten wird außerdem

bestritten, dass hier die positive mit der negativen Religionsfreiheit überhaupt in Konflikt gerät. Wenn nämlich die Entscheidung über das Vorhandensein eines Kreuzes grundrechtlich ungebunden sei, könne weder im Rahmen der positiven Religionsfreiheit die Anbringung eines Kreuzes begehrt werden, noch sei es Ausdruck der negativen Religionsfreiheit, die Entfernung des Kreuzes zu verlangen.¹⁵

III. Kompromiss: die „Bayerische Lösung“

Nachdem die Debatte um den Karlsruher Kruzifix-Beschluss kulturkämpferische Züge angenommen hatte, waren die Folgen weniger dramatisch.¹⁶ Ein Kompromiss wurde bald gefunden: Das Bayerische Erziehungs- und Unterrichtsgesetz ordnet in § 7 Abs. 3 S. 1 zunächst für alle Volksschulen an, dass angesichts der geschichtlichen und kulturellen Prägung Bayerns in jedem Klassenraum ein Kreuz angebracht wird. Nach S. 3 hat, wenn der Anbringung des Kreuzes aus ernsthaften und einsehbaren Gründen des Glaubens oder der Weltanschauung durch die Erziehungsberechtigten widersprochen wird, der Schulleiter eine gütliche Einigung anzustreben. Gelingt dies nicht, so hat er gem. S. 4 für den Einzelfall eine Regelung zu treffen, die die Glaubensfreiheit des Widersprechenden achtet und die religiös-weltanschaulichen Überzeugungen aller Betroffenen zu einem gerechten Ausgleich bringt. Dabei ist auch der Wille der Mehrheit, soweit möglich, zu berücksichtigen. Die „Bayerische Lösung“, die, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung unbeanstandet,¹⁷ den Konflikt zwar nicht lösen, doch zumindest entschärfen kann, markiert einen vorläufigen Endpunkt im deutschen Kruzifix-Streit.

IV. Nunmehr: das Kreuz in Straßburg

Die EMRK gilt als das erfolgreichste System des Menschenrechtsschutzes.¹⁸ Sie wird als Teil des „ord-

¹⁰ 2010, Art. 4 Rn. 29.

¹¹ Christian Hillgruber, Können Minderheiten Mehrheiten blockieren?, in: Kirche und Recht 2010, S. 8 ff., zitiert nach dem Manuskript, S. 6.

¹² Vgl. Ino Augsberg/Kai Engelbrecht, Staatlicher Gebrauch religiöser Symbole im Licht der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: JZ 2010, S. 450 (454); Thilo Marauhn, Die Bewältigung interreligiöser Konflikte in multireligiösen Gesellschaften, in: Hartmut Lehmann (Hg.), Koexistenz und Konflikt von Religionen, 2004, S. 12 (18).

¹³ BayVerfGH, in: NJW 1997, S. 3157 ff.; ebenso BVerwGE 109, 40. Hiernach ist die Widerspruchslösung mit der BayVerf bzw. mit dem GG vereinbar. Vgl. Nichtannahmebeschluss des BVerfG bzgl. einer gegen die Entscheidung des BayVerfGH gerichteten Verfassungsbeschwerde, in: NJW 1999, S. 1020 f.

¹⁴ Hans Christian Krüger/Jörg Polakiewicz, Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa, in: EuGRZ 2001, S. 92 (95).

¹⁰ BVerfGE 93, 1 (17 ff.).

¹¹ BVerfGE 93, 1 (16).

¹² Matthias Jestaedt, Grundrechtsschutz vor staatlich aufgedrängter Ansicht, in: Josef Isensee u.a. (Hg.), Festschrift für Joseph Listl, 1999, S. 259 (274 ff.); Juliane Kokott, in: Michael Sachs (Hg.), GG-Kommentar, 42007, Art. 4 Rn. 40: „eher theatralisch als sachlich-nüchtern“; Isensee (N 6), S. 14. – Selbst unter den theologischen Deutungen ist die eingangs erwähnte nur eine von vielen.

¹³ BVerfGE 93, 1 (21 ff.).

¹⁴ Christian Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bd. 1,

re public européen¹⁹ apostrophiert und ist im Laufe der Zeit mit dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten sowie mit dem Recht der EU in ein Verhältnis umfassender Wechselbeziehung getreten.²⁰ Ihren Erfolg verdankt sie vor allem der gerichtsförmigen Ausgestaltung sowie der Möglichkeit der Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK, die einen wirkungsvollen prozeduralen Hebel darstellt und derzeit 812 Millionen Menschen in 47 Vertragsstaaten effektiven Rechtsschutz bietet.²¹ Dementsprechend wird der EGMR als ein „europäisches Verfassungsgericht“ betrachtet.²² Die Vertragsstaaten sind gem. Art. 46 Abs. 1 EMRK verpflichtet, rechtskräftige Urteile des EGMR zu befolgen, gem. Abs. 2 wacht darüber das Ministerkomitee. Urteile des EGMR binden nur die an dem Verfahren beteiligten Parteien („inter partes“). Von der Bindungswirkung ist allerdings die Orientierungswirkung zu unterscheiden, die gegenüber allen Vertragsstaaten gilt. Wenn auch das Urteil des EGMR die unbeteiligten Staaten nicht bindet, so bindet doch Art. 1 EMRK alle Vertragsstaaten. Weichen nationale Gerichte von der Rechtsprechung des EGMR ab, kann dies Anlass zur Feststellung einer Konventionsverletzung sein. Nicht ohne eine gewisse Berechtigung wird daher von einem „quasi erga omnes-Effekt“²³ der Urteile des EGMR gesprochen.

1. Auffassung der 2. Kammer

Nach dem Urteil der 2. Kammer des EGMR hat der Staat sich jeder Parteinahme für einen bestimmten Glauben zu enthalten. Dies gelte vor allem an Orten, an denen Personen von ihm abhängig oder besonders verletzlich seien. Die Schule sei ein empfindlicher Bereich, in dem der Gewalt des Staates junge Menschen ausgesetzt seien, denen die Fähigkeit zu kritischer Distanz fehle. In einem Land, in dem die Mehrheit der Bevölkerung einer bestimmten Religion angehöre, könnten Schüler unter Druck geraten, wenn sie mit dem Symbol dieser Religion konfrontiert würden, ohne diesen Glauben zu teilen. Das Kreuzifix, das im Klassenzimmer unmöglich nicht bemerkt werden könne, sei zwar mehreren Deutungen zugänglich, doch dominiere die Deutung als religiöses Symbol.

¹⁹ Peter Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, in: EuGRZ 1991, S. 261 (265).

²⁰ Vgl. Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 42009, §§ 3 f.

²¹ Ratifikationstabelle bei Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, *EMRK-Kommentar*, 32009, S. 724 ff.

²² Vgl. Helmut Goerlich, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg als ein europäisches Verfassungsgericht*, in: Robert Esser u.a. (Hg.), *Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung*, 2004, S. 101 ff.

²³ Georg Ress, *Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit*, in: ZaöRV 64 (2004), S. 621 (630).

Schüler gewännen den Eindruck, in einem Umfeld erzogen zu werden, das von einer bestimmten Religion geprägt sei. Dies sei vielleicht für einige religiöse Schüler ermutigend, doch könne es diejenigen Schüler emotional verstören, die keinem oder einem anderen Bekenntnis anhängen. Die negative Religionsfreiheit sei nicht beschränkt auf die Abwesenheit von Gottesdiensten oder religiöser Erziehung, sondern erfasse auch Praktiken und Symbole, die einen Glauben, eine Religion oder auch Atheismus repräsentierten. Die negative Religionsfreiheit verdiene besonderen Schutz, wenn der Staat einen bestimmten Glauben in einer Situation zum Ausdruck bringe, der sich Anders- oder Nichtgläubige nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und unter Opfern entziehen könnten. Eine Rechtfertigung ergebe sich weder aus dem Wunsch anderer Eltern, die eine religiös beeinflusste Erziehung bejahten, noch aus einem anzustrebenden Kompromiss mit politischen Parteien christlicher Prägung. Der Staat habe in der Schule Neutralität zu gewährleisten, da der Schulbesuch unabhängig von der Religionszugehörigkeit verpflichtend sei und der Unterricht die Schüler zu kritischem Denken befähigen müsse. Es sei nicht einzusehen, dass ein Symbol, das vernünftigerweise mit dem Katholizismus zu assoziieren sei, dem erzieherischen Pluralismus diene, der für eine demokratische Gesellschaft essentiell sei. Die Anbringung eines religiösen Symbols im Klassenzimmer beschränke das Recht der Eltern, ihre Kinder nach ihren Überzeugungen zu erziehen, sowie das Recht der Schüler zu glauben bzw. nicht zu glauben. Die Kammer nimmt daher einstimmig an, dass die gerügte Handlung gegen Art. 2 1. ZP EMRK i.V.m. Art. 9 EMRK verstößt.²⁴

2. Kritik

a) Negative Religionsfreiheit

In einem Punkt ist dem EGMR sogleich zuzustimmen: Das Klassenzimmer ist ein sensibler Raum. Neben dem Elternhaus ist die Schule der zentrale Ort, an dem die Weichen für die Wertorientierung der nächsten Generationen gestellt werden.²⁵ Wo jungen Menschen das Rüstzeug für die Zukunft gegeben werden soll und der Staat so auch die Voraussetzungen für sein eigenes Fortbestehen schafft, sind religiös-weltanschauliche Belange immer von Bedeutung, bergen aber auch Konfliktpotential.

Nach der oben erwähnten Auffassung ist die Entfernung des Schulkreuzes kein Akt negativer Religionsfreiheit, ebenso wie dessen Verbleib kein Ausdruck positiver Religionsfreiheit ist. Wie es aber schon das

²⁴ EGMR (N 2), Rn. 48 ff.

²⁵ Vgl. Hillgruber (N 15), S. 7.

BVerfG getan hat, stellt sich auch der EGMR auf den Standpunkt, dass die negative Religionsfreiheit auch die Begegnung mit religiösen Symbolen erfasst. Konsequenterweise hätten die Richter sich dann auch mit der positiven Religionsfreiheit der übrigen Schüler auseinandersetzen müssen. Diese aber klingt nur mittelbar an.²⁶ Dem Übergewicht der Aussagen über die negative Religionsfreiheit entspricht der Satz „Ce droit négatif mérite une protection particulière...“.²⁷ Unabhängig von der Frage, ob das Schulkreuz überhaupt Thema für ein Abwehrrecht ist, bleibt festzuhalten: Positive und negative Religionsfreiheit werden gleichermaßen geschützt.²⁸ Wird der negativen gegenüber der positiven Religionsfreiheit der Vorrang gegeben, führt dies zu einem religionsfeindlichen Klima. Genügt allein die Behauptung des Einzelnen, in seiner negativen Religionsfreiheit beeinträchtigt zu sein, wird die Religion aus dem öffentlichen Leben weitgehend verbannt. Eine derartige Herrschaft religionsfeindlicher Meinungen aber ist mit dem Wesen der Religionsfreiheit unvereinbar. Ein Vorrang der negativen Religionsfreiheit lässt sich auch nicht damit begründen, dass diese, weil sie in einem Untertanen bestehe, niemanden verletze. Auch eine energisch laizistische Haltung fördert ihrerseits eine Weltanschauung, nämlich den Laizismus.²⁹ Da der EGMR die positive Religionsfreiheit weitgehend ignoriert, fragt er auch nicht nach einem möglichen Kompromiss, vergleichbar der „Bayerischen Lösung“.³⁰ Ebenso wie das BVerfG hat auch der EGMR keine Bedenken, einen Eingriff zu bejahen. Die Einwände sind indes dieselben: Die bloße Begegnung mit dem Kreuz führt bei Schülern weder zur Erweckung zum christlichen Glauben, noch führt sie zur Zersetzung eines anderen Glaubens.³⁰ Bestünde ein solcher Zusammenhang von Ursache und Wirkung, müsste der Nachweis erbracht werden. Der Nachweis bleibt aus, bezeichnenderweise sind die Formulierungen des EGMR vage („peut constituer une pression sur les élèves“³¹, „peut être perturbant émotionnellement“³²), obwohl das Ergebnis umso deutlicher ausfällt. Die Kammer wählt einzelne Aspekte aus, die das gewünschte Ergebnis tragen sollen.³³

²⁶ EGMR (N 2), Rn. 55 f.

²⁷ EGMR (N 2), Rn. 55.

²⁸ Statt aller *Frowein/Peukert* (N 21), Art. 9 Rn. 6 ff.

²⁹ v. *Campanhausen* (N 7), § 157 Rn. 130, 133; *Starck* (N 14), Art. 4 Rn. 31. Vgl. *Hans Michael Heinig*, Verschleierte Neutralität, in: JZ 2010, S. 357 (359 f.).

³⁰ Vgl. *Stefan Huster*, Neutralität ohne Inhalt?, in: JZ 2010, S. 354 (355) - *Huster* steht zwar in Opposition zu *Heinig* (N 29), teilt mit diesem aber die Kritik am Kreuzfix-Urteil des EGMR.

³¹ EGMR (N 2), Rn. 50.

³² EGMR (N 2), Rn. 55.

³³ Ebenso *Augsberg/Engelbrecht* (N 16), S. 453 f.: „schlaglichtartige Gesichtspunkte“.

b) Art. 2 1. ZP EMRK und nationale Eigenheiten
Seit der Übernahme der Schule durch den Staat begegnet hoheitliches Handeln in Gestalt der Aufsicht über Organisation und Inhalte des Unterrichts bürgerlicher Freiheit in Gestalt des elterlichen Erziehungsrechts. Im Rahmen der Rechtfertigung hat das BVerfG daher die Frage gestellt, ob der staatliche Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG geeignet ist, die Religionsfreiheit zu beschränken. Der EGMR dagegen sagt lediglich – was nicht zu beanstanden ist –, dass die Interessen christlich geprägter Eltern und politischer Parteien nicht rechtfertigungsfähig seien. Die staatliche Schulaufsicht wird nicht erörtert. Dies verwundert zunächst nicht. Die Materie entzieht sich nicht nur dem rechtlichen Dürfen, sondern auch dem faktischen Können einer internationalen Konvention. Die EMRK errichtet keine staatliche Ordnung, sondern gewährleistet einen Mindeststandard an Freiheits- und Gleichheitsrechten. Eine Art. 7 GG entsprechende Regelung ist in der EMRK daher nicht zu finden. Art. 2 1. ZP EMRK gibt den Eltern das Recht, ihre Kinder zu erziehen, der Staat hat bei Ausübung seiner erzieherischen Aufgaben die Interessen der Eltern zu berücksichtigen. Er muss Konflikte entschärfen, indem er Möglichkeiten zur Befreiung und alternative Angebote schafft, jedwede Indoktrination bleibt unzulässig.³⁴ Planung und Ausgestaltung des Unterrichts aber fallen grundsätzlich in die Kompetenz der Mitgliedstaaten. Vor allem sind diese nicht gehindert, in der Schule religiöse und philosophische Kenntnisse zu vermitteln. Dürften die Eltern sich hiergegen wenden, könnte jedes System staatlichen Unterrichts zu Fall gebracht werden. Wo der EGMR sich nicht der staatlichen Schulaufsicht als Rechtfertigungsgrund bedienen kann, hat er auch sonst nicht über Fragen der Angemessenheit zu urteilen, die von Staat zu Staat anders ausfallen können.³⁵ Der Staat ist zu Neutralität verpflichtet, doch darf und muss er sich mit solchen Wertvorstellungen identifizieren, die sich aus seiner Ordnung ergeben und zu deren Achtung er erziehen will. Welche Wertvorstellungen unter das Neutralitäts- und welche unter das Identifikationsgebot fallen, ist zunächst ihm selbst überlassen. Der EGMR bezieht jedoch das Neutralitätsgebot schlechthin auf jede Wertorientierung religiös-weltanschaulicher Art und greift so jenseits der EMRK in die Verfassungshoheit der Mitgliedstaaten ein.³⁶

³⁴ *Grabenwarter* (N 20), § 22 Rn. 78.

³⁵ Vgl. *Frowein/Peukert* (N 21), Rn. 10 – Verweis auf EGMR, Rs. Folgerø u.a. gegen Norwegen, Nr. 15472/02.

³⁶ *Augsberg/Engelbrecht* (N 16), S. 455.

c) Neutralität des Staates und „margin of appreciation“

Der EGMR betont in ständiger Rechtsprechung, dass den Mitgliedstaaten eine Beurteilungsspanne, genannt „margin of appreciation“ / „marge d'appréciation“, verbleiben müsse, die bei der Kontrolle durch den Gerichtshof stets zu beachten sei.³⁷ Damit ist ein Instrument zur Hand, mit dem der EGMR seine Kontrollichte variieren und flexibel auf die jeweiligen Umstände reagieren kann. Gerade dieses Instrument trägt dem Standort des EGMR in der Aufgabenverteilung zwischen europäischem Gericht und nationalen Gerichten und Behörden sowie dem subsidiären Charakter europäischer Kontrolle Rechnung.³⁸

Obwohl die italienische Regierung explizit auf diesen Grundsatz hinweist,³⁹ erwähnt ihn der Gerichtshof mit keinem Wort. Der EGMR begnügt sich mit dem Hinweis, dass die Neutralität des Staates für eine demokratische Ordnung wesensnotwendig sei. An dieser Aussage ist inhaltlich nichts auszusetzen, doch hilft sie in dieser Allgemeinheit, die an einen Besinnungsaufsatz erinnert, hier nicht weiter. Wenn der Gerichtshof schon das Argument staatlicher Neutralität ins Feld führt, hätte er sich hierzu ausführlicher äußern müssen, denn einen diesbezüglichen europäischen Konsens gibt es nicht. Er selbst hat dies in der Vergangenheit immer wieder betont und gerade in diesem Zusammenhang auf eine weite „margin of appreciation“ hingewiesen.⁴⁰ Die EMRK kann einen solchen Konsens schon deshalb nicht verordnen, weil bis heute mehrere Mitgliedstaaten eine Staatskirche kennen.⁴¹ Dies wurde bislang mit der EMRK für vereinbar gehalten. Nationale Geschichte und individuell gewachsene Eigenheiten der europäischen Staaten spiegeln sich gerade in den jeweiligen religionsverfassungsrechtlichen Verhältnissen wider.⁴² Ein einförmiges säkulares Europa ist nicht historisch gewachsen, sondern fingiert. Der EGMR hätte auf einem Gebiet, das in hohem Maße von den nationalen Besonderheiten der 47 Vertragsstaaten geprägt ist, seiner ständigen Rechtsprechung treu bleiben und die „margin of appreciation“-Doktrin beachten müssen. Zu Recht wird gesagt, dass der EGMR, wo es um Gestaltungsspielräume der EMRK-Mitgliedstaaten

³⁷ Exemplarisch: EGMR, Rs. Handyside gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 5493/72, Rn. 47 ff.

³⁸ Ronald St. J. Macdonald, The margin of appreciation, in: ders. u.a. (Hg.), The European System for the Protection of Human Rights, 1993, S. 83 ff.; Grabenwarter (N 20), § 18 Rn. 20 f.

³⁹ EGMR (N 2), Rn. 38, 41.

⁴⁰ Vgl. EGMR, Rs. Wingrove gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 17419/90, Rn. 58.

⁴¹ Zu staats- und volkswirtschaftlichen Modellen in Europa Axel von Campenhausen/Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 42006, S. 338 ff.

⁴² v. Campenhausen/de Wall (N 41), S. 344.

geht, in jüngster Zeit strenger vorgeht als der EuGH in Fragen der EU.⁴³

V. Ausblick

Dass die Große Kammer das fehlerhafte Urteil korrigiert, ist nicht unmöglich, wäre aber doch eine Überraschung. Sollte sie dagegen das Urteil bestätigen, wäre nur Italien unmittelbar daran gebunden; gleichwohl wären die übrigen Staaten von der Orientierungswirkung betroffen. Wenn sich also künftig nationale Gerichte mit vergleichbaren Sachverhalten befassen, würden sie die Aspekte, die der EGMR berücksichtigt hat, in die eigene Abwägung einbeziehen müssen. Würden sie nach eingehender Beschäftigung der völkerrechtlichen Auffassung nicht folgen wollen, läge es bei ihnen, dies nachvollziehbar zu begründen.⁴⁴ Vor dem möglichen Vorwurf einer Konventionsverletzung wären sie nicht gefeit. Die „Bayerische Lösung“ würde wohl vor dem EGMR bestehen. Sie gibt aber keine Antwort darauf, wie der geforderte „gerechte Ausgleich“ auszusehen hat. Wenn nur ein einziger Schüler und dessen Eltern mit entsprechender Begründung die Abnahme des Kreuzes fordern, wird dies in der Praxis fast immer zur Entfernung des Kreuzes führen.⁴⁵

Was für das BVerfG gilt, gilt umso mehr für den EGMR: Dieser ist erst recht auf Akzeptanz angewiesen. Gerade ein europäischer Gerichtshof sollte bedenken, dass das Kreuz nicht nur für nationale, sondern auch für übernationale Gemeinsamkeit steht. Die geistige Einheit Europas ist vor allem das historische Werk des Christentums.⁴⁶ Dieses bildet den Boden, auf dem das Gemeinwesen Europas gewachsen ist. Auch die EU verleugnet ihre christlichen Gene nicht völlig, sondern gibt in der Präambel der Grundrechtecharta ihre geistige Herkunft zu erkennen: „In dem Bewusstsein ihres geistig-religiösen und sittlichen Erbes gründet sich die Union auf die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität.“ Das Urteil des EGMR ist jedoch auf eine Laisierung Europas angelegt, die den Europarat bei Ausarbeitung der EMRK nicht umgetrieben hat und die angesichts der geschilderten Reaktionen auch 60 Jahre später keinem gesellschaftlichen Konsens entsprechen dürfte.

⁴³ So Rudolf Streinz, Kruzifixe in Schulen – ein Verstoß gegen die Menschenwürde?, in: zur Debatte (Themen der Kath. Akademie in Bayern), Heft 1/2010, S. 1 ff.

⁴⁴ Instruktiv zum Verhältnis von EGMR und BVerfG das „Görgülü-Urteil“, in: BVerfGE 111, 307 (324 ff.).

⁴⁵ Vgl. Hillgruber (N 15), S. 10.

⁴⁶ Isensee, Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in: ders. (Hg.), Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 21994, S. 103 (110 ff.).