

Prof. Dr. Jörg Paul Müller

## Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?

---

In absehbarer Zeit wird sich das Bundesgericht zur Frage äussern müssen, wie es mit dem Minarettverbot in der Bundesverfassung umgehen will. Der Autor macht eine Auslegeordnung und versucht eine Prognose.

---

Rechtsgebiet(e): Gedankenfreiheit. Glaubens- und Gewissensfreiheit

Zitiervorschlag: Jörg Paul Müller, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in: Jusletter 1. März 2010

## Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Die einzelnen Argumentationsstränge und ihre Würdigung
- III. Schlussfolgerung
- IV. Das Problem des *ius cogens*

### I. Problemstellung

[Rz 1] Das Bundesgericht wird sich zur Frage äussern müssen, wie es mit der neuen Bestimmung in der BV betr. Minarettverbot umgehen will. Der wahrscheinlichste Weg, auf dem die Frage nach Lausanne kommen wird, ist die Beschwerde einer bauwilligen (natürlichen oder juristischen) Person, die eine Moschee mitsamt einem Minarett errichten will und vor allen kantonalen Instanzen mit Hinweis auf die genannte Verfassungsbestimmung eine Niederlage erleidet.

[Rz 2] Die Problematik des neuen Minarettverbots liegt rechtlich betrachtet in seiner Kollision mit dem Diskriminierungsverbot in Verbindung mit der Religions- bzw. Bekenntnisfreiheit, wie sie die Bundesverfassung und internationale Konventionen garantieren. In der Folge wird die Frage untersucht, mit welchen Argumenten sich das Bundesgericht auseinandersetzen müssen, sofern es als letzte nationale Gerichtsstanz angerufen wird. Im Folgenden ist der Einfachheit halber nur von der Religionsfreiheit die Rede, das vielleicht sogar im Vordergrund stehende Diskriminierungsverbot ist jedoch stets mitzubedenken.

[Rz 3] Gehen wir von der Annahme aus, das Bundesgericht sehe sich gezwungen, zur Frage des rechtlichen Status des Art. 72 Abs. 3 BV Stellung zu nehmen, und es gelinge ihm nicht, der harten Frage der Kollision des neuen Minarettverbots mit den genannten Grund- und Menschenrechten auszuweichen etwa mit dem Hinweis, dass der Bau ohnedies nicht bewilligt werden könne, etwa weil andere Hindernisse im Wege stehen. Welche möglichen Argumentationen zeichnen sich für die Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit Art. 72 Abs. 3 BV ab?

### II. Die einzelnen Argumentationsstränge und ihre Würdigung

[Rz 4] **1. Argument:** Die Volksinitiative wurde vom Parlament als gültig erklärt und von der Mehrheit von Volk und Ständen angenommen. Sie verbietet den Bau von Minaretten. Die Bestimmung sei self-executing und bedürfe somit keiner Ausführung durch den Gesetzgeber.

[Rz 5] *Würdigung:* Kein Rechtssatz ist ohne Auslegung «anwendbar». Wer definiert den Begriff «Minarett»? Es entspricht unbestrittener Auslegungslehre, dass eine Norm auch im Rahmen des jeweiligen gesetzlichen oder dogmatischen Systems, also in Zusammenhang mit der Gesamtordnung einer Materie oder im Hinblick auf die Stellung einer Norm im Gesetzes- bzw. Verfassungstext auszulegen ist (sog. systematische Auslegung, die neben die grammatikalische, die

historische und teleologische Auslegung tritt.). Die systematische Auslegung des Minarettverbots verlangt, dieses in Zusammenhang mit andern Verfassungsbestimmungen, etwa den Grundrechten, zu interpretieren. Es muss die Frage beantwortet werden, welchen Stellenwert das Verbot innerhalb der Gesamtordnung der Verfassung einnimmt.

[Rz 6] **2. Argument:** Wie ist der Konflikt mit der Religionsfreiheit und insbesondere mit der Bekenntnisfreiheit des Art. 15 Abs.2 BV zu lösen? Als dogmatische Lösung bietet sich die Regel von der *lex posterior*, vom Vorrang des späteren Gesetzes vor dem früheren, an. Art. 72 Abs. 3 hätte demnach Art. 15 derogiert.

[Rz 7] *Würdigung:*

- a. Dieser Schlussfolgerung stellt sich die in Rechtsprechung und Lehre erhärtete Regel entgegen, wonach alles Verfassungsrecht grundsätzlich gleichwertig ist (In der Literatur ist gelegentlich von «einerlei Verfassungsrecht» die Rede). Auf Grund dieser Ansicht *müssen verschiedene Bestimmungen der Verfassung zu praktischer Konkordanz gebracht werden, d.h. sie sind so auszulegen, dass sie sich gegenseitig nicht ausschliessen oder bedeutungslos erscheinen lassen*. Im Sinne dieser Lehre müsste versucht werden, das Minarettverbot so auszulegen, dass von der Bekenntnisfreiheit der BV so viel wie möglich übrig bleibt und dem Verbot doch sinngemäss Nachachtung verschafft wird. Das Bundesgericht müsste in diesem Sinn das Minarettverbot so auslegen, dass der Eingriff in die Religionsfreiheit verhältnismässig bleibt: Ein Minarett, das schlicht auf den Zweck zugeschnitten ist, den Kultusort der Muslime auch gegen aussen sichtbar zu machen, ohne mit unnötiger Theatralik oder einfach Grösse in unangemessener Weise Aufmerksamkeit zu erheischen, müsste toleriert werden. Eine solche Verfassungenauslegung würde auch die Beachtung der Garantie des Art. 9 EMRK erlauben (dazu unten).
- b. Es wird aber auch vertreten, dass nicht alles Verfassungsrecht gleichwertig sei, sondern dass gewisse Bestimmungen höheren Geltungsrang besitzen als andere: Eine extreme Form dieser Ansicht ist im deutschen Grundgesetz verankert mit der Bestimmung über unabänderliches Verfassungsrecht (sog. «Ewigkeitsklausel», Art. 19 Abs. 2 und Art. 79 Abs.3). In der Schweiz war vor allem in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts die Diskussion lebhaft, ob es auch in der Schweiz unabänderliches Verfassungsrecht gebe (sog. materiale Schranken der Verfassungsrevision). Im 21. Jahrhundert hat sich diese Diskussion etwas auf die Frage verlagert, inwieweit aus Art. 7 der BV mit der Garantie der Menschenwürde und ihrer Konkretisierung in den einzelnen Grundrechten ein höherwertiges Verfassungsrecht etwa im Vergleich zu reinen Kompetenzbestimmungen

bestehe. Das Bundesgericht hat zeitweilig sogar unter den Grundrechten Wertungsunterschiede bejaht: Es hat etwa der Wirtschaftsfreiheit eine geringere oder andere Normativität zuerkannt als etwa den sog. ideellen Freiheitsrechten wie Meinungsfreiheit oder dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz.<sup>1</sup> Unterschiede im Geltungsgrad von einzelnen Grundrechtsgehalten wurden in der Verfassung mit der Anerkennung von Kerngehalten der Grundrechte festgeschrieben.

[Rz 8] Weitergehend misst eine auch heute wieder aktuelle staatsrechtliche Auffassung den Grundpfeilern der demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung eine besondere Bedeutung innerhalb der Verfassung zu: Dazu gehören neben den fundamentalen Grundrechten des Menschen auch Grundsätze der Gewaltenteilung, Garantien elementarer Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes oder des gleichen Stimm- und Wahlrechts aller Bürger. Das Bundesgericht hat die Geltung solch elementarer Verfassungsgehalte besonders im letzten Jahrhundert sogar ohne Grundlage im Verfassungstext, etwa in der Form ungeschriebener Grundrechte anerkannt.<sup>2</sup>

[Rz 9] Aus diesen Überlegungen folgt, dass sich zumindest die Pflicht zur *Abwägung* zwischen der Tragweite eines neuen Verbotsartikels in der Verfassung und den traditionellen Grundrechtsgehalten ergibt. Als Massstab wird allenfalls der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 und 3 Abs. 3) beizuziehen sein.

[Rz 10] **3. Argument:** Völkerrecht geht Landesrecht vor. Dieser Satz entspricht einer langen Tradition des Bundes, und es war auch die Absicht, ihm in Art. 5 Abs. 4 BV Ausdruck zu geben. Eine starke Lehrmeinung und auch eine gut belegbare Praxis hat einer völkerrechtlichen Bestimmung, die als self-executing erscheint, auch dann Vorrang vor dem schweizerischen Landesrecht zuerkannt, wenn dieses neueren Datums ist als die völkerrechtliche Norm. So wurde einer Staatsvertragsbestimmung der Vorrang vor einem späteren Bundesgesetz eingeräumt. Da die Regel über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht allgemeiner Natur ist, also die Gesamtheit des (jedenfalls unmittelbar anwendbaren) Völkerrechts dem gesamten Landesrecht gegenübersteht, ist der Vorrang des Völkerrechts auch gegenüber einer Bestimmung der Bundesverfassung (als Teil des Landesrechts) zu bejahen, jedenfalls im gleichen Umfang wie gegenüber einer Bestimmung eines Bundesgesetzes. Die Schweiz hat sich mit der Ratifikation der Wiener Vertragsrechtskonvention vorbehaltlos zur Regel bekannt, dass sich ein Staat nicht

auf eine Bestimmung seines innerstaatlichen Recht berufen kann als Rechtfertigung für die Nichteinhaltung eines völkerrechtlichen Vertrages (Art. 27 VRK).

[Rz 11] *Würdigung:* Folgt man dieser Lehre und Praxis, hat die neue Bestimmung des Landesrechts (gleichgültig, ob es sich um Gesetzes- oder Verfassungsrecht handelt), der älteren völkerrechtlichen Norm zu weichen. Dies würde zum Ergebnis führen, dass ein Widerspruch des neuen Minarettverbots als Landesrecht dem als self-executing geltenden Konventionsrecht, das die Schweiz ratifiziert hat, weichen muss.

[Rz 12] **4. Argument:** Die genannte Lehre und Praxis hat einen Einbruch durch die sog. *Schubertpraxis* erlitten. Sie besagt, dass ein Gesetz, mit dem der Gesetzgeber (praktisch ist das Parlament gemeint) willentlich eine völkerrechtliche Regel verletzte, dem Völkerrecht vorgeht.

[Rz 13] Die Schubertpraxis des Bundesgerichts ist etwas isoliert geblieben, sie ist aber auch nie klar widerrufen worden, trotz vielfältiger Kritik in der Lehre.

[Rz 14] *Würdigung:* Die Praxis ist nach Ansicht des Autors an sich fragwürdig. Im konkreten Fall des Minarettverbots ist auch durch die Materialien (etwa die Protokolle der Beratungen in den Räten) nicht erwiesen, dass der Gesetzgeber bewusst Völkerrecht verletzen wollte oder einen Völkerrechtsbruch bewusst in Kauf nahm. Die Argumentation im Gesetzgebungsprozess lautete von Seiten der Befürworter vielmehr, es liege keine Kollision mit Völkerrecht, konkret mit den Menschenrechtsverträgen vor, an die die Schweiz gebunden sei.

[Rz 15] **5. Argument:** Die neuere Praxis des Bundesgerichts hat sich dahin entwickelt, dass der Vorrang des Völkerrechts vor jedem Gesetzesrecht jedenfalls dann gegeben sei, wenn es sich um Konventionen zum Schutz der Menschenrechte handle<sup>3</sup>. In dieser von der Lehre durchwegs bestätigten Praxis ist eine klare Beschränkung der Schubertpraxis zu sehen: Diese soll jedenfalls dann nicht Anwendung finden, wenn menschenrechtliche Garantien betroffen sind, denn deren Vorrang bejahte das Bundesgericht in Kenntnis der Schubertpraxis ohne Vorbehalt.<sup>4</sup>

[Rz 16] *Würdigung:* Unter dem Aspekt des Vorrangs völkerrechtlicher Menschenrechtsgarantien kann das Bundesgericht nicht anders verfahren, wenn es sich um Gesetzgebung handelt als wenn es sich um Gesetzgebung handeln würde. Der Vorrang des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes ist in jedem Fall zu beachten. Damit läuft die kritische Frage allein darauf hinaus, ob nach Ansicht des Bundesgerichts der Bau eines Minaretts unter den Schutzbereich der Glaubensfreiheit fällt, wie sie namentlich in der EMRK und

<sup>1</sup> Dazu etwa Jörg Paul Müller, in: Merten /Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Heidelberg und Zürich 2007, Rz 53-55; Maya Hertig Randall, in: Thomas Cottier/Rachel Liechti-McKee u.a. (Hrsg.): Die Schweiz und Europa, vdf, Zürich 2010, S. 275, Müller/Schäfer, Grundrechte, 4. Aufl., S. 368 f.

<sup>2</sup> S. dazu jetzt ausführlich Elisabeth Chiariello, Richterrecht in der Verfassung? (Berner Habilitationsschrift), Zürich 2009, insbes. S. 103 - 120

<sup>3</sup> Sog. PKK-Praxis: Hinweise etwa bei Jörg Paul Müller, in: Thomas Cottier/Rachel Liechti-McKee u.a. (Hrsg.): Die Schweiz und Europa, vdf, Zürich 2010, Seite 282).

<sup>4</sup> In diesem Sinn überzeugend Elisabeth Chiariello (Fn. 2) S. 80 f.

in UNO Pakt II als self-executing Norm verankert ist. Nach Ansicht des Autors ist diese Frage namentlich aufgrund der Rechtsprechung des EGMR zu bejahen. Es kann sich dann höchstens noch die Frage stellen, ob die Anwendung des Minarettverbots im konkreten Fall eine Einschränkung der Bekenntnisfreiheit darstellt, die «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» sei «für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer». (Art. 9 Abs.2 EMRK) Diese Frage ist nach Ansicht des Autors zu verneinen, sofern ein Minarett seine religiöse Zielsetzung als Ausdruck eines kollektiven Bekenntnisses einer Glaubensgemeinschaft nicht überschreitet, und etwa mit seiner Auffälligkeit, Grösse oder ganz ungewöhnlichen Gestaltung nicht blosser Ausdruck eines Machtstrebens oder einer Verdrängungsbewegung gegenüber andern Gemeinschaften wird.<sup>5</sup>

[Rz 17] **6. Argument:** Art. 190 BV bezeichnet das für das Bundesgericht in allen Fällen «massgebende Recht» mit folgendem Wortlaut: «Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend». Für das Bundesgericht gelten also ausschliesslich Bundesgesetze und Völkerrecht als die massgeblichen Erkenntnisquellen des anwendbaren Rechts. Eine wörtliche Auslegung ergibt für unsern Fall, dass das Bundesgericht Völkerrecht anwenden muss, da dieses für den konkreten Fall eine massgebliche Norm (Glaubens- mit Bekenntnisfreiheit) enthält, während auf Gesetzesstufe keine Regel entgegensteht. Ist das eine zu rabulistische Auslegung von Art. 190 BV? Dies wäre zu bejahen, wenn der angeführte Wortlaut nicht eine tiefere Bedeutung hätte, die an sich in Lehre und Praxis unbestritten ist: Das Bundesgericht soll nicht die Verfassung durchsetzen, sondern die Bundesgesetzgebung und diese in Konkurrenz zum Völkerrecht. Das Wort «Verfassung» wurde also nicht etwa versehentlich in Art. 190 weggelassen, sondern aus dem klaren Entscheid gegen eine Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts gegenüber der Bundesgesetzgebung. Um es nochmals anders zu formulieren: Art. 190 BV ordnet im Falle eines Konflikts zwischen Bundesgesetzgebung und Verfassung an, dass das Bundesgericht dem Gesetz folge. Analoges bestimmt es dem Wortlaut nach bezüglich eines Konflikts zwischen Verfassung und Völkerrecht: Massgebend ist das Völkerrecht. Nun ist aber offensichtlich, dass in andern Fällen das Bundesgericht die Bundesverfassung doch anwenden muss, etwa im Rahmen der (subsidiären Verfassungsbeschwerde). In all diesen Fällen liegt aber nicht ein Konflikt zwischen der

Verfassung und einem Bundesgesetz oder Völkerrecht vor. Die Verbindlichkeit der Bundesverfassung in diesen Fällen ist völlig unbestritten.

[Rz 18] Es ist nun zu fragen: Gilt die Zurückbindung des Bundesgerichts in der Durchsetzung der Verfassung nach Art. 190 BV auch gegenüber Neuerungen der Verfassungsgesetzgebung? Gibt es Gründe, die im vorliegenden Fall für eine Massgeblichkeit der Verfassung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts sprechen oder soll man schlicht dem Wortlaut von Art. 190 BV folgen, der solche Massgeblichkeit ausschliesst? Was würde rechtfertigen, die Durchsetzung der Verfassung durch das Bundesgericht gegenüber völkerrechtlichen Konventionen zu rechtfertigen, sie aber gegenüber Bundesgesetzen zu untersagen?

[Rz 19] *Würdigung:* Völkerrechtliche Verträge werden in ähnlichen Verfahren durch das Parlament und zum Teil durch Referenden legitimiert wie Gesetze. Insofern besteht kein Anlass, internationalen Verträgen, die durch die innerstaatlichen Verfahren und die notwendigen Akte der auswärtigen Gewalt legitimiert wurden, eine mindere Stellung einzuräumen als Bundesgesetzen. Das Bundesgericht soll beide im Rahmen der heutigen Rechtslage respektieren und nicht im Namen der Verfassung in ihrer Geltung beeinträchtigen oder ihre Inhalte «korrigieren». Diese für sich vielleicht etwas trockene oder gar dogmatische Argumentation bekommt jedoch ihr volles Gewicht, wenn man die erhärtete bundesgerichtliche Praxis ernst nimmt, wonach den *menschenrechtlichen* Konventionsbestimmungen des Völkerrechts eine höhere Stellung einzuräumen ist als Bundesgesetzen. Diese grundsätzliche Privilegierung des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes<sup>6</sup> gegenüber der landesrechtlichen Ordnung muss sich nach Ansicht des Autors dahin auswirken, dass die wörtliche Anwendung von Art. 190 BV im vorliegenden Fall nicht nur aus formalen, sondern auch mit substantiellen Gründen als gerechtfertigt erscheint. Das Bundesgericht hat nach heutiger Rechtslage weder Bundesgesetzte noch menschenrechtliche Verpflichtungen der Schweiz auf ihre Verfassungskonformität zu überprüfen. Die beim konkreten Verbot eines Minaretts «massgebliche» menschenrechtliche Norm der Bekenntnisfreiheit könnte nur unter den in Art. 9 Ziffer 2 EMRK genannten Vorbehalten eingeschränkt werden, also etwa in dem Fall, dass ein Minarett nach Dimension, Platzierung oder grotesker Gestaltung in einer pluralistischen Gesellschaft als nicht tolerabel erscheint, weil es nicht gemeinverträglich ist, oder mit andern Worten wegen des permanenten Anstosses, den es für Andersgläubige oder Nichtgläubige in unzumutbarer Weise bewirkt. Nur in diesem Rahmen könnte sich das neue Minarettverbot gegen die Religionsfreiheit durchsetzen.

<sup>5</sup> Für eine vertiefte Behandlung der Tragweite und Schranken der Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK siehe jetzt Andreas Kley/Alexander Schaer, Gewährleistet die Religionsfreiheit einen Anspruch auf Minarett und Gebetsruf, in: Tanner/Müller/Mathwig/Lienemann (Hrsg.), Streit um das Minarett, TVZ, Zürich 2009, S. 87 ff. (nachpubliziert in der vorliegenden Jusletter-Ausgabe: Andreas Kley / Alexander Schaer, Gewährleistet die Religionsfreiheit einen Anspruch auf Minarett und Gebetsruf?, in: Jusletter 1. März 2010).

<sup>6</sup> Diese Privilegierung hat auch pragmatische Gründe: Das Bundesgericht will zu Recht keine Urteile fällen, die allenfalls nach Art. 122 BGG revidiert werden müssen.

### III. Schlussfolgerung

[Rz 20] Ich komme nach Abwägung aller Argumente zum Ergebnis, dass das Bundesgericht an den Vorrang des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes als gegenüber dem Landesrecht höherrangiger und unmittelbarer Anwendung fähiger Norm gebunden ist. Es hat im konkreten Fall innerhalb des Spielraums der Garantie des Art. 9 EMRK zu fragen, ob im neuen Minarettverbot eine in einer demokratischen Gesellschaft vertretbare Beschränkung der Bekenntnisfreiheit zum Ausdruck kommt, die allenfalls verhältnismässig durchzusetzen ist.

Prof. em. Dr. Jörg Paul Müller war Ordinarius an der Universität Bern mit dem Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht sowie Rechtsphilosophie und Einführung in die Rechtswissenschaft. Zudem war er Lehrbeauftragter für Verfassungsrecht, Staatstheorie und politische Ethik an den Universitäten Freiburg, Basel, St. Gallen und an der ETH Zürich.

---

\* \* \*

### IV. Das Problem des *ius cogens*

[Rz 21] Das Parlament hat mit der Gültigerklärung der Minarettinitiative seinerzeit verneint, dass diese gegen zwingendes Völkerrecht verstosse. Juristisch interessant ist die Frage, ob diese Stellungnahme zum *ius cogens* nur deklaratorisch oder konstitutiv sei. Mit andern Worten: Könnte das Bundesgericht trotz des parlamentarischen Entscheids zum Ergebnis kommen, es liege doch eine Verletzung von zwingendem Völkerrecht vor? Der Autor möchte diese Frage klar bejahen, denn das *ius cogens* ist zunächst ausschliesslich eine Frage des Völkerrechts, an das jeder Staat gebunden ist, ganz unabhängig von seiner internen Gesetzgebung. Massgeblich für eine zeitgemässe Umschreibung des heutigen *ius cogens* sind die Quellen des Völkerrechts, also etwa die Staatenpraxis, die völkerrechtlichen Verträge, die internationale Gerichtsbarkeit usw. Eine andere Frage ist, ob durch die Aufnahme des Begriffs «zwingendes Völkerrecht» in die geltende Bundesverfassung auch ein autonomer Begriff entstanden ist oder legitimiert wurde, der sich unabhängig von der weiteren Entwicklung des Völkerrechts entfalten kann. Bedingung wäre allerdings in jedem Fall, dass sich der verfassungsrechtliche Begriff nicht enger sein darf als es das Völkerrecht zulässt.

[Rz 22] Es lohnt sich m.E., die hier gestellte Frage kurz aufzuwerfen, da sie sich auch bei einer andern Initiative, deren Behandlung in den Räten pendent ist, durchaus als relevant erweisen könnte. Die Ausschaffunginitiative sieht nach ihrem Wortlaut eine ganz unnachsichtige Ausweisung bestimmter Personen vor. Dass sie *nach ihrem Wortlaut* Verletzungen des *ius cogens* zulässt, geben sowohl der Bundesrat in seiner Botschaft als auch die Initianten in neueren Stellungnahmen zu, indem sie argumentieren, die Initiative sei eben so auszulegen, dass sie nicht zu Verstössen gegen das *ius cogens* führe. Damit ist aber implizit auch gesagt, dass eine strikte Auslegung nach dem Wortlaut eben eine solche Verletzung bewirken könnte, und nach meiner Ansicht wären alle rechtsanwendenden Instanzen, auch das Bundesgericht, gehalten, solche Missachtungen des zwingenden Völkerrechts aufzuhalten.