

Luca Cirigliano

Umsetzungsszenarien der Anti-Minarettinitiative

Das Minarettverbot wirft Fragen zur Implementation auf. Nach der im Folgenden erläuterten Ansicht verstösst es gegen die Europäische Menschenrechtskonvention, namentlich gegen das darin verankerte Diskriminierungsverbot. Heute besteht in der Schweiz aber kein Vorrang allgemeinen, nichtzwingenden Völkerrechts gegenüber Bundesgesetzen. Eine Ausserkraftsetzung des neuen Art. 72 Abs. 3 BV durch das Bundesgericht könnte daher nicht ohne grösste staatspolitische Probleme vonstatten gehen. Der einzige Ausweg stellt eine Lösung de lege ferenda dar, eine tief greifende Reform der heutigen Verfassungsordnung.

Rechtsgebiet(e): Gedankenfreiheit. Glaubens- und Gewissensfreiheit

Zitiervorschlag: Luca Cirigliano, Umsetzungsszenarien der Anti-Minarettinitiative, in: Jusletter 1. März 2010

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Direkte Anwendbarkeit der Verfassungsbestimmung
- III. Rechtstaatliche Probleme bei der Umsetzung von Art. 72 Abs. 3 BV
 1. Prüfung möglicher Verstösse gegen Bundesrecht
 - a. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV)
 - b. Verstoß gegen die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)
 - c. Art. 72 Abs. 3 BV im Verhältnis zum restlichen Verfassungsrecht
 2. Prüfung möglicher Verstösse gegen die EMRK
 - a. Verstoß gegen die Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK)
 - b. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK)
 - c. Verstoß gegen zwingendes Völkerrecht aus EMRK?
- IV. Mögliche Konsequenzen aus einer allfälligen Verurteilung durch den EGMR
 1. Zur Umsetzung eines EGMR-Entscheides
 - a. Deklaratorische Wirkung eines EGMR-Urteils
 - b. Restitutio in integrum beim Minarettverbot?
 2. Mögliche Lösungsansätze de lege ferenda und lata
 - a. «Toleranzartikel» statt Minarettverbot
 - b. Einführung eines Vorranges der EMRK als europäisches ius cogens
 - c. Pilot Judgements des EGMR?
 - d. Suspendierung bzw. Ausschluss der Schweiz aus dem Europarat?
- V. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Die am 29. November 2009 vom Souverän angenommene Initiative «Gegen den Bau von Minaretten»¹ ergänzt Artikel 72 der Bundesverfassung (BV)² mit einem dritten Absatz, der die Errichtung neuer Minarette³ in der Schweiz umfassend verbietet. Dieser neue Abs. 3 nimmt die Stellung der Bestimmung ein, die es bis zur Volksabstimmung vom 10. Juni 2001 der katholischen Kirche nicht erlaubte, ohne Genehmigung des Bundes neue Bistümer zu errichten.⁴ Es stellt sich nun die Frage, wie die Initiative umgesetzt werden kann und welche rechtlichen Konsequenzen daraus erwachsen könnten. Zu erwähnen bleibt, dass die Initiative trotz anfänglicher Bedenken vom Bundesrat als gültig i.S.v. Art. 139 Abs. 3 BV angesehen wurde. Die Initiative verletzt kein zwingendes Völkerrecht (ius cogens) und musste deshalb Volk

¹ Die am 8. Juli 2008 mit 113 540 gültigen Unterschriften zu Stande gekommen ist, BBI 2008 6851.

² SR 101.

³ Es besteht kein einheitlicher architektonischer Kanon des Minarettts. In Anbetracht der bestehenden Formenvielfalt ist jedes turmähnliche Bauelemente im Zusammenhang mit einem islamischen Gebetsraum als Minarett anzusehen, ebenfalls andere turmartige Konstruktionen mit einer islamischen religiösen Funktion, die nicht mit einer Moschee in Verbindung stehen; vgl. dazu die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates BBI 2008 7626; ferner Petra Bleisch Bouzar, Von Wohnungen und Fabrikhallen zu repräsentativen Moscheen – aktuelle Bauvorhaben von Moscheen und Minaretten in der Schweiz in: René Pahud de Mortanges/Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), Bau und Umwandlung religiöser Gebäude = Le patrimoine religieux face à l'immobilier et la construction, Zürich 2007, S. 55 ff.

⁴ AS 2001 2262. Dieser aus der Zeit des sog. Kulturkampfes stammende diskriminierende Bistumsartikel scheint in den letzten Jahrzehnten die Gemüter nicht mehr erhitzt zu haben.

und Ständen zur Abstimmung vorgelegt werden.⁵ Kurz nach der Annahme des Verfassungsartikels wurde erfolglos versucht, das Verbot abstrakt mit Beschwerde ans Bundesgericht anzufechten.⁶

II. Direkte Anwendbarkeit der Verfassungsbestimmung

[Rz 2] Als Erstes muss die Fragen gestellt werden, ob der neue Verfassungsartikel direkt anwendbar ist oder einer Ausführungsgesetzgebung bedarf. Der neue Absatz der Verfassung ist kurz, er hält einfach fest, dass der Bau von Minaretten verboten ist.⁷ Bestehende Minarette oder rechtskräftig bewilligte Minarette fallen deshalb nicht unter das Verbot.⁸ Sollte kantonales (Bau-)Recht vorsehen, dass bei allfälligen hängigen, noch nicht rechtskräftigen Baugesuchen altrechtliche Bestimmungen angewendet werden, wird dieses lokale Recht durch die derogatorische Kraft des Bundesrechts ohne weiteres gebrochen.⁹

[Rz 3] Wegen seiner sprachlichen Prägnanz und des einfach zu ermittelnden rechtlichen Inhalts (absolutes Verbot des Baus von Minaretten) ist die Bestimmung hinreichend bestimmt und klar, so dass sie als Grundlage eines Rechtsanwendungsaktes dienen kann; die Norm ist mithin justizierbar.¹⁰ Eine direkte Anwendbarkeit des neuen Art. 72 Abs. 3 BV ist also zu bejahen. In zeitlicher Hinsicht kann festgehalten werden, dass der neue Artikel per sofort in Kraft tritt, gem. Art. 195 BV.

III. Rechtstaatliche Probleme bei der Umsetzung von Art. 72 Abs. 3 BV

[Rz 4] Summarisch soll zuerst geprüft werden, inwiefern

⁵ BBI 2008 7609 ff. Gleicher Meinung, aber kritisch mit Hinblick auf eine Behandlung vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) Alexander Schaer, Das Minarett im (politischen) Kreuzfeuer. Rechtliche Überlegungen anlässlich der Einreichung der «Minarettinitiative», in AJP/PJA 2008, S. 1133 ff. Vgl. dazu auch die Ausführungen unten im Kapitel IV.

⁶ Vgl. Urteile des BGer 1C_527/2009 und 1C_529/2009 vom 14. Dezember 2009.

⁷ BBI 2008 7608.

⁸ Der allfälligen Entscheidung muss formelle Rechtskraft erwachsen sein, d.h. die Baubewilligung darf nicht mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden können, vgl. dazu Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann: Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N. 322 ff. und 990. Das hängige Minarett-Baugesuch von Langenthal fällt also bereits unter das Minarettverbot.

⁹ Vgl. statt vieler Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N. 1171 ff. (Fall von materiellem Widerspruch und daraus folgender Nichtigkeit des bundesrechtswidrigen kantonalen Rechts).

¹⁰ Zur analogen Praxis bei völkerrechtlichen Bestimmungen vgl. BGE 118 Ia 112, 117.

Schweizer Recht durch den neuen Verfassungsabsatz verletzt wird und ob dadurch Konsequenzen für die gerichtliche Behandlung von allfälligen Beschwerden wegen verweigerter Minarett-Baubewilligungen entstehen könnten. Später soll darauf eingegangen werden, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auf eine nach Strassburg weiter gezogene Klage reagieren dürfte und welches die Konsequenzen für die Umsetzung der Verfassungsbestimmung sein könnten.

1. Prüfung möglicher Verstösse gegen Bundesrecht

a. Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV)

[Rz 5] Art. 8 Abs. 1 BV (Rechtsgleichheit) bestimmt, dass ein Erlass gegen die Rechtsgleichheit verstösst, wenn Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit nicht gleich behandelt wird;¹¹ hierbei kommt dem Gesetzgeber jedoch eine erhebliche Gestaltungsfreiheit zu.¹² Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV verbietet Ungleichbehandlung wegen der Herkunft, der Rasse oder der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung und soll so Schutz gegen soziale Ausgrenzung bieten.¹³ Im Fall des neuen Art. 72 Abs. 3 stellt sich also die Frage, ob das Verbot, Minarette zu bauen, das Rechtsgleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot verletzt. Gibt es einen vernünftigen Grund, hier eine rechtliche Unterscheidung zu treffen und nur islamische Türme zu verbieten? Die Argumentation der Initiativbefürworter, Minarette stellten ein extremistisches Symbol und ein Anspruch auf Macht dar,¹⁴ ist stark zu bezweifeln. Gerade extremistische Moslems, welche die Einführung der Scharia (islamisches Recht) auch mit gewaltsamen Mitteln propagieren, kritisieren häufig selbst das Minarett als un-islamische, von den christlichen Kirchtürmen kopierte Architekturzugabe an die Gebetsstätte.¹⁵ Ungleichbehandlungen, die an Merkmale von Art. 8 Abs. 2 BV (z.B. Religion) anknüpfen, sind nicht absolut unzulässig. Der Verdacht auf eine Verletzung der

verfassungsmässigen Rechte besteht aber und muss durch eine genügende Rechtfertigung umgestossen werden. Auch hier bietet indes die Aussage, das Minarett symbolisiere den Machtanspruch eines militanten, politischen Islams, keine genügende Rechtfertigung für die Tatsache, dass nur die islamische Gemeinschaft von einem Verbot betroffen wird, nicht aber z.B. militante freikirchliche christliche Sekten oder andere Religionsgemeinschaften: Die Diskussion um die Minarette hat m.E. eher die Funktion einer Stellvertreter-Debatte, in der es eigentlich um die fehlende Integration gewisser Ausländerkategorien oder um allgemeine Ängste vor islamischen Fundamentalismus geht.¹⁶

b. Verstoss gegen die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)

[Rz 6] Art. 15 Abs. 1 BV¹⁷ besitzt als Schutzobjekt das Recht auf Äusserung und Betätigung religiöser Überzeugungen, wozu insbesondere die Kultusfreiheit zählt: Diese gibt den Gläubigen die äussere Freiheit,¹⁸ sich ohne Einschränkung durch ungerechtfertigte staatliche Vorschriften zu ihrer Religion zu bekennen.¹⁹ Ob dazu aber auch das spezifische Recht auf den Bau von Minaretten zählt, ist umstritten.²⁰ Dass durch ein Verbot des Baus der Gebetstürme, die «nur» einen marginalen Bestandteil einer islamischen Gebetsstätte ausmachen, die Religionsfreiheit überhaupt tangiert wird, könnte m.E. je nach Standpunkt verneint werden.²¹ In jedem Fall muss aber daran erinnert werden, dass die Religionsfreiheit nicht absolut ist, sondern Beschränkungen unterliegen kann. Das Bundesgericht hat z.B. bereits schwerwiegendere Einschränkungen der Religionsfreiheit für gläubige Muslime

¹¹ Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 752; Rainer J. Schweizer/Margrith Bigler-Eggenberger, in: St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Band I, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 8, Rz. 35.

¹² Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 753.

¹³ Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 774; Schweizer/Bigler-Eggenberger (FN 11), Art. 8, Rz. 69.

¹⁴ Vgl. statt vieler «Neue Zürcher Zeitung» vom 5. Oktober 2009, Nr. 230, Minarettverbot als Zeichen gegen die «Islamisierung», S. 7.

¹⁵ Vgl. zur Architekturgeschichte des Minaretts von den (christlichen) Anfängen bis heute «Neue Zürcher Zeitung» vom 2. September 2008, Nr. 204, Wozu Minarette errichtet werden, S. 16; ferner «Neue Zürcher Zeitung» vom 22. Oktober 2009, Nr. 245, Minarette streben nach oben, S. 53; ferner Christopher Tadgell, Islam: from Medina to the Magreb and from the Indies to Istanbul, Architecture in Context, Abingdon 2008, S. 14 ff. und 28 ff., der die starken Einflüsse antiker (griechisch-römischer) Architektur auf die Kanonisierung des Moscheebaus thematisiert.

¹⁶ Vgl. zur Bedeutung in gewissen politischen Diskursen des Minaretts als vermeintliches Symbol eines nicht näher definierten «islamischen Machtanspruchs» Bernhard Waldmann, Moscheebau und Gebetsruf, in: René Pahud de Mortanges/Erwin Tanner (Hrsg.), Muslime in der schweizerischen Rechtsordnung, Freiburg 2002, S. 219 ff.

¹⁷ Auf eine allfällige Verletzung anderer, zum Minarett sachlich entfernterer Freiheitsrechte (Eigentumsgarantie Art. 26 BV etc.) im Rahmen einer Grundrechtskonkurrenz wird aus Platzgründen nicht weiter eingegangen. M.E. ist hier kein Fall von relevanter Schrankendivergenz gegeben, vgl. dazu Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 318.

¹⁸ Für einen guten Überblick über die verschiedenen Arten von äusserer Religionsfreiheit und ihrer Einschränkung vgl. Lorenz Engi, Die öffentliche Präsenz des Religiösen, in: Reformatio 2009, S. 295 ff.

¹⁹ Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 408 f. Dieses Recht wird als subjektives Individualrecht definiert und häufig weit gefasst (Meditation, Kleidungs- und Essensvorschriften, etc.); vgl. dazu ebenfalls Urs Josef Cavelti/Andreas Kley, in: St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 15 Rz. 9.

²⁰ Was die Bevorzugung vor ordentlichem Baurecht von religiösen Bauwerken als Teil der äusseren Aspekte der Religionsfreiheit betrifft, verneinend Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel Suisse, Vol. II: Les Droits fondamentaux, Bern 2006, S. 223; dagegen behauptend Cavelti/Kley (FN 19), Rz. 10; Schaer (FN 5), S. 1135 ff.

²¹ In dieselbe Richtung äussert sich auch Jörg Paul Müller in einem Statement in der «Neue Zürcher Zeitung» vom 1. Dezember 2009, Nr. 279, Ruf nach Toleranzartikel, S. 9.

akzeptiert: So haben islamische Gläubige keinen Anspruch auf ewige Totenruhe in öffentlichen Friedhöfen.²²

[Rz 7] Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass sich Lehre und Rechtsprechung darin einig sind, dass die äusserre Manifestation des Glaubens (z.B. anhand eines Minarets, das eine islamische Gebetsstätte markieren soll) nicht zum unantastbaren Kerngehalt der Religionsfreiheit gehört.²³

c. Art. 72 Abs. 3 BV im Verhältnis zum restlichen Verfassungsrecht

[Rz 8] Die Schweiz kennt keine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen:²⁴ Art. 190 BV gebietet dem Bundesgericht und den anderen rechtsanwendenden Behörden, Bundesgesetze und Völkerrecht unabhängig von einer allfälligen Verfassungswidrigkeit anzuwenden.²⁵ Dabei handelt es sich um ein Anwendungsgebot, das Bundesgericht kann also eine Verletzung feststellen, muss dann aber die Bestimmung anwenden.²⁶

[Rz 9] Im Verhältnis zwischen Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 15 Abs. 1 BV und dem neuen Art. 72 Abs. 3 BV kommen die Regeln der *lex posterior* und der *lex specialis* zur Anwendung: Das spezielle Gesetz geht dem allgemeinen und das spätere Gesetz dem früheren vor.²⁷ Art. 72 Abs. 3 BV geht hier also den (allfällig verletzen) Verfassungsrechten bzw. Garantien vor. Diese Auslegungsregel stellt auf formale, technische Elemente ab, weiter unten werden dann allfällige inhaltlichen Kollisionsbestände analysiert.²⁸

[Rz 10] Es kann also abschliessend gesagt werden, dass das Minarettverbot zumindest gegen Art. 8 Abs. 2 BV verstossen dürfte.

2. Prüfung möglicher Verstosse gegen die EMRK

[Rz 11] Ebenfalls in Betracht zu ziehen sind allfällige Unvereinbarkeiten von Art. 72 Abs. 3 BV mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²⁹, die in der Schweiz als *Self-Executing Treaty* direkte Anwendbarkeit genießt.³⁰ Bis heute wurde die Schweiz nur in sehr wenigen Fällen wegen konventionswidriger bundesrechtlicher Gesetzgebung

durch den Gerichtshof gerügt (Ungleichbehandlung der Ehegatten bei der Wahl des Familiennamens, altrechtliche Wartefristen für den schuldigen Ehegatten in der Scheidung, Haftung für Steuerschulden durch den Erben), aber noch nie hat der EGMR eine von Volk und Ständen angenommene Verfassungsbestimmung auf eine Verletzung der Konvention überprüft.³¹ Dieser Umstand wurde vom Präsidenten des Gerichtshofes, Jean-Paul Costa, bereits selbst in Interviews problematisiert.³²

a. Verstoss gegen die Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK)

[Rz 12] Das Schutzobjekt von Art. 9 Abs. 1 EMRK beinhaltet die innere Überzeugung des Individuums, seine religiösen Überzeugung zu entwickeln, sich davon zu lösen und sich zu ihnen öffentlich zu bekennen.³³ Zum eigentlichen, abstrakten Inhalt des Schutzobjekts der Religionsfreiheit haben sich die EMRK-Organen selten explizit geäussert.³⁴ Die Einschränkung religiöser Aktivitäten wie die Einrichtung von Gottesdienststätten hat das EGMR als Verstoss gegen Art. 9 EMRK gewertet. Jedoch ging es dabei um ein absolutes Verbot, Gebetsräume bestimmter Religionen zu bauen bzw. zu betreiben.³⁵ Verbote von äusseren Symbolen in bestimmten Zusammenhängen wie Kopftücher oder sonstiger religiöser Kleidung für Studenten, Beamte, etc. wurden vom EGMR immer geschützt.³⁶

[Rz 13] Die Frage, ob der EGMR das Verbot des Baus eines «fakultativen» Teils einer Moschee, des Minarets, als Tangierung der Religionsfreiheit qualifizieren wird, erweist sich als schwierig,³⁷ kann aber unbeantwortet bleiben, da der Gerichtshof regelmässig keine exakte Abgrenzung zwischen Religion und Weltanschauung zieht: So könnte das Minarettverbot gerade auch im Sinne der Verfassungsinitianten als «politische Äusserung» eines militanten Religionsverständnisses geschützt sein.³⁸

²² BGE 125 I 300, 306.

²³ BGE 123 I 296, 302 ff. (mit Literaturhinweisen).

²⁴ Zuletzt war diese bei der Verfassungsreform chancenlos; vgl. BBl 1997 I 641 [Art. 178]. Für einen guten Überblick über die Debatten u.a. in diesem Bereich, vgl. Giovanni Biaggini, *Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht. Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999*, ZBl 2010, S. 1 ff.

²⁵ Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 2086 ff.

²⁶ Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 2089.

²⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann (FN8), N. 220.

²⁸ Vgl. Kapitel IV.1.b.

²⁹ SR 0.101.

³⁰ Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 235 ff.

³¹ Vgl. dazu Walter Kälin/Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Auflage, Basel 2008, S. 56 ff.; Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 241.

³² Vgl. dazu <http://tagesschau.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2009/12/01/Schweiz/Ratlosigkeit-in-Strassburg-nach-Minarett-Verbot>: «Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich noch nie mit einem Fall wie dem Schweizer Minarett-Entscheid befassen müssen. Das Gericht habe noch nie über das Ergebnis einer Volksabstimmung eines Landes urteilen müssen, erklärte der Gerichtspräsident Jean-Paul Costa gegenüber der ‚Tagesschau'. Dass dieser Fall jetzt eintreten könnte, stellt ihn vor ganz neue Fragen». (besucht am 21.01.2010).

³³ Hierbei handelt es sich um die sog. «positive Religionsfreiheit», vgl. Kälin/Künzli (FN 31), S. 468 f. Das Schutzobjekt entspricht weitgehend dem von Art. 15 BV, kann aber hinsichtlich des Minarets weiter gefasst werden.

³⁴ Theodor Schilling, *Internationaler Menschenrechtsschutz*, Tübingen 2004, N. 216.

³⁵ Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, *EMRK-Kommentar*, 3. Auflage, Kehl am Rhein 2009, Art. 9, N. 32.

³⁶ Frowein/Peukert (FN 35), Art. 9 EMRK, N. 33 f.

³⁷ Vgl. die bei der Prüfung der Verletzung von Art. 15 BV oben gemachten Bemerkungen.

³⁸ Insbesondere, da auch nicht-religiöse «Glaubenssätze» wie Atheismus,

[Rz 14] Es stellt sich somit die Frage, ob ein Eingriff in der Form des Minarettverbots gem. Art. 9 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt werden könnte. Hierzu müsste die Einschränkung der Religions- bzw. Weltanschauungsfreiheit gesetzlich vorgesehen sein, einen bestimmten Eingriffszweck verfolgen (Schutz der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral, Schutz der Freiheiten anderer) und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.³⁹ Während das Erfordernis des Gesetzesvorbehalts ohne weiteres gegeben ist, scheint es klar, dass ein rechtmässiger Eingriffszweck mit dem Minarettverbot nicht verbunden werden kann. Die Minarettgegner geben vor allem Gründe der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung für das Verbot an.⁴⁰ Das Minarett wird als Symbol des «religiös-politischen Machtanspruchs» des (radikalen) Islams interpretiert, welcher die verfassungsmässigen Grundrechte der Schweiz in Frage stellt und die Scharia einführen möchte. Der EGMR hat verschiedentlich festgehalten, dass es Pflicht und Recht des Staates ist, als neutraler Hüter der öffentlichen Ordnung, zugunsten von Harmonie und Toleranz unter gesellschaftlichen Akteuren, falls nötig, die (Religions-)Freiheit einzuschränken.⁴¹ In diesem Zusammenhang sei der nationale demokratische Entscheid von besonderem Gewicht, was auch die unterschiedlichen Regelungen im Wirkungsbereich der EMRK erklären würde, welche häufig zugunsten einer religiösen Gruppe (meist die Mehrheitsgesellschaft) gewisse Rechte anderer (v.a. Minderheiten) einschränken würden.⁴²

[Rz 15] In casu ist zu überprüfen, ob ein Bauverbot für Minarette die Ziele des Schutzes der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu erreichen hilft. Die Initianten stellen den Zusammenhang zwischen Minaretten und potentiell gewalttätigen islamischen Extremisten her, welche die Scharia einführen wollen und die tragenden verfassungsmässigen Grundprinzipien wie die Gleichberechtigung der Geschlechter nicht respektieren. Was aber so übersehen wird, ist die Tatsache, dass auch moderate Muslime in Moscheen beten, welche ein Minarett besitzen, und im Gegenteil besonders viele Extremisten in sog. Hinterhofmoscheen beten und in-

doktriniert werden, welche kein Minarett besitzen.⁴³ Der Umkehrschluss, dass alle Moscheen (mit Minarett) Hassprediger beherbergen würden, ist nicht nachvollziehbar und wird von den Initianten auch selbst nicht gezogen, da islamische Gebetshäuser explizit erlaubt bleiben sollen. Die Botschaft des Bundesrates beschreibt die Untauglichkeit des Minarettverbots anschaulich: Mit Extremisten hätten Minarette soviel zu tun wie Stadien-Beleuchtungsmasten mit Fussball-Hooligans, die sich unter das Publikum mischen.⁴⁴ Gewaltbereite Extremisten werden sich wohl lieber im kleinen, konspirativen Kreis treffen, als in einer auffälligeren Moschee mit Minarett. Das Minarettverbot als Mittel zum Schutz der öffentlichen Sicherheit ist also untauglich und kann auch nicht durch einen allfälligen Schutz der Moral oder der Rechte und Freiheiten anderer gerechtfertigt werden (insbesondere, da von keinem Schweizer Minarett Lärmmissionen ertönen).

[Rz 16] Zur von Art. 9 Abs. 2 EMRK ebenfalls verlangten Notwendigkeit einer Einschränkung in einer demokratischen Gesellschaft muss vorausgeschickt werden, dass dieses Erfordernis vom EGMR häufig bei einer Subsumtion ausgelassen wird.⁴⁵ Hierbei geht es darum, ob der Eingriff in ein Grundrecht ein legitimes Ziel verfolgt. Diese Notwendigkeit dürfte beim Minarettverbot zumindest unklar sein, da zwar die Initianten pauschal mitteilen, gegen welches unerwünschte gesellschaftliche Phänomen die Initiative konkret kämpfen sollte (hierbei geht es offenbar um den Kampf gegen den fundamentalistischen Islamismus), zwischen einem Minarettverbot und diesem Ziel nur unter grösster Mühe ein innerer Zusammenhang hergestellt werden kann. So scheint die Erforderlichkeit einer Massnahme zwar möglich (wer möchte nicht gegen den fundamentalistischen Islamismus Massnahmen ergreifen?), diese müsste aber gänzlich anderer Natur sein, z.B. polizeilicher oder nachrichtendienstlicher Art.⁴⁶ Da das Minarettverbot bereits einer Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der Tauglichkeit nicht standhält, erübrigt sich hier eine noch vertiefere, kumulative Untersuchung der Notwendigkeit.

[Rz 17] Als Fazit kann gezogen werden, dass Art. 72 Abs. 3 BV nicht mit Art. 9 EMRK vereinbar ist.

b. Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK)

[Rz 18] Das akzessorische Schutzobjekt von Art. 14 EMRK ist im Zusammenhang mit den anderen EMRK-Rechten zu

Agnostizismus etc. unter Art. 9 Abs. 1 EMRK subsumiert werden; vgl. Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch, 4. Auflage, München 2009, S. 254 ff.; ebenso Schilling (FN 34), N. 215; vgl. ferner für die unklaren Wortlaute hinsichtlich der Ausübung von Religion oder Glauben durch «Practice» bzw. «Pratiques» Frowein/Peukert (FN 35), Art. 9 EMRK, N. 18. Dieses fließende Verständnis wird auch von der bundesrätlichen Botschaft geteilt, vgl. BBl 2008 7632.

³⁹ Vgl. statt vieler Frowein/Peukert (FN 35), Art. 9 EMRK, N. 29 ff.

⁴⁰ Vgl. zu den Begründungen das Mediencommuniqué des Initiativkomitees vom 6. Mai 2007, «Volksinitiative gegen den Bau von Minaretten lanciert», http://minarette.ch/medien_07.html (besucht am 21.01.2010).

⁴¹ Frowein/Peukert (FN 35), Art. 9 EMRK, N. 33.

⁴² Besonders gut am Kopftuchverbot in der Türkei expliziert, vgl. dazu Leyla Sahin v. Turkey, 44774/98, Europäische Grundrechts-Zeitschrift (EuGRZ) 2006, S. 28; ebenso Otto-Preminger-Institut v. Austria, A 295-A (1994), Human Rights Law Journal 1994, S. 371, für ein Fall, in dem die katholische Lehre zulasten anderer Freiheiten geschützt wird.

⁴³ Vgl. für die Beschreibung einer solchen (deutschen) Hinterhofmoschee «Neue Zürcher Zeitung» vom 28. September 2007, Nr. 225, Hasspredigt, nahe gerückt, S. 47.

⁴⁴ BBl 2008 7634.

⁴⁵ Schilling (FN 34), N. 26 f.

⁴⁶ Vgl. für zulässige, notwendige Schranken der Religionsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft Schilling (FN 34), N. 219 ff. (wiederum vor allem am Beispiel des Kopftuchverbotes oder aggressiv auftretender missionarischer Religionsgemeinschaften).

lesen. Es gebietet, dass die Rechte und Freiheiten der Konvention nicht nur als solche zu beachten sind, sondern auch in diskriminierungsfreier Weise auf alle Personen angewendet werden.⁴⁷ Eine Diskriminierung liegt vor, wenn hinsichtlich der Gewährleistung eines Vertragsrechts zwischen Personen oder Gruppen unterschieden wird, die sich in vergleichbaren Situationen befinden; wenn die Unterscheidung eines objektiven und angemessenen Rechtfertigungsgrundes entbehrt; und bzw. oder wenn zwischen Mittel und Ziel kein angemessenes Verhältnis besteht.⁴⁸ Das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK tritt bei Verletzung in Konkurrenz mit den anderen verletzten EMRK-Rechten und kann gleichzeitig angerufen werden.⁴⁹ Art. 14 EMRK nennt unter anderem die Religion als Diskriminierungsmerkmal, zusammen mit «sonstigen Anschauung[en]».

[Rz 19] Mit dem Bauverbot für Minarette, das sich gegen die Muslime richtet, wendet sich der neue Verfassungsartikel nur gegen eine Religionsgemeinschaft. Vergleichbare religiöse Architektursymbole anderer Minderheiten (Pagode, etc.) werden nicht erfasst. Somit liegt eine Ungleichbehandlung vor.

[Rz 20] Nicht alle Ungleichbehandlungen sind jedoch durch Art. 14 EMRK verboten. Die Ungleichbehandlung bedarf eines legitimen Rechtfertigungsgrundes. Bereits bei der Prüfung von Art. 9 Abs. 2 EMRK wurde gezeigt, dass ein Minarettverbot ungeeignet ist, die Ziele der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit sowie des religiösen Friedens zu erreichen. Das Erfordernis einer schützenswerten Ungleichbehandlung kann also auch im Lichte von Art. 14 EMRK nicht gefunden werden. Dies umso mehr, als es an der Proportionalität zwischen Ziel und Mittel fehlt, da das Bauverbot nur symbolische Zeichen setzt, die gegen religiösen Extremismus nicht effektiv greifen können.

[Rz 21] Aufgrund der hier gemachten Ausführungen kann festgehalten werden, dass der EGMR nicht nur wahrscheinlich eine Verletzung von Art. 9 EMRK feststellen, sondern damit verbunden auch ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK rügen dürfte.

c. Verstoss gegen zwingendes Völkerrecht aus EMRK?

[Rz 22] Art. 139 Abs. 3 BV legt fest, dass die Bundesversammlung eine Initiative, die gegen zwingendes Völkerrecht verstösst, für ungültig erklärt. Dabei handelt es sich um eine materielle Schranke der Verfassungsrevision, wie sie ebenfalls in Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV gefunden werden kann. Das zwingende Völkerrecht beinhaltet neben den Verboten von Folter, des Genozids, der Sklaverei und dem Non-Refoulement-Gebot auch die notstandsfesten Garantien von

Art. 15 Abs. 2 EMRK: Diese statuieren das Recht auf Leben, das absolute Folter- und Sklavereiverbot und das Rechtsprinzip *nulla poena sine lege*⁵⁰. Die Religionsfreiheit i.S.v. Art. 9 EMRK und das Diskriminierungsverbot i.S.v. Art. 14 EMRK, gegen die das Minarettverbot verstossen könnte, gehören nicht zum zwingenden Völkerrecht. Der neue Art. 72 Abs. 2 BV verletzt das *ius cogens* also nicht.

IV. Mögliche Konsequenzen aus einer allfälligen Verurteilung durch den EGMR

1. Zur Umsetzung eines EGMR-Entscheides

[Rz 23] Aus dem Gesagtem folgt, dass der EGMR die Schweiz im Falle einer Beschwerde wegen Verletzung der EMRK voraussichtlich verurteilen würde. Welche daraus folgenden juristischen Konsequenzen können skizziert werden?

a. Deklaratorische Wirkung eines EGMR-Urteils

[Rz 24] Zwar ist der EGMR nicht befugt, innerstaatliche Akte bei Konventionsverletzungen aufzuheben, jedoch kann er verbindliche Massnahmen zur Wiedergutmachung des entstandenen Schadens anordnen.⁵¹ Die Urteile des EGMR haben nicht kassatorischen, sondern nur deklaratorischen Charakter.⁵² Gem. Art. 122 des Bundesgerichtsgesetz (BGG)⁵³ stellt eine EGMR-Entscheidung aber einen Revisionsgrund dar. Eine Revision kann verlangt werden, wenn der Gerichtshof in einem endgültigen Urteil festgestellt hat, dass die EMRK verletzt worden ist und eine geldwerte Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen. Ebenfalls muss die Revision notwendig sein, um die Verletzung zu beseitigen. Die Notwendigkeit der Revision ist nur gegeben, wenn eine Entschädigung (allein) nicht der geeignete Weg für eine Wiedergutmachung wäre.⁵⁴

[Rz 25] Der EGMR ist nach neuerer Rechtsprechungspraxis dazu übergegangen, in schwierigen Fällen dem beklagten

⁴⁷ Frowein/Peukert (FN 35), Art. 14 EMRK, N. 1 ff.; Schilling (FN 34), N. 277 ff.

⁴⁸ Frowein/Peukert (FN 35), Art. 14 EMRK, N. 7; Schilling (FN 34), N. 279.

⁴⁹ Frowein/Peukert (FN 35), Art. 14 EMRK, N. 5.

⁵⁰ Vgl. dazu auch Art. 53 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (VRK), SR 0.111. Danach ist eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf. Vgl. ferner auch Kälin/Künzli (FN 31), S. 79 ff. Bei der Verfassungsrevision nach geltendem Recht ist ein enger Begriff des *ius cogens* anzuwenden, vgl. dazu Robert Baumann, Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, in: ZBl 2007, S. 205 ff.; ferner Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 1756.

⁵¹ Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 239.

⁵² Maya Hertig Randall/Xavier-Baptiste Ruedin, L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'arrêt Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse du 4 octobre 2007, in: AJP/PJA 2008, S. 654.

⁵³ SR 173.110.

⁵⁴ Elisabeth Escher, in: Marcel Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 122, N. 6

Staat anzugeben, welche Massnahmen die Durchführung seiner Urteile i.S.v. Art. 46 EMRK erfordern.⁵⁵ Bei einer Konventionsverletzung besteht für den Staat die Pflicht, eine vollkommene Wiedergutmachung zu gewährleisten, d.h. den früheren Zustand wiederherzustellen (*restitutio in integrum*).⁵⁶ Die Unterzeichnerstaaten sind nicht nur verpflichtet, die als gerechte Entschädigung zugesprochene Summe an die Betroffenen zu bezahlen, sondern sie sollten laut EGMR ebenfalls eine Situation anstreben, wie sie bestanden hätte, wenn die Konvention nicht missachtet worden wäre, soweit dies möglich ist und dies nicht eine Belastung darstellt, die in keinem vernünftigen Verhältnis mehr zum Vorteil steht, der sich aus der Wiederherstellung anstelle des Schadenersatz ergibt.⁵⁷ Ist eine solche *restitutio* wegen den innerstaatlichen Gesetzen nicht möglich, ist eine erhöhte (geldwerte) Entschädigung geschuldet (Art. 41 EMRK).

[Rz 26] Trotz dieser Versuche des EGMR, mehr Einfluss auf die (nationalen) Konsequenzen von Entscheiden zu nehmen,⁵⁸ bleibt die Überwachung der Umsetzung der Gerichtshof-Urteile gem. Art. 46 Abs. 2 EMRK Sache des mit starken politischen Merkmalen versehenen Ministerkomitees. Die deklaratorische Natur der EGMR-Entscheide zieht es auch nach sich, dass in der Lehre betont wird, dass den Staaten eine gewisse Wahlfreiheit zusteht, mit welchen Mitteln sie sich dem Inhalt der Entscheide anpassen wollen.⁵⁹ Besonders heikel wird es, wenn der Staat nicht nur individuelle Massnahmen ergreifen sollte, um die festgestellte Verletzung von Konventionsrechten aufzuheben, sondern im internen Recht allgemeine Massnahmen (*mesures générales*) rechtsetzender Natur treffen müsste, um eine Situation anzustreben, wie sie bestanden hätte, wenn die Konvention nicht missachtet worden wäre.

b. *Restitutio in integrum* beim Minarettverbot?

[Rz 27] Im Fall des Minarettverbots wäre eine *restitutio in integrum* im Lichte des Gesagten nach innerstaatlichem Recht in Anbetracht von Art. 122 BGG auf den ersten Blick denkbar: Das Bundesgericht müsste das eigene Urteil, welches eine Baubewilligung für ein Minarett verweigert, revidieren.⁶⁰ Es würde gem. Art. 128 Abs. 1 BGG den früheren Entscheid aufheben und neu entscheiden.

[Rz 28] Probleme zeitigen sich aber bei der Frage, wie

Art. 190 BV und im Fall des Minarettverbots Art. 139 Abs. 3 BV in die Debatte einfließen, also ob das Bundesgericht überhaupt nach interner Gesetzeslage zu einer Revision gem. Art. 122 BGG befugt ist und ob in der Schweiz gerade nicht das innerstaatliche Recht eine *restitutio in integrum* verunmöglicht. Das Anwendungsgebot von Art. 190 BV beinhaltet nicht nur Bundesgesetze, sondern erwähnt auch das Völkerrecht, wozu auch die durch Art. 72 Abs. 3 BV verletzte EMRK-Rechte gehören. Es muss genauer überprüft werden, wie das Bundesgericht bei einem offenen Konflikt zwischen der EMRK und einer jüngeren Bestimmung der Bundesverfassung, die klar und absichtlich der EMRK widerspricht, entscheiden würde.⁶¹

[Rz 29] Der Schubert-Praxis⁶² entsprechend sollte das Bundesgericht sich m.E. an die Bundesverfassung gebunden fühlen, falls sich Volk und Stände klar und bewusst gegen internationale Verpflichtungen gestellt haben. Weite Teile der Lehre kritisieren zwar die Schubert-Praxis: Die neuere, relativierende Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde mehrheitlich begrüsst und so gedeutet, dass internationale Menschenrechtsgarantien allgemein Vorrang vor dem Landesrecht hätten, dies umso mehr bei der EMRK, die als völkerrechtliche Nebenverfassung gelten kann.⁶³ Wiederum ist aber darauf hinzuweisen, dass noch nicht eine landesrechtliche Bestimmung auf formeller Verfassungsstufe geprüft werden musste, die durch die direkte Annahme durch den Souverän eine erhöhte Geltungskraft für sich in Anspruch nehmen darf.

[Rz 30] Zu dieser Lösung, die der Weiterführung der Schubert-Praxis entspricht, führt eine systematische Auslegung der relevanten Verfassungsbestimmungen.⁶⁴ Wegen der rechtssystematischen Stellung muss Art. 190 BV im Zusammenhang mit Art. 139 Abs. 3 BV gelesen werden, der festhält, dass eine Volksinitiative auf Partialrevision der Verfassung in völkerrechtlicher Hinsicht nur für ungültig erklärt werden kann, wenn sie gegen *ius cogens* verstösst. Dazu muss beantwortet werden, wie der Rechtsbegriff des «Völkerrechts» i.S.v. Art. 190 BV im Spannungsverhältnis mit Art. 139 Abs. 3 BV auszulegen ist.⁶⁵

⁵⁵ Frowein/Peukert (FN 35), Art. 41, N. 1. Vgl. zu den sog. Piloturteilen unten Kapitel 2.c.

⁵⁶ Frowein/Peukert (FN 35), Art. 41, N. 3.

⁵⁷ Vgl. Urteil des BGer 2F_6/2009 vom 04. November 2009, E. 2.3.

⁵⁸ Eher kritisch dazu Randall/Ruedin (FN 52), S. 654.

⁵⁹ Randall/Ruedin (FN 52), S. 659.

⁶⁰ Das Bundesgericht kann nur für die Revision der eigenen Entscheide angerufen werden, vgl. Escher (FN 46), Art. 122 BGG, N. 2. Das Revisionsgesuch kann auch bei einer untergeordneten entscheidenden Instanz eingereicht werden, vgl. Art. 127 BGG und dazugehörig Escher, Art. 127 BGG, N. 3.

⁶¹ In diese Richtung Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 1926b. Ebenso Yvo Hängartner, in: St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Band II, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 139 (neu) Abs. 2, Rz. 32.

⁶² BGE 99 Ib 39, 43 ff. Relativierend BGE 122 II 485 E.3 oder BGE 125 II 417, 425 der aber im Grundsatz weitgehend offen lässt, wie der Vorrang in einem Konfliktfall mit hierarchisch auf Verfassungsebene gesetztem Bundesrecht zu lösen sei.

⁶³ Vgl. statt vieler Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N.1926a; ferner Helen Keller, Leitstrahl für die Menschenrechtsidee - 50 Jahre Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg, in: «Neue Zürcher Zeitung» vom 30. Januar 2009, Nr. 24, S. 5.

⁶⁴ Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 97 ff.

⁶⁵ Vgl. allgemein zur Methodik der Rechtsauslegung statt vieler Annja Mannhart, Freiheit und Grenzen der Rechtsprechung bei offenen Rechtsbegriffen, in: Guido Mühlemann/Annja Mannhart, Freiheit ohne Grenzen

[Rz 31] Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn von Rechtsnormen durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch ihren systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz präsentieren, bestimmt.⁶⁶ Aus den Materialien von Art. 139 BV ist ersichtlich, dass mit dem Begriff der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts, dem *ius cogens*, Gebote gemeint sind, die aufgrund ihrer Bedeutung absolute Geltung beanspruchen. Ein Vorschlag der Subkommission der nationalrätlichen Verfassungskommission für die Reform der BV hatte noch gefordert, dass auch der Inhalt von faktisch unkündbaren völkerrechtlichen Verträgen eine materielle Schranke für die Verfassungsrevision bilden müsste. Dieses Ansinnen wurde jedoch abgelehnt.⁶⁷ Eine (richterliche) Kontrolle der demokratischen Rechte des Volkes bleibt auch heute in der Schweiz höchst umstritten.⁶⁸

[Rz 32] Im Lichte des Gesagten ist auch Art. 190 BV zu interpretieren. So stellt er keine Hierarchisierung zwischen «einfachem Völkerrecht» und Verfassungsrecht her. Art. 190 BV hält zwar fest, dass Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend ist. Sollte nun aber angenommen werden, dass nicht nur das klassische *ius cogens* unter diesem Völkerrechtsbegriff⁶⁹ zu subsumieren wäre, sondern auch die gesamte EMRK, wäre dies problematisch (insbesondere gepaart mit der Tatsache, dass heute Tendenzen bestehen, einen allgemeinen Vorrang des Völkerrechts vor dem nationalen Recht zu fordern):⁷⁰

– Grenzen der Freiheit, Zürich/St. Gallen 2008, S. 415 ff.

⁶⁶ Häfelin/Haller/Keller (FN 9), N. 97; ferner Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 8), N. 216.

⁶⁷ Vgl. zur Entstehungsgeschichte von Art. 139 (neu) BV (heute Art. 139 Abs. 3 BV) Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs, in: St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Band II, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 139 (neu), Rz. 6 f.

⁶⁸ Vgl. statt vieler «Neue Zürcher Zeitung» vom 21. November 2007, Nr. 271, Zwischen Völkerrecht und Volkswillen, S. 15.; ferner Kurt Fluri, Mehr politisches Gewicht für rechtsstaatliche Werte, in: «Neue Zürcher Zeitung» vom 27.01.2010, Nr. 21, S. 13: «Konkret geht es etwa um die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit, um die Ausweitung der materiellen Schranken von Verfassungsrevisionen oder um die Einführung eines erweiterten Vorprüfungsverfahrens für Initiativen. Diese an sich durchwegs interessanten und diskussionswürdigen Vorhaben sind aber unseres Erachtens zurzeit nicht realisierbar, weil nicht mehrheitsfähig».

⁶⁹ Zu Tendenzen gewisser Völkerrechtler, immer mehr Normen in den Begriff des *ius cogens* zu packen, vgl. Baumann (FN 50), S. 189.

⁷⁰ Die also bei einer (echten) Kollision zwischen nationalem Recht und Völkerrecht immer letzterem den Vorrang geben und so die Schubert-Praxis aufgeben möchten. Vgl. für die (seit längerem anhaltende) Diskussion Yvo Hangarter, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Auslegeordnung eines Kernproblems von Verfassungspraxis und Verfassungsreform, in: SJZ 94 (1998), S. 201 ff.; ferner Yvo Hangarter, Völkerrecht ist nicht a priori übergeordnet - Bipolares Verhältnis von Landesrecht und internationalem Recht, in: «Neue Zürcher Zeitung» vom 17. April 2009, Nr. 88, S. 16; ebenso David R. Wenger, Was weiss die Politik schon vom Recht ... Szenarien einer Umsetzung der Einbürgerungsinitiative, in: ZBl 2007, S. 424 ff. und besonders die dortige Fussnote 29; und für ein frühes (altrechtliches) Beispiel der Diskussion, Hansjörg Seiler, Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz; Artikel 113 Absatz 3 BV im Verhältnis zu Völkerrecht, EG und

Art. 139 Abs. 3 BV würde so weitgehend seines Sinnes entleert. Denn sollte die gesamte EMRK vom Bundesgericht als («regionales») *ius cogens* i.S.v. Art. 190 BV betrachtet werden, würde das zu einer faktischen Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit ohne Beteiligung des Gesetzgebers führen.⁷¹ Dies wäre umso heikler, wenn bedacht wird, dass die EMRK 1974 nach damaligem Recht nur mit einem einfachen Bundesbeschluss ratifiziert wurde.⁷²

[Rz 33] Art. 190 BV muss systematisch vielmehr so ausgelegt werden, dass eben Völkerrecht für das Bundesgericht nur insofern massgebend sein darf, als es nicht mit durch Volksinitiativen gem. Art. 139 Abs. 3 BV geschaffenen Bundesrecht kollidiert. Dieser hält klar fest, dass eben auch Verfassungsänderungen möglich sind, die gegen Völkerrecht verstossen, das nicht *ius cogens* darstellt. Die Religionsfreiheit gem. Art. 9 EMRK gehört nicht zum *ius cogens*.⁷³ Das erklärt die auf den ersten Blick paradoxe Feststellung, dass die Minarettinitiative zwar völkerrechtswidrig, aber gültig ist.⁷⁴ Wie später gezeigt werden wird, liegt der einzig saubere und praktikable Weg hier in einer Änderung der Verfassung mit der Einführung einer klar geregelten Verfassungsgerichtsbarkeit über Volksinitiativen, die so einem strengeren Regime unterworfen würden.

[Rz 34] Gerade dort, wo jüngeres Verfassungsrecht mit «einfachem» Völkerrecht bewusst kollidiert, und beide massgebenden Normen nicht miteinander vereinbar sind, wie dies beim Minarettverbot der Fall ist, muss unter der jetzigen Gesetzeslage die Schubert-Praxis Anwendung finden: Das neuere Verfassungsrecht hat hier, unter heutigem Regime, Vorrang.⁷⁵ Dieser Zustand kann aus juristischer Perspektive kritisiert werden, es ist aber Aufgabe des politischen Systems, Abhilfe zu schaffen.⁷⁶

[Rz 35] Aus dem oben Gesagten wird klar, dass es dem

EWR, in SJZ 88 (1992), S. 377, wo treffend bemerkt wird: «Die Diskussion um das Verhältnis zwischen dem Völkerrecht und einem völkerrechtswidrigen Bundesgesetz kommt nicht zur Ruhe».

⁷¹ Vgl. dazu die ausführliche Diskussion bei Yvo Hangarter, in: St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Band II, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 190, Rz. 32.

⁷² Frowein/Peukert (FN 35), S. 724 ff.; ferner die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BBl 1974 I 1035 ff.

⁷³ Vgl. zur Diskussion, die EMRK als europäisches, regionales *ius cogens* anzuerkennen die Botschaft des Bundesrates über die Volksinitiativen «Für eine vernünftige Asylpolitik» und «Gegen die illegale Einwanderung», BBl 1994 III 1498 f. Zur Entwicklung der Menschenrechte und der EMRK in der Schweiz, vgl. ferner Thomas Buergenthal/Daniel Thürer, Menschenrechte: Ideale, Instrumente, Institutionen, Zürich/St. Gallen 2010, S. 394 ff.

⁷⁴ Vgl. dazu «Neue Zürcher Zeitung» vom 28. August 2008, Nr. 200, Völkerrechtswidrig, aber gültig, S. 13; ebenso die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates BBl 2008 7611.

⁷⁵ Vgl. dazu die Diskussion in den Räten bei der Verabschiedung der neuen BV, Amtl. Bull. [NR] 1999, S. 1021; Amtl. Bull. [StR] 1999, S. 980.

⁷⁶ Vgl. für eine fundierte Kritik Hangarter (FN 61), Rz. 30. Ebenso weiter unten Kapitel 2.

Bundesgericht nicht möglich sein wird, bei einer Verurteilung durch den EGMR Art. 72 Abs. 3 BV einfach zu ignorieren und eine restitutio in integrum in der Form einer Baubewilligung für ein Minarett zu gewähren. Dass dies nun von gewissen Politikern teilweise verlangt wird, erscheint aus staatsrechtlicher und institutioneller Sicht als bedenklich. Hier kann, mit Hangartner, bemerkt werden, dass es « [...] missbräuchlich und für den demokratischen Prozess verheerend wäre, eine Initiative zur Abstimmung zu bringen, sie aber im Fall einer Annahme nicht oder nur teilweise anzuwenden».⁷⁷

2. Mögliche Lösungsansätze de lege ferenda und lata

[Rz 36] Gerade wegen der heute von vielen Juristen nach der Abstimmung über das Minarettverbot als unbefriedigend bewerteten Situation stellt sich die Frage, welche Schritte nach einer Verurteilung unternommen werden könnten.

a. «Toleranzartikel» statt Minarettverbot

[Rz 37] Bereits kurze Zeit nach der Abstimmung zum Minarettverbot wurden Stimmen laut, die forderten, man solle den neu geschaffenen Art. 72 Abs. 3 möglichst bald, am besten noch vor einer allfälligen Verurteilung durch den EGMR, durch einen «Toleranzartikel» ersetzen.⁷⁸ Dieser würde in Art. 15 Abs. 5 BV seinen Platz finden und folgenden Inhalt haben: «Die Religionsgemeinschaften nehmen in ihrer Darstellung im öffentlichen Raum, etwa mit Gebäuden, Aufrufen, Kleidervorschriften für ihre Mitglieder oder Symbolen, aufeinander und auf das Empfinden und das Wohl der übrigen Bevölkerung Rücksicht. Sie vermeiden ein bedrängendes Auftreten und tragen zu einem von Toleranz getragenen Zusammenleben bei. Sie fügen sich in ihrem Wirken in die Anforderungen einer demokratischen Gesellschaft ein und respektieren die Menschenrechte aller».⁷⁹ Damit soll nach Meinung der Initianten extremes religiöses Verhalten, das den Machtanspruch einer Religion betont oder in der Bevölkerung Beunruhigung oder Angst schüren könnte, verunmöglicht werden, ohne aber einer einzelnen Religion wie dem Islam punktuell mit einem Verbot zu begegnen.⁸⁰ Und so würde quasi ein Gegenvorschlag zur Initiative «nachgeholt» werden.⁸¹

[Rz 38] Ob ein solcher durchaus wohlgemeinter «Toleranzartikel» jedoch in einer Abstimmung mittelfristig eine Chance

hätte, muss stark bezweifelt werden. Die Reaktionen auf den Vorschlag fielen in der öffentlichen Debatte jedenfalls sehr gemischt aus und es bleibt unklar, wer überhaupt eine solche Initiative auf Verfassungsänderung lancieren sollte.⁸²

b. Einführung eines Vorranges der EMRK als europäisches ius cogens

[Rz 39] Seit mehreren Jahren wird von verschiedener Seite gefordert, dass völkerrechtliche Verträge, die einen weitergehenden Inhalt als das klassische ius cogens haben, als Grenze der Verfassungsrevision gelten sollen. Diese Ansinnen gehen von einer gewandelten Bedeutung des Verhältnisses zwischen demokratischem und rechtstaatlichem Prinzip aus und möchten gewisse Aspekte der direkten Demokratie wegen der wachsenden Internationalisierung des Rechts⁸³ einschränken.⁸⁴ Besonders wird gefordert, dass das Völkerrecht eine «generelle Massgeblichkeit» gegenüber Verfassungsrecht geniessen sollte. Dieser Lösungsansatz möchte das demokratische Initiativrecht bestehen lassen, ihn jedoch mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit ergänzen.⁸⁵

[Rz 40] Die meisten Autoren sehen für die Einführung eines allgemeinen Vorrangs der EMRK und anderer «faktisch unkündbarer» völkerrechtlicher Verträge die Notwendigkeit einer (mehr oder weniger tief greifenden) Verfassungsreform.⁸⁶ Dies ist ein weitere Hinweis dafür, dass im heutigen Rechtsregime eine Ausserkraftsetzung des neuen völkerrechtswidrigen Art. 72 Abs. 3 BV durch das Bundesgericht in Anbetracht der traditionellen Schubert-Praxis höchst unwahrscheinlich ist und nicht ohne grösste staatspolitische Probleme⁸⁷ vonstatten gehen könnte: Wenn das Bundesgericht bereits heute unter dem aktuellen Art. 190 BV im Bereich der

⁷⁷ Hangartner (FN 61), Rz. 35.

⁷⁸ Vgl. dazu «Neue Zürcher Zeitung» vom 1. Dezember 2009, Nr. 279, Ruf nach Toleranzartikel, S. 9.

⁷⁹ Jörg Paul Müller/Daniel Thürer, Vorschlag: Das geltende Minarettverbot durch einen fortschrittlicheren Toleranzartikel aufheben, Onlinepublikation ohne Angabe von Ort oder Datum, www.sonntagonline.ch/content/1260653476.pdf (besucht am 21.01.2010), S. 2.

⁸⁰ Müller/Thürer (FN 79), S. 2 ff.

⁸¹ Vgl. dazu die Stellungnahme von Jörg Paul Müller, Gegenvorschlag zu Minarett-Initiative «nachholen», in: «Neue Zürcher Zeitung» vom 4. Dezember 2009, Nr. 282, S. 23.

⁸² In diese Richtung der Kommentar von Markus Spillmann, Die Kirche im Dorf lassen, in: «Neue Zürcher Zeitung» vom 5. Dezember 2009, Nr. 283, S. 27; ferner der Kommentar von Ralph Grosse-Bley, Wir müssen und nicht schämen!, in: «Blick» vom 1. Dezember 2009, Nr. 279, S. 1; zur Frage der Lancierung der Initiative vgl. «Neue Zürcher Zeitung am Sonntag» vom 20. Dezember 2009, Nr. 51, Club Helvétique will keine Initiative, S. 14; ferner Andreas Kley, Wer schützt die Demokratie vor den Demokraten?, in: Schweizer Monatshefte, Nr. 974, Dezember 2009, S. 7 f.

⁸³ Für die wachsende Bedeutung besonders der EMRK als europäische Wertordnung i.S.d. Menschenrechte vgl. Helen Keller/Alec Stone Sweet, Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet, A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford 2008, S. 677 ff.

⁸⁴ Vgl. statt vieler Regina Kiener/Melanie Krüsi, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2009, S. 237 ff.

⁸⁵ Zur Machbarkeit dieses Vorschlags führen die Autorinnen aus: «Ob die damit einhergehende Aufwertung des Rechtsstaatsprinzips zulasten der parlamentarischen Kompetenzen (und damit mittelbar auch zu Lasten des Demokratieprinzips) mehrheitsfähig ist, müsste sich zeigen». Kiener/Krüsi (FN 84), S. 254; ferner Fluri (FN 68), S. 13.

⁸⁶ Vgl. Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer, Volksinitiativen und Völkerrecht: Die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl 2008, S. 121 ff.

⁸⁷ Yvo Hangartner (FN 61), Rz. 35

EMRK-Rechte eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegen Bundesgesetze und Verfassungsnormen einführen würde, wäre dies eine Umgehung der Verfassung.⁸⁸ Die Einführung einer partiellen Verfassungsgerichtsbarkeit im Völkerrechtsbereich ist zwar wünschenswert, muss aber gerade in Anbetracht der beträchtlichen Reichweite den ordentlichen Weg des demokratisch legitimierten Gesetzgebungsverfahrens nehmen.

c. Pilot Judgements des EGMR?

[Rz 41] Was passiert nun aber, wenn sowohl die Entfernung von Art. 72 Abs. 3 BV als auch die Einführung einer partiellen Verfassungsgerichtsbarkeit für EMRK-Rechte an den politischen Realitäten scheitert? Es ist zu erwarten, dass die Schweiz noch einige Male vom EGMR wegen Verletzung der Art. 9 Abs. 1 und Art. 14 EMRK verurteilt werden wird, sollten sich muslimische Organisationen weigern, bei Baueingaben auf ein Minarett zu verzichten.⁸⁹

[Rz 42] Seit dem Fall *Broniowski v. Polen*⁹⁰ hat sich der EGMR bei Fällen von «strukturellen Konventionsverletzungen» (violations structurelles) ein erweitertes Mitspracherecht bei der Gestaltung der Urteilsumsetzung gegeben: Es wurde die Figur des «Pilot-Urteils» (Arrêts Pilotes bzw. Pilot Judgements) eingeführt. Hier kann nun die Frage gestellt werden, ob Art. 72 Abs. 3 BV für die Schweiz zu einem Anwendungsfall dieser neuen Technik werden könnte.

[Rz 43] Bei Feststellung einer Verletzung der Konvention durch einen Vertragsstaat erwächst die völkerrechtliche Haftung des Staates nur gegenüber der beschwerdeführenden Einzelperson; aus Respekt für die Hoheit der Vertragsstaaten kann der Gerichtshof sich nicht über die Annullierung innerstaatlicher Entscheide oder deren Rückweisung aussprechen.⁹¹ Betrifft aber die Verurteilung eine Konventionsverletzung durch ein spezifisches nationales Gesetz, kann das Urteil eine generelle Tragweite gegenüber dem Vertragsstaat haben. Das gem. Art. 46 EMRK mit der Bewachung der Umsetzung der Urteile betraute Ministerkomitee hat gerade

hier bei solchen «strukturellen», mit der Gesetzeslage oder der Organisation des Rechtssystems zusammenhängenden Problemen («Funktionsstörungen»)⁹² Schwierigkeiten, beim Vertragsstaat die nötigen generellen Anpassungen zu erwirken, die eine zukünftige Verurteilung in der gleichen Sache verhindern würden.⁹³ Der EGMR macht dann im Dispositiv des Urteils nicht nur Angaben zum konkreten, individuellen Beschwerdeführer, sondern gibt dem Ministerkomitee auch genaue Angaben zu den generellen Massnahmen, die der Staat ergreifen sollte, um die Wiederholung der Verletzung gegenüber anderen Personen zu vermeiden. In unserem Fall würde der EGMR also empfehlen, das neu eingeführte Minarettverbot aus der Verfassung zu streichen.

[Rz 44] Um ein solches Piloturteil in einem Fall von «Funktionsstörung» auszusprechen, müssen jedoch die im Fall des Beschwerdeführers aufgedeckten Defizite des innerstaatlichen Rechts zu «zahllosen» begründeten Beschwerden führen: Die Zahl potentieller Beschwerden muss so gross sein, dass sie die zukünftige Wirksamkeit des Konventionssystems bedrohen könnte.⁹⁴ Der Inhalt von Art. 72 Abs. 3 BV kann nun als systemischer Fehler im Sinne von *Broniowski v. Polen* aufgefasst werden: Solange dieser besteht, ist der Bau eines Minarettes nicht möglich und die Konventionsrechte der betroffenen Bauherren sind verletzt. Da aber die potentielle Zahl der geplanten Minarette und der damit einhergehenden Verweigerungen von Baubewilligungen niemals eine kritische Grösse annehmen kann, ist es ausgeschlossen, dass der EGMR ein Pilot-Urteil fällen könnte, worin dem Ministerkomitee konkret empfohlen wird, von der Schweiz die Abschaffung des Art. 72 Abs. 3 BV zu verlangen. Im Übrigen ist die Einführung der Pilot Judgements nicht ohne Kritik geblieben: Es kann nämlich eingewendet werden, hier versuche der EGMR unerlaubterweise in das Vollzugsmonopol des Ministerkomitees einzudringen.⁹⁵

d. Suspendierung bzw. Ausschluss der Schweiz aus dem Europarat?

[Rz 45] Es bleibt zu fragen, ob das Minarettverbot noch schwerwiegendere Konsequenzen nach sich ziehen könnte: Hier ist zuerst wiederum daran zu erinnern, dass das Feld der Umsetzung von Urteilen des EGMR und dessen Kontrolle durch das politisch gefärbte Ministerkomitee gem. Art. 46 Abs. 1 und 2 EMRK in vieler Hinsicht offen ist.⁹⁶ Es liegt an der Schweizer Regierung, innerhalb des Komitees auf die

⁸⁸ Vgl. Helen Keller, Das Bundesgericht umgeht die Verfassung, in: «Neue Zürcher Zeitung» vom 20. Juli 2005, Nr. 167, S. 15.

⁸⁹ Dass einzelne islamische Organisationen die Linie der Konfrontation suchen werden, ist anzunehmen: Dies lassen gewisse Radikalisierungstendenzen einiger muslimischer Vereine annehmen. So wurde kürzlich der «Islamische Zentralrat» gegründet, wo sich wahhabitische Sunniten zusammenschliessen wollen. Diese organisierten auch die Berner Kundgebung vom 12. Dezember 2009 mit dem als extremistisch geltenden deutschen Muslim-Prediger Pierre Vogel, dem das Bundesamt für Migration aus Sicherheitsgründen die Einreise verweigerte, vgl. «Neue Zürcher Zeitung» vom 14. Dezember 2009, Nr. 290, Missionarisch gegen schlechte Bilder vom Islam, S. 7.

⁹⁰ EGMR, *Broniowski v. Pologne* (Beschwerdenr. 31443/96), Urteil (Grosse Kammer) vom 22. Juni 2004, 2004-V; dt. Übersetzung in EuGRZ 2004, S. 472.

⁹¹ Lucius Caflisch, Rechtsfolgen von Normenkontrolle, in: EuGRZ 2006, S. 521; ferner Vladimiro Zagrebelsky, Questions autour de *Broniowski*, in: *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl 2007, S. 177. Vgl. ebenfalls das zu Art. 46 EMRK Gesagte.

⁹² Caflisch (FN 91), S. 522.

⁹³ Hier ist z.B. an die Verurteilungen wegen überlangen Gerichtsverfahren zu denken, vgl. Zagrebelsky (FN 91), S. 526.

⁹⁴ Caflisch (FN 91), S. 522. Im Fall *Broniowski v. Polen* konnte es sich um Tausende von Fällen handeln.

⁹⁵ Zagrebelsky (FN 91), S. 532; ferner Caflisch (FN 91), S. 522.

⁹⁶ Vgl. statt vieler Philip Leach, the Effectiveness of the Committee of Ministers in Supervising the Enforcement of Judgments of the European Court of Human Rights, in: *Public Law 2006*, S. 443 ff.

politischen Chancen und Grenzen einer Umsetzung allfälliger Urteile zum Minarettverbot hinzuweisen. Auch der Generalsekretär des Europarates kann gem. Art. 52 EMRK beim Vertragsstaat Erklärungen politischer Natur über die wirksame Anwendung der Konvention verlangen.⁹⁷ Dem Komitee stehen vor allem Mittel zur Verfügung, die eher auf «Soft Power» basieren.⁹⁸ An dieser Situation wird wohl auch die Inkraftsetzung des 14. Protokolls der EMRK nicht viel ändern.⁹⁹ Eine Suspendierung oder ein Ausschluss aus dem Europarat¹⁰⁰ sind und bleiben die absolute Ausnahme. Sie wurden seit 1990 auch nicht bei schwersten und zeitlich langwierigen Menschenrechtsverletzungen im Bereich von Folter und staatlichen Morden angewendet.¹⁰¹ Art. 8 der Satzung des Europarates sieht jedoch theoretisch vor, dass einem Mitglied des Europarates, das sich einer schweren Verletzung von Menschenrechten schuldig macht, sein Recht auf Vertretung vorläufig entzogen und es vom Ministerkomitee aufgefordert werden kann, den Austritt zu erklären. An dieser Stelle ist nun aber das Minarettverbot in Relation mit den Konventionsverletzungen anderer Mitgliederstaaten zu sehen: So wurde allein Italien zwischen 1. November 1998 und 1. November 2008 in 1386 Fällen wegen einer Verletzung der EMRK verurteilt; die Türkei wurde in der gleichen Periode in 1605 Fällen verurteilt (63 Mal wegen Verletzung des Rechts auf Leben und 19 Mal wegen Fällen von Folter); Russland wurde 544 Mal verurteilt, alleine 47 Mal wegen Tötungen von Bürgern und in 15 Fällen wegen Folter; im Vergleich wurden gegen die Schweiz in dieser Periode 36 Urteile ausgesprochen.¹⁰² Es versteht sich von selbst, dass die Schweiz nicht die desolate Menschenrechtslage gewisser Länder als Messlatte oder als Entschuldigung für eigene (systemisch begründete) Menschenrechtsverletzungen gebrauchen kann. Dennoch ist es gerade auch für die juristische Diskussion unbedingt nötig, die durch das Minarettverbot verursachte Konventionsverletzung in den Kontext der europäischen Rechtsrealität zu stellen.

[Rz 46] Zu erwähnen bleibt, dass die EMRK in Art. 58 EMRK ein Kündigungsmechanismus festlegt: Jede Vertragspartei kann die Konvention unter Einhaltung einer Kündigungsfrist

⁹⁷ Diese Bestimmung konnte jedoch nie wesentliche Bedeutung erlangen; vgl. Frowein/Peukert (FN 35), Art. 52 EMRK, N. 2 ff.

⁹⁸ Vgl. dazu Leach (FN 96), S. 447 f.: Zu denken ist hier an Presseerklärungen, Resolutionen, formellen Warnungen, Appelle, etc.

⁹⁹ Vgl. dazu «Neue Zürcher Zeitung» vom 16. Januar 2010, Nr. 12, Moskau gibt seine Blockade in Strassburg auf, S. 3; ferner Leach (FN 96), S. 448 f. und dort die Fussnote 32.

¹⁰⁰ Gem. Art. 8 der Satzung des Europarates (SR 0.192.030).

¹⁰¹ Zu denken ist hier z.B. an den Tschetschenienkrieg oder an den militärischen Operationen gegen die Kurden in der Türkei. Vgl. dazu auch Leach (FN 96), S. 448 ff.,

¹⁰² Für die Zahlen vgl. den statistischen Zusammenzug des EGMR «Violation by Article and by Country» 1998-2008, publiziert auf der Homepage des Gerichtshofes, www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3F2BBA18-AC1F-496A-A23B-4F460191671C/0/Tableau_de_violations_2008_ENG.pdf (besucht am 21.01.2010).

von sechs Monate kündigen. Bis heute ist erst ein Staat aus der EMRK ausgetreten: Griechenland kündigte am 12.12.1969 die EMRK und trat am gleichen Tag aus dem Europarat aus.¹⁰³ Nach dem bereits Gesagten ist ein Austritt der Schweiz aus dem Europarat¹⁰⁴ in Anbetracht der bereits erwähnten Praxis anderer Signatarstaaten der EMRK auch nach einer (wiederholten) Verurteilung durch den Gerichtshof wegen Verweigerung einer Minarett-Baubewilligung weder politisch angezeigt noch juristisch nötig.¹⁰⁵

V. Fazit

[Rz 47] Es wurde gezeigt, dass das in Art. 72 Abs. 3 BV festgehaltene Minarettverbot zumindest das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV verletzt und auch gegen Garantien der EMRK verstösst. Aus systematischen Gründen wird dem Bundesgericht in der heutigen Rechtslage aber nichts anderes übrig bleiben, als im Sinne der Schubert-Praxis der bewusst «einfaches» Völkerrecht brechenden Verfassungsnorm Folge zu leisten. Auch eine wohl unausweichliche Verurteilung durch den EGMR wird kein Revisionsgrund für eine restitutio in integrum darstellen können. Der einzige Ausweg, um gegen das diskriminierende Minarettverbot vorzugehen, bleibt eine Lösung de lege ferenda, also eine tief greifende Reform der heute nicht befriedigenden Verfassungsordnung der Schweiz.

[Rz 48] Hier kann mit den Worten von Kley und Schaer ergänzt werden: «Ursprünglich war man sozusagen in Übereinstimmung mit Rousseau der Meinung, dass das Volk nichts Schlechtes beschliessen könnte. [...] Die [...] Idee [einer] beschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit lag darin, dass die demokratischen Entscheide, die sozusagen voraussetzungsmässig immer gut sind, nicht noch einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen werden. [...] Nun zeigt sich aber, dass die absolutistischen Begehren dieses Vertrauen strapazieren, denn es besteht die Gefahr, dass die Anliegen von Minderheiten (Kriminelle, Einwanderer) systematisch beschränkt werden und zwar viel mehr, als es für die Regelung der öffentlichen Ordnung nötig ist. Diesen schädlichen Begehren vermögen weder die Grundrechte der Bundesverfassung noch jene der internationalen Abkommen zum Schutze der Menschenrechte einen wirksamen Widerstand entgegen zu setzen. Denn solche Begehren dürfen nur dann ungültig erklärt werden, wenn sie dem zwingenden Völkerrecht widersprechen [...]. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit gehört nicht dazu, was bedeutet, dass man die Annahme solcher

¹⁰³ Frowein/Peukert (FN 35), Art. 58 EMRK, N. 1. Griechenland hat 1974 die EMRK wieder neu ratifiziert.

¹⁰⁴ Gem. Art. 7 der Satzung des Europarates.

¹⁰⁵ Was auch der Einschätzung des Bundesrates entspricht, vgl. «Neue Zürcher Zeitung» vom 8. Dezember 2009, Nr. 285, Keine Burka-Diskussion jetzt, S. 9. Anderer Meinung wohl prinzipiell Baumann (FN 50), S. 209.

Begehren riskieren muss».¹⁰⁶ Es bleibt die Frage im Raum: Werden wir in Zukunft eine Verfassungsrevision wagen, die mit einer verstärkten Gerichtsbarkeit¹⁰⁷ die Bestimmungen der EMRK als Gültigkeitsvorschriften für den Gesetzgeber einführt?

Luca Cirigliano ist Richter am Bezirksgericht Lenzburg und wissenschaftlicher Mitarbeiter für öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich. Er bedankt sich bei Dr. iur. Dr. des. Lorenz Engi für seine bereichernden kritischen Anmerkungen.

* * *

¹⁰⁶ Andreas Kley/Alexander Schaer, Gewährleistet die Religionsfreiheit einen Anspruch auf Minarett und Gebetsruf?, in: Mathias Tanner et al. (Hrsg.), Streit um das Minarett, Zürich 2009, S. 87 ff. (zitiert nach der Onlinepublikation www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/kley/container/Streit_um_das_Minarett.pdf); ohne Paginierung (besucht am 21.01.2010).

¹⁰⁷ Vgl. für eine negative Beurteilung der Verfassungsgerichtsbarkeit Robert Nef, Soll Völkerrecht Landesrecht brechen? Ein staatspolitisches Gutachten, in: Schweizer Monatshefte Mai/Juni 2009, Sonderthema, S. 6 ff.