

# Zur Minarettverbotsinitiative in der Schweiz

Ralph Zimmermann\*

I. Einleitung	829
II. Hintergrund und Entstehungsgeschichte der Verbotsinitiative	830
III. Schweizerische Verfassungsrechtslage	832
IV. Vereinbarkeit der Verbotsinitiative mit Völkerrecht	835
1. Art. 9 EMRK	836
2. Art. 9 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK	848
3. Art. 18 IPbürgR	850
V. Vereinbarkeit der Verbotsinitiative mit schweizerischem Verfassungsrecht	852
1. Wortlaut	852
2. Entstehungsgeschichte	854
3. Systematik	856
4. Telos	857
5. Ergebnis	858
VI. Ergebnis	862
Summary	863

## I. Einleitung

“Der Bau von Minaretten ist verboten.” Ein Satz wie Donnerhall, zumal wenn er in einem Verfassungsdokument eines westeuropäischen, demokratischen Staates auftaucht oder zumindest auftauchen soll. Demgemäß ließ sich in den vergangenen drei Jahren in der Schweiz ein starkes mediales Echo vernehmen, als eine entsprechende Volksinitiative zur Unterschrift aufgelegt wurde.<sup>1</sup> Allerdings fand dieser Widerhall in der Schweiz außerhalb der Landesgrenzen keine Entsprechung; vielmehr war die Initiative etwa hiesigen Medien allenfalls kurze Meldungen wert,<sup>2</sup> von einer juristischen Befassung mit der Thematik ganz zu schweigen.<sup>3</sup>

---

\* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Verfassungsgeschichte und Staatskirchenrecht (Professor Dr. Jochen Rozek, vormals Professor Dr. Helmut Goerlich) an der Juristenfakultät der Universität Leipzig. Der vorliegende Beitrag entstand auf Grundlage eines Referats, das der Autor im September 2008 im Rahmen einer EMRK-“Summer School” in Çeşme/Türkei gehalten hat.

<sup>1</sup> Vgl. beispielhaft T. Widmer, Das Minarett – Eine Art Siegestsäule, in: Die Weltwoche 19/07, abrufbar unter: <<http://www.weltwoche.ch/ausgaben/2007-19/artikel-2007-19-eine-art-siegessaule.html>> und Interview mit Bischof Paul Hinder, in: Basler Zeitung Online v. 03.12.2008, abrufbar unter: <<http://bazonline.ch/schweiz/standard/Bischof-fuerchtet-Krawalle-in-der-arabischen-Welt/story/16242661>>.

<sup>2</sup> Wohl auch, weil ähnliche Streitfälle in den letzten Jahren häufiger auftraten; vgl. für Deutschland VG Darmstadt, BeckRS 2008, 31435, wo sich zeigt, dass die in der Schweiz gegen die Verknüpfung von Minarettbau und Religionsfreiheit vorgebrachten Argumente offenbar auch in Deutschland nicht unbekannt sind; ähnliche Argumente fanden sich auch in der Debatte um einen Moscheebau in einem Vorort von Berlin, vgl. R. Mönch, Die Moschee im Dorf lassen, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 106 v. 08.05.2006, 46; für Österreich etwa den “Minarettstreit von Telfs, Tirol”, dazu <<http://oesterreich.orf.at/tirol/stories/64363/>>; eine Übersicht der Konfliktpunkte bietet W. T. Bauer, Kopf-

Diese Lücke notdürftig zu füllen, unternimmt der vorliegende Beitrag einen ersten Versuch. Zu diesem Zweck soll zunächst die Entwicklung der sog. Minarettverbotsinitiative soweit wie nötig rekapituliert werden (II.). Anschließend ist ein Überblick über die schweizerische Verfassungsrechtslage zu Volksinitiativen angezeigt (III.). Danach wird die Vereinbarkeit einer solchen Initiative mit dem Völkerrecht, insbesondere der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbürgR), untersucht werden (IV.). Letztens wird versucht, die schweizerische Verfassungsrechtslage und den völkerrechtlichen Befund zu einem Ergebnis zusammenzuführen (V.).

## II. Hintergrund und Entstehungsgeschichte der Verbotsinitiative

Der Beginn der von schweizerischen Medien auch als "Schweizer Minarettstreit"<sup>4</sup> apostrophierten Geschehnisse, die als Vorgeschichte der Verbotsinitiative gelten dürfen, lässt sich bis in das Jahr 2006 zurückverfolgen.<sup>5</sup> Zu diesem Zeitpunkt stellten muslimische Gemeinden in verschiedenen schweizerischen Städten und Orten – darunter Wangen bei Olten im Kanton Solothurn,<sup>6</sup> Langenthal im Kanton Bern und Wil im Kanton St. Gallen – Bauanträge bzw. unverbindliche Voranfragen zur Errichtung von Minaretten. Diese Anträge und Anfragen lösten auf lokaler Ebene teils heftige Reaktionen der Bevölkerung wie auch der Politik aus, obgleich bisherige Anträge zum Bau oder Umbau muslimischer Gebetsräume ohne weitere politische Auswirkungen geblieben waren.<sup>7</sup> Nachdem in Wangen bzw. Langenthal teils Anwohner Rechtsbehelfe gegen die Errichtung der Minarette ergriffen, teils die Bauaufsichtsbehörden die Bauanträge zurückgewiesen hatten, wurde hinsichtlich dieser beiden Bauanträge von den Antragstellern bzw. von Anwohnern der

---

tuch und Minarett – eine Erregung, abrufbar unter: <[http://www.politikberatung.or.at/typo3/fileadmin/02\\_Studien/8\\_Migration/kopftuch\\_und\\_minarett.pdf](http://www.politikberatung.or.at/typo3/fileadmin/02_Studien/8_Migration/kopftuch_und_minarett.pdf)>.

<sup>3</sup> Eine Ausnahme im medialen Feld stellt O. Geden, *Das Geschäft mit der Angst etc.*, in: *Süddeutsche Zeitung* Nr. 178 v. 02.08.2007, 11, dar; vgl. auch ders., *Diskursstrategien im Rechtspopulismus*, Wiesbaden 2006, 94 ff. zur SVP.

<sup>4</sup> Vgl. unter diesem Namen nur <[http://de.wikipedia.org/wiki/Schweizer\\_Minarettstreit](http://de.wikipedia.org/wiki/Schweizer_Minarettstreit)> mit diversen Nachweisen medialer Berichte.

<sup>5</sup> Ausführlicher Schweizerischer Bundesrat, *Botschaft zur Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten"*, BBl. 2008, 7603 (7614 f.).

<sup>6</sup> S. hierzu R. Pahud de Mortanges, *Die schweizerische Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zum Islam in der Schweiz*, in: U. Altermatt u. a. (Hrsg.), *Der Islam in Europa. Zwischen Weltpolitik und Alltag*, Stuttgart 2006, 270; dort spitzte sich die Situation zudem zu, als auf dem Dach der Moschee die Flagge der sog. "Grauen Wölfe", einer aus der Türkei stammenden und der rechtsextremistischen Szene zuzurechnenden Organisation, gehisst wurde, vgl. hierzu T. Widmer (Anm. 1).

<sup>7</sup> Zu den Reaktionen auf die ersten Minarette in der Schweiz beispielhaft "Keine Probleme trotz Minarett", in: *Neue Zürcher Zeitung Online* v. 23.09.2006, abrufbar unter: <<http://www.nzz.ch/2006/09/23/zh/articleEH7TK.html>>.

Rechtsweg beschritten. Für die Vorhaben in Wangen sowie Langenthal ergab sich dabei nach Abschluss der behördlichen bzw. gerichtlichen Verfahren jeweils, dass das derzeit geltende schweizerische Recht einer Errichtung dieser Minarette nicht im Wege steht, woraufhin jedenfalls in Wangen bereits ein Minarett errichtet wurde.<sup>8</sup> Auch in Wil SG, wo zunächst nur eine unverbindliche Anfrage gestellt worden war, ist die dortige Islamische Gemeinde nunmehr in konkrete Bauplanungen eingetreten.<sup>9</sup>

Vor dem Hintergrund dieser drei Bauvorhaben und der geplanten Errichtung eines großen muslimischen Tagungs- und Kulturzentrums in Bern-Wankdorf lancierte in 2006 die Schweizerische Volkspartei (SVP) mit Unterstützung durch die Schweizer Demokraten (SD) und die Eidgenössisch-Demokratische Union (EDU) eine parlamentarische Initiative im Kanton Zürich, das kantonale Baurecht dahingehend zu ändern, dass fortan Gebäude mit Minarett nicht mehr genehmigt werden sollten. Nachdem diese Initiative jedoch im Kantonsrat keine Mehrheit fand,<sup>10</sup> initiierten SVP und EDU im April 2007 eine Eidgenössische Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten“.<sup>11</sup>

Gegenstand der Initiative ist eine Änderung der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV), in deren Text ein neuer Art. 72 Abs. 3 aufgenommen werden soll, nach welchem der Bau von Minaretten – im Geltungsbereich der BV, also auf dem Gebiet der Eidgenossenschaft – verboten ist.<sup>12</sup> Im Übrigen regelt dieser Artikel bislang das Verhältnis von Staat und Kirche in der Schweiz.

Nachdem für diese Initiative per Juli 2008 eine ausreichende Anzahl unterstützender Unterschriften bei der Schweizerischen Bundeskanzlei eingereicht worden war<sup>13</sup>, wurde sie von der Bundesversammlung behandelt, aber nicht gem. Art. 139

<sup>8</sup> Vgl. für Wangen „Umstrittenes Minarett in Wangen eingeweiht“, in: Neue Zürcher Zeitung Online v. 27.06.2009, abrufbar unter: <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/umstrittenes\\_minarett\\_in\\_wangen\\_ingeweiht\\_1.2834161.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/umstrittenes_minarett_in_wangen_ingeweiht_1.2834161.html)>, für Langenthal „Langenthal erteilt Baubewilligung für Minarett“, in: Neue Zürcher Zeitung Online v. 02.07.2009, abrufbar unter: <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/langenthal\\_minarett\\_1.2882846.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/langenthal_minarett_1.2882846.html)>.

<sup>9</sup> S. hierzu R. Bossert, „Wil kriegt eine Moschee“, in: Thurgauer Zeitung Online v. 08.07.2009, abrufbar unter: <<http://www.thurgauerzeitung.ch/thurgau/hinterthurgau/Wil-kriegt-eine-Moschee/story/23249942>>; dies., „Die Moschee vor der Haustüre gibt zu reden“, in: Thurgauer Zeitung Online v. 10.07.2009, abrufbar unter: <<http://www.thurgauerzeitung.ch/thurgau/hinterthurgau/Die-Moschee-vor-der-Haustuere-gibt-zu-reden/story/10332602>>.

<sup>10</sup> S. hierzu „Verfassungswidrig und systemfremd“, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 145 v. 24.06.2008, 35.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu die – rein formale – Vorprüfung durch die Schweizerische Bundeskanzlei, die der Volksinitiative eine Erfüllung der Form bescheinigte, Schweizerische Bundeskanzlei, Eidgenössische Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten“ – Vorprüfung, BBl. 2007, 3231 ff.

<sup>12</sup> Vgl. auch M. Stüssi, Banning of Minarets: Addressing the Validity of a Controversial Swiss Popular Initiative, in: Religion and Human Rights 3 (2008), 135 (136).

<sup>13</sup> Vgl. Schweizerische Bundeskanzlei, Eidgenössische Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten“ – Zustandekommen, BBl. 2008, 6851 f., mit einer interessanten statistischen Aufschlüsselung der unterstützenden Unterschriften nach den Kantonen, die auch zeigt, dass etwa im Kanton Bern nur ca. 2 % der Einwohner die Verbotsinitiative unterstützten, während im Kanton Solothurn die Unterstützungsquote bei einem knappen Drittel der Einwohner lag.

Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV für ungültig erklärt. Stattdessen empfahl die Bundesversammlung den Abstimmenden, die Initiative abzulehnen,<sup>14</sup> und folgte damit einer Empfehlung des Schweizerischen Bundesrates, der sein ablehnendes Votum insbesondere darauf stützte, dass die Verbotsinitiative gegen schweizerisches Verfassungsrecht wie gegen Völkerrecht verstoße.<sup>15</sup> Die Abstimmung über die Eidgenössische Volksinitiative wurde im weiteren Verlauf für den 29.11.2009 angesetzt.<sup>16</sup>

### III. Schweizerische Verfassungsrechtslage

Eine solche Volksinitiative als Mittel der Reaktion auf – tatsächliche oder vermeintliche – politische oder rechtliche Konfliktlagen ist in der Schweiz dabei keineswegs unüblich. Anders als etwa das deutsche Grundgesetz<sup>17</sup> kennt die BV nämlich nicht nur als Ausnahmerecheinung, sondern geradezu als Regelfall neben der parlamentarischen Gesetzgebung direkt-demokratische Legislativakte.<sup>18</sup>

Dabei waren die direkt-demokratischen Elemente im schweizerischen Verfassungsrecht zunächst lediglich auf eine Mitbestimmung in Form von Referenden zu Fragen der Verfassungsänderung beschränkt,<sup>19</sup> wurden dann aber auf Referenden über alle Fragen der Rechtssetzung erweitert.<sup>20</sup> In der Phase der sog. Regeneration trat dann als weiteres direkt-demokratisches Element die Verfassungsinitiative hinzu; sein Vorbild hatte dieses Element dabei wohl im girondistischen Verfassungs-

<sup>14</sup> Vgl. Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bundesbeschluss über die Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten", BBl. 2009, 4381 ff.; zum Verfahren der Volksinitiative vgl. nur M. Kayser, Grundrechte als Schranken der schweizerischen Verfassungsgebung, Zürich 2001, 19 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Schweizerischer Bundesrat (Anm. 5), 7603 ff.

<sup>16</sup> Vgl. "Minarett-Initiative kommt Ende November vors Volk", in: Neue Zürcher Zeitung Online v. 01.07.2009, abrufbar unter: <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/minarett\\_initiative\\_ende\\_november\\_abstimmung\\_1.2868767.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/minarett_initiative_ende_november_abstimmung_1.2868767.html)>.

<sup>17</sup> Zu den Gründen, warum sich der Gesetzgeber des GG gegen die verstärkte Einbeziehung direkt-demokratischer Elemente entschied, statt aller R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Loseblatt, Stand: Mai 2009, Art. 20, Rn. 37 ff.

<sup>18</sup> Auch wenn teilweise nur von halb-direkt-demokratischen Elementen gesprochen wird, etwa bei E. Grisel, Les droits populaires au niveau fédéral, in: D. Thürer u. a. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 24, Rn. 1, 383; vgl. zu den Entstehungstraditionen direkt-demokratischer Elemente im schweizerischen Verfassungsrecht einführend H. Zander, Abschied von der Nation?, Münster 2006, 44 ff.

<sup>19</sup> A. Kölz, Geschichtliche Grundlagen, in: D. Thürer u. a. (Hrsg.), (Anm. 18), § 7, Rn. 6, 113, nennt etwa das obligatorische Verfassungsreferendum einen "unbestrittenen Kernbestand des schweizerischen Verfassungsrechts", vgl. auch *ibid.*, § 7, Rn. 16, 116.

<sup>20</sup> S. zu den Nachweisen in früheren Verfassungstexten der Schweiz M. Kayser (Anm. 14), 3, 25 ff. mit einer detaillierten Darstellung der historischen Entwicklung auch des Initiativrechts mit Blick auf Verfassungsänderungen; vgl. zu den "bloßen" Gesetzesreferenden und -initiativen auch A. Kölz (Anm. 19), § 7, Rn. 32, 122.

entwurf Marie-Jean Condorcets wie in der Montagnard-Verfassung.<sup>21</sup> Dieses Element findet sich zudem seit der Schweizer Bundesverfassung von 1848 in allen schweizerischen Bundesverfassungstexten.<sup>22</sup>

Dementsprechend sieht die heutige BV – in ihrer revidierten Fassung, welche am 01.01.2000 in Kraft trat – vor, dass eine Revision des Verfassungstextes möglich ist, vgl. Artt. 138, 139 BV. Dabei wird zwischen einer Totalrevision des Verfassungstextes auf Initiative des National- oder des Ständerats oder auf Initiative eines Quorums der Stimmberechtigten hin und der sog. Teilrevision der Bundesverfassung,<sup>23</sup> d. h. einem auf konkrete Bereiche des Verfassungstextes begrenzten Änderungsbegehren, welches vorliegend auch der Minarettverbotsinitiative als Weg diente, unterschieden; daneben kann auch die Teilrevision von der Schweizerischen Bundesversammlung verlangt werden, vgl. Artt. 138, 139, 193, 194 BV.

Bei einer auf Teilrevision gerichteten Volksinitiative lässt die BV dabei einerseits (noch) das bloße Begehren auf Revision ohne expliziten Änderungsvorschlag zu, vgl. Art. 139 Abs. 2 1. Alt. (alt) BV,<sup>24</sup> andererseits erlaubt sie aber auch eine mit einem konkreten, d. h. ausgearbeiteten Änderungsvorschlag verbundene Revisionsinitiative, vgl. Art. 139 Abs. 1 (neu) / Abs. 2 2. Alt. (alt) BV.<sup>25</sup> Den von Art. 139 Abs. 1 (neu) / Abs. 2 2. Alt. (alt) BV vorgesehenen Weg beschritten auch die Initianten der Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten”, indem sie den eingangs genannten Ergänzungsvorschlag für Art. 72 BV ausarbeiteten, für den sie innerhalb von 18 Monaten nach amtlicher Bekanntmachung der Initiative die erforderlichen 100.000 unterstützenden Unterschriften vorweisen konnten.<sup>26</sup>

Bis zur Verfassungsrevision von 1999/2000 war neben diesen formalen Voraussetzungen einer Volksinitiative in der schweizerischen Literatur lebhaft umstritten, ob weitere, insbesondere materielle Schranken des Initiativrechts anzuerkennen seien. So waren zwar die – auch in Art. 139 Abs. 2 (neu) BV aufgenommenen – Verstöße gegen die Einheit der Form und die Einheit der Materie sowie – durch die Verfassungsrevision nicht kodifiziert, gleichwohl in der Weitergeltung überwiegend unbestritten<sup>27</sup> – gegen das Gebot der Durchführbarkeit der Initiative als

<sup>21</sup> So A. Kölz (Anm. 19), § 7, Rn. 17, 117 und Rn. 26, 120 zur Schweizer Bundesverfassung von 1848; vertiefend hierzu ders., *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, 55 f., 80 f.

<sup>22</sup> Vgl. für die Bundesverfassung von 1848 etwa W. E. Rappard, *Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1848-1948*, Zürich 1948, 189 f.

<sup>23</sup> Überblickartig hierzu M. Kayser (Anm. 14), 19; näher zu den Voraussetzungen, dem Ablauf und den Ungültigkeitsgründen auch E. Grisel (Anm. 18), § 24.

<sup>24</sup> Was bisher aber nur selten praktisch geworden ist; vgl. zum Verhältnis von Art. 139 (alt) und 139 (neu) BV Bundesbeschluss über das Inkrafttreten der direkt anwendbaren Bestimmungen der Änderung der Volksrechte vom 4. Oktober 2002 v. 19.06.2003, in: *Amtliche Sammlung des Bundesrechts* 2003, 1953 ff. sowie G. Biaggini, *BV-Kommentar*, Zürich 2007, Art. 139 alt, Rn. 2 m.w.N.

<sup>25</sup> S. M. Kayser (Anm. 14), 19.

<sup>26</sup> Vgl. Schweizerische Bundeskanzlei (Anm. 13), 6851 f.

<sup>27</sup> Vgl. nur G. Biaggini, *Ausgestaltung und Entwicklungsperspektiven des demokratischen Prinzips in der Schweiz*, in: H. Bauer u. a. (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, Tübingen 2005, 107 (116) m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

materielle Schranken jeder Volksinitiative anerkannt; weitergehende Schranken – etwa der Vereinbarkeit einer Verfassungsänderung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Eidgenossenschaft – wurden jedoch von einer beträchtlichen Anzahl an Literaturstimmen bestritten.<sup>28</sup> Die Rechtsprechung – insonderheit das Schweizerische Bundesgericht in seinem viel diskutierten Schubert-Entscheid – schien diese Sichtweise zu teilen, war hiernach doch ggf. davon auszugehen, dass selbst der Gesetzgeber von Rechtssätzen im Rang unterhalb der BV bewusst gegen völkerrechtliche Verträge verstoßen haben könnte; eine Sichtweise, die umso stärkere Geltung für den verfassungsändernden Gesetzgeber hätte beanspruchen können.<sup>29</sup> Diesem Standpunkt erwuchs jedoch eine zunehmend erstarkende Gegenposition, nachdem die Bundesversammlung die Eidgenössische Volksinitiative “Für eine ‘vernünftige’ Asylpolitik” wegen Verstoßes gegen das sog. Non-Refoulement-Prinzip als Bestandteil zwingenden Völkerrechts in 1992 für ungültig erklärte.<sup>30</sup> Damit erkannte die Bundesversammlung erstmals in ihrer Rechtspraxis eine – bis dahin bereits von einigen Literaturstimmen befürwortete – weitere materielle Schranke für Volksinitiativen an: das zwingende Völkerrecht. Überwiegend stieß diese Ungültigerklärung in der schweizerischen rechtswissenschaftlichen Literatur auf Zustimmung, sodass sich die Anerkennung dieser – zu jenem Zeitpunkt noch ungeschriebenen – Schranke etablieren konnte.<sup>31</sup>

Diese grundsätzliche Entscheidung wurde sodann im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999/2000 aufgegriffen<sup>32</sup> und führte als sog. Nachführung zur Kodifizierung einer – für die vorliegende Untersuchung entscheidenden – materiellen Schranke der Verfassungsänderung.<sup>33</sup> Eine auf Total- oder Teilrevision der Verfassung gerichtete Initiative darf demnach zwingendes Völkerrecht nicht verletzen, vgl. Artt. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt), 193 Abs. 4, 194 Abs. 2 BV. Das Fehlen einer Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV entsprechenden Formulierung in Art. 138 BV kann angesichts der Erwähnung der Volksinitiative auf Totalrevision in Art. 193 Abs. 1 BV, auf den sich Art. 193 Abs. 4 BV bezieht, für diesen Fall der Verfassungsrevision zu keinem anderen Ergebnis führen.

<sup>28</sup> Vgl. zum Streitstand nur E. Grisel, Das Verhältnis zwischen direkter Demokratie und völkerrechtlichen Verträgen, in: ZBl. 96 (1995), 437 (443 ff.) m.w.N.

<sup>29</sup> BGE 99 Ib 39; zur Kritik an dieser Entscheidung A. Epiney, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, in: ZBl. 95 (1994), 537 ff.

<sup>30</sup> Vgl. zum Vorstehenden M. Kayser (Anm. 14), V, 4.

<sup>31</sup> Statt aller G. Biaggini, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, in: AJP 1999, 722 ff. m.w.N.

<sup>32</sup> Wie dies im Einzelnen geschah, ist Gegenstand der historischen Auslegung, vgl. *sub* V. 2.

<sup>33</sup> Zu Herkunft und Bedeutung des Begriffs der Nachführung vgl. nur P. Häberle, Die “total” revidierte Bundesverfassung der Schweiz von 1999/2000, in: M.-E. Geis / D. Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung. Festschrift für H. Maurer, München 2001, 935 (935 f.); informativ auch A. Koller, Verfassungserneuerung in alten Demokratien, in: Andrassy-Universität Budapest (Hrsg.), Humboldt-Nachrichten 24 (Dez. 2003), 28 ff.; zu anderen Formen der “Verfassungsnachholung” auch P. Lerche, Verfassungsnachholung, insbesondere im Kleide der Interpretation, in: A. Blankenagel u. a. (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für P. Häberle, Tübingen 2004, 631 (632).

Verstößt eine auf Teilrevision der Bundesverfassung gerichtete Volksinitiative gleichwohl gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts, so ist sie nach Maßgabe des Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV von der Bundesversammlung für ganz oder teilweise ungültig zu erklären.

Wie bereits oben *sub* II. dargetan, hat sich jedoch die Schweizerische Bundesversammlung im Fall der Eidgenössischen Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" dafür entschieden, die Initiative nicht für ungültig zu erklären, sondern lediglich nach Art. 139 Abs. 3 (neu) BV die Ablehnung der Initiative vorzuschlagen.

Diese Entscheidung mag *politisch* – insbesondere mit Blick auf die Möglichkeit einer direkt-demokratischen Auflösung der Spannungen zwischen Initiativgegnern und -befürwortern –<sup>34</sup> nachvollziehbar, vielleicht sogar geboten gewesen sein. Indessen bleibt die Frage offen, ob die Schweizerische Bundesversammlung insoweit den *rechtlich* richtigen Weg gewählt hat, ob sie also nicht aus Rechtsgründen die Initiative für ungültig hätte erklären müssen. Schließlich setzt Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV dem Selbstbestimmungsrecht des schweizerischen Volkes mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts eine materielle Grenze<sup>35</sup>, deren Geltung und Beachtung nicht zur Disposition der Schweizerischen Bundesversammlung steht.

#### IV. Vereinbarkeit der Verbotsinitiative mit Völkerrecht

Bezieht damit die BV – in einem unten noch näher zu bestimmenden Umfang – auch das Völkerrecht als materielle Schranke der Verfassungsänderung heran, so drängen sich für die Eidgenössische Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" in erster Linie die völkervertragsrechtlich gewährleisteten Menschenrechte der EMRK wie – ungleich universeller im räumlichen Geltungsbereich – des IPbürgR als Prüfungsmaßstab auf. Wären deren Vorgaben, insbesondere hinsichtlich Religionsfreiheit und Diskriminierungsverboten, nämlich nicht verletzt, ließe sich schwerlich begründen, dass den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts im Sinne der BV ein strengerer Schutzstandard für Minarette eignete.

---

<sup>34</sup> Zu derartigen und ähnlichen "indirekten" Wirkungen der schweizerischen Volksrechte R. Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, 325 ff.; W. Linder, Schweizerische Demokratie: Institutionen – Prozesse – Perspektiven, 2. Aufl., Bern 2005, 241 ff.; G. Biaggini (Anm. 27), 107 (122 f.).

<sup>35</sup> Vgl. hierzu auch M. Stüssi (Anm. 12), 135 (136 f.) sowie den Leserbrief von A. Griffel, Minarettverbot und Bundesverfassung, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 163 v. 15.07.2008, 8.

## 1. Art. 9 EMRK

Als nächstliegende völkervertragsrechtliche Schranke dieser Eidgenössischen Volksinitiative erscheint zunächst die Garantie der Religionsfreiheit in Art. 9 EMRK.<sup>36</sup>

Diese Vorschrift schützt als einheitliches Menschenrecht die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Jedoch ist trotz des vermeintlich klaren Wortlautes noch immer nicht abschließend bestimmt, welche Verhaltensweisen unter den Begriff der Religion i. S. d. Art. 9 EMRK fallen. Rechtsprechung und Literatur tendieren dazu, eine abschließende Definition des Begriffs der Religion zu vermeiden, diesen für Art. 9 EMRK zentralen Begriff offen zu lassen.<sup>37</sup> Diese Tendenz wird indes verständlich, birgt doch jede verbindlich-abschließende, möglicherweise durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aufgestellte Definition zugleich die Gefahr, gewisse Formen religiöser Überzeugungen ihres Schutzes durch Art. 9 EMRK zu entkleiden oder jedenfalls für diese Formen die Berufung auf Art. 9 EMRK zu erschweren. Zudem erweist sich der vermeintliche Mangel an definitorischer Genauigkeit als nur geringfügig, werden doch die etablierten Religionen und Religionsgemeinschaften – also etwa das Christentum, der Buddhismus, der Hinduismus, das Judentum, der Sikh-Glaube sowie nicht zuletzt auch der Islam<sup>38</sup> – von Literatur und Rechtsprechung jedenfalls als Religionen i.S.d. Art. 9 EMRK anerkannt.<sup>39</sup>

Inhaltlich schützt Art. 9 EMRK dabei nach ständiger Rechtsprechung des EGMR zwei verschiedene *fora* des religiösen Bereiches: einerseits wird das sog. *forum internum* geschützt, d. h. die Freiheit der inneren religiösen Überzeugung einer Person; andererseits genießt auch das sog. *forum externum* den Schutz des Art. 9 EMRK, d. h. die Freiheit, entsprechend seiner inneren Überzeugung in der Außenwelt zu handeln und auch seine inneren Überzeugungen kundzutun.<sup>40</sup> Lassen sich diese beiden *fora* als positive Betätigung der Religionsfreiheit begreifen, soweit der Inhaber der Freiheit diese Rechte für sich in Anspruch nehmen und ausüben will und darf, erschöpfen sie doch den Gewährleistungsgehalt des Art. 9 EMRK nicht. Vielmehr schützt Art. 9 EMRK auch die negative Religionsfreiheit, d. h. die

<sup>36</sup> Dieser ist, wie die EMRK im Übrigen, am 28.11.1974 für die Schweiz in Kraft getreten.

<sup>37</sup> Vgl. nur M. N. Shaw, Freedom of Thought, Conscience and Religion, in: R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, 447 f. mit Verweisen auch auf andere Texte des völkerrechtlichen Rechtsverkehrs, die eine Definition des Begriffs versuchen.

<sup>38</sup> Lesenswert als Einführung, wenngleich als Überblick an der Oberfläche verbleibend P. Ortog, *Islamische Kultur und Geschichte. Ein Überblick*, Potsdam 2006.

<sup>39</sup> Vgl. hierfür nur P. Cumper, in: D. Harris/M. O'Boyle/C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Aufl., Oxford 2009, Kap. 10, 426 mit Nachweisen der Rechtsprechung.

<sup>40</sup> Grundlegend EKMR, E. v. 15.12.1983 – C. ./ Vereinigtes Königreich, in: DR 37, 142, 147; vgl. auch P. Cumper (Anm. 39), Kap. 10, 428 f. mit Hinweisen auch zu den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen beiden Bereichen; N. Blum, *Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin 1990, 45 ff. mit einem historischen Abriss zur Entstehung der Unterscheidung zwischen *forum internum* und *externum*.

Freiheit des Individuums, keine religiöse Überzeugung haben, nicht nach dieser leben oder sie offenbaren zu müssen.<sup>41</sup>

Schließlich erweitert Art. 9 EMRK – was die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) und der EGMR erst einige Zeit nach Inkrafttreten der EMRK anerkannten – den personellen Schutz der Religionsfreiheit über das Individuum hinaus und trägt damit der Erkenntnis Rechnung, dass Religion und insbesondere deren Ausübung in Gottesdienst und Unterricht auch als Gruppenprozesse zu begreifen sind,<sup>42</sup> deren volle Entfaltung durch die Summe individueller Rechtsgewährleistungen nicht hinreichend abgesichert wird.<sup>43</sup> Mittlerweile darf daher als gesicherte Rechtserkenntnis zu Art. 9 EMRK gelten, dass dessen Gewährleistungen nicht nur Individualschutz vermitteln, sondern auch die sog. korporative Religionsfreiheit garantieren, sodass sich auch Religionsgemeinschaften selbst – und nicht nur zugunsten ihrer Mitglieder – auf Art. 9 EMRK berufen können.<sup>44</sup> Gleichwohl verkennen weder Literatur noch Rechtsprechung insoweit die Unterschiede zwischen dem individuellen Gläubigen – oder Nicht-Gläubigen – und der Religionsgemeinschaft; so kann letztere mangels eigenständigen Bewusstseins keine inneren Überzeugungen haben, sodass ein Schutz des *fori interni* für Religionsgemeinschaften ins Leere ginge; vielmehr wird den Religionsgemeinschaften allein das *forum externum* geschützt.<sup>45</sup>

Im Einzelnen haben die EKMR und der EGMR – in Engführung mit dem Wortlaut des Art. 9 EMRK und gefolgt von der Literatur – anerkannt, dass Art. 9 EMRK das Recht des Individuums schützt, seine Religion einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Unterricht, Andachten und Beachten religiöser Gebräuche auszuüben.<sup>46</sup> Diese Aspekte, die allesamt dem *foro externo* zuzuordnen sind, erfassen nach Sicht der Rechtsprechungsorgane der EMRK aber nur solche Handlungen, die in einem typischen Zusammenhang mit der betreffenden Religion und Weltanschauung stehen; außerhalb des Schutzbereichs liegen Handlungen, die rein kommerziellen Zwecken oder der Erreichung bloß privater Ziele dienen.<sup>47</sup> In einem solchen für Art. 9 EMRK geforderten typischen Zusammenhang zur Religionsausübung stehen zunächst die tradierten Formen religiöser Übungen und Gebräuche, Rituale und Gewohnheiten. Daneben sieht der EGMR aber offenbar auch ein Recht der Religionsgemeinschaft als ge-

<sup>41</sup> M. E. Villiger, Handbuch der EMRK, 2. Aufl., Zürich 1999, Rn. 595.

<sup>42</sup> So auch N. Blum (Anm. 40), 73.

<sup>43</sup> Umfassend hierzu auch A. Bleckmann, Von der individuellen Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, Köln 1995, 27 ff.

<sup>44</sup> Vgl. näher zur Herleitung sowie zur hierzu einschlägigen Rechtsprechung H.-T. Conring, Korporative Religionsfreiheit in Europa, Frankfurt/Main 1998, 334 ff.; sowie jüngst H. Weber, Die Rechtsprechung des EGMR zur religiösen Vereinigungsfreiheit und der Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften in Deutschland, in: NVwZ 2009, 503 ff.; vor einem historischen Hintergrund offenbar eher kritisch N. Blum (Anm. 40), 51.

<sup>45</sup> So auch H.-T. Conring (Anm. 44), 361.

<sup>46</sup> Vgl. nur M. E. Villiger (Anm. 41), Rn. 600 m.w.N.

<sup>47</sup> Vgl. M. E. Villiger (Anm. 41), Rn. 600; eingehend hierzu auch N. Blum (Anm. 40), 87 ff.

schützt an, sich Räumlichkeiten zur Ausübung der religiösen Riten und Gebräuche zu schaffen und zu erhalten. Deutlich tritt dies in der Rechtssache *Manoussakis ./.* *Griechenland* hervor, in welcher der EGMR vordergründig die Frage beantworten musste, ob eine strafrechtliche Verfolgung und Verurteilung von griechischen Zeugen Jehovas allein deswegen zulässig ist, weil diese vor Einrichtung eines Gebetsraumes nicht die nach griechischem Recht erforderliche staatliche Genehmigung eingeholt hatten.<sup>48</sup> Bei Beantwortung dieser Frage deutet der EGMR aber auch an – ohne diese Frage letztlich zu entscheiden –, dass bereits die Notwendigkeit der staatlichen Genehmigung vor Einrichtung eines Gebetsraumes – im konkreten Fall sogar unter Einbeziehung der griechisch-orthodoxen Kirche als konkurrierender Religionsgemeinschaft in den Genehmigungsprozess – als Eingriff in Art. 9 EMRK angesehen werden könnte. Eine Annahme eines Eingriffs in diesem Zusammenhang setzt aber voraus, dass die Freiheit, nach der eigenen Entscheidung einen Gebetsraum einzurichten, zu unterhalten oder neu zu errichten, von Art. 9 EMRK umfasst ist.<sup>49</sup> Eine solche Sicht des Art. 9 EMRK wird auch gestützt durch Art. 6 lit. a) 2. Hs. der UN Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief<sup>50</sup>, wonach die Religionsfreiheit im Sinne dieser Deklaration auch das Recht umfasst, Stätten der religiösen Anbetung und Versammlung zu errichten und zu unterhalten. Eine vergleichbare Definition findet sich auch in Prinzip 16.4 der Wiener Schlussakte der Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (KSZE) von 1989.<sup>51</sup>

Diese Konventionsvorgaben beanspruchen auch gegenüber einem Verbot des Baus von Minaretten Geltung. Dabei fällt der Islam als eine anerkannte Weltreligion – auch wenn angesichts der Vielgestaltigkeit der islamischen Strömungen kaum von “einer” Religion zu sprechen sein dürfte – mit seinen religiösen Aussagen und seinen zentralen, tradierten und überwiegend anerkannten Verhaltensmustern jedenfalls unter den Begriff der Religion i. S. d. Art. 9 EMRK. Damit sind von der Garantie der Religionsfreiheit auch die Formen des islamischen Gebets und der ri-

<sup>48</sup> EGMR, Urt. v. 26.09.1996 – *Manoussakis u. a. ./.* *Griechenland*, in: RJD 1996-IV.

<sup>49</sup> Davon zu trennen ist die Frage, welche der EGMR bewusst und ausdrücklich offen lässt, ob die Entziehung eines staatlicherseits überlassenen Raumes, der zu religiösen Zwecken genutzt wurde, einen Eingriff in Art. 9 EMRK darstellt, vgl. hierzu EGMR, E. v. 18.09.2007, Az. 52336/99, zitiert nach juris, wobei der Gerichtshof insoweit feststellt, dass jedenfalls keine (anfängliche) Pflicht des Staates besteht, Religionsgemeinschaften Räume zur Ausübung ihrer Religion zur Verfügung zu stellen. Das Fehlen einer solchen positiven Gewährleistungspflicht sagt aber noch nichts darüber aus, ob der Religionsgemeinschaft nicht das Recht zusteht, aus eigenen Mitteln einen religiösen Raum zu errichten, einzurichten und zu unterhalten. Vielmehr macht ein solch ausdrücklicher Verweis des EGMR, eine solche positive Gewährleistungspflicht bestehe nicht, nur dann Sinn, wenn grundsätzlich Art. 9 EMRK die Freiheit der Errichtung, Einrichtung und Unterhaltung von religiösen Räumen erfasst.

<sup>50</sup> Resolution der Vollversammlung der Vereinten Nationen 36/55 v. 25.11.1981, insoweit abgedruckt bei M. N. Shaw (Anm. 37), 451 f.; kritisch zur Bedeutung dieser Resolution aber insoweit, als ihr bislang kein verbindlicher Rechtstext folgte, M. Nowak, U. N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, 2. Aufl., Kehl 2005, Art. 18, Rn. 3.

<sup>51</sup> Insoweit abgedruckt bei W. Cole Durham, Jr., Perspectives on Religious Liberty: A Comparative Framework, in: J. D. van der Vyver/J. Witte, Jr. (Hrsg.), Religious Human Rights in Global Perspective. Legal Perspectives, Den Haag/Boston/London 1996, 1 (37).

tuellen Versammlung in der Moschee geschützt. Aufgrund der oben dargelegten Erweiterungen auf die Errichtung und Unterhaltung religiöser Bauten dürfte wohl auch der Bau einer Moschee unter Art. 9 EMRK zu subsumieren sein.

Nicht gleichermaßen evident – jedenfalls aus Sicht der Initianten der Eidgenössischen Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten” – ist hingegen die Errichtung eines Minaretts vom Garantiegehalt des Art. 9 EMRK umfasst. Einige der Argumente, welche die Initianten und Befürworter der Volksinitiative vorbringen, setzen nämlich bereits am Schutzbereich der Religionsfreiheit an – die veröffentlichten Ausführungen der Initianten beschränken sich zwar auf die Religionsfreiheit nach der BV, dürften aber auch für die Religionsfreiheit der EMRK Geltung beanspruchen. Soll die Zulässigkeit der Eidgenössischen Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten” umfänglich vor der Folie des Art. 9 EMRK beleuchtet werden, müssen daher auch diese Argumente betrachtet werden. Die Initianten und Befürworter der Eidgenössischen Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten” tragen u. a. vor, das Minarett selbst habe mit den zentralen Glaubensinhalten des Islam nichts zu tun. Nach ihrer Ansicht werde dies insbesondere durch die Existenz von Moscheen ohne Minarett in der Schweiz, aber auch in vorwiegend muslimisch geprägten Ländern bewiesen. Vielmehr erfülle das Minarett die Funktionen eines “Signalturns für die Gläubigen” wie auch eines “Wachtturns über die Gläubigen”, wenn es nicht gar als “Siegeseichen” – wohl des Islam über die anderen Religionen – zu deuten sei. Dieser Argumentation folgend sprechen die Initianten und Befürworter der Volksinitiative davon, das Minarett bringe einen religiös-politischen Machtanspruch zum Ausdruck. Als solches Symbol aber sei dem Minarett und der darin zum Ausdruck kommenden Form des Islam das von der BV etwa in Art. 72 Abs. 2 vorausgesetzte Postulat der Toleranz zwischen den verschiedenen Religionen fremd, verbinde sich doch mit dem Minarett zugleich ein religiöser Alleinvertretungs- und Machtanspruch des Islam.<sup>52</sup>

Reduziert man diese – wohl in erster Linie für die politische Debatte formulierten – Argumente auf ihren juristischen Kern, so lassen sich zwei Stoßrichtungen der Argumente ausmachen. Einerseits wird vorgetragen, dass die Minarette kein notwendiger Bestandteil des islamischen Glaubens seien, dass sie vielmehr verzichtbaren “Zierrat” darstellten, der nicht von der Religionsfreiheit erfasst werde, mit dieser nicht in einem solchen typischen Zusammenhang stehe, wie er vom EGMR gefordert wird. Andererseits zielen die Argumente darauf, mit dem Minarett einen Machtanspruch des Islam zu verbinden, welcher nur religiös “verbrämt” sei, in seinem Kern aber auf den politischen Bereich ziele. Dem wird die Aussage

---

<sup>52</sup> Vgl. zum Vorstehenden insgesamt das Flugblatt der Initianten “Das Minarett und seine Bedeutung”, abrufbar unter: <<http://www.minarette.ch/fileadmin/webfiles/images/flyer-d.pdf>>, 1; ganz deutlich auch einer der Initianten, D. Zingg, Was ist der richtige Weg?, abrufbar unter: <<http://www.livenet.ch/www/index.php/D/article/473/36836>>, mit der Aussage “Minarette sind Macht- und Eroberungssymbole”; vgl. auch “Gegen das Minarett als Machtsymbol”, in: Neue Zürcher Zeitung Online v. 04.05.2007, abrufbar unter: <<http://www.nzz.ch/2007/05/04/il/articleF5IUUV.html>>; dass diese Meinung nicht auf die Initianten beschränkt ist, zeigt etwa auch der Leserbrief von M. Eisen, Minarette sind fakultativ, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 169 v. 22.07.2008, 8.

beigefügt, dass die Religionsfreiheit nur solche religiösen Betätigungen zulasse, die grundlegende Anforderungen an die Toleranz zwischen den Religionsgemeinschaften und den Religionsfrieden erfüllen.

Diese Argumente sind auf zwei Ebenen zu überprüfen: einerseits in faktischer Hinsicht, also mit der Frage, ob die Symbolik, welche die Initianten und Befürworter der Volksinitiative im Minarett zu sehen glauben, architekturgeschichtlich wie theologisch tatsächlich im Minarett zu finden war und immer noch zu finden ist; andererseits als rechtliche Frage, ob staatliche Stellen und Normen religiösen Symbolen weitere Aussagegehalte zuschreiben dürfen oder – mit der Abwandlung einer bekannten Formulierung Josef Isensees<sup>53</sup> – wer den Umfang der Religionsfreiheit definiert. Dabei eröffnet insbesondere die Rechtsprechung des EGMR auch den Weg in die Nachprüfung der faktischen Frage, denn der Gerichtshof erkennt zwar auch im Rahmen der Religionsfreiheit einen sog. *margin of appreciation*<sup>54</sup> der Konventionsstaaten an; gleichwohl behält er sich vor, die Gründe, welche für eine staatliche oder dem Staat zurechenbare Maßnahme im Bereich der Religionsfreiheit vorgebracht werden, auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen.<sup>55</sup>

Bereits auf der faktischen Ebene sind nämlich Zweifel an der Sicht der Initianten und Befürworter der Volksinitiative angebracht. Dabei können für die Zwecke dieser Untersuchung die Erkenntnisse der (islamischen) Religionswissenschaften, der Geschichtswissenschaften und der Architektur(geschichte) verbunden werden. Danach steht das Minarett jedenfalls heute zweifelsohne in einem unmittelbaren Bezug zur Ausübung religiöser Praktiken des Islam, insbesondere als Ort, von dem aus der Muezzin die Muslime zum Gebet ruft.<sup>56</sup> Architekturgeschichtlich lässt sich zwar feststellen, dass Vorläufer der Minarette bereits vor der Entstehung von Moscheen bekannt waren und sich in Form turmartiger Bauten als Leuchttürme über der arabischen Steppe bereits in vorislamischer Zeit nachweisen lassen; hierfür finden sich auch hinreichend klare etymologische Zusammenhänge.<sup>57</sup> Hinzu-

<sup>53</sup> J. Isensee, *Wer definiert die Freiheitsrechte? Selbstverständnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates*, Heidelberg 1980.

<sup>54</sup> Hierzu umfassend H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Den Haag 1996.

<sup>55</sup> Vgl. zu dieser intensiven Plausibilitätskontrolle H. Goerlich, *Religionspolitische Distanz und kulturelle Vielfalt unter dem Regime des Art. 9 EMRK*, in: NJW 2001, 2862 ff.

<sup>56</sup> Umfassend – allerdings mit kunsthistorischem Schwerpunkt – J. M. Bloom, *Minaret. Symbol of Islam*, Oxford 1989, und ders., *The Minaret. Symbol of Faith & Power*, in: *Saudi Aramco World*, Ausgabe März/April 2002, 26 ff.

<sup>57</sup> So führt M. Affolter, *Wozu Minarette errichtet werden*, in: *Neue Zürcher Zeitung* Nr. 204 v. 02.09.2008, 40, den Begriff Minarett auf das arabische *mana'ir*, d. h. "Orte des Lichts" zurück; vgl. dort auch zur Entwicklung der Moscheen; mit einer ähnlichen Herleitung auch R. J. H. Gottheil, *The Origin and History of the Minaret*, in: *Journal of the American Oriental Society* 30 (1910), 132 (132 f.); umfassender zur philologischen Herkunft des Begriffs "Minarett" K. A. C. Creswell, *The Evolution of the Minaret. With Special Reference to Egypt*, Teil 1, in: *The Burlington Magazine for Connoisseurs* 48 (1926), 134 ff.; sehr knapp auch die Herkunftsbeschreibung bei P. Ortog (Anm. 38), 47; mit Nachweisen auch anderer Herleitungsmuster J. M. Bloom, *The Minaret*. (Anm. 56), 26 ff.

kommt, dass auch die ersten Moscheen noch keine Minarette aufwiesen<sup>58</sup> – und sich daher auch heute Moscheen ohne Minarette finden lassen –; allerdings erfüllten die Türme, wo sie mit einer Moschee verbunden waren, immer religiöse Zwecke; insbesondere dienten sie in dieser Verbindung mit dem Ruf des Muezzin der Einladung zum islamischen Gebet und der Eröffnung der rituellen Handlungen.<sup>59</sup> Dies erhellt, warum ein Minarett auch heute noch ein zentrales, weltweit anerkanntes Gestaltungselement im Moscheebau darstellt.<sup>60</sup> Auch weitere architekturgeschichtliche Einflüsse legen diese Sichtweise einer engen Verbindung zwischen Minarett und Religionsausübung nahe: So finden sich in den Gebieten des historischen Byzanz' und Syriens Moscheen, die in der Gestaltung der Minarette architektonische Anleihen bei frühchristlichen Kirchtürmen nahmen oder – wie etwa der Überlieferung nach die Große Moschee von Damaskus – sogar verlassene oder eroberte Kirchtürme direkt zum Minarett umfunktionierten.<sup>61</sup> Einer anderen architekturgeschichtlichen Tradition folgend entwickelten sich die Minarette etwa in Ägypten aus Gebetsplattformen für den Muezzin, was ihre religiöse Bedeutung jedoch ebenso unterstreicht.<sup>62</sup>

Religionswissenschaftlich wird zudem die bauliche Gestaltung der Minarette mit ihrer vertikalen Ausrichtung als Symbol der Mittlerschaft begriffen, das die Moschee mit den höheren Sphären der islamischen Kosmologie verbindet.<sup>63</sup> Auch eine Ähnlichkeit mit dem ersten Buchstaben des arabischen Alphabets, der zugleich der Anfangsbuchstabe des Begriffs "Allah" ist, wird zur Erläuterung der theologischen Funktionen des Minaretts vorgebracht.<sup>64</sup> Nicht zuletzt dient aber das Minarett auch als Anzeige des Standorts der Moschee, um den Gläubigen den Weg zu ihrem Gebetsraum zu weisen.<sup>65</sup>

Neben diesen Funktionen wurden – und werden bis in die jüngste Zeit – gleichwohl Minarette auch als Machtsymbole des Islam von ihren Erbauern, jedenfalls aber von der nicht-muslimischen Bevölkerung verstanden. Hierfür schildert Jonathan M. Bloom das eindrückliche Beispiel, dass serbische Einheiten im Bürgerkrieg im Kosovo gezielt auch Minarette attackierten, um einerseits die Symbole der muslimischen Kosovaren zu zerstören, andererseits aber auch die historischen

---

<sup>58</sup> Vgl. etwa R. J. H. Gottheil (Anm. 57), 132 (133 ff.), dort auch mit einem knappen Abriss der Entstehung des Gebetsrufes und damit einhergehend der religiösen Bedeutung des Minaretts als Ort, von dem aus dieser Gebetsruf praktiziert wurde.

<sup>59</sup> Vgl. M. Chebel, *Symbole des Islam*, Wien/München 1997, 66, 70 sowie die Nachweise in Anm. 56, 57.

<sup>60</sup> J. M. Bloom, *The Minaret*. (Anm. 56), 26 ff.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu M. Affolter (Anm. 57), 40; s. hierzu auch K. A. C. Creswell (Anm. 57), 134 (138), der ebenfalls die architektonischen Einflüsse der bestehenden, präislamischen Kirchtürme in Syrien hervorhebt; ähnlich auch R. J. H. Gottheil (Anm. 57), 132 (138 f.).

<sup>62</sup> M. Affolter (Anm. 57), 40.

<sup>63</sup> So M. Chebel (Anm. 59), 66, 70; M. Affolter (Anm. 57), 40.

<sup>64</sup> M. Affolter (Anm. 57), 40.

<sup>65</sup> J. M. Bloom, *The Minaret*. (Anm. 56), 26 ff.; M. Affolter (Anm. 57), 40.

Symbole ottomanischer Herrschaft auf dem Balkan zu beseitigen.<sup>66</sup> Ebenso lassen sich im Mittelalter und früher Belege dafür finden, dass die Errichtung von Minaretten – insonderheit an eroberten Stätten anderer Religionen – auch als Symbol der Herrschaft über das Gebiet eingesetzt wurde, was aber eine Entsprechung in der Vorgehensweise insonderheit christlicher Herrscher dieser Zeiten findet.<sup>67</sup> Auch war im Mittelalter die Errichtung von Moscheen mit mehreren Minaretten dem jeweiligen Herrscher des Gebietes vorbehalten,<sup>68</sup> wofür sich aber gleichfalls Parallelen zu christlichen Herrschern ziehen lassen. Zudem ist zutreffend darauf hingewiesen worden, dass der islamisch-religiöse Machtanspruch – wie für den Kirchturm in der christlichen Baukultur – nicht durch den Typus des Bauelements “Minarett”, sondern vielmehr durch Größe und Ausschmückung des konkreten Bauwerks zum Tragen kam.<sup>69</sup>

Aus den soeben dargelegten historisch-symbolischen Bedeutungen des Minaretts können allerdings Schlussfolgerungen für die geplanten Minarette in der Schweiz kaum gezogen werden. Eine gleiche symbolische Bedeutung zur damaligen Zeit und heute wäre nämlich nur anzunehmen, wenn alle weiteren historisch-kulturellen, durch wiederholte, immer auch religiös aufgeladene Kriege geprägten Umstände für die damalige symbolische Bedeutung von Minaretten unbeachtlich wären und somit das Minarett mit der gleichen symbolischen Bedeutung auch in dem heutigen, durch – jedenfalls in Westeuropa – weitgehend friedliches Zusammenleben verschiedener religiöser Strömungen geprägten Umfeld gedacht werden könnte. Zudem müssten bei der Bewertung der symbolischen Bedeutung eines Minaretts Voraussetzung und Folge, Ursache und Wirkung miteinander vertauscht werden: Denn gerade *weil* die Herrscher zur damaligen Zeit das jeweilige Gebiet beherrschten, errichteten sie Minarette als Machtsymbole; hingegen war auf einem unter fremder Herrschaft stehenden Gebiet die Errichtung eines Minaretts nicht möglich, *um* dort die Macht zu erlangen. Die symbolische Aussage der damaligen Minarette kann damit höchstens als Hinweis auf eine *bestehende*, nicht auf eine bloß *angestrebte* Suprematie des Islam in der jeweiligen Region gedeutet werden. Beide Überlegungen setzen aber Annahmen voraus, denen sich die geschichtliche Entwicklung des Islam sowie die Machtverhältnisse im heutigen – überwiegend säkular geprägten – Westeuropa entziehen. Daneben zeigen die in der Schweiz bereits errichteten Minarette deutlich, dass die muslimischen Gemeinden bemüht sind, durch deren bauliche Gestaltung jeden Anschein eines Herrschaftsanspruchs zu vermeiden.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> J. M. Bloom, *The Minaret*. (Anm. 56), 26 (28).

<sup>67</sup> So bei J. M. Bloom, *The Minaret*. (Anm. 56), 26 (28 ff.).

<sup>68</sup> M. Affolter (Anm. 57), 40.

<sup>69</sup> Vgl. hierzu Schweizerischer Bundesrat (Anm. 5), 7603 (7613 f.).

<sup>70</sup> So wird das in Wangen bei Olten im Kanton Solothurn errichtete Minarett mit einer Höhe von nur vier Metern übereinstimmend von schweizerischen Medien als rein symbolisches Bauwerk beschrieben, vgl. hierzu nur “Umstrittenes Minarett in Wangen eingeweiht, in: *Neue Zürcher Zeitung Online* v. 27.06.2009, abrufbar unter: <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/umstrittenes\\_minarett\\_in\\_wangen\\_ingeweiht\\_1.2834161.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/umstrittenes_minarett_in_wangen_ingeweiht_1.2834161.html)>.

Lassen sich demnach Zweifel schon an der faktischen Ebene der Argumente der Initianten und Befürworter der Eidgenössischen Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" anführen, treten darüber hinaus rechtliche Bedenken hinzu. Diese beziehen sich einerseits auf die Deutung des Minaretts als politisches Machtsymbol, andererseits auf die Aussage, für die islamische Religion sei das Minarett ein verzichtbarer Bestandteil, der keine typische Beziehung zur Religion aufweise, wie sie für den Schutz durch Art. 9 EMRK gefordert wird. Insoweit ist zu erinnern, dass zwar der EGMR verschiedentlich eine Einschränkung des Schutzes der Religionsfreiheit vorgenommen hat, etwa indem das Agieren im bloß wirtschaftlichen Bereich nicht als von der Religionsfreiheit erfasst angesehen wurde.<sup>71</sup> Gleichwohl garantiert Art. 9 EMRK für das Individuum wie für die Religionsgemeinschaft die Freiheit, selbst darüber zu befinden, welche Verhaltensweisen Bestandteil der eigenen Religion sind bzw. welche Anforderungen die Religion an den Gläubigen stellt. Demgegenüber ist es staatlichen Stellen – zu denen auch der Verfassungsgeber zählt, selbst wenn die Norm in einem direkt-demokratischen Verfahren zustande kommt – untersagt, zu entscheiden, welche Verhaltensweisen Gegenstand der Religion sind oder zulässigerweise sein dürfen.<sup>72</sup> Auch früheren Entscheidungen der EKMR, nach denen religiöse von politischen Überzeugungen zu trennen sind und jene, nicht aber diese von Art. 9 EMRK erfasst sein sollen,<sup>73</sup> ändern diesen Befund nicht. Wo ein gewähltes Symbol nämlich religiös, daneben – nicht stattdessen – aber auch politisch verstanden werden kann, würde eine staatliche Entscheidung, die das "Gewicht" der politischen Aussage des Symbols bestimmt, mittelbar auch das "Gewicht" der religiösen Aussage festlegen; eine Entscheidung, zu der staatliche Stellen aber weder die religionswissenschaftliche Fähigkeit noch die rechtliche Kompetenz haben.<sup>74</sup> Insbesondere muss dies gelten, wo es um tradierte Kernbereiche des religiösen Lebens einer Religionsgemeinschaft geht.<sup>75</sup>

Dann aber können und dürfen staatliche Normen und Stellen – selbst wenn erweislich wäre, dass einige Strömungen des Islam das Minarett für entbehrlich er-

<sup>71</sup> Etwa EKMR, E. v. 05.05.1979 – X. u. Church of Scientology ./.. Schweden, in: DR 16, 68 (72).

<sup>72</sup> Vgl. etwa EGMR (Große Kammer), Urt. v. 13.02.2003 – Refah Partisi u. a. ./.. Türkei, in: NVwZ 2003, 1489 (1491); J. Meyer-Ladewig, Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Art. 9, Rn. 4a; T. Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, Tübingen 2004, 112; kritisch zu diesem Verbot staatlicher Bewertungen P. W. Edge, The European Court of Human Rights and Religious Rights, in: International and Comparative Law Quarterly 47 (1998), 680 (684 f.), dort auch mit dem Vorschlag, den Einschätzungsspielraum bei Art. 9 EMRK je nach Bedeutung des Eingriffs für die Religionsgemeinschaft enger oder weiter zu fassen; J. Isensee (Anm. 53), 17 ff. spricht insoweit von einem "Definitionsverbot" staatlicher Stellen.

<sup>73</sup> Maßstäblich hier insbesondere die Entscheidung in der Rs. Arrowsmith ./.. Vereinigtes Königreich, EKMR, Entsch. v. 12.10.1978, in: DR 19, 19 (Rn. 71 f.).

<sup>74</sup> Ganz ähnlich für die Religionsfreiheit nach der BV Schweizerisches Bundesgericht, EuGRZ 2008, 422 (424), in Bezug auf die Frage, ob im Tragen eines Kopftuches zugleich eine politische Aussage zur Stellung von Mann und Frau zu sehen sei; deutlich auch noch einmal in dass., EuGRZ 2009, 121 (123); wie hier für den Sonderfall eines religiösen Predigers an einer staatlichen Hochschule H. Goerlich/T. Schmidt, Res sacrae in den neuen Bundesländern. Rechtsfragen zum Wiederaufbau der Universitätskirche in Leipzig, Berlin 2009, 64 f.

<sup>75</sup> So wohl auch N. Blum (Anm. 40), 95.

achten – nicht für die islamischen Religionsgemeinschaften verbindlich festlegen, dass diese ihre Religion nur in bestimmten – auch architektonischen – Formen ausüben dürfen. Eine solche Regelung wäre zudem jedenfalls nicht geeignet, bereits den Schutzbereich der Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK zu verkürzen; vielmehr müsste sich ein Verbot, bestimmte Formen der Religionsausübung zu wählen, als Eingriff in Art. 9 EMRK an den Schranken des Art. 9 Abs. 2 EMRK messen lassen.

Schließlich kann auch das Vorbringen der Initianten und Befürworter der Volksinitiative, das Minarett verkörpere eine Deutung des Islam, welche auf einen Vormachtanspruch des Islam gegenüber anderen Religionen gerichtet sei und damit der durch Toleranz zwischen den und friedliches Zusammenleben der Religionen geprägten schweizerischen Rechtsordnung zuwiderlaufe, faktisch wie rechtlich nicht überzeugen. Zwar mag es bedenkenswerte Gründe – und mit Art. 17 EMRK auch eine normative Anknüpfung – geben, einer religiösen Praxis, welche die Grundstrukturen des Gemeinwesens der Bürger in einem Gebiet aufzuheben trachtet, den Schutz des Art. 9 EMRK zu versagen;<sup>76</sup> gleichwohl lassen sich derartige Verhaltensweisen bei einer Mehrzahl der Muslime der Welt nicht ausmachen. Durch Übertragung der Verhaltensweisen und Überzeugungen einer fundamentalistischen Minderheit der Muslime als Aussagegehalt auf die Mehrheit der Muslime und ihre religiösen Symbole durch staatliche Normen würde aber wiederum der Staat eine Zuschreibung in religiösen Angelegenheiten vornehmen, für die ihm Fachkenntnisse und rechtliche Kompetenz fehlen.

Nach alledem lässt sich festhalten, dass die Errichtung eines Minaretts als Teil der religiösen Sakralbauten des Islam dem Schutzbereich des Art. 9 EMRK unterfällt. Eng damit verbunden ist dann die Feststellung, dass das von der Eidgenössischen Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten” propagierte Verbot des Baus von Minaretten auch einen Eingriff in die Religionsfreiheit darstellt. Beeinträchtigungen des Schutzbereichs der Religionsfreiheit werden nämlich regelmäßig durch direkte und zielgerichtete Eingriffe bewirkt, welche – in Gestalt staatlicher Maßnahmen und Verbote – die durch Art. 9 EMRK geschützten Verhaltensweisen unmittelbar be- oder verhindern.<sup>77</sup> Um ein solches staatliches Verbot handelt es sich auch bei dem neu einzufügenden Art. 72 Abs. 3 BV, welcher mit dem Bau von Minaretten eine Handlung ohne Ausnahme verbietet, die zum Bestand der Religionsfreiheit der Muslime nach Art. 9 EMRK gehört.

---

<sup>76</sup> Vgl. hierzu N. Blum (Anm. 40), 97, der aber – zweifelhafter – auch ein Mindestmaß an Loyalität gegenüber der staatlichen Ordnung verlangen will. Während die Wahrung der grundlegenden Struktur des Gemeinwesens der Bürger darauf zurückzuführen ist, dass die Gesamtheit der Bürger in freiheitlicher Verbundenheit diese Strukturen gewählt hat und damit letztlich die Wahrung dieser Strukturen die Wahrung der Freiheits- und Rechtsträgerschaft der anderen Bürger bedeutet, droht das Verlangen nach Loyalität gegenüber dem Staat das vorstaatlich-menschenrechtlich fundierte Verhältnis des Bürgers zum Staat auf eine Menschenrechtsgewährung als “Belohnung” für Loyalität gegenüber dem Staat zu reduzieren.

<sup>77</sup> So auch N. Blum (Anm. 40), 99.

Wie in den meisten Konventionsstaaten, so ist auch in der EMRK der Schutz der Religionsfreiheit allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Vielmehr gestattet Art. 9 Abs. 2 EMRK die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Religionsausübungsfreiheit des *fori externi*, während das *forum internum* keinen Schranken und damit keiner Rechtfertigungsmöglichkeit eines Eingriffs unterliegt.<sup>78</sup> Eine Beschränkung des *fori externi* hingegen ist gerechtfertigt, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, einen der in Art. 9 Abs. 2 EMRK genannten Zwecke verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist.

Fordert damit die EMRK für eine Beschränkung der Religionsfreiheit des Art. 9 zunächst eine gesetzliche Grundlage, so stellt sich für eine Konvention, die eine Vielzahl nationaler Rechtsordnungen überspannt, die Frage, welcher Gesetzesbegriff dieser Konvention zugrunde liegt. Dabei erfasst dieser – konventionsautonom zu interpretierende – Begriff aber jedenfalls Parlamentsgesetze oder – weil die Befugnis des Parlaments zur Gesetzgebung sich, zumindest in demokratischen Gemeinwesen, vom Volk ableitet – vom Volk als direkt-demokratischem Gesetzgeber verabschiedete Gesetze, die – als rechtsstaatliche Anforderung der Publizität – ausreichend zugänglich sind.<sup>79</sup> Soweit sich die Eidgenössische Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten“ darauf richtet, den Text der BV unmittelbar zu ändern, erfüllt diese Änderung zumindest die Anforderungen des konventionsrechtlichen Gesetzesbegriffes.

Näherer Betrachtung bedarf hingegen die Frage, ob die vorgeschlagene Änderung der BV in einer demokratischen Gesellschaft notwendig zum Schutz der in Art. 9 Abs. 2 EMRK genannten Rechtsgüter ist, darunter etwa die Rechte anderer. Unter diesen Eingriffszweck fassen EKMR und EGMR auch das Interesse des Staates an der Wahrung des Religionsfriedens im Land, da dieser Frieden dazu diene, allen im Konventionsstaat Lebenden die Ausübung ihrer jeweiligen Religion ohne Beeinträchtigung durch andere zu sichern. Bestehen nämlich in einem Staat mehrere Religionsgemeinschaften, ist es aus Sicht der EKMR und des EGMR gegebenenfalls notwendig, die Religionsfreiheit der einzelnen Gemeinschaften zu beschränken, um die Interessen der verschiedenen Gruppen auszugleichen und zugleich zu gewährleisten, dass der individuelle Glaube jedes Bürgers gewährleistet wird.<sup>80</sup> Dabei kann es dazu kommen, dass sich Individualinteressen den Interessen der Mehrheit im Einzelfall unterordnen müssen; dies darf aber nicht dazu führen, dass den Mehrheitsinteressen ausnahmslos der Vorrang vor Interessen von Minderheiten eingeräumt wird.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> Vgl. W. Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren. MRK und IPBPR, Berlin 2005, Art. 9 EMRK, Rn. 7.

<sup>79</sup> Vgl. umfassend hierzu R. Weiß, Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1996, *passim*, besonders 153 ff.

<sup>80</sup> EGMR, Urt. v. 25.05.1993 – Kokkinakis ./.. Griechenland, in: Serie A 1993, Bd. 260, 18, Nr. 33; EGMR (Große Kammer) (Anm. 72), 1489 (1491); J. Meyer-Ladewig (Anm. 72), Art. 9, Rn. 4a.

<sup>81</sup> J. Meyer-Ladewig (Anm. 72), Art. 9, Rn. 4a.

Eben diesen Ausgleich unterschiedlicher religiöser Interessen reklamieren jedoch die Initianten und Befürworter der Volksinitiative für sich. Da es sich bei den Minaretten nicht um religiöse, sondern eher um politische Machtsymbole handle, die auf eine Vorherrschaft des Islam unter Hintanstellung der übrigen Religionen gerichtet seien, gefährde deren Errichtung den religiösen Frieden in der Schweiz. Auch sei die damit symbolisierte Sichtweise des Islam auf eine Verneinung der Religionsfreiheit für Andersgläubige gerichtet, was vom schweizerischen Recht nicht geduldet werden könne. Dies werde etwa dadurch indiziert, dass in Ländern, in denen der Islam – in der Diktion der Initianten “die Minarette” – dominiere, andere Glaubensrichtungen nicht zugelassen seien oder gar verfolgt würden. Zudem richte sich das Minarettverbot damit auch nicht gegen die Religionsfreiheit der schweizerischen Muslime, sondern nur gegen derartige politische Tendenzen innerhalb des Islam.<sup>82</sup>

Wie oben bereits nachgewiesen, lässt sich eine prädominante, politisch-symbolische Aussage den heutigen Minaretten nicht entnehmen; vielmehr bestehen enge Bezüge zwischen Minarett und islamischer Religionsausübung. Jedenfalls aber kann – wie expliziert wurde – aus Rechtsgründen eine gleichwohl vereinzelt vertretene politische Symbolik des Minaretts staatlicherseits nicht als vorherrschender Symbolgehalt für die Minarette in der Schweiz unterstellt werden. Aber auch diese faktischen wie rechtlichen Einwände beiseite lassend, könnte sich die Beschränkung der Religionsfreiheit der islamischen Religionsgemeinschaften als nicht erforderlich in einer demokratischen Gesellschaft erweisen.

Unter dem Aspekt der “Erforderlichkeit in einer demokratischen Gesellschaft” prüfte die EKMR und prüft der EGMR dabei regelmäßig die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks. Dabei kontrolliert der EGMR – anders als etwa der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) – die Verhältnismäßigkeit vollumfänglich hinsichtlich Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des eingesetzten Mittels zur Erreichung des verfolgten Zwecks.<sup>83</sup> Gleichwohl gesteht der EGMR dabei den Konventionsstaaten – anders als etwa das deutsche Bundesverfassungsgericht – auch im Rahmen der Rechtfertigung eines Eingriffs in ein Konventionsrecht einen *margin of appreciation* zu, einen Beurteilungsspielraum also, zu dessen Überprüfung sich der EGMR nicht berufen sieht. Dieser Beurteilungsspielraum ist jedoch keineswegs für alle Konventionsgarantien und auch innerhalb dieser gleich ausgeprägt; vielmehr neigt der EGMR dazu, einen größeren Beurteilungsspielraum anzuerkennen, wo die Vergleichung der einschlägigen nationalen Normen in den Konventionsstaaten keine einheitliche Regelung einer Sachmaterie ergibt. Wo hingegen im Wege wertender Rechtsvergleichung eine weitgehende Homogenität in der Bewertung eines Sachproblems festzustellen ist, nimmt der EGMR einen nur geringen Beurteilungs-

<sup>82</sup> Vgl. zum Vorstehenden “Islam-Argumentarium: Minarett” des “Egerkinger Komitees”, abrufbar unter: <<http://www.minarette.ch/fileadmin/webfiles/images/03-minarett.pdf>>.

<sup>83</sup> Vgl. hierzu C. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München 2009, § 18, Rn. 14 ff.

spielraum der Konventionsstaaten an.<sup>84</sup> Für Art. 9 EMRK gilt dabei aufgrund der großen Heterogenitäten, welche die Rechtsordnungen der Konventionsstaaten in Fragen des Religions- und Staatskirchenrechts aufweisen, ein vergleichsweise weitgespannter Beurteilungsspielraum, dessen Einhaltung dennoch einer strengen konventionsrechtlichen Kontrolle unterzogen wird,<sup>85</sup> etwa indem der EGMR die Stichhaltigkeit der für die Einschränkung des Art. 9 EMRK vorgebrachten Gründe genau überprüft.<sup>86</sup> So akzeptiert der EGMR etwa staatliche Regelungen über die Anerkennung von Religionsgemeinschaften oder die Überprüfung, ob statt lediglich vorgeschobener religiöser Gründe tatsächlich politische Gründe für die Tätigkeit einer Gemeinschaft tragend sind; diese Befugnisse müssen indes neutral und unparteiisch gegenüber den Religionsgemeinschaften ausgestaltet sein und dürfen auch nicht in einer Weise angewendet werden, die auf die Diskriminierung einer Religionsgemeinschaft hinausläufe.<sup>87</sup>

Sind die von den Befürwortern und Initianten der Eidgenössischen Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" vorgebrachten Argumente bereits oben faktisch und rechtlich gewürdigt worden, so fragt sich nunmehr nur noch, ob diese Gründe stichhaltig sind, die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in die Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK zu tragen. Für eine Antwort hierauf sollen hypothetisch die Argumente der Initianten und Befürworter der Volksinitiative als zutreffende Einschätzung unterstellt werden.

Dann aber ist kaum zu bestreiten, dass ein komplettes Verbot von Minaretten geeignet ist, deren politischen Symbolgehalt in den Ortsbildern der Schweiz nicht zum Tragen kommen zu lassen. Gleichwohl ließen sich auch unter dieser Hypothese mildere Mittel denken, welche die Zwecke der Befürworter und Initianten der Volksinitiative ebenso wirksam erreichten, aber die Religionsfreiheit der Muslime in der Schweiz stärker schonten. So wäre etwa an eine Ausnahme vom Bauverbot für solche Minarette zu denken, die durch ihre architektonische Gestaltung jeden symbolischen Machtanspruch sicher auszuschließen geeignet scheinen. Beispielhaft genannt sei ein Minarett, welches sich architektonisch in die Umgebung einfügt, deren Stil adaptiert und die Umgebungsbebauung nicht überragt, also nur aus nächster Entfernung zur Moschee wahrgenommen werden könnte. Auch die Ausnutzung bereits bestehender turmartiger Bausubstanz käme als Ausnahmetatbestand in Betracht; in diesem Falle wäre kaum einzusehen, warum die bloße Widmung oder Indienststellung als Minarett die bisherige Bausubstanz mit einer über den bisherigen Gehalt hinausgehenden Symbolik "aufladen" könnte.<sup>88</sup>

<sup>84</sup> Zum Vorstehenden C. Grabenwarter (Anm. 83), § 18, Rn. 20 f., § 22, Rn. 104 je m.w.N.

<sup>85</sup> J. Meyer-Ladewig (Anm. 72), Art. 9, Rn. 8; H. Weber (Anm. 44), 503 (504).

<sup>86</sup> EGMR, Urt. v. 05.04.2007 – Scientology Kirche Moskau ./.. Russland, in: NJW 2008, 495 (497).

<sup>87</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 13.12.2001 – Metropolitankirche von Bessarabien u. a. ./.. Moldawien, in: Slg. 2001-XII, Nr. 113, 115, 116.

<sup>88</sup> Davon zu trennen ist die *rechtliche* Frage, ob ein bisher säkular genutzter Turm durch Indienststellung als Minarett zu einem religiösen Gegenstand wird, der auch der Religionsfreiheit unterfällt; dies wird wohl zu bejahen sein, ohne dass damit zugleich eine *symbolische* "Aufladung" des Turms verbunden wäre.

Als weitere Voraussetzung einer verhältnismäßigen Einschränkung der Religionsfreiheit fordert der EGMR, dass eine Regelung, welche den Religionsfrieden zu sichern trachtet, nicht diskriminierend gegenüber einer Religion oder Religionsgemeinschaft formuliert oder angewendet werden darf. Vielmehr müssen alle den Religionsfrieden störenden Verhaltensweisen unterbunden werden. Dieser Anforderung wird die Eidgenössische Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" indes nicht gerecht. Ein ausschließlich auf den Bau von Minaretten begrenztes Verbot stellt nämlich die islamischen Religionsgemeinschaften gegenüber anderen Religionen und Religionsgemeinschaften schlechter; zudem lässt sich eine Diskriminierung auch innerhalb der islamischen Strömungen ausmachen. Während islamische Gruppierungen, welche ein Minarett nicht als notwendigen Teil ihrer Religion ansehen, selbst dann keine Einschränkungen zu gewärtigen haben, wenn sie durch andere, auch symbolische Verhaltensweisen eine Einstellung offenbaren, wie sie von den Befürwortern und Initianten der Volksinitiative als Symbolgehalt der Minarette verstanden wird, haben Gemeinschaften, welche ein Minarett als notwendigen Bestandteil ihrer Religion ansehen, selbst dann Einschränkungen ihrer Religion zu erdulden, wenn sie durch ihr anderweitiges Verhalten sicher zu erkennen geben, mit der Errichtung eines Minaretts keine politisch-religiösen Machtansprüche zu verbinden. Damit benachteiligt die vorgeschlagene Regelung die letztgenannten Religionsgemeinschaften in zweifacher Hinsicht: einerseits gegenüber anderen Religionen und deren Gemeinschaften, andererseits aber auch gegenüber anderen islamischen Religionsgemeinschaften, selbst wenn diese klar fundamentalistische Tendenzen aufwiesen.

Insgesamt beschränkt also die von der Eidgenössischen Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" vorgeschlagene Regelung Art. 9 EMRK in unverhältnismäßiger Weise. Damit verstößt die vorgeschlagene Regelung gegen die durch Art. 9 EMRK geschützte Religionsfreiheit der Muslime in der Schweiz.

## 2. Art. 9 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK<sup>89</sup>

Mit den bereits im Rahmen des Art. 9 EMRK angestellten Überlegungen zur Diskriminierung bestimmter Strömungen des Islam gegenüber anderen Religionen wie auch anderen Strömungen des Islam gerät darüber hinaus ein Verstoß der durch die Eidgenössische Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" propagierten Regelung gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 9 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK in den Blick.

Bereits der Wortlaut des Art. 14 EMRK macht deutlich, dass es sich bei dieser Gewährleistung nicht um ein allgemeines Diskriminierungsverbot handelt, wird doch "der Genuss der Rechte und Freiheiten" der EMRK ohne Diskriminierung etwa aus Gründen der Religion garantiert. Vielmehr stellt Art. 14 EMRK ein zu

---

<sup>89</sup> Gegen das eigenständige Diskriminierungsverbot des Art. 12. ZP EMRK kann die geplante Regelung hingegen nicht verstoßen, weil die Schweiz kein Signatarstaat dieses Protokolls ist.

den materiellen Garantien der EMRK akzessorisches Diskriminierungsverbot dar, das Ungleichbehandlungen nur dann verbietet, wenn sie in den Anwendungsbereich eines materiellen Konventionsrechts fallen.<sup>90</sup> Aber auch insoweit verbietet diese Garantie nicht jede Form von Ungleichbehandlung im Anwendungsbereich einer materiellen Garantie der EMRK. Stattdessen liegt eine von Art. 14 EMRK verbotene Diskriminierung nur dann vor, wenn für die Ungleichbehandlung zweier Sachverhalte oder Personengruppen keine sachlichen und vernünftigen Rechtfertigungsgründe vorliegen.<sup>91</sup> Es ist dem Gesetzgeber aufgegeben, sicherzustellen, dass alle seiner Regelungsgewalt Unterworfenen gleich behandelt werden,<sup>92</sup> und eine Ungleichbehandlung nur zuzulassen, wenn für die Differenzierung am Maßstab des Art. 14 EMRK zulässige Gründe bestehen.<sup>93</sup> Daher muss die Differenzierung zweier Sachverhalte oder Personengruppen ein nach Wertung der EMRK berechtigtes Ziel verfolgen und dazu in einem angemessenen Verhältnis stehen.<sup>94</sup> Darüber hinausgehend schließt Art. 14 EMRK auch eine Reihe von Differenzierungsmerkmalen positiv aus, an die eine unterschiedliche Behandlung "insbesondere" nicht geknüpft werden darf. Dazu zählt u. a. die Religion.

Nachgewiesen wurde bereits, dass das von der Eidgenössischen Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" vorgeschlagene Bauverbot für Minarette an die Ausübung der Religionsfreiheit einiger islamischer Religionsgemeinschaften, die das Minarett als notwendigen Bestandteil ihrer Religionsausübung ansehen, anknüpft. Ebenso wurde gezeigt, dass diese Religionsgemeinschaften gegenüber anderen Religionsgemeinschaften sowie anderen islamischen Gemeinschaften schlechter gestellt werden, indem ihnen der Bau von Minaretten verboten wird. Da es sich bei einem Minarett aber um ein religiöses Bauwerk handelt und es gerade in dieser Funktion verboten wird – was schon die Verwendung des ein religiöses Vorverständnis eines turmartigen Bauwerks bedingenden Begriffs Minarett im Verbotstatbestand verdeutlicht –, knüpft die Unterscheidung an Merkmale an, die von Art. 14 EMRK explizit als unzulässige Differenzierungskriterien ausgeschlossen werden.

Damit verletzt das von der Eidgenössischen Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" vorgeschlagene Verbot des Baus von Minaretten auch die Vorgaben des Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 9 EMRK.

---

<sup>90</sup> Vgl. J. Meyer-Ladewig (Anm. 72), Art. 14, Rn. 5.

<sup>91</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 29.04.2002 – Pretty ./.. Vereinigtes Königreich, in: NJW 2002, 2851 ff.

<sup>92</sup> Vgl. K. J. Partsch, Discrimination, in: R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold (Hrsg.), (Anm. 37), 584.

<sup>93</sup> So etwa EKMR, Ber. v. 12.12.1966 – Grandrath ./.. Deutschland, in: YB 10 (1967), 626.

<sup>94</sup> Vgl. J. Meyer-Ladewig (Anm. 72), Art. 14, Rn. 8 f.

### 3. Art. 18 IPbürgR

Kamen als Prüfungsmaßstab der Eidgenössischen Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" zunächst die Menschenrechte der EMRK in Betracht, so sind daneben auch die Grund- und Menschenrechte des IPbürgR in eine umfassende Betrachtung mit einzubeziehen, zuvörderst wiederum die Religionsfreiheit des Art. 18 IPbürgR. Dort ist dem Einzelnen die Freiheit gewährleistet, seine Beziehung zum Transzendenten zu etablieren, zu erhalten oder abubrechen, und die Freiheit des Individuums garantiert, Antworten auf transzendente Fragestellungen zu suchen und zu finden.<sup>95</sup> Dass auch der – von seinem Anspruch her weltweit Geltung heischende – IPbürgR eine Garantie der Religionsfreiheit vorsieht, kann keineswegs wundernehmen, lässt sich doch die Forderung nach Religionsfreiheit als ein zentrales Movers der Entwicklung moderner menschenrechtlicher Gewährleistungen auf nationaler wie internationaler Ebene begreifen, das sich demgemäß auch in allen wesentlichen Kodifikationen in diesem Bereich findet.<sup>96</sup> So findet sich die Religionsfreiheit auch nahezu wortgleich in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die als wesentliches Vorbild des IPbürgR anzusehen ist.<sup>97</sup>

Diese Entstehungsgeschichte macht auch klar, warum von einigen Literaturstimmen die Religionsfreiheit – zusammen mit Meinungs- und Gewissensfreiheit – als der eigentliche Kern der Garantien des IPbürgR angesehen wird.<sup>98</sup> Dabei ist Art. 18 IPbürgR in weitgehender Übereinstimmung mit Art. 9 EMRK strukturiert.<sup>99</sup> So schützt Art. 18 IPbürgR ebenfalls die innere Freiheit der Innehabung religiöser Überzeugungen (*forum internum*) wie die äußere Freiheit der Religionsausübung (*forum externum*).<sup>100</sup> Besonders hervorgehoben – nicht aber im Sinne einer abschließenden Aufzählung genannt – werden dabei Gottesdienst, Beachtung religiöser Bräuche, Ausübung der Religion und religiöser Unterricht,<sup>101</sup> welche sowohl dem Einzelnen als auch einem Zusammenschluss mehrerer Individuen in einer Gruppe als Freiheitsrechte zustehen. Auch erfasst wird etwa das Recht, Gotteshäuser bzw. Gebäude für den religiösen Gebrauch zu errichten.<sup>102</sup> Gleichfalls

<sup>95</sup> So W. Kälin/J. Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., Basel 2008, 467.

<sup>96</sup> So auch M. Nowak (Anm. 50), Art. 18, Rn. 1.

<sup>97</sup> Vgl. hierzu en detail H. Scheel, *Die Religionsfreiheit im Blickwinkel des Völkerrechts, des islamischen und ägyptischen Rechts*, Berlin 2007, 31.

<sup>98</sup> Vgl. etwa J. P. Humphrey, *Political and Related Rights*, in: T. Meron (Hrsg.), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Oxford 1985, 174; C. Tomuschat, *Human Rights in a World-Wide Framework – Some Current Issues*, in: *ZaöRV* 45 (1985), 547 (565); nach T. Schilling (Anm. 72), 111, bildet die Religionsfreiheit zugleich einen der wesentlichen Bestandteile der Identität der Gläubigen und ihrer Sicht des Lebens.

<sup>99</sup> Vgl. W. Cole Durham, Jr. (Anm. 51), 1 (26).

<sup>100</sup> Vgl. M. Nowak (Anm. 50), Art. 18, Rn. 6.

<sup>101</sup> Vgl. M. Nowak (Anm. 50), Art. 18, Rn. 23.

<sup>102</sup> So explizit W. Kälin/J. Künzli (Anm. 95), 468 unter Verweis auf Menschenrechtskomitee der VN, "General Comment" Nr. 22 zu Art. 18, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, Nr. 4; ebenso O. Kimminich, *Religionsfreiheit als Menschenrecht. Untersuchung zum gegenwärtigen Stand des Völkerrechts*, Mainz 1990, 103.

garantiert Art. 18 IPbürgR neben diesen positiven Gewährleistungsgehalten auch die negative Religionsfreiheit.<sup>103</sup>

Lässt sich ein Gleichlauf der Schutzbereiche der Garantien des Art. 18 IPbürgR sowie des Art. 9 EMRK feststellen, so kann diese Feststellung auch auf den Begriff eines Eingriffs in diesen Schutzbereich ausgedehnt werden. Wie auch Art. 9 EMRK erfasst demnach Art. 18 IPbürgR staatliche oder dem Staat zurechenbare Verbote, welche dem Einzelnen oder einer Religionsgemeinschaft die Ausübung einer durch die Religionsfreiheit erfassten Handlung verbieten. Hierzu gehört auch das Verbot des Baus von Minaretten, wie es die Eidgenössische Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" vorschlägt.

Der Gleichklang der Gewährleistungen der Religionsfreiheit in EMRK und IPbürgR ist nahezu komplett, wenn die Schrankenregelungen der beiden Garantien einbezogen werden. Während Art. 9 EMRK gesetzlich vorgesehene Schranken der Religionsfreiheit, die in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz für die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer erforderlich sind, zulässt, erlaubt Art. 18 IPbürgR Beschränkungen, die gesetzlich vorgesehen sind zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit oder der Grundrechte und -freiheiten anderer.<sup>104</sup> Fehlt damit in Art. 18 IPbürgR allein der Verweis auf die demokratische Gesellschaft und ist Moral durch Sittlichkeit ersetzt, so entsprechen sich doch die Schrankenregelungen insofern, als eine gesetzlich vorgesehene Beschränkung zum Schutz der Rechte anderer möglich ist, soweit diese erforderlich ist. Ist damit auch für Art. 18 IPbürgR die Möglichkeit eröffnet, den Religionsfrieden durch gesetzlich vorgesehene Einschränkungen der Religionsfreiheit zu sichern, bleibt es doch dabei, dass der Staat Spannungen zwischen den Religionsgemeinschaften – und ebenso Spannungen zwischen der Religionsgemeinschaft und Nicht-Gläubigen – nicht dadurch lösen darf, dass er einer der beiden Seiten ein inkriminiertes Verhalten schlechthin verbietet; vielmehr hat der Staat zwischen den Gruppierungen den Dialog zu fördern, um auf diese Weise Spannungen abzubauen.<sup>105</sup> Damit aber ergeben sich für die Eidgenössische Volksinitiative mit Blick auf Art. 18 IPbürgR auch hinsichtlich der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Religionsfreiheit analoge Überlegungen zu denjenigen, die bereits zu Art. 9 EMRK angestellt wurden, sodass im Ergebnis auch die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 18 IPbürgR naheliegt.

Indes fällt die Erwähnung des Verstoßes gegen Art. 18 IPbürgR im Vergleich zu Art. 9 EMRK nicht der Redundanz anheim: wiewohl Art. 9 EMRK verletzt ist, bedeutet doch die Verletzung des Art. 18 IPbürgR, dass eine Garantie eines Menschenrechtspaktes mit universellem Anspruch verletzt wurde. Zudem sieht der IPbürgR für die Religionsfreiheit – anders als die EMRK für die dortige Garantie –

<sup>103</sup> Vgl. W. Kälin/J. Künzli (Anm. 95), 467 f.

<sup>104</sup> Vgl. mit dieser Gegenüberstellung auch W. Kälin/J. Künzli (Anm. 95), 471.

<sup>105</sup> W. Kälin/J. Künzli (Anm. 95), 471, auch zum Vorstehenden.

keine Derogationsmöglichkeit in Krisenzeiten vor,<sup>106</sup> was für die nunmehr anschließende Bewertung der schweizerischen Rechtslage von Bedeutung sein kann.

Als akzessorisches Diskriminierungsverbot ebenfalls verletzt ist auch Art. 2 Abs. 1 IPbürgR i.V.m. Art. 18 IPbürgR.<sup>107</sup>

## V. Vereinbarkeit der Verbotsinitiative mit schweizerischem Verfassungsrecht

Verstößt also die von der Eidgenössischen Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten” propagierte Änderung der BV gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte, bedeutet dies noch nicht zugleich, über die rechtliche Bewertung der Schweizer Bundesversammlung, diese Initiative passieren zu lassen, den Daumen zu senken. Vielmehr ist – wie bereits gezeigt – Maßstab der Entscheidung der Schweizerischen Bundesversammlung Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV. Dieser aber spricht – jedenfalls auf den ersten Blick – nicht von Verstößen gegen Menschenrechtspakte und -konventionen, sondern von “zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts”. Es ist daher zu klären, ob die menschenrechtliche Gewährleistung der Religionsfreiheit, wie sie etwa in Art. 9 EMRK und Art. 18 IPbürgR vorkommt, sowie die Garantie des Diskriminierungsverbotes in Art. 14 EMRK bzw. Art. 2 Abs. 1 IPbürgR als zwingende Bestimmung des Völkerrechts in diesem Sinne anzusehen sind.

### 1. Wortlaut

Der Wortlaut des Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV, aber auch des korrespondierenden Art. 194 Abs. 2 BV ergibt für die Beantwortung dieser Frage zunächst keine näheren Anhaltspunkte.<sup>108</sup> So lässt sich der Begriff “zwingende Bestimmungen des Völkerrechts” als rein innerstaatliche juristische Wendung verstehen, deren Bedeutungsgehalt mit dem völkerrechtlichen Begriff des *ius cogens* kongruiert.<sup>109</sup> Der Wortlaut steht aber gleichfalls einer Lesart nicht entgegen, die “zwingende Bestimmungen des Völkerrechts” enger fasst als völkerrechtliches *ius cogens*, auch wenn dies angesichts des ohnehin begrenzten Kreises an rechtlichen Regelungen, die völkerrechtliches *ius cogens* sind, kaum praktisch sein dürfte. Praktisch bedeutsamer ist demgegenüber eine Lesart des Wortlauts der benannten Artikel, die umgekehrt die “zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts” weiter

<sup>106</sup> Vgl. Menschenrechtskomitee der VN (Anm. 102), Nr. 1; M. Nowak (Anm. 50), Art. 18, Rn. 1.

<sup>107</sup> Zu einer daneben möglichen Verletzung von Art. 25 IPbürgR vgl. Schweizerischer Bundesrat (Anm. 5), 7603 (7612).

<sup>108</sup> So auch M. Stüssi (Anm. 12), 135 (137).

<sup>109</sup> So auch eine Deutungsmöglichkeit, die D. Thürer, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: ders. u.a. (Hrsg.), (Anm. 18), § 11, Rn. 13, 184, in Betracht zieht.

fasst als das bloße völkerrechtliche *ius cogens*.<sup>110</sup> Davon zu trennen ist gleichwohl die Frage, ob Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV bzw. Art. 194 Abs. 2 BV eine – mit den Worten Walter Jellineks<sup>111</sup> – autonome oder heteronome Schranke darstellt. Zwar ist jedenfalls bei einer gegenüber dem völkerrechtlichen *ius cogens* erweiternden Lesart der “zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts” durch die BV eine autonome Schranke der Volksinitiative aufgerichtet; jedoch meint die bloße Kongruenz beider Begriffe noch nicht zwingend, dass die BV lediglich den völkerrechtlichen Begriff durch Verweisung inkorporiert, es sich hierbei also um eine heteronome Schranke handelt.<sup>112</sup>

Taucht damit neben dem Begriff der “zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts” derjenige des *ius cogens* auf, so liefert hierfür das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) eine gängige, auch außerhalb dieser völkervertragsrechtlichen Grundlage – insbesondere für das Völkergewohnheitsrecht<sup>113</sup> – anerkannte Definition in Art. 53. Danach handelt es sich bei jedem Rechtssatz um *ius cogens*, der von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als ein Rechtssatz, von welchem nicht abgewichen und der nur durch einen späteren Rechtssatz derselben Rechtsnatur abgeändert werden kann. Zwar lässt sich dieser Vorschrift etliches zur Methode des Zustandekommens, also der Rechtserzeugung von *ius cogens* entnehmen; – bewusst – keine Aussage trifft Art. 53 WVK aber zum materiellen Gehalt des *ius cogens*. Bei der Erarbeitung der WVK verzichtete man willentlich darauf, spezifische Rechtssätze als Teil des *ius cogens* zu kennzeichnen.<sup>114</sup> Als Kernbestand des *ius cogens* anerkannt sind aber mittlerweile das Gewaltverbot, das Genozidverbot, das Verbot der Rassendiskriminierung, das Verbot von Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie das Piraterie- und Sklavereiverbot; darüber hinaus werden die souveräne Gleichheit der Staaten und das Selbstbestimmungsrecht der Völker zum Bestand des *ius cogens* gerechnet.<sup>115</sup>

Ob darüber hinaus etwa Kernbereiche des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes als *ius cogens* anzuerkennen sind, ist in der völkerrechtlichen Literatur lebhaft umstritten.<sup>116</sup> Gleichwohl wird diese Frage für Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs.

<sup>110</sup> So wohl D. Thürer (Anm. 109), § 11, Rn. 14 f., 184 f.

<sup>111</sup> W. Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, Berlin 1931, 7.

<sup>112</sup> Anders wohl M. Kayser (Anm. 14), 9, der beide Fragen zusammen erörtert.

<sup>113</sup> Vgl. hierzu aber kritisch J. P. Grant/J. C. Barker, Encyclopaedic Dictionary of International Law, New York 2004, jus cogens, 271 f.

<sup>114</sup> Vgl. die Materialien zu Art. 53 bei R. G. Wetzel/D. Rauschnig, The Vienna Convention on the Law of Treaties. Travaux Préparatoires, Frankfurt/Main 1978, 371 ff.

<sup>115</sup> Vgl. hierzu den Kommentar der International Law Commission zu Art. 53 WVK, YBILC 1966, II, 247 f. sowie zu einzelnen der aufgezählten Elemente IGH, ICJ Reports 1986, 100-1, Rn. 190 – Nicaragua (Gewaltverbot); IGH, ICJ Reports 1970, 304 – Barcelona Traction (Rassendiskriminierung); M. Stüssi (Anm. 12), 135 (138); ders., Muss das Parlament die Minarettverbotsinitiative für ungültig erklären?, in: News-Bulletin der Universität Luzern v. 22.07.2008, 1 ff.; vgl. auch D. Thürer (Anm. 109), § 11, Rn. 13, 184.

<sup>116</sup> Vgl. nur M. Stüssi (Anm. 115), 1 (2 f.), mit Nachweisen für die schweizerische Rechtswissenschaft; M. Kayser (Anm. 14), 110 will – was überzeugende Argumente für sich hat – nicht den Men-

3 (alt) BV nur dann virulent, wenn ein Gleichlauf zwischen “zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts” und *ius cogens* besteht.

## 2. Entstehungsgeschichte

Ergibt der Wortlaut einer Vorschrift kein eindeutiges oder gar zwingendes Ergebnis, erwächst der Entstehungsgeschichte der betreffenden Norm Bedeutung für die Auslegung der Norm. Dabei wurden einige Aspekte der Entstehung des Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV bereits bei der Einführung in die schweizerische Verfassungsrechtslage vorgestellt, sodass diese hier lediglich summarisch anzudeuten sind. Diese Vorschrift, welche die Ungültigerklärung einer Eidgenössischen Volksinitiative wegen Verstoßes gegen “zwingende Bestimmungen des Völkerrechts” ermöglicht, wurde im Rahmen der Totalrevision der BV von 1999/2000 geltendes Recht. Dabei war Leitlinie der Totalrevision die sog. Nachführung des Verfassungstextes an die zuvor bereits *praeter legem* in der Verfassungspraxis entwickelten, ungeschriebenen Ausprägungen des schweizerischen Verfassungsrechts. Hierzu rechnet im Bereich der Volksinitiativen insbesondere die Empfehlung des Schweizerischen Bundesrates, die Eidgenössische Volksinitiative “Für eine ‘vernünftige’ Asylpolitik” im Jahr 1994 wegen Verstoßes gegen zwingendes Völkerrecht für ungültig zu erklären, der die Schweizerische Bundesversammlung dann folgte.<sup>117</sup> In der Botschaft des Schweizerischen Bundesrates zur Ungültigerklärung stellt er zur Begründung seines Standpunktes darauf ab, dass diese Initiative “das erste Volksbegehren [sei], das nicht nur gegen Vertragsrecht verstösst, das kündbar oder abänderbar ist, sondern zwingende Normen des Völkerrechts verletzt”<sup>118</sup>. Diese Differenzierung – welche vor dem Hintergrund verständlich wird, dass bereits zuvor möglicherweise völkerrechtswidrige Initiativen dem Volk zur Entscheidung vorgelegt wurden, weil die damit befassten Gremien davon ausgingen, die Schweiz könne und müsse den betreffenden völkerrechtlichen Vertrag kündigen oder einen Vorbehalt anbringen, sollte die Initiative Erfolg haben<sup>119</sup> – deutet aber auf ein Begriffsverständnis der “zwingenden Normen des Völkerrechts”, welches nicht deckungsgleich mit dem Begriff des *ius cogens* ist. Vielmehr wird aus der Gegenüberstellung mit “Vertragsrecht, das kündbar oder [durch Vorbehalt oder anderweitig] abänderbar ist” erkennbar, dass der Bundesrat einer Sichtweise zuneigt, wonach auch unkündbare völkerrechtliche Verträge zu den “zwingenden

---

schenrechtsschutz per se als *ius cogens* begreifen, sondern die Frage nach dem *ius cogens*-Charakter einer Norm immer mit Blick auf die Einzelgewährleistungen entscheiden.

<sup>117</sup> Vgl. zum Vorstehenden M. Kayser (Anm. 14), 81 ff.

<sup>118</sup> Schweizerischer Bundesrat, Botschaft über die Volksinitiativen “für eine vernünftige Asylpolitik” und “gegen die illegale Einwanderung”, BBl. 1994 III, 1486 (1496).

<sup>119</sup> Vgl. hierzu etwa die Ausführungen bei P. Saladin, Völkerrechtliches *ius cogens* und schweizerisches Landesrecht, in: G. Jenny/W. Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, 67 (85 f.); Schweizerischer Bundesrat (Anm. 118), 1486 (1495).

Normen des Völkerrechts” gehören können, das sich vielleicht dieser Begriff sogar darin erschöpft.<sup>120</sup> Dies gilt, zumal der Schweizerische Bundesrat auch explizit festhält, dass er als Grenze schweizerischer Verfassungsänderungen “elementare Bestimmungen zum Schutz fundamentalster Grundrechte und des humanitären Völkerrechts” ansieht.<sup>121</sup>

Die nachfolgende Behandlung dieser sog. Asyl-Initiative in der Schweizerischen Bundesversammlung ist demgegenüber durch eine – auch sprachliche – Begriffsverwirrung geprägt; während einige Votanten strikt den Begriff der “zwingenden Normen des Völkerrechts” entsprechend dem Begriff des *ius cogens* verwendeten, nahmen andere die Sichtweise des Schweizerischen Bundesrates auf; Dritte hingegen fassten unter den Begriff der “zwingenden Normen des Völkerrechts” neben den unkündbaren Verträgen auch Normen des Völkergewohnheitsrechts oder allgemeine völkerrechtliche Grundsätze.<sup>122</sup>

Den Kommissionen, welche mit den Vorarbeiten zur Verfassungsrevision von 1999/2000 betraut waren, stand demnach eine Vielzahl möglicher Sichtweisen des Begriffes “zwingende Normen des Völkerrechts” zu Gebote. Dabei versuchte etwa die Expertenkommission Aubert, den gegenüber “bloßem” *ius cogens* erweiternden Anwendungsbereich der Grenzen der Volksinitiative dadurch sprachlich auszudrücken, dass sie als derartige Grenzen “grundlegende Normen des Völkerrechts” oder – an anderer Stelle – “besonders wichtige Normen des Völkerrechts” vorsah.<sup>123</sup>

Diesen klarstellenden Versuchen wirkten jedoch andere Vorarbeiten zur Totalrevision entgegen: So enthalten zwar die Verfassungsentwürfe von 1995 und 1996 teilweise nur im Bezug auf eine Teilrevision der BV überhaupt einen Hinweis auf materielle Grenzen der Revision mit Blick auf das Völkerrecht. Jedoch sehen beide Entwürfe vor, dass eine solche Grenze durch “zwingendes Völkerrecht” gebildet wird, wobei nicht nachgewiesen werden kann, ob ein – im Vergleich zur Formulierung der Expertenkommission Aubert – beschränkter Anwendungsbereich erreicht werden sollte.<sup>124</sup>

Aus der Genese des Textes der BV lässt sich demnach gleichfalls nicht zweifelsfrei erkennen, welchen Bedeutungsgehalt die “zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts” nach der BV haben sollen.<sup>125</sup> Festhalten lässt sich wohl aber trotz der noch bestehenden Unklarheiten, dass der Begriff der “zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts” in der BV jedenfalls nicht enger zu verstehen ist als derjenige des *ius cogens*.

<sup>120</sup> Mit dieser Sicht auch M. Kayser (Anm. 14), 85.

<sup>121</sup> Schweizerischer Bundesrat (Anm. 118), 1486 (1496).

<sup>122</sup> Vgl. einzelne Nachweise der Redebeiträge bei M. Kayser (Anm. 14), 86; diesen historischen Umstand betonend auch D. Thürer (Anm. 109), 185 f.

<sup>123</sup> Vgl. mit Einzelnachweisen in den Kommissionsdokumenten M. Kayser (Anm. 14), 94; zur früheren Furgler-Kommission vgl. etwa L. Wildhaber, Das Projekt einer Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung, in: JöR 26 [N. F.] (1977), 239 ff.

<sup>124</sup> Vgl. hierzu M. Kayser (Anm. 14), 95.

<sup>125</sup> So im Ergebnis wohl auch M. Kayser (Anm. 14), 98.

### 3. Systematik

Bleiben damit zwei Deutungsvarianten offen, so könnte die systematische Auslegung weitere Erkenntnisse liefern. Dabei verspricht besonders das Verhältnis des Völkerrechts zum schweizerischen Recht und speziell der BV nähere Einsichten. Bekanntermaßen herrschte für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und nationalem Recht lange Zeit Uneinigkeit darüber, ob dieses monistisch – also im Sinne einer einheitlichen Rechtsordnung – oder dualistisch – also im Sinne zweier getrennter Rechtsordnungen – zu begreifen sei.<sup>126</sup> Für das schweizerische Recht sind Rechtsprechung und die überwiegende Literatur darin einig, dass dieses mit dem Völkerrecht eine monistische Rechtsordnung bildet, auch wenn wiederholt eine Restrukturierung im dualistischen Sinne eingefordert wurde.<sup>127</sup>

Dieses Verhältnis lässt aber auch noch keine eindeutige Auslegung des Begriffs der “zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts” zu. Einerseits wäre denkbar, die ähnlich formulierten Begriffe einer nach schweizerischem Verständnis einheitlichen Rechtsordnung auch einheitlich, d. h. kongruent auszulegen; andererseits käme auch in Betracht, die gesonderte Erwähnung dieser Bestimmungen neben dem *ius cogens* als weitergehend zu begreifen. Die letztgenannte Deutung wäre insbesondere dann sinnvoll, wenn der Vorrang des *ius cogens* gegenüber dem nationalen Recht und insbesondere dem nationalen Verfassungsrecht bereits aus der monistischen Struktur der Rechtsordnung folgte; dann nämlich wäre neben der Anerkennung des Völkerrechts durch Bund und Kantone, wie sie Art. 5 Abs. 4 BV fest schreibt, die gesonderte Erwähnung des vorrangigen *ius cogens* in Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV lediglich deklaratorisch, wenn nicht gar redundant. Damit wird die Frage eröffnet, ob das schweizerische Recht dem Völker- oder dem nationalen Recht das Primat einräumt; denn nur dann kann von einem Vorrang des *ius cogens* gesprochen werden.

In der Völkerrechtswissenschaft ist anerkannt, dass das Völkerrecht selbst keine Vorgaben dahingehend macht, in welchem Rang es innerstaatlich zur Geltung kommen soll.<sup>128</sup> Und auch im Rahmen der BV ist keineswegs für die Gesamtheit der Völkerrechtsordnung in ihrem Verhältnis zu schweizerischen Normen aller Ebenen geklärt, welchem der beiden Normkomplexe Vorrang einzuräumen sei; erinnert werden kann insoweit nur an den sog. Schubert-Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts.<sup>129</sup> Gleichwohl sprechen überzeugende Gründe dafür, einen

<sup>126</sup> Vgl. statt aller die Ausführungen bei T. Stein/C. v. Buttlar, Völkerrecht, 12. Aufl., Köln 2009, Rn. 173 ff.

<sup>127</sup> Vgl. BGE 124 IV 23 ff., 31, Erw. 4a; 120 Ib 360 ff., 366, Erw. 2c; N. Michel, L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international, in: D. Thürer u. a. (Hrsg.), (Anm. 18), § 4, Rn. 15 f., 67; M. Kayser (Anm. 14), 137.

<sup>128</sup> Vgl. M. Kayser (Anm. 14), 142 f. mit einer vertieften Nachweisführung, die den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde; T. Stein/C. v. Buttlar (Anm. 126), Rn. 189.

<sup>129</sup> Vgl. zu den verschiedenen Aspekten dieser Vorrangfrage nur D. Thürer (Anm. 109), § 11, m. w. N.; zum Schubert-Entscheid BGE 99 I b 39; deutlich zugunsten eines Vorrangs des Völkerrechts vor

Vorrang des *ius cogens* vor dem gesamten schweizerischen Recht anzunehmen. Soweit nämlich der nationale Gesetzgeber, auch der nationale Verfassungsgeber, gegen *ius cogens* verstößt, ist der Rechtsakt, welcher diesen Verstoß begründet, aufgrund der besonderen Qualität des *ius cogens* als qualifizierter Rechtsbruch zu werten, der also "schlechthin unhaltbar und damit schlechthin unannehmbar"<sup>130</sup> ist.<sup>131</sup> Einem solchen Rechtsakt jedoch innerstaatliche Geltung zuzusprechen, hieße den Verstoß gegen *ius cogens* noch zu perpetuieren, selbst wenn dieser unter Anwendung der Grundsätze der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit nicht vollständig ausgeglichen werden könnte; das aber kann von der schweizerischen Rechtsordnung, die sich ausweislich etwa der Präambel der BV zur Weltoffenheit und mithin zur Einbindung der Schweiz in die Völkergemeinschaft bekennt, so nicht beabsichtigt sein. Vielmehr muss allem innerstaatlichen Recht, welches gegen *ius cogens* verstößt, die Wirksamkeit versagt bleiben.<sup>132</sup>

Wäre sonach alles schweizerische Recht, also auch das Verfassungsrecht und eine Eidgenössische Volksinitiative zur Revision des Verfassungsrechts, welches gegen *ius cogens* verstößt, bereits aufgrund dieses Verstoßes ungültig, so bedürfte es für den Spezialfall der Volksinitiative einer Kodifizierung nicht. Vielmehr deuten diese systematischen Überlegungen darauf hin, dass Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV mit dem Begriff der "zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts" einen darüber hinausgehenden Ungültigkeitsmaßstab für die Volksinitiative aufstellen will. Dieser könnte – und damit würde die totalrevidierte BV ihrem Anspruch auf Nachführung gerecht – in einem Begriffsverständnis der "zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts" liegen, wie ihn der Schweizerische Bundesrat in seiner Stellungnahme zur Asyl-Initiative formuliert hat.

#### 4. Telos

Für diese weitergehende Lesart der "zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts" in Artt. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt), 194 Abs. 2 BV spricht zudem der Telos dieser Normen, wie er sich nicht zuletzt auch aus dem gesamten Anliegen der totalrevidierten BV ergibt. Diese stellt nämlich einen modernen Verfassungstext dar, der – damit der italienischen Verfassung und dem deutschen Grundgesetz nicht unähnlich – vermehrt außenpolitische, auf das europäische und das internationale Recht zielende Bezüge aufweist.<sup>133</sup> So kongruieren die von der BV geschütz-

---

dem – jedenfalls einfachgesetzlichen – nationalen Recht Schweizerischer Bundesrat (Anm. 118), 1486 (1494).

<sup>130</sup> So deutlich P. Saladin (Anm. 119), 67 (87).

<sup>131</sup> O. Jacot-Guillarmod, La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse, in: ZSR 104 [N. F.] (1985), I, 427 ff.

<sup>132</sup> So auch zur alten Rechtslage P. Saladin (Anm. 119), 67 (87 f.); N. Michel (Anm. 127), § 4, Rn. 27, 69; für die totalrevidierte BV D. Thüner (Anm. 109), § 11, Rn. 29, 189 f.

<sup>133</sup> So D. Thüner (Anm. 109), § 11, Rn. 9 ff., 182 f., der dies auch an diversen Stellen des aktuellen Verfassungstextes im Vergleich zu früheren Texten nachweist; vgl. auch R. Rhinow, Die Bundesverfas-

ten oder erstrebten Ziele weitgehend mit den Grundzielen und -werten der internationalen Gemeinschaft, wie sie im Völkerrecht niedergelegt wurden.<sup>134</sup> Zu nennen sind hierfür beispielhaft die Sicherung des Friedens, die Souveränität der Staaten (vgl. Art. 2 BV), die Linderung der Not und Armut in der Welt, aber auch die Achtung der Menschenrechte (vgl. Art. 54 Abs. 2 BV). Sollen diese Ziele nach Maßgabe der BV weltweit erreicht oder das Erreichte gesichert werden, so spräche es den Vorgaben der BV Hohn, könnten ebendiese Ziele und Werte durch Änderung des schweizerischen Rechts und damit auch der BV unterminiert werden. Es liegt daher nahe, die von der BV als Ziele des außenpolitischen Handelns der Schweiz formulierten, gleichfalls aber auch in der Präambel verankerten Teloï als Zwecksetzung aller Normen der totalrevidierten BV anzusehen. Damit aber ist die Sicherung solch fundamentaler Werte der völkerrechtlichen Rechtsordnung auch durch die BV sicherzustellen. Dies liegt da umso näher, wo ein uneindeutiger Wortlaut – wie bei Art. 139 Abs. 2 (alt) / Abs. 3 (neu) BV – auch eine extensivere Lesart zulässt, die solche fundamentalen Werte mit umfassen kann. Um diesen allgemeinen Zielsetzungen der BV daher bestmöglich zur Geltung zu verhelfen, scheint es teleologisch angezeigt, die extensivere Lesart zu favorisieren, wenn diese den genannten Teloï optimal zur Durchsetzung und Geltung verhilft.<sup>135</sup>

## 5. Ergebnis

Demnach ist festzuhalten, dass bedenkenswerte Gründe dafür sprechen, dass “zwingende Bestimmungen des Völkerrechts” i.S.d. Artt. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt), 194 Abs. 2 BV sich nicht lediglich auf *ius cogens* beschränken, sondern vielmehr auch weitere fundamentale oder – im Sinne einer Unkündbarkeit der betreffenden vertraglichen Vorschrift – besonders gegen Änderung und Nichtbeachtung gesicherte Normen erfassen.<sup>136</sup> Um nunmehr die Frage abschließend zu beantwor-

---

sung 2000, Basel 2000, 355 ff.; U. Häfelin/W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, 63.

<sup>134</sup> Vgl. D. Thürer, *ibid.*, sowie allgemeiner ders., *Kosmopolitisches Staatsrecht*, Zürich, Berlin 2005, 6, wonach fundamentale Grundwerte der internationalen Gemeinschaft, insbesondere Kerngehalte der Menschenrechte, als substanzielle Legitimationsgrundlage des staatlichen Verfassungsrechts dienen; zu diesem Anspruch des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes vgl. auch B. Fassbender, *Idee und Anspruch der Menschenrechte im Völkerrecht*, in: APuZ 46 (2008), 3 ff.

<sup>135</sup> So auch D. Thürer (Anm. 109), § 11, Rn. 15, 185.

<sup>136</sup> So im Ergebnis auch G. Biaggini (Anm. 24), Art. 139, Rn. 13 m. w. N.; wohl auch F. Bellanger, *Révision totale et partielle de la Constitution fédérale*, in: D. Thürer u. a. (Hrsg.), (Anm. 18), § 79, Rn. 13, 1250; zwar unter Verweis auf *ius cogens*, gleichwohl mit gegenüber dem völkerrechtlich anerkannten Bestand dieses Begriffs erweitertem Verständnis auch Schweizerischer Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl. 1997 I, 1 (433); ders., Botschaft zur Volksinitiative “Für einen zeitgemässen Tierschutz (Tierschutz-Ja!)”, BBl. 2004, 3292 ff.; anders – und damit wieder mit engerem Begriffsverständnis – wohl aber ders., Botschaft zur Volksinitiative “für demokratische Einbürgerungen”, BBl. 2006, 8962 ff.; vgl. hierzu G. Nay, *Soll der Bund Volksinitiativen ungültig erklären, wenn sie gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossen?*, in: Plädoyer 2007/3; a. auch – indes ohne Gründe

ten, ob die Entscheidung der Schweizerischen Bundesversammlung, die Eidgenössische Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" nicht für ungültig zu erklären, rechtlich tragfähig ist, bleibt zu klären, ob die Freiheit, religiöse Stätten bzw. Stätten für die Abhaltung von Gottesdiensten zu errichten, und das Diskriminierungsverbot aus religiösen Gründen solch fundamentale bzw. besonders gesicherte Normen des Völkerrechts darstellen.

Vermeintlich ist hiergegen bereits die EMRK ins Feld zu führen: Diese sieht nämlich in Art. 15 die Möglichkeit vor, in Notstandsfällen von den Garantien der Konvention abzuweichen; dabei legt Art. 15 Abs. 2 EMRK aber Garantien fest, von denen auch im Notstandsfall nicht abgewichen werden darf. Da aber in Art. 15 Abs. 2 EMRK weder die Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK noch das Diskriminierungsverbot auftauchen, liegt der Gedanke nahe, dass diese Garantien gerade nicht als so fundamental angesehen werden, dass sie als Bestimmungen i.S.d. Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV anzusehen sein könnten. Gleichwohl schränkt Art. 15 Abs. 1 EMRK auch dahingehend die Abweichungsmöglichkeit im Notstandsfall ein, dass sonstige völkerrechtliche Verpflichtungen der Vertragsparteien nicht verletzt werden dürfen. Damit aber räumt auch die EMRK dann kein Abweichungsrecht für die Religionsfreiheit ein, wenn jede Abweichung vom Standard des Art. 9 EMRK zugleich eine Verletzung anderweitiger völkerrechtlicher Verpflichtungen auslöste.<sup>137</sup>

Dies eröffnet wiederum den Blick auf den IPbürgR, der in Art. 4 eine Regelung enthält, die weitgehend Art. 15 EMRK entspricht. Entscheidender Unterschied ist jedoch, dass Art. 4 Abs. 2 IPbürgR auch die Religionsfreiheit denjenigen Garantien zuschreibt, von denen eine Abweichung auch im Notstandsfalle nicht möglich ist.<sup>138</sup> Das Diskriminierungsverbot hingegen ist nicht erfasst. Der Schweizerische Bundesrat hat bei seinem Vorschlag zur Eidgenössischen Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" hierzu richtig festgestellt, dass Art. 4 Abs. 2 IPbürgR den gesamten Art. 18 IPbürgR erfasst und damit auch die Schrankenregelungen des Art. 18 Abs. 3 IPbürgR notstandsfest ausgestaltet sind.<sup>139</sup> Nicht gefolgt werden kann ihm aber mit der Einschätzung, aus diesem Grunde enthalte auch der IPbürgR keine fundamentalen Normen des Völkerrechts – der Bundesrat prüfte von einem engeren Verständnis ausgehend nur, ob die Religionsfreiheit Teil des *ius cogens* sei. Denn wie oben gezeigt werden konnte, verbietet die Religionsfreiheit des Art. 18 IPbürgR, auch im Zusammenspiel mit den Schrankenregelungen des Abs. 3, jedenfalls das diskriminierend und ausnahmslos ausgestaltete Verbot, religiöse Bauwerke zu errichten. Dass also nicht alle religiös motivierten Verhaltensweisen

---

– U. Abderhalden/B. Ehrenzeller, Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Ausländerrecht, in: ZAR 2008, 216 (222 f.).

<sup>137</sup> Mit einem Derogationsverbot im Ergebnis wohl auch P. van Dyke/G. J. H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl., Deventer 1990, 557; C. Walter, in: T. Grote/R. Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar EMRK/GG, Tübingen 2006, Kap. 17, 879 f.

<sup>138</sup> Da aber alle Konventionsstaaten der EMRK zugleich Signatarstaaten des IPbürgR sind, ist faktisch die Religionsfreiheit auch nach der EMRK notstandsfest ausgestaltet.

<sup>139</sup> Vgl. Schweizerischer Bundesrat (Anm. 5), 7603 (7612).

den notstandsfesten Kern des Art. 18 IPbürgR ausmachen, kann nicht zu dem Gegenschluss führen, dass keine Verhaltensweisen aus dem Bereich der Religionsfreiheit notstandsfest sind. Vielmehr sind alle diejenigen Verhaltensweisen notstandsfest, welche nicht entsprechend den Vorgaben des Art. 18 Abs. 3 IPbürgR eingeschränkt wurden oder werden können.

Dass zu diesen notstandsfesten, weil aus der Sicht des Völkerrechts besonders fundamentalen Garantien auch die generelle Möglichkeit der Errichtung und Erhaltung religiöser Bauwerke – nicht aber die Freiheit von jeder staatlichen Regelung betreffend solche Gebäude – zählt, legt darüber hinaus das übrige Völkerrecht nahe. Dabei zeigt sich die Bedeutung menschenrechtlicher Garantien etwa in Situationen, in welchen die Geltung des Rechts, der staatlichen Ordnung und auch der Menschenrechte grundlegend in Frage gestellt ist: in Situationen bewaffneter Konflikte.<sup>140</sup>

So verlangt Art. 34 Satz 2 des Genfer Abkommens über die Behandlung der Kriegsgefangenen, dass den Kriegsgefangenen für die Abhaltung ihrer Gottesdienste geeignete Räume zur Verfügung zu stellen sind, wobei jedoch "geeignet" wohl nicht in einem liturgischen, sondern in einem allgemein baupolizeilichen Sinne zu verstehen sein dürfte.<sup>141</sup> Gleichwohl wird damit deutlich, dass auch in Situationen der Kriegsgefangenschaft den Religionsgemeinschaften das Recht garantiert werden soll, sich Stätten religiöser Anbetung nach den Geboten ihrer Religion zu schaffen. Auch macht Art. 27 der sog. Haager Landkriegsordnung<sup>142</sup> den besonderen Schutz solcher Gebäude im (Kriegs-)Völkerrecht deutlich, die zum Zwecke des Gottesdienstes gewidmet sind, indem deren größtmögliche Schonung angeordnet wird. Ähnliche Vorschriften finden sich auch für den See- und den Luftkrieg.<sup>143</sup> Allgemein verbietet zudem Art. 53 des ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen feindselige Handlungen gegenüber "Kultstätten", wobei in der authentischen englischen Sprache die Bedeutung mit "places of worship" noch klarer wird.

Zwar setzt sich diese Reihung noch dem Einwand aus, kriegsvölkerrechtlich sei lediglich die Beschädigung oder Zerstörung religiös genutzter Gebäude verboten, ihre Errichtung oder Einrichtung aber noch nicht ohne weiteres erlaubt. Gleichwohl schützt etwa das zuletzt genannte Zusatzprotokoll in Art. 75 Abs. 1 S. 2 jeder Person, die von einem bewaffneten Konflikt betroffen ist, die Ausübung ihrer religiösen Gepflogenheiten, zu denen eben auch die generelle Möglichkeit der Errichtung religiöser Kultstätten zu rechnen hat.

---

<sup>140</sup> Vgl. hierzu auch I. P. Blishchenko, *Humanitarian Norms and Human Rights in War*, in: M. Bedjaoui (Hrsg.), *Modern Wars: The Humanitarian Challenge*, London 1986, 142 (142 f.).

<sup>141</sup> S. hierzu H. McCoubrey, *The Protection of Creed and Opinion in the Laws of Armed Conflict*, in: *Journal of Conflict and Security Law* 5 (2000), 135 (141 f.).

<sup>142</sup> Reglement betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, als Anlage zur Internationalen Übereinkunft betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs v. 29.07.1899; siehe dazu P. Urner, *Die Menschenrechte der Zivilpersonen im Krieg gemäss der Genfer Zivilkonvention von 1949*, Winterthur 1956, 117.

<sup>143</sup> Vgl. die Nachweise bei H. McCoubrey (Anm. 141), 135 (150 f.).

Dieser Befund wird noch bekräftigt durch einen Überblick über die historische Staatenpraxis, die – jedenfalls seit dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 – in vielen, insbesondere weiterreichenden Friedens- oder Truppenstationierungsverträgen regelmäßig auch Klauseln vorsah, welche die Religionsausübungsfreiheit der Bewohner der streitbefangenen Gebiete oder der Angehörigen fremder Truppen garantierten.<sup>144</sup> Und auch in – nicht verbindlichen – Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen<sup>145</sup> sowie der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte<sup>146</sup> findet sich die Religionsfreiheit, wobei jeweils die Freiheit, religiöse Stätten zu errichten, mit umfasst ist. Nicht zuletzt wird dies in der bereits erwähnten UN Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief deutlich, die in Art. 6 lit. a) 2. Hs. den Bau und die Unterhaltung religiöser Stätten regelt und dabei zugleich niederlegt, was Teil des völkergewohnheitsrechtlichen Minimalstandards des Rechtes der Religionsfreiheit ist.<sup>147</sup> Schließlich finden sich vergleichbare Vorschriften auch in den übrigen regionalen Menschenrechtsverträgen.<sup>148</sup>

Damit zeigt sich, dass jedenfalls die generelle Möglichkeit der Errichtung und Einrichtung, ebenso aber der Bestand religiöser Kultstätten, die selbst in Kriegszeiten völker(gewohnheits)rechtlichen Schutz genießen, von der Völkerrechtsordnung als fundamentales Element angesehen werden.<sup>149</sup> Entsprechend muss diese Wertung auch für das schweizerische Recht gelten, welches die Fundamentalnormen des Völkerrechts in Art. 139 Abs. 2 (neu) / Abs. 3 (alt) BV zu materiellen Schranken der Änderung der Bundesverfassung erhebt. Gegen diese Schranken aber verstößt die Eidgenössische Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten”.<sup>150</sup>

<sup>144</sup> Detailliert hierzu O. Kimminich (Anm. 102), 64 ff.; H. Scheel (Anm. 97), 22 ff.; vgl. auch K. J. Partsch, Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms, in: L. Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights, New York 1981, 209 (209).

<sup>145</sup> Vgl. hierzu nur H. Scheel (Anm. 97), 20 f., 59 ff.

<sup>146</sup> Dort Art. 18 mit einem dem IPbürgR nahe anverwandten Wortlaut.

<sup>147</sup> So explizit H. Scheel (Anm. 97), 73; N. Lerner, Religious Human Rights under the United Nations, in: J. D. van der Vyver/J. Witte, Jr. (Hrsg.), (Anm. 51), 79 (117 f.); B. G. Tahzib, Freedom of Religion or Belief. Ensuring Effective International Legal Protection, Dordrecht 1996, 186 ff.; eingehend auch B. Rudolf, Die thematischen Berichterstatte und Arbeitsgruppen der UN-Menschenrechtskommission, Berlin 2000, 159 ff. m.w.N.

<sup>148</sup> Vgl. hierzu H. Scheel (Anm. 97), 53 ff.

<sup>149</sup> Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht der Auslegung, die das Schweizerische Bundesgericht bislang der Religionsfreiheit nach der BV hat angedeihen lassen. Das Gericht hatte nämlich noch keine Gelegenheit, zur Frage Stellung zu nehmen, ob der Bau von Minaretten zum Kernbereich der Religionsfreiheit nach der BV gehört (vgl. dazu M. Stüssi [Anm. 115], 3), sodass dies nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Vgl. auch M. P. Wyss, Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen Integration und Isolation, in: ZBl. 95 (1994), 385 (394 ff.), der auch eng mit dem *foro interno* verbundene Handlungen wie Gebete und religiöse Kleidung nach der BV als unantastbar ansieht. Entsprechendes muss dann wohl auch für die religiösen Kultstätten gelten.

<sup>150</sup> So in seiner völkerrechtlichen Betrachtung wohl auch M. Stüssi (Anm. 115), 2.

## VI. Ergebnis

Die Untersuchung hat damit gezeigt, dass die von der Eidgenössischen Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" propagierte Änderung der BV gegen völkerrechtliche Menschenrechtsgarantien verstößt. Zudem wurde nachgewiesen, dass die BV den "zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts" eine weitergehende Bedeutung beimisst, als sie der Begriff des *ius cogens* hat. Zu den von diesem erweiterten Sinne erfassten fundamentalen Normen des Völkerrechts gehört – und dies ist das dritte Ergebnis dieses Beitrags – auch die Freiheit der Religionsgemeinschaften, religiöse Stätten zu errichten, einzurichten und auszugestalten. Damit hätte es für die Schweizerische Bundesversammlung nahe gelegen, die Eidgenössische Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten" für ungültig zu erklären. Da allerdings die Entscheidung der Schweizerischen Bundesversammlung über die Zulassung der Volksinitiative zur Abstimmung vor schweizerischen Gerichten und insbesondere dem Bundesgericht nicht angreifbar ist,<sup>151</sup> stellt sich abschließend die Frage, welche Möglichkeiten den schweizerischen Muslimen offenstehen, sollte die Volksinitiative eine Mehrheit der stimmberechtigten Bevölkerung finden, die propagierte Änderung der BV also geltendes Recht werden.

In Betracht käme dabei zunächst eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Artt. 82 ff. BGG<sup>152</sup>, insonderheit als Teil des Rechtsweges gegen eine baurechtliche ablehnende Verfügung auf ein Baugesuch einer muslimischen Gemeinde hin denkbar, oder eine Beschwerde gegen einen verfahrensabschließenden Entscheid gem. Artt. 90 ff. BGG zum Schweizerischen Bundesgericht, die inzident einen Verstoß des dann neu eingefügten Art. 72 Abs. 3 BV gegen die materiellen Grenzen der Volksinitiative – sofern man diesen individualschützenden Charakter beimessen möchte – oder einen Verstoß gegen die Garantien der EMRK und des IPbürgR rügen müsste. Subsidiär käme auch eine Verfassungsbeschwerde gem. Artt. 113 ff. BGG in Frage. All diese Beschwerden sehen sich jedoch mit dem Problem konfrontiert, dass gem. Art. 190 BV Bundesrecht und damit auch Bundesverfassungsrecht für das Schweizerische Bundesgericht verbindlich ist. Daher darf das Schweizerische Bundesgericht – wie dies auch schon vor der Verfassungsrevision der Fall war – einem Bundesgesetz die Anwendbarkeit nicht wegen seiner Verfassungswidrigkeit versagen.<sup>153</sup> Allerdings erkennt das Schweizerische Bundesgericht seit 1991 an, dass es Bundesgesetze auf ihre EMRK-Konformität hin überprüfen kann.<sup>154</sup> Jedoch führt ein hierbei festgestellter Verstoß gegen die Garantien der EMRK nicht zu einer Aufhebung der Norm; vielmehr hat

<sup>151</sup> G. Biaggini (Anm. 24), Art. 139, Rn. 15.

<sup>152</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) v. 17.06.2005, SR 173.110; vgl. hierzu und zu den Verfahrensarten im Einzelnen M. A. Niggli (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008.

<sup>153</sup> Statt aller W. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: D. Thürer u. a. (Hrsg.), (Anm. 18), § 74, Rn. 7, 1169.

<sup>154</sup> BGE 117 Ib 367, 371 ff.

sich das Bundesgericht offengehalten, die Norm im konkreten Einzelfall außer Anwendung zu lassen.<sup>155</sup> Auch hat, soweit ersichtlich, das Schweizerische Bundesgericht noch nicht dazu Stellung genommen, ob diese Grundsätze auch dann gelten, wenn das zu überprüfende Bundesgesetz eine Norm der BV ist; da aber die in den bisherigen Entscheidungen für eine Überprüfung des Bundesrechts am Maßstab der EMRK angeführten Gründe gleichermaßen auch für die BV gelten, erschiene eine derartige Ausdehnung konsequent.<sup>156</sup>

Daneben wäre für die schweizerischen Muslime bzw. ihre jeweiligen Gemeinschaften aber auch eine Individualbeschwerde zum EGMR möglich, gestützt auf die Verletzung des Art. 9 EMRK bzw. Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 9 EMRK.<sup>157</sup> Vor einer solchen Individualbeschwerde wäre jedoch nach Maßgabe des Art. 35 Abs. 1 EMRK der innerstaatliche Rechtsweg zu erschöpfen, d.h. gegebenenfalls müssten die Beschwerdemöglichkeiten vor dem Schweizerischen Bundesgericht ausgeschöpft werden.<sup>158</sup>

Einen Verstoß gegen Art. 18 IPbürgR könnten die schweizerischen Muslime hingegen nicht rügen, da das (erste) Fakultativprotokoll zu dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zwar in Artt. 1 ff. die Möglichkeit einer Individualbeschwerde vorsieht, die Schweiz jedoch kein Signatarstaat dieses Protokolls ist.<sup>159</sup> Allerdings hat die Schweiz das (fakultative) Staatenbeschwerdeverfahren nach Art. 41 IPbürgR anerkannt, sodass eine Überprüfung der schweizerischen Regelung anhand des IPbürgR – jedoch nur vermittelt durch ein anderes Paktmitglied – als möglich erscheint.

Summary<sup>160</sup>

## On the Popular Initiative to Ban Minarets in Switzerland

The article examines the compliance with public international law and Swiss constitutional law of a popular initiative in Switzerland which regards the erection of minarets and seeks to ban these buildings by means of an amendment to the Swiss Federal Constitution.

<sup>155</sup> Vgl. BGE 117 Ib 367, 373; weitergehend wohl BGE 123 II 193, 202, wo das Schweizerische Bundesgericht positive Verfahrensvorgaben direkt aus der EMRK ableitet, obwohl diese keine Anknüpfung im Gesetz finden; vgl. auch BGE 125 II 417, 424.

<sup>156</sup> Auch W. Kälin (Anm. 153), Rn. 22, 1177, spricht von "Recht aller Stufen", was wohl die BV einschließt.

<sup>157</sup> Ausführlich zum Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK F. Schorkopf, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), (Anm. 137), Kap. 30, Rn. 8 ff., insbesondere Rn. 18 zur Beschwerdefähigkeit von Personenvereinigungen und Rn. 30 zu einer – auch bzgl. des Minarettverbots wohl möglichen – Individualbeschwerde unmittelbar gegen eine Rechtsvorschrift.

<sup>158</sup> Vgl. zu diesem Erfordernis für die Schweiz näher F. Schorkopf (Anm. 157), Kap. 30, Rn. 57, der allerdings noch auf die staatsrechtliche Beschwerde abstellt, die durch das BGG entfiel.

<sup>159</sup> Vgl. M. E. Villiger, EMRK und UNO-Menschenrechtspakte, in: D. Thürer u. a. (Hrsg.), (Anm. 18), § 40, vor Rn. 1, 647.

<sup>160</sup> Summary by the author.

To this end the history of origins of this popular initiative is highlighted shortly, followed by an introduction to the law of popular initiatives in Swiss constitutional law. Thereafter, potential breaches of religious freedom and non-discrimination rules in Arts. 9 and 14 of the European Convention on Human Rights (ECHR) as well as Arts. 2 and 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) are being analysed. This analysis shows that the causes adduced to justify the banning of minarets do not withstand these rules, as the erection of minarets as sacred buildings is covered by religious freedom.

Furthermore it is being inquired whether the rules of the ECHR and the ICCPR form limitations for an amendment to the Swiss Federal Constitution. Hereunto the notion of “*zwingende Bestimmungen des Völkerrechts*” (e. g. peremptory rules of international law) used by the Swiss Federal Constitution to mark the limits of a popular initiative is being construed. This interpretation shows that the notion bears a broader meaning than what is meant by *ius cogens* in international law. Aside from rules categorised as *ius cogens*, other rules fundamental to the international community are contained by the notion. Afterwards the right of religious groups to build and to maintain sacred buildings is construed as belonging to these fundamental rules, resorting to the ECHR and the ICCPR as well as international law of armed conflicts and non-binding international instruments.

The article is completed by some remarks on remedies for the Swiss Muslim religious groups in case of the popular initiative achieving success and the ban on minarets becoming applicable law.