

Daniel Kettiger

## Minarettverbot: Offene Fragen zur Umsetzung

---

Unmittelbar nach der Volksabstimmung vom 29. November 2009 äusserten sich verschiedene Rechtswissenschaftler dahingehend, das in der Bundesverfassung verankerte Minarettverbot sei klar, eindeutig und direkt anwendbar. Der Aufsatz zieht dies in Zweifel und kommt zum Schluss, dass zahlreiche offene Fragen bezüglich der Umsetzung des Minarettverbots bestehen. Er befasst sich zudem in grundsätzlicher Weise mit der direkten Anwendbarkeit von Bestimmungen der Bundesverfassung und mit der Frage der Ungültigerklärung von Volksinitiativen.

---

Rechtsgebiet(e): Rechtsgleichheit. Verfahrensgarantien. Willkürverbot; Politische Rechte

Zitiervorschlag: Daniel Kettiger, Minarettverbot: Offene Fragen zur Umsetzung, in: Jusletter 1. März 2010

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
  2. Minarett: ein neuer Rechtsbegriff
    - 2.1 Abhängigkeit von Rechtsbegriff und Tatbestand
    - 2.2 Der Begriff vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Minaretts
    - 2.3 Der Begriff auf der Grundlage der Materialien zur Volksinitiative
    - 2.4 Fazit: Notwendige Elemente des Minarettbegriffs von Art. 72 Abs. 3 BV
  3. Zur Frage der direkten Anwendbarkeit von Art. 72 Abs. 3 BV
    - 3.1 Notwendigkeit der differenzierten Betrachtung der direkten Anwendbarkeit von Verfassungsbestimmungen
    - 3.2 Grundsatz der Rechtsetzung durch Gesetz
    - 3.3 Art. 72 Abs. 3 BV im Gesamtgefüge der Bundesverfassung
    - 3.4 Der Abs. 3 in der Systematik von Art. 72 BV
    - 3.5 Fazit: Art. 72 Abs. 3 BV ist nicht direkt anwendbar
  4. Pflicht zur völker- und grundrechtsverträglichen Anwendung
    - 4.1 Konflikte zu anderen Verfassungsbestimmungen
    - 4.2 Pflicht zum Konfliktausgleich in der Rechtsanwendung
    - 4.3 Rechtmisbräuchliche Berufung auf Art. 72 Abs. 3 BV
    - 4.4 Exkurs: Das Willkürverbot als weitere Schranke für Volksinitiativen?
  5. Fragen des intertemporalen Rechts
  6. Minarettverbot als materielle Enteignung?
  7. Schluss: Eine untaugliche Verfassungsnorm
- Anhang: Abbildungen

## 1. Einleitung

[Rz 1] In der Volksabstimmung vom 29. November 2009 wurde die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» von Volk und Ständen angenommen. Damit wurde die Bundesverfassung (BV)<sup>1</sup> um einen Artikel 72 Absatz 3 mit dem folgenden Wortlaut ergänzt: «Der Bau von Minaretten ist verboten».

[Rz 2] Der neue Verfassungsartikel trat – mangels abweichender Regelung im Text der Volksinitiative<sup>2</sup> – mit der Annahme durch Volk und Stände in Kraft (Art. 195 BV).<sup>3</sup> Unmittelbar nach der Volksabstimmung haben verschiedene Rechtswissenschaftler darauf hingewiesen, dass der neue Artikel 72 Absatz 3 BV damit auch unmittelbar anwendbar sei.<sup>4</sup> Die Frage des Inkrafttretens und der unmittelbaren bzw. direkten Anwendbarkeit muss aber auseinandergelassen werden: Das Inkrafttreten betrifft die zeitliche Dimension der Geltungskraft einer Rechtsnorm, während die direkte Anwendbarkeit die Frage betrifft, ob eine Rechtsnorm gegenüber den Rechtsunterworfenen unmittelbar Geltungskraft entfaltet oder zur Anwendung einer Umsetzung bzw. Konkretisierung in einem nachgelagerten Rechtserlass bedarf. Mit Artikel 72 Absatz 3 BV wurde dem Wortlaut nach eine Bauverbotsnorm in der Verfassung statuiert, wie man sie gewöhnlich im kantonalen

Baurecht oder in der kommunalen Nutzungsordnung antrifft. Der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Artikel 72 Absatz 3 BV auf Projekte zum Bau von Minaretten soll nachfolgend deshalb vertieft nachgegangen werden. Zuerst muss aber der Anwendungsbereich des Minarettverbots geklärt werden, denn was ein Minarett im Rechtssinn ist, ist alles andere als klar. Hinsichtlich der Umsetzung stellt sich auch die Frage, ob das Minarettverbot auf hängige Baugesuche Anwendung findet, wie dies ebenfalls in der Öffentlichkeit behauptet wurde<sup>5</sup>. Falls das Minarettverbot tatsächlich direkt und auch auf hängige Verfahren anwendbar ist, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob die mit dem Bauverbot entstehende Eigentumsbeschränkung nicht Entschädigungsfolgen auslöst.

## 2. Minarett: ein neuer Rechtsbegriff

### 2.1 Abhängigkeit von Rechtsbegriff und Tatbestand

[Rz 3] Artikel 72 Absatz 3 BV verbietet dem Wortlaut nach den «Bau von Minaretten». Damit wird der Begriff des Minaretts konstitutiv für den Regelungsgehalt des Verbots. «Minarett» wird vom rein umgangssprachlich gebrauchten Begriff zum Rechtsbegriff und zum Bestandteil der Gesetzessprache.<sup>6</sup> Der Minarettbegriff bestand bisher in der schweizerischen Rechtssprache nicht und war bis vor kurzem auch in der Alltagssprache fremd. Rechtsbegriffe sind in der Regel bestimmter als Begriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs.<sup>7</sup> Gerade im Bereich des Baurechts findet man eine sehr kleinteilige und stark differenzierende Terminologie<sup>8</sup>; ein Quergiebel ist baurechtlich anders zu behandeln als ein Dachaufbau (z.B. Lukarne). Es stellt sich damit die Frage, wann eine Baute oder Anlage, z.B. ein Turm oder ein Dachaufbau, ein Minarett im Rechtssinn darstellt – wann nicht.

[Rz 4] Für die Auslegung von Gesetzesbegriffen bieten sich in erster Linie die grammatikalische Methode, d.h. die Frage nach dem allgemeinen Wortsinn (vgl. unten Ziffer 2.2) und die historische Methode, d.h. die Frage, welchen Sinn die Textautoren bzw. der Zeitgeist dem Rechtsbegriff gegeben haben (unten Ziffer 2.3), an.<sup>9</sup> Die systematische Auslegung

<sup>1</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

<sup>2</sup> Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, Artikel 195, N. 6.

<sup>3</sup> Dass die Erwahrung des Abstimmungsergebnisses erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt, ist kein Hindernis für ein sofortiges Inkrafttreten, vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 195, N. 2.

<sup>4</sup> Vgl. z.B. MARTIN SCHUBARTH, Vornehme Pflicht, Weltwoche Nr. 49.09, S. 11.

<sup>5</sup> Vgl. SCHUBARTH (Fn. 4), S. 11: «Das neue Verbot gilt für alle noch nicht gebauten Minarette. Das Verbot ist deshalb auch in laufenden Bewilligungsverfahren zu beachten».

<sup>6</sup> Zur Unterscheidung zwischen Umgangssprache und Gesetzessprache vgl. GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006, Rz. 323, S. 191 f.

<sup>7</sup> Vgl. MÜLLER (Fn. 6), Rz. 256, S. 156 f.

<sup>8</sup> Anschaulich hinsichtlich der Bewilligungspflicht bei ALDO ZAUGG/PETER LUDWIG, Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Bern 2007, Artikel 1, N. 14 ff.

<sup>9</sup> Vgl. PHILIPPE MASTRONARDI, Juristisches Denken, 2. Aufl., Bern 2003, S. 173; PIERRE TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, Rz. 6 ff., S. 157 ff.; die

ist angesichts der ohnehin problematischen Einordnung des Verbots in die Bundesverfassung nicht zielführend. Auch eine teleologische Auslegung führt nicht zum Ziel. Bevölkerungsbefragungen, welche vor und nach der Volksabstimmung durchgeführt wurden, geben eher ein diffuses Bild über die Gründe, weshalb Minarette verboten werden sollen.<sup>10</sup> Insbesondere geben die Resultate der Befragungen aber keinen Hinweis darauf, was als Minarett gelten muss, damit der Zweck des Verbots erfüllt wird.

## 2.2 Der Begriff vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Minaretts

[Rz 5] Die Geschichte des Minaretts ist untrennbar mit der geschichtlichen Entwicklung des islamischen Gebetsrufes verknüpft. Der Gebetsruf war bereits zur Zeit Mohameds üblich. Der erste Gebetsrufer (Muezzin) war ein abessinischer Sklave namens Bitäl, der auf das Dach eines als Gebetsraum bzw. Moschee genutzten Wohnhauses stieg, um den Gebetsruf erschallen zu lassen.<sup>11</sup> Die erhöhte Lage auf einem Turm bot dem Muezzin insbesondere in akustischer Hinsicht eine bevorzugte Position.<sup>12</sup> Auch eine von drei etymologischen Wurzeln des Begriffs des Minaretts, der Begriff Mi'dhana weist auf den Gebetsruf hin. Er bedeutet wörtlich «der Platz von dem aus der Adhan (= Gebetsruf) ertönt».<sup>13</sup> Insgesamt ist heute unbestritten, dass das Minarett primär als Instrument des Gebetsrufes dient, als Plattform für den Muezzin oder Lautsprecher, welcher die Gläubigen zum Gebet ruft.<sup>14</sup>

[Rz 6] Eine zweite etymologische Wurzel des Begriffs liegt in manāra, was im Arabischen einen Platz bedeutet, wo Feuer/Licht ist.<sup>15</sup> Minarette hatten damit wohl auch die Funktion von Wacht- und Leuchttürmen. Über diese Bedeutung wird das Minarett teilweise in einer engen Verbindung mit dem Ritualgebet gesehen, welche die ständige Beziehung zwischen

dem menschlichen Wesen und der Lichtquelle (an-Nuur), einem Attribut des Schöpfers, symbolisiert.<sup>16</sup>

[Rz 7] Eine dritte etymologische Wurzel weist auf eine vor allem in Afrika gebräuchliche Bezeichnung für das Minarett, sawma'a hin, wovon der spanische Begriff für das Minarett, zoma abgeleitet ist.<sup>17</sup> Der Begriff bezeichnet eine Mönchsklausur und weist damit auf eine Behausung oder einen Aufenthaltsort für einen islamischen Geistlichen hin (z.B. auch für den Gebetsrufer).

[Rz 8] Die Darstellungen des geschichtlichen Hintergrunds des Minaretts in der Botschaft des Bundesrats zur Minarettverbots-Initiative<sup>18</sup> greifen zu kurz. Der Hinweis, Gläubige sähen im Minarett das «Alif», den ersten Buchstaben im arabischen Alphabet, eine Allegorie auf «Gott» (allah)<sup>19</sup>, findet in der islamwissenschaftlichen und historischen Literatur wenig Unterstützung.

[Rz 9] Dem historisch gewachsenen Begriff des Minaretts ist mithin inhärent, dass es zur Verbreitung des Gebetsrufes dient (sei es mittels eines Gebetsrufers oder sei es mittels Lautsprechern).<sup>20</sup> Ein weiterer zwingender begrifflicher Inhalt des Minaretts ist, dass es den Standort einer Moschee bzw. eines Gebetsraums anzeigt; Minarette sind immer an einen kirchlichen islamischen Bau angefügt und stehen nie alleine da.<sup>21</sup>

## 2.3 Der Begriff auf der Grundlage der Materialien zur Volksinitiative

[Rz 10] Die Initianten der Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» haben nie ausdrücklich dargelegt, was sie unter dem Begriff des Minaretts verstehen<sup>22</sup> und was damit genau Gegenstand des Verbots ist. Durch die Argumentation der Befürworter der Initiative zieht sich allerdings wie ein roter Faden die Verbindung vom Minarett zum Gebetsruf.<sup>23</sup> Im ausführlichen Argumentarium des Initiativkomitees findet sich u.a. die folgende Aussage: «Ein Minarett ist ein Moscheeturm, von dessen Brüstung aus der Muezzin die Muslime fünf Mal am Tag zwischen Sonnenauf- und Untergang zum Gebet

---

Verfassungsauslegung erfolgt nach den Grundsätzen der Auslegung des einfachen Rechts (TSCHANNEN, Rz. 1 f., S. 149 f.).

<sup>10</sup> Vgl. z.B. reformiert Nr. 5 vom 24. April 2009, S. 1; NZZ Nr. 20 vom 26. Januar 2010, S. 11.

<sup>11</sup> Vgl. ABBAS AROUA, Die Bedeutung des Minaretts, in: Andreas Gross/Fredi Krebs/Martin Stohler (Hrsg.), Minarett-Initiative, Von der Provokation zum Irrtum, St. Ursanne 2009, S. 16 f.; RIFA'AT LENZIN, Eine muslimische Perspektive auf die Minarett-Diskussion und das Zusammenleben in der Schweiz von morgen, in: Mathias Tanner et al. (Hrsg.), Streit um das Minarett, Zürich 2009, S. 45.

<sup>12</sup> Vgl. AROUA (Fn. 11), S. 17.

<sup>13</sup> Vgl. AT LENZIN (Fn. 11), S. 47 f.

<sup>14</sup> Vgl. AT LENZIN (Fn. 11), S. 45 und 49; CHRISTOPH WINZELER, Einführung in das Religionsverfassungsrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2009, S. 166; RETO VOGELBACHER, Das Christentum wird durch die Verteufelung des Islams nicht gestärkt, in: Andreas Gross/Fredi Krebs/Martin Stohler (Hrsg.), Minarett-Initiative, Von der Provokation zum Irrtum, St. Ursanne 2009, S. 76; Interview mit TARIQ RAMADAN in: Dies., S. 20 f.

<sup>15</sup> Vgl. AT LENZIN (Fn. 11), S. 47.

<sup>16</sup> Vgl. AROUA (Fn. 11), S. 18; anderer Auffassung AT LENZIN (Fn. 11), S. 47.

<sup>17</sup> Vgl. AT LENZIN (Fn. 11), S. 47.

<sup>18</sup> Botschaft zur Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» vom 27. August 2008 (Botschaft Minarettverbot), BBl 2008 7603, S. 7613.

<sup>19</sup> Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7613.

<sup>20</sup> Diese Definition wird grundsätzlich auch durch die Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7626, gestützt, unter Hinweis auf Le Petit Robert.

<sup>21</sup> Vgl. AT LENZIN (Fn. 11), S. 45.

<sup>22</sup> In diesem Sinne auch Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7626.

<sup>23</sup> Diese Argumentarien bestanden im Sommer 2008 noch nicht, weshalb in der Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7626, noch von einem anderen mutmasslichen Willen des Initiativkomitees ausgegangen wird.

ruft».<sup>24</sup> Im gleichen Argumentarium finden sich auch die folgenden Ausführungen: «Ein Minarett ist die Plattform des Muezzins. Behauptungen, wonach von Schweizer Minaretten nie der Ruf eines Muezzins ertönen werde, werden durch die Vorgänge im Ausland allesamt der Boden entzogen. Wo ein Minarett gebaut wurde, ging später auch ein Bewilligungsgesuch für den Ruf des Muezzins ein. Es ist naiv, zu glauben, dass Muslime für ein Minarett als solches kämpfen, ohne die Absicht zu verfolgen, dass dieses später auch einen Zweck zu erfüllen hat».<sup>25</sup> Das Thema des Gebetsrufs wird auch an anderen Stellen des Argumentariums wieder aufgegriffen.<sup>26</sup> Auch im Kurz-Argumentarium zur Minarettverbots-Initiative finden sich zahlreiche Hinweise auf die enge Verknüpfung von Minarett und Gebetsruf.<sup>27</sup> Das gleiche gilt für das Flugblatt des Initiativkomitees mit dem Titel «Das Minarett und seine Bedeutung».<sup>28</sup> Zahlreiche prominente Befürworterinnen und Befürworter wiesen in Referaten und Zeitungsartikeln ebenfalls darauf hin, dass ein einmal gebautes Minarett zwangsläufig den Gebetsruf mit sich bringe, sei es durch einen Muezzin, sei es durch Lautsprecher.<sup>29</sup> Im Online-Spiel «Minarett Attack» der Initiativbefürworter musste man auf Muezzine, die den Gebetsruf verkünden, schießen; bei einem Treffer schwieg der Muezzin. Die von den Initianten durch eiserne Darstellungen geschaffene Begrifflichkeit des Minaretts geht damit davon aus, dass das Minarett ausschliesslich oder doch primär eine Plattform für den Gebetsruf ist.

[Rz 11] Im Rahmen des Abstimmungskampfes wurde den Stimmberechtigten auch mittels grafischen Darstellungen ein ganz bestimmtes Bild vom Minarett vermittelt. Das Logo des Initiativkomitees zeigt ein hohes, spitzes Minarett im klassischen arabischen Baustil, das die Schweiz durchbohrt.<sup>30</sup> Das berühmte Abstimmungsplakat des Initiativkomitees zeigt zahlreiche spitze und sehr hohe Minarette mit mehreren Reihen von begehbaren Balkonen.<sup>31</sup> Auch das Abstimmungsplakat der Eidgenössischen Demokratischen Union (EDU) zeigt ein Minarett im herkömmlichen Stil, das ein mehrstöckiges

Gebäude bei weitem überragt.<sup>32</sup> Der bildlich vermittelte Gegenstand des Minarettverbots ist mithin ein sehr hoher (d.h. mehrstöckige Häuser überragender) schlanker Turm im Stil der klassischen arabischen Baukunst.

[Rz 12] Den Stimmberechtigten wurde im Hinblick auf die Volksabstimmung vermittelt, bei den Minaretten, die durch die Annahme der Volksinitiative verboten werden, handle es sich um hohe und schlanke Türme im Stil der klassischen arabischen Baukunst, welche primär als Plattform für den islamischen Gebetsruf dienen.

## 2.4 Fazit: Notwendige Elemente des Minarettbegriffs von Art. 72 Abs. 3 BV

[Rz 13] Fügt man die Begriffselemente aus der grammatikalischen und historischen Auslegung zusammen, dann kommt man zum Schluss, dass ein Minarett im Sinne von Artikel 72 Absatz 3 BV kumulativ die folgenden Eigenschaften aufweisen muss:

- Es handelt sich um einen mehrere Stockwerke hohen, in der Regel schlanken Turm.
- Der Turm ist an eine Moschee bzw. an einen Gebetsraum angebaut oder mit diesem baulich verbunden.<sup>33</sup>
- Der Turm dient konkret als Plattform für den Gebetsruf, d.h. er muss entweder durch einen Muezzin begehbar oder mit Lautsprechern bestückt sein.

[Rz 14] Alle Bauwerke, die nicht kumulativ diese Kriterien erfüllen, fallen nicht unter das Minarettverbot. Da nur «der Bau» von Minaretten verboten ist, fallen im Übrigen nur Bauten<sup>34</sup> unter den Minarettbegriff, nicht aber andersartige Darstellungen von Minaretten, z.B. mittels Lichtprojektionen oder grossen Plakatwänden.

## 3. Zur Frage der direkten Anwendbarkeit von Art. 72 Abs. 3 BV

### 3.1 Notwendigkeit der differenzierten Betrachtung der direkten Anwendbarkeit von Verfassungsbestimmungen

[Rz 15] Die Frage, ob und inwieweit Rechtsnormen der Bundesverfassung unmittelbar bzw. direkt anwendbar sind, d.h. inwieweit sie eine Bindungswirkung nicht nur für die Behörden des Bundes und der Kantone und weitere Träger staatlicher

<sup>24</sup> Argumentarium «Ja zur Minarettverbots-Initiative», S. 2, [www.minarette.ch/pdf/argumentarium\\_minarettverbot.pdf](http://www.minarette.ch/pdf/argumentarium_minarettverbot.pdf) (Stand 12.02.2010).

<sup>25</sup> Argumentarium (Fn. 19), S. 2.

<sup>26</sup> Vgl. Argumentarium (Fn. 19), S. 7.

<sup>27</sup> Vgl. PATRICK FREUDIGER, Kurz-Argumentarium zur Minarettverbots-Initiative, [www.minarette.ch/pdf/kurz-argumentarium\\_minarettverbot.pdf](http://www.minarette.ch/pdf/kurz-argumentarium_minarettverbot.pdf) (Stand 12.02.2010).

<sup>28</sup> Flugblatt «Das Minarett und seine Bedeutung», S. 2, [www.minarette.ch/pdf/flyer-d.pdf](http://www.minarette.ch/pdf/flyer-d.pdf) (Stand 12.02.2010).

<sup>29</sup> Vgl. z.B. Referat von WALTER WOBMANN an der Medienkonferenz vom 22. Oktober 2009, [www.minarette.ch/pdf/Pressekonferenz-Votum\\_Wobmann.pdf](http://www.minarette.ch/pdf/Pressekonferenz-Votum_Wobmann.pdf); BARBARA STEINEMANN, Kein Minarett ohne Muezzin, Online-Artikel, [www.minarette.ch/pdf/Kein\\_Minarett\\_ohne\\_Muezzin.pdf](http://www.minarette.ch/pdf/Kein_Minarett_ohne_Muezzin.pdf) (Stand 12.02.2010); OSKAR FREYSINGER, Integration statt Minarett – Ja zum Minarettverbot, Schweizerzeit Nr. 24 vom 9. Oktober 2009.

<sup>30</sup> Vgl. Abbildungen 1 und 2 im Anhang.

<sup>31</sup> Vgl. Abbildung 3 im Anhang.

<sup>32</sup> Vgl. Abbildung 4 im Anhang.

<sup>33</sup> Anderer Auffassung aber sachlich völlig unhaltbar und in sich widersprüchlich Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl. 2008 7603, S. 7626.

<sup>34</sup> Artikel 22 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), SR. 700, unterscheidet zwischen Bauten und Anlagen; vgl. BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, SHK Raumplanungsgesetz, Artikel 22, N. 11; ZAUGG/LUDWIG (Fn. 8), Artikel 1, N. 10 und 15.

Funktionen sondern auch für natürliche und juristische Personen entfalten, wurde bisher in der schweizerischen Rechtslehre kaum je behandelt. Hinsichtlich des in Artikel 72 Absatz 3 BV verankerten Minarettverbots stellt sich die Frage nun aktuell. Sie soll deshalb nachfolgend am konkreten Beispiel von Artikel 72 Absatz 3 BV aus drei Gesichtswinkeln betrachtet werden. Erstens soll ermittelt werden, inwieweit die Bundesverfassung selber Aussagen zur Frage macht. Zweitens soll im Sinne einer systematischen Auslegung<sup>35</sup> das Verhältnis zu anderen Verfassungsnormen und die Positionierung im Verfassungsgefüge ausgelotet werden. Und drittens soll eine systematische Auslegung von Artikel 72 BV erfolgen.

[Rz 16] Die Frage nach der direkten Anwendbarkeit einer Verfassungsnorm muss nach der hier vertretenen Auffassung klar getrennt werden von der Frage, was Gegenstand einer Volksinitiative sein kann. Die rechtlichen Schranken einer Volksinitiative, die deren Ungültigkeit hervorrufen, sind nach herrschender Lehre abschliessend die Verletzung der Einheit der Form, der Einheit der Materie und zwingender Bestimmungen des Völkerrechts (Art. 139 BV); dazu kommt die Undurchführbarkeit.<sup>36</sup> Einer Volksinitiative kann nicht entgegengehalten werden, eine Regelung betreffe Gesetzes- oder Ordnungsrecht und sei deshalb nicht verfassungswürdig.<sup>37</sup> Ob eine solche Verfassungsnorm aber direkt anwendbar ist, muss im Gesamtkontext in jedem Einzelfall geprüft werden.

### 3.2 Grundsatz der Rechtsetzung durch Gesetz

[Rz 17] Die Bundesverfassung selbst sieht als Grundtypus der rechtsetzenden Bestimmungen, d.h. von generellen und abstrakten Normen, die natürlichen oder juristischen Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen<sup>38</sup>, im Sinne eines *numerus clausus* das Bundesgesetz und die Verordnung vor (Art. 163 BV). Artikel 164 BV verdeutlicht dies mit dem materiellen Gesetzesbegriff. Die Bundesversammlung ist nach herrschender schweizerischer Rechtsauffassung grundsätzlich *die* gesetzgebende Behörde des Bundes, das primäre rechtsetzende Organ.<sup>39</sup> Die allgemeine Verfassungslehre geht davon aus, dass ausser den Grundrechten nur wenige Regelungen einer Verfassung direkt anwendbar sein sollen.<sup>40</sup> Der Verfassungsgeber selbst geht damit inhärent

davon aus, dass rechtsetzende Bestimmungen grundsätzlich durch Bundesgesetz erlassen werden und dass direkt rechtsetzende Bestimmungen in der Bundesverfassung die Ausnahme bilden müssen.

[Rz 18] Die Frage der direkten Anwendbarkeit von Bestimmungen der Bundesverfassung ist nur hinsichtlich der Grundrechte in der Lehre und Rechtsprechung zweifelsfrei geklärt. Grundrechte sind von der Verfassung garantierte Rechtsansprüche natürlicher (teilweise auch juristischer) Personen gegen den Staat.<sup>41</sup> Sie sind «einklagbare Rechte des Individuums»<sup>42</sup>; die betroffenen Personen als Trägerinnen und Träger der Grundrechte können diese somit direkt gestützt auf die Verfassung vor der zuständigen Behörde geltend machen. Schon bei Artikel 35 BV, der nicht ein Grundrecht sondern Regeln zur Grundrechtsanwendung enthält, ist jedoch fraglich, ob dieser das Rechtsverhältnis zwischen Personen und Staat bzw. zwischen Privaten direkt regelt und deshalb selbstständig angerufen und angewendet werden kann.<sup>43</sup> Die Bundesverfassung sieht zudem die Einschränkung von Grundrechten nur durch Gesetz vor, dies nicht nur im Allgemeinen (Art. 36 Abs. 1 BV) sondern auch hinsichtlich besonderer, einzelne Grundrechte konkretisierender Grundrechtseinschränkungen (Art. 28 Abs. 4 und Art. 30 Abs. 3 BV). Die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) sind trotz ihrer zwingenden Formulierung blosser Verfassungsgrundsätze und – anders als die Grundrechte – keine verfassungsmässigen Individualrechte.<sup>44</sup> Ähnliches gilt für die Sozialziele (Artikel 41 BV).<sup>45</sup> Hinsichtlich der Ausübung der politischen Rechte verlangt die Bundesverfassung eine gesetzliche Regelung durch den Bund bzw. durch die Kantone (Art. 39 Abs. 1 BV).

[Rz 19] Der Verfassungsgeber selber hat es beim Erlass der neuen Bundesverfassung tunlichst vermieden, bloss gesetzeswürdige, direkt anwendbare Rechtsnormen in der Verfassung zu verankern. Er hat deshalb solche Regelungen der alten Bundesverfassung im Sinne von Übergangsrecht und mit den notwendigen Gesetzgebungsaufträgen versehen in Übergangsbestimmungen verbannt (Art. 196 BV). Interessant ist in diesem Zusammenhang Artikel 167 Ziffer 7 BV. Das mit der Annahme der Volksinitiative «für Lebensmittel aus gentechnikfreier Landwirtschaft» am 27. November 2005 statuierte, direkt anwendbare, befristete Gentechnologie-Moratorium für die Landwirtschaft wurde als Verbots-Norm nicht in den eigentlichen Verfassungstext aufgenommen, sondern in die Übergangsbestimmungen.

<sup>35</sup> Vgl. MASTRONARDI (Fn. 9), S. 173.

<sup>36</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 139, N. 9 ff.; YVO HANGARTNER, St. Galler Kommentar zur Artikel 139 BV, N. 23 ff.

<sup>37</sup> Vgl. YVO HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Artikel 192 BV, N. 7.

<sup>38</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 163, N. 5.

<sup>39</sup> Vgl. ULRICH ZIMMERLI, Bundesversammlung, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, Rz. 24, S. 1038; PIERRE TSCHANEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. Bern 2007, § 30, Rz. 2 f.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Petit commentaire de la Constitution, Titre V, Chapitre 2, N. 1: «Le parlement moderne a pour tâches principales de faire les lois, ...».

<sup>40</sup> Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Notion et fonctions de la Constitution, in:

Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, Rz. 28 ff., S. 12.

<sup>41</sup> Vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 9.

<sup>42</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Vorbem. Artikel 7 – 36, N. 1.

<sup>43</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 35, N. 5.

<sup>44</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 5, N. 4.

<sup>45</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2) Artikel 41, N. 6.

[Rz 20] Gegen direkt anwendbare Rechtsnormen in der Bundesverfassung ausserhalb des Grundrechtskatalogs spricht auch das Prinzip des Verfassungsvorbehalts für Bundeskompetenzen (Art. 3 BV). Will der Bund eine neue Aufgabe aufgreifen und hat er dafür noch keine Grundlage in der Bundesverfassung, so muss eine solche geschaffen werden.<sup>46</sup> Die Kompetenzzuweisung erfolgt grundsätzlich im 3. Titel der Bundesverfassung. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen betrifft insbesondere auch die Kompetenz zur Gesetzgebung. Eine direkt anwendbare Verfassungsnorm – insbesondere ein in der Verfassung verankertes und sich an die Bürgerinnen und Bürger richtendes Verbot – durchbricht das vom Verfassungsgeber angedachte System der Kompetenzverteilung.

[Rz 21] Insgesamt kann deshalb festgehalten werden, dass direkt anwendbare Rechtsnormen in der Bundesverfassung eine Ausnahme darstellen und dass ausserhalb des Grundrechtskatalogs grundsätzlich davon ausgegangen werden muss, dass eine Verfassungsnorm nicht direkt anwendbar ist, sondern der Umsetzung durch den Gesetzgeber des Bundes oder der Kantone bedarf.

### 3.3 Art. 72 Abs. 3 BV im Gesamtgefüge der Bundesverfassung

[Rz 22] Für ein direkt anwendbares Verbot des Baus von Minaretten hätten sich zwei verfassungssystematisch einwandfreie Lösungen angeboten: Das Verbot hätte einerseits als Einschränkung bzw. Konkretisierung der Glaubens- und Gewissensfreiheit direkt in der Grundrechtsnorm von Artikel 15 BV verankert werden können (dort als neuer Absatz 5). Solche einschränkende Präzisierungen eines Grundrechts kennen bereits die Koalitionsfreiheit (Art. 28 Abs. 4 BV) und die Garantien für das gerichtliche Verfahren (Art. 30 Abs. 3 BV), allerdings nur in der Form der Ermächtigung des Gesetzgebers zur Einschränkung. Das Verbot hätte andererseits – dies die zweite Alternative – ähnlich wie das Verbot gentechnologisch veränderter Produkte der Landwirtschaft (Art. 197 Ziffer 7 BV), das auch durch eine Volksinitiative verankert wurde – als Übergangsbestimmung mit einem Gesetzgebungsauftrag erlassen werden können.

[Rz 23] Das Minarettverbot wurde nun aber in Artikel 72 Absatz 3 BV festgeschrieben. Artikel 72 Absatz 3 BV findet sich im 3. Titel «Bund, Kantone und Gemeinde» der Bundesverfassung und dort im 2. Kapitel «Zuständigkeiten» im 3. Abschnitt «Bildung, Forschung und Kultur». Das 2. Kapitel hat ausschliesslich die Abgrenzung von Kompetenzen zwischen dem Bund und den Kantonen zum Gegenstand. Demnach finden sich in den Artikeln 54 bis 135 BV grundsätzlich keine direkt anwendbaren Rechtsnormen. Davon gibt es drei Ausnahmen:

- Die Gebührenfreiheit für Strassen in Artikel 82 Absatz 3 ist ein einklagbares verfassungsmässiges Individualrecht, das aus historischen Gründen nicht im Grundrechtskatalog steht.<sup>47</sup>
- Das Doppelbesteuerungsverbot gemäss Artikel 127 Absatz 3 BV ist ebenfalls ein einklagbares verfassungsmässiges Individualrecht, das aus historischen Gründen nicht im Grundrechtskatalog steht; gleichzeitig enthält die Bestimmung aber auch einen gesetzgeberischen Handlungsauftrag.<sup>48</sup>
- Artikel 123a BV, der auf die so genannte Verwahrungs-Initiative zurückgeht, regelt die Verwahrung nicht therapierbarer Sexual- und Gewaltstraftäter. Die direkte Anwendbarkeit bzw. die Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Umsetzung ist umstritten.<sup>49</sup>

[Rz 24] Von der Systematik der Verfassung her muss somit davon ausgegangen werden, dass Artikel 72 Absatz 3 BV nicht direkt anwendbar ist und bloss eine Anweisung an den Gesetzgeber enthält, ein Minarettverbot zu erlassen. Dies legt insbesondere die Analogie zur Verwahrungs-Initiative nahe. Der bestehende Widerspruch des Minarettverbots zum Völkerrecht<sup>50</sup> erfordert vom Gesetzgeber eine Umsetzung, die sowohl dem Volkswillen wie auch dem Völkerrecht Rechnung zu tragen versucht.<sup>51</sup> Der Bundesrat ist schon bei der Verwahrungs-Initiative von der Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Umsetzung ausgegangen.<sup>52</sup> Auch beim Minarettverbot wirft er die Frage auf, ob angesichts der entstehenden Auslegungsschwierigkeiten nicht eine Umsetzung auf Gesetzesstufe notwendig sei.<sup>53</sup>

[Rz 25] Artikel 72 Absatz 3 BV enthält mit dem Verbot des Baus von Minaretten eine Norm, die eigentlich gar nicht in den Regelungsbereich von Artikel 72 BV, d.h. in das Thema der Regelung des Verhältnisses von Kirche und Staat hineingehört.<sup>54</sup> Die Regelung der Besiedelung des Landes ist dem Raumplanungsrecht zuzurechnen, auch wenn sie Kultus-

<sup>47</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 82, N. 8.

<sup>48</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 127, N. 15.

<sup>49</sup> Der Bundesrat und der Nationalrat wollten eine gesetzgeberische Umsetzung, vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 123a, N. 1; die Lehre geht ebenfalls von einem gesetzgeberischen Umsetzungsbedarf aus, vgl. HANS VEST, St. Galler Kommentar zu Artikel 123a BV, N. 8.

<sup>50</sup> Vgl. Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7638; REGINA KIENER/MATHIAS KUHN, Die bau- und planungsrechtliche Behandlung von Kultusbauten im Lichte der Glaubens- und Gewissensfreiheit, ZBl 12/2003, S. 632 f.; STÉPHANE GRODECKI, Construction de minarets: une interdiction in-applicable, plädoyer 1/10, S. 57.

<sup>51</sup> Vgl. VEST (Fn. 49), N. 8.

<sup>52</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 vom 23. November 2005, BBl 2006 889, S. 897.

<sup>53</sup> Vgl. Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7627.

<sup>54</sup> Vgl. dazu auch Ziffer 3.4.

<sup>46</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 3, N. 5.

bauten betrifft.<sup>55</sup> Artikel 75 Absatz 1 BV räumt dem Bund nur eine Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung im Bereich der Raumplanung ein; zum Erlass von Detailvorschriften (insbesondere Bauvorschriften im engeren Sinn) sind die Kantone zuständig.<sup>56</sup> Der Bund darf in Rahmen der Grundsatzgesetzgebung nur dann unmittelbar anwendbares Recht setzen, wenn es um Kernfestlegungen zu Gunsten der Raumordnung der Schweiz geht.<sup>57</sup> Ein Verbot einer bestimmten Gebäudeart gehört klarerweise nicht zu diesen Kernfestlegungen. Artikel 72 Absatz 3 BV kann somit nur als verbindliche Anweisung an die Kantone verstanden werden, in ihrer Bau- und Planungsgesetzgebung den Bau von Minaretten zu verbieten.

### 3.4 Der Abs. 3 in der Systematik von Art. 72 BV

[Rz 26] Artikel 72 Absatz 1 BV hält fest, dass die Kantone für die Regelung des Verhältnisses zwischen Kirche (dazu gehören alle Religionsgemeinschaften) und Staat zuständig ist. Die Bestimmung hat allerdings nur deklaratorischen Charakter, da sich die Zuständigkeit der Kantone bereits aus Artikel 3 i.V.m. Artikel 42 Absatz 1 BV ergibt.<sup>58</sup> Trotzdem hat der Verfassungsgeber ganz bewusst die Zuständigkeit der Kantone in Artikel 72 Absatz 1 BV verankert, um zu verhindern, dass aus dem Absatz 2 und dem damaligen Absatz 3 der Verfassungsbestimmung falsche Schlüsse gezogen werden und die generelle kantonale Zuständigkeit in Zweifel gezogen werden kann.<sup>59</sup> Ein direkt anwendbares Minarettverbot würde somit einen erheblichen Eingriff in originäre Kompetenzen der Kantone und damit ins föderalistische Gefüge bedeuten.<sup>60</sup> Diese Frage wurde im Abstimmungskampf nicht thematisiert; es darf somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Stimmberechtigten mit der Annahme der Volksinitiative bewusst die in Artikel 72 Absatz 1 BV verankerte Zuständigkeit zu Ungunsten der Kantone verschieben wollten.

[Rz 27] Artikel 72 Absatz 2 BV besagt, dass der Bund und die Kantone «im Rahmen ihrer Zuständigkeiten» Massnahmen zur Wahrung des Religionsfriedens treffen. Diese Bestimmung begründet für sich selbst keine Zuständigkeiten.<sup>61</sup> Die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass von Bestimmungen zur Wahrung des Religionsfriedens ist – sieht man vom strafrechtlichen Schutz gestützt auf Artikel 123 BV ab – nur subsidiär.<sup>62</sup> Der hier verfassungsrechtlich im Sinne eines

Grundsatzes des staatlichen Handelns verankerte Friede zwischen den Angehörigen der verschiedenen Religionsgemeinschaften bildet die unabdingbare Voraussetzung zur Verwirklichung des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit.<sup>63</sup> Ein Minarettverbot gefährdet den Religionsfrieden in der Schweiz.<sup>64</sup>

[Rz 28] Im Kontext des gesamten Artikels 72 BV erscheint eine direkte Anwendbarkeit des im neuen Absatz 3 stipulierten Minarettverbots fraglich. In Verbindung zu Absatz 1 muss der Absatz 3 als Rechtsetzungsauftrag an die Kantone verstanden werden, in Verbindung zu Absatz 2 als Dispens von der Pflicht, den Religionsfrieden in jeder Hinsicht zu wahren. Dem Spannungsbogen zwischen der Wahrung des Religionsfriedens und dem Minarettverbot kann zudem nur durch eine Ausführungsgesetzgebung in befriedigendem Masse Rechnung getragen werden.

### 3.5 Fazit: Art. 72 Abs. 3 BV ist nicht direkt anwendbar

[Rz 29] Die in der schweizerischen Rechtslehre verbreitete dogmatische Position, Verfassungsänderungen, die von Volksinitiativen ausgehen, seien in jedem Fall direkt anwendbar, kann sich nur auf ihre eigene langjährige unreflektierte Tradierung in der Lehre und der Rechtspraxis abstützen und ist zu hinterfragen. Die schweizerische Rechtslehre und Rechtspraxis geht denn grundsätzlich auch davon aus, dass die Auslegung der Verfassung einem ganzheitlichen und widerspruchsfreien Verfassungsverständnis verpflichtet ist.<sup>65</sup> Bei genauerer Analyse der Bundesverfassung und insbesondere deren systematischen Gefüges wird sichtbar, dass die direkte Anwendbarkeit von Verfassungsbestimmungen immer im Gesamtkontext der Bundesverfassung geprüft werden muss. Hinsichtlich des neuen Artikels 72 Absatz 3 BV kommt man bei dieser Prüfung zum Schluss, dass er nicht direkt anwendbar ist und der Umsetzung in der kantonalen Gesetzgebung bedarf.

## 4. Pflicht zur völker- und grundrechtsverträglichen Anwendung

### 4.1 Konflikte zu anderen Verfassungsbestimmungen

[Rz 30] Der neue Artikel 72 Absatz 3 BV steht – geht man entgegen der Auffassung des Verfassers von einer direkten Anwendbarkeit aus – im Konflikt zu einer Vielzahl von Rechtsnormen mit Verfassungsrang.

<sup>55</sup> Vgl. KIENER/KUHN (Fn. 50), S. 619 f und S. 629; in diesem Sinne auch Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7649.

<sup>56</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 75, N. 3.

<sup>57</sup> Vgl. MARTIN LENDI, St. Galler Kommentar zu Artikel 75 BV, N. 25.

<sup>58</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 72, N. 5; URS JOSEF CAVELTI/ANDREAS KLEY, St. Galler Kommentar zu Artikel 72 BV, N. 3.

<sup>59</sup> Vgl. PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution, Art. 72, N. 4.

<sup>60</sup> In diesem Sinne auch Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7648 f.

<sup>61</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 72, N. 10; MAHON (Fn. 59), Art. 72, N. 8.

<sup>62</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 72, N. 11; MAHON (Fn. 59), Art. 72, N. 9.

<sup>63</sup> Vgl. CAVELTI/KLEY (Fn. 58), N. 21.

<sup>64</sup> Vgl. Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7648.

<sup>65</sup> Vgl. TSCHANNEN (Fn. 39), § 4, Rz. 40 ff.

[Rz 31] Die absolute Formulierung des Minarettverbots ist mit Artikel 2 und 8 des UNO-Paktes II<sup>66</sup> sowie mit Artikel 9 und 14 EMRK<sup>67</sup> nicht vereinbar und stellt deshalb eine Verletzung von Völkerrecht dar.<sup>68</sup>

[Rz 32] Das in Artikel 72 Absatz 3 BV enthaltene Verbot des Baus von Minaretten verletzt zudem die folgenden Grundrechte der Bundesverfassung:<sup>69</sup>

- Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV);
- Willkürverbot (Art. 9 BV);
- Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV);
- Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV).

[Rz 33] Das Minarettverbot in seiner Absolutheit ist weiter unvereinbar mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV). Es ist zudem unvereinbar mit dem Grundsatz des Religionsfriedens (Art. 72 Abs. 2 BV).<sup>70</sup>

[Rz 34] Letztlich greift das Minarettverbot – soweit als direkt anwendbar verstanden – in die Kompetenz der Kantone zum Erlass der Raum- und Bauordnung (Art. 75 BV) und zur Regelung des Verhältnisses zwischen den Religionsgemeinschaften und dem Staat (Art. 72 Abs. 1 BV) ein.

## 4.2 Pflicht zum Konfliktausgleich in der Rechtsanwendung

[Rz 35] Die schweizerische Verfassungsordnung geht von der Gleichrangigkeit der Normen der Bundesverfassung aus.<sup>71</sup> Der Grundsatz schliesst den Vorrang einer bestimmten Verfassungsnorm vor den andern im Einzelfall nicht aus, verlangt aber von den Recht anwendenden Behörden im Einzelfall eine problembezogene wertende Abwägung.<sup>72</sup> Die Recht anwendenden Behörden müssen dabei von einem ganzheitlichen Verfassungsverständnis ausgehen und sich bemühen, trotz widersprüchlicher Verfassungsnormen die Widerspruchsfreiheit der Verfassung soweit wie möglich zu wahren.<sup>73</sup> Dazu sind die Behörden gehalten, ihrem Handeln nicht bloss die jeweils massgebliche Verfassungsnorm zu Grunde zu legen, sondern gleichzeitig alle von der Sache berührten Verfassungsanliegen in ihre Überlegungen einzubeziehen und diesen Anliegen auf dem Weg der Interes-

senabwägung zu «praktischer Konkordanz», d.h. zu breitest möglicher Wirksamkeit zu verhelfen.<sup>74</sup>

[Rz 36] Völkerrecht bleibt unabhängig von seiner normenhierarchischen Einordnung für die Recht anwendenden Organe massgeblich (Art. 190 BV). Daraus ergibt sich zumindest die Verpflichtung, Landesrecht – einschliesslich Verfassungsrecht – im Rahmen der jeweiligen funktionellen Zuständigkeit soweit als möglich und notwendig völkerrechtskonform auszulegen.<sup>75</sup>

[Rz 37] Der Wortlaut des Minarettverbots und sein absoluter Charakter lassen in der Anwendung für Interessenabwägungen wenig Raum.<sup>76</sup> Versucht man sie trotzdem, muss man vom öffentlichen Interesse ausgehen. Kollektive öffentliche Interessen können nur dann als staatsleitende Interessen anerkannt werden, wenn für sie im diskursiven Prozess gute Gründe geltend gemacht werden können.<sup>77</sup> Anerkannte öffentliche Interessen zur Einschränkung von Grundrechten sind die sogenannten Polizeigüter (Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit sowie Treu und Glauben).<sup>78</sup> Das Verbot des Baus von Minaretten ist Ausdruck einer symbolischen Gesetzgebung (bzw. Verfassungsgebung)<sup>79</sup>; es kann mit keinem irgendwie gearteten öffentlichen Interesse begründet werden, es sei den dem Interesse an der Durchsetzung der Norm als solches. Demgegenüber bestehen verschiedene erhebliche öffentliche Interessen, das Minarettverbot nicht umzusetzen, namentlich auch aussenwirtschaftliche Interessen des Landes<sup>80</sup>, Interessen der äusseren Sicherheit<sup>81</sup>, die Erhaltung des Religionsfriedens (der durch das Verbot gefährdet wird<sup>82</sup>) sowie die Glaubwürdigkeit der Schweiz als völkerrechtlicher Vertragspartner. Die mit dem Minarettverbot verbundene Diskriminierung auf Grund religiöser Überzeugungen stellt zudem einen erheblichen Eingriff in den «ordre public» der Schweiz dar, haben doch die Stimmberechtigten mit der Annahme von Artikel 261bis des Strafgesetzbuches (StGB)<sup>83</sup> diese Art der Diskriminierung klar poenalisiert. Eine Interessenabwägung im eingangs erwähnten Sinn führt mithin zwangsläufig zum Schluss, dass «praktische Konkordanz» vorliegend nur in der Nichtanwendung des Minarettverbots liegen kann.<sup>84</sup>

<sup>66</sup> Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

<sup>67</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

<sup>68</sup> Vgl. Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBI 2008 7603, S. 7630 ff. und 7645; GRODECKI (Fn. 50), S. 57.

<sup>69</sup> Vgl. dazu auch Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBI 2008 7603, S. 7615 ff.

<sup>70</sup> Vgl. Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBI 2008 7603, S. 7648.

<sup>71</sup> Vgl. TSCHANNEN (Fn. 9), Rz. 5, S. 152 f.

<sup>72</sup> Vgl. TSCHANNEN (Fn. 9), Rz. 5, S. 153.

<sup>73</sup> Vgl. TSCHANNEN (Fn. 9), Rz. 21, S. 159.

<sup>74</sup> Vgl. TSCHANNEN (Fn. 9), Rz. 21, S. 159.

<sup>75</sup> Vgl. TSCHANNEN (Fn. 9), Rz. 20, S. 158 f.; GRODECKI (Fn. 50), S. 60.

<sup>76</sup> In diesem Sinne auch Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBI 2008 7603, S. 7641.

<sup>77</sup> Vgl. MARTIN PHILIPP WYSS, Öffentliche Interessen, Bern 2001, S. 128 f. und 566.

<sup>78</sup> Vgl. WYSS (Fn. 77), S. 279.

<sup>79</sup> Vgl. u.a. BEAT WABER, Symbolpolitik mit untauglichen Initiativen, NZZ vom 6. Februar 2010, S. 27.

<sup>80</sup> Vgl. Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBI 2008 7603, S. 7650.

<sup>81</sup> Vgl. Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBI 2008 7603, S. 7649.

<sup>82</sup> Vgl. Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBI 2008 7603, S. 7648.

<sup>83</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

<sup>84</sup> Zu einem ähnlichen Schluss gelangt aus völkerrechtlicher Sicht GRODECKI

[Rz 38] Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch auf andere, pragmatischere Weise: Der Bundesrat kommt nach einer umfassenden rechtlichen Prüfung zum Schluss, dass das Minarettverbot in Artikel 72 Absatz 3 BV gegen Artikel 9 und 14 EMRK verstösst und dass «mit grösster Wahrscheinlichkeit» davon auszugehen ist, «dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Schweiz in einem allfälligen Beschwerdeverfahren wegen Verletzung von Artikel 9 EMRK verurteilen würde».<sup>85</sup> Die in der EMRK festgeschriebenen Menschenrechte zeichnen sich – dies auch im Vergleich zu anderen im Völkerrecht festgeschriebenen Menschenrechten – für die Schweizer Bevölkerung dadurch aus, dass die Überprüfung ihrer Verletzung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mit Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK) möglich ist und dass die Gutheissung der Individualbeschwerde dergestalt direkte Auswirkungen auf die Wahrnehmung des Grundrechts in der Schweiz hat, dass das Bundesgericht seinen letztinstanzlichen Entscheid gestützt auf Artikel 122 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)<sup>86</sup> in Revision ziehen und im Sinne der Erwägungen des EGMR anpassen muss. Eine erstinstanzliche Behörde, die dem Bau eines Minaretts gestützt auf Artikel 72 Absatz 3 BV die Bewilligung versagt, weiss somit genau, dass ihr Entscheid letztendlich rechtlich keinen Bestand haben wird und dass der betreffenden islamischen Glaubensgemeinschaft auf dem Umweg über das Verfahren vor dem EGMR und über ein Revisionsverfahren des Bundesgerichts die Bewilligung zum Bau des Minaretts mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erteilt werden wird. Wenn eine Behörde in Kenntnis dieser Rechts- und Sachlage das Minarettverbot anwendet und damit der betroffenen Bauherrschaft zumutet, den gesamten langwierigen und kostspieligen Instanzenweg zu gehen, bloss um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit antizipiert werden kann, so verstösst dies gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und 9 BV) und gegen das Rechtsverzögerungsverbot, ist schikanös und ethisch nicht vertretbar. Die betreffende Behörde ist in einem solchen Fall verfassungsrechtlich verpflichtet, den sicheren Entscheid des EGMR zu antizipieren und die schweizerische Verfassungsnorm, welche die EMRK verletzt, nicht anzuwenden. Artikel 190 BV kann in einem solchen Fall nicht anders ausgelegt werden, als dass der Vorrang der EMRK ungeachtet der so genannten Schubertpraxis<sup>87</sup> des Bundesgerichts auch gegenüber einer Rechtsnorm der Bundesverfassung zu beachten ist.

(Fn. 50), S. 61.

<sup>85</sup> Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7638; wortgleiche Folgerung für Artikel 14 EMRK, vgl. S. 7640.

<sup>86</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz), SR 173.110.

<sup>87</sup> Ausführlich dazu ANDREAS R. ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, Bern 2006, S. 122 ff.

[Rz 39] Letztlich könnte auch eine Anwendung des schrankenresistenten Willkürverbots der Anwendung von Artikel 72 Absatz 3 BV Grenzen setzen. Es wird auf die Ausführungen in Ziffer 4.4 verwiesen.

### 4.3 Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Art. 72 Abs. 3 BV

[Rz 40] Das Rechtsmissbrauchsverbot ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben und bindet sowohl Private als auch Behörden.<sup>88</sup> Artikel 2 Absatz 2 des Zivilgesetzbuchs (ZGB)<sup>89</sup> hält für das gesamte Zivilrecht fest, dass der offensichtliche Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet. Der Grundsatz beschränkt sich allerdings nicht auf das Zivilrecht, sondern stellt einen althergebrachten Grundsatz der allgemeinen Rechtslehre dar und gilt für das gesamte schweizerische Recht.<sup>90</sup> Dementsprechend findet das Rechtsmissbrauchsverbot auch im öffentlichen Recht und im Prozessrecht Anwendung und hat auch bezogen auf dieses einen normberichtigenden Charakter<sup>91</sup>. Es verbietet den Parteien, im Verfahren rechtsmissbräuchliche Prozesshandlungen vorzunehmen. Der Grundsatz stellt zwingendes Recht dar und verpflichtet die Verfahrensleitung, rechtsmissbräuchliches Verhalten von Amtes wegen zu berücksichtigen.<sup>92</sup>

[Rz 41] Rechtsmissbrauch wird nach herrschender Lehre und Rechtsprechung insbesondere dann angenommen, wenn in offensichtlicher Weise ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet bzw. angerufen wird, welche dieses Rechtsinstitut nach dem Willen des Gesetzgebers nicht schützen soll<sup>93</sup>, oder wenn ein Prozess ausschliesslich zum Zweck geführt wird, einer anderen Person zu schaden.<sup>94</sup> Rechtsmissbrauch bleibt – wie erwähnt – ohne Rechtsschutz.<sup>95</sup>

[Rz 42] An der Durchsetzung des Verbots des Baus von Minaretten als solches kann niemand ein ernsthaftes Interesse

<sup>88</sup> Vgl. BGE 110 Ib 332; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 715 und 717; ein Teil der Lehre misst dem Rechtsmissbrauchsverbot allerdings eine eigenständige, von Grundsatz von Treu und Glauben unabhängige Funktion zu, vgl. dazu ausführlich HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Stämpfli Handkommentar zu Artikel 2 ZGB, N. 11 ff.; grundlegend THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005.

<sup>89</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

<sup>90</sup> Vgl. HAUSHEER/JAUN (Fn. 88), N. 2 sowie N. 152 ff. zu Artikel 2.

<sup>91</sup> Zum normberichtigenden Charakter des Rechtsmissbrauchsverbots, vgl. HAUSHEER/JAUN (Fn. 88), N. 2 zu Artikel 2.

<sup>92</sup> Vgl. HAUSHEER/JAUN (Fn. 88), N. 2 zu Artikel 2.

<sup>93</sup> Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 88), Rz. 716; HAUSHEER/JAUN (Fn. 88), N. 125 ff. zu Artikel 2.

<sup>94</sup> Vgl. BGE 118 II 88 E. 4; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 4 zu Artikel 45.

<sup>95</sup> Vgl. TSCHANNEN (Fn. 39), § 22, Rz. 26.

haben.<sup>96</sup> Die Durchsetzung des Minarettverbots bedeutet nämlich immer Diskriminierung von andern auf Grund ihrer religiösen Überzeugung. Wer vom Staat die Durchsetzung des Minarettverbots verlangt, verlangt vom Staat gleichzeitig die Verletzung von völkervertragsrechtlichen Verpflichtungen und von Grundrechten sowie die Gefährdung des Religionsfriedens, allesamt Verletzungen von Verfassungsrecht. Wenn es um die Störung eigener Eigentums- und Besitzrechte durch den Bau eines Minarets oder durch von diesem ausgehende Immissionen geht, stehen den Betroffenen zur Abwehr in genügendem Masse polizeirechtliche (insbesondere bau-, planungs- und umweltrechtliche) Instrumente zur Verfügung. Das Berufen auf das Minarettverbot schützt demgegenüber keine eigenen Rechtspositionen und dient ausschliesslich dazu, anderen zu schaden. Das Ergreifen von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen unter Berufung auf das in Artikel 72 Absatz 3 BV verankerte Minarettverbot ist rechtsmissbräuchlich.

[Rz 43] Wenn eine Bewilligungsbehörde mithin trotz Artikel 72 Absatz 3 BV ein ansonsten zonenkonformes und bewilligungsfähiges Minarett bewilligt, wird auf ein Rechtsmittel gegen diese Bewilligung wegen Rechtsmissbräuchlichkeit nicht einzutreten sein, wenn mit dem Rechtsmittel einzig die Verletzung des Minarettverbots geltend gemacht wird.

#### 4.4 Exkurs: Das Willkürverbot als weitere Schranke für Volksinitiativen?

[Rz 44] Nach schweizerischem Rechtsverständnis stellt das Willkürverbot einer der elementarsten Gehalte des Grundrechtsschutzes dar.<sup>97</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der vorherrschenden Lehrmeinung sind staatliche Akte dann willkürlich, wenn sie nicht sachlich begründbar sind, sinn- und zwecklos erscheinen, höherrangiges Recht verletzen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen.<sup>98</sup> Aus der Sicht der Betroffenen erscheint Willkür als unverständliches, nicht nachvollziehbares, durch keine vernünftigen Argumente getragenes Verhalten der Behörden.<sup>99</sup> Das Willkürverbot schützt in seiner materiellen (inhaltlichen) Dimension vor elementaren Ungerechtigkeiten und schützt gleichzeitig die verfassungsrechtliche Ordnung des Rechtsstaates.<sup>100</sup> In seiner formellen (verfahrensrechtlichen) Dimension gewährleistet das Willkürverbot die Nachvollziehbarkeit jedes staatlichen Handelns und statuiert das Erfordernis der rationalen Be-

gründbarkeit.<sup>101</sup> Einschränkungen des Willkürverbots sind in keinem Fall zulässig<sup>102</sup>; es stellt ein absolutes Grundrecht dar, dem als Ganzes die Qualität eines Kerngehalts zukommt<sup>103</sup>.

[Rz 45] Das Willkürverbot findet auf die gesamte Rechtsordnung, auf alle Rechtsgebiete und jedes staatliche Handeln Anwendung.<sup>104</sup> Es bindet insbesondere auch den Gesetzgeber.<sup>105</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Rechtserlass dann als qualifiziert ungerecht und damit im Widerspruch zum Willkürverbot zu betrachten, wenn er nicht sachlich begründbar ist oder als sinn- und zwecklos erscheint.<sup>106</sup> Ein Erlass wird zudem als willkürlich betrachtet, wenn er eine Materie in grob unverhältnismässiger Weise regelt.<sup>107</sup> Nach der neueren, noch ungefestigten Lehre binden die Kerngehalte von Grundrechten auch den Verfassungsgeber; zumindest gewisse Gehalte der Bundesverfassung entfalten auch gegenüber dem Verfassungsgeber selbst eine Sperrwirkung.<sup>108</sup> Die Bindung des Verfassungsgebers an grundrechtliche Kerngehalte erscheint nach dieser Auffassung ganz besonders für die schweizerische Bundesverfassung notwendig<sup>109</sup>, denn die «Offenheit der Verfassung trägt massgeblich zur wirkungsvollen Mitsprache der Einzelnen am politischen Prozess bei, schafft aber auch die Gefahr, dass langfristig anerkannte elementare Garantien menschlichen Zusammenlebens nicht mehr als solche erkannt und auf gleicher Stufe mit den tagespolitisch motivierten Bestimmungen gestellt werden».<sup>110</sup> Gerade in einem den Populismus fördernden medialen Zeitalter bedarf es eines wirksamen Schutzes elementarer Grundprinzipien des Rechtsstaates vor nur auf die Tagespolitik ausgerichteter symbolischer Verfassungsgebung.<sup>111</sup> In Deutschland bildet das Willkürverbot eine Schranke der Verfassungsrevision.<sup>112</sup> Der in einem Teil der Lehre vertretenen Auffassung, das Willkürverbot sei als Fundamentalnorm nur sehr wenig geeignet, weil es ein materielles Gebot ohne Kern sei<sup>113</sup>, kann nicht gefolgt werden. Wenn man auf den einzelfallbezogenen, punktuellen Charakter des Willkürverbots fokussiert, mag man zwar durchaus ein eher resignatives Bild vom Wert seines Kerngehalts erhalten.<sup>114</sup>

<sup>96</sup> Vgl. dazu auch Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7633 ff.

<sup>97</sup> In diesem Sinne auch JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 5.

<sup>98</sup> Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 97), S. 5, mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>99</sup> Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 97), S. 5.

<sup>100</sup> Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 97), S. 6, mit Hinweis auf MAX IMBODEN, Der Schutz vor staatlicher Willkür, in: Ders., Staat und Recht, Basel/Stuttgart 1971, S. 156.

<sup>101</sup> Vgl. MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, S. 509; FELIX UHLMANN, Das Willkürverbot, Bern 2005, S. 273 ff.

<sup>102</sup> Vgl. SCHEFER (Fn. 101), S. 507; UHLMANN (Fn. 101), S. 231 ff.; CHRISTOPH ROHNER, St. Galler Kommentar zu Artikel 9 BV, N. 14.

<sup>103</sup> Vgl. SCHEFER (Fn. 101), S. 507; UHLMANN (Fn. 101), S. 229 f.

<sup>104</sup> Vgl. ROHNER (Fn. 102), N. 13; UHLMANN (Fn. 101), S. 199 f.

<sup>105</sup> Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 97), S. 8.

<sup>106</sup> Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 97), S. 8, mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>107</sup> Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 97), S. 9.

<sup>108</sup> Vgl. SCHEFER (Fn. 101), S. 169, mit einer Übersicht über die Diskussion.

<sup>109</sup> Vgl. SCHEFER (Fn. 101), S. 172.

<sup>110</sup> SCHEFER (Fn. 101), S. 172.

<sup>111</sup> Vgl. zur Problematik WABER (Fn. 79).

<sup>112</sup> Vgl. BVerfGE 84, 90 ff. (121), teilweise zitiert bei UHLMANN (Fn. 101), S. 242.

<sup>113</sup> Vgl. UHLMANN (Fn. 101), S. 242.

<sup>114</sup> Vgl. SCHEFER (Fn. 101), S. 512.

Die staatspolitische und verfassungsrechtliche Dimension des Willkürverbots liegt aber in der Pflicht zum rationalen Staatshandeln; es garantiert «unmittelbar und ohne Vermittlung durch das Recht ein Stück staatlicher Rationalität»<sup>115</sup> und unterscheidet sich dadurch von anderen Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns, welche den Anspruch auf rationales und begründbares Handeln des Staates auf Grund ihrer jeweiligen spezifischen Funktion zur Gewährleistung der Rechtsordnung garantieren.<sup>116</sup> Das Willkürverbot zwingt – im Einklang mit der Grundprämisse des demokratischen Staates – zum rationalen Diskurs in der Verfassungsgebung und zur rationalen Begründung von Verfassungsnormen, insbesondere wenn letztere Auswirkungen auf das Staatsgefüge oder auf die Rechtsposition einzelner haben. Im Kern geht aus dem Willkürverbot ein Verbot an den Verfassungsgeber hervor, Verfassungsnormen zu schaffen, die sachlich nicht begründbar und/oder sinn- und zwecklos sind. Der Verfassungsgeber hat sich bei der Verfassungsgebung an die von ihm selber aufgestellten Grundregeln für die Rechtsetzung zu halten. Die Aufzählung der Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen in Artikel 139 Absatz 2 BV ist nicht abschliessend.<sup>117</sup> Bei der Prüfung der Gültigkeit von Initiativen ist deshalb künftig das Willkürverbot im aufgezeigten Sinne zusätzlich als materielle Schranke der Verfassungsgebung zu beachten.

[Rz 46] Die Minarettverbots-Initiative hätte auf Grund ihrer offensichtlichen Sinnlosigkeit und Unbegründetheit<sup>118</sup> und damit Willkürlichkeit als ungültig erklärt werden müssen. Dies ist leider unterblieben. Im Rahmen der Anwendung von Artikel 72 Absatz 3 BV ist das Willkürverbot trotzdem beachtlich. Da jede Anwendung von Artikel 72 Absatz 3 BV grob willkürlich ist, muss dem Minarettverbot die Anwendung versagt werden.

## 5. Fragen des intertemporalen Rechts

[Rz 47] Der neue Artikel 72 Absatz 3 BV ist mit der Annahme durch Volk und Stände in Kraft getreten (Art. 195 BV).<sup>119</sup> Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die neue Verfassungsbestimmung – soweit sie direkt anwendbar ist und nicht der Umsetzung in einem Gesetz bedarf – auch auf hängige Baugesuche Anwendung findet, die den Bau eines Minaretts im Rechtssinn<sup>120</sup> zum Gegenstand haben. Trotzdem soll nachfolgend kurz der Frage nachgegangen werden, ob der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) nicht gebietet, hängige Gesuche von der Anwendung des Minarettverbots auszunehmen.

[Rz 48] Der Grundsatz der Gebundenheit durch Verträge bzw. der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) stellt eine Grundmaxime des Völkervertragsrechts dar.<sup>121</sup> Er verpflichtet die Vertragspartner zur Erfüllung des Vertrags nach dem Grundsatz von Treu und Glauben. Die Bewohnerinnen und Bewohner eines Vertragsstaats dürfen deshalb – ebenfalls ausgehend vom Grundsatz von Treu und Glauben – davon ausgehen, dass ihr Staatswesen seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen grundsätzlich nachkommt. Wer in der Schweiz in den letzten Jahren ein Baugesuch für ein Minarett einreichte, durfte somit gestützt auf Artikel 9 und 14 EMRK darauf vertrauen, dass ein Verbot des Baus von Minaretten in genereller Form nicht möglich ist und dass allenfalls höchstens örtliche oder auf bestimmte Ausprägungen von Minaretten beschränkte Bauverbote möglich sind, die aber zuerst auf dem Weg der Gesetzgebung oder Nutzungsplanung zu erlassen sind und hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit Artikel 9 und 14 EMRK innerstaatlich überprüft werden können. Wer gestützt auf diese Annahmen vor dem 29. November 2009 ein Gesuch für den Bau eines Minaretts stellte, verdient es, in seinem Vertrauen geschützt zu werden. Die Rechtsfolge des Vertrauensschutzes kann im Bestandesschutz oder im Ausgleich von Nachteilen bestehen.<sup>122</sup> Je nach konkreter Sachlage und Verfahrensstand kann somit der Vertrauensschutz in das völkerrechtskonforme Verhalten der Schweizerischen Eidgenossenschaft gebieten, Artikel 72 Abs. 3 BV auf ein hängiges Baugesuch nicht anzuwenden.

## 6. Minarettverbot als materielle Enteignung?

[Rz 49] Das Verbot des Baus von Minaretten stellt eine Eigentumsbeschränkung dar.<sup>123</sup> Die Frage, ob das Verbot des Baus eines Minaretts als materielle Enteignung zu betrachten ist und Entschädigungsfolgen auslöst, kann nicht allgemein gültig, sondern nur auf der Grundlage einer detaillierten Untersuchung des Einzelfalls beantwortet werden.

## 7. Schluss: Eine untaugliche Verfassungsnorm

[Rz 50] Artikel 72 Absatz 3 BV statuiert ein unnötiges, unverhältnismässiges Verbot, welches das Ziel klar verfehlt.<sup>124</sup> Das Verbot ist der Ausdruck eines politischen Missbrauchs des Instruments der Volksinitiative zu Zwecken der Symbolpolitik.<sup>125</sup> Die Art und Weise, wie hier mit verfassungsmässigen

<sup>115</sup> UHLMANN (Fn. 101), S. 270.

<sup>116</sup> In diesem Sinne auch UHLMANN (Fn. 101), S. 270.

<sup>117</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Artikel 139, N. 17.

<sup>118</sup> Vgl. oben Ziffer 4.2.

<sup>119</sup> Vgl. oben Ziffer 1.

<sup>120</sup> Vgl. oben Ziffer 2.4.

<sup>121</sup> Vgl. ZIEGLER (Fn. 87), S. 100.

<sup>122</sup> Vgl. ROHNER (Fn. 102), N. 55.

<sup>123</sup> Vgl. Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7649.

<sup>124</sup> Dieser Auffassung ist auch der Bundesrat, vgl. Botschaft Minarettverbot (Fn. 18), BBl 2008 7603, S. 7627 ff.

<sup>125</sup> Vgl. WABER (Fn. 79).

Rechten umgegangen wird, entspricht den Kriterien des Rechtsmissbrauchs.<sup>126</sup> Trotzdem muss die neue Verfassungsbestimmung umgesetzt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist sie nicht direkt anwendbar und bedarf der Umsetzung durch den kantonalen Gesetzgeber. Betrachtet man das Minarettverbot in Artikel 72 Absatz 3 als direkt anwendbar, so führt das Verfahren zur Herstellung der praktischen Konkordanz dahin, dass das Verbot von den zuständigen Behörden nicht anzuwenden ist. Der Schaden, der mit der Minarettverbot-Initiative am schweizerischen Rechtsstaat bisher angerichtet wurde, ist gross. Es bleibt zu hoffen, dass die Behörden nun beherzt Schadenminimierung betreiben und das Minarettverbot ignorieren – nicht aus Trotz, sondern aus Verfassungspflicht, d.h. der Verpflichtung gegenüber der schweizerischen Verfassungsordnung als Ganzes.

---

Mag. rer. publ. Daniel Kettiger ist Rechtsanwalt und Berater in Bern. Er vertritt die Islamische Glaubensgemeinschaft Langenthal in einem Baurechtsstreit betreffend den Umbau des Kultusentrums und den Bau eines minarettähnlichen Turms.

---

\* \* \*

---

<sup>126</sup> Zum Rechtsmissbrauch vgl. oben Ziffer 4.3.

## Anhang: Abbildungen



Abbildung 1: Logo des Initiativkomitees



Abbildung 2: Neues Logo des Initiativkomitees



Abbildung 3: Abstimmungsplakat des Initiativkomitees



Abbildung 4: Abstimmungsplakat der EDU