

## EMRK und Minderheitenschutz<sup>1</sup>

*„Das universalistische Anliegen der politischen Aufklärung erfüllt sich erst in der fairen Anerkennung der partikularistischen Selbstbehauptungsansprüche religiöser und kultureller Minderheiten.“<sup>2</sup>*

### *I Einleitung*

#### *II Verhältnis der EMRK zu Erlassen des Bundes*

- 1. Legitimität der EMRK*
- 2. Verhältnis zur Bundesverfassung und zu Bundesgesetzen*

#### *III Konflikte zwischen der Bundesverfassung und der EMRK*

- 1. Die neuen menschenrechtswidrigen Verfassungsinitiativen*
- 2. Parallelität zwischen der EMRK und der Bundesverfassung*

#### *IV Praktische Fälle von Minderheitenschutz durch die EMRK (und die BV)*

- 1. Konventionskonforme Auslegung fremdenrechtlicher Erlasse*
  - 1.1 Familiennachzug*
  - 1.2 Ausweisung*
- 2. Schutz vor Einschränkungen einer auf die Mehrheit zugeschnittenen Gesetzgebung*
  - 2.1 Religion*
    - 2.1.1 Dispensation vom Schulunterricht*
      - 2.1.1.1 Allgemeine Dispensation*
      - 2.1.1.2 Dispensation vom Schwimmunterricht*
    - 2.1.2 Tragen des Kopftuchs*
      - 2.1.2.1 Lehrerinnen*
      - 2.1.2.2 Schülerinnen*
    - 2.1.3 Bestattung nach muslimischem und jüdischem Ritus*
  - 2.2 Sprache*
  - 2.3 Raumplanung (Fahrende)*
- 3. Schutz vor auf Minderheiten zugeschnittenem Abbau von Rechten*
- 4. Schutz vor Erlass Minderheiten diskriminierender Normen*

---

### *I Einleitung*

Vorangestellt werden einige allgemeine Bemerkungen zum Minderheitenschutz, zumal die EMRK nicht explizit auf den Schutz von Minderheiten gerichtet ist – im Gegensatz zum Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten (FCNM).<sup>3</sup> Dieses Übereinkommen bezweckt nicht den Schutz aller Menschen, die auf einem bestimmten Territorium leben, sondern nur der Angehörigen bestimmter Gruppen, eben der nationalen Minderheiten. Dieser besondere völkerrechtliche Schutz dient zum einen der Wahrung und Förderung der eigenständigen Identität nationaler Minderheiten, zum andern

---

<sup>1</sup> Schriftliche Fassung des Referates vom 11. Mai 2016 bei der Gesellschaft Minderheiten in der Schweiz.

<sup>2</sup> Jürgen Habermas, *Wieviel Religion verträgt der liberale Staat?*, in: NZZ vom 4. August 2012, S. 63.

<sup>3</sup> FCNM (SR 0.441.1) vom 1. Februar 1995, für die Schweiz in Kraft seit 1. Februar 1998.

dem allgemeinen Interesse der Staatengemeinschaft an Sicherheit und Frieden. Man denke nur an den jugoslawischen Bürgerkrieg zu Beginn der 1990er-Jahre, der mit ethnischen Säuberungen nationaler Minderheiten begann und mit Völkermord endete.

Demgegenüber bezweckt die Europäische Menschenrechtskonvention<sup>4</sup> den Schutz der Individuen und zwar aller Individuen, unabhängig von ihrer Staatszugehörigkeit oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe. Bestimmter Rechte, eben die Menschenrechte, sind mit der schlichten Existenz als Mensch verbunden.<sup>5</sup> Aufgrund ihres umfassenden Schutzansatzes gilt die EMRK für alle Einwohner eines Landes. Dass ihr jedoch in Bezug auf Angehörige von Minderheiten, ob autochtone oder allochtone, eine besondere Bedeutung zukommt, soll im Folgenden aufgezeigt werden.

## *II Verhältnis der EMRK zu Erlassen des Bundes*

Um die Bedeutung der EMRK für unser Land und namentlich auch für unsere Minderheiten fassbar zu machen, ist kurz auf ihr Verhältnis zu Erlassen des Bundes, d.h. zur Bundesverfassung und zu Bundesgesetzen einzugehen. An dieser Frage entzündeten sich denn auch immer wieder politische Auseinandersetzungen.

### *1. Legitimität der EMRK*

In der politischen Debatte wird oft der Umstand beklagt, dass der Beitritt der Schweiz zur EMRK nicht dem Referendum unterstand, während Verfassungsbestimmungen vom Volk und den Ständen und Bundesgesetze, wenn gegen sie das Referendum erfolgreich ergriffen wird, vom Volk angenommen werden müssen. Dieser Umstand wird auch immer wieder polemisch instrumentalisiert<sup>6</sup>, wenn es um Fragen des Verhältnisses der EMRK zur Bundesverfassung und zu Bundesgesetzen geht. Es werden Zweifel an der Legitimität der EMRK geäußert. Was hat es auf sich mit dieser Kritik ?

Die EMRK wurde von den Eidgenössischen Räten am 3. Oktober 1974 genehmigt und musste nach der damaligen Rechtslage weder dem fakultativen noch dem (damals ungeschriebenen ) obligatorischen Referendum unterstellt werden. Infolge der veränderten Verfassungslage unterstand immerhin der Beitritt der Schweiz zum 14. Protokoll dem Referendum<sup>7</sup>, ohne dass davon Gebrauch gemacht worden wäre. Auf dieses Protokoll geht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seiner heutigen Ausgestaltung im Wesentlichen zurück. Seither sind Zweifel an der demokratischen Legitimität der EMRK obsolet und Polemiken gegen den EGMR (sogenannte "fremde Richter") geradezu unverständlich.

Ergänzend ist beizufügen, dass der von den Eidgenössischen Räten am 13. Dezember 1991 genehmigte UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Uno-Pakt II) weitgehend die gleichen Menschenrechte wie die EMRK garantiert. Er wurde dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt, welches jedoch

---

<sup>4</sup> EMRK (SR 0.101) vom 4. November 1950, für die Schweiz in Kraft seit 28. November 1974.

<sup>5</sup> Rainer Hofmann, Menschenrechte und der Schutz nationaler Minderheiten, ZaöRV 65 (2005), S. 587 f.

<sup>6</sup> So z.B. Katharina Fontana, Vorrang für die Verfassung, NZZ vom 20. Oktober 2014.

<sup>7</sup> AS 2009, S. 3065.

nicht ergriffen wurde.<sup>8</sup>

## 2. Verhältnis zur Bundesverfassung und zu Bundesgesetzen

Eine Reihe jüngerer und jüngster Verfassungsnovellen, die Minarett-Initiative,<sup>9</sup> die Verwahrunginitiative,<sup>10</sup> die Pädophileninitiative<sup>11</sup> sowie die Ausschaffunginitiative mit ihren das Verhältnismässigkeitsprinzip<sup>12</sup> aushebelnden Automatismen stehen nicht nur im Widerspruch zu Grundsätzen unserer Verfassung, sondern auch zu Menschenrechtsgarantien der EMRK.<sup>13</sup> Für solche Konflikte zwischen Völkerrecht und (späterem) Verfassungsrecht bestimmt Art. 190 BV, dass das Völkerrecht "massgebend" ist. Bei einem Konflikt zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht ist demnach letzteres anzuwenden; die in Frage stehende Verfassungsbestimmung ist unanwendbar.<sup>14</sup> Die in der Lehre mitunter an der diesbezüglichen Rechtsprechung geäußerte Kritik<sup>15</sup> überzeugt nicht, hätte sie doch zur Folge, dass konkrete verfassungsrechtliche Novellen die Tragweite der allgemeinen Norm von Art. 190 aus den Angeln heben würde. Das kann nicht sein. Vielmehr kommt völkerrechtlichen Verträgen hinsichtlich ihnen widersprechender Verfassungsbestimmungen ein umfassender (Anwendungs-)Vorrang zu.

Gemäss Art. 190 BV sind – nebst dem Völkerrecht – auch Bundesgesetze "massgebend" und haben hinsichtlich ihnen widersprechender Verfassungsbestimmungen ebenfalls (Anwendungs-) Vorrang. Allein daraus lässt sich kein Rangverhältnis zwischen Völkerrecht und Bundesgesetzen ableiten. Die Rechtsprechung hat diese Frage indessen geklärt. Danach kommt dem Völkerrecht im Verhältnis zu Bundesgesetzen grundsätzlich Vorrang zu, der sich auch auf spätere Gesetze bezieht.<sup>16</sup> Davon wird ausnahmsweise abgewichen, wenn der Bundesgesetzgeber „bewusst“ gegen das Völkerrecht verstossen wollte, in welchem Fall das Bundesgesetz bindend sein soll (sog. Schubert-Praxis).<sup>17</sup> Auf die Problematik dieser Praxis ist nicht einzugehen, da sie im hier interessierenden Zusammenhang keine Rolle spielt.<sup>18</sup>

---

<sup>8</sup> AS 1993, S. 749.

<sup>9</sup> Die Minarett-Initiative verstösst offensichtlich gegen die Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 15 BV, Art. 9 EMRK). Der Kölner Kardinal Rainer Maria Woelki hat das kürzlich mit den folgenden Worten auf den Punkt gebracht: „Wer Ja zu Kirchtürmen sagt, der muss auch ja zu Minaretten sagen“ (Süddeutsche Zeitung vom 3. April/1. Mai 2016, S 1).

<sup>10</sup> Die Verwahrunginitiative verstösst gegen das elementare Recht, dass jede Person, der die Freiheit entzogen ist, das Recht hat, jederzeit ein Gericht anzurufen (Art. 31. Abs. 4 BV, Art. 5 Abs. 4 EMRK).

<sup>11</sup> Die Pädophileninitiative verstösst mit dem uneingeschränkten Berufsverbot gegen das Recht auf Privatleben, zu dem auch die berufliche Entwicklung gehört, sowie gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK).  
Betreffend Verbot beruflicher Tätigkeit im öffentlichen Dienst: EGMR Rs. 41111/98, 42358/98 (Knaut v. Deutschland), Rdn. 1; betreffend Verbot beruflicher Tätigkeit in der Privatwirtschaft: EGMR Rs. 55480/00, 59330/00 (Sidabras und Dziautas v. Litauen), Rnr. 47 ff.

<sup>12</sup> Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV.

<sup>14</sup> BGE 133 II 450 E. 6, 133 II 460, 133 V 233 E. 3.5.

<sup>15</sup> Nachweise der Kritiken, aber auch der Gegenpositionen bei Astrid Epiney, Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: Eine politische oder rechtliche Frage?, in: Jusletter vom 16. Dezember 2013, S. 9 Fn. 39 bzw. 40.

<sup>16</sup> Aus der Praxis: BGE 136 II 241 E. 16.1, 128 IV 201 E. 1.3, 125 II 417 E. 4d.

<sup>17</sup> BGE 99 Ib 39 E.4. Die Entscheidung hatte als Ausgangslage den Sachverhalt, dass der österreichische Staatsbürger Schubert Land in der Schweiz kaufen wollte, was ihm durch die kantonalen Behörden untersagt wurde, da dieser Landkauf bewilligungspflichtig sei. Die Behörden stützten sich auf ein neueres Gesetz und Schubert auf einen älteren Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Österreich, wonach Schweizer und Österreicher beim Erwerb von Grundstücken gleich zu behandeln sind.

<sup>18</sup> Immerhin: Es mutet paradox an, dass bewusste Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen gewissermassen „honoriert“ werden, indem statt des Vertrages dessen Verletzung Rechtswirksamkeit erlangen soll. Aufgrund rechtlicher Überlegungen ist das nicht nachvollziehbar. In seiner Antwort auf eine Interpellation von Nationalrat Vogt, der wissen wollte, wie sich der Bundesrat zum Urteil des Bundesgerichtes 2C\_716/2014 positioniere, das von der Schubert-Praxis abweicht, erklärte dieser, dass die Schubert-Praxis nur ein „letztes Mittel“ bleibe, da sie einen Vertragsbruch darstelle. Völkerrechtliche Verträge seien bindend und von den

Entscheidend ist, dass staatsvertraglich gewährleistetete Menschenrechtsverträge wie die EMRK und der UNO-Pakt II widersprechenden Bundesgesetzen in jedem Fall vorgehen (sog. PKK-Praxis).<sup>19</sup> Das bedeutet, dass die EMRK - als Menschenrechtsvertrag - im Konfliktfall sowohl der Bundesverfassung wie auch der Bundesgesetzgebung vorgeht. Gleiches gilt für den UNO-Pakt II.

### *III Konflikte zwischen der Bundesverfassung und der EMRK*

#### *1. Die neuen menschenrechtswidrigen Initiativen*

Die erwähnten Verfassungsnovellen stehen nicht nur zu andern Normen unserer Verfassung in Widerspruch, sondern auch zur EMRK. Namentlich das Verhältnismässigkeitsprinzip, ein tragender und lange auch unbestrittener Pfeiler unserer Rechtskultur, gerät zunehmend unter Druck. Es wurde in einer ganzen Reihe von Verfassungsnovellen, welche Rechtsprechungsautomatismen vorsehen, geradezu ausgehebelt, auch wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht ausdrücklich ausser Kraft gesetzt wird. Dass genau das bezweckt wurde, ist offensichtlich.

Die EMRK formuliert das Verhältnismässigkeitsprinzip im Gegensatz zur Bundesverfassung nicht im Sinne einer allgemeinen Norm. Doch ist der Schutz fundamentaler Rechtsprinzipien allen Bestimmungen, die Einschränkungen der Menschenrechte vorsehen, eigen, indem einzelne Normen explizit auf Teilgehalte des Verhältnismässigkeitsprinzips verweisen oder andere diese implizit enthalten. Dasselbe gilt auch für den UNO-Pakt II. Das bedeutet, dass es bei Anwendung der erwähnten Verfassungsnovellen früher oder später unweigerlich zum Konflikt zwischen bundesrechtlichen Erlassen und der EMRK kommen wird. Genau bei diesem Konflikt setzt die am 10. März 2015 lancierte so genannten Selbstbestimmungsinitiative an. Im Falle eines Widerspruchs zwischen Bundes- und Völkerrecht (unter Vorbehalt zwingender Bestimmungen des Völkerrechts)<sup>20</sup> muss der betreffende völkerrechtliche Vertrag nötigenfalls gekündigt werden.<sup>21</sup> Würde das Bundesgericht einer mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz unvereinbaren Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung die Gefolgschaft verweigern, müsste infolge des Widerspruchs zwischen Landesrecht und EMRK diese gekündigt werden. Ziel der so genannten Selbstbestimmungsinitiative ist es, radikalen, namentlich den Grundsatz der Verhältnismässigkeit negierenden Verfassungsbestimmungen bzw. deren Umsetzung auf Gesetzesstufe zum Durchbruch zu verhelfen. Die Bezeichnung „Selbstbestimmungsinitiative“ ist insofern ein Etikettenschwindel. In Wirklichkeit handelt es sich um eine Anti-Menschenrechtsinitiative.

#### *2. Parallelität zwischen der EMRK und der Bundesverfassung*

---

Vertragsparteien nach Treu und Glauben zu erfüllen („Landesrecht soll Völkerrecht nicht brechen“, NZZ vom 13. Mai 2016, S. 17).

<sup>19</sup> BGE 125 II 417 E. 4d. Fraglich war in dieser Entscheidung, ob die schweizerische Zollbehörde Propagandamaterial der kurdischen Vereinigung der PKK beschlagnahmen durfte. Streitig waren einerseits das völkerrechtlich garantierte Meinungsäusserungsrecht sowie Regelungen, wie mit staatsgefährlichem Propagandamaterial umzugehen ist. Zur Bestätigung dieser Praxis siehe BGE vom 26. November 2015 (2C\_716/2014), E. 3.2.

Siehe betreffend FZA (SR 0.142.112.681): Astrid Epiney (Fn. 15), S. 8 f., Fn. 36.

<sup>20</sup> Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BV gemäss Initiativtext.

<sup>21</sup> Art. 52a Abs. 2 BV gemäss Initiativtext.

Mit dem an sich zutreffenden Hinweis, dass sich die von der EMRK – völkerrechtlich gewährleisteten – Menschenrechte auch in der Bundesverfassung finden, wird die von der so genannten Selbstbestimmungsinitiative anvisierte Kündigung der EMRK relativiert bzw. verharmlost. Zu Unrecht. Denn der EMRK kommt in der Praxis entscheidende Bedeutung zu: Erweist sich ein Bundesgesetz als verfassungswidrig, ist es zwar mangels Verfassungsgerichtsbarkeit "verbindlich" (Art. 190 BV), unterliegt jedoch dem (Anwendungs-) Vorrang der Normen der EMRK. Und beschneidet die Verfassung selber die in ihr verbrieften Menschenrechte, kommt der EMRK als verbindlichem Völkerrecht gegenüber der Verfassung (Anwendungs-)Vorrang zu.

#### *IV Praktische Fälle von Minderheitenschutz durch die EMRK (und die BV)*

Anhand von Beispielen aus der Rechtspraxis soll aufgezeigt werden, inwieweit die Bundesverfassung und die EMRK (und der UNO-Pakt II) Minderheiten schützen - oder eben auch nicht. Die EMRK erlangt namentlich dann Bedeutung, wenn es sich bei einschränkenden Erlassen um solche des Bundes handelt, die in Ermangelung einer Verfassungsgerichtsbarkeit nicht überprüft werden können und damit Minderheiten von der Verfassung gewissermassen im Stich gelassen werden. Für Angehörige von Minderheiten erlangt der Schutz der EMRK bei folgenden Konstellationen besondere Bedeutung:

- Wenn es um die Auslegung fremdenrechtlicher Gesetze geht.
- Wenn Ansprüche von Angehörigen einer Minderheit aufgrund einer auf die Mehrheit zugeschnittenen Gesetzgebung eingeschränkt werden.
- Wenn Menschenrechte gezielt mit Blick auf Angehörige von Minderheiten abgebaut werden.
- Wenn Normen erlassen werden, die Angehörige von Minderheiten diskriminieren.

#### *1. Konventionskonforme Auslegung bundesrechtlicher Erlasse*

##### *1.1 Familiennachzug*

Das Ausländergesetz regelt den Familiennachzug detailliert<sup>22</sup> und setzt dafür grundsätzlich ein gefestigtes Anwesenheitsrecht voraus.<sup>23</sup> Bei vorläufig Aufgenommenen und Personen, die aus humanitären Gründen eine Aufenthaltsbewilligung erhalten haben, aber auch bei Asylsuchenden, deren Gesuche seit Jahren hängig sind, ist das nicht der Fall. Das hat zur Folge, dass sich das Bundesgericht mit Beschwerden solcher Personen wegen Verweigerung des Familiennachzugs bzw. wegen Verletzung des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens gar nicht erst befasst. Zwar gewährleisten Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK (und Art. 17 UNO-Pakt II mit praktisch identischem Wortlaut) jeder Person den Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Konsequenterweise verlangt denn auch die Praxis des EGMR als Voraussetzung für die Prüfung, ob Art. 8 EMRK verletzt wurde, nicht ein gefestigtes Aufenthaltsrecht, sondern das Vorliegen eines Familienlebens, während der Aufenthaltsstatus lediglich einen Aspekt unter mehreren darstellt. Da jedoch Art. 8 EMRK nach der Praxis des EGMR nicht auch das Recht auf Einreise bzw.

---

<sup>22</sup> Art. 42 ff. AuG (SR 142.20)

<sup>23</sup> Ausländerrecht, Handbuch für die Anwaltspraxis, Basel 2009, S. 768 f. Rz. 16.61.

Aufenthalt in einem Staat umfasst, versagt in solchen Fällen die Berufung auf Art. 8 EMRK.<sup>24</sup> Insoweit vermögen weder die BV noch die EMRK das Familienleben einer doch ansehnlichen Zahl von Menschen zu schützen.

### *1.2 Ausweisung*

Anders ist die Rechtslage bei Ausweisungen, wenn Familienangehörige getrennt werden. Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt zwar nicht absolut. Sowohl die BV (Art. 36) als auch die EMRK (Art. 8 Abs. 2) rechtfertigen Eingriffe. Diese müssen allerdings durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Die Frage der Verhältnismässigkeit stellt sich regelmässig bei Entfernungsmassnahmen als Folge einer strafrechtlichen Verurteilung. Nach der Praxis des EGMR sind dabei zu berücksichtigen: Die Schwere der Tat, die Dauer des Aufenthaltes, die seit dem Delikt vergangene Zeit, die Staatsangehörigkeit der betreffenden Person, die familiäre Situation im Aufenthaltsstaat und die zu erwartenden Schwierigkeiten im Herkunftsland.<sup>25</sup> In diesem Bereich kommt der EMRK bzw. der Praxis des EGMR erhebliche Bedeutung zu. Stellt er eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest,<sup>26</sup> wirkt sich das auf die Praxis des Bundesgerichtes aus. Dergestalt verleiht die EMRK bzw. die Praxis des EGMR im Bereich der Entfernungsmassnahmen Immigranten einen erheblichen Schutz.

Bei der Anwendung des voraussichtlich am 1. Oktober 2016 in Kraft tretenden Ausführungsgesetzes zur Ausschaffungsinitiative dürften Konflikte nicht ausbleiben. Dieses sieht zwar in den Art. 66a Abs. 2 StGB und Art. 49a Abs. 2 MStGB<sup>27</sup> eine Härtefallklausel vor.<sup>28</sup> Doch soll es bei der als Regel geltenden Ausweisung ausdrücklich nicht auf die Höhe der Strafe ankommen. Damit dürfte kaum vereinbar sein, dass bei Entscheidungen über die Ausweisung nach der Praxis des EGMR auch die Schwere der Tat zu berücksichtigen ist, die sich ja regelmässig in der Höhe der Strafe niederschlägt. Man darf gespannt sein, wie die Praxis damit zurecht kommen wird.

## *2. Schutz vor Einschränkungen infolge einer auf die Mehrheit zugeschnittenen Gesetzgebung*

### *2.1 Im Bereich der Religionsausübung*

#### *2.1.1 Dispensation vom Schulunterricht*

##### *2.1.1.1 Allgemeine Dispensation*

Soweit Kantone die Feiertage nach den dort vorherrschenden Konfessionen festlegen, werden Minderheitskonfessionen mitunter nicht oder unzureichend berücksichtigt. Während das Bundesgericht früher das bundesrechtliche Schulobligatorium grundsätzlich höher gewichtete als die Glaubens- und Kultusfreiheit, relativierte es in einer den Kanton Zürich betreffenden Entscheidung vom Jahre 1988 diese

---

<sup>24</sup> Zur Kritik an der Rechtsprechung siehe Handbuch (Fn. 23), S. 769 Rz. 16.63.

<sup>25</sup> Handbuch (Fn. 23), S. 771, Rz. 16.68.

<sup>26</sup> Siehe aus jüngerer Zeit die Fälle Tarakgel c. CH (Beschwerde 29217/2012, Urteil vom 04.11.2014), Udeh c. CH (Beschwerde 12020/2009, Urteil vom 16.04. 2013), Hasanbasic c. CH (Beschwerde 52166/2009 vom 11.06. 2013) und M.P.E.V. c. CH (Beschwerde 3919/2013, Urteil vom 08.07.2014).

<sup>27</sup> Nach diesen Bestimmungen kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind.

<sup>28</sup> Die Bestimmungen sollen dem Vernehmen nach auf den 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzt werden.

Praxis.<sup>29</sup> Es ging um die Dispensation vom Schulbesuch eines Kindes, dessen Familie der sog. Weltweite Kirche Gottes angehörte, für die Dauer des Laubhüttenfestes. Das Bundesgericht erwog, die Verweigerung der Dispensation im nachgesuchten Umfang sei unverhältnismässig, weil sie die Beschwerdeführer in ihrer Glaubens-, Gewissens- und Kulturfreiheit in schwerwiegender Weise treffe, wogegen die allfällige Beeinträchtigung der Schulordnung nicht als bedeutend erscheine. Das Bundesgericht berief sich nicht nur auf die einschlägigen Bestimmungen der Bundesverfassung, sondern auch auf Art. 9 EMRK.

#### *2.1.1.2 Dispensation vom Schwimmunterricht*

Im Jahre 1993 dispensierte das Bundesgericht ein muslimisches Mädchen von der im Rahmen der Koedukation bestehenden Pflicht zum gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht. Es erwog, dass die bereits für jüngere Mädchen streng-islamischen Glaubens nicht gestattete Teilnahme am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht als Ausdruck moralisch-ethischer, religiöser Wertvorstellungen des Islam zu werten und von der Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützt sei. Da eine Dispensation vom Schwimmunterricht kein elementares Schulfach und auch nur einen kleinen Teil des Turnunterrichts betrifft, erachtete das Gericht die Verweigerung der Dispensation als unverhältnismässig. Bei seinem Entscheid stützte es sich sowohl auf die Bundesverfassung wie auch auf Art. 9 EMRK.<sup>30</sup>

15 Jahre später, im Jahre 2008, fällt das Bundesgericht einen konträren Entscheid. Es ging zwar wiederum davon aus, dass das gemischtgeschlechtliche Schwimmbobligatorium gegen eine religiöse Regel verstosse, vertrat indessen die Ansicht, dass bei der Interessenabwägung insbesondere die vielfältigen Bestrebungen zur Integration der muslimischen Bevölkerungsgruppe zu berücksichtigen seien, weshalb das Schwimmbobligatorium für muslimische Kinder keinen unzulässigen Eingriff in die Religionsfreiheit bedeute. Auch bei diesem Entscheid stützte sich das Bundesgericht auf die Bundesverfassung und die EMRK.<sup>31</sup>

Für die Disparität der Entscheidungen dürften unterschiedliche Konzeptionen der Integration von Immigranten wohl eine ausschlaggebende Rolle gespielt haben, auch wenn das in den Erwägungen nicht explizit zum Ausdruck kommt. Dem ersten Entscheid lag die Konzeption eines gemässigten Kommunitarismus zugrunde: Die Idee, das Fremde durch Anerkennung der Andersartigkeit des Fremden zu gewinnen. Oder mit andern Worten: Die Vorstellung, dass den Immigranten die Integration erleichtert wird, wenn ihnen zugestanden wird, weiterhin ihre kulturellen und namentlich religiösen Gepflogenheiten zu leben, soweit sich diese im Rahmen der Rechtsordnung halten. Dem zweiten Entscheid dürfte hingegen die Vorstellung zugrunde liegen, dass erfolgreiche Integration letztlich Assimilierung bedeutet, d.h. Immigranten sich von ihren bisherigen kulturellen und religiösen Gepflogenheiten möglichst lösen sollen. Dem kann zugestimmt werden, sofern die Anpassung aus freien Stücken erfolgt. Zweifel sind aber dann angebracht, wenn die Preisgabe religiöser und kultureller Gepflogenheiten auf Zwang beruht,<sup>32</sup> etwa wenn religiös

---

<sup>29</sup> BGE 114 Ia 129.

<sup>30</sup> BGE 119 Ia 178.

<sup>31</sup> BGE 135 I 79.

<sup>32</sup> Siehe dazu den Soziologen Ruud Koopmans, Assimilation funktioniert, NZZ vom 15. April 2016, S. 39.

bedingtes Fernbleiben vom Unterricht oder das Tragen des Kopftuchs mit administrativen oder gar strafrechtlichen Sanktionen belegt werden.<sup>33</sup>

Im Übrigen wird nach Ansicht führender deutscher Migrationsforscher die Rolle, welche die Religion für die Integration von Einwanderern spielt, allgemein überschätzt. Zentraler Erklärungsfaktor für Erfolg oder Misserfolg in der Schule und auf dem Arbeitsmarkt ist und bleibt der soziale Hintergrund.<sup>34</sup>

## 2.1.2 Tragen des Kopftuches

### 2.1.2.1 Lehrerinnen

Das deutsche Bundesverfassungsgericht entschied im Jahre 2015, dass muslimische Lehrerinnen ein Kopftuch tragen dürfen. Demgegenüber hat das Bundesgericht im Jahre 1997 einer Genfer Primarschullehrerin das Recht, im Unterricht ein Kopftuch zu tragen, verweigert.<sup>35</sup> Das Bundesgericht berief sowohl auf die Bundesverfassung als auch auf Art. 9 EMRK. Es erklärte, dass diese Bestimmungen das Recht der Lehrerin, aus religiösen Gründen eine Kopfbedeckung zu tragen, im Prinzip zwar schütze, dass aber die Behörden einer Lehrerin unter gewissen Umständen verbieten dürfen, mit dem Kopftuch zu unterrichten. Es erachtete das Verbot als verhältnismässig, weil das öffentliche Interesse an einer klaren Trennung von Kirche und Staat und an der ideologischen Neutralität der Schule grösser sei als das private Interesse am Tragen eines religiösen Symbols, und gewichtete namentlich den Umstand, dass der Kanton Genf eine besonders strenge Tradition des Laizismus kenne.<sup>36</sup>

Bemerkenswert ist, dass auch das deutsche Bundesverfassungsgericht in seiner positiven Entscheidung weder Art. 9 noch Art. 14 EMRK als verletzt betrachtete, weil der EGMR hinsichtlich des Verbots des Tragens des Kopftuchs mit Blick auf das im betreffenden Land geltende weltanschaulich-religiöse Neutralitätsprinzip diesem einen erheblichen Spielraum einräumt.<sup>37</sup> Hingegen erachtete es die in Art. 4 des Grundgesetzes garantierte Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie das Recht auf ungestörte Religionsausübung als verletzt.<sup>38</sup> Damit bestätigte das Bundesverfassungsgericht, was der frühere Verfassungsrichter Ernst-Wolfgang Böckenförde so formuliert hatte: „Das Kopftuch einer muslimischen Lehrerin, die die freiheitliche Ordnung anerkennt, ist ein Stück Integration, nicht Desintegration.“<sup>39</sup>

### 2.1.2.2 Schülerinnen

Der Schulrat der Gemeinde St. Margreten im Kanton St. Gallen hatte einem muslimischen Mädchen eine Ausnahmegewilligung von der Schulordnung verweigert, welche das Tragen von Kopfbedeckungen

---

<sup>33</sup> Ein aktuelles Beispiel: Nach einer Direktive der Thurgauer Erziehungsdirektorin Monika Knill ist die Dispensation vom Unterricht in einzelnen Fächern während des Monats Ramadan nicht möglich, auch nicht vom Kochen oder Schwimmen. Und wer an einer Sportprüfung – z.B. wegen Fastens – nicht teilnimmt, muss mit einem Notenabzug rechnen (Sonntags-Zeitung vom 8. Mai 2016, S. 5).

<sup>34</sup> Süddeutsche Zeitung vom 27. April 2016, S. 7.

<sup>35</sup> BGE 123 I 296.

<sup>36</sup> Gleichzeitig liess das Gericht die Frage offen, wie es sich z.B. im Falle von noch da und dort im Schulunterricht tätigen katholischen Nonnen verhalten würde. Da fragt man sich, ob das die Föderalisierung der Glaubens- und Kultusfreiheit in unserem kleinen Land bedeutet.

<sup>37</sup> Beschluss vom 27. Januar 2015 (Verfahren 1BvR 471/10), Rz. 150.

<sup>38</sup> Fn. 37, Rz. 86 ff. und 157.

<sup>39</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Das Kreuz mit dem Kopftuch, in: NZZ vom 21. März 2015, S. 53.

jeglicher Art während des Schulunterrichts untersagt. Am 11. Dezember 2015 entschied das Bundesgericht, dass das Verbot des Tragens eines Kopftuches an der Schule einen schweren Eingriff in das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit der betroffenen Schülerin bedeute und dass kein öffentliches Interesse diesen Eingriff rechtfertigen könne. Es bestätigte damit eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen.<sup>40</sup> Dieses hatte die Verfügungen des Schulrates und des kantonalen Bildungsdepartementes aufgehoben. Sowohl das Verwaltungsgericht als auch das Bundesgericht beriefen sich auf einschlägige Bestimmungen der Bundesverfassung sowie auf die EMRK. Die umstrittene Bestimmung ist zwar neutral formuliert, hat aber offensichtlich muslimische Mädchen im Visier.

### *2.1.3 Bestattung nach muslimischem und jüdischem Ritus*

Die islamische Bestattung untersteht bestimmten Regeln: U.a. ist die Feuerbestattung unzulässig und dürfen die Gebeinen nicht ausgegraben werden (Stichwort: Ewige Grabesruhe).<sup>41</sup> Ähnliches gilt für die jüdische Bestattung.<sup>42</sup> Die Ewige Grabesruhe ist mit der Wiedereröffnung der Gräber, wie sie mit der hierzulande üblichen „Beerdigung der Reihe nach“ verbunden ist, nicht vereinbar. Es fragt sich daher, ob die Glaubens- und Kultusfreiheit nicht ein Abweichen von der Regel erlaubt, ja erheischt.<sup>43</sup> Im Jahre 1999 hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob sich aus der von der Bundesverfassung gewährleisteten Glaubens- und Kultusfreiheit bzw. aus den Art. 9 und 14 EMRK ein Anspruch auf eine muslimische Bestattung i.S. der ewigen Grabesruhe ergebe. Es verneinte das mit Bezug auf die Bundesverfassung. Was die EMRK anbelangt, zog es sich mit der altbekannten Formel aus der Affaire, dass der Beschwerdeführer nicht dartue, inwiefern deren Garantien über die aus der Bundesverfassung abgeleiteten hinausgingen.<sup>44</sup>

Was die Juden anbelangt, ist lediglich ein Entscheid des Bundesrates aus dem Jahre 1939 bekannt. Darin stellte sich dieser auf den Standpunkt, die Verweigerung der Ewigen Grabesruhe verstosse nicht gegen das Gefühl der Angehörigen und sei daher nicht unschicklich. Er ging sogar so weit zu behaupten, die einem besonderen jüdischen Friedhof erteilte Konzession bedeute eine offensichtliche Verletzung der Rechtsgleichheit.<sup>45</sup> Ein (im übrigen rechtlich unbegründeter) Seitenhieb, wie er Ende der Dreissigerjahre – dem damaligen Zeitgeist entsprechend - kaum zufällig erfolgte. Trotz der engherzigen Rechtsprechung der Bundesbehörden sorgen heute gewisse Kommunen dafür, dass Angehörige der muslimischen und jüdischen Minderheit ihre Toten auf den öffentlichen Friedhöfen gemäss ihren Riten bestatten können.

## *2.2 Im Bereich der Sprache*

Bei Sprachenstreitigkeiten geht es in aller Regel um das Spannungsverhältnis zwischen dem Territorialitätsprinzip, gemäss welchem die Amtssprache innerhalb eines bestimmten Perimeters festgelegt wird, und der Sprachenfreiheit des Individuums. Aus der Praxis des Bundesgerichts seien lediglich zwei

---

<sup>40</sup> Urteil 2C\_121/2015.

<sup>41</sup> Ayatollah Ozma Tabatabai Broujerdi, Wissenschaftliche juristisch-theologische Enzyklika des Islam, Expertise der Probleme, Teheran 1960, § 621 ff.

<sup>42</sup> Schelomo Ganzfried, Kizzur Schulchan Aruch, Basel (undat.), Band II, 1058 ff. Kap. 199, insbes. 1062 f., § 12.

<sup>43</sup> Niccolò Raselli, Schickliche Beerdigung für Andersgläubige, AJP 1996, S. 1103 ff.

<sup>44</sup> BGE 125 I 300,

<sup>45</sup> VEB 1939, Nr. 30.

Entscheidungen erwähnt. In einem den zweisprachigen Kanton Freiburg betreffenden Fall<sup>46</sup> - es ging um die Sprache vor Gericht - hielt das Bundesgericht fest, dass das Territorialitätsprinzip nach der Rechtsprechung des EGMR grundsätzlich weder gegen Art. 8 noch 14 EMRK verstosse. Es erachtete die Entscheidung des kantonalen Gerichts, in Anwendung der kantonalen Prozessordnung das Verfahren nicht auf Deutsch, sondern auf Französisch zu führen, nicht als willkürlich und verwies u.a. darauf, dass im fraglichen Bezirk die deutschsprachige Bevölkerung nur gerade 26 % ausmache.

In einem andern, den Kanton Graubünden betreffenden Fall ging es ebenfalls um die Frage der Gerichtssprache, die sich dort nach der Sprachzugehörigkeit der einheimischen Bevölkerung richtet. Die prozessführende Person wohnte in einer Gemeinde, die als offizielle Sprache Deutsch und Italienisch, nicht aber Romanisch anerkennt und in der die romanischsprechende Minderheit nur gerade 18% ausmacht, mithin deutlich weniger als im Freiburger Fall. Das kantonale Gericht verweigerte der romanischsprechenden Person, auf Romanisch zu prozessieren. Deren Beschwerde hiess das Bundesgericht jedoch gut, ohne die EMRK zu erwähnen. Mit einer Art Kunstgriff wies es darauf hin, dass immerhin die Anzahl romanischsprechender Personen im Bezirk 50% betrage.<sup>47</sup> Die Begründung mag als gesucht und die beiden Entscheidungen mögen zumindest auf den ersten Blick als widersprüchlich erscheinen. Indessen kann dahinter die unausgesprochene Tendenz des Bundesgerichtes gesehen werden, die Sprachenfreiheit dann stärker als das Territorialitätsprinzip zu gewichten, wenn es eine fragile Minderheit wie die romanischsprechende Bevölkerungen zu schützen gilt.

### *2.3 Im Bereich der Raumplanung (Fahrende)*

Kürzlich besetzten rund 500 Jenische im luzernischen Kriens ein Areal, das aber für die Gewerbeausstellung „Luga“ geräumt wurde. Die Suche nach einem alternativen Standort im Stadtteil Littau von Luzern scheiterte am Widerstand der Quartierbewohner. In einem Kommentar dazu vermerkte die NZZ kritisch, dass das Bundesgericht doch bereits im Jahre 2003 festgehalten habe, dass Fahrende einen Rechtsanspruch auf solche Plätze hätten.<sup>48</sup> Der fraglichen Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Fahrender wollte einen Teil seines ausserhalb der Bauzone gelegenen Grundstücks als Standplatz für Fahrende benützen und ersuchte um eine entsprechende Ausnahmegewilligung, die der Kanton aber verweigerte. In seiner Entscheidung anerkannte das Bundesgericht zwar, dass der Anspruch des Beschwerdeführers und seiner Familie auf Bewahrung der Lebensweise der Fahrenden gemäss der Praxis des EGMR<sup>49</sup> durch Art 8 EMRK geschützt sei. Es anerkannte ferner, dass die Nutzungsplanung Zonen und Plätze vorsehen müsse, die für den Aufenthalt Fahrender geeignet sind und deren traditionellen Lebensweise entsprechen. Indessen sei eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG nicht das geeignete Instrument hierfür, weshalb es die Beschwerde abwies.

Auch wenn nachvollziehbare Gründe gegen eine Ausnahmegewilligung ins Feld geführt werden konnten,

---

<sup>46</sup> BGE 106 Ia 299.

<sup>47</sup> Schweizerisches Zentralblatt, 1982 S. 356.

<sup>48</sup> So Redaktor Aschwanden in der NZZ vom 29. April 2016, S. 15.

<sup>49</sup> Urteil der Grossen Kammer i. S. Chapman, Coster, Beard, Lee, Jane Smith c. UK vom 18. Januar 2001.

hat diese Rechtsprechung zur Folge, dass den Fahrenden zwar der Schutz ihrer Lebensweise theoretisch zuerkannt wird. Geht es dann aber um die konkrete Verwirklichung, werden die Fahrenden auf den guten Willen der Planungsbehörden verwiesen und damit letztlich auf den Sankt-Nimmerleinstag vertröstet. Es ist zu bedauern, dass es das Bundesgericht versäumt hat, sich zur Verwirklichung des Anspruchs von Mitgliedern von Minderheiten zu äussern, ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen. Zumal gemäss Art. 27 UNO-Pakt II, dessen Garantien über jene von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV hinausgehen, Angehörigen ethnischer, religiöser oder sprachlicher Minderheiten das Recht nicht vorenthalten werden darf, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen.<sup>50</sup>

### *3. Schutz vor auf Minderheiten zugeschnittenem Abbau von Rechten*

Die Ausschaffungsinitiative konnte nur so verstanden werden, dass bei Erfüllung bestimmter Straftatbestände die Ausschaffung verurteilter Personen automatisch zu erfolgen und damit die aufgrund des verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips erforderliche Einzelfallprüfung zu unterbleiben habe.<sup>51</sup> Nun unterliegen Einschränkungen des Rechts auf Freiheit und Freiheitsentziehung gemäss Art. 5 EMRK implizit dem Verhältnismässigkeitsprinzip.<sup>52</sup> Unter Berufung auf die EMRK gelang es, eine Mehrheit im Parlament dafür zu gewinnen, bei der Umsetzung der Initiative eine Härtefallklausel einzubauen (Art. 66a Abs. 2 StGB und Art. 49a Abs. 2 MStGB)<sup>53</sup> und so die Einzelfallprüfung zu gewährleisten: Strafrechtlich verurteilte Ausländer müssen, bevor über ihre Ausweisung entschieden wird, angehört und ihre privaten Interessen am Verbleiben gegen die öffentlichen Interesse an einer Ausweisung abgewogen werden. Nur bei Überwiegen letzterer ist die verurteilte Person des Landes zu verweisen. Es ist davon auszugehen, dass ohne die Bindung der Schweiz an die EMRK heute die automatische Ausweisung zum Tragen käme.

### *4. Schutz vor Erlass Minderheiten diskriminierender Normen*

Während nach dem neuen Straftatbestand des Sozialmissbrauchs<sup>54</sup> sich jedermann strafbar macht, dessen Handeln die Tatbestandsmerkmale erfüllt, wäre der gleiche Straftatbestand, wie ihn die verworfene Durchsetzungsinitiative vorsah, aufgrund seiner systematischen Stellung nur auf Ausländer anwendbar gewesen.<sup>55</sup> Der Erlass eines Deliktstatbestandes, der nur für Ausländer gelten würde und nichts mit ihrem Aufenthaltsrecht zu tun hat, bedeutete einen gravierenden Dambruch und Verstoss gegen das

<sup>50</sup> Ulrich Zimmerli, in: ZBJV 140/2004, S. 633, 657.

<sup>51</sup> Es wird allerdings mit gutem Grund die Auffassung vertreten, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip seine Geltung auch gegenüber extremen Initiativen behält, sofern es nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird (Markus Müller, Radikale Volksinitiativen und das Verhältnismässigkeitsprinzip, in: NZZ vom 18. Juni 2014, S. 19)

<sup>52</sup> Ulrich Karpfenstein/Franz Mayer, EMRK-Kommentar, München 2015, N 24, 31, 44 ff., 54, 65 ff., 74, 77, 79, 88 f. zu Art. 5 EMRK mit Hinweisen auf die Praxis.

<sup>53</sup> Siehe Fn. 27.

<sup>54</sup> Art. 148a StGB, welche Bestimmung dem Vernehmen nach auf den 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzt werden soll.

<sup>55</sup> Die Strafnorm gemäss der Durchsetzungsinitiative (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV) stand unter dem Ingress von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1, der lautet: „Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer gelten die nachfolgenden Bestimmungen“. Sodann hätte Art. 197 Ziff. 9 als „direkt anwendbare Übergangsbestimmung zu Art. 121 (Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern)“ BV gegolten, dessen Titel lautet: "Gesetzgebung im Ausländer- und Asylbereich". Siehe dazu auch Alberto Achermann (Interview mit der WOZ vom 4. Februar 2016, S. 7).

Diskriminierungsverbot. Eines der wichtigsten Argumente im politische Kampf gegen die Durchsetzungsinitiative war die EMRK. Nicht zuletzt dank dieser liess sich der Erlass einer Norm verhindern, welche Angehörige von Minderheiten diskriminiert.

### *V Schluss*

Konfrontiert mit dem (zum Teil bereits erfolgten) Abbau von in der Bundesverfassung verbrieften Menschenrechten veranschaulicht die aufgezeigte Praxis, welche eminente Bedeutung der EMRK als Schutzfaktor für die Menschenrechte in unserem Land zukommt. Man kann sich auch leicht ausmalen, welche fatalen Auswirkungen bei Annahme der auf die Kündigung der EMRK zielenden so genannten Selbstbestimmungsinitiative den Einwohnern unseres Landes, insbesondere den Angehörige von Minderheiten, drohen würden.

Kürzlich appellierte der Argentinier Franziskus bei der Überreichung des Aachener Karlspreises an die Europäer mit den Worten „was ist mit Dir los, humanistisches Europa, der Verfechterin der Menschenrechte, der Demokratie und der Freiheit“, um fortzufahren: „Die europäische Identität ist und war eine dynamische und multikulturelle Identität“.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Süddeutsche Zeitung vom 7./8. Mai 2016, S. 1.