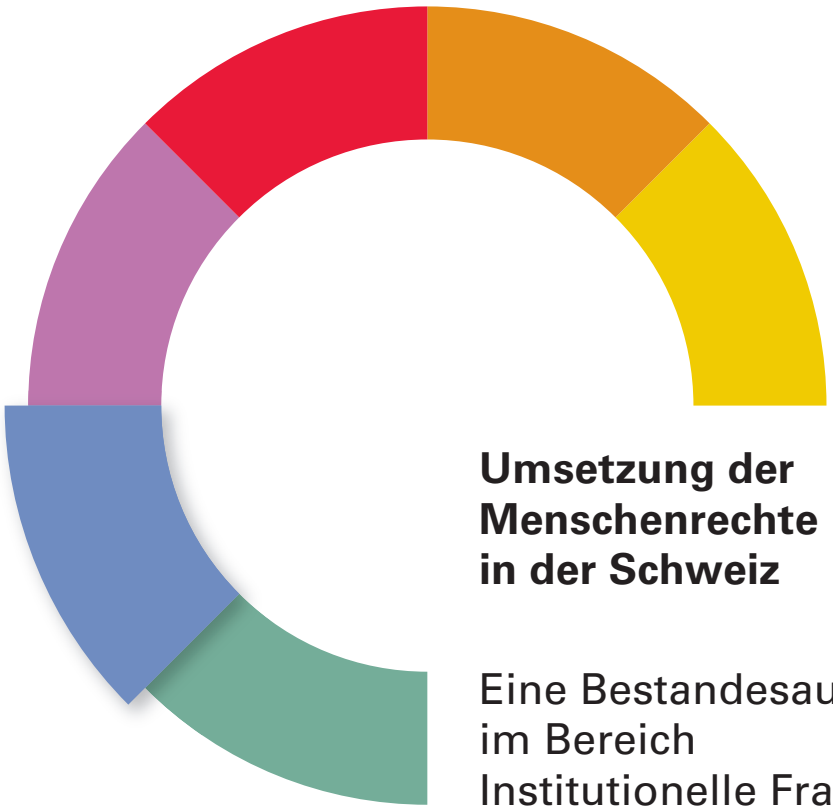

Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz

Eine Bestandesaufnahme im Bereich Institutionelle Fragen

SKMR/CSDH I.7

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

www.weblaw.ch

Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz

Eine Bestandesaufnahme im Bereich Institutionelle Fragen

Andrea Egbuna-Joss, MLaw
Nathalie Hiltbrunner, MLaw
Prof. Eva Maria Belser

Diese Studie gibt die Meinung der Autorinnen wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte.

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstr. 1, 3012 Bern / skmr@skmr.unibe.ch / Tel: +41 31 631 86 51

Schriftenreihe SKMR
Collection CSDH

Editions Weblaw, Bern(e) 2013

ISBN 978-3-906029-76-4

© Editions Weblaw, Bern(e) 2013
Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Tous les droits sont réservés aux Editions Weblaw y compris la réimpression d'extraits ou de contributions isolées. Toute utilisation sans l'accord de l'éditeur est interdite en particulier la reproduction, la traduction, le microfilmage, l'enregistrement et le traitement informatique.

VORBEMERKUNGEN

Die Studie *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz* ist eine Bestandesaufnahme in sechs Teilbänden des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) zur Umsetzung der Empfehlungen und Entscheide internationaler Menschenrechtsorgane in Bezug auf die Schweiz. Die Teilbände betreffen die Bereiche Migration, Freiheitsentzug, Polizei und Justiz, Geschlechterpolitik, Kinder- und Jugendpolitik, institutionelle Fragen sowie Menschenrechte und Wirtschaft.

Gegenstand der Studie bilden die Verpflichtungen aus den von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsverträgen der Vereinten Nationen und des Europarates, die darauf gestützten Empfehlungen der Überwachungsorgane sowie des UNO-Menschenrechtsrates im Rahmen des Universal Periodic Review (UPR) und die gegen die Schweiz in Einzelfällen ergangenen Entscheidungen. Für die Erarbeitung der Teilstudien wurden die Empfehlungen und Entscheide zusammengestellt, eine substantielle Auswertung vorgenommen und für jeden Themenbereich Schwerpunkte definiert. Ausser in der Teilstudie zum Thema Menschenrechte und Wirtschaft beschränkt sich die Untersuchungen auf die durch internationale Menschenrechtsorgane behandelten Themen – auf andere Problembereiche in der Umsetzung der Menschenrechte wird daher nicht näher eingegangen. Gestützt auf diese Grundlagen analysiert die Studie den Ist-Zustand bei der Umsetzung der Verpflichtungen und Empfehlungen in der Schweiz, beleuchtet Implementierungsschwierigkeiten und definiert den bestehenden Handlungsbedarf. Ebenfalls in die vorliegende Untersuchung eingeflossen sind die Ergebnisse aus vorgängigen Konsultationen mit ausgewählten Behörden, Nichtregierungsorganisationen und anderen relevanten Akteuren.

Die Studie *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz* stellt eine Momentaufnahme dar. Die vorliegende Teilstudie im Bereich Institutionelle Fragen berücksichtigt dabei die Empfehlungen und Entwicklungen bis April 2013. Die Studien des SKMR und Hinweise auf weitere Aktivitäten sind unter www.skmr.ch abrufbar.

Das *SKMR* ist ein Netzwerk der Universitäten Bern, Freiburg i. Ue., Neuchâtel und Zürich sowie des Instituts Universitaire Kurt Bösch (IUKB), des Zentrums für Menschenrechtsbildung (ZMRB) der Pädagogischen Hochschule Zentralschweiz Luzern (PHZ) und des Vereins humanrights.ch/MERS. Das SKMR ist ein vom Bundesrat auf fünf Jahre angelegtes Pilotprojekt mit dem Auftrag, die Kompetenzen zur Umsetzung internationaler Menschenrechtsverpflichtungen der Schweiz auf allen Stufen des Staatswesens, in der Zivilgesellschaft und der Wirtschaft zu stärken und die öffentliche Diskussion über Menschenrechte zu fördern. Zu diesem Zweck verfasste es Expertisen in Form von Gutachten und Studien, führt Tagungen durch, leistet Informationsarbeit und organisiert Weiterbildungen. Es befasst sich jedoch nicht mit Einzelfällen. Im Rahmen eines jährlichen Leistungsauftrages wird das SKMR mit einem Basisbeitrag durch das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) finanziert. Darüber hinaus wird das SKMR auch durch Mandate von öffentlichen Behörden, NGOs und der Privatwirtschaft sowie durch die Ressourcen der Netzwerkinstitutionen getragen. Die Studie *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz* beruht auf einer Eigeninitiative des SKMR. Ihre Publikation wurde durch die Netzwerkpartner finanziert. Nach Ablauf der Pilotphase 2015 wird der Bundesrat über die weitere Zukunft des SKMR entscheiden und prüfen, ob das Zentrum in eine unabhängige Menschenrechtsinstitution umgewandelt werden soll.

INHALTSVERZEICHNIS

Vorbemerkungen III
Abkürzungsverzeichnis VII
Spannungsfeld Föderalismus und Menschenrechte 1
I. Zusammenfassung 1
II. Einleitende Bemerkungen 1
III. Internationale Verpflichtungen 4
1. Universelle Ebene 4
2. Regionale Ebene 4
IV. Internationale Empfehlungen 4
1. Empfehlungen der UNO-Vertragsausschüsse und Empfehlungen im Rahmen der UPR 4
2. Situation in der Schweiz 5
2.1. Zur (einheitlichen) Umsetzung menschenrechtlicher Verpflichtungen 5
2.1.1. Die Sicherstellung der Umsetzung der Abkommen auf dem Rechtsweg 5
2.1.2. Die Sicherstellung der Umsetzung der Abkommen mit den Instrumenten der Bundesaufsicht 7
2.1.3. Zur Umsetzung der Empfehlungen der internationalen Überwachungsorgane 9
3. Fazit und Handlungsbedarf 10
Rechtsstaat und Demokratie 13
I. Zusammenfassung 13
II. Einleitende Bemerkungen 14
III. Internationale Empfehlungen 15
1. Die Debatte um den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz 15
1.1. Empfehlungen 16
1.2. Situation in der Schweiz 17
1.3. Reformbemühungen 19
1.4. Handlungsbedarf 19
2. Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem Völkerrecht und den Grundrechten der Bundesverfassung 21
2.1. Empfehlungen 22
2.2. Situation in der Schweiz 23
2.3. Handlungsbedarf 27
3. Die Kritik an den Einbürgerungsverfahren oder die Frage nach der Grund- und Menschenrechtsbindung des Stimmvolkes in der Gemeinde 28
3.1. Empfehlungen 28
3.2. Situation in der Schweiz 29
3.3. Handlungsbedarf 31
Das Verhältnis von Staat und Religion 32
I. Zusammenfassung 32
II. Einleitende Bemerkungen 32
III. Internationale Verpflichtungen und ihre normative Umsetzung in der Schweiz 34
1. Universelle Ebene 34
2. Regionale Ebene 34
3. Überblick über die innerstaatliche Regulierung 34
3.1. Auf Bundesebene 34
3.2. Auf kantonaler Ebene 34

IV. Internationale Empfehlungen ... 35
1. Minarettverbot ... 35
1.1. Empfehlungen ... 35
1.2. Situation in der Schweiz ... 36
1.3. Handlungsbedarf ... 37
2. Verhüllungsverbote ... 38
2.1. Empfehlungen ... 39
2.2. Situation in der Schweiz ... 39
2.3. Handlungsbedarf ... 40
3. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Schulumfeld ... 40
3.1. Anbringen von Kreuzen und Kruzifixen in den Schulzimmern ... 40
3.1.1. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ... 40
3.1.2. Situation in der Schweiz ... 41
3.1.3. Handlungsbedarf ... 42
3.2. Tragen des Kopftuches an öffentlichen Schulen ... 43
3.2.1. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ... 44
3.2.2. Situation in der Schweiz ... 44
3.2.3. Handlungsbedarf ... 45
3.3. Dispensation vom Schwimmunterricht aus religiösen Gründen ... 46
3.3.1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ... 46
3.3.2. Handlungsbedarf ... 48
Der Schutz nationaler Minderheiten ... 51
I. Zusammenfassung ... 51
II. Einleitende Bemerkungen ... 51
III. Internationale Verpflichtungen und ihre normative Umsetzung in der Schweiz ... 52
1. Universelle Ebene ... 52
2. Regionale Ebene ... 53
3. Überblick über die innerstaatliche Regulierung ... 54
3.1. Auf Bundesebene ... 54
3.2. Auf kantonaler Ebene ... 55
IV. Internationale Empfehlungen ... 55
1. Allgemeine Empfehlungen ... 55
2. Sprachliche Minderheiten ... 55
2.1. Empfehlungen ... 55
2.2. Situation in der Schweiz ... 57
2.3. Handlungsbedarf ... 58
3. Fahrende in der Schweiz ... 59
3.1. Empfehlungen ... 59
3.2. Situation in der Schweiz ... 60
3.3. Handlungsbedarf ... 62
4. Weitere Minderheitsgruppen, insbesondere die Jüdische Gemeinschaft ... 63
4.1. Empfehlungen ... 63
4.2. Situation in der Schweiz ... 63
4.3. Handlungsbedarf ... 64
Ein Bundesgesetz gegen Diskriminierung? ... 67
I. Zusammenfassung ... 67

II. Einleitende Bemerkungen 67
III. Internationale Verpflichtungen und ihre normative Umsetzung in der Schweiz 68
1. Universelle Ebene 68
2. Regionale Ebene 69
3. Überblick über die innerstaatliche Regulierung 69
IV. Internationale Empfehlungen 70
1. Empfehlungen der UNO-Überwachungsorgane 70
2. Empfehlungen des Europarates 71
V. Die Situation in der Schweiz 72
1. Die Haltung des Bundesrates bezüglich der Ratifikation allgemeiner völkerrechtlich verankerten Diskriminierungsverbote 72
2. Die Ausarbeitung einer umfassenderen nationalen Gesetzgebung zum Schutz vor Diskriminierung 73
VI. Handlungsbedarf 75
Verzeichnis mehrfach verwendeter Literatur 77
Anhang: Materialienverzeichnis 79

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Art.	Artikel
Ausschuss für WSK-Rechte	Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
BBl	Bundesblatt
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002, SR 151.3
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht/ Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
CAT	Ausschuss gegen die Folter/ Committee against Torture
CEDAW	Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau/ Committee on the Elimination of Discrimination against Women
CERD	Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung/ Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CRC	Ausschuss für die Rechte des Kindes/ Committee on the Rights of the Child
ECRI	Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz/ European Commission against Racism and Intolerance
ECOSOC	Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen/ Economic and Social Council
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EKR	Eidgenössische Kommission gegen Rassismus
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom), SR 0.101
FDK	Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
FoK	Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, SR 0.105

HRC	Menschenrechtsrat/ Human Rights Council
Hrsg.	Herausgeber
ILO	International Labour Organization
i.V.m.	in Verbindung mit
KFG	Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 11. Dezember 2009, SR 442.1
KKJPD	Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107
KV	Kantonsverfassung
lit.	litera/ Buchstabe
MRA	Menschenrechtsausschuss
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927, SR 321.0
OPCAT	Fakultativprotokoll vom 18. Dezember 2002 zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, SR 0.105.1
Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1
Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung/ Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, SR 171.10
RDK	Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, SR 0.104
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung, SR 700
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
SVP	Schweizerische Volkspartei
UPR	Universal Periodic Review/ Allgemeine Periodische Überprüfung
v.	versus/ gegen
WSK-Rechte	wirtschaftliche, soziale und kulturelle (Menschen)-Rechte
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (Wiener Vertragsrechtskonvention), SR 0.111

SPANNUNGSFELD FÖDERALISMUS UND MENSCHENRECHTE

I. ZUSAMMENFASSUNG

[1] *Während in der Schweiz nach aussen jeweils der Bund für die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen verantwortlich ist, liegt innerstaatlich die Umsetzung dieser Verpflichtungen vielmals in der Kompetenz der Kantone und Gemeinden. Dieses Kapitel analysiert die Spannungen und Probleme, zu welchen diese Konstellation führen kann. Erwähnt werden aber auch die potentiellen positiven Auswirkungen des föderalistischen Systems auf die Menschenrechte.*

[2] *Zunächst wird ein Überblick über die internationalen sowie innerstaatlichen Regelungen, welche das Verhältnis von Föderalismus und Menschenrechte berühren, verschafft. In einem zweiten Schritt wird auf die Empfehlungen der UNO-Vertragsausschüsse, deren Umsetzung und den noch bestehenden Handlungsbedarf eingegangen. Es wird aufgezeigt, welche Mittel dem Bund zur Verfügung stehen, um die Umsetzung menschenrechtlicher Verpflichtungen durch die Kantone sicherzustellen. Ausserdem wird erwogen, wie die Zusammenarbeit von Bund und Kantonen im Hinblick auf eine bessere Umsetzung der Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane gestärkt werden könnte.*

II. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

[3] Der Föderalismus erlaubt es kleineren Gemeinschaften, im grossen Verband weiterzuleben und Vielfalt und Einheit in einem Staat zu vereinen. Die Selbständigkeit und das politische, wirtschaftliche und kulturelle Eigenleben der kleineren Gebilde – in der Schweiz der Kantone – soll so, eingebettet in ein grösseres Ganzes, erhalten bleiben. Der Föderalismus zielt im Weiteren auf die Bewahrung der Vielfalt und ermöglicht die Entfaltung der kulturellen Identität von (in der Schweiz insbesondere sprachlichen) Minderheiten[1].

[4] Durch die fortschreitende Internationalisierung des Rechts wird diese selbständige Stellung der Kantone zunehmend in Frage gestellt[2]. Für die auswärtigen Angelegenheiten und den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen verfügt der Bund über eine umfassende Kompetenz (Art. 54 Abs. 1 BV). Er kann somit auch Verträge über Gegenstände abschliessen, die innerstaatlich in die Kompetenz der Kantone fallen. Gemäss Art. 54 Abs. 3 BV ist der Bund jedoch verpflichtet, auf die Zuständigkeiten der Kantone Rücksicht zu nehmen und ihre Interessen zu wahren.

[5] Sofern die Zuständigkeiten und Interessen der Kantone durch aussenpolitische Entscheide des Bundes betroffen sind, kommt ihnen gemäss Art. 55 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 BV ein Mitwirkungsrecht zu. Die genauere Ausgestaltung dieses Rechts wurde in einem Bundesge-

---

1 Vgl. KLEY, 119. Zu den weiteren Funktionen des Föderalismus siehe anstatt vieler THOMAS FLEINER/ LIDIJA R. BASTA FLEINER, Allgemeine Staatslehre, Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt, 3. Aufl., Berlin/ Heidelberg/ New York 2004, 513 ff. sowie BERNHARD WALDMANN/ PETER HÄNNI/ EVA MARIA BELSER (HRSG.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Bern 2011.

2 Vgl. KELLER, 55.

setz festgelegt[3]. Gemäss diesem Erlass haben die Kantone ein Recht auf rechtzeitige und umfassende Information über aussenpolitische Entscheide, die kantonale Kompetenzen betreffen, sie haben ein Recht angehört zu werden und bei der Vorbereitung von Verhandlungen über aussenpolitische Vorhaben, die ihre Zuständigkeiten tangieren, mitzuwirken. Oftmals ist in der Praxis die zeitaufwändige Koordination zwischen den 26 Kantonen jedoch schwierig und entspricht nicht den Anforderungen einer raschen und effizienten Verhandlungsführung. Die Konferenz der Kantonsregierungen spielt daher eine immer wichtigere Rolle[4].

[6] Nach der Ratifikation eines Vertrages bleibt auf völkerrechtlicher Ebene der Bund für die korrekte Erfüllung der Verpflichtungen der Schweiz verantwortlich (Art. 26 Wiener Vertragsrechtskonvention). Die innerstaatliche Umsetzung der völkerrechtlichen Verträge erfolgt jedoch gemäss der internen Kompetenzordnung, so dass oftmals die Kantone und Gemeinden für die Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen zuständig sind. Diese Konstellation kann in der Praxis insbesondere dann zu beachtlichen Spannungen und Problemen führen, wenn die Kantone und Gemeinden (neueres) Völkerrecht nicht nur zu beachten, sondern aktiv Beiträge zur Umsetzung der eingegangen Verpflichtungen zu leisten haben, was oft auch mit finanziellen Auswirkungen verbunden ist.

[7] Gemäss Bundesverfassung sind die Kantone wie der Bund verpflichtet, das Völkerrecht zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV). Diese Verpflichtung erstreckt sich auf den gesamten Bereich der kantonalen Tätigkeit und gilt gleichermassen, wenn die Kantone und Gemeinden Bundesrecht umsetzen und wenn sie in Ausübung ihres originären Zuständigkeitsbereichs tätig sind. Die Tatsache der unmittelbaren Geltung des Völkerrechts in Bund und Kantonen darf dabei jedoch nicht mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Völkerrechts verwechselt werden. Während Völkerrecht stets ein verpflichtender Bestandteil der schweizerischer Rechtsordnung bildet und alle eidgenössischen und kantonalen Behörden verpflichtet, so ist ein völkerrechtlicher Anspruch nur dann unmittelbar anwendbar und von Gerichten durchsetzbar, wenn er justiziabel ist, d.h. wenn er inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall als Grundlage eines Entscheids zu dienen[5]. Wird diese Frage verneint (wie dies das Bundesgericht z.B. für die menschenrechtlichen Garantien des UNO-Paktes I tut), so verpflichtet die entsprechende Völkerrechtsnorm in erster Linie die (kantonalen) Parlamente, die für eine völkerrechtskonforme Ausgestaltung der Rechtsordnung zu sorgen haben.

[8] Die Kantone sind zur Umsetzung der Menschenrechtsübereinkommen verpflichtet, sofern und insoweit deren Inhalt gemäss der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung in der Regelungskompetenz der Kantone liegt. Dies ist der Fall für wichtige Bereiche der von der Schweiz ratifizierten Übereinkommen, wie z.B. das Polizeiwesen und den Strafvollzug, das Schulwesen sowie das Verhältnis zwischen Kirche und Staat.

[9] Liegt die Umsetzung der Verträge in der Kompetenz des Bundes, verfügt dieser zwar über die Gesetzgebungskompetenz, der Vollzug ist jedoch auch hier regelmässig den Kantonen anvertraut (Art. 46 Abs. 1 BV). Beim Vollzug von Bundesrecht und völkerrechtlichen Verträgen verfügen die Kantone über eine möglichst grosse Gestaltungsfreiheit (Art. 46 Abs. 2 BV), deren Spannweite unter anderem davon abhängt, ob das Bundesrecht bzw. der völker-

---

[3] Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes vom 22. Dezember 1999, SR 138.1.

[4] Vgl. KELLER, 55.

[5] Vgl. statt vieler BGE 124 III 90 mit weiteren Hinweisen.

rechtliche Vertrag einen Rechtsanspruch vorsieht oder ob eine Frage im Ermessen der kantonalen Behörden liegt. Die Nutzung dieses Spielraums kann in der Folge zu kantonalen Unterschieden in der Rechtsanwendung führen, welche durchaus zulässig und bis zu einem gewissen Grad auch gewollt sind.

[10] Die kantonalen Eigenheiten in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung finden jedoch in den Vorgaben des Völkerrechts und des Bundesrechts ihre Grenzen. Gemäss Art. 49 BV geht Bundesrecht – wozu in diesem Zusammenhang auch das Völkerrecht gezählt wird – entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Abs. 1). Der Bund hat den Auftrag und die Pflicht, über die Einhaltung des Bundes- und des Völkerrechtes durch die Kantone zu wachen (Abs. 2). Zur Sicherstellung der Einhaltung und korrekten Umsetzung der menschenrechtlichen Verträge stehen dem Bund die Instrumente der sog. Bundesaufsicht zur Verfügung, wobei zwischen präventiven Aufsichtsmitteln (Weisungen an die Kantone, Gewährleistungs- und Genehmigungspflichten kantonaler Erlasse sowie Berichterstattungspflichten der Kantone an den Bund) und repressiven Aufsichtsmitteln (Anfechtung und Aufhebung kantonaler Regelungen und als stärkstes Mittel die Ersatzvornahme) unterschieden wird[6].

[11] Die Verwirklichung völkerrechtlich garantierter Menschenrechte weist im mehrstufigen Staat einige Besonderheiten auf. Diese können sich sowohl positiv als auch negativ auswirken. Es ist nicht zu übersehen, dass die Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen in föderalistischen Staaten besondere Herausforderungen mit sich bringt und die Umsetzung völkerrechtlicher Garantien, welche der Bund eingegangen ist, auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene spezieller Vorkehren bedarf. Umgekehrt darf aber nicht vergessen werden, dass ein föderalistischer Staatsaufbau auch zu einem Mehr an Grund- und Menschenrechtsschutz führt bzw. führen kann. So enthalten beispielsweise die neueren Kantonsverfassungen ebenfalls, z.T. sehr ausführliche Grundrechtskataloge. Von praktischer Bedeutung sind kantonale Grundrechte in jenen Bereichen, in denen sie im Vergleich mit den Garantien der Bundesverfassung weitergehende oder zusätzliche Schutzbereiche aufweisen oder höhere Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechten stellen. Vereinzelt enthalten Kantonsverfassungen auch Grundrechtsgarantien, die weder in der Bundesverfassung verankert noch vom Bundesgericht als ungeschriebene Grundrechte anerkannt werden, so z.B. das Recht auf Arbeit (KV JU und BL), das Recht auf Wohnung (KV JU, BL und GE) oder der Anspruch auf Stipendien (KV SG)[7].

[12] Im Weiteren haben einzelne Kantone verschiedentlich ihre Autonomie und ihren Umsetzungsspielraum genutzt, um Lösungen vorzusehen, die sich gesamtschweizerisch kaum hätten durchsetzen lassen: So haben z.B. einzelne Kantone neben der römisch-katholischen, der evangelischen und der christkatholischen Kirche auch die jüdische Gemeinschaft öffentlich-rechtlich anerkannt und erwägen die Anerkennung weiterer Glaubensgemeinschaften, was als wichtiger Schritt auf dem Weg zur Gleichstellung und Akzeptanz religiöser Minderheiten gewertet wird[8]. Die mit dem Föderalismus gegebene Vielfalt der Lösungen kann sich deshalb sowohl zugunsten als auch zulasten des Menschenrechtsschutzes auswirken. Raum für unterschiedliche Lösungen bleiben aber nur für Abweichungen, die über das völker- und bundesrechtlich Gebotene hinausgehen. Wo einzelne Kantone völkerrechtliche Vorgaben missachten, liegen Funktionsstörungen des Föderalismus vor.

---

6 S. dazu ausführlicher unten Das Verhältnis von Staat und Religion, II.

7 Vgl. BUSER, 159 m.N.

8 Vgl. dazu unten Das Verhältnis von Staat und Religion, II.

III. INTERNATIONALE VERPFLICHTUNGEN

1. Universelle Ebene

[13] In allgemeiner Weise legt Art. 26 Wiener Vertragsrechtskonvention (SR 0.111) fest, dass die Vertragsstaaten verpflichtet sind, einen in Kraft getretenen Vertrag nach Treu und Glauben zu erfüllen. Gemäss Art. 27 können sie sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um eine Nichterfüllung zu rechtfertigen.

[14] Die UNO-Menschenrechtsabkommen enthalten allesamt Bestimmungen, die die Vertragsstaaten verpflichten, die jeweiligen Rechte zu achten und allen in ihrem Gebiet befindlichen und ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen diskrimierungsfrei zu gewährleisten. Um den Rechten Wirksamkeit zu verleihen, sind innerstaatlich die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (vgl. Art. 2 UNO-Pakt II, Art. 2 Abs. 1 FoK, Art. 1 und 4 RDK, Art. 2 und 24 FDK, Art. 2 KRK).

[15] Art. 2 UNO-Pakt I präzisiert diese Verpflichtung insofern, als diese Bestimmung von einer schrittweisen Verwirklichung der Rechte durch die Vertragsstaaten unter Ausschöpfung aller ihrer Möglichkeiten und namentlich durch gesetzgeberische Massnahmen spricht[9].

[16] Art. 28 UNO-Pakt I und Art. 50 UNO-Pakt II erinnern föderalistische Staaten ausdrücklich daran, dass die Bestimmungen der Pakte ohne Einschränkungen und Ausnahmen für alle Teile des Bundesstaates gelten. Diese Bestimmungen sind jedoch rein deklaratorischer Natur. Auch ohne ausdrückliche Verankerung ist der darin enthaltende Grundsatz auch im Rahmen der übrigen UNO-Menschenrechtsabkommen massgebend.

2. Regionale Ebene

[17] Art. 1 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten, die Rechte und Freiheiten der Konvention allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen zuzusichern. Art. 46 EMRK statuiert ausserdem die Verpflichtung der Vertragsstaaten, die Urteile des Gerichtshofs zu befolgen.

IV. INTERNATIONALE EMPFEHLUNGEN

1. Empfehlungen der UNO-Vertragsausschüsse und Empfehlungen im Rahmen der UPR

[18] Fast alle UNO-Vertragsausschüsse haben in der Vergangenheit ihrer Besorgnis Ausdruck gegeben, dass die föderalistische Struktur der Schweiz bei der Umsetzung der Menschenrechte ein Hindernis darstellen könnte[10]. Die Ausschüsse betonten jeweils, dass der Bund die primäre Verantwortung dafür trage, die innerstaatliche Umsetzung der Abkommen sicherzustellen[11]. Internationale Gremien empfohlen der Schweiz denn auch, die Parlamente auf Bun-

---

[9] Zur Umsetzung und Gewährleistung der in UNO-Pakt I garantierten Rechte in der Schweiz siehe die Ausführungen dazu in „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz" Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Freiheitsentzug, Polizei und Justiz".

[10] Vgl. dazu auch SPENLÉ/ SKALSKI, Rz. 55 ff.

[11] So z.B. in Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 5; CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 10, 20; CERD, Concluding Observations Switzerland

desebene *und in den Kantonen* zu ermutigen, die abgegebenen Empfehlungen umzusetzen[12]. Der Bund wurde ausserdem dazu aufgerufen, Massnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass Kantone und Gemeinden über die Rechte der Abkommen informiert und sich ihrer Umsetzungs- und Gewährleistungspflichten bewusst seien[13].

[19] Die Ausschüsse zeigten sich teilweise besorgt darüber, dass die föderalistische Struktur und die direktdemokratischen Verfahren in Kantonen und Gemeinden die Umsetzung der Abkommen verzögern könnten[14]. Sie wünschten, dass der Bund eine aktivere Rolle spiele und die Behörden der Kantone und Gemeinden bei der Umsetzung vermehrt anleite[15]. Eine einheitliche Umsetzung der Abkommen sei durch eine effektive Koordination und ein entsprechendes Monitoring sicherzustellen[16]. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss ging noch einen Schritt weiter und empfahl die Verabschiedung einer umfassenden Gesetzgebung zur Umsetzung der Rechte von UNO-Pakt I sowie weitere Bemühungen zur Harmonisierung der kantonalen Gesetzgebung und Praxis[17].

2. Situation in der Schweiz

2.1. Zur (einheitlichen) Umsetzung menschenrechtlicher Verpflichtungen

2.1.1. Die Sicherstellung der Umsetzung der Abkommen auf dem Rechtsweg

[20] Soweit es sich bei den Garantien der menschenrechtlichen Abkommen um direkt anwendbare und justiziable Rechte handelt, was das Bundesgericht insbesondere mit Bezug auf die in der EMRK und dem UNO-Pakt II sowie einzelne in der Kinderrechtskonvention enthaltene Rechte explizit anerkennt, erfolgt die Sicherstellung der Umsetzung in der Schweiz primär auf dem Rechtsweg. Die Rechte der EMRK und des UNO-Paktes II sind – wie die Grundrechte der BV– direkt anwendbar und bedürfen zu ihrer Geltendmachung vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden keiner Umsetzung durch ein Gesetz[18]. Allfällige Verletzungen der Rechte können zunächst vor den kantonalen Gerichten und dem Bundesverwaltungsgericht und schliesslich in der Regel mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem Bundesgericht geltend gemacht werden (vgl. Art. 189 BV).

[21] Die Sicherstellung der Umsetzung der Abkommen gestaltet sich schwieriger, sofern die Abkommen die zuständigen Behörden lediglich verpflichten, „geeignete Massnahmen zu tref-

---

2008, Ziff. 8; CERD, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 8; Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 1998, Ziff. 9.

12 So z.B. in CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 10.

13 So z.B. in CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 6; CERD, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 8; MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 6; MRA, Concluding Observations Switzerland 2001, Ziff. 6.

14 CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 6; CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2003, Ziff. 110.

15 CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 8.

16 CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 20; CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 8.

17 Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 5; Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 1998, Ziff. 26.

18 S. dazu anstatt vieler RHINOW et al., 34.

fen", z.B. um die volle Entfaltung und Förderung der Frau zu sichern und die mit dem Mann gleichberechtigte Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten zu gewährleisten (Art. 3 FRK). Oft sind den Abkommen keine genaueren Hinweise zu entnehmen, welche Massnahmen „geeignet" sind, und die Vertragsstaaten verfügen diesbezüglich über einen erheblichen Ermessensspielraum.

[22] In der Schweiz betreffen zahlreiche Garantien der Menschenrechtsabkommen kantonale Kompetenzen und die Entscheidung, welche Massnahmen zur Umsetzung der Abkommen ergriffen werden, liegt in solchen Fällen in der Verantwortung der Kantone. Durch den föderalistischen Staatsaufbau ergeben sich folglich bei der Umsetzung der Abkommen Unterschiede zwischen den einzelnen Kantonen und zwar sowohl in zeitlicher als auch inhaltlicher Hinsicht.

[23] Allein aufgrund der Tatsache, dass diese kantonalen Unterschiede bestehen, darf jedoch nicht eine mangelnde Umsetzung oder gar eine Verletzung der Umsetzungspflichten der Schweiz vermutet werden. Weder eine „einheitliche" Umsetzung, wie sie oft von den Überwachungsorganen gefordert wird, noch eine Harmonisierung der kantonalen Gesetzgebungen sind für die Erfüllung der Umsetzungsverpflichtungen der Schweiz zwingend erforderlich. Unterschiedliche Umsetzungen völkerrechtlicher Verpflichtungen in den Kantonen können auch darauf zurückzuführen sein, dass einzelne Kantone (oder die Mehrheit der Kantone) einen menschenrechtlichen Standard aufweisen, der über das völkerrechtliche geforderte Minimum hinausgeht. Eine schweizweite Harmonisierung des Schutzniveaus könnte in solchen Fällen zu einer Nivellierung nach unten führen.

[24] Auch ein zeitlicher Rückstand bei der Umsetzung in einigen oder allen Kantonen oder Gemeinden bedeutet nicht automatisch eine Verletzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen. Demokratische Gesetzgebungsverfahren in Kantonen und Gemeinden brauchen zwar in der Regel mehr Zeit als einheitliche Lösungen; sie gehören jedoch zu den Grundpfeilern der demokratischen und föderalistischen Schweiz und dienen ihrerseits dem Schutz menschenrechtlicher Anliegen (insbesondere der politischen Mitbestimmung). Zwar können sie zu einer Verzögerung bei der Umsetzung führen; es ist jedoch auch zu beachten, dass die so breit abgestützte Legitimierung eines Erlasses auch mit einer grossen Vollzugstreue belohnt wird.

[25] Raum für inhaltlich und zeitlich unterschiedliche Lösungen bleibt selbstverständlich nur für solche Abweichungen, die den Gestaltungsspielraum nicht überschreiten, welche die Bundesverfassung und das Völkerrecht den Kantonen und Gemeinden belässt. Die föderalistische Vielfalt lässt Unterschiede nur zu, wenn sie über das völker- und bundesrechtlich Gebotene hinausgehen, nicht aber wenn sie im Widerspruch zum Bundesrecht oder zu völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz stehen. Sind sich die Kantone ihrer Verpflichtungen gemäss den Menschenrechtsabkommen gar nicht bewusst und/oder treffen sie keine oder ungeeignete Umsetzungsmassnahmen, besteht offensichtlich ein Umsetzungsdefizit.

[26] Auch in solchen Fällen erfolgt die Sicherstellung der Umsetzung primär über den Rechtsweg, wie das Urteil des Bundesgerichts zur Nichtverlängerung des Mandates der Zuger Gleichstellungskommisson[19] illustriert. Art. 8 Abs. 2 Satz 2 BV, § 5 Abs. 2 der Zuger Kantonsverfassung sowie Art. 2 lit. a FDK verpflichten die Behörden, durch geeignete Massnahmen für die Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann zu sorgen. Der Zuger Kantonsrat hatte im Oktober 2010 die Weiterführung der kantonalen Gleich-

[19] Urteil des Bundesgerichts 1C_549/2010 vom 21. Nov. 2011.

stellungskommission abgelehnt, ohne eine Ersatzmassnahme vorzusehen. Gegen diesen Beschluss erhoben verschiedene politische Parteien und Vereinigungen sowie zwölf Einzelpersonen Beschwerde ans Bundesgericht.

[27] Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde ein. Sofern sich aus Bundes- oder Völkerrecht – sei es ausdrücklich oder auf dem Wege der Auslegung – (potenziell) ein klarer und bestimmter Auftrag an den kantonalen Gesetzgeber ergebe, scheine eine bundesgerichtliche Beurteilung der Rüge der Beschwerdeführenden zulässig, wonach die Untätigkeit der Zuger Behörden sie in ihren grund- und menschenrechtlichen Ansprüchen verletze (Erwägung 2.5).

[28] Das Bundesgericht bestätigte, dass die einschlägigen Bestimmungen einen klaren Handlungsauftrag an Bund und Kantone enthalten, stellte aber zugleich fest, dass sie den Behörden bei der Wahl der Mittel einen erheblichen Ermessenspielraum einräumen. Im Ergebnis sei der Kanton Zug daher verpflichtet, einen Ersatz für die bisherige Gleichstellungskommission zu schaffen. Er könne die Umsetzung des Gleichstellungsauftrages aber auch mit anderen Mitteln als der Verlängerung des Mandates der bisherigen Kommission verfolgen. Aus der Bundesverfassung, der Kantonsverfassung und der FDK lasse sich keine verbindliche Verpflichtung zu einer bestimmten institutionellen Massnahme ableiten. Das Bundesgericht wies daher die Beschwerde im Ergebnis ab.

[29] Die Erwägungen des Bundesgerichts machen jedoch deutlich, dass auch offen formulierte Bestimmungen zum Schutz der Grund- und Menschenrechte, welche die Behörden zu Ergreifung von „geeigneten Massnahmen" verpflichten, ihnen bei der Umsetzung jedoch einen erheblichen Ermessensspielraum einräumen, nicht als unverbindlich missverstanden und ignoriert werden dürfen[20].

2.1.2. Die Sicherstellung der Umsetzung der Abkommen mit den Instrumenten der Bundesaufsicht

[30] Nach Art. 49 Abs. 1 BV geht Bundesrecht (zu dem in diesem Zusammenhang auch das Völkerrecht gehört) allem kantonalen Recht vor. Die Verfassung betraut den Bund mit der Aufgabe, über die Einhaltung des Bundesrechts, insbesondere auch des Völkerrechts, durch die Kantone zu wachen.

[31] Um die rechtsgleiche Anwendung von übergeordnetem Bundesrecht und Völkerrecht zu gewährleisten, stehen dem Bund insbesondere die Instrumente der Bundesaufsicht zur Verfügung. Die Bundesaufsicht ist nicht nur eine Befugnis, sondern eine Pflicht des Bundes. Art. 182 Abs. 2 BV verpflichtet den Bundesrat, für den Vollzug der Gesetzgebung, der Beschlüsse der Bundesversammlung und der Urteile richterlicher Behörden des Bundes zu sorgen. Nach Art. 186 Abs. 4 BV hat er alle erforderlichen Massnahmen für die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone zu treffen[21]. Gegenstand der Bundesaufsicht sind alle kantonalen Handlungen und Unterlassungen. Erfasst sind also nicht nur Rechtsetzungs-, sondern auch Verwaltungsakte, Handlungen rechtlicher wie auch tatsächlicher Natur, Verrichtungen wie auch Unterlassungen[22]. Die Bundesaufsicht erfasst ausserdem nicht nur jene Bereiche

[20] So auch JUDITH WYTTENBACH, Deutliche Worte aus Lausanne zur Gleichstellung – aber Abweisung der Beschwerde, SKMR-Newsletter vom 1. Feb. 2012, im Internet verfügbar unter: http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/bge-gleichstellung-zug.html?zur=91 (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

[21] Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 31. August 2004 (im Folgenden: Gutachten BJ), VPB 2005 Nr. 1, 18-38, 21.

[22] Vgl. TSCHANNEN, 357.

der kantonalen (und kommunalen) Tätigkeit, bei denen Kantone im sogenannten delegierten Tätigkeitsbereich Bundesrecht vollziehen, sondern auch die autonomen kantonalen Tätigkeitsbereiche (wie Polizei-, Gesundheits- oder Schulwesen)[23]. Die Ausübung der Aufsicht muss stets im öffentlichen Interesse sein und den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips genügen[24].

[32] Das in der Praxis wichtigste Aufsichtsmittel ist die Genehmigung kantonaler Erlasse. Sofern ein Bundesgesetz dies ausdrücklich bestimmt, müssen kantonale Gesetze und Verordnungen dem Bund zur Genehmigung vorgelegt werden. Die Kantonsverfassungen und allfällige Änderungen derselben müssen gemäss Art. 51 Abs. 2 i.V.m. Art. 172 Abs. 2 BV von der Bundesversammlung gewährleistet werden. Die Bundesbehörden haben bei der Genehmigung von Erlassen bzw. die Bundesversammlung bei der Prüfung der kantonalen Verfassungen sicherzustellen, dass die kantonalen Rechtsetzungsakte dem Bundesrecht und dem Völkerrecht nicht widersprechen[25].

[33] Als weitere Instrumente der Aufsicht stehen dem Bund die Einforderung von Berichten, die Vornahme von Inspektionen sowie der Erlass allgemeiner Weisungen zur Verfügung. Diese Instrumente könnten unter Umständen bei mangelnden Kenntnissen der Menschenrechtsabkommen der kantonalen Behörden oder zwecks eines Monitorings der Umsetzung sinnvoll sein. Der Erlass allgemeiner Weisungen erscheint insbesondere in jenen Bereichen als nützlich, wo die Bestimmungen der Abkommen vage oder sehr allgemein formuliert sind. In solchen Fällen könnte ein Kreisschreiben, welches die Pflichten der Kantone konkretisiert, den kantonalen Behörden eine wertvolle Hilfe bei der Umsetzung der Abkommen bieten. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Bund nur dort harmonisierend und konkretisierend auf die Gestaltungsfreiheit der Kantone einwirken darf, wo es um die Umsetzung harmonisierter oder konkretisierter völkerrechtlicher Vorgaben geht. Er darf die Mittel der Bundesaufsicht dagegen nicht dazu nutzen, sein Ermessen in Bezug auf die richtige oder sinnvolle Umsetzung völkerrechtlicher Vorgaben an jenes der Kantone zu setzen. Dies gilt im delegierten Aufgabenbereich der Kantone, vor allem aber im autonomen Aufgabenbereich. Ob die Anforderung zusätzlicher Berichte angesichts der regelmässigen Berichterstattungspflichten im Rahmen der Staatenberichtsverfahren die Umsetzung der Abkommen in den Kantonen tatsächlich fördern würde, ist zu bezweifeln.

[34] Als schärfere Druckmittel stehen dem Bund im Weiteren verschiedene Zwangsmassnahmen zur Verfügung, die meist unter dem Begriff der Bundesexekution zusammengefasst werden. Grundsätzlich ist die Bundesversammlung für diese Massnahmen zuständig (Art. 173 Abs. 1 lit. e BV). Im Vordergrund stehen finanzielle Druckmittel sowie die Ersatzvornahme. Fälle der Bundesexekutionen sind sehr selten. Da die ergriffenen Massnahmen stets verhältnismässig zu sein haben, können von vornherein nur sehr gravierende Verletzungen der Umsetzungspflichten durch einen oder mehrere Kantone ein solches Vorgehen rechtfertigen. Sowohl finanzielle Druckmittel als auch die Ersatzvornahme ständen dem Bund aber für den Notfall zur Verfügung, dass ein Kanton sich weigern würde, wesentliche Völkerrechtsverpflichtungen der Schweiz auf seinem Territorium zu erfüllen.

---

[23] Vgl. BIAGGINI, Art. 49 N 16.

[24] Vgl. Gutachten BJ (Fn. 21), 30 f.

[25] Vgl. dazu TSCHANNEN, 361.

2.1.3. Zur Umsetzung der Empfehlungen der internationalen Überwachungsorgane

[35] Im Rahmen der *Universal Periodic Review* 2012 wurde der Schweiz unter anderem empfohlen, vermehrte Anstrengungen zu unternehmen, um sämtliche Empfehlungen umzusetzen, zu denen sie sich im Rahmen des letzten UPR-Verfahren im Jahre 2008 verpflichtet hatte[26]: Die Schweiz wurde ausserdem dazu aufgefordert, beim Follow-up zu den UPR-Ergebnissen die Nichtregierungsorganisationen zu konsultieren, um die praktische Anwendung und Umsetzung der Empfehlungen zu erreichen[27].

[36] Nicht nur im Rahmen der UPR, sondern auch im Rahmen der Staatenberichtsverfahren vor den jeweiligen Vertragsausschüssen erhält die Schweiz regelmässig Empfehlungen, die sich auf die Verbesserung der Umsetzung der Abkommen beziehen. Das SKMR wurde deshalb im Jahre 2011 vom Bund beauftragt zu untersuchen, wie diese internationalen Menschenrechtsempfehlungen in der Schweiz aktuell umgesetzt werden, mit welchen Schwierigkeiten sich die schweizerischen Institutionen konfrontiert sehen und wie die Abläufe bei der Umsetzung internationaler Verpflichtungen und Empfehlungen verbessert werden könnten[28]. Besondere Aufmerksamkeit wurde im Rahmen dieser Studie der Zusammenarbeit von Bund und Kantonen bei der Umsetzung geschenkt.

[37] Die Befragungen der verantwortlichen Bundesstellen, Vertreterinnen und Vertreter der Kantone und einiger Nichtregierungsorganisationen haben ergeben, dass zurzeit im Regelfall die Empfehlungen der UNO-Vertragsorgane publiziert und an die betroffenen Behördenstellen versandt werden. Über weitere Massnahmen zur Umsetzung der Empfehlungen entscheiden in der Folge die verantwortlichen Behörden auf Bundesebene und in den Kantonen selbständig. Ein Aktionsplan zur Umsetzung ausgewählter Empfehlungen wurde in der Vergangenheit nur mit Bezug auf das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau ausgearbeitet.

[38] Oft scheinen die Empfehlungen nur lückenhaft umgesetzt zu werden. Bei der Suche nach möglichen Gründen wies eine grosse Mehrheit der befragten Personen darauf hin, dass in der Schweiz im Bereich der Menschenrechte viel unternommen werde, allerdings nicht primär, weil ein UNO-Ausschuss dies empfohlen habe. Die Entwicklungen seien nicht monokausal zu begründen. Eine entsprechende Empfehlung der UNO könne allenfalls einen Prozess, der bereits im Gang sei, unterstützen und ein weiteres Argument für dessen Notwendigkeit liefern. Veränderungen in der Schweiz würden jedoch meist nicht „*top-down*", sondern „*bottom-up*" geschehen, daher sei die Frage nach der Umsetzung der Empfehlung aus dieser Perspektive vielleicht wenig sinnvoll. Als mögliche Gründe für die oft lückenhafte Befolgung der Empfehlung wurden aber auch das aktuelle politische Umfeld, die mangelnde (inhaltliche) Qualität und zu allgemeine Formulierung der Empfehlungen genannt sowie die Tatsache, dass die Empfehlungen nicht verbindlich sind.

[39] Der Bund und die Nichtregierungsorganisationen kritisierten im Weiteren den teilweise fehlenden Umsetzungswillen der Kantone, während die Kantonsvertreter/innen hervorhoben,

---

[26] UPR Switzerland 2012, 122.48

[27] UPR Switzerland 2012, 122.49.

[28] SKMR, Die Umsetzung internationaler Menschenrechtsempfehlungen im föderalistischen Staat. Perspektiven für das Follow-up zu den "Abschliessenden Bemerkungen" der UNO-Vertragsorgane in der Schweiz, verfasst von ANDREA EGBUNA-JOSS UND WALTER KÄLIN, 2012 (im Folgenden: Follow-up-Studie), im Internet verfügbar unter: http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/120214_SKMR_Studie_Follow-up.pdf (zuletzt besucht am 27. Mai 2013). Die folgenden Ausführungen in diesem Abschnitt sind mit einigen kleineren Anpassungen der Studie selber entnommen, vgl. S. IV-VII.

dass die Kantone im Allgemeinen das Völkerrecht umsetzen würden und insbesondere im Vergleich zu ausländischen Verhältnissen in der Schweiz ein sehr hoher menschenrechtlicher Standard herrsche.

[40] Um das *Follow-up* zu den Empfehlungen in der Schweiz und die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen zu verbessern, hielten es alle Seiten (Bund, Kantone und NGOs) für notwendig, die Koordination des gesamten Staatenberichtsverfahrens zu diskutieren und ein entsprechendes Konzept auszuarbeiten. Man könne das *Follow-up* nicht von der Erstellung der Staatenberichte trennen. Das Staatenberichtsverfahren sei vielmehr als ständiger Prozess zu verstehen und man müsse aufhören, – wie bisher allzu oft – nur punktuell zusammenzuarbeiten. Eine Mehrheit der Kantonsvertreter/innen wünschte sich zudem eine Vereinheitlichung der Verfahren zu den einzelnen Abkommen.

[41] Ebenfalls von verschiedenen befragten Personen aller Seiten vorgeschlagen wurde eine Analyse und Kommentierung der Empfehlungen sowie eine mögliche anschliessende Priorisierung, allerdings bestand keine Einigkeit darüber, wer diese Analyse und Priorisierung vornehmen sollte. Der Ausarbeitung verbindlicher Aktionspläne standen vor allem die Kantonsvertreter/innen eher skeptisch gegenüber, sie bevorzugten eine (unverbindliche) Auflistung möglicher Massnahmen zur Umsetzung der Empfehlungen. Vertreter/innen von Bund, Kantonen und NGOs schlugen sodann zur Verbesserung vor, auf allen Ebenen die Verantwortlichkeiten zu klären und klare Ansprechpersonen zu bezeichnen.

[42] Zur besseren Umsetzung einzelner Empfehlungen, insbesondere im Bereich kantonaler Kompetenzen, standen die meisten Kantonsvertreter/innen der Bildung von Arbeitsgruppen positiv gegenüber, allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Themen der Arbeitsgruppen sehr eng gefasst sind und klare Schwerpunkte gesetzt werden. Zudem befürworteten mehrere Kantone die Idee eines Austausches von *best practices* der Kantone bei der Umsetzung der Empfehlungen. Die Kantonsvertreterinnen und –vertreter waren sich jedoch uneinig über das genaue Vorgehen.

[43] Die Studie schlägt schliesslich vor, ein Konzept für eine prozessorientierte Zusammenarbeit zwischen Bund, Kantonen, Städten, Gemeinden sowie NGOs auszuarbeiten und definiert zu berücksichtigende Eckpunkte eines solchen Konzepts. Die Studie und insbesondere die Empfehlungen über das weitere Vorgehen wurden Anfang 2013 an einer vom SKRM organisierten, geschlossenen Veranstaltung diskutiert. Zur Diskussion über die Studie und das wünschbare weitere Vorgehen eingeladen waren die Gesprächspartner, die zur Erstellung der Studie beigetragen hatten, sowie weitere besonders interessierte Personen aus Bund und Kantonen und seitens der NGOs. Im Rahmen dieser Veranstaltung wurden sowohl einfach zu bewerkstelligende organisatorische Verbesserungen der Abläufe (Bezeichnung von Kontaktpersonen, Planung der zeitlichen Abläufe), als auch institutionelle Neuerungen (z.B. die Schaffung neuer Arbeitsgruppen) zur Diskussion gestellt. Im Nachgang an diesen Meinungsaustausch wurde das SKMR beauftragt, eine Fortsetzungsstudie zu verfassen und verschiedene Vorschläge zur Verbesserung der Abläufe und Möglichkeiten einer prozessorientierten Zusammenarbeit zu konkretisieren.

3. Fazit und Handlungsbedarf

[44] In der Schweiz betreffen zahlreiche Garantien der Menschenrechtsabkommen kantonale Kompetenzen und die Entscheidung, welche Massnahmen zur Umsetzung der Abkommen

ergriffen werden, liegt in solchen Fällen im Ermessen der Kantone. Auch wenn die Umsetzung eines Abkommens in der Kompetenz des Bundes liegt und die Kantone Bundesrecht lediglich vollziehen, verfügen sie über einen teilweise erheblichen Beurteilungsspielraum.

[45] Durch den föderalistischen Staatsaufbau ergeben sich folglich bei der Umsetzung und Anwendung menschenrechtlicher Übereinkommen kantonale Unterschiede, die durchaus zulässig und teilweise sogar gewollt sind, solange sie lediglich eine Konsequenz der Ausschöpfung der eingeräumten Ermessens- und Beurteilungsspielräume sind und die Vorgaben des Völkerrechtes und des Bundesrechtes respektieren. Der Bund hat den Auftrag, die Einhaltung von Völker- und Bundesrecht durch die Kantone zu überwachen und Massnahmen zu ergreifen, wenn ein Kanton das Schutzniveau unterschreitet, das Bundesrecht und/oder Völkerrecht vorgeben.

[46] Die Kontrolle der Umsetzung der menschenrechtlichen Verpflichtungen erfolgt in der Schweiz primär auf dem Rechtsweg. Dies gilt sowohl für direkt anwendbare und justiziable Rechte als auch für offen formulierte menschenrechtliche Bestimmungen, welche die zuständigen Behörden lediglich verpflichten, geeignete Massnahmen zu ergreifen. Im letzteren Fall verfügen die Behörden zwar über einen erheblichen Ermessensspielraum bei der Wahl der Mittel, die Bestimmungen dürfen jedoch gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht als unverbindlich missverstanden und ignoriert werden.

[47] Dem Bund stehen sodann die Instrumente der sog. Bundesaufsicht zur Verfügung. Das in der Praxis wichtigste Aufsichtsmittel ist die Genehmigung kantonaler Erlasse. Der Erlass allgemeiner Weisungen könnte in jenen Bereichen sinnvoll sein, wo die Bestimmungen der Abkommen vage oder sehr allgemein formuliert sind, die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz sich aber aufgrund von Weiterentwicklungen des Völkerrechts verdichtet und präzisiert haben. In solchen Fällen könnte ein Kreisschreiben, welches die Pflichten der Kantone konkretisiert, den kantonalen Behörden eine wertvolle Hilfe bei der Umsetzung der Abkommen bieten. Situationen, welche eine Durchsetzung durch den Bund mittels Zwangsmassnahmen rechtfertigen würden, sind im Bereich der Menschenrechte nur schwer denkbar, müssen solche Zwangsmassnahmen doch stets den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips genügen.

[48] Bezüglich der Umsetzung der Empfehlungen menschenrechtlicher Überwachungsorgane wurde eindeutiger Handlungsbedarf festgestellt. Die Koordination der gesamten Staatenberichtsverfahren zu den von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsverträgen und insbesondere die Zusammenarbeit von Bund und Kantonen sind zu verbessern. Um das *Follow-up* zu den Empfehlungen der Überwachungsorgane zu stärken, sind diese jeweils zu analysieren und allenfalls auch zu priorisieren, anstatt sie – wie bisher meistens – lediglich an die zuständigen Behörden in Bund und Kantonen weiterzuleiten.

RECHTSSTAAT UND DEMOKRATIE

I. ZUSAMMENFASSUNG

[49] *Obwohl Rechtsstaat und Demokratie einander gegenseitig bedingen, kann es zwischen den beiden Strukturprinzipien der Bundesverfassung zu Spannungen kommen. Dieses Kapitel diskutiert solche Spannungen anhand dreier aktueller Debatten: Dem möglichen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, den Massnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem Völkerrecht und den Grundrechten der Bundesverfassung sowie der Forderung nach grund- und menschenrechtskonformen Einbürgerungsverfahren. Alle diese Themen waren in der Vergangenheit Gegenstand internationaler Gespräche und Empfehlungen. Die Schweiz wurde verschiedentlich insbesondere dafür kritisiert, Mehrheitsentscheide auch dann anzuerkennen und durchzusetzen, wenn diese im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen, insbesondere der Achtung und dem Schutz der Menschenrechte, stehen.*

[50] *Im Zusammenhang mit dem Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit geht es insbesondere um die Bindung des Bundesgerichts und der rechtsanwendenden Behörden an die Bundesgesetze und das Völkerrecht (Art. 190 BV), selbst wenn diese die Bundesverfassung (insbesondere deren Grundrechte) verletzen. Aufgrund dieser Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit können die Gerichte Bundesgesetzen, die Grundrechte verletzen, nur dann die Anwendung versagen, wenn diese gleichzeitig völkerrechtliche Menschenrechtsgarantien missachten. Durch diese sogenannte Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Hintertür wird zwar der menschenrechtliche Schutz verbessert, Massstab der Überprüfung sind aber ausschliesslich die internationalen Menschenrechte, nicht die demokratisch stärker legitimierten Grundrechte der Bundesverfassung. Aus menschenrechtlicher und rechtsstaatlicher Sicht ist dies immer dann besonders problematisch, wenn die verfassungsrechtlichen Grundrechte weiter gehen als die internationalen Menschenrechtsverpflichtungen der Schweiz. Eine Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde vor kurzem in der Schweiz erneut diskutiert. Die vorgeschlagene Streichung von Art. 190 BV –die mittlerweile von der Bundesversammlung abgelehnt worden ist – hätte zwar den Schutz der Verfassung gegenüber Bundesgesetzen verstärkt, aber nicht alle Fragen einer zukünftigen vollen Verfassungsgerichtsbarkeit beantwortet.*

[51] *Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung werden nach geltendem Recht von der Bundesversammlung nur dann für ungültig erklärt, wenn sie gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verstossen (Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV). Andere materielle Schranken der Revision sieht die Verfassung nicht vor. Verstösst eine Initiativvorlage „nur" gegen grundlegende Werte der Bundesverfassung (insbesondere die Grundrechte) oder nicht-zwingende völkerrechtliche Bestimmungen, wird sie grundsätzlich für gültig erklärt und Volk und Ständen zur Abstimmung vorgelegt. In der Vergangenheit hat dies bereits mehrfach zur Abstimmung über und Annahme von grund- und menschenrechtswidrigen Volksinitiativen geführt. Der Bundesrat hat deshalb vorgeschlagen, bereits vor der Unterschriftensammlung eine inhaltliche Vorprüfung von Volksinitiativen vorzunehmen und die Prüfung auf die Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit den Kerngehalten der Grundrechte der Bundesverfassung auszuweiten. Beide Vorschläge gehen jedoch zu wenig weit, um Abstim-*

mungen über völker- und grundrechtlich problematische Volksinitiativen und das Inkrafttreten EMRK-widriger Verfassungsnormen zu verhindern.

[52] *Auf kantonaler (und kommunaler) Ebene zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsstaat und Demokratie nicht mit der gleichen Prägnanz. Erstens besteht gegenüber kantonalen Gesetzen trotz ihrer demokratischen Legitimation eine uneingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit, welche die abstrakte oder konkrete Anfechtung verfassungs- oder völkerrechtswidriger kantonaler Gesetze zulässt. Zweitens können kantonale Volksinitiativen für ungültig erklärt werden, wenn sie übergeordnetes Recht (insbesondere die Grundrechte der Bundesverfassung oder das Völkerrecht) verletzen. Im Bereich des kantonalen (und kommunalen) Rechts haben aber die Abstimmungen über Einbürgerungsgesuche durch das Stimmvolk auf Gemeindeebene Fragen in Bezug auf das Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie aufgeworfen. Kritisiert wurde insbesondere die Gefahr willkürlicher oder diskriminierender Entscheide, die nicht begründet werden und gegen die keine wirksame Beschwerde erhoben werden kann. Verschiedene rechtliche Entwicklungen und Neuerungen haben jedoch in diesem Bereich zu einer wesentlichen Entspannung beigetragen.*

II. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

[53] Das Strukturprinzip des Rechtsstaats postuliert die Herrschaft des Rechts und die Bindung und Begrenzung jeder staatlichen Macht durch das Recht. Die Ordnung aller Rechte und Pflichten durch Verfassung und Gesetz und die Rechtsbindung aller Staatsgewalt bändigt die institutionalisierte Macht, schützt vor Missbrauch und sichert die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger[29]. Der Begriff des Rechtsstaats wird üblicherweise anhand formeller und materieller Elemente definiert. Die formellen Elemente umfassen das Legalitätsprinzip, die Gewaltenteilung sowie die Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes gegenüber staatlichem Handeln. Die Achtung und der Schutz der Grundrechte sowie der Grundsatz, dass staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss, bilden die materiellen Elemente des Rechtsstaats[30]. Die Bundesverfassung nennt auch die Verpflichtung der Staatsorgane, das Völkerrecht zu beachten, als Grundsatz des rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 4 BV).

[54] Demokratie bedeutet wörtlich die „Herrschaft des Volkes". Die Eckpfeiler des Demokratieprinzips sind die Volkssouveränität, verstanden als Letztverantwortung des Volkes, sowie die Forderung nach Beteiligung der Staatsbürgerinnen und Staatsbürger am staatlichen Entscheidungsprozess auf der Grundlage des allgemeinen, gleichen, geheimen und freien Wahlrechts[31].

[55] Das Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Demokratie ist ein vielfältiges: Zum einen bedingen sich die beiden Strukturprinzipien gegenseitig, zum andern kann es auch zu Spannungen kommen. Die demokratische Mitbestimmung hat selbst eine grundrechtliche und damit rechtsstaatliche Bedeutung und ist für ihr Funktionieren auf einen wirksamen Grundrechtsschutz (insbesondere auf die Meinungsäusserungs- und Medienfreiheit) angewiesen. Die direkte oder indirekte Mitwirkung des Volkes an der Gesetzgebung ist ausserdem nur dann von

[29] Vgl. TSCHANNEN, S. 84.

[30] Vgl. TSCHANNEN, S. 84; KIENER, S. 216; BIAGGINI, Grundfragen, S. 77.

[31] Vgl. BIAGGINI, Grundfragen, S. 78.

Wert, wenn das Legalitätsprinzip gilt und alle Staatsgewalten zur Anwendung von Verfassung und Gesetz verpflichtet und wenn ein wirksamer Rechtsschutz die Durchsetzung der demokratisch festgelegten Gesetze garantiert.

[56] Weil das Demokratieprinzip vor allem die Mehrheiten im Auge hat, das Rechtsstaatsprinzip aber (auch) den Schutz des Einzelnen und der Minderheiten, sind Spannungen zwischen den beiden unvermeidlich. Vor allem der Schutz der Grundrechte des Einzelnen kann die Wahl- und Abstimmungsfreiheit des Volkes beschränken. Die Staatsbürgerinnen und Staatsbürger sind nicht frei, individuelle Ansprüche Einzelner beliebig einzuschränken oder sich über die Hierarchie der Normen hinwegzusetzen. Im demokratischen Verfassungsstaat ist das Recht Grundlage und Schranke allen staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 1 BV). Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Die Grundrechtsbindung besteht somit unabhängig davon, ob eine Behörde auf Bundesebene, auf kantonaler Ebene oder Gemeindeebene tätig wird, ob es sich um einen Akt der Rechtsanwendung oder der Rechtssetzung handelt. Jede Behörde und jedes Staatsorgan ist bei der Aufgabenerfüllung an die Grundrechte gebunden, auch das Volk[32].

[57] Die Spannungen zwischen Rechtsstaat und Demokratie und deren Lösung sind auch aus der Sicht des internationalen Menschenrechtsschutzes bedeutsam, zumal die Garantien zahlreicher Grundrechte der Bundesverfassung auch in internationalen Menschenrechtsverträgen verankert sind. Wird das Demokratieprinzip in dem Sinn höher gewichtet als die Rechtsstaatlichkeit, dass Gesetzgeber oder das versammelte Stimmvolk sich über die Grundrechte hinwegsetzen können, hat dies in der Regel auch Auswirkungen auf den Schutz der internationalen Menschenrechte. Im Folgenden sollen die Spannungen zwischen Rechtsstaat und Demokratie anhand dreier aktueller Debatten illustriert werden: Dem möglichen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, den Massnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem Völkerrecht sowie der Forderung nach grund- und menschenrechtskonformen Einbürgerungsverfahren, insbesondere auf Gemeindeebene. Bei jedem dieser drei Spannungsfelder werden die einschlägigen internationalen Empfehlungen aufgeführt, die aktuelle Situation in der Schweiz diskutiert und schliesslich der weitere Handlungsbedarf abgeklärt.

III. INTERNATIONALE EMPFEHLUNGEN

1. Die Debatte um den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz

[58] Die Bundesverfassung und die in ihr enthaltenen Grundrechtsgarantien stehen an der Spitze der landesrechtlichen Normenhierarchie. Als höchster Erlass geht die Bundesverfassung Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundes sowie dem kantonalen Recht grundsätzlich vor. Die gerichtliche Überprüfung staatlicher Hoheitsakte auf ihre Verfassungsmässigkeit (Verfassungsgerichtsbarkeit) kennt in der Schweiz allerdings einige bedeutende Schranken. Diese Einschränkungen der Verfassungsgerichtsbarkeit wirken sich teilweise auch auf die Durchsetzung völkerrechtlicher Schutzansprüche aus.

[59] Gemäss Art. 189 Abs. 1 BV ist das Bundesgericht als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes namentlich zuständig für die Beurteilung von Streitigkeiten wegen der Verletzung

[32] Vgl. KIENER, S. 216.

von Bundesrecht (inkl. Bundesverfassung) und von Völkerrecht. Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates können jedoch nach Art. 189 Abs. 4 BV grundsätzlich nicht beim Bundesgericht angefochten werden. Die abstrakte Normenkontrolle, die vor bzw. losgelöst von einem Anwendungsfall erfolgt, ist damit bei Bundesgesetzen und Bundesverordnungen grundsätzlich ausgeschlossen. Im konkreten Anwendungsfall ist das Bundesgericht zwar befugt, die Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes oder eine Bundesverordnung vorfrageweise zu überprüfen, doch wird hier die Verfassungsgerichtsgerichtbarkeit durch Art. 190 BV erheblich beschränkt. Gemäss dieser Bestimmung sind Bundesgesetze und das Völkerrecht für das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden massgebend, und zwar insbesondere auch dann, wenn sie die Bundesverfassung verletzen. Eine verfassungswidrige Gesetzesbestimmung kann damit grundsätzlich nur vom Gesetzgeber, nicht aber von den Gerichten korrigiert werden[33]. Vom Anwendungsgebot von Art. 190 BV sind auch unselbständige Bundesverordnungen sowie kantonale Gesetze erfasst, soweit deren Verfassungswidrigkeit durch verfassungswidrige Bundesgesetze gedeckt ist.

[60] Da das Anwendungsgebot von Art. 190 BV sich nicht nur auf Bundesgesetze, sondern auch auf Völkerrecht bezieht, stehen die rechtsanwendenden Behörden vor einem Dilemma, wenn Bundesgesetze Völkerrecht verletzen. Ebenfalls unklar ist die Rechtslage, wenn nicht nur das Bundesgesetz, sondern die Verfassung selbst im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz steht[34].

1.1. Empfehlungen

[61] Die Schweiz wurde bis anhin von internationalen Gremien nicht ausdrücklich dafür kritisiert, in ihrer Bundesverfassung eine Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit vorzusehen. In der Tat steht es jedem Land grundsätzlich frei, selbst darüber zu entscheiden, mit welchen Mitteln es völkerrechtlich garantierte Ansprüche im Innern durchsetzt. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass einzelne Bundesgesetze, welche die Bundesverfassung verletzen – und aufgrund von Art. 190 BV trotzdem angewendet werden müssen – gleichzeitig auch gegen menschenrechtliche Garantien verstossen. Dies gilt insbesondere für einzelne Beschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit sowie für Diskriminierungen. So rief z.B. der UNO-Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau die Schweiz auf, die bestehende Ungleichbehandlung der Ehegatten mit Bezug auf die Regelung des Heimatortes zu beheben[35]. Vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wurde die Schweiz mehrfach wegen der diskriminierenden Namensgesetzgebung verurteilt, zuletzt im Fall Losonci Rose und Rose[36]. Im Bereich der Meinungsäusserungsfreiheit haben sich vor allem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), das auch Medienschaffende den Regeln des lauteren Wettbewerbs unterstellt[37], sowie das Radio- und Fernsehgesetz (RTVG), das ein Verbot politischer Werbung vorsieht[38], als problematisch erwiesen.

---

[33] Vgl. BGE 131 V 256 E.5.

[34] Vgl. zu beidem unten III.1.2.

[35] CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2003, Ziff. 136 f.

[36] EGMR, Losonci Rose and Rose v. Switzerland, 664/06 (2010). Siehe dazu Andrea Egbuna-Joss, Hinweis auf die Revision des Schweizer Namensrechts, SKMR-Newsletter vom 6. Juli 2011, im Internet verfügbar unter: www.skmr.ch/de/themenbereiche/institutionelle-fragen/artikel/namensrecht.html?zur=93 (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

[37] Vgl. BGE 120 II 76 und Folgeentscheide.

[38] Vgl. BGE 123 II 402 und Folgeentscheide.

[62] Verschiedene Beispiele belegen, dass sich im Parlament manchmal über Jahre hinweg keine politischen Mehrheiten finden lassen, die gewillt sind, die verfassungs- und teilweise auch völkerrechtswidrigen Regelungen zu korrigieren. So verstiess bspw. das alte Namensrecht klarerweise gegen den Gleichstellungsartikel in Art. 8 Abs. 3 BV sowie gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK. Obwohl diese Verletzung bereits im Jahre 1994 vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt worden war[39], scheiterten seither mehrere Vorstösse für eine verfassungs- und EMRK-konforme Ausgestaltung des Namensrechts im Parlament. Das Bundesgericht hielt deshalb 2005 fest, dass es ihm verwehrt sei, auf dem Weg der Rechtsprechung eine vom Gesetzgeber verworfene Namensregelung einzuführen[40]. Die Korrektur erfolgte anschliessend (zum wiederholten Male) auf internationaler Ebene. Im Parlament fand sich die notwendige Mehrheit für eine Revision schliesslich am 30. September 2011 – 17 Jahre nach der ersten Verurteilung durch den EGMR. Wie schwierig es sich erweist, in Bezug auf die Meinungsäusserungsfreiheit eine EMRK-konforme Situation herzustellen, belegen die Urteile in Sachen Verein gegen Tierfabriken. Hier hat das Bundesgericht – nach zweimaliger Verurteilung der Schweiz durch die Strassburger Instanzen – entschieden, die „SRG, die sich offenbar nach wie vor gegen die beantragte Ausstrahlung wendet […] daran zu erinnern, dass nach Art. 35 Abs. 1 BV die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen"[41].

1.2. Situation in der Schweiz[42]

[63] In Bezug auf das kantonale (und kommunale) Recht kennt die Schweiz keine Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Das Bundesgericht kann kantonale Akte ohne Einschränkungen sowohl im Einzelfall (sog. konkrete Normenkontrolle) als auch losgelöst von einem konkreten Anwendungsfall (sog. abstrakte Normenkontrolle) auf ihre Verfassungs- und Völkerrechtskonformität überprüfen, und die betreffende Norm oder das Gesetz im Einzelfall nicht anwenden bzw. für nichtig erklären, wenn dadurch übergeordnetes Recht verletzt wird.

[64] Bei Akten der Bundesversammlung und des Bundesrates ist hingegen eine abstrakte Anfechtung ausgeschlossen (Art. 189 Abs. 4 BV sowie Art. 82 lit. a BBG *e contrario*). Zwar können auch diese Akte im Einzelfall auf ihre Grund- und Menschenrechtskonformität überprüft werden. Lässt sich jedoch ein Konflikt zwischen einer Bestimmung in einem Bundesgesetz und den Grundrechten nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung lösen, so muss das Bundesgericht das Bundesgesetz trotz Verfassungswidrigkeit anwenden (Art. 190 BV). Diese Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet nicht, dass die Normenhierarchie verändert und Bundesgesetze über der Bundesverfassung stehen würde. Es ist aber nach geltendem schweizerischen Verfassungsrecht am Bundesgesetzgeber, insbesondere am Bundesparlament, die Verfassungsmässigkeit seiner Erlasse sicherzustellen (vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. a ParlG). Über diese Einschätzung der Verfassungskonformität des Bundesgesetzgebers dürfen sich die rechtsanwendenden Behörden nicht hinwegsetzen.

---

39 EGMR, Burghartz v. Switzerland 16213/90 (1994).

40 BGE 5A.4/2005, E.3.3.1.

41 BGE 136 I 158 E.3.2.

42 Teile der folgenden Ausführungen sind dem Beitrag von ANDREA EGBUNA-JOSS, Entwurf zum Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Vernehmlassung, SKMR-Newsletter vom 6. Mai 2011, im Internet verfügbar: www.skmr.ch/de/themenbereiche/institutionelle-fragen/artikel/verfassungsgerichtsbarkeit.html?zur=9 (zuletzt besucht am 27. Mai 2013) entnommen.

[65] Anders verhält es sich bei einem Konflikt zwischen Bundesgesetz und Völkerrecht. Weder Art. 5 Abs. 4 BV, der Bund und Kantone zur Beachtung des Völkerrechts verpflichtet, noch Art. 190 BV, der Bundesgesetze und Völkerrecht gleichermassen einem Anwendungsgebot unterstellt, regeln das Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht abschliessend. Zwar gilt das Völkerrecht in der Schweiz unmittelbar und verpflichtet alle staatlichen Organe, doch die Frage nach dem innerstaatlichen Rang des Völkerrechts wird im Verfassungstext nicht ausdrücklich beantwortet.

[66] Fest steht, dass das zwingende Völkerrecht zuoberst in der Rangordnung steht und sowohl abweichenden Bundesgesetzen als auch abweichendem Verfassungsrecht vorgeht. Ebenfalls unbestritten ist, dass Konflikte zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht nach Möglichkeit durch eine völkerrechtskonforme Auslegung zu vermeiden sind. Lässt sich der Konflikt so nicht lösen, gilt gemäss der ständigen Praxis des Bundesgerichtes der Grundsatz „Völkerrecht bricht Landesrecht“[43]. Den Vorrang des Völkerrechts anerkennt das Bundesgericht auch gegenüber späterem Gesetzesrecht und beruft sich in seiner Begründung auf die Grundsätze in Art. 26 (*„pacta sunt servanda“*) und Art. 27 Wiener Vertragsrechtskonvention, wonach es einem Staat verwehrt ist, sich auf innerstaatliches Recht zu berufen, um die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages zu rechtfertigen.

[67] Von diesem Grundsatz macht das Bundesgericht gemäss der sog. Schubert-Praxis prinzipiell immer dann eine Ausnahme, wenn das Parlament ein Bundesgesetz im Wissen um den Konflikt mit bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen erlassen hat. In diesen Fällen einer vom Gesetzgeber gewollten Verletzung des Völkerrechts geniesst somit die (jüngere) Gesetzesbestimmung Vorrang vor der (älteren) völkerrechtlichen Verpflichtung. Diese Ausnahme gilt jedoch gemäss etablierter Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht, wenn eine Gesetzesbestimmung mit der EMRK in Konflikt steht; in solchen Fällen geniesst die EMRK (und wohl auch grundlegende menschenrechtliche Garantien anderer völkerrechtlicher Verträge) Vorrang vor der innerstaatlichen Regelung[44].

[68] Mit dieser Einschränkung der Schubert-Praxis hat das Bundesgericht die Möglichkeit, völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien selbst dann Nachachtung zu verschaffen, wenn der Gesetzgeber bei Erlass eines Bundesgesetzes bewusst eine Verletzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz in Kauf genommen hat. Namentlich Konflikte zwischen der EMRK und Bundesgesetzen können so im Einzelfall vom Bundesgericht zugunsten der EMRK entschieden werden, was den Beschwerdeführern u.U. einen Gang nach Strassburg zu ersparen vermag. Dennoch erscheint diese Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Hintertür aus grundrechtlicher und rechtsstaatlicher Sicht als wenig befriedigend. Sie führt dazu, dass Gerichte Bundesgesetze im Einzelfall zwar sowohl anhand der völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien als auch anhand der Grundrechte der Verfassung überprüfen können; einer bundesgesetzlichen Bestimmung die Anwendung versagen darf das Bundesgericht aber nur bei einem Verstoss gegen völkerrechtlichen Garantien, nicht aber bei einem Verstoss gegen die demokratisch stärker legitimierten Grundrechte. Zu Lücken im gerichtlichen Rechtschutz führt dies insbesondere dann, wenn eine Gesetzesbestimmung gegen ein Grundrecht der Bundesverfassung verstösst, welches nicht auch gleichzeitig in einem völkerrechtlichen Übereinkommen festgeschrieben ist, in einem Zusatzprotokoll verankert ist, welches die

---

[43] Vgl. KÄLIN/ EPINEY/ CARONI/ KÜNZLI, S. 119 ff. mit Nachweisen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

[44] Vgl. KÄLIN/ EPINEY/ CARONI/ KÜNZLI, S. 122 ff.; Bericht Bundesrat 2010, S. 2311 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, insbesondere BGE 125 II 417, 424 f.

Schweiz bisher nicht ratifiziert hat, oder wenn die Schweiz zu der entsprechenden völkerrechtlichen Bestimmung einen Vorbehalt angebracht hat. Als Beispiele sind der allgemeine Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV, das Willkürverbot von Art. 9 BV, das Recht auf Nothilfe gemäss Art. 12 BV oder die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 26 und 27 BV zu erwähnen.

1.3. Reformbemühungen

[69] Nachdem zahlreiche Versuche zur Stärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Vergangenheit (z.B. im Rahmen der Justiz- und Föderalismusreform) gescheitert sind, steht das Anliegen gegenwärtig wieder weit oben auf der politischen Agenda. Im Nationalrat wurden bereits 2005 bzw. 2007 zwei parlamentarische Initiativen zum Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit eingereicht[45]. Der Initiant bzw. die Initiantin verlangten im Wesentlichen, die Bundesverfassung dahingehend zu ändern, dass diese von den rechtsanwendenden Behörden künftig in jedem Fall anzuwenden sei, nicht nur – wie bisher – gegenüber abweichenden kantonalen Gesetzen, sondern auch gegenüber abweichenden Bundesgesetzen. Die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen arbeitete daraufhin einen entsprechenden Bericht und Entwurf aus und legte diese am 12. August 2011 vor. Die Mehrheit der Kommission schlug vor, Artikel 190 der Bundesverfassung ersatzlos zu streichen. Der Nationalrat stimmte am 6. Dezember 2011 als Erstrat der Aufhebung von Art. 190 BV knapp zu. Der Ständerat sprach sich am 5. Juni 2012 jedoch mit 27 zu 17 Stimmen dagegen aus. Das Geschäft ging zurück in den Nationalrat, der mit Entscheid vom 3. Dezember 2012 beschloss, nicht auf die Vorlage einzutreten.

[70] Mit der Streichung von Art. 190 BV wäre eine wichtige Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit beseitigt worden. Das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden wären fortan befugt gewesen, Bestimmungen von Bundesgesetzen im Anwendungsfall vorfrageweise auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen und ihnen im konkreten Fall die Anwendung zu versagen, falls die Überprüfung ergeben hätte, dass die Gesetzesbestimmung gegen die Verfassung verstösst. Weiterhin nicht möglich wäre die sog. abstrakte Normenkontrolle geblieben, also die Überprüfung und eventuelle Ungültigerklärung eines Bundesgesetzes losgelöst von einem konkreten Anwendungsfall. Aufgrund von Art. 189 Abs. 4 BV hätten auch nach einer Streichung von Art. 190 BV Akte der Bundesversammlung und des Bundesrats nicht angefochten werden können, und das Bundesgericht wäre weiterhin nur befugt gewesen, Beschwerden gegen Verfügungen im Einzelfall oder gegen kantonale Erlasse zu beurteilen (Art. 82 BGG).

1.4. Handlungsbedarf

[71] Der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit und die Einführung der konkreten Normenkontrolle für Bundesgesetze würden einen wichtigen Beitrag zur Kohärenz des Schutzes der Grund- und Menschenrechte in der Schweiz leisten. Die Überprüfung von Bundesgesetzen würde nicht mehr durch die „Hintertüre", d.h. über den Umweg der Rüge einer Verletzung der EMRK oder anderer internationaler Menschenrechtsansprüche, erfolgen, sondern offen anhand der Grundrechte der Verfassung und des Völkerrechts. Für die rechtsanwendenden

[45] Parlamentarische Initiative Studer 05.445 vom 7. Okt. 2005; Parlamentarische Initiative MÜLLER-HEMMI 07.476 vom 5. Okt. 2007.

Behörden hätte die Streichung von Art. 190 BV somit auch insofern eine Vereinfachung bringen können, als bei der vorfrageweisen Überprüfung von Bundesgesetzen die heute noch vorzunehmende Unterscheidung zwischen in der Verfassung festgeschriebenen Grundrechten und völkerrechtlich verankerten Menschenrechten hinfällig geworden wäre. Generell wäre dadurch die Bedeutung der Grundrechte der Bundesverfassung gestärkt worden.

[72] Zwar wäre es weiterhin wünschbar, dass der Gesetzgeber das unzulängliche Bundesgesetz selber mit dem übergeordneten Recht in Übereinstimmung bringt. Das Beispiel des schweizerischen Namensrechts, bei welchem sich im Parlament 17 Jahre keine Mehrheit finden konnte, um eine klarerweise grund- und menschenrechtswidrige Bestimmung zu ändern, illustriert jedoch, dass der Schutz der Verfassung und des Völkerrechts nicht alleine dem Gesetzgeber anzuvertrauen ist. Wären die Gerichte neu befugt gewesen, einer bundesgesetzlichen Bestimmung bei Verfassungswidrigkeit die Anwendung zu versagen, wäre der Druck auf den Gesetzgeber erhöht worden, die fragliche Regelung anzupassen oder aufzuheben. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers wäre aber zumindest immer dann weiterhin notwendig geblieben, wenn die Verfassungs- oder Völkerrechtswidrigkeit einer Bestimmung auf unterschiedliche Weise behoben werden kann.

[73] Die vorgeschlagene Streichung von Art. 190 BV hätte zur Folge gehabt, dass das Anwendungsgebot sowohl für Bundesgesetze als auch für Völkerrecht dahingefallen und die allgemeinen Regeln der Normenhierarchie gegolten hätten. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates bemerkte in ihrem Bericht, dass nach einer Streichung von Art. 190 BV Normenkonflikte zwischen Verfassung und Völkerrecht nur noch nach Art. 5 Abs. 4 BV („Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.“) zu beurteilen wären. Da sich diese Bestimmung jedoch nur zur Geltung, nicht zum Geltungsvorrang des Völkerrechts äussert, wäre die Frage nach den Rangverhältnissen von Verfassung und Völkerrecht sowie von Bundesgesetzen und Völkerrecht (soweit es sich dabei nicht um Grund- oder Menschenrechte handelt) weiterhin nicht abschliessend geklärt gewesen. Diese Frage weist allerdings weit über das Thema der Verfassungsgerichtsbarkeit hinaus – und lässt sich wohl auch nicht durch eine einfache Vorrangregelung beantworten.

[74] Beim Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit müsste auch die Frage beantwortet werden, ob die Schweiz an einem diffusen System der Überprüfung festhalten will, bei dem alle gerichtlichen Instanzen zur Überprüfung der Verfassungsmässigkeit befugt sind, oder ob sie ein sogenanntes konzentriertes System einführen sollte, bei dem nur das höchste Gericht für die Verfassungsgerichtsbarkeit zuständig ist. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hatte das konzentrierte System, bei dem die Überprüfung von Bundesgesetzen im Anwendungsfall allein dem Bundesgericht vorbehalten gewesen wäre, abgelehnt. Aus der blossen Aufhebung von Art. 190 BV hätte sich daher ergeben, dass nicht nur das höchste Gericht, sondern alle rechtsanwendenden Behörden und Gerichte (auch das Bundesverwaltungsgericht sowie kantonale Gerichte), Bundesgesetze auf ihre Verfassungskonformität überprüfen und diesen die Anwendung hätten verweigern können.

[75] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Streichung von Art. 190 BV eine Besonderheit des schweizerischen Verfassungsrechts beseitigt hätte, die an Rechtfertigung eingebüsst hat. Hatte die Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit ursprünglich eine Bedeutung für das allmähliche Zusammenwachsen der Schweiz, so stellt sie heute einen Fremdkörper im demokratischen Verfassungsstaat dar. Die alleinige Verantwortung des Bundesgesetzgebers für die verfassungskonforme Ausgestaltung der Bundesgesetzgebung ist nicht nur in der direktdemokratischen Tradition der Schweiz verankert, sondern auch eng mit

der Entstehung des schweizerischen Bundesstaats verbunden. Bei seiner Schaffung enthielt die Bundesverfassung nur sehr punktuelle grundrechtliche Garantien. Im Unterschied zu den Kantonen verfügte der Bund aber auch kaum über Zuständigkeiten, welche für die Freiheiten der Bürgerinnen und Bürger bedeutsam waren. Entsprechend gering war ursprünglich die Bedeutung eines gerichtlichen Schutzes verfassungsmässiger Rechte gegenüber Bundesgesetzen. Das Anwendungsgebot für Bundesgesetze hatte denn auch zunächst vor allem eine föderalistische Komponente: Dem Bundesgericht sollte es verwehrt sein, Bundesgesetzen wegen fehlender oder ungenügender Zuständigkeit des Bundes die Anwendung zu verweigern. Solange auch der Ständerat (und im Rahmen des Referendums auch das Volk) einer Regelung zustimmte, hielt man die Interessen der Kantone für hinreichend geschützt.

[76] Heute zeigt sich Art. 190 BV allerdings in anderem Licht. Erstens enthält die BV mittlerweile einen ausführlichen Grundrechtskatalog, der die Grundfreiheiten des Einzelnen und die grundlegenden Pflichten des Staates umfassend regelt und entsprechenden Schutz verdient. Zweitens verfügt der Bund heute über zahlreiche Kompetenzen, welche die Freiheiten der Einzelnen berühren und ihr Schutzbedürfnis auch gegenüber Bundesgesetzen erhöhen. Aufgrund der zügig fortschreitenden Zentralisierung kann auch nicht mehr ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass das Zweikammersystem einen hinreichenden Schutz vor kompetenzwidrig erlassenden Bundesgesetzen bietet. Die Gründe, die im 19. Jahrhundert für eine Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit gesprochen haben mögen, sind denn auch heute nicht mehr in gleichem Masse gegeben. Vielmehr sprechen grundrechtliche, rechtsstaatliche und letztlich auch demokratische Gründe für einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit und einen verbesserten Schutz jener Werte, die eine besondere inhaltliche und demokratische Legitimation geniessen.

[77] Dabei ist jedoch nicht zu übersehen, dass eine blosse Streichung von Art. 190 BV wohl nicht ausgereicht hätte, um die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz zu vervollständigen. Will man auch bei der Überprüfung von Bundesgesetzen am diffusen System der Verfassungsgerichtsbarkeit festhalten, so müsste zumindest die Frage geklärt werden, wie für eine schweizweit einheitliche Rechtsprechung gesorgt werden kann. Um zu vermeiden, dass kantonale Gerichte in Bezug auf Bundesgesetze unterschiedlich entscheiden, müsste wohl zumindest eine Behördenbeschwerde vorgesehen werden (bzw. die Beschwerdemöglichkeiten von Art. 89 Abs. 2 BGG erweitert werden), welche Bundesbehörden allgemein erlauben würde, bei Streitigkeiten über die Anwendbarkeit von Bundesgesetzen das Bundesgericht anzurufen.

2. Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem Völkerrecht und den Grundrechten der Bundesverfassung

[78] In der Vergangenheit hat das Schweizer Stimmvolk verschiedene Volksinitiativen angenommen, die im Widerspruch zu den Grundrechten der Verfassung und den von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsverträgen standen. Dass solche Initiativen zur Abstimmung kommen konnten, ist darauf zurückzuführen, dass nach Art. 139 Abs. 3 BV eine Volksinitiative nur dann für ganz oder teilweise ungültig erklärt werden kann, wenn sie die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzt oder einen offensichtlich undurchführbaren Inhalt aufweist[46]. Für gültig erklärt werden dagegen

[46] Vgl. TSCHANNEN, 545.

Volksinitiativen, die im Widerspruch zu den Grundwerten der geltenden Verfassung, insbesondere den Grundrechten, stehen oder gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossen. Bei Annahme einer solchen Volksinitiative durch Volk und Stände entsteht in der Folge ein Konflikt zwischen neuem Verfassungs- und Völkerrecht bzw. zwischen den Grundrechten der Verfassung und einer neuen Verfassungsbestimmung, zu dessen Lösung die Bundesverfassung keine ausdrückliche Regelung enthält.

2.1. Empfehlungen

[79] Im Rahmen der *Universal Periodic Review* (UPR) 2008 hat Belgien der Schweiz empfohlen, gesetzliche oder andere Massnahmen zu ergreifen, die sicherstellten, dass die Menschenrechte von den Gerichtsbehörden frühzeitig berücksichtigt werden. Insbesondere sei während der Ausarbeitung von Volksinitiativen dafür zu sorgen, dass diese mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz übereinstimmten[47].

[80] Die Schweiz hat die Empfehlung mit der Begründung abgelehnt, dass keine zusätzlichen Massnahmen zur Erreichung des Zieles der Empfehlung angebracht seien. Die Schweizer Regierung und das Parlament würden vorgängig die Völkerrechtskonformität von Volksinitiativen überprüfen. Volksinitiativen, die zwingendem Völkerrecht widersprechen, würden vom Parlament ganz oder teilweise für ungültig erklärt. Zudem müsse eine Initiative nach ihrer Annahme entsprechend den internationalen Verpflichtungen der Schweiz umgesetzt werden[48].

[81] Im Rahmen der zweiten UPR Ende 2012 wurde der Schweiz erneut empfohlen, verfassungsrechtliche und gesetzgeberische Massnahmen zu ergreifen bzw. institutionelle Garantien zu schaffen, welche verhindern, dass aufgrund von Volksinitiativen erfolgte Verfassungsänderungen zur Verletzung völkerrechtlicher Menschenrechtsverpflichtungen der Schweiz bzw. zur Verletzung der Rechte Einzelner oder bestimmter Gruppen führen[49]. Der Bundesrat hat auch diese Empfehlungen nach einer eingehenden Überprüfung abgelehnt. In seiner Begründung betonte er zunächst, dass das Instrument der Volksinitiative zur Änderung der Verfassung ein grundlegendes Element der Schweizer Demokratie darstelle und verwies anschliessend auf die aktuellen Reformarbeiten. Die diesbezügliche Entscheidung des Parlaments sei zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht abzusehen[50].

[82] Ebenfalls empfohlen wurde der Schweiz, das aufgrund einer Volksinitiative angenommene Minarettverbot in Art. 72 Abs. 3 der Bundesverfassung aufzuheben[51]. Die Schweizer Delegation lehnte diese Empfehlung noch vor Ort ab[52].

---

47 UPR Switzerland 2008, Empfehlung 57.4.

48 UPR, A/HRC/8/41/Add.1

49 UPR Switzerland 2012, Empfehlungen 123.59 und 123.60.

50 Stellungnahme der Schweiz zu den offenen UPR-Empfehlungen vom 27.02.2013, S. 13.

51 UPR Switzerland 2012, Empfehlung 124.3.

52 S. dazu die Ausführungen unten Das Verhältnis von Staat und Religion, IV.1.

2.2. Situation in der Schweiz[53]

[83] Art. 139 Abs. 3 BV regelt nur das Verhältnis zwischen einer Volksinitiative und den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts. Die überwiegende Mehrheit der internationalen Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte gehört jedoch nicht zu den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man die materielle Schranke der Verfassungsrevision („zwingende Bestimmungen des Völkerrechts") eng im Sinne des völkerrechtlichen *ius cogens* auslegt, wie dies Bundesrat und Bundesversammlung gegenwärtig tun[54]. In der Vergangenheit sind so mehrfach Volksinitiativen zur Abstimmung gekommen, die menschenrechtlichen Garantien widersprachen. Obwohl der Bundesrat in den Botschaften zu diesen Volksinitiativen jeweils die Problematik der Völkerrechtswidrigkeit erörtert hatte, wurden sie anschliessend von Volk und Ständen angenommen. Als Beispiele seien nur die Volksinitiative „Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter" (am 8. Feb. 2004 mit 56.2% Ja-Stimmen angenommen), die Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten" (am 29. Nov. 2009 mit 57.5% Ja-Stimmen angenommen) und die Volksinitiative „Für die Ausschaffung krimineller Ausländer" (am 28. November 2010 mit 52.9% Ja-Stimmen angenommen) erwähnt.

[84] Die menschenrechtskonforme Umsetzung dieser Initiativen durch den Gesetzgeber erweist sich als schwierig. Es bleibt der Schweiz im Wesentlichen nur die unattraktive Wahl zwischen der Nichtanwendung von geltendem Verfassungsrecht und der Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen. Die Möglichkeit einer Kündigung der völkerrechtlichen Verträge zur Behebung des Konfliktes besteht insbesondere im Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes nur sehr begrenzt: Während die EMRK zumindest aus rechtlicher Sicht kündbar wäre, enthalten z.B. die UNO-Pakte I und II keine Kündigungsklausel. Viele menschenrechtliche Garantien bilden zudem Teil des Völkergewohnheitsrechtes und wären daher auch ohne jegliche vertragliche Verpflichtung nach wie vor für die Schweiz verbindlich[55].

[85] Die Frage nach der Zulässigkeit von Verfassungsrevisionen wirft aber auch in Bezug auf das Landesrecht Fragen auf. Im Unterschied etwa zum deutschen Grundgesetz (Art. 79 Abs. 3 GG) kennt die schweizerische Bundesverfassung keine autonomen Inhaltsschranken der Verfassungsrevision. Grundsätzlich stehen sämtliche Verfassungsnormen und auch die Grundwerte der Verfassung zur Disposition. Nach geltendem Recht können Initiativen auch dann nicht für ungültig erklärt werden, wenn sie gegen Kerngehalte von Grundrechten verstossen.

---

[53] Teile der folgenden Ausführungen sind den Beiträgen von ANDREA EGBUNA-JOSS, Verbesserung der Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem Völkerrecht, SKMR-Newsletter vom 6. Mai 2011, im Internet verfügbar unter: http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/institutionelle-fragen/artikel/volksinitiativen-voelkerrecht.html?zur=93 (zuletzt besucht am 27. Mai 2013) und Neue Regeln zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem Völkerrecht, SKMR-Newsletter vom 1. Feb. 2012, im Internet verfügbar unter: http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/institutionelle-fragen/artikel/regeln-volksinitiativen.html?zur=93 (zuletzt besucht am 27. Mai 2013) entnommen.

[54] Der Verfassungstext liesse durchaus auch ein weiteres verfassungsautonomes Verständnis der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts zu, das beispielsweise auch rechtlich oder faktisch nicht kündbare Verträge oder allgemein verbindliches Völkergewohnheitsrecht umfassen könnte. Nach der Botschaft zur revidierten Verfassung war der Bundesrat ursprünglich davon ausgegangen, dass die Bundesversammlung den Ausdruck „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts" autonom und dynamisch auslegen und über das völkerrechtliche *ius cogens* hinausgehen kann (Botschaft Totalrevision BV, S. 446. f.). Von dieser Möglichkeit hat die Bundesversammlung jedoch in der Folge nicht Gebrauch gemacht.

[55] S. dazu die Antwort des Bundesrates vom 15. Mai 2013 auf die Interpellation BRUNNER 13.3237, Ziff. 7.

[86] Der Bundesrat und das Parlament befassen sich bereits seit längerem mit der Thematik des Verhältnisses von Landesrecht und Völkerrecht und den Schranken der Verfassungsrevision. Einerseits wurden 2007 und 2009 zwei parlamentarische Initiativen eingereicht, die eine Erweiterung der Ungültigkeitsgründe gemäss Art. 139 Abs. 3 BV um Verstösse gegen die Grundrechte und die Verfahrensgarantien des Völkerrechts[56] bzw. einen richterlichen Entscheid über die Gültigkeit von Volksinitiativen vor Beginn der Unterschriftensammlung[57] verlangten. Beide Initiativen fanden jedoch keine Zustimmung im Parlament.

[87] Andererseits wurde der Bundesrat mittels verschiedener Postulate beauftragt, einen Bericht über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Allgemeinen und über den Umgang mit den Volksinitiativen, welche nicht gegen zwingendes Völkerrecht, wohl aber gegen Grundrechte oder „sonstiges" Völkerrecht verstossen und deshalb nicht vollständig umgesetzt werden könnten, im Besonderen zu verfassen[58]. Der Bundesrat veröffentlichte daraufhin am 5. März 2010 einen Bericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht und am 30. März 2011 den verlangten Zusatzbericht über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem Völkerrecht. Im Folgenden sollen die im Zusatzbericht vom Bundesrat vorgeschlagenen Massnahmen, welche primär darauf abzielen, schon die Entstehung von Konflikten zwischen Verfassungs- und Völkerrecht zu verhindern, kurz diskutiert werden.

[88] Als erste Massnahme schlägt der Bundesrat vor, bereits vor der Unterschriftensammlung die Vereinbarkeit einer Volksinitiative mit dem gesamten einschlägigen Völkerrecht, anstatt wie bisher nur mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts zu prüfen. Diese nicht bindende Vorprüfung, die das Bundesamt für Justiz und die Direktion für Völkerrecht gemeinsam vornehmen würden, würde es den Initianten ermöglichen, den Initiativtext allenfalls entsprechend anzupassen. Da das Resultat der Vorprüfung auch auf den Unterschriftenbogen vermerkt werden soll („Warnhinweis"), geht der Bundesrat davon aus, dass die Vorprüfung und die bessere Information der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger dazu führen würde, dass weniger völkerrechtswidrige Initiativen zu Stande kommen bzw. in einer Volksabstimmung angenommen werden würden.

[89] Der Bundesrat empfiehlt als weitere Massnahme die Erweiterung der Ungültigkeitsgründe um das Kriterium der grundrechtlichen Kerngehalte der Bundesverfassung. Er sieht diese Ausdehnung als geeigneten Beitrag zur Entschärfung der dringendsten Probleme, wie sie durch das Einreichen völkerrechtswidriger Volksinitiativen entstehen können[59]. Die Anerkennung der grundrechtlichen Kerngehalte als materielle Schranken der Verfassungsrevision hätte beispielsweise zur Folge, dass eine Volksinitiative, die auf die Wiedereinführung der Todesstrafe zielt, für ungültig erklärt werden könnte. Allerdings ist bei vielen Grundrechten nicht abschliessend geklärt, was zum Kerngehalt gehört.

[90] Ob auch das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV, welches eine qualifizierte Ungleichbehandlung verbietet, zu den grundrechtlichen Kerngehalten gehört, ist nach Ansicht des Bundesrates umstritten, gemäss heutigem Stand der Rechtspraxis jedoch zu verneinen[60].

---

[56] Parlamentarische Initiative VISCHER 07.477 vom 5. Okt. 2007.

[57] Parlamentarische Initiative MORET 09.521 vom 11. Dez. 2009.

[58] Postulat 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Okt. 2007; Postulat 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. Nov. 2008; Postulat 10.3885 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 21. Okt. 2010.

[59] Zusatzbericht 2011, 29 ff.

[60] Vgl. Zusatzbericht 2011, 36 ff.

Es käme jedoch ebenfalls als weitere materielle Schranke in Betracht, welche die Entstehung zusätzlicher Konflikte zwischen neu geschaffenem Verfassungsrecht und Völkerrecht vermeiden könnte. So wäre aufgrund dieses Kriteriums z.B. die Minarettverbots-Initiative für ungültig erklärt worden. Als Nachteil dieser weiteren materiellen Schranke nennt der Bericht insbesondere die zusätzliche Einschränkung des Initiativrechts[61]. Im Fazit empfiehlt der Bundesrat zunächst lediglich die Ausdehnung der Ungültigkeitsgründe auf grundrechtliche Kerngehalte und begnügt sich mit dem Hinweis an das Parlament, dass die Festlegung des Diskriminierungsverbotes als zusätzliche Schranke möglich wäre.

[91] Da selbst eine materielle Vorprüfung und die Ausdehnung der Ungültigkeitsgründe nicht in jedem Fall verhindern können, dass ein Konflikt zwischen Landes- und Völkerrecht bzw. zwischen neuer Verfassungsnorm und Grundrechten entsteht, hat der Bundesrat schliesslich noch die Einführung einer eigentlichen Kollisionsregel sowohl für das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Bundesgesetzen als auch zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht geprüft. In Betracht gezogen wurde der Grundsatz, der vom Bundesgericht in BGE 125 II 417 entwickelt worden war. In diesem Urteil relativierte das Bundesgericht die sog. Schubert-Praxis in Bezug auf die international garantierten Menschenrechte[62]. Die Schubert-Praxis, gemäss welcher das Bundesgericht immer dann an ein völkerrechtswidriges Bundesgesetz gebunden ist, wenn das (neuere) Bundesgesetz einem (älteren) Staatsvertrag widerspricht und der Gesetzgeber den Widerspruch zwischen Staatsvertrag und innerstaatlicher Norm ausdrücklich in Kauf genommen hat, bleibt jedoch weiterhin massgebend, sofern es sich um übrige Bestimmungen des Völkerrechts handelt.

[92] In BGE 125 II 417 entschied das Bundesgericht, dass ein Konflikt zwischen Bundesgesetz und völkerrechtlich verankerten Menschenrechten, welcher nicht durch eine völkerrechtskonforme Auslegung des Gesetzes aufgehoben werden kann, unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten Grundsätze des Völkerrechts in Art. 26 und 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention zu lösen sei. Gemäss diesen Bestimmungen sind die Staaten verpflichtet, die eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen in Treu und Glauben zu erfüllen (*pacta sunt servanda*) und können sich dabei nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um eine Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen. Gemäss der Auffassung des Bundesgerichts ergibt sich aus diesen Grundsätzen, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgehe und eine völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden könne. Dieser Schluss dränge sich umso mehr auf, wenn es sich bei der völkerrechtlichen Norm um eine Bestimmung zum Schutz der Menschenrechte handle[63].

[93] Im Ergebnis spricht sich der Bundesrat in seinem Bericht jedoch gegen eine verfassungsmässige Verankerung dieser Kollisionsregel aus, u.a. weil die Tragweite der internationalen Menschenrechtsgarantien, die einen Vorrang vor Bundesverfassung und Bundesgesetzen begründen sollen, noch nicht ausreichend klar bestimmt sei[64].

[94] Als Reaktion auf den Zusatzbericht des Bundesrates reichten die Staatspolitischen Kommissionen beider Räte (SPK-N und SPK-S) entsprechende Motionen ein. Die Motion der SPK-S[65] verlangt die Schaffung rechtlicher Grundlagen für eine nichtbindende materielle Vor-

---

[61] Zusatzbericht 2011, 37 f.

[62] BGE 99 Ib 39.

[63] BGE 125 II 417, E.4.d).

[64] Zusatzbericht 2011, S. 48 f.

[65] Motion 11.3751 der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 28. Juni 2011.

prüfung einer Initiative vor Beginn der Unterschriftensammlung. Würde die Bundesverwaltung einen allfälligen Konflikt mit dem Völkerrecht feststellen, könnten die Initianten entweder den Initiativtext anpassen oder müssten ansonsten einen entsprechenden „Warnhinweis" auf den Unterschriftenbogen anbringen. Die Motion der SPK-S wurde am 20. September 2011 vom Ständerat und am 20. Dezember 2011 vom Nationalrat angenommen.

[95] Die Motion der SPK-N[66] geht einen Schritt weiter und beantragt zusätzlich zur materiellen Vorprüfung eine Erweiterung der materiellen Gründe für eine Ungültigkeitserklärung von Volksinitiativen um den Kerngehalt der Grundrechte der Verfassung oder der EMRK. Der Nationalrat nahm die Motion am 20. Dezember 2011, der Ständerat am 29. Februar 2012 mit Stichentscheid des Präsidenten knapp an. Gegner hatten die Vorschläge der Kommission als Schwächung der Volksrechte kritisiert und ihre Wirksamkeit bezweifelt. Der Bundesrat hat entsprechende Vorlagen ausgearbeitet und sie am 15. März 2013 in die Vernehmlassung geschickt. Die Vernehmlassung dauert noch bis zum 28. Juni 2013.

[96] Der Bundesrat schlägt erstens vor, Volksinitiativen vor der Unterschriftensammlung durch das Bundesamt für Justiz und die Direktion für Völkerrecht unverbindlich vorprüfen zu lassen. Die Vorprüfung soll sich auf das gesamte Völkerrecht beziehen. Die Änderung setzt eine Anpassung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte voraus. Der Bundesrat empfiehlt zweitens, die Gründe für die Ungültigkeitserklärung von Volksinitiativen zu erweitern und Initiativen nicht zur Abstimmung zuzulassen, welche die Kerngehalte der schweizerischen Bundesverfassung verletzen. Die Vorprüfung durch die Bundesverwaltung soll sich auch auf die Kerngehalte beziehen. Über die Ungültigerklärung entscheidet aber weiterhin die Bundesversammlung nach dem Zustandekommen der Initiative. Dieser Vorschlag setzt eine Revision der Bundesverfassung (und ein obligatorisches Referendum) voraus. Die beiden Vorschläge können einzeln oder gemeinsam angenommen werden.

[97] Neben Bundesversammlung und Bundesrat beschäftigt sich auch das Bundesgericht mit dem schwierigen Verhältnis von neuen Verfassungsbestimmungen und Menschenrechtsverpflichtungen der Schweiz. In einem wegweisenden Entscheid hat sich das höchste Gericht in einem Urteil vom 12. Oktober 2012[67] zur Anwendbarkeit von Art. 121 Abs. 3-6 BV geäussert, jenen Bestimmungen also, welche durch die sog. Ausschaffungsinitiative Eingang in die Verfassung gefunden haben. Zwar folge aus Art. 139 Abs. 3 BV *e contrario*, dass Verfassungsänderungen, die nicht zwingendes, wohl aber „anderes" Völkerrecht nicht beachteten, möglich blieben, führte das Gericht aus. Es sei jedoch wenig geklärt, wie im konkreten Rechtsanwendungsfall vorzugehen sei. Im Ergebnis erteilte das Bundesgericht dem Automatismus der Wegweisung eine klare Absage. Es führte aus, dass eine Verfassungsbestimmung, wie jede Bestimmung, nicht nur nach ihrem Wortlaut und dem Willen der Verfasser ausgelegt werden könne, sondern mit Blick auf die Strukturprinzipien, die Völkerrechtskonformität und eine minimale Einheit der Verfassung verstanden werden müsse. Dabei sei die Verfassungsinterpretation einem möglichst schonenden Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen verpflichtet. Eine Auslegung, die dem verfassungsrechtlichen Gesamtkontext (insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit) keine Rechnung trage und ausschliesslich den Willen der Initianten in den Vordergrund stelle, sei unzulässig. Wo die neue Verfassungsnorm eine Konkretisierung erfordere, habe diese

[66] Motion 11.3468 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 19. Mai 2011.

[67] BGE 2C 828/2011, Urteil vom 12. Oktober 2012.

jedenfalls mit Blick auf die Verfassung als Ganze und mit Blick auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zu erfolgen[68].

2.3. Handlungsbedarf

[98] Die Vorlagen des Bundesrates zielen auf eine Reduktion der Konflikte zwischen Volksinitiativen und Völkerrecht bzw. grundlegenden Bestimmungen des Verfassungsrechts, welche möglichst geringfügige Einschränkungen der Volksrechte vorsehen. Zum einen soll die Überprüfung zeitlich vorverschoben werden und stattfinden, bevor bereits mindestens 100'000 Stimmbürgerinnen und Stimmbürger ihre Zustimmung zum Revisionsvorhaben zum Ausdruck gebracht haben. Zum andern soll die Prüfung durch die Bundesverwaltung zwar umfassender ausfallen, aber nicht zu einer Ungültigerklärung der Initiative führen. Ziel der Vorprüfung ist im Wesentlichen, die Initianten sowie Volk und Stände darüber in Kenntnis zu setzen, dass die angestrebte Teilrevision der BV zu Konflikten mit Völkerrecht oder zu Widersprüchen in der Verfassung führen würde.

[99] Der endgültige Entscheid über die Gültigkeit einer Initiative soll weiterhin erst nach ihrem Zustandekommen durch die Bundesversammlung gefällt werden. Neu soll die Bundesversammlung Volksinitiativen aber nicht nur dann für ganz oder teilweise ungültig erklären, wenn sie zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzt, sondern auch wenn sie den Kerngehalt der Grundrechte der Bundesverfassung antasten.

[100] Obwohl diese Vorschläge auf eine Entschärfung des Problems völkerrechtswidriger und kaum umsetzbarer Volksinitiativen zielen, ist fraglich, ob sie genügend weit gehen, um rechtsstaatlich fragwürdige Initiativen bzw. deren Annahme durch Volk und Stände zu verhindern.

[101] Erstens ist fraglich, ob die Erweiterung der Ungültigkeitsgründe auf die Kerngehalte der Grundrechte ausreicht, um kaum lösbare Konflikte zwischen Volksinitiativen und Völkerrecht zu vermeiden. Insbesondere erscheint problematisch, dass der Bundesrat davon ausgeht, dass das Diskriminierungsverbot nicht Kerngehalt des Grundrechts auf Rechtsgleichheit darstellt. Auch sonst reicht diese Erweiterung der Ungültigkeitsgründe nicht aus, um zu verhindern, dass weiterhin Initiativen mit völker- und grundrechtlich problematischem Inhalt zur Abstimmung kommen. Zur Verhinderung von Volksinitiativen wie der Minarettinitiative wäre eine weitergehende Anpassung der Ungültigkeitsgründe wie die Einführung des Diskriminierungsverbotes als weitere materielle Schranke notwendig. Obwohl der Bundesrat in seinem Bericht auf diese Möglichkeit hingewiesen hatte, wurde sie von den Staatspolitischen Kommissionen der beiden Räte und den bundesrätlichen Vorlagen nicht aufgegriffen. Als weiteres Kriterium in Ergänzung zu dem Ungültigkeitskriterium der Kerngehalte der Verfassung hätte das Diskriminierungsverbot neue Verfassungsbestimmungen verhindert, welche eine diskriminierende Einschränkung von Grund- und Menschenrechten vorsehen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich das Stimmvolk weiterhin über ein so elementares, in der Bundesverfassung und in allen wichtigen internationalen Menschenrechtsabkommen enthaltenes Grund- und Menschenrecht hinwegsetzen können soll. Dies gilt umso mehr, als Diskriminierungsverbote gerade darauf zielen, historisch benachteiligte Personengruppen vor nachteiligen und

[68] Siehe zum Urteil ausführlich ASTRID EPINEY, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, Anmerkung zum BGE 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012, Jusletter vom 18. März 2013, www.jusletter.ch; s. auch EVA MARIA BELSER, Das Bundesgericht nimmt das Ruder an die Hand, NZZ vom 12. Feb. 2013.

entwürdigenden Behandlungen und Minderheiten vor diskriminierenden Entscheiden der Mehrheit zu schützen. Aktuell gelten wohl nur die notstandsfesten Teilgehalte des Diskriminierungsverbotes wie etwa das Verbot der systematischen Rassendiskriminierung (z.B. Rassengesetze, apartheidsähnliche Regeln) oder das Verbot der generellen Herabsetzung von Frauen als materielle Schranken der Verfassungsrevision[69].

[102] Zweitens scheint die Auffassung, dass alleine die Kenntnis der Völkerrechtswidrigkeit einer Initiative die Stimmberechtigten von einer Annahme derselben abhalten wird, angesichts der Abstimmungsresultate der letzten Jahre[70] zu optimistisch. Würde das Volk in Kenntnis der Völkerrechtswidrigkeit die Initiative annehmen, besteht zudem die Gefahr, dass für die Grund- und Menschenrechtsverletzungen eine höhere demokratische Legitimität geltend gemacht werden und die Bemühungen um eine grundrechtskonforme Anwendung der neuen Verfassungsnorm dadurch allenfalls erschwert würde.

[103] Drittens ist fragwürdig, ob die Verwaltung die geeignete Behörde ist, um die Vorprüfung von Volksinitiativen auf ihre Vereinbarkeit mit den Kerngehalten der Grundrechte vorzunehmen. Bei den Kerngehalten handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Schutzgehalte der Verfassungstext in aller Regel nicht selbst festlegt, sondern für jedes Grundrecht einzeln mit Blick auf die Menschenwürde ermittelt werden müssen. Mit dieser Aufgabe werden aus guten Gründen typischerweise Gerichte betraut.

[104] Vorerst bleiben nun die Ergebnisse der Vernehmlassung abzuwarten. Bei der Umsetzung und Anwendung bereits angenommener völkerrechtswidriger Initiativen ist der in der Rechtsprechung des Bundesgerichts entwickelten Kollisionsregel, die im Konfliktfall menschenrechtlichen Garantien den Vorrang einräumt, entsprechend Rechnung zu tragen.

3. Die Kritik an den Einbürgerungsverfahren oder die Frage nach der Grund- und Menschenrechtsbindung des Stimmvolkes in der Gemeinde

[105] Der Rassendiskriminierungsausschuss wie auch der Menschenrechtsrat haben sich über die Einbürgerungsverfahren in der Schweiz besorgt gezeigt, insbesondere über solche Verfahren, in welchen das Stimmvolk über die Einbürgerungsgesuche abstimmen kann. Die Forderung nach menschenrechtskonformen Einbürgerungsverfahren wirft daher zugleich die grundsätzliche Frage nach der Grund- und Menschenrechtsbindung des Volksouveräns auf.

3.1. Empfehlungen

[106] Der Rassendiskriminierungsausschuss hat im Sommer 2002 in seinen Abschliessenden Bemerkungen zum dritten Berichterstattungszyklus Bedenken wegen fremdenfeindlichen und rassistischen Haltungen im Rahmen von Einbürgerungsverfahren geäussert, insbesondere wenn über diese in einer Abstimmung entschieden werde. Im Weiteren wurde moniert, dass die Entscheide gemäss damals geltendem Recht nicht anfechtbar waren[71].

---

[69] Der Bundesrat versteht unter dem Begriff der „zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts" auch die notstandsfesten Garantien der EMRK sowie (punktuell) des UNO-Paktes II; vgl. Vernehmlassungsbericht 2013, S. 8.

[70] Siehe dazu oben III.2.2.

[71] CERD, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 10.

[107] Das Bundesgericht hatte 2003 seine Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Einbürgerungsentscheiden geändert und eine solche bejaht. Nachdem daraufhin eine Volkinitiative zur Abstimmung kam, die den Rechtsweg gegen ablehnende Entscheide wieder ausschliessen wollte, empfahl der Menschenrechtsrat der Schweiz im Rahmen der ersten *Universal Periodic Review* 2008, die Rechtsweggarantie in Einbürgerungsverfahren weiterhin zu gewährleisten[72].

[108] 2008 rief der Rassendiskriminierungsausschuss die Schweiz dazu auf, menschenrechtskonforme Integrationsstandards festzulegen und geeignete Massnahmen zu ergreifen, um eine Ablehnung von Einbürgerungsgesuchen aus diskriminierenden Gründen zu verhindern[73].

3.2. Situation in der Schweiz[74]

[109] Das Schweizer Bürgerrecht ist dreistufig aufgebaut und setzt den Erwerb des Kantons- und Gemeindebürgerrechtes voraus (Art. 37 Abs. 1 BV). Die Kompetenz zur Regelung des ordentlichen Einbürgerungsverfahrens liegt bei den Kantonen, wobei der Bund gewisse Mindestvorschriften erlässt (Art. 38 Abs. 2 BV). Die Gemeinden sind nach Massgabe des kantonalen Rechts am Einbürgerungsverfahren beteiligt. In der Regel legen sie das Verfahren zur Erteilung des Gemeindebürgerrechts fest.

[110] Im Jahr 2003 hat das Bundesgericht in zwei Grundsatzurteilen zu Einbürgerungsverfahren eine Praxisänderung vorgenommen. Im Fall der Initiative der SVP der Stadt Zürich „Einbürgerungen vors Volk!" aus dem Jahre 1999[75] hatte der Zürcher Regierungsrat als letzte kantonale Instanz die Initiative für ungültig erklärt, weil Urnenabstimmungen in Gemeinden den Anforderungen der Bundesverfassung hinsichtlich der Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV) systembedingt nicht genügen könnten.

[111] Das Bundesgericht folgte der Argumentation des Regierungsrates und stellte fest, dass die bisher geltende Auffassung, dass der Entscheid über ein Einbürgerungsgesuch einen politischen Akt darstelle, der nicht weiter begründet werden müsse und welcher aufgrund eines fehlenden Rechtsanspruches auch nicht gerichtlich anfechtbar sei, nicht aufrechterhalten werden könne[76]. Einbürgerungsentscheide seien Rechtsanwendungsakte, die begründet werden müssten. Eine Begründungspflicht ergebe sich einerseits aus den Verfahrensgarantien von Art. 29 BV, andererseits auch aus dem Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV. Letzteres sei in Einbürgerungsverfahren von besonderer Bedeutung, da die Gefahr bestehe, dass die „Eignung" eines Bewerbers aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnisch-kulturellen Gruppe verneint werde, die von der Mehrheit als "fremd" empfunden werde[77].

---

[72] Universal Periodic Review Switzerland, Empfehlung 57.9.

[73] CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 18.

[74] Teile der folgenden Ausführungen entstammen der Kommentierung von Empfehlung 57.9 durch ANDREA EGBUNA-JOSS/EVA MARIA BELSER im Rahmen der Studie des SKMR, Etude sur le suivi des recommendations adressées à la Suisse dans le cadre de l'examen périodique universel du conseil des droits de l'homme de l'ONU, auf dem Internet verfügbar unter: http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/120417_Studie_UPR-Follow-up_FINAL.pdf (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

[75] BGE 129 I 232.

[76] BGE 129 I 232, E.3.3.

[77] BGE 129 I 232, E.3.3.4; siehe dazu auch KIENER, 216 f.

[112] Letzteres schien im Fall der Luzerner Gemeinde Emmen[78] geschehen zu sein, wo im März 2000 über die Einbürgerungsgesuche von insgesamt 56 Personen an der Urne entschieden worden war. Während acht Gesuche von Einbürgerungswilligen aus Italien allesamt gutgeheissen wurden, wurden alle restlichen Gesuche von Einbürgerungswilligen, die mehrheitlich aus Ex-Jugoslawien stammten, abgelehnt. Im Entscheid über die daraufhin erhobene Beschwerde stellte der Luzerner Regierungsrat zwar ein Spannungsverhältnis zwischen dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) und der Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) fest: Einerseits seien die Stimmbürger bei der Zusicherung des Gemeindebürgerrechts an das Diskriminierungsverbot gebunden; andererseits verleihe ihnen Art. 34 Abs. 2 BV das Recht, den Stimm- und Wahlzettel ihrem wirklichen Willen entsprechend auszufüllen. Gemäss der Auffassung des Regierungsrates müsse jedoch das verfassungsmässige Recht auf Wahl- und Abstimmungsfreiheit so lange Vorrang haben, bis den Stimmberechtigten ohne jeglichen Zweifel eine Verletzung des durch die Verfassung garantierten Diskriminierungsverbots nachgewiesen werden könne, was im vorliegenden Fall nicht gegeben sei[79].

[113] Das Bundesgericht folgte dieser Argumentation nicht. Das verfassungsmässige Stimm- und Wahlrecht gewährleiste keinen Anspruch auf Anerkennung eines Abstimmungsergebnisses, das materiell rechtswidrig sei, weil es die Grundrechte Einzelner verletze oder aus einem anderen Grund gegen die Rechtsordnung verstosse. Das Bundesgericht erachtete aufgrund der Abstimmungsergebnisse, der vorliegenden Indizien und der Veröffentlichungen im Umfeld der Abstimmung eine Ungleichbehandlung der Gesuchsteller aufgrund ihrer Herkunft als gegeben, ohne dass ein Rechtfertigungsgrund ersichtlich gewesen wäre. Das Bundesgericht stellte daher eine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV fest[80].

[114] Als Reaktion auf diese Praxisänderung des Bundesgerichtes lancierte die SVP Schweiz die Volksinitiative „Für demokratische Einbürgerungen". Die Initianten wollten das aus der Praxisänderung des Bundesgerichts resultierende Verbot von Urnenabstimmungen in den Gemeinden aufheben und in der Verfassung ausdrücklich festschreiben, dass die Kompetenz zur Festlegung des zuständigen Organes und des Verfahrens für die Erteilung des Gemeindebürgerrechtes allein bei den Gemeinden liegen sollte. Der Entscheid dieses Gemeindeorgans sollte zudem endgültig und der Rechtsweg damit ausgeschlossen sein. Die Volksinitiative wurde jedoch von Volk und Ständen am 1. Juni 2008 deutlich abgelehnt.

[115] Nach Ablehnung der Volksinitiative trat am 1. Januar 2009 die bereits im Dezember 2007 verabschiedete Revision des Bürgerrechtsgesetzes in Kraft, welche als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative ausgearbeitet worden war. Gemäss den neuen Bestimmungen regelt weiterhin das kantonale Recht das ordentliche Einbürgerungsverfahren auf Kantons- und Gemeindeebene. Einbürgerungsentscheide an Gemeindeversammlungen sind grundsätzlich zulässig, ablehnende Entscheide setzen in diesen Fällen jedoch einen entsprechenden begründeten Antrag voraus (Art. 15a und 15b Bürgerrechtsgesetz). Ebenfalls eingefügt wurde ein Artikel über den Schutz der Privatsphäre von einbürgerungswilligen Personen (Art. 15c Bürgerrechtsgesetz). Der Rechtsschutz gegen ablehnende Entscheide ist sowohl auf kantonaler Ebene als auch auf Bundesebene ausdrücklich garantiert (Art. 50 und 51 Bürgerrechtsgesetz).

---

[78] BGE 129 I 217.

[79] BGE 129 I 217, E.2.2.

[80] BGE 129 I 217, E.2.3-4.

3.3. Handlungsbedarf

[116] Grundlage und Schranke allen staatlichen Handelns ist das Recht (Art. 5 Abs. 1 BV). Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Dass diese Grundsätze auch für die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger gelten, wenn sie – wie beim Entscheid über Einbürgerungsgesuche – eine Verwaltungsfunktion ausüben, hat das Bundesgericht mit seinen Leitentscheiden von 2003 zweifelsfrei bestätigt. Damit hat das Bundesgericht das Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, zwischen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger und den Grundrechten der Einbürgerungswilligen zugunsten der letzteren gelöst. Die rechtsgleiche Behandlung der Gesuchstellenden ist durch die Einräumung von Rechtsmitteln zu gewährleisten.

[117] Was die internationale Kritik an den Einbürgerungsverfahren betrifft, ist zunächst festzustellen, dass die Rechtsweggarantie gegen negative Entscheide mittlerweile sowohl auf kantonaler Ebene wie auch auf Bundesebene ausdrücklich gewährleistet ist. Abstimmungen über Einbürgerungsgesuche an Gemeindeversammlungen sind unter Beachtung der Anforderungen der Begründungspflicht grundsätzlich weiterhin zulässig. Gegen eine diskriminatorisch begründete Ablehnung eines Gesuches steht der gesuchstellenden Person der Rechtsweg offen.

[118] Handlungsbedarf dürfte es jedoch weiterhin bei der Prävention und Bekämpfung von rassistischen und fremdenfeindlichen Haltungen im Allgemeinen und im Zusammenhang mit der Einbürgerung von Ausländerinnen und Ausländern im Besonderen geben[81].

[81] Siehe dazu ausführlich „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz“ Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Migration“.

DAS VERHÄLTNIS VON STAAT UND RELIGION

I. ZUSAMMENFASSUNG

[119] *Dieses Kapitel befasst sich mit dem Spannungsverhältnis zwischen Staat und Religion. Während das Recht, seinen Glauben oder seine Weltanschauung frei zu wählen, den Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit bildet und unantastbar ist, darf der Staat die äussere Ausübung dieser Freiheit Einschränkungen unterwerfen, sofern diese gesetzlich vorgesehen, im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sind. Aktuelle Themen wie das Minarettverbot, die Vorstösse für die Einführung eines Verhüllungs- und Vermummungsverbots sowie Fragen im Zusammenhang mit der Ausübung der Religionsfreiheit im schulischen Umfeld machen deutlich, dass die zunehmende religiöse Pluralität der Schweiz zu neuen Fragen in Bezug auf die Interessenabwägung zwischen der Glaubens- und Gewissensfreiheit des Einzelnen und den öffentlichen Interessen und den Grund- und Menschenrechte Dritter führt.*

[120] *Der Bau von Minaretten ist in der Schweiz gemäss Art. 72 Abs. 3 BV zwar ausdrücklich verboten; nach wie vor unklar ist jedoch, wie mit dieser neuen Verfassungsbestimmung umzugehen ist, die in einem Spannungsverhältnis zu den Grundrechten der Bundesverfassung und im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz steht. Auch das Urteil des Berner Verwaltungsgerichts betreffend den Bau eines Minaretts in Langenthal hat die noch offenen Fragen nicht abschliessend beantwortet.*

[121] *Die Diskussion um die Schaffung bzw. Verschärfung von Vermummungs- und Verhüllungsverboten hat zwar noch nicht zu weiteren religiösen Sondernormen geführt, zeigt aber, dass die Frage nach dem richtigen Umgang mit muslimisichen Kopftücher und Burkas in der Schweiz möglicherweise noch nicht abschliessend beantwortet ist.*

[122] *Im schulischen Umfeld stellen sich immer wieder schwierige Fragen zum Verhältnis zwischen der religiösen Neutralität der Schule, der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Lehrpersonen und Schülerinnen und Schüler sowie dem religiösen Erziehungsrecht derer Eltern. Dieses Kapitel diskutiert die aktuellen Entwicklungen und Fragen zur Zulässigkeit von Kruzifixen in Schulzimmern, des Tragens eines Kopftuches an öffentlichen Schulen und zur Dispensation vom Schwimmunterricht aus religiösen Gründen und klärt einen allfälligen Handlungsbedarf ab.*

II. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

[123] Während das Recht, einen bestimmten Glauben oder eine Weltanschauung zu haben, nicht zu haben oder abzulehnen, den Kerngehalt der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 15 BV) bildet und unantastbar ist, darf der Staat das Recht, seine Religion oder weltanschauliche Überzeugung allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen (sog. Kultusfreiheit) Einschränkungen unterwerfen. Die Einschränkungen müssen stets den Anforderungen von Art. 36 BV genügen, d.h. sie müssen eine gesetzliche Grundlage haben, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

[124] Im Weiteren enthalten verschiedene menschenrechtliche Verträge ein akzessorisches, der Grundrechtskatalog der Verfassung sogar ein allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 8

Abs. 2 BV), welches die diskriminierende Gewährleistung der garantierten Rechte bzw. die Ungleichbehandlung einer Person u.a. aufgrund ihrer Religion oder Weltanschauung ausdrücklich verbietet.

[125] Die Bundesverfassung sieht diese grundrechtlichen Mindestvorgaben vor, weist aber die Regelung des Verhältnisses von Staat und Religion dem Kompetenzbereich der Kantone zu (Art. 72 Abs. 1 BV). Die Kantone sind danach frei, das Verhältnis zwischen Staat und Kirche zu regeln und sehen sehr unterschiedliche Regelungen vor. Ausser in zwei Kantonen (Genf und Neuenburg), welche eine absolute Trennung von Staat und Kirche vorsehen, herrscht in den übrigen Kantonen das System der staatlichen Kirchenhohheit. Staat und Kirche bleiben in diesem System weiterhin miteinander verbunden, der Staat ist jedoch verpflichtet, sich religiös neutral zu verhalten.

[126] Die Kantone entscheiden über die Anerkennung von Religionsgemeinschaften als öffentlich-rechtliche Körperschaften und legen die Bedingungen für die Anerkennung fest. Mit der Ausnahme von sechs Kantonen (Basel-Stadt, Freiburg, Bern, St. Gallen, Zürich und Waadt), welche auch die jüdische Gemeinschaft anerkannt haben[82], sind in allen übrigen Kantonen nur die evangelisch-reformierte und die römisch-katholische Kirchen, in einigen Kantonen auch noch die christkatholische Kirche öffentlich-rechtlich anerkannt. Alle übrigen Religionsgemeinschaften sind bisher als Vereine oder Stiftungen organisiert. Dieser Umstand scheint angesichts der Tatsache, dass die Schweizer Gesellschaft zunehmend multikultureller und multireligiöser wird, und der steigenden Zahl von Personen, welche einer Religionsgemeinschaft angehört, die nicht zu den öffentlich-rechtlich anerkannten Mehrheitsreligionen zählt, nicht unproblematisch.

[127] Auf Bundesebene wurden in jüngerer Vergangenheit verschiedene Vorstösse eingereicht, um das friedliche und diskriminierungsfreie Zusammenleben der verschiedenen Landeskirchen und Religionsgemeinschaften zu fördern. So wurde die Prüfung eines neuen Religionsartikels in der Verfassung[83] oder die Schaffung einer eidgenössischen Kommission für Religionsfragen[84] vorgeschlagen. Keinem dieser Vorschläge war jedoch Erfolg beschieden[85]. Nichtdestotrotz ist es eine Tatsache, dass die Sicherung des friedlichen Zusammenlebens angesichts der stetig wachsenden Zahl von Angehörigen von Minderheitsreligionen oder Personen, die keiner Religionsgemeinschaft (mehr) angehören, zunehmend komplexer wird. In vielen Fällen ist eine Interessenabwägung zwischen der (positiven bzw. negativen) Glaubens- und Gewissensfreiheit der Einzelnen, den öffentlichen Interessen des Staates und den Grund- und Menschenrechten Dritter vorzunehmen. Diese Abwägung erweist sich jedoch oft als schwierig.

---

[82] Vgl. Schweizerisch Israelitischer Gemeindebund, Die öffentlich-rechtliche Anerkennung jüdischer Gemeinden in der Schweiz, Factsheet, im Internet verfügbar unter: http://www.swissjews.ch/pdf/de/factsheet/SIG_Factsheet_Oeffentlich_rechtliche_Anerkennung_jdischer_Gemeinden_in_der_Schweiz.pdf (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

[83] Postulat AMACKER 10.3162 vom 17. März 2010.

[84] Parlamentarische Initiative ZISYADIS 09.513 vom 11. Dezember 2009.

[85] Das Postulat AMACKER wurde abgeschrieben, da es seit mehr als zwei Jahren hängig gewesen war. Der Initiative ZISYADIS wurde im Nationalrat keine Folge gegeben; die ständerätliche Kommission empfiehlt, es dem Nationalrat gleich zu tun.

III. INTERNATIONALE VERPFLICHTUNGEN UND IHRE NORMATIVE UMSETZUNG IN DER SCHWEIZ

1. Universelle Ebene

[128] Folgende universelle, die Schweiz bindende Normen sind im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung:

- Art. 18 UNO-Pakt II: Garantie der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit
- Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 UNO-Pakt II: Verbot der Diskriminierung bei der Gewährleistung der im Pakt garantierten Rechte.

2. Regionale Ebene

[129] Auf europäischer Ebene ist die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit in Art. 9 EMRK verankert. Art. 14 EMRK verbietet eine diskriminierende Gewährleistung der Konventionsrechte insbesondere auch wegen der Religion.

3. Überblick über die innerstaatliche Regulierung

3.1. Auf Bundesebene

[130] Im Grundrechtskatalog der Bundesverfassung ist die Glaubens- und Gewissensfreiheit in Art. 15 BV zu finden. Art. 8 Abs. 2 BV verbietet diskriminierende Behandlung, namentlich auch wegen der religiösen Überzeugung einer Person.

[131] Gemäss Art. 72 Abs. 1 BV sind die Kantone für die Regelung des Verhältnisses von Staat und Religion zuständig. Bund und Kantone können Massnahmen treffen, um den öffentlichen Frieden zwischen den Angehörigen verschiedener Religionsgemeinschaften zu wahren (Art. 72 Abs. 2 BV).

[132] Der Bau von Minaretten ist gemäss Art. 72 Abs. 3 BV verboten.

3.2. Auf kantonaler Ebene

[133] Im Bereich der Religionsfreiheit entsprechen die Garantien der Kantonsverfassungen mit eigenen Grundrechtsbestimmungen oder -katalogen regelmässig den Garantien der Bundesverfassung.

[134] In Ausübung ihrer Kompetenzen gemäss Art. 72 Abs. 1 BV haben verschiedene Kantone neben der römisch-katholischen, der evangelisch-reformierten und der christkatholischen Kirche auch weiteren Religionsgemeinschaften wie der jüdischen Gemeinschaft die öffentlich-rechtliche Anerkennung gewährt, was als wichtiger Schritt auf dem Weg zur Gleichstellung und Akzeptanz von religiösen Minderheiten gewertet wird[86].

[86] Vgl. Factsheet (Fn. 82).

IV. INTERNATIONALE EMPFEHLUNGEN

[135] Im Folgenden sollen die wichtigsten menschenrechtlichen Problemfelder, bezüglich derer die internationalen Überwachungsorgane Empfehlungen an die Schweiz gerichtet haben, aufgezeigt und ein möglicher Handlungsbedarf abgeklärt werden.

[136] Aufgrund der Anlage der Studie werden weitere Themen im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Staat und Religion nicht erfasst, obwohl sie durchaus auch einer vertiefteren Analyse bedürften. Zu erwähnen sind namentlich die Frage der Zulässigkeit von Kopfbedeckungen aus religiösen Gründen in der öffentlichen Verwaltung[87] sowie die aktuelle Diskussion über die Zulässigkeit der Knabenbeschneidung[88].

1. Minarettverbot

[137] Das Schweizer Stimmvolk hat am 29. November 2009 mit 57.5% Ja-Stimmen einer Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten" zugestimmt. Seither ist der Bau von Minaretten gemäss Art. 72 Abs. 3 BV in der Schweiz verboten.

1.1. Empfehlungen

[138] Der Menschenrechtsausschuss zeigte sich 2009 in seinen Abschliessenden Bemerkungen besorgt über die Initiative und die Abstimmungskampagne zum Minarettverbot, die gegen die Art. 2, 18 und 20 UNO-Pakt II[89] verstossen würden, und rief die Schweiz auf, den Respekt für die Religionsfreiheit zu sichern und den Aufruf zur Diskriminierung entschieden zu bekämpfen[90].

[139] Die parlamentarische Versammlung des Europarates forderte in einer Empfehlung vom 23. Juni 2010 zu Islam, Islamisierung und Islamfeindlichkeit die Schweiz auf, das Bauverbot von Minaretten vorübergehend auszusetzen und die Bestimmung baldmöglichst aufzuheben, da sie gegen Art. 9 i.V.m. Art. 14 EMRK verstosse. Der Bau von Minaretten müsse unter den gleichen Voraussetzungen möglich sein wie der Bau von Kirchtürmen[91].

[140] Im Rahmen der zweiten UPR Ende 2012 empfahl die Türkei der Schweiz, das Bauverbot für Minarette, das vom Hochkommissar für Menschenrechte und vom Sonderberichterstatter für Religions- und Glaubensfreiheit als klar diskriminierend eingestuft worden sei, aufzuheben[92]. Die Schweiz lehnte die Empfehlung noch vor Ort ab. Dieser Entscheid überrascht

---

87 Siehe dazu ausführlich EVA MARIA BELSER, Religiöse Symbole im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, in: SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch SVVOR 2011, S. 113-128.

88 Siehe dazu ausführlich SKMR, Die Knabenbeschneidung aus juristischer Sicht, Grundlagenpapier, 1. Juni 2013, im Internet unter: http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/institutionelle-fragen/artikel/die-knabenbeschneidung-aus-juristischer-sicht.html.

89 Art. 20 Abs. 2 UNO-Pakt II lautet: „Jedes Eintreten für nationalen, rassischen oder religiösen Hass, durch das zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufgestachelt wird, wird durch Gesetz verboten."

90 MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 8.

91 Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation 1927 (2010) vom 23. Juni 2010, Ziff. 3.12.

92 UPR Switzerland 2012, Empfehlung 124.3.

nicht, können doch nur Volk und Stände, nicht aber der Bundesrat oder die Bundesversammlung das Minarettverbot aus der geltenden Verfassung entfernen.

1.2. Situation in der Schweiz

[141] Art. 72 Abs. 3 BV ist absolut formuliert. Sofern man – wie die parlamentarischen Versammlung des Europarates – bejaht, dass der Bau von Minaretten vom materiellen Schutzbereich des Rechts, seine eigene Religion allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu praktizieren (sog. Kultusfreiheit; Art. 15 BV, Art. 9 EMRK und Art. 18 UNO-Pakt II), erfasst wird[93], lässt sich die Bestimmung daher nicht grund- und menschenrechtskonform auslegen[94]. Aus menschenrechtlicher Sicht ist besonders problematisch, dass das Verbot in Art. 72 Abs. 3 BV nur die Baufreiheit einer einzigen religiösen Gruppe in der Schweiz einschränkt, während die Bauvorhaben andere Religionsgemeinschaften keinen speziellen Bauvorschriften und insbesondere keinen nur an sie gerichteten Bauverboten unterliegen. Mit dem Minarettverbot wird eine Religionsgemeinschaft gegenüber allen anderen ungleich behandelt, ohne dass ein legitimer Eingriffszweck vorliegt. Die Verfassungsbestimmung verstösst daher klar gegen die akzessorischen Diskriminierungsverbote in Art. 14 EMRK und Art. 2 UNO-Pakt II[95].

[142] Obwohl das Minarettverbot seit Inkrafttreten noch nicht zur Anwendung gekommen ist, haben verschiedene Einzelpersonen und Verbände bereits versucht, auf gerichtlichem Weg gegen die neue Verfassungsbestimmung vorzugehen.

[143] Kurz nach der Abstimmung haben zwei Einzelpersonen beim Bundesgericht Beschwerde erhoben und die Aufhebung der Vorlage verlangt. Sie machten geltend, dass das Minarettverbot verfassungswidrig und diskriminierend sei. Das Bundesgericht ist im vereinfachten Verfahren nicht auf die Beschwerden eingetreten. Die Beschwerden seien unzulässig, da die Beschwerdeführer keinen konkreten Anwendungsfall geltend gemacht, sondern vielmehr die angenommene Initiative abstrakt gerügt hätten. Gegen den Inhalt einer angenommenen Initiative gebe es jedoch kein Rechtsmittel an das Bundesgericht[96].

[144] Drei muslimische Vereine und eine muslimische Stiftung sowie der frühere Sprecher der Genfer Moschee erhoben Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und rügten eine Verletzung von Art. 9 und Art. 14 EMRK. Da die Beschwerdeführer jedoch lediglich geltend machten, dass das Minarettverbot sie in ihren religiösen Überzeugungen verletze, ohne aufzuzeigen, dass sie direkt vom Verbot betroffen seien, z.B. weil sie den Bau eines Minaretts planten, hielt der Gerichtshof sie weder für direkte, noch indirekte oder potentielle Opfer und erklärte die Beschwerden am 28. Juni 2011 für unzulässig[97].

[145] Im vielbeachteten Verfahren über den Bau eines Minaretts in Langenthal hatte die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern im September 2010 entschieden, dass das Minarettverbot im hängigen Beschwerdeverfahren nicht anwendbar sei. Es gebe keine

---

[93] Verschiedentlich wird argumentiert, dass der Bau von Minaretten von der Religionsfreiheit nicht geschützt werden sollte, da Minarette lediglich ein Zeichen des islamischen Machtanspruches seien; so z.B. das Initiativkomitee auf www.minarette.ch (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

[94] Siehe dazu die ausführliche Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten" vom 27. August 2008, BBl. 2008 7603, insbesondere 7630 ff.

[95] Vgl. Botschaft, BBl. 7638 ff. und 7641 f.

[96] Urteile des Bundesgerichts 1C_527/2009 und 1C_529/2009 vom 14. Dezember 2009.

[97] EGMR, Ligue des musulmans de Suisse et al. v. Schweiz, 66274/09 (2011); EGMR, Ouardiri v. Schweiz, 65840/09 (2011).

zwingenden Gründe, die eine Abweichung vom Grundsatz rechtfertigen würden, dass bei einer Rechtsänderung während des Beschwerdeverfahrens grundsätzlich das alte Recht anwendbar bleibe[98]. Es könne daher offen gelassen werden, ob es sich beim geplanten Turm um ein Minarett im Sinne von Art. 72 Abs. 3 BV handle und es müsse auch nicht darüber befunden werden, ob diese Verfassungsbestimmung direkt anwendbar und völkerrechtskonform sei[99]. Im Ergebnis bestätigte die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion den Entscheid der Vorinstanz, dass das geplante Minarett zulässig und ortsbildverträglich sei, erteilte jedoch den restlichen Ausbauplänen der Beschwerdegegnerin den Bauabschlag, da diese nicht den massgebenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben entsprechen würden[100].

[146] Die Minarettgegner zogen den Entscheid an das kantonale Verwaltungsgericht weiter. Dieses verweigerte mit Entscheid vom 29. März 2012[101] den Bau des Minaretts. Begründet wurde dies damit, dass das Minarett als reiner Symbolbau kein zulässiger Dachaufbau gemäss kommunalem Recht sei[102] und somit eine Ausnahmebewilligung benötigt hätte; ob eine solche erteilt werden könnte, sei *in casu* aber nicht geprüft worden[103].

[147] Auch das Verwaltungsgericht äusserte sich erwartungsgemäss nicht zur Grund- und Menschenrechtskonformität des Minarettverbotes. Art. 72 Abs. 3 BV wird lediglich in einem Satz erwähnt unter Hinweis, dass dessen Tragweite offen bleiben könne[104]. Generell wurde auf die grund- und menschenrechtlichen Vorbringen der Beschwerdegegnerin kaum eingegangen. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) sei nicht verletzt, solange die Möglichkeit einer Ausnahmebewilligung bestehe[105]. Als nach kommunalem Recht zulässig und mit dem Ortsbild vereinbar beurteilt wurde hingegen die ebenfalls geplante spezielle Dachkuppel[106]. Die Islamische Glaubensgemeinschaft Langenthal gab bekannt, den Entscheid nicht an das Bundesgericht weiterziehen zu wollen[107].

1.3. Handlungsbedarf

[148] Obwohl in der Literatur teilweise anders argumentiert wird[108], ist Art. 72 Abs. 3 BV wohl hinreichend klar formuliert, um direkt anwendbar zu sein. Die Tatsache, dass es sich beim „Minarett" um einen nicht in alle Einzelheiten geklärten Rechtsbegriff handelt, scheint dem nicht zu widersprechen, sondern verlangt vielmehr dessen Konkretisierung in der Rechtsanwendung und durch die Rechtsprechung.

---

[98] Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 20. Sept. 2012 (im Folgenden: Entscheid BVE BE), RA Nr. 110/2009/93, Ziff. 4.c).

[99] Entscheid BVE BE, Ziff. 4.d).

[100] Entscheid BVE BE, ausführlich in Ziff. 7 und 8, zusammenfassend in Ziff. 12.

[101] Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.03.2012 (im Folgenden: Urteil VGer BE), Nr. 100.2010.430U.

[102] Urteil VGer BE, Ziff. 4.1.

[103] Urteil VGer BE, Ziff. 8.

[104] Urteil VGer BE, Ziff. 8.4.

[105] Urteil VGer BE, Ziff. 4.1.

[106] Urteil VGer BE, Ziff. 4.2; Ziff. 7.

[107] NZZ vom 28. April 2012, "Kein Minarett in Langenthal".

[108] S. dazu ausführlich DANIEL KETTIGER, Minarettverbot: Offene Fragen zur Umsetzung, in: Jusletter 1. März 2010, www.jusletter.ch.

[149] Das Berner Verwaltungsgericht hat in seinem Urteil ausdrücklich auf die Möglichkeit, ein Gesuch um eine Ausnahmebewilligung für den Bau eines Minaretts einzureichen, hingewiesen. Unklar ist, wie über ein solches Gesuch zu entscheiden wäre. Die Verfassung selbst enthält keine Kollisionsregel für den Fall, dass sich zwei Bestimmungen auf Verfassungsrang widersprechen und auch das Bundesgericht hat bisher den menschenrechtlichen Garantien nur bei Konflikten zwischen Menschenrechten und Bundesgesetzen den Vorrang eingeräumt. Zur Frage, wie bei einem Konflikt zwischen einer Verfassungsnorm und den internationalen Menschenrechten vorzugehen ist, hat sich das Bundesgericht bis anhin erst einmal geäussert. Dabei hat es – in einem Fall, der die Ausschaffung betraf – entschieden, dass die Konkretisierung und Anwendung einer neuen Verfassungsnorm nicht isoliert von den Strukturprinzipien der Verfassung und den menschenrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz erfolgen dürfe und dass, zumindest beim Fehlen einer klar anderslautenden Vorrangregel, den grund- und menschenrechtlichen Ansprüchen Vorrang einzuräumen ist[109].

[150] Käme das Minarettverbot tatsächlich zur Anwendung und würde der Entscheid von den innerstaatlichen Gerichten geschützt, würde eine anschliessend beim EGMR eingereichte Beschwerde aufgrund einer Verletzung von Art. 9 und Art. 14 EMRK mit grosser Wahrscheinlichkeit gutgeheissen. Unklar bliebe aber weiterhin, wie anschliessend innerstaatlich mit einem solchen Urteil umzugehen wäre. Die Schweiz wäre zwar gemäss Art. 46 EMRK verpflichtet, ein entsprechendes Urteil des Gerichthofs zu befolgen. Zweifel scheinen jedoch berechtigt, ob die Schweiz dieser Verpflichtung im konkreten Fall nachkäme, würde sie sich doch durch die Nichtanwendung von Art. 72 Abs. 3 BV im Einzelfall direkt dem Willen des Verfassungsgebers widersetzen.

[151] Auch die teilweise in der politischen Diskussion vorgeschlagene Kündigung der EMRK durch die Schweiz[110], eine Möglichkeit, die in Art. 58 EMRK grundsätzlich vorgesehen ist, könnte den Konflikt zwischen Minarettverbot und Völkerrecht nicht zum Verschwinden bringen. Der UNO-Pakt II, welcher Garantien enthält, die Art. 9 EMRK entsprechen, sieht nämlich keine Kündigungsmöglichkeit vor. Zudem kommen vielen menschenrechtlichen Garantien mittlerweile gewohnheitsrechtliche Geltung zu, so dass sie auch ohne vertragliche Verpflichtung der Schweiz weiterhin massgebend wären.

[152] Diese Schwierigkeiten machen deutlich, wie wichtig eine Revision des Initiativrechtes ist. Allerdings gehen die aktuellen Revisionsvorschläge zu wenig weit, um eine Initiative wie die Minarettverbotsinitiative zu verhindern[111].

2. Verhüllungsverbote

[153] In der Schweiz wurde in den letzten Jahren mehrfach die politische Forderung nach einem Verhüllungs- bzw. Vermummungsverbot laut. Obwohl die vorgeschlagenen Verbote auch vermummte Demonstranten erfassen würden, ist der Anlass für die Vorstösse in erster Linie die Gesichtsverhüllung aus religiösen Gründen, namentlich die Burka und der Niqab. Die Thematik soll daher an dieser Stelle behandelt werden.

---

[109] Zu diesem Urteil (BGE 2C_828/2011) s. die Ausführungen oben Rechtsstaat und Demokratie, III.2.2.

[110] So z.B. durch Interpellation BRUNNER 13.3237 vom 22. März 2013.

[111] Vgl. dazu ausführlich oben Rechtsstaat und Demokratie,III.2.

2.1. Empfehlungen

[154] Die Parlamentarische Versammlung des Europarates hat sich angesichts der aktuellen politischen Tendenzen in verschiedenen europäischen Staaten in einer Resolution vom 23. Juni 2010 zu Islam, Islamisierung und Islamfeindlichkeit gegen ein generelles Verbot von Burkas, Niqabs oder ähnlicher religiöser Kleidung ausgesprochen. Während die Versammlung betonte, dass keine Frau von ihrem Umfeld gezwungen werden dürfe, religiöse Kleidung zu tragen, hielt sie es für ebenso wichtig, dass Frauen, die ihr Gesicht freiwillig bedecken möchten, dies tun dürfen[112].

2.2. Situation in der Schweiz

[155] Auf nationaler Ebene hat Nationalrat Freysinger mit seiner Motion „Runter mit den Masken!" vom 17. März 2010[113] angestrebt, das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) um ein Vermummungsverbot zu ergänzen. Demnach wäre es künftig verboten gewesen, beim Kontakt mit den Behörden sein Gesicht zu bedecken. Zudem wären vermummten Personen die Teilnahme an Veranstaltungen auf öffentlichem Grund sowie die Benützung des öffentlichen Verkehrs und der Zutritt zu öffentlichen Gebäuden verwehrt worden. Während der Nationalrat die Motion im September 2011 annahm, lehnte der Ständerat sie am 5. März 2012 ab. Die Motion ist somit definitiv abgelehnt.

[156] Im September 2010 hat der Kanton Aargau eine Standesinitiative eingereicht, welche das Tragen von Kleidern, die das Gesicht ganz oder hauptsächlich verhüllen, im öffentlichen Raum unter entsprechender Strafandrohung untersagen wollte[114]. Der Ständerat hat der Initiative keine Folge gegeben. Die staatspolitische Kommission des Nationalrats empfahl im August 2011, sich dem Ständerat anzuschliessen und die Initiative zu verwerfen. Der Nationalrat hat dies am 28. September 2012 knapp mit 93 zu 87 Stimmen und 3 Enthaltungen getan, und der Initiative keine Folge gegeben. Das Geschäft ist somit erledigt.

[157] Im Kanton Tessin ist im Mai 2011 eine Volksinitiative für ein Verbot der Verhüllung des Gesichts an öffentlich zugänglichen Orten zustande gekommen. Das Resultat der Gültigkeitsprüfung durch den Tessiner Grossen Rat steht noch aus. Wird die Initiative für gültig befunden, wird das Tessiner Stimmvolk die Gelegenheit haben, über die Schaffung eines allgemeinen Verhüllungsverbots abzustimmen.

[158] Neben der persönlichen Freiheit und ev. der Meinungsäusserungsfreiheit berührt ein Verhüllungsverbot im gesamten öffentlichen Raum insbesondere den Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV, Art. 9 EMRK und Art. 18 UNO-Pakt II. Einschränkungen sind daher nur unter den festgelegten Bedingungen zulässig. Während sich ein Verhüllungs- bzw. Vermummungsverbot an bewilligungspflichtigen Demonstrationen, wie es bereits einige Kantone kennen, sowie weitere zeitlich und örtlich begrenzte Verbote (z.B. in Flughäfen und Banken) durch Interessen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit rechtfertigen lassen, scheint ein zeitlich nicht beschränktes Verhüllungsverbot im gesamten öffentlichen Raum den Anforderungen der BV, der EMRK und des UNO-Paktes II nicht zu genügen. Die Verhältnismässigkeit eines solchen Verbotes ist umso fraglicher, als die religiös mo-

[112] Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1743 (2010) vom 23. Juni 2010, Ziff. 15-17.

[113] Motion FREYSINGER, 10.3173, eingereicht am 17. März 2010.

[114] Standesinitiative Kt. Aargau, 10.333, eingereicht am 20. Sept. 2010.

tivierte Gesichtsverhüllung in der Schweiz nur sehr selten vorkommt und kein eigentliches Problem darstellt[115].

2.3. Handlungsbedarf

[159] Da bisher weder in den Kantonen noch auf Bundesebene ein generelles Verhüllungsverbot oder ein Verbot der religiösen Verschleierung erlassen worden ist, besteht vorerst kein Handlungsbedarf. Sollte sich die Frage erneut stellen, ist in der Diskussion auch dem Aspekt der Gleichberechtigung von Mann und Frau angemessen Rechnung zu tragen. Ein Verbot würde in der Praxis Frauen viel stärker einschränken als Männer. Dies wäre bei einer Interessenabwägung entsprechend zu berücksichtigen.

3. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Schulumfeld

[160] Die öffentlichen Schulen in der Schweiz müssen sich in religiöser Hinsicht konfessionell neutral verhalten. Dieser Grundsatz gilt insbesondere für die öffentliche Grundschule mit ihrem Schulobligatorium, was sich aus einer Auslegung von Art. 15, Art. 19 und Art. 62 BV ergibt. Ähnliche Garantien ergeben sich zudem aus Art. 18 Abs. 4 UNO-Pakt II und Art. 14 KRK.

[161] Während der Grundsatz unbestritten ist, ergeben sich im Einzelnen bei der Interessenabwägung zwischen der religiösen Neutralität der Schule und der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Lehrpersonen, der Schülerinnen und Schüler sowie des religiösen Erziehungsrechts deren Eltern schwierige Fragen.

3.1. Anbringen von Kreuzen und Kruzifixen in den Schulzimmern[116]

3.1.1. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte

[162] Im November 2009 stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fest, dass das Aufhängen von Kruzifixen in Klassenzimmern EMRK-widrig sei. Eine Mutter aus Italien hatte sich innerstaatlich erfolglos gegen das Aufhängen von Kruzifixen in den Klassenzimmern ihrer beiden Söhne gewehrt. Vor dem EGMR machte sie eine Verletzung des Erziehungsrechts gemäss des (von der Schweiz bisher nicht ratifizierten) 1. Zusatzprotokolls und der Religionsfreiheit geltend. Der EGMR gab der Beschwerde statt und bestätigte, dass ein ungerechtfertigter Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin vorliege, die Erziehung und

---

[115] Vgl. SKMR-Newsletter vom 6. Juli 2011, Verhüllungsverbot - Kantonale Initiative für Verbot im Tessin, Ständerat auf nationaler Ebene dagegen, verfügbar im Internet unter: http://www.skmr.ch/de/themenbereiche /institutionelle-fragen/artikel/verhuellungsverbot.html?zur=93 (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

[116] Die folgenden Ausführungen sind weitestgehend den Beiträgen von ANDREA EGBUNA-JOSS, Kruzifixe in italienischen Schulzimmern verstossen nicht gegen die EMRK, SKMR-Newsletter vom 6. Mai 2011, im Internet verfügbar unter: http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/institutionelle-fragen/artikel/egmr-kruzifixe.html?zur=93 (zuletzt besucht am 27. Mai 2013) sowie Sonderstellung des Kruzifixes im öffentlichen Raum? Parlamentarische Initiative für eine Verfassungsänderung, SKMR-Newsletter vom 6. Juli 2011, im Internet verfügbar unter: http://www.skmr.ch/ de/themenbereiche/institutionelle-fragen/artikel/ sonderstellung_kruzifix.html?zur=93 (zuletzt besucht am 27. Mai 2013) entnommen.

den Unterricht ihrer Söhne entsprechend ihrer eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen (Art. 2 des 1. Zusatzprotokolles i.V.m. Art. 9 EMRK)[117].

[163] Die italienische Regierung beantragte anschliessend, die Rechtssache gemäss Art. 43 EMRK an die Grosse Kammer zu verweisen. Die Grosse Kammer kam am 18. März 2011 zu einem anderen Ergebnis und stellte keine Verletzung der einschlägigen Bestimmungen fest[118].

[164] Das Kruzifix sei primär ein religiöses Symbol und die Frage, ob in Schulzimmern ein Kruzifix aufgehängt werden dürfe, berühre zwar den Schutzbereich von Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls i.V.m. Art. 9 EMRK. Es lägen dem Gerichtshof jedoch keine Beweise vor, dass das blosse Aufhängen eines religiösen Symbols tatsächlich junge Schülerinnen und Schüler beeinflussen würde. Die diesbezügliche subjektive Wahrnehmung der Beschwerdeführerin reiche nicht aus, um eine Verletzung von Art. 2 festzustellen.

[165] Die Vertragsstaaten würden bei der Ausübung ihrer Aufgaben auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts und der Vereinbarkeit letzterer mit den Wertvorstellungen der Eltern über einen Ermessensspielraum verfügen. Die Vorschrift, dass in jedem italienischen Schulzimmer ein Kruzifix hängen müsse, könne nicht als Überschreitung dieses Ermessenspielraumes gewertet werden. Das Kruzifix sei grundsätzlich ein „passives" Symbol und daher nicht mit anderen religiösen Symbolen wie z.B. dem islamischen Kopftuch einer Grundschullehrerin vergleichbar.

[166] Zudem müsse berücksichtigt werden, dass das Aufhängen von Kruzifixen in keiner Weise mit einem obligatorischen Unterricht über das Christentum verbunden sei, Italien die Schulumgebung in ähnlicher Weise auch für andere Religionen öffne und es beispielsweise Schülerinnen erlaube, das islamische Kopftuch in der Schule zu tragen. Es gebe keine Anzeichen, dass sich die Behörden aufgrund der Kruzifixe gegenüber andersgläubigen Schülern intolerant verhalten würden oder dass deswegen im Unterricht ein missionarischer Unterton festzustellen sei. Die Grosse Kammer entschied daher im Ergebnis mit 15 zu 2 Stimmen, dass keine Verletzung von Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls i.V.m. Art. 9 EMRK vorliege.

3.1.2. Situation in der Schweiz

[167] Das Bundesgericht hatte sich bereits 1990 mit der Grund- und Menschenrechtskonformität von Kruzifixen und insbesondere der Frage zu befassen, ob Kruzifixe in Schulzimmern gegen den Grundsatz der religiösen Neutralität der Schule verstossen. Ein Lehrer wehrte sich damals gegen die Anordnung einer Tessiner Gemeinde, dass in jedem Schulzimmer der öffentlichen Primarschule ein Kruzifix anzubringen sei[119].

[168] Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass der Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit vor allem durch eine tolerante Haltung garantiert werden müsse. Es kam anschliessend jedoch zum Ergebnis, dass es dem Staat nicht erlaubt sei, die eigene Verbundenheit mit einer bestimmten Konfession deutlich zu zeigen, da dies nicht unbedeutende Auswirkungen auf die geistige Entwicklung der Schülerinnen und Schüler und auf ihre reli-

[117] EGMR, Lautsi v. Italy, 30814/06 (2009).

[118] EGMR (Grosse Kammer), Lautsi v. Italy, 30814/06 (2011).

[119] BGE 116 Ia 252.

giösen Überzeugungen haben und daher den Anforderungen der konfessionellen Neutralität der Schule gemäss Art. 27 Abs. 3 der alten BV von 1874 (aBV) nicht entsprechen würde[120].

[169] Im Herbst 2010 erlangte diese bundesgerichtliche Rechtsprechung wieder Aktualität, als es in den Kantonen Wallis und Luzern zu zwei Rechtsstreitigkeiten aufgrund von Kruzifixen in Klassenzimmern kam. In Stalden (VS) wurde im Oktober 2010 gegen einen Walliser Oberstufen-Lehrer die fristlose Kündigung ausgesprochen, nachdem er sich geweigert hatte, in seinem Klassenzimmer ein Kruzifix aufzuhängen. Die Walliser Regierung lehnte die Beschwerde gegen die Entlassung – unter anderem mit Hinweis auf das Urteil des EGMR vom 18. März 2011 – ab. Der Lehrer hat den Entscheid angefochten, das Urteil des Walliser Kantonsgerichts steht noch aus[121].

[170] In Triengen (LU) verlangte ein Familienvater gestützt auf das Urteil von 1990 erfolgreich die Entfernung von Kruzifixen aus den Unterrichtsräumen der von seinen Kindern besuchten Schulhäuser. Das Begehren war anfänglich von der kommunalen Schulpflege und dem Gemeinderat abgewiesen und erst auf Anraten der kantonalen Dienststelle für Volksschulbildung angenommen worden.

[171] Als Reaktion auf die Ereignisse im Kanton Luzern reichte Nationalrätin Ida Glanzmann (CVP, LU) im Dezember 2010 eine parlamentarische Initiative[122] ein, welche die Ergänzung der Bundesverfassung dahingehend beantragt, dass Symbole der christlich-abendländischen Kultur im öffentlichen Raum ausdrücklich als zugelassen bezeichnet werden. Die parlamentarische Initiative wollte gemäss dem Initiativtext verhindern, dass Einzelpersonen oder einzelne Gruppierungen unter Bezugnahme auf Grundrechte wie der Glaubens- und Gewissensfreiheit die schweizerische Kultur in Frage stellen können. Der Nationalrat stimmte der Initiative am 5. März 2012 zu, während die Staatspolitische Kommission des Ständerates sie zuvor abgelehnt hatte. Am 11. Juni 2012 lehnte der Ständerat die Initiative schliesslich endgültig ab.

3.1.3. Handlungsbedarf

[172] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus dem Jahre 1990 ist auch nach dem «Kruzifix-Urteil» des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom März 2011 für die Schweizer Behörden massgebend. Der EGMR hat festgehalten, dass die Entscheidung, ob in den Klassenzimmern öffentlicher Schulen Kruzifixe hängen dürfen oder nicht, grundsätzlich in den Ermessensspielraum der Staaten falle und die diesbezüglichen Entscheidungen der Staaten zu respektieren seien[123]. Damit liegt es an den einzelnen Staaten, die Frage nach der Zulässigkeit von Kruzifixen in Schulzimmern zu regeln. Solange die Schweiz das Gebot der religiösen Neutralität der Schule im bisherigen Sinne beibehält, hat die bundesgerichtliche Praxis deshalb weiterhin Bestand.

---

[120] Art. 27 Abs. 3 a BV lautete: „Die öffentlichen Schulen sollen von den Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit besucht werden können." Zum Urteil sowie für einen Überblick über dessen Besprechung in der Literatur siehe Schwarzenberger, 50 ff.

[121] Siehe zum Fall ausführlich das Rechtsgutachen von SCHEFER, *passim*.

[122] Parlamentarische Initiative GLANZMANN 10.512 vom 2. Dezember 2010, Symbole der christlich-abendländischen Kultur sind im öffentlichen Raum zulässig.

[123] EGMR (Grosse Kammer), Lautsi v. Italy, 30814/06 (2011), Ziff. 70.

[173] Die Parlamentarische Initiative Glanzmann zielte darauf ab, den staatlichen Ermessensspielraum zu nutzen, um Kruzifixe und andere Symbole christlich-abendländischer Kultur im öffentlichen Raum zuzulassen und gegenüber anderen Glaubenssymbolen zu privilegieren. Wäre die Bundesverfassung im vorgeschlagenen Sinn geändert worden, so wäre die Sonderstellung von Symbolen der christlich-abendländischen Kultur auf Verfassungsstufe für Bund, Kantone und Gemeinden verbindlich festgeschrieben gewesen. Eine entsprechende Verfassungsbestimmung hätte das bundesgerichtliche Verbot, in Unterrichtszimmern Kruzifixe aufzuhängen, aufgehoben und - darüber hinaus - christliche Symbole im gesamten öffentlichen Raum für zulässig erklärt.

[174] Im Bereich der Schule hätte sich durch Annahme einer solchen Verfassungsbestimmung ein offener Widerspruch zur bisher geltenden Auslegung der in der Verfassung festgeschriebenen konfessionellen Neutralität der Schule ergeben. Die Neutralität der Schulumgebung (wohl aber nicht des Inhalts des Schulunterrichtes an sich) wäre fortan nur noch in Bezug auf andere Religionen und Weltanschauungen zu gewährleisten gewesen, nicht jedoch in Bezug auf das Christentum. Jenen Kantonen, welche in ihren Schulzimmern Kruzifixe oder andere christliche Symbole anbringen möchten, wäre dies erlaubt worden und Schulkinder und ihre Eltern hätten sich gegen diese Beeinträchtigung ihrer (negativen) Religionsfreiheit nicht mehr zur Wehr setzen können. Nicht ableiten lassen hätte sich jedoch eine irgendwie geartete positive Pflicht zum Aufhängen von christlichen Symbolen wie dem Kruzifix in Unterrichtszimmern.

[175] Die Ablehnung der Initiative Glanzmann durch den Ständerat ist zu begrüssen, hätte doch eine Annahme der Initiative der Schweiz eine weitere Verfassungsbestimmung beschert, die eine Sonderregelung für eine bestimmte Religion bzw. Weltanschauung vorsieht. Eine solche wäre besonders ungewöhnlich gewesen, weil sie auf den Schutz der Mehrheitsreligion gezielt hätte. An der neuen Bestimmung wäre besonders gefährlich gewesen, dass möglicherweise der Umkehrschluss gezogen worden wäre, dass Symbole anderer Religionen im öffentlichen Raum grundsätzlich unzulässig sind.

[176] Das Bundesgericht wird seinerseits wohl erneut Gelegenheit erhalten, sich zur Thematik zu äussern. Wie auch immer das Walliser Kantonsgericht über die Beschwerde des entlassenen Lehrers entscheiden wird, darf erwartet werden, dass die unterliegende Partei das Verfahren an das Bundesgericht weiterziehen wird.

3.2. Tragen des Kopftuches an öffentlichen Schulen

[177] Bei der Frage, ob das Tragen des islamischen Kopftuches an öffentlichen Schulen erlaubt werden darf, ist entscheidend, ob es sich um die Zulassung des Kopftuchtragens durch Lehrerinnen oder durch Schülerinnen handelt. Die Notwendigkeit dieser Unterscheidung ergibt sich aus dem Grundsatz der religiösen Neutralität öffentlicher Schulen. Lehrpersonen üben eine öffentliche Funktion aus und ihre Religionsfreiheit darf daher stärkeren Einschränkungen unterworfen werden, als diejenige der Schülerinnen.

3.2.1. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte

[178] Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erklärte im Fall Dahlab gg. Schweiz vom 15. Februar 2001[124] die Beschwerde einer Genfer Primarlehrerin, die sich gegen die Anordnung der Genfer Regierung wehrte, während des Unterrichts das islamische Kopftuch abzulegen, für unzulässig. Die Genfer Behörden hätten ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten, das Verbot sei in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, namentlich zum Schutz der religiösen Neutralität der Schule und der Bewahrung des Religionsfriedens. Es stelle daher keine unverhältnismässige Einschränkung der Religionsfreiheit der Beschwerdeführerin dar. Entscheidend für die Einschätzungen des EGMR schien der Umstand, dass die Beschwerdeführerin Kinder im Alter von vier bis acht Jahren unterrichtete. In diesem Alter würden sich für diese Kinder viele Fragen stellen und sie seien auch leichter zu beeinflussen als ältere Schulkinder.

[179] Fünf Jahre später wies der EGMR eine ähnliche Beschwerde wiederum als unzulässig zurück und erklärte die Argumentation im Fall Dahlab auch im universitären Umfeld für anwendbar[125]. Eine Professorin an der Universität Istanbul hatte geltend gemacht, dass das für das Fakultätspersonal geltende Kopftuchverbot ihre Rechte nach Art. 9 EMRK verletze. Der Gerichtshof erachtete die Einschränkung der Religionsfreiheit der Beschwerdeführerin jedoch als gerechtfertigt. Angesichts des Ermessensspielraumes der Staaten in diesem Bereich sei das Kopftuchverbot mit dem Schutz des Grundsatzes der religiösen Neutralität des Staates, insbesondere im Unterrichtswesen, zu rechtfertigen und verhältnismässig[126].

[180] Der EGMR hat sich zudem in zahlreichen Beschwerden aus Frankreich und der Türkei zu Kopftuchverboten für Schülerinnen geäussert. Dabei hat er stets die Entscheidungen der nationalen Behörden geschützt und keine Verletzung von Art. 9 EMRK festgestellt[127].

3.2.2. Situation in der Schweiz

[181] Der EGMR hat in seinem Urteil im Fall Dahlab die Argumentation des Bundesgerichts[128] weitgehend übernommen. Das Bundesgericht hatte das islamische Kopftuch als „starkes religiöses Symbol" bezeichnet, da dadurch die religiöse Überzeugung der Lehrerin für Dritte sofort erkennbar sei. Das Tragen des Kopftuches, wie auch anderer religiöser Kleidung, sei lediglich eine äussere Manifestation des persönlichen Glaubens, gehöre als solches nicht zum Kerngehalt der Religionsfreiheit und dürfe somit gewissen Einschränkungen unterworfen werden.

[182] Das Bundesgericht erachtete die Einschränkungen der Religionsfreiheit der Lehrerin zum Schutz der religiösen Gefühle der Schulkinder und deren Eltern sowie zum Schutz des religiösen Friedens für notwendig. Zudem liesse sich das Tragen des Kopftuches nur schwer mit dem Prinzip der Gleichberechtigung der Geschlechter vereinbaren. Die Verhältnismässigkeit des Verbotes wurde insbesondere angesichts des jungen Alters der Schülerinnen und Schüler bejaht.

---

[124] EGMR, Dahlab v. Switzerland, 42393/98 (2001).

[125] EGMR, Kurtulmus v. Turkey, 65500/01 (2006).

[126] Vgl. ZIMMERMANN, Rz. 20.

[127] Für einen Überblick über die jüngste Rechtsprechung sowie weitere Nachweise s. ZIMMERMANN, Rz. 21.

[128] BGE 123 I 296.

[183] Für Schülerinnen gibt es in der Schweiz bisher kein generelles Kopftuchverbot. In St. Gallen empfahl der kantonale Erziehungsrat den Schulen in einem Kreisschreiben vom August 2010 die Einführung eines Verbotes von Kopfbedeckungen – ausdrücklich inklusive des Kopftuches von Schülerinnen muslimischen Glaubens. Von den über hundert Schulträgern im Kanton reagierten jedoch nur einige wenige mit der Einführung eines Verbotes. Die meisten Schulen sahen diesbezüglich keinen Regelungsbedarf und lehnten ein präventives Verbot als unpragmatisch ab. Die Praxisrelevanz der Frage scheint zudem aufgrund der bisher geringen Anzahl von Schülerinnen, die überhaupt ein Kopftuch tragen möchten, relativ beschränkt[129].

[184] Die Rechtsprechung zum Kopftuchverbot für Schülerinnen beschränkt sich bisher auf zwei Urteile. In einem Urteil aus dem Jahre 1999[130] widersprach das Verwaltungsgericht des Kantons Neuenburg der lokalen Schulkommission und entschied, dass eine 14-jährige Schülerin das Kopftuch weiterhin tragen dürfe, da der Unterricht nicht beeinträchtigt werde und die Schülerin im Übrigen gut integriert sei und auch am Schwimm- und Sportunterricht teilnehme[131].

[185] Im November 2012 entschied das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau, dass das allgemeine Kopftuchverbot, das an der Oberstufenschule in Bürglen vorgesehen war, nicht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhte. Zudem sei der Eingriff in die Religionsfreiheit nicht verhältnismässig[132]. Die Schule Bürglen hat das Urteil ans Bundesgericht weitergezogen, ein Entscheid steht noch aus.

3.2.3. Handlungsbedarf

[186] Angesichts der unterschiedlichen Funktionen von Lehrerinnen und Schülerinnen scheint eine unterschiedliche rechtliche Behandlung dieser beider Gruppen bei der Frage nach der Zulässigkeit des islamischen Kopftuches im Schulumfeld angezeigt.

[187] Die Regelung der Kleidervorschriften im Schulumfeld liegt grundsätzlich in der Kompetenz der Kantone und Gemeinden. Diese verfügen dabei über einen relativ weiten Ermessensspielraum, so dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Fall Dhalab nicht vorbehaltslos auf andere Kantone übertragen werden darf. In jedem Fall sind bei der Reglementierung und Festschreibung eines allfälligen Verbotes die relevanten Einschränkungsvoraussetzungen gemäss Art. 36 BV bzw. den einschlägigen Bestimmungen der Menschenrechtsabkommen zu beachten, da das Tragen des islamischen Kopftuches vom Anwendungsbereich der Religionsfreiheit (Art. 15 BV, Art. 9 EMRK und Art. 18 UNO-Pakt II) erfasst wird. Die Vorschriften sind in einem Gesetz zu verankern. Sie müssen zum Schutz eines legitimen öffentlichen Interesses notwendig sein und im Einzelfall den Anforderungen einer Verhält-

---

[129] Als Beispiel für die Situation in den Kantonen s. die Ausführungen der St. Galler Regierung vom 26. Jan. 2010 auf eine entsprechende Anfrage der SVP-Fraktion, im Internet verfügbar unter: https://www.ratsinfo.sg.ch/t/kantonsrat/vorberatenede_komissionen.geschaeftdetail.html?geschaeftid=ADDC8CF8-46A3-4F05-929B-E9C8DD4AC38F&ziel=1 (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

[130] Tribunal administratif Neuchâtel, Commission scolaire de La Chaux-de-Fonds c. Département de l'instruction publique et des affaires culturelles, Urteil vom 25. Juni 1999, SCOL. 76/99 (nicht publiziert).

[131] Vgl. SCHWARZENBERGER, 57 f.; ZIMMERMANN, Rz. 15 f.

[132] Das Urteil wurde nicht veröffentlicht; s. aber anstatt vieler die Berichterstattung in NZZ am Sonntag, Schülerin darf Kopftuch tragen, 25. Nov. 2012.

nismässigkeitsprüfung genügen[133]. Zudem darf der Kerngehalt der Religionsfreiheit dadurch nicht angetastet werden.

[188] Die Argumentation des Bundesgerichtes im Fall Dhalab wurde in der Doktrin teilweise heftig kritisiert[134]. Als problematisch erscheint insbesondere der Umstand, dass das Bundesgericht eine Einschränkung der Religionsfreiheit von Frau Dahlab zum Schutz der negativen Religionsfreiheit von Schulkindern und Eltern und zum Schutz des Religionsfriedens auch ohne konkrete Anhaltspunkte für eine tatsächliche Gefährdung für gerechtfertigt hielt. Ausschlaggebend bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Verbotes sollten jedoch vielmehr das gesamte Verhalten der betreffenden Lehrperson sowie konkrete Anhaltspunkte für tatsächliche Probleme sein, ansonsten kann mit guten Gründen gegen die Verhältnismässigkeit eines Einschreitens des Staates argumentiert werden.

[189] Dies gilt umso mehr, als bei der Beurteilung von Kopftuchverboten neben der Glaubens- und Gewissensfreiheit zudem auch das allgemeine Gleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) und das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) zu beachten sind. Behandelt der Staat eine Person, die ein Kopftuch oder ein anderes religiöses Symbol trägt, nachteilig, so begründet diese Ungleichbehandlung die Vermutung einer Diskriminierung. Die Diskriminierung ist in diesem Fall nur dann verfassungskonform, wenn eine qualifizierte Rechtfertigung vorliegt, also nicht irgendein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung, sondern ein besonders qualifizierter[135].

3.3. Dispensation vom Schwimmunterricht aus religiösen Gründen

[190] Während in der Praxis Dispensationen an religiösen Feier- oder Ruhetagen an Schulkinder, die einer Minderheitsreligion angehören, relativ grosszügig erteilt werden[136], gestaltet sich die Dispensation von einzelnen Unterrichtsfächern schwieriger. Besondere Probleme ergeben sich dabei, wenn eine Dispens für ein Schulpflichtfach beantragt wird, in dem keine religiösen Inhalte behandelt werden.

[191] Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage bisher im Rahmen von Dispensgesuchen vom Schwimmunterricht für Schulkinder muslimischen Glaubens befasst, in der Praxis stellen sich jedoch ähnliche Fragen im Rahmen von Dispensgesuchen vom Sexualkundeunterricht für Angehörige christlich-fundamentaler Glaubensgemeinschaften.

3.3.1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

[192] Das Bundesgericht hatte sich erstmals im Jahre 1993 mit der Frage der Zulässigkeit einer Dispensation vom Schwimmunterricht aus religiösen Gründen zu befassen[137]. Der Vater eines muslimischen Mädchens, welches damals die zweite Klasse besuchte, hatte ein Dis-

---

[133] S. dazu ausführlich BELSER, 118 ff.

[134] Für einen Überblick m. w. N. s. SCHWARZENBERGER, S. 60 ff.

[135] BELSER, 117 m. N. aus der Rechtsprechung; s. dazu auch die Stellungnahme der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus, Ein Kopftuchverbot an öffentlichen Schulen? Beispiel einer gegen eine Minderheit gerichteten Debatte, Juni 2011, im Internet unter: http://www.ekr.admin.ch/dokumentation/00143/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

[136] Vgl. SCHWARZENBERGER, 69 m. N.; s. auch BGE 114 Ia 129 (Laubhüttenfest); BGE 134 I 114 (keine Maturaprüfungen am Sabbat).

[137] BGE 119 Ia 178.

pensgesuch für den Besuch des gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterrichts gestellt. Das Gesuch war jedoch von der Schulpflege und den kantonalen Beschwerdeinstanzen abgelehnt worden.

[193] Das Bundesgericht anerkannte zunächst, dass der Schutzbereich der Religionsfreiheit berührt sei und betonte, dass in der Schule auf das Erziehungsrecht der Eltern besondere Rücksicht zu nehmen sei. Es wertete im Ergebnis die Religionsfreiheit der Kinder und Eltern und das Erziehungsrecht der Eltern höher als das Interesse des Staates an der Durchführung des Schwimmunterrichts. Beim Schwimmunterricht handle es sich um kein Schulfach, dessen Inhalt im Interesse der Kinder oder im Rahmen der schweizerischen Wertordnung als unverzichtbar einzustufen wäre. Die Dispensation einzelner Schulkinder stelle im Weiteren einen geordneten und effizienten Schulbetrieb nicht in Frage. Zum Argument des Zürcher Regierungsrates, dass die Dispensation auch aus Interessen der Integration zu verweigern sei, führte das Bundesgericht aus, dass sich Angehörige anderer Länder und Kulturen lediglich an die Schweizer Rechtsordnung zu halten hätten, jedoch keine Rechtspflicht bestehe, dass sie darüber hinaus ihre Gebräuche und Lebensweisen anzupassen hätten[138].

[194] Im Jahr 2008 nahm das Bundesgericht eine Praxisänderung vor[139]. Nachdem einem muslimischen Vater aus dem Kanton Schaffhausen die Dispensation seiner beiden Söhne vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht verweigert worden und die daraufhin erhobenen Beschwerden bei den kantonalen Instanzen erfolglos geblieben waren, erhob er eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht.

[195] An der Aussage im Urteil von 1993, wonach das Schwimmen als verzichtbarer Lehrinhalt gelte, könne nach dem Inkrafttreten der Kinderrechtskonvention, die eine vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls verlange, nicht festgehalten werden. Bei der Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Besuch aller Kinder am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht und dem Interesse des Beschwerdeführers, sich auf eine Glaubensregel zu berufen, wonach es muslimischen Gläubigen nicht gestattet sei, den weitgehend nackten Körper des anderen Geschlechts zu sehen, sei zu berücksichtigen, dass die Integrationsanliegen seit 1993 vermehrt an Gewicht gewonnen hätten. Dies vor allem aufgrund der veränderten religiösen Zusammensetzung der schweizerischen Wohnbevölkerung und den zunehmenden Bemühungen um die Integration ausländischer Bevölkerungsgruppen. Die Anerkennung eines Rechts, muslimische Kinder generell vom kollektiven Schwimmunterricht zu befreien, würde den vielfältigen Bestrebungen zur Integration dieser Bevölkerungsgruppe zuwiderlaufen. Der Entscheid der Schaffhauser Behörden, den gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht – verbunden mit flankierenden Massnahmen wie eigene körperbedeckende Badebekleidung, getrenntes Umziehen und Duschen - auch für muslimische Kinder vorzuschreiben, sei daher nicht als unzulässiger Eingriff in die Religionsfreiheit zu werten.

[196] Im März 2012 bestätigte das Bundesgericht die Praxisänderung von 2008 auch mit Bezug auf die Teilnahme von muslimischen Mädchen am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht und betonte den grundsätzlichen Vorrang der schulischen Pflichten vor der Beachtung religiöser Gebote einzelner Bevölkerungsteile[140]. Die Eltern zweier Mädchen aus dem Kanton Basel-Stadt waren je mit 700.- Franken gebüsst worden, weil sie die Mäd-

[138] Zum Urteil sowie der Kommentierung in der Lehre s. anstatt vieler SCHWARZENBERGER, 71 ff.

[139] BGE 135 I 79.

[140] Urteil des Bundesgerichts 2C_666/2011 vom 7. März 2012; bestätigt im Urteil 2C_724/2011 vom 11. April 2012, E. 3.4.1.

chen wiederholt nicht am Schwimmunterricht teilnehmen liessen. Das Bundesgericht entschied erneut, dass das öffentliche Interesse an der Integration aller Schülerinnen und Schüler höher zu werten sei als die persönlichen religiösen Überzeugungen der Beschwerdeführer. Auch gemäss der neueren Rechtsprechung sei eine Dispensation vom Schwimmunterricht möglich, die Beschwerdeführer hätten jedoch keine besonderen Verhältnisse geltend gemacht, welche eine solche Dispensation rechtfertigen würden.

[197] Im neusten Urteil vom 11. April 2013[141] hielt das Bundegericht auch für Mädchen, welche die Geschlechtsreife bereits erreicht haben, am Vorrang der schulischen Pflichten fest und hob erneut die grosse Bedeutung des integrativen Schulunterrichts hervor. Die Schule sei den religiösen Anliegen der Eltern und des Mädchens weit entgegen gekommen, indem sie den Schwimmunterricht nach Geschlechtern getrennt durchführe, Einzelkabinen zum Duschen und Umziehen anbiete und selbst das Tragen eines Burkinis erlaube. So erscheine der noch verbleibende Eingriff in die Religionsfreiheit als vergleichsweise geringfügig und daher verhältnismässig.

3.3.2. Handlungsbedarf

[198] Wie bereits eingangs erwähnt, liegt es in der Kompetenz der Kantone, das Verhältnis von Staat und Religion zu regeln. Die Kantone verfügen dabei über einen beträchtlichen Ermessensspielraum, den das Bundesgericht zu respektieren hat. Das Bundesgericht beurteilt nur Einzelfälle und die Zulässigkeit der ihnen zugrunde liegenden kantonalen Regelungen. Es sind daher eine Reihe von Regelungsvarianten denkbar und auch zulässig.

[199] Während die Praxisänderung des Bundesgerichtes von 2008 im Ergebnis grundsätzlich richtig erscheint, so vermag die Argumentation nicht in allen Punkten zu überzeugen. Es ist zweifelhaft, ob die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls zwingend bedeutet, dass Schulkinder im gemischtgeschlechtlichen Unterricht schwimmen lernen müssen. Zwar besteht ein gewisses öffentliches Interesse, dass alle Kinder schwimmen lernen, doch bedeutet dies nicht, dass die Fähigkeit zu schwimmen in der Schule und im gemischtgeschlechtlichen Unterricht erworben werden muss. Zu beachten sind umgekehrt auch die möglichen Auswirkungen einer Verweigerung der Dispensation vom Schwimmunterricht auf das Kindeswohl. Eine solche kann für das Kind zu einem erheblichen Gewissenskonflikt führen, da es unter Umständen zu einem Verhalten verpflichtet wird, von dem es weiss, dass seine Eltern es aus starken religiösen und moralischen Überzeugungen ablehnen[142]. Wichtig ist in diesem Zusammenhang deshalb auch das Recht des Kindes gemäss Art. 12 KRK, seine Meinung in allen Angelegenheiten, die es betreffen, frei zu äussern, und die entsprechende Verpflichtung der Behörden, die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen.

[200] Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die hohe Bewertung des öffentlichen Interesses an der Integration zwar richtig und legitim ist, Integration jedoch vielschichtig ist und nicht lediglich im (meist nur monatlichen) schulischen Schwimmunterricht erfolgt. Im Sinne einer verhältnismässigen Lösung sollten Kantone und Gemeinden weiterhin zunächst das

[141] Urteil des Bundesgerichts 2C_1079/2012 vom 11. April 2013.

[142] Vgl. SCHWARZENBERGER, S. 75, mit Verweis auf KÄLIN WALTER/ WYTTENBACH JUDITH, Schulischer Bildungsauftrag und Grund- und Menschenrechte von Angehörigen religiös-kultureller Minderheiten, AJP 2005, S. 315, S. 322 f.

Gespräch mit den Eltern und dem betroffenen Kind selber suchen und erst als letzten Ausweg die zwangsweise Durchsetzung des Besuchs des Schwimmunterrichts wählen. Die Eltern und das Kind sind über mögliche flankierende Massnahmen wie die Zulassung von körperbedeckenden Schwimmanzügen, getrennten Umkleidekabinen und Einzelduschen ausdrücklich zu informieren. Die Schwimmbadbetreiber sind darauf hinzuweisen, dass sie gegebenenfalls ihre Badeordnungen anzupassen haben, um Burkinis zuzulassen. Kann jedoch keine Einigung gefunden werden, stellt eine Dispensverweigerung unter solchen Rahmenbedingungen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch bei Mädchen nach Erreichen der Geschlechtsreife grundsätzlich keinen unverhältnismässigen Eingriff in die Religionsfreiheit dar.

[201] Eine Dispensation bleibt allerdings auch gemäss der neueren Praxis weiterhin möglich, sofern besondere Umstände vorliegen, die eine solche rechtfertigen, wobei das Bundesgericht die Anforderungen an solch besondere Verhältnisse bisher nicht weiter präzisiert hat. In Betracht kommen wohl gesundheitliche Probleme (wie z.B. eine Chlor-Allergie) oder psychische Probleme des Kindes wegen des Gewissenskonflikts oder den Spannungen in der Familie. Die Pflicht zur Beachtung religiöser Gebote allein stellt zumindest noch keinen ausreichenden Grund dar, welcher die Dispensation von einem obligatorischen Schulfach zu rechtfertigen vermag.

DER SCHUTZ NATIONALER MINDERHEITEN

I. ZUSAMMENFASSUNG

[202] *Dieses Kapitel behandelt das Thema der nationalen Minderheiten gemäss der Definition in der Auslegenden Erklärung der Schweiz zum Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten. Demnach stehen insbesondere die sprachlichen Minderheiten, die Schweizer Fahrenden sowie die jüdische Gemeinschaft unter speziellem Schutz.*

[203] *Nach einem Überblick über die Bestimmungen zum Schutz nationaler Minderheiten auf internationaler sowie auf innerstaatlicher Ebene werden die internationalen Empfehlungen betreffend die einzelnen Minderheitengruppen, die schweizerischen Anstrengungen zu deren Umsetzung und der noch vorhandene Handlungsbedarf diskutiert.*

[204] *Die Ausführungen zu den sprachlichen Minderheiten beschränken sich mehrheitlich auf den Schutz des Rätoromanischen und des Italienischen. Während die Schweiz sehr vielseitige Anstrengungen zur Erhaltung dieser Sprachen unternimmt, ist die Frage, ob auch weitere sprachliche Minderheiten in der Schweiz besonderen Schutz verdienen, nach wie vor unbeantwortet.*

[205] *Für die Schweizer Fahrenden ist das dringendste Problem nach wie vor der Mangel an geeigneten Stand- und Durchgangsplätzen. Die besonderen Bedürfnisse der Fahrenden aufgrund ihrer (halb)nomadischen Lebensweise müssen jedoch nicht nur in der Raumplanung, sondern auch in anderen Bereichen wie beispielsweise im Sozialversicherungsrecht angemessen berücksichtig werden.*

[206] *Nachdem noch auf die internationalen Empfehlungen betreffend die jüdische Gemeinschaft hingewiesen wird, wirft dieses Kapitel schliesslich die Frage auf, ob nicht auch weitere neue, meist zugewanderte Gruppen als nationale Minderheiten anerkannt werden müssten. Genauer abzuklären wäre in diesem Zusammenhang, welche Gruppen allenfalls berücksichtigt werden sollten und was die Bedürfnisse dieser Gruppen wären, insbesondere im Bereich des Diskriminierungsschutzes, der Förderung der Chancengleichheit und der Bewahrung und Förderung ihrer Kultur, Religion, Sprache und Tradition.*

II. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

[207] Beim Thema „nationale Minderheiten" ergibt sich zunächst eine Reihe von begrifflichen Abgrenzungsschwierigkeiten. Die rechtliche Bedeutung des Begriffs „Minderheiten" ist unklar, auf internationaler Ebene hat sich bisher keine allgemein anerkannte oder verbindliche Umschreibung des Begriffs durchsetzen können[143]. Trotz fehlender Definition beschäftigen sich die UNO sowie der Europarat in verschiedenen Bereichen mit dem Schutz von Minderheiten. Die Definition von „nationalen Minderheiten", einer Untergruppe der „Minderheiten", stellt sich noch schwieriger dar. Von „nationalen Minderheiten" wird insbesondere auf europäischer Ebene gesprochen. Sie werden beispielsweise in Art. 14 EMRK genannt sowie im Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten (im Folgenden:

[143] Gutachten Fahrende BJ 2002, S. 2.

Rahmenübereinkommen). Laut Gutachten des Bundesamtes für Justiz von 2002 ist zur Umschreibung des Begriffs „nationale Minderheiten" derzeit auf die Auslegende Erklärung der Schweiz zum genannten Rahmenübereinkommen abzustellen. Diese lautet:

> *„Die Schweiz erklärt, dass in der Schweiz nationale Minderheiten im Sinne des Rahmenübereinkommens die Gruppen von Personen sind, die dem Rest der Bevölkerung des Landes oder eines Kantons zahlenmässig unterlegen sind, die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen, seit langem bestehende, feste und dauerhafte Bindungen zur Schweiz pflegen und von dem Willen beseelt sind, zusammen das zu bewahren, was ihre gemeinsame Identität ausmacht, insbesondere ihre Kultur, ihre Traditionen, ihre Religion oder ihre Sprache.*
>
> *Die Schweiz erklärt, dass die Bestimmungen des Rahmenübereinkommens, die den Gebrauch der Sprache im Verhältnis zwischen Einzelpersonen und Verwaltungsbehörden regeln, unbeschadet der von der Eidgenossenschaft und den Kantonen bei der Festlegung der Amtssprachen angewandten Grundsätze gelten."*[144]

[208] In ihrem ersten Bericht zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens hielt die Schweiz fest, dass neben den sprachlichen Minderheiten auch andere schweizerische Bevölkerungsgruppen wie Fahrende und Mitglieder der jüdischen Gemeinschaft unter diese Definition fallen[145]. Die Beschränkungen dieser Erklärung, beispielsweise auf Personen mit schweizerischer Staatsbürgerschaft, sind jedoch nicht unumstritten[146].

[209] Zusätzlich bestehen auch bei der Definition der einzelnen Gruppen, die als nationale Minderheit anerkannt werden, Probleme. So stellt sich unter anderem die Eingrenzung der Gruppe der „Fahrenden" als schwierig dar[147].

III. INTERNATIONALE VERPFLICHTUNGEN UND IHRE NORMATIVE UMSETZUNG IN DER SCHWEIZ

1. Universelle Ebene

[210] Auf universeller Ebene sind folgende Normen, welche den Schutz nationaler Minderheiten betreffen, für die Schweiz verbindlich:

- Art. 27, aber auch Art. 2 Abs. 2 und Art. 26 UNO-Pakt II[148] sowie
- das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung.

[211] Von der Schweiz bisher nicht ratifiziert, aber schon lange in Diskussion[149], ist das ILO-Übereinkommen Nr. 169 über eingeborene und in Stämmen lebende Völker in unabhängigen

---

[144] Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten. Vorbehalte und Erklärungen (SR 0.441.1).

[145] Erster Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten, Ziff. 100.

[146] Gutachten Fahrende BJ 2002, S. 6; s. ausführlich Angst, S. 55 ff.

[147] Vgl. Gutachten Fahrende BJ 2002, S. 6 ff.; Dritter Bericht zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Ziff. 37.

[148] Die Schweiz hat zu Art. 26 den folgenden Vorbehalt angebracht: „Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und ihr Anspruch ohne Diskriminierung auf gleichen Schutz durch das Gesetz werden nur in Verbindung mit anderen in diesem Pakt enthaltenen Rechten gewährleistet."

Ländern. Im Oktober 2006 erstellte der Bundesrat einen ausführlichen Bericht über die Auswirkungen einer allfälligen Ratifizierung des Übereinkommens[150]. Obwohl das Übereinkommen auf den postkolonialen Vielvölkerstaat ausgerichtet ist, könnte es auch auf die Schweizer Fahrenden anwendbar sein, was gemäss Auffassung des Bundesrats aber nicht eindeutig geklärt ist[151]. Wird die Anwendbarkeit auf Schweizer Fahrende bejaht, sei es schwierig abzuschätzen, welche (zusätzlichen) Verpflichtungen sich für die Schweiz durch eine Ratifizierung ergeben würden. Zweifellos wären weitere Massnahmen zu ergreifen, die teilweise auch kantonale Kompetenzen betreffen würden. Zudem würde eine Ratifizierung auch ein bedeutendes finanzielles Engagement nach sich ziehen. Aus diesen Gründen und da sich im Rahmen der Konsultation eine Mehrheit der Kantone gegen eine Ratifizierung ausgesprochen hatte, kam der Bundesrat in seinem Bericht zum Schluss, dass eine Ratifizierung zum damaligen Zeitpunkt nicht gerechtfertigt wäre[152].

2. Regionale Ebene

[212] Art. 14 EMRK enthält ein akzessorisches Diskriminierungsverbot. Der Artikel schützt unter anderem auch „nationale Minderheiten". Dabei handelt es sich allerdings lediglich um einen der möglichen Diskriminierungsgründe in der nicht abschliessenden Aufzählung[153]. Soweit ersichtlich ging durch die Rechtsprechung des EGMR bis heute keine nähere Umschreibung des Begriffs „nationale Minderheit" hervor.

[213] Auf europäischer Ebene bestehen zudem zwei weitere von der Schweiz ratifizierte Abkommen, die den nationalen Minderheitenschutz betreffen:

- Das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten von 1995 (SR 0.441.1) (im Folgenden: Rahmenübereinkommen) sowie
- die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitssprachen von 1992 (SR 0.441.2) (im Folgenden: Sprachencharta).

[214] Diese Konventionen sind nicht wie die EMRK auf den Schutz des Individuums ausgerichtet, sondern auf den Schutz des Kollektivs. Beide Abkommen richten sich an die Vertragsstaaten und sind nicht unmittelbar anwendbar[154]. Der Begriff „Minderheiten" wird von keinem der beiden Abkommen definiert. Diese Definition wird den einzelnen Staaten überlassen. Beim Rahmenübereinkommen gab die Schweiz dazu eine Auslegende Erklärung ab, wonach sprachliche Minderheiten, die Fahrenden sowie die jüdische Gemeinschaft unter Schutz stehen[155]. Bei der Unterzeichnung der Sprachencharta hat die Schweiz Rätoromanisch und Italienisch als in der Schweiz weniger verbreitete Amtssprachen bezeichnet, auf welche gewisse Schutzbestimmungen der Charta Anwendung finden[156].

---

[149] Siehe z.B. Motion 00.3604 der Aussenpolitischen Kommission des NR zur Ratifizierung der ILO-Konvention Nr. 169 durch die Schweiz vom 14. Nov. 2000; Motion GYSIN 99.3433 zur ILO-Konvention Nr. 169 zum Schutze indigener Völker (Ureinwohner) vom 2. Sept. 1999.

[150] Bericht BR Fahrende 2006, Teil I.

[151] Idem, S. 14 ff.

[152] Idem, S. 54.

[153] HÄFLIGER/SCHÜRMANN, S. 323 ff.

[154] JAAG TOBIAS, Europarecht: Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 3. Aufl., Zürich 2010, N 412.

[155] Dazu siehe oben II.

[156] Europäische Charta der Regional- oder Minderheitssprachen. Vorbehalte und Erklärungen (SR 0.441.2).

[215] Als von der Charta erfasste und geschützte Minderheitensprachen gelten das Deutsch in Bosco-Gurin (Walserisch), Deutsch in Ederswiler (Jura), Italienisch in Graubünden, Italienisch im Tessin, Romanisch, Jenisch und Yiddish.

[216] Beide Abkommen kennen ein Überwachungssystem mit periodischer Berichterstattung der Vertragsstaaten. Beim Rahmenübereinkommen befindet sich die Schweiz zurzeit im dritten Berichtszyklus, während bei der Sprachencharta bereits vier Berichtszyklen abgeschlossen wurden.

3. Überblick über die innerstaatliche Regulierung

[217] Der Begriff „nationale Minderheiten" wird in der innerstaatlichen Gesetzgebung, soweit ersichtlich, bis heute nicht verwendet. Nationale Minderheiten werden jedoch durch eine Vielzahl von Normen indirekt geschützt.

3.1. Auf Bundesebene

[218] Einige verfassungsrechtliche Grundrechte sind von besonderer Bedeutung für den Schutz nationaler Minderheiten. Dazu gehören etwa die Sprachenfreiheit (Art. 18 BV) und die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)[157]. Zu erwähnen ist aber auch das generelle Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV. Die Rassismus-Strafnormen in Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG verbieten die öffentliche Diskriminierung einer Person oder Personengruppe aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Rasse, Ethnie oder Religion.

[219] Bezüglich des Schutzes von sprachlichen Minderheiten ist Art. 70 BV zu beachten. Zur Umsetzung von Art. 70 BV erliess der Bund das Sprachengesetz[158], welches am 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist. Die dazugehörige Ausführungsverordnung (Sprachenverordnung)[159] trat am 1. Juli 2010 in Kraft. In beiden Erlassen werden zwei Handlungsbereiche unterschieden: Der Gebrauch der Amtssprachen beim Bund und die subsidiären Massnahmen des Bundes zur Förderung der Sprachenvielfalt. Bei letzteren nimmt der Bund gegenüber den Kantonen allerdings eine subsidiäre Rolle ein.

[220] Im Themenbereich „Schweizer Fahrende" sind ebenfalls eine Reihe von Bestimmungen von Bedeutung. So spielt zum Beispiel die Raumplanungsgesetzgebung eine wichtige Rolle. Gemäss Art. 3 Abs. 3 Raumplanungsgesetz ist die Planung an den Bedürfnissen der Bevölkerung auszurichten. Dazu gehören auch die spezifischen Bedürfnisse der Fahrenden[160]. Die Umsetzung dieser Regelung muss jedoch auf kantonaler Ebene stattfinden. Auf die speziellen Erwerbsverhältnisse der Fahrenden geht das Bundesgesetz vom 23. März 2001 über das Gewerbe der Reisenden[161] sowie die dazugehörige Ausführungsverordnung[162] ein. Des Wei-

---

[157] Erster Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten, Ziff. 97.

[158] BG vom 5. Okt. 2007 über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (SR 441.1).

[159] Verordnung vom 4. Juni 2010 über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (SR 441.11).

[160] BGE 129 II 321, E. 3.2.

[161] SR 943.1.

[162] Verordnung vom 4. Sept. 2002 über das Gewerbe der Reisenden (SR 943.11).

teren zu erwähnen ist der neue Art. 17 Kulturförderungsgesetz, welcher die gesetzliche Grundlage zur Unterstützung der Fahrenden durch den Bund darstellt.

3.2. Auf kantonaler Ebene

[221] Eine Mehrzahl von Kantonsverfassungen enthält Diskriminierungsverbote, die Art. 8 Abs. 2 BV materiell mehr oder weniger entsprechen[163].

[222] Die Kantone sind, abgesehen von den Grundsätzen, zuständig für die Raumplanung und somit auch für die Berücksichtigung der Bedürfnisse der Fahrenden[164].

[223] Alle mehrsprachigen Kantone – im Einzelnen sind dies die Kantone BE, FR, VS und GR – haben ihre eigene Sprachgesetzgebung. Als Beispiel sei der Kanton Graubünden erwähnt, der 2006 ein kantonales Sprachengesetz erliess, welches am 1. Januar 2008 in Kraft trat. Dessen Ziele sind vorab die Stärkung der kantonalen Dreisprachigkeit sowie der Erhalt des Rätoromanischen.

IV. INTERNATIONALE EMPFEHLUNGEN

1. Allgemeine Empfehlungen

[224] Im Rahmen der zweiten UPR Ende 2012 haben mehrere Staaten in allgemeiner Weise der Schweiz Massnahmen zum Schutz von Minderheiten empfohlen. So wurde der Schweiz etwa nahegelegt, ihre Anstrengungen zu verstärken, unter anderem durch Bildung und Sensibilisierung, um Vorurteile gegenüber Minderheiten zu bekämpfen[165], den inter-ethnischen Dialog und die Toleranz insbesondere auf kantonaler und kommunaler Ebene zu fördern[166] und ihre Politik zum Schutz nationaler Minderheiten und zur Förderung der religiösen Toleranz fortzusetzen[167]. Die Schweiz hat all diese Empfehlungen noch vor Ort angenommen.

2. Sprachliche Minderheiten

2.1. Empfehlungen

[225] In seinem Bericht vom Dezember 2010 zum vierten Berichterstattungszyklus zur Sprachencharta lobt das Expertenkomitee des Europarates die schweizerischen Anstrengungen zur Verbesserung der Situation von Minderheitssprachen[168]. Ausdrücklich nennt das Komitee die Projekte zur Erhaltung des Jenischen[169], die schrittweise Einführung von Rumantsch

[163] Siehe z.B. Art. 10 Abs. 1 KV BE; Art. 9 Abs. 1 KV FR; § 10 Abs. 2 KV AG.

[164] Art. 75 Abs. 1 BV.

[165] UPR Switzerland 2012, Empfehlung 122.14.

[166] UPR Switzerland 2012, Empfehlung 122.15.

[167] UPR Switzerland 2012, Empfehlung 122.17.

[168] Report of the Committee of Experts on the application of the Charter in Switzerland, adopted on 4 June 2010, Chapter 4: Findings of the Committee of Experts in the fourth monitoring cycle.

[169] Idem, Bst. B.

Grischun in den Schulen[170], das rätoromanische Angebot bei Radio und Fernsehen[171] sowie auch die Gesamtsituation des Italienischen[172]. Kritisiert wird der Mangel an ausgebildeten Lehrkräften mit Kenntnissen in Rätoromanisch[173], die fehlende Benutzung der romanischen Sprache vor Gericht[174], die Problematik der Beibehaltung von Rätoromanisch als Amtssprache, insbesondere bei Gemeindefusionen[175], sowie das fehlende Bewusstsein der Existenz des Italienischen in Graubünden in der Gesamtschweiz[176]. In die Empfehlungen des Ministerkomitees gingen schlussendlich nur zwei Verbesserungsvorschläge ein[177]:

- Es soll sichergestellt werden, dass die Einführung von Rumantsch Grischun in den Schulen vorsichtig und rücksichtsvoll vor sich geht.
- Es soll Sprachtraining in Romanisch für das Verwaltungspersonal angeboten werden.

[226] Im Rahmen des zweiten Berichterstattungszyklus des Rahmenübereinkommens erstellte der Beratende Ausschuss im Februar 2008 ein Gutachten, welches ebenfalls positive Aspekte sowie gewisse Bedenken betreffend der Situation sprachlicher Minderheiten anspricht[178]. Begrüsst werden insbesondere das neue Sprachengesetz des Bundes, Tendenzen zu mehrsprachigem Schulunterricht sowie die weitgehenden Mitwirkungsmechanismen für sprachliche Minderheiten aufgrund der institutionellen Rahmenbedingungen und des föderalistischen Systems[179]. Negativ bewertet werden:

- die Tatsache, dass italienisch und romanisch sprechende Personen, die ausserhalb ihrer traditionellen Wohngebiete leben, kaum sprachliche Unterstützung erhalten, insbesondere beim Zugang zum Sprachunterricht;
- der Wichtigkeitsverlust von Italienisch innerhalb der Bundesverwaltung; sowie
- die ungenügende Übersetzung von offiziellen Dokumenten auf Italienisch und Rätoromanisch in mehrsprachigen Gemeinden im Kanton Graubünden[180].

[227] In den Empfehlungen des Ministerkomitees wird schliesslich festgehalten, die Schweiz solle[181]:

- besondere Anstrengungen zur vollständigen Umsetzung des neuen Sprachengesetzes des Bundes unternehmen und die Mehrsprachigkeit fördern;
- die Bemühungen zur Förderung der offiziellen Verwendung von Rätoromanisch und Italienisch im Kanton Graubünden weiterführen und eine raschere Umsetzung des neuen kantonalen Sprachengesetzes vorantreiben;

---

[170] Idem, Bst. C.

[171] Idem, Bst. F.

[172] Idem, Bst. G und H.

[173] Idem, Bst. C.

[174] Idem, Bst. D.

[175] Idem, Bst. E.

[176] Idem, Bst. G.

[177] Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe one the application of the Charter by Switzerland, adopted on 8 December 2010.

[178] Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Second Opinion on Switzerland, adopted on 29 February 2008, III. Concluding Remarks.

[179] Idem, Ziff. 189, 191, 193.

[180] Idem, Ziff. 195 ff.

[181] Resolution CM/ResCMN(2008)10 über die Umsetzung des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten durch die Schweiz, verabschiedet am 19. Nov. 2008.

– im Kanton Graubünden zusätzliche Massnahmen ergreifen, um eine stärkere Verwendung des Italienischen und Rätoromanischen (mündlich und schriftlich) in der Öffentlichkeit und im Verwaltungs- und Rechtssystem zu erreichen;
– die Harmonisierung der Anforderungen an den Sprachunterricht in der obligatorischen Schulzeit weiterführen und aufgrund der vorhandenen Bedürfnisse das bestehende Angebot an fakultativen Italienischkursen ausserhalb der Gebiete, in denen diese Sprache traditionell gesprochen wird, ausbauen.

2.2. Situation in der Schweiz

[228] Alle mehrsprachigen Kantone – im Einzelnen sind dies die Kantone BE, FR, VS und GR – haben mittlerweile ihre eigene Sprachgesetzgebung, die im Kontakt mit den kantonalen Behörden die freie Wahl der Amtssprache als allgemein gültigen Grundsatz verankern.

[229] Mit diesem Grundsatz hatte sich 2010 auch das Bundesgericht zu befassen (BGE 136 I 149). Es hiess die Beschwerde einer Freiburgerin gut, welche vom Kantonsgericht aufgefordert worden war, ihre auf Deutsch verfasste Beschwerdeschrift auf Französisch übersetzen zu lassen, da das fragliche Verfahren bis zu diesem Zeitpunkt auf Französisch geführt worden war. Gemäss Art. 17 der Verfassung des Kantons Freiburg ist jedoch die Sprachenfreiheit gewährleistet und es ist ausdrücklich garantiert, dass, wer sich an eine für den ganzen Kanton zuständige Behörde wendet, dies in der Amtssprache seiner Wahl tun kann. Das Kantonsgericht argumentierte, dass diese Bestimmung nicht die Freiheit umfasse, die Sprache während eines Verfahrens nach Belieben zu wechseln, da dies das Verfahren unnötigerweise erschweren würde. Das Bundesgericht widersprach aber dieser Auffassung, da einerseits der Wortlaut von Art. 17 KV klar und unmissverständlich sei und es andererseits in den Materialien der Kantonsverfassung keinerlei Anhaltspunkte gebe, dass diese Bestimmung nicht auch im Rechtsmittelverfahren vor dem Kantonsgericht gelten solle[182].

[230] Im Januar 2012 hat mit der Einreichung des dritten Berichts der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens bereits ein weiterer Berichtszyklus begonnen. Der Bericht gibt unter anderem Aufschluss über die Anstrengungen der Schweiz zur Erfüllung der Empfehlungen des Ministerkomitees. Die im Bericht beschriebenen Massnahmen zu den einzelnen Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates sollen hier kurz erläutert werden. Es handelt sich allerdings nur um eine kleine Auswahl der im Bericht erwähnten Zustände und Projekte.

[231] Der Bund hat im Rahmen des Sprachengesetzes zahlreiche Förderungsmassnahmen, wie zum Beispiel die finanzielle Unterstützung von kantonalen Sprachprojekten, ergriffen[183]. Mit dem Inkrafttreten der Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule („HarmoS"-Konkordat, 1. August 2009) wird insbesondere der Sprachenunterricht in einer zweiten Landessprache geregelt[184]. Zudem sind die Kantone, die HarmoS beigetreten sind, verpflichtet, ein Grundangebot an Unterricht in einer dritten Landessprache (insbesondere Italienisch) anzubieten. In diesem Bereich besteht auch ein Nationalfondspro-

[182] Vgl. dazu ausführlich BERNADETTE HÄNNI, 27. Ile Cour de droit social du Tribunal fédéral. Arrêt du 18 janvier 2010, Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung 2010, S. 164-184.

[183] Siehe Dritter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Ziff. 30 ff.

[184] Idem, Ziff. 96.

jekt namens „Italiano Subito – Curriculo minimo di italiano“, in dessen Rahmen Jugendliche während einer Kompaktwoche Basiskompetenzen in Italienisch erlernen können[185].

[232] Zur Situation im Kanton Graubünden und seinen rätoromanischen und italienischen Sprachregionen nimmt der dritte Bericht ausführlich Stellung. Seit dem Inkrafttreten des kantonalen Sprachengesetzes konnte im Amtssprachenbereich eine klare Verbesserung bezüglich der Präsenz von Rätoromanisch und Italienisch festgestellt werden[186]. Ab dem Jahr 2012 bietet der Kanton Graubünden für seine Mitarbeitenden Sprachkurse in Italienisch und Rätoromanisch an[187]. Bei der Verwendung der Sprachen im Verkehr mit den Gemeindebehörden im Kanton Graubünden gibt es Verbesserungsmöglichkeiten. Insbesondere in der Surselva hängt die Verwendung der romanischen Sprache meist von den Sprachkenntnissen der zuständigen Personen ab[188]. Bei der Einführung der Standardsprache Rumantsch Grischun in den Bündner Schulen regt sich nach wie vor starker Widerstand, insbesondere weil befürchtet wird, dass die Standardsprache das lokal gesprochene Rumantsch definitiv verdrängen könnte[189]. In mehreren Gemeinden wurde die Einführung deshalb bereits wieder rückgängig gemacht[190].

[233] Zur Stellung des Italienischen beim Bund gab es in letzter Zeit nicht nur Kritik von den Organen des Europarates, sondern auch innerhalb des Bundes, wie sich an einigen Vorstössen im Parlament sehen lässt[191]. In der Bundesverwaltung wurden mittlerweile die Übersetzerstellen für Italienisch aufgestockt. Das EDA gründete einen italienischen Sprachendienst. Zudem werden für Verwaltungsangestellte Sprachkurse angeboten[192].

2.3. Handlungsbedarf

[234] Die Problemfelder im Bereich der traditionellen sprachlichen Minderheiten wurden von der Schweiz grundsätzlich erkannt und werden kontinuierlich angegangen. Aufgrund des Territorialprinzips in der Sprachenpolitik sind Einschränkungen der individuellen Sprachenfreiheit nach wie vor möglich und zulässig. So hat das Bundesgericht kürzlich bestätigt, dass es den Kantonen frei steht, für die Dauer der obligatorischen Schulzeit eine offizielle Unterrichtssprache festzulegen und durchzusetzen[193].

[235] Nach wie vor ungeklärt und der genaueren Untersuchung bedürftig ist die Frage, ob die Schweiz allenfalls auch weitere Gruppen wie z.B. serbisch/kroatisch, albanisch, portugie-

---

[185] Idem, Ziff. 110.

[186] Idem, Ziff. 33.

[187] Idem, Ziff. 34.

[188] Idem, Ziff. 95.

[189] Idem, Ziff. 120.

[190] Kürzlich in der Gemeinde Sagogn an der Gemeindeversammlung vom 10. Feb. 2012 (http://www.suedost schweiz.ch/zeitung/ruckkehr-zum-sursilvan, zuletzt besucht am 27. Mai 2013); auch Gemeinde Val Müstair, Dritter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Ziff. 120.

[191] Siehe Frage 11.5546 von CASSIS IGNAZIO vom 14. Dez. 2011; Interpellation 11. 4108 von CASSIS IGNAZIO vom 21. Dez. 2011.

[192] Dritter Bericht der Schweiz zum Rahmenübereinkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten, Ziff. 86.

[193] S. dazu den Beitrag von NATHALIE HILTBRUNNER, Tessin darf Schulunterricht auf Italienisch vorschreiben, Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_449/2011 vom 26.04.2012, SKMR-Newsletter vom 27. Juni 2012, im Internet verfügbar unter: http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/institutionelle-fragen/artikel/schule-italienisch.html (zuletzt besucht am 15. März 2013).

sisch oder spanisch sprechende Personen als sprachliche Minderheiten anerkennen sollte[194]. Zumindest Teile dieser Gruppen sind seit mehreren Jahrzehnten fest in der Schweiz verwurzelt.

3. Fahrende in der Schweiz

3.1. Empfehlungen

[236] Die Situation der Fahrenden wird in den Abschliessenden Bemerkungen zu den UNO-Menschenrechtsabkommen mehrmals erwähnt. So wiederholte beispielsweise der Ausschuss zur Eliminierung der Rassendiskriminierung in seinen Abschliessenden Bemerkungen von 2008 die Empfehlung, dass

> *„[…] the State party strengthen its efforts to improve the situation of Travelers, in particular with regard to the means and enjoyment of their rights to housing, education and cultural rights. The State party should adopt a national coordinating policy aimed at protecting Travelers' rights."*[195]

[237] In den Abschliessenden Bemerkungen zum UNO-Pakt I von 2010 findet sich folgende Empfehlung:

> *„The Committee recommends that the State party take concrete measures to promote the culture and way of life of the Roma, Sinti and Yeniche and to encourage the cantons to establish an adequate number of long-term and short-term caravan sites. The Committee draws the attention of the State party to its general comments No. 20 (2009) on non-discrimination and No. 21 (2009) on the right of everyone to take part in cultural life."*[196]

[238] Eine weitere die Fahrenden betreffende Empfehlung findet sich in den Abschliessenden Bemerkungen von 2002 zur Kinderrechtskonvention, wonach auf die Kinder der Fahrenden besser Rücksicht genommen werden sollte[197].

[239] Die Empfehlungen, die im zweiten Berichtszyklus zum Rahmenübereinkommen durch den Beratenden Ausschuss[198] sowie vom Ministerkomitee[199] des Europarates abgegeben wurden, legen es der Schweiz im Wesentlichen nahe, rasch mehr Stand- und Durchgangsplätze für Fahrende zu schaffen, die Identität der Fahrenden zu erhalten und ihre Kultur und Sprache zu schützen sowie geeignete Mitwirkungsmechanismen für Fahrende zu gewährleisten.

---

[194] Zu der zahlenmässigen Verbreitung dieser Sprachen siehe die Angaben des Bundesamtes für Statistik aus der Volkszählung 2000 – Sprachenlandschaft in der Schweiz, im Internet verfügbar unter: http://www.bfs. admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/22/publ.html?publicationID=1737 (zuletzt besucht am 10. Mai 2013), S. 11.

[195] CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 19.

[196] Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 23.

[197] CRC, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 60.

[198] Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Second Opinion on Switzerland, adopted on 29 February 2008.

[199] Resolution CM/ResCMN (2008)10 über die Umsetzung des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten durch die Schweiz.

[240] Im Rahmen der zweiten UPR Ende 2012 wurde der Schweiz empfohlen, sich der Situation der Migrantinnen und der Migranten und der Fahrenden anzunehmen[200] sowie die Politik zur Verbesserung der Lebenssituation von Personen zu verbessern, die Minderheiten, etwa den Fahrenden, angehören[201]. Die Schweiz hat beide Empfehlungen noch vor Ort angenommen.

3.2. Situation in der Schweiz

[241] Im Jahre 2006 verfasste der Bundesrat einen umfassenden Bericht über die Situation der Fahrenden in der Schweiz. Insbesondere die Handlungsmöglichkeiten des Bundes zur Schaffung von Stand- und Durchgangsplätzen für Fahrende wurden damals ausführlich beleuchtet. Eine Zusammenfassung der aktuellsten Daten findet sich im dritten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens vom Januar 2012. Zur Stand- und Durchgangsplatzfrage gibt es zudem ein Gutachten „Fahrende und Raumplanung – Standbericht 2010", veröffentlicht von der Stiftung „Zukunft für Schweizer Fahrende"[202], auf welches sich der dritte Bericht mehrheitlich stützt.

[242] Im Entscheid des Bundesgerichts (BGE 129 II 321) vom März 2003 wurde festgehalten, dass die Nutzungsplanung Zonen und geeignete Plätze für den Aufenthalt von Schweizer Fahrenden vorsehen muss[203]. Wie die genannten Berichte zeigen, erweist sich die Umsetzung dieser Forderung in der Praxis allerdings als schwierig. Insgesamt hat sich die Situation betreffend der Zahl und Qualität der Standplätze nämlich nicht nur nicht verbessert, sondern sogar verschlechtert[204]. Zwar hat die Zahl der Standplätze in den letzten zehn Jahren von 11 auf 14 leicht zugenommen. Doch das Angebot an diesen Plätzen zur Überwinterung deckt nur etwa 50% des ausgewiesenen Bedarfs. Noch schlimmer ist die Situation bei den Durchgangsplätzen, die in der Sommersaison für kürzere Aufenthalte benötigt werden: Deren Anzahl ist im letzten Jahrzehnt von 51 auf 43 zurückgegangen, wovon drei Viertel qualitativ ungenügend sind[205].

[243] Verschiedene Kantone haben sich in den vergangenen fünf Jahren bei der Richtplanung und der Ausarbeitung von Gesamtkonzepten sehr aktiv um die Berücksichtigung der Bedürfnisse der Fahrenden bemüht[206] und der Bund versucht, Anreize zu schaffen, um die Kantone zum Handeln zu bewegen, indem er zum Beispiel ehemalige Militärareale zu günstigen Preisen verkauft[207]. Nichtsdestotrotz scheint zwischen Theorie und Praxis, zwischen Absichtserklärung und tatsächlicher Umsetzung eine grosse Diskrepanz zu bestehen und der

[200] UPR Switzerland 2012, Empfehlung 122.18.

[201] UPR Switzerland 2012, 122.20.

[202] Die Stiftung «Zukunft für Schweizer Fahrende» wurde 1997 vom Bund gegründet. Sie hat den Auftrag, die Lebensbedingungen der fahrenden Bevölkerung in der Schweiz zu sichern und zu verbessern sowie einen Beitrag zur Wahrung des kulturellen Selbstverständnisses dieser in unserem Land während langer Zeit diskriminierten und verfolgten Minderheit zu leisten.

[203] BGE 129 II 321, E. 3.1 und 3.2.

[204] Dritter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Ziff. 44 f.

[205] Idem, Ziff. 46.

[206] Idem, Ziff. 47.

[207] Idem, Ziff. 50 ff.

politische Widerstand gegen die Schaffung neuer Stand- und Durchgangsplätze relativ gross zu sein[208].

[244] Zur Erhaltung der Identität und Kultur der Fahrenden wurde eine Reihe von Massnahmen ergriffen. Am 11. Dezember 2009 nahm das Schweizer Parlament das neue Bundesgesetz über die Kulturförderung (KFG)[209] an, welches das Bundesgesetz vom 7. Oktober 1994 betreffend die Stiftung „Zukunft für Schweizer Fahrende"[210] ersetzt. Art. 17 KFG stellt die gesetzliche Grundlage zur Unterstützung der Fahrenden durch den Bund dar. Dieser gewährt der „Radgenossenschaft der Landstrasse" sowie der Stiftung „Zukunft für Schweizer Fahrende" Finanzhilfen[211]. Die Stiftung „Zukunft für Schweizer Fahrende" lancierte in den vergangenen Jahren mehrere Sensibilisierungsprojekte zum Verständnis für die Lebenssituation der Schweizer Fahrenden[212]. Weitere Projekte gingen auch vom Bundesamt für Kultur und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung und verschiedenen Kantonen aus[213]. Des Weiteren bestehen Bestrebungen, die Sensibilisierung für Sprache und Kultur der Fahrenden in Bildungsprojekte einzubeziehen.[214]

[245] Im März 2012 hatte das Bundesgericht Gelegenheit, den Schutz von Fahrenden im Rahmen des Sozialversicherungsrechts weiter zu konkretisieren[215]. Die Beschwerdeführerin R., eine Angehörige der Gemeinschaft der Fahrenden, war jeweils während vier Monaten im Winter sesshaft auf einem Standplatz, für den Rest des Jahres reiste sie durch die Deutschschweiz, Deutschland und Frankreich. R. arbeitete als Angestellte im Trödelladen ihres Mannes, bis sie im März 2006 aufgrund von Kreuzbeschwerden völlig arbeitsunfähig wurde. Ihr Gesuch um Ausstellung einer IV-Rente wurde jedoch von den Genfer Behörden und dem Kantonsgericht abgelehnt.

[246] Die medizinischen Gutachten bescheinigten der Beschwerdeführerin eine volle Arbeitsfähigkeit, sofern sie eine Arbeit ausüben könne, die auf ihre Einschränkungen angemessen Rücksicht nehme. Während unbestritten war, dass die bisherige Tätigkeit von R. diesen Anforderungen nicht entsprach, waren sich die Verfahrensparteien uneinig darüber, ob es eine zumutbare Tätigkeit gebe, die nicht nur mit der medizinische Situation von R. und ihren intellektuellen und beruflichen Fähigkeiten, sondern auch mit ihrem halbnomadischen Lebensstil vereinbar wäre.

[247] Das Bundesgericht wies darauf hin, dass die Schweiz die Fahrenden als nationale Minderheit anerkannt habe und dass die rechtsanwendenden Behörden daher verpflichtet seien, den Besonderheiten des Lebensstils dieser Gemeinschaft Rechnung zu tragen. Das nomadische Leben mit seinen regelmässigen Ortswechseln würde die Zahl der in Frage kommenden

---

[208] S. dazu z.B. kritisch EKR und Stiftung für Schweizer Fahrende, Medienmitteilung 2. November 2006, im Internet unter: http://www.ekr.admin.ch/dokumentation/00144/00252/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

[209] SR 442.1.

[210] SR 449.1.

[211] Dritter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Ziff. 39.

[212] Idem, Ziff. 59.

[213] Idem, Ziff. 59 ff.

[214] Idem, Ziff. 102 ff.

[215] Urteil 9C_540/2011 des Bundesgerichts vom 15. März 2012. Siehe dazu NATHALIE HILTBRUNNER, Fahrende dürfen beim IV-Entscheid nicht diskriminiert werden, SKMR-Newsletter vom 27. Juni 2012, im Internet verfügbar unter: http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/institutionelle-fragen/artikel/fahrende-iv.html (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

bezahlten Tätigkeiten erheblich einschränken. Unter Bezugnahme auf statistische Angaben kam das Bundesgericht anschliessend zum Schluss, dass Arbeitsstellen, die Frauen in Betracht ziehen können, welche ihr Geld mit einfachen und repetitiven Tätigkeiten verdienen würden, der Situation der Fahrenden nicht angemessen Rechnung tragen würden. Es sei nicht zulässig, eine berufliche Tätigkeit für zumutbar zu erklären, welche die versicherte Person zur Sesshaftigkeit zwingen und zu einer Trennung von ihrer Familie und ihrem traditionellen Leben und im Allgemeinen zu einer kulturellen Entwurzelung führen würde. Dies käme einer indirekten Diskriminierung gleich, die die Grundrechte verletze. Im Ergebnis hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut und beauftragte die zuständige kantonale Stelle abzuklären, ob die Beschwerdeführerin allenfalls während der vier Monate im Winter, in denen sie sesshaft sei, eine Tätigkeit aufnehmen könne.

[248] Dieses Urteil könnte allenfalls auch in anderen Bereichen von Bedeutung sein. Im Besonderen stellt sich die Frage der analogen Anwendung auf andere Rechtsgebiete, bei denen wie bei der IV-Rente der Grad bzw. die Art der zumutbaren Erwerbstätigkeit beurteilt werden muss. Zu denken ist beispielsweise an das Haftpflichtrecht, das Sozialhilferecht oder auch an das Scheidungsrecht im Rahmen der Beurteilung des nachehelichen Unterhalts.

[249] Bezüglich der Verbesserung der Mitwirkungsmechanismen für Fahrende wird geplant, die Stiftung „Zukunft für Schweizer Fahrende“ zu stärken[216]. Ausserdem bestehen in vielen Kantonen und Gemeinden Arbeitsgruppen und Projekte zur Anhörung der Fahrenden[217].

3.3. Handlungsbedarf

[250] Auch wenn im Bereich des Schutzes der Fahrenden verschiedene Fortschritte erzielt worden sind, so zeigen sich in der Schweiz doch insbesondere im Bereich der Raumplanung weiterhin grössere Schwierigkeiten. Zwischen Theorie und Praxis besteht eine grosse Diskrepanz: Obwohl es scheint, dass das Problembewusstsein beim Bund und in einigen Kantonen in den letzten zehn Jahren stark gewachsen ist, und vielerorts Konzepte und Pläne erstellt werden, entstehen in der Praxis kaum neue Stand- und Durchgangsplätze.

[251] Die Umzonung von Arealen zur Nutzung für Fahrende bedingt in vielen Fällen eine Volksabstimmung auf Gemeindeebene. Dabei lässt sich feststellen, dass diese Vorlagen in der Abstimmung oft aufgrund des mangelnden politischen Willens und/oder der nach wie vor bestehenden negativen Vorurteile gegenüber Fahrenden in weiten Teilen der Bevölkerung abgelehnt werden. So schlug bspw. die Gemeinde Schwyz 2010 auf Empfehlung und Anregung des Kantons die Schaffung eines neuen Durchgangsplatzes auf einem frei werdenden Armeeareal vor. Die Bevölkerung lehnte bei der Abstimmung im September 2010 jedoch die Schaffung der erforderlichen „Sonderzone Fahrende“ deutlich ab.

[252] Die Gemeinden scheinen durch die Situation vielfach überfordert und beschränken sich darauf, den illegalen Aufenthalt von Fahrenden mit Fernhaltemassnahmen zu bekämpfen. Koordinierte und vom Bund finanziell unterstützte planerische Massnahmen sowie weitere Aufklärungs- und Informationsarbeit zum Abbau bestehender Vorurteile scheinen deshalb unerlässlich.

---

[216] Idem, Ziff. 127 ff.

[217] Idem, Ziff. 133 ff.

4. Weitere Minderheitsgruppen, insbesondere die Jüdische Gemeinschaft

[253] Im Rahmen des Rahmenübereinkommens wird von der Schweiz neben den sprachlichen Minderheiten und den Fahrenden nur noch die Jüdische Gemeinschaft ausdrücklich als nationale Minderheit genannt. Es gibt jedoch auch internationale Empfehlungen, die der Schweiz die Anerkennung weiterer Minderheiten bzw. Massnahmen zu deren Schutz nahe legen.

4.1. Empfehlungen

[254] Der UNO-Menschenrechtsausschuss drückt in seinen Abschliessenden Bemerkungen zum UNO-Pakt II von 2009 Besorgnis über eine Häufung von antisemitischen Vorfällen aus und empfiehlt der Schweiz eine effiziente Untersuchung von Gewaltdrohungen gegen religiöse Minderheiten, inklusive der Jüdischen Gemeinschaft[218]. Auch das Gutachten des Beratenden Ausschusses des Europarates zum Rahmenübereinkommen äussert sich zur hohen Anzahl von jüdischen Diskriminierungsopfern, geht in den Empfehlungen allerdings nicht mehr darauf ein[219]. Ausserdem fordert der Beratende Ausschuss in seinem ersten Gutachten über die Schweiz dazu auf, allgemein und im Lehrplan die Geschichte und Sorgen der jüdischen Gemeinschaft sowie antisemitische Erscheinungen verstärkt zu reflektieren[220]. Eine Forderung, welcher die Schweiz mehrheitlich nachgekommen ist[221].

[255] Im Rahmen der zweiten UPR Ende 2012 empfahlen verschieden Staaten der Schweiz zusätzliche Massnahmen zum Schutz der Rechte von Migrantinnen und Migranten, insbesondere im Bereich der Religionsfreiheit. Das gegenseitige Verständnis zwischen der schweizerischen Gesellschaft und Migrationsgemeinschaften sei zu verbessern, den ethnischen, kulturellen und religiösen Praktiken von Minderheiten Rechnung zu tragen und gleichzeitig deren Integration in die schweizerische Gesellschaft zu fördern.[222] Die Schweiz hat alle diese Empfehlungen nach einer genaueren Überprüfung angenommen.

4.2. Situation in der Schweiz

[256] Der dritte Bericht der Schweiz zum Rahmenübereinkommen enthält eine Statistik zu antisemitischen Vorfällen, die relativ zahlreich sind. Zudem wird eine ganze Reihe von (Schul-)Projekten genannt, die dem Antisemitismus vorbeugen sollen[223].

---

[218] MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 9.

[219] Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Second Opinion on Switzerland, adopted on 29 February 2008, Ziff. 96 f.

[220] Beratender Ausschuss für das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, Gutachten über die Schweiz, 20. Feb. 2003, Ziff. 62, 97.

[221] Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Second Opinion on Switzerland, adopted on 29 February 2008, Ziff. 138.

[222] UPR Switzerland 2012, Empfehlungen 123.40, 123.42, 123.62 und 123.62.

[223] Dritter Bericht der Schweiz zum Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Ziff. 68 ff.

4.3. Handlungsbedarf

[257] Die Empfehlungen, die an die Schweiz gerichtet werden, machen deutlich, dass die internationale Gemeinschaft von der Schweiz erwartet, dass sie die bestehenden Sensibilisierungs- und Präventionsarbeit zur Verhinderung antisemitischer Vorfälle weiterführt und nach Möglichkeit verstärkt. Die Empfehlungen aus dem UNO-Menschenrechtsrat machen aber auch deutlich, dass es den Staaten im Rahmen des UNO-Menschenrechtsrates nicht nur um jene Minderheiten geht, welche die Schweiz bisher im Rahmen der einschlägigen Abkommen des Europarates als nationale Minderheiten anerkannt hat. Die jüngsten Empfehlungen geben vielmehr der Erwartung Ausdruck, dass die Schweiz auch ausländische und neue Minderheiten als schützenswerte Gruppen anerkennt und ihre Anstrengungen im Interesse eines friedlichen und toleranten Zusammenlebens umfassender ausgestaltet und verstärkt.

[258] Die Empfehlungen im Rahmen des UPR-Verfahrens unterscheiden sich denn auch in zweierlei Hinsicht von den Erwartungen, die im Rahmen des Europarats an die Schweiz herangetragen werden: Zum einen sollen alle Minderheiten von den Massnahmen profitieren, insbesondere auch jene ausländischer Herkunft und zugewanderte religiöse Minderheiten (wie etwa die islamische Glaubensgemeinschaft). Zum andern wird von der Schweiz erwartet, dass sie sich nicht mit der rechtlichen Gleichstellung aller Personen zufrieden gibt, sondern auf allen staatlichen Ebenen zusätzliche Massnahmen ergreift, um das gegenseitige Verständnis zwischen unterschiedlichen Bevölkerungsgruppen zu verbessern, gezielter gegen Vorurteile und Stereotypen vorzugehen und Toleranz nicht nur zu fordern, sondern durch konkrete und koordinierte Massnahmen zu fördern.

[259] Um diesen Anliegen Rechnung zu tragen, sollte die Schweiz genauer untersuchen, ob nicht weitere neue, meist zugewanderte Gruppen als nationale Minderheiten anerkannt werden müssten und was die Bedürfnisse dieser Gruppen wären, insbesondere im Bereich des Diskriminierungsschutzes, der Förderung der Chancengleichheit und der Bewahrung und Förderung ihrer Kultur, Religion, Sprache und Tradition.

[260] Der Kanton Waadt brachte auf Befragung vor, dass die muslimische Gemeinschaft in der Schweiz allenfalls einen solchen Status beanspruchen könnte[224]. Auch weitere religiöse Gemeinschaften und deren Angehörige sind schon seit mehreren Jahrzehnten in der Schweiz verwurzelt, wie z.B. die buddhistische und die hinduistische Gemeinschaft. Die Ausübung ihrer Religion zusammen mit anderen Gläubigen und die Bewahrung ihrer Traditionen und ihrer Kultur stellt für diese Menschen einen unverzichtbaren Teil ihrer Identität dar. Sie würden somit alle Kriterien erfüllen, um gemäss der auslegenden Erklärung der Schweiz ebenfalls als nationale Minderheit zu gelten.

[261] Zu beachten ist allerdings, dass die Anerkennung einer nationalen Minderheit nicht mit einem Religionsschutz gleichzusetzen ist. Ziel des Minderheitenschutzes ist primär die Prävention und Bekämpfung der Diskriminierung bestimmter Gruppen von Menschen, nicht dagegen der besondere Schutz einer bestimmten Religion an sich.

[262] Eine Anerkennung als nationale Minderheit wird teilweise durch den Umstand erschwert, dass die erwähnten religiösen Gruppen sowie die sprachlichen Gruppen, wie z.B. albanisch oder türkisch sprechende Personen, in der Schweiz nicht homogen sind. So besteht beispielsweise bei den muslimischen Personen in der Schweiz eine grosse Vielfalt der

[224] Dritter Bericht der Schweiz zum Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Ziff. 20.

Glaubensrichtungen im Islam und vor allem auch der Herkunft. Eine Reduktion der Identität dieser Personen auf einen gemeinsamen Nenner – hier den religiösen – scheint nicht unproblematisch und wird teilweise auch von betroffenen Gruppen selbst abgelehnt[225].

[263] Gleichzeitig birgt die Möglichkeit einer Anerkennung einer Gruppe oder mehrerer Gruppen als weitere nationale Minderheiten ein gewisses Diskriminierungspotential in Bezug auf andere Gruppen, die ebenfalls für eine Anerkennung in Betracht kommen würden.

[264] Trotz all dieser Schwierigkeiten scheint aber eine grundsätzliche Verweigerung der Anerkennung von „neuen" nationalen Minderheiten nicht völkerrechtskonform. Darauf weist auch der Beratende Ausschuss regelmässig bei seinen Ausführungen zur Definitionsfreiheit der Staaten im Rahmen von Art. 3 Rahmenübereinkommen hin: Zwar liege es in der Verantwortung der Staaten zu erklären, welche Gruppen als nationale Minderheiten gelten sollen, allerdings dürften diese Erklärungen nicht dem Geist der Konvention zuwiderlaufen und einem willkürlichen Ausschluss gleich kommen[226].

[225] Siehe zur Thematik auch den Bericht der OSZE-Delegation zu Fragen der Intoleranz zu ihrem Besuch in der Schweiz vom 7.–9. November 2011, im Internet verfügbar unter: http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intorg/osce.Par.0035.File.tmp/ciogal0262%203%20PRs%20tolerance%20Swiss%20Country%20Report.pdf (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

[226] Siehe dazu ausführlich ANGST, insb. S. 32 f. m.N.

EIN BUNDESGESETZ GEGEN DISKRIMINIERUNG?

I. ZUSAMMENFASSUNG

[265] *Die Schweiz hat sich bisher gegen die Ratifikation eines völkerrechtlich verankerten, allgemeinen Diskriminierungsverbotes entschieden und auch die Verabschiedung eines nationalen Gleichbehandlungsgesetzes abgelehnt. Der Bundesrat hat stets betont, dass die geltenden Bestimmungen ausreichenden Schutz gegen Diskriminierung bieten.*

[266] *Von internationaler Seite wurde der Diskriminierungsschutz in der Schweiz jedoch mehrfach als uneinheitlich, unwirksam und lückenhaft kritisiert. Zur Lösung dieser Probleme wurde der Schweiz von unterschiedlichen Gremien die Ausarbeitung eines nationalen Anti-Diskriminierungsgesetzes empfohlen.*

[267] *Dieses Kapitel gibt einen Überblick über die geltenden Regeln auf universeller, regionaler und nationaler Ebene und stellt anschliessend die Argumente zusammen, die gegen eine Ratifikation eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes auf völkerrechtlicher Ebene bzw. gegen die Ausarbeitung eines nationalen Anti-Diskriminierungsgesetzes angeführt wurden. Die Studie kommt zum Schluss, dass eindeutiger Forschungsbedarf bezüglich der Wirksamkeit des geltenden Rechts und der Identifikation möglicher Schutzlücken besteht.*

II. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

[268] Die Schweiz hat bisher die Ratifikation eines allgemeinen, völkerrechtlich verankerten Diskriminierungsverbotes abgelehnt. Ebenso wurden zahlreiche politische Vorstösse mit dem Ziel, den Schutz vor Diskriminierung in der Schweiz auszubauen, abgelehnt.

[269] Der Bundesrat hat in seinen Antworten und Stellungnahmen stets die Auffassung vertreten, dass die allgemeinen Regeln des Strafrechts und des Privatrechts sowie die bestehenden Erlasse des öffentlichen Rechts einen ausreichenden Schutz gegen Diskriminierung bieten. Die konsequente Umsetzung der geltenden Regelungen sowie von den Unternehmen und Sozialpartnern freiwillig vereinbarten Präventions- und Interventionsinstrumente hätten Vorrang vor der Verabschiedung weiterer Gesetzesbestimmungen.

[270] Die derzeit geltenden Bestimmungen scheinen jedoch nicht in allen Fällen angemessenen Schutz vor Diskriminierung zu gewähren[227]: So besteht beispielsweise kaum Schutz vor Diskriminierungen zwischen Privaten. Die geltenden Bestimmungen erfassen meist die in der Praxis sehr häufigen, subtileren Formen von Diskriminierung nicht, und Diskriminierungsopfer scheinen selten von ihren Rechten Gebrauch zu machen, ein Umstand, der durch die bisher sehr geringe Anzahl an Klagen und Urteilen belegt wird. Die Schutzlücken und die Gründe für

[227] Vgl. dazu auch die Ausführungen zu der Problematik von diskriminierenden Bestimmungen in Bundesgesetzen oben Rechtsstaat und Demokratie III.1; zum Thema Rassismus und rassistische Diskriminierung siehe „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz" Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Migration" sowie die Studie der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus „Recht gegen rassistische Diskriminierung", 2010, im Internet unter: http://www.ekr.admin.ch/ shop/00007/00073/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 27. Mai 2013); zum Thema Diskriminierung und Gleichstellung im Arbeitsmarkt siehe „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz" Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft".

die allenfalls mangelnde Wirksamkeit der bestehenden Regeln wurden bisher jedoch kaum wissenschaftlich untersucht.

[271] Der mangelhafte Diskriminierungsschutz in der Schweiz wurde denn auch von internationaler Seite mehrfach kritisiert. Gegenstand der Kritik waren die mangelnde Wirksamkeit der bestehenden Regelungen, deren uneinheitliche Umsetzung in den Kantonen sowie das Fehlen einer allgemeinen Anti-Diskriminierungsgesetzgebung.

[272] Im Folgenden sollen in einem ersten Schritt die geltenden universellen, regionalen und nationalen Bestimmungen aufgelistet werden, die Einzelne vor Diskriminierung schützen. Danach wird der Inhalt der internationalen Empfehlungen kurz erörtert, um anschliessend die Situation in der Schweiz – insbesondere die Diskussion um die Ratifizierung von völkerrechtlich verankerten, allgemeinen Diskriminierungsverboten sowie die bisher erfolglos gebliebenen politischen Vorstösse zur Verabschiedung einer umfassenderen Anti-Diskriminierungsgesetzgebung – zu analysieren und einen allfälligen Handlungs- und Forschungsbedarf abzuklären.

III. INTERNATIONALE VERPFLICHTUNGEN UND IHRE NORMATIVE UMSETZUNG IN DER SCHWEIZ

1. Universelle Ebene

[273] Auf internationaler Ebene verpflichten Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II, Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I sowie Art. 2 KRK die Vertragsstaaten, die in den Pakten garantierten Rechte ohne Unterschied hinsichtlich insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, zu gewährleisten.

[274] Mit Bezug auf Art. 26 UNO-Pakt II, gemäss welchem das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten hat, hat die Schweiz bei der Ratifikation einen Vorbehalt angebracht und diese Bestimmung nur in Verbindung mit den durch den Pakt gewährten Rechten anerkannt. Im Ergebnis garantiert Art. 26 UNO-Pakt II für die Schweiz somit kein allgemeines, sondern bloss ein akzessorisches Diskriminierungsverbot.

[275] Im Weiteren schützen einzelne Verträge bestimmte Gruppen vor Diskriminierung. So verbietet die Rassendiskriminierungskonvention die Diskriminierung aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums und sieht Massnahmen zur deren Bekämpfung vor, während die Frauenrechtskonvention die Vertragsstaaten verpflichtet, alle geeigneten Mittel zur Beseitigung der Diskriminierung von Frauen zu ergreifen.

[276] Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, welches zum Ziel hat, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern (Art. 1), wurde von der Schweiz bisher nicht ratifiziert. Der Bundesrat jedoch hat am 12. Dezember 2012 die Botschaft für den Beitritt der Schweiz zu dieser Konvention verabschiedet. National- und Ständerat, welche die Ratifizierung noch genehmigen müssen, werden sich voraussichtlich in der Juni- und der Septembersession 2013 mit der Vorlage befassen.

[277] Schliesslich enthalten auch verschiedene Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung; zu erwähnen ist insbesondere das Übereinkommen Nr. 111 über Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (SR 0.822.721.1)[228].

2. Regionale Ebene

[278] Art. 14 EMRK enthält ein akzessorisches Diskriminierungsverbot und verpflichtet die Vertragsstaaten zur diskriminierungsfreien Gewährleistung der Konventionsrechte. Insbesondere verboten ist dabei die unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status.

[279] Angehörige nationaler Minderheiten in der Schweiz können ausserdem vom Schutz von Art. 4 des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten profitieren, welcher die Vertragsstaaten verpflichtet, ihnen das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz und gleichen Schutz durch das Gesetz zu gewährleisten[229].

[280] Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK[230], welches in Artikel 1 ein allgemeines Diskriminierungsverbot enthält, das die Staaten verpflichtet, die diskriminierungsfreie Gewährleistung jedes gesetzlich verankerten Rechtes zu sichern, trat 2005 in Kraft, wurde aber von der Schweiz bisher nicht ratifiziert.

[281] Ebenfalls nicht ratifiziert hat die Schweiz die Europäische Sozialcharta[231], welche unter anderem auch Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf aufgrund des Geschlechts enthält (Art. 20 und 27) und die Staaten zur Ergreifung geeigneter Massnahmen verpflichtet. Gemäss Art. E sind die in der Sozialcharta garantierten Rechte diskriminierungsfrei zu gewährleisten.

3. Überblick über die innerstaatliche Regulierung

[282] Auf Verfassungsebene hält Art. 8 Abs. 1 BV fest, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Art. 8 Abs. 2 BV verbietet Diskriminierungen namentlich wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung einer Person. Art. 8 Abs. 3 garantiert die Gleichstellung von Mann und Frau und Abs. 4 zielt auf die Beseitigung von Benachteiligungen von behinderten Personen.

[283] Auf Gesetzesstufe sind zunächst die Spezialgesetze und Bestimmungen zu erwähnen, welche einzelne Gruppen ausdrücklich vor Diskriminierung schützen oder Massnahmen zu ihrer Gleichstellung mit der Bevölkerungsmehrheit bzw. der traditionell privilegierten Bevölke-

---

[228] Siehe dazu die Ausführungen in „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz“ Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft“.

[229] Vgl. dazu ausführlich oben Der Schutz nationaler Minderheiten II-III.

[230] Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. Nov. 2000, SEV-Nr. 177.

[231] Europäische Sozialcharta (revidiert) vom 3. Mai 1996, SEV-Nr. 163.

rungsgruppe vorsehen: Das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (SR 151.1; GIG), das Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (SR 151.3; BehiG) sowie das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (SR 211.213, PartG). Das Strafgesetzbuch stellt in Art. 261bis, das Militärstrafgesetzbuch in Art. 171 c die öffentliche Diskriminierung einer Person oder Personengruppe wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion unter Strafe. Zur Konkretisierung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes in Art. 8 Abs. 2 BV besteht bisher jedoch kein gesondertes und umfassendes Anti-Diskriminierungsgesetz.

[284] Der Schutz der oben erwähnten Gesetzesbestimmungen erfasst nur beschränkt – wenn überhaupt – auch Diskriminierungen zwischen Privaten: So werden z.B. privatrechtliche Arbeitsverhältnisse zwar von gewissen Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes erfasst, zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund anderer verpönter Merkmale bleibt jedoch lediglich der Rückgriff auf die impliziten Bestimmungen des Privatrechts.

[285] Von besonderer Bedeutung sind dabei der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz (insb. Art. 28 ZGB) und das Verbot unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossender Verträge (Art. 19 und 20 OR). Diese Bestimmungen enthalten zwar kein ausdrückliches Diskriminierungsverbot, können aber nichtdestotrotz auch Schutz gegen Diskriminierungen gewähren. So wird z.B. eine diskriminatorisch motivierte Verleumdung von der allgemeinen Bestimmung zum Persönlichkeitsschutz in Art. 28 ZGB erfasst; eine Kündigung aus diskriminatorischen Gründen wird von Art. 336 OR verboten. Ein umfassender Schutz vor Diskriminierung im privaten Bereich besteht derzeit jedoch nicht[232].

IV. INTERNATIONALE EMPFEHLUNGEN

1. Empfehlungen der UNO-Überwachungsorgane

[286] Der Ausschuss für WSK-Rechte empfahl der Schweiz Ende 2010, die bestehenden Gesetze zum Schutz gegen Diskriminierung besser anzuwenden und durchzusetzen. Zudem solle die Schweiz eine umfassende Anti-Diskriminierungsgesetzgebung verabschieden, welche im ganzen Staatsgebiet einheitlich umgesetzt würde[233].

[287] Im Rahmen der ersten UPR der Schweiz im Jahre 2008 wurde eine ähnliche Empfehlung abgegeben und der Schweiz die Ausarbeitung einer Gesetzgebung nahegelegt, welche gegen alle Formen von Diskriminierung schütze, insbesondere auch gegen Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder der Geschlechtsidentität[234]. Die Schweiz lehnte die Empfehlung jedoch mit der Begründung ab, die Tatsache, dass lediglich die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung ausdrücklich erwähnt werde, mache die gesamte Emp-

[232] Vgl. dazu die Ausführungen in „Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz" Teilband „Eine Bestandesaufnahme im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft".

[233] Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 7.

[234] UPR Switzerland 2008, Ziff. 57.18.

fehlung inakzeptabel. Gleichzeitig betonte die Schweiz jedoch, dass sie alle Formen der Diskriminierung prioritär bekämpfe[235].

[288] Im Rahmen der zweiten UPR Ende 2012 empfahlen insgesamt sechs Staaten der Schweiz die Verabschiedung eines Antidiskriminierungsgesetzes mit landesweit einheitlicher Anwendung[236]. Die Schweiz lehnte diese Empfehlungen nach einer vertieften Überprüfung jedoch erneut allesamt ab. In den erläuternden Bemerkungen erklärt sie, dass sie kein zusätzliches Antidiskriminierungsgesetz plane und stattdessen ein gezieltes, themenspezifisches Vorgehen bevorzuge.

2. Empfehlungen des Europarates

[289] Der Kommissar für Menschenrechte des Europarates, Thomas Hammarberg, hat die Schweiz im Februar 2012 besucht und in seinem Bericht festgestellt, dass die Schweiz bei der Anti-Diskriminierungsgesetzgebung bisher einen sektoriellen Ansatz gewählt und damit in gewissen Bereichen lobenswerte Resultate erreicht habe. Nichtdestotrotz führe ein solcher Ansatz stets zu Lücken, die ein allgemeines Anti-Diskriminierungsgesetz zu schliessen vermögen würde. Art. 8 BV sei zwar von grundlegender Wichtigkeit, könne aber in der Praxis ein umfassendes Anti-Diskriminierungsgesetz nicht ersetzen. Die Behörden sollten deshalb eine vertiefte Analyse des geltenden Systems und dessen Schutzlücken vornehmen.

[290] So nenne Art. 8 BV z.B. weder die sexuelle Orientierung noch die Geschlechtsidentität als verpönte Merkmale. Die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen werde zwar von Art. 8 BV erfasst, das BehiG scheine jedoch behinderte Menschen nicht vor Diskriminierung am Arbeitsplatz zu schützen oder private Leistungsanbieter zu verpflichten, ihre Leistungen an die Bedürfnisse von Behinderten anzupassen. Das seien ernsthafte Schutzlücken, die es zu schliessen gelte[237].

[291] In ihrer Antwort erklärte die Schweiz, dass das Fehlen einer allgemeinen Anti-Diskriminierungsgesetzgebung auf Bundesebene nicht so sehr als Ausdruck einer echten materiellen Schutzlücke gesehen werden könne, sondern vielmehr auf die Besonderheit der Schweizer Rechtsordnung mit ihrer monistischen Tradition und der durch den Föderalismus vorgegebenen Kompetenzordnung zurückzuführen sei. Obwohl das Schweizer Parlament sich entschieden habe, den Anwendungsbereich des BehiG nicht auszuweiten, gewähre doch das Arbeitsrecht Behinderten in der Praxis einen guten *de facto* Schutz; zudem bestehe ein umfangreiches Beratungs- und Unterstützungsangebot für Menschen mit Behinderungen[238].

---

[235] A/HRC/8/41/Add.1.

[236] UPR Switzerland 2012, Empfehlungen 123.28, 123.29, 123.35 und 123.76.

[237] Lettre du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe au Conseiller fédéral Didier Burkhalter, Chef du Département fédéral suisse des affaires étrangères, 12. März 2012, CommDH(2012)19, Ziff. 7-12.

[238] Réponse des autorités suisses à la lettre du Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, 23. März 2012, CommDH(2012)20, ad 7 et 11.

V. DIE SITUATION IN DER SCHWEIZ

1. Die Haltung des Bundesrates bezüglich der Ratifikation allgemeiner völkerrechtlich verankerten Diskriminierungsverbote

[292] Die Frage einer Ratifikation eines allgemeinen völkerrechtlich verankerten Diskriminierungsverbotes, welches die Staaten verpflichtet, durch Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten, hat sich für die Schweiz bereits mehrfach gestellt. Die Gründe, die gegen eine Ratifikation bzw. für die Anbringung eines entsprechenden Vorbehaltes angeführt wurden, geben auch Aufschluss über die Gründe für das bisherige Scheitern eines allgemeinen nationalen Anti-Diskriminierungsgesetzes.

[293] Im Jahre 1991 berief sich der Bundesrat in der Botschaft zu den beiden UNO-Menschenrechtspakten auf die bundesrätliche Praxis zur Ratifikation internationaler Verträge. Danach bringt die Schweiz Vorbehalte an, wenn das Landesrecht zum Zeitpunkt der Ratifikation von dem in Frage stehenden Abkommen abweicht, der Bundesrat aber beabsichtigt, die tatsächlichen und rechtlichen Situationen, die den Grund für diese Vorbehalte abgeben, so bald als möglich zu beseitigen.

[294] Entsprechend wurde zu Art. 26 UNO-Pakt II ein Vorbehalt angebracht und dessen Anwendungsbereich auf die anderen im Pakt verbrieften Rechte beschränkt. Zwar entsprächen Inhalt und Anwendungsbereich dem Gleichheitssatz und dem Diskriminierungsverbot in Art. 8 BV (Art. 4 aBV), allerdings bestünden in einigen Bundesgesetzen noch Ungleichbehandlungen, insbesondere im Verhältnis zwischen Mann und Frau. Bundesgesetze und allgemeine Bundesbeschlüsse könnten jedoch vom Bundesgericht gemäss Art. 189 Abs. 4 und Art. 190 (Art. 131 Abs. 3 aBV) nicht auf ihre Verfassungskonformität überprüft werden.

[295] Zudem gelte es zu vermeiden, dass unter den verschiedenen internationalen Menschenrechtsübereinkommen in ähnlichen Bereichen unterschiedliche Regelungen geschaffen würden und der Geltungsbereich von Art. 26 UNO-Pakt II weiter gefasst sei als derjenige von Art. 14 EMRK[239].

[296] Im November 2000 wurde das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK zur Unterzeichnung aufgelegt und im Dezember desselben Jahres der Bundesrat mit einer Motion[240] sowie einem Postulat[241] beauftragt, alle Vorkehrungen zu einer unverzüglichen Unterzeichnung des Protokolls zu treffen. Das Protokoll enthält in Artikel 1 ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das die Staaten verpflichtet, die diskriminierungsfreie Gewährleistung jedes gesetzlich verankerten Rechtes zu sichern. Es verbietet zudem jede Diskriminierung durch staatliche Behörden aufgrund eines der genannten verpönten Merkmale. Für Staaten, welche das 12. Zusatzprotokoll ratifiziert haben, gilt das darin enthaltene allgemeine Diskriminierungsverbot wie eine zusätzliche Bestimmung der Konvention und eine Verletzung desselben kann vor nationalen Gerichten und gegebenenfalls vor dem EGMR gerügt werden.

---

[239] Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes, BBl. 1991 1199-2001.

[240] Motion TEUSCHER 00.3674 vom 13. Dezember 2000 , Ratifizierung des Protokolls Nr. 12 der EMRK zur Verhinderung von Diskriminierungen.

[241] Postulat NABHOLZ 00.3723 vom 14. Dez. 2000, Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK.

[297] In seiner Stellungnahme vom Februar 2001 zur Motion betonte der Bundesrat zunächst, dass die Schweiz den Prinzipien der Gleichheit und Nichtdiskriminierung verpflichtet sei und dass das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 8 BV sowie die Diskriminierungsverbote in diversen von der Schweiz ratifizierten internationalen Menschenrechtsübereinkommen deutlicher Ausdruck dieser Verpflichtung seien[242]. Die Tragweite des Zusatzprotokolls und die Folgen seiner Umsetzung für die schweizerische Rechtsordnung seien aber noch schwer abzuschätzen.

[298] Vor einer Unterzeichnung vertieft zu prüfen seien insbesondere das Verhältnis von Art. 8 Abs. 2 BV zum Zusatzprotokoll, die Frage, ob das Protokoll auch im Verhältnis unter Privaten zur Anwendung komme (sog. Dritt- oder Horizontalwirkung), sowie die Auswirkungen einer Ratifikation auf die Kantone. Zudem sei unklar, ob das Protokoll die Staaten zu positiven Massnahmen - inklusive der Verpflichtung, gesetzgeberisch tätig zu werden – verpflichte, eine Frage, die im Bereich der Diskriminierung besonders heikel sei.

[299] Der Bundesrat beantragte daher die Umwandlung der Motion in ein Postulat bzw. nahm das Postulat an und kündigte bis Ende 2002 eine genaue Analyse der nationalen Gesetzgebung sowie die Durchführung einer Vernehmlassung bei den Kantonen an.

[300] An dieser Stellungnahme und dem vorläufigen Verzicht einer Ratifikation hielt der Bundesrat fest, als 2003 erneut ein Postulat[243] mit derselben Forderung eingereicht wurde. Die Ratifikation der Zusatzprotokolle Nr. 1 und 4 zur EMRK sowie des Fakultativprotokolls zur FDK hätten zunächst Vorrang. Der Bundesrat stellte weiterhin eine Analyse der Umsetzungsmöglichkeiten des Zusatzprotokolls sowie, falls nötig, die Durchführung einer Vernehmlassung bei den Kantonen in Aussicht.

2. Die Ausarbeitung einer umfassenderen nationalen Gesetzgebung zum Schutz vor Diskriminierung

[301] Im Parlament wurden in den vergangenen zehn Jahren verschiedene Interpellationen und Motionen eingereicht mit dem Ziel, den Schutz vor Diskriminierung aufgrund eines bestimmten verpönten Merkmals oder in allgemeiner Weise zu verbessern. Der Bundesrat hat in seinen Antworten bzw. Stellungnahmen eine Anpassung der geltenden Bestimmungen jedoch stets abgelehnt.

[302] In Antwort auf eine Interpellation zu rassistischer Diskriminierung in der Arbeitswelt[244] aus dem Jahr 2003 und einer Motion aus dem Jahr 2004, die den Bundesrat mit der Ausarbeitung eines entsprechenden Gesetzes beauftragte[245], betonte der Bundesrat zunächst die Wichtigkeit der fortwährend geleisteten Präventionsarbeit gegen rassistische Diskriminierung. Im Weiteren würden bereits eine Reihe privatrechtlicher Bestimmungen Arbeitnehmende vor rassistischer Diskriminierung in der Arbeitswelt schützen (so z.B. Artikel 28 ZGB bzw. Artikel 6 ArG vor rassistischer Verleumdung, Artikel 328 und 336 OR vor rassistisch motivierter Belästigung bzw. Kündigung).

---

[242] Siehe dazu oben III.

[243] Vgl. Motion NABHOLZ 03.3142 vom 21. März 2003, Europäische Menschenrechtskonvention 12. Protokoll.

[244] Interpellation BÜHLMANN 03.3372 vom 19. Juni 2003, Rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt.

[245] Motion BÜHLMANN 04.3791 vom 17. Dez. 2004, Gesetz gegen die rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt.

[303] Der Bundesrat sei der Ansicht, dass eine konsequente Umsetzung der bestehenden Möglichkeiten Vorrang habe und dass den Unternehmen und Sozialpartnern die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, innert nützlicher Frist freiwillig entsprechende Präventions- und Interventionsinstrumente zu entwickeln, bevor weitergehende gesetzliche Schritte geprüft würden.

[304] Die Aufnahme eines ausdrücklichen Verbotes rassistischer Diskriminierung in einzelne Spezialgesetze oder die Ausdehnung des Gleichstellungsgesetzes auf rassistische Diskriminierung lehnte der Bundesrat ebenfalls ab. Konsequenterweise müsse man dann auch weitere Faktoren wie das Alter, Übergewichtigkeit, gesellschaftliche Herkunft usw. einbeziehen, welche die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt erfahrungsgemäss ebenfalls benachteiligen könnten.

[305] Er werde jedoch die Entwicklungen in der Europäischen Union, namentlich die Umsetzungen der EU-Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (2000/78/EG) und der sogenannten EU-Antirassismusrichtlinie (2000/42/EG), aufmerksam verfolgen und deren Auswirkungen auf die Schweiz und die schweizerische Wirtschaft prüfen, um rechtzeitig entsprechende Massnahmen ergreifen zu können. Die Interpellation wurde 2005, die Motion 2009 schliesslich abgeschrieben, da sie beide mehr als zwei Jahre hängig gewesen waren.

[306] Im März 2006 wurde im Nationalrat eine weitere Motion[246] eingereicht, die die Ausarbeitung eines Bundesgesetzes gegen Diskriminierung im Sinne eines Ausführungsgesetzes zu Art. 8 Abs. 2 BV verlangte. Das Gesetz solle die Hauptmerkmale der persönlichen und der institutionellen Diskriminierung präzisieren und insbesondere auch den Zugang zu einer Arbeitsstelle im öffentlichen Dienst regeln. Der Bundesrat verwies in seiner Stellungnahme auf seine Antworten zu der eben erwähnten Interpellation bzw. Motion und wiederholte die diesbezüglich gemachten Aussagen. Auch diese Motion wurde 2009 schliesslich abgeschrieben, weil sie mehr als zwei Jahre hängig gewesen war.

[307] An der Auffassung, dass die geltenden Regeln einen ausreichenden Schutz vor Diskriminierung – insbesondere auch vor Diskriminierung durch Private - bieten, hielt der Bundesrat auch in seiner Antwort auf die Interpellation Heim vom März 2009[247] fest und verneinte einen unmittelbaren Handlungsbedarf.

[308] Der Ende 2010 eingereichten parlamentarischen Initiative[248] für ein Gesetz über die Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung wurde vom Nationalrat in der Frühjahrssession 2012 keine Folge gegeben. Dies auf Antrag der Mehrheit der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, welche die Vorlage am 13. Oktober 2011 geprüft hatte. Sie begründete die Ablehnung damit, dass sie in diesem Bereich keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sehe, dass die Schaffung von einklagbaren Rechtsansprüchen problematisch wäre, und dass die Beweislastumkehr zu Gunsten der Opfer von Diskriminierung bspw. im Arbeits- oder Mietrecht zu weit gehen würde[249].

[309] Im Dezember 2012 wurde der Bundesrat mittels eines breit abgestützten und im Plenum schliesslich angenommenen Postulates[250] beauftragt, einen Bericht vorzulegen, der die

[246] Motion ZISYADIS 06.3082 vom 22. März 2006, Bundesgesetz gegen Diskriminierung.

[247] Interpellation HEIM 09.3242 vom 20. März 2009, Diskriminierungsschutz.

[248] Parlamentarische Initiative PRELICZ-HUBER 10.523 vom 15. Dez. 2010, Für ein Gesetz gegen rassistische Diskriminierung.

[249] Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 13. Oktober 2011.

[250] Postulat NAEF 12.3543 vom 14. Juni 2012, Bericht zum Diskriminierungsschutzrecht.

Potentiale des geltenden Bundesrechts beim Schutz vor Diskriminierung aufzeige und eine rechtsvergleichende Auslegeordnung zur Wirksamkeit verschiedener Rechtsinstrumente vornehme.

VI. HANDLUNGSBEDARF

[310] Trotz zahlreicher politischer Vorstösse sind die Bemühungen zum Ausbau des Diskriminierungsschutzes in der Schweiz und zur Vereinheitlichung der bestehenden Regeln bisher allesamt erfolglos geblieben. Der Bundesrat hat stets die Auffassung vertreten, dass die allgemeinen Regeln des Straf- und des Privatrechts sowie die bestehenden Erlasse des öffentlichen Rechts einen ausreichenden Schutz gegen Diskriminierung bieten. Im Weiteren sollen die konsequente Umsetzung der geltenden Regelungen sowie von den Unternehmen und Sozialpartnern freiwillig vereinbarte Präventions- und Interventionsinstrumente Vorrang vor der Verabschiedung weiterer zwingender Gesetzesbestimmungen haben.

[311] Um die Umsetzung und Anwendung der geltenden Regelungen zu verbessern, hat z.B. die Fachstelle für Rassismusbekämpfung einen Rechtsratgeber erarbeitet, der praktische Ratschläge enthält, wie gegen rassistische Diskriminierung in allen Bereichen des täglichen Lebens vorgegangen werden kann bzw. wann und wie hierbei Rechtsmittel einzusetzen sind. Die Fachstelle bietet zudem auch Weiterbildungskurse über die Benutzung des Ratgebers an, um die Umsetzung der Theorie in die Praxis zu erleichtern.

[312] Trotz dieser positiven Anstrengungen fehlt aber nach wie vor eine umfassende Analyse der gesamten nationalen Gesetzgebung zum Schutz vor Diskriminierung und deren Wirksamkeit. Entgegen der mehrfachen Ankündigung durch den Bundesrat, eine solche Analyse vorzunehmen, wurde bisher einzig die Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes im Jahre 2006 evaluiert[251]. Entsprechend fehlen umfassende Daten und wissenschaftliche Analysen zur Wirksamkeit der geltenden Bestimmungen weiterhin weitgehend.

[313] Genauer zu untersuchen wäre insbesondere (Liste nicht abschliessend),

- weshalb es bisher nur eine sehr geringe Anzahl an Klagen und Gerichtsurteilen zu Diskriminierungsvorfällen gibt, die von den bestehenden Regeln - insbesondere den allgemeinen Regeln des Privatrechts - erfasst werden;
- durch welche institutionellen und prozeduralen Massnahmen der Zugang zum Recht in Diskriminierungsfällen verbessert werden könnte;
- ob in gewissen Fällen das Instrument einer Organisations- oder Verbandsbeschwerde den Diskriminierungsschutz verbessern könnte;
- was die Implikationen der einschlägigen EU-Richtlinien und deren Umsetzung für die Schweiz sind, und ob diesbezüglich für die Schweiz Handlungsbedarf besteht;
- ob die geltenden Regeln auch ausreichenden Schutz vor Mehrfachdiskriminierungen bieten.

[314] Eine umfassende Untersuchung der Wirksamkeit des geltenden Rechts sowie die Identifizierung von allfälligen Schutzlücken stellen eine unabdingbare Grundlage für zukünftige politische Entscheide dar. Es ist daher zu begrüssen, dass der Nationalrat den Bundesrat

[251] Bericht über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion HUBMANN 02.3142, die der Nationalrat am 21. Juni 2002 als Postulat überwiesen hat, 15. Februar 2006, BBl. 2006, 3161-3198.

Ende 2012 beauftragt hat, einen Bericht über das geltende Recht sowie über präventive Massnahmen gegen Diskriminierung vorzulegen. Der Bundesrat hat im Jahre 2012 das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte mit der Erstellung eines Forschungsdesigns für eine Studie über den Zugang zum Recht in Fällen von Diskriminierung beauftragt. Das Design wird derzeit aufgrund des Postulates Naef überarbeitet.

VERZEICHNIS MEHRFACH VERWENDETER LITERATUR

ANGST DORIS, Welche Minderheiten? Von der fehlenden Definition der nationalen Minderheit zu einer dynamischen Auslegung im Rahmenübereinkommen des Europarats, Diplomarbeit 2005, im Internet verfügbar unter: http://www.humanrights.ch/upload/pdf/051004_angst_minderheiten_def.pdf (zuletzt besucht am 30. Mai 2013)

BELSER EVA MARIA, Das Burka-Verbot – Vom Umgang der offenen Gesellschaft mit verhüllten Körpern, in: Markus Gredig et al. (Hrsg.), Peters Dreiblatt, Föderalismus – Grundrechte – Verwaltung, Bern 2010, 73-108.

BELSER EVA MARIA, Religiöse Symbole im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, in: SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch SVVOR 2011, S. 113-128.

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar, Zürich 2007.

BIAGGINI GIOVANNI, Grundfragen und Herausforderungen, in: BIAGGINI GIOVANNI/ GÄCHTER THOMAS/ KIENER REGINA (HRSG.), Staatsrecht, Zürich/ St. Gallen 2011, 71-87 (zit.: Grundfragen).

BIAGGINI GIOVANNI/ GÄCHTER THOMAS/ KIENER REGINA (HRSG.), Staatsrecht, Zürich/ St. Gallen 2011.

BUSER DENISE, Kantonales Staatsrecht – eine Einführung für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2011.

GÄCHTER THOMAS, Allgemeine Grundrechtslehren, in: BIAGGINI GIOVANNI/ GÄCHTER THOMAS/ KIENER REGINA (HRSG.), Staatsrecht, Zürich/ St. Gallen 2011, 410-439.

HAEFLIGER ARTHUR/ SCHÜRMANN FRANK, Die europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999.

JAAG TOBIAS, Gewährleistung der bundesstaatlichen Ordnung, in: BIAGGINI GIOVANNI/ GÄCHTER THOMAS/ KIENER REGINA (HRSG.), Staatsrecht, Zürich/ St. Gallen 2011, 161-170.

KÄLIN WALTER/ EPINEY ASTRID/ CARONI MARTINA/ KÜNZLI JÖRG, Völkerrecht – Eine Einführung, 3. Aufl., Bern 2010.

KÄLIN WALTER/ KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., Basel 2008.

KELLER HELEN, Die Schweiz in der internationalen Gemeinschaft, in: BIAGGINI GIOVANNI/ GÄCHTER THOMAS/ KIENER REGINA (HRSG.), Staatsrecht, Zürich/ St. Gallen 2011, 48-58.

KIENER REGINA, Rechtstaatliche Anforderungen an Einbürgerungsverfahren, recht 2000, 213-225.

KLEY ANDREAS, Grundfragen der Bundesstaatlichkeit, in: BIAGGINI GIOVANNI/ GÄCHTER THOMAS/ KIENER REGINA (HRSG.), Staatsrecht, Zürich/ St. Gallen 2011, 115-126.

MÜLLER JÖRG PAUL/ SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.

RHINOW RENÉ/ KOLLER HEINRICH/ KISS CHRISTINA/ THURNHERR DANIELA/ BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 2. Aufl., Basel 2010.

SCHEFER MARKUS, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit von Lehrpersonen an öffentlichen Grundschulen – zur Kündigung der öffentlichrechtlichen Anstellung von Herrn Abgottspon an der OS Stalden, Kanton Wallis, Rechtsgutachten vom 14. Januar 2011.

SCHWARZENBERGER SCARLETT, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Kontext der öffentlichen Schule, Rechtliche Leitplanken zu religiöser und weltanschaulicher Identität, Toleranz und Neutralität, Zürich 2011.

SPENLÉ CHRISTOPH/ SKALSKI JAN, Das Staatenberichtsverfahren vor dem UNO-Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau – Das unterschätzte Instrument: Zur Funktion und Struktur der UNO-Staatenberichtsverfahren und ihrer Bedeutung für die Schweiz, Jusletter vom 31. Oktober 2011, www.jusletter.ch.

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011.

ZIMMERMANN TRISTAN, Le voile versus le crucifix ou le conflit entre la liberté religieuse et la neutralité religieuse de l'Etat, in: Jusletter 5. März 2012, www.jusletter.ch.

Die ENTSCHEIDE UND URTEILE DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE werden mit Namen, beklagter Vertragspartei, Fallnummer/ Jahr der Einreichung und in Klammern Jahr des Entscheids oder Urteils zitiert. Sie sind in der HUDOC Datenbank publiziert: http://hudoc.echr.coe.int/.

Die ENTSCHEIDE DES MENSCHENRECHTSAUSSCHUSSES werden mit Namen, beklagter Vertragspartei, Fallnummer/ Jahr der Einreichung und in Klammern Jahr der Entscheidung zitiert. Die Entscheide sind in den Jahresberichten des Ausschusses an die Generalversammlung jeweils im Band 2 publiziert: Report of the Human Rights Committee, Volume II, UN Doc A/[Nummer der GV Session]/40 (Vol. II).

ANHANG: MATERIALIENVERZEICHNIS

Menschenrechtsrat, HRC

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, A/HRC/8/41, 28. Mai 2008, zit.: **UPR Switzerland 2008**.

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, Addendum, Responses to the recommendations within the framework of the universal periodic review, A/HRC/8/41/Add.1, 25. Aug. 2008, zit.: **UPR Switzerland 2008 Add. 1**.

Universal Periodic Review, Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, A/HRC/WG.6/14/L.9, 31. Okt.2012, zit.: **UPR Switzerland 2012**.

Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 Entitled "Human Rights Council", Report by Mr. Doudou Diène, Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Addendum, Mission to Switzerland, A/HRC/4/19/Add.2, 30. Jan. 2007, zit.: **Special Rapporteur, Racism 2007**.

Menschenrechtsausschuss, MRA

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee, Switzerland, CCPR/C/CHE/CO/3, 3. Nov. 2009, zit.: **MRA, Concluding Observations Switzerland 2009**.

State Party Report Switzerland, Third Periodic Report, CCPR/C/CHE/3, 17. Dez. 2007, zit.: **MRA, Third Periodic Report Switzerland 2007**.

General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26. Mai 2004, zit.: **MRA, General Comment No. 31 (2004)**.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee, Switzerland, CCPR/CO/73/CH, 12. Nov. 2001, zit.: **MRA, Concluding Observations Switzerland 2001**.

State Party Report Switzerland, Second Periodic Report, CCPR/C/CH/98/2., 6. Sept.1999, zit.: **MRA, Second Periodic Report Switzerland 1998**.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee, Switzerland, CCPR/C/79/Add.70, 8. Nov. 1996, zit.: **MRA, Concluding Observations Switzerland 1996**.

Ausschuss gegen die Folter, CAT

Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Concluding observations of the Committee against Torture, Switzerland, CAT/C/CHE/CO/6, 25. Mai 2010, zit.: **CAT, Concluding Observations Switzerland 2010**.

Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Conclusions and recommendations of the Committee against Torture, Switzerland, CAT/C/CR/34/CHE, 21. Juni 2005, zit.: **CAT, Concluding Observations Switzerland 2005**.

Concluding observations of the Committee against Torture, Switzerland, A/53/44, paras.80-100, 27. Nov. 1997, zit.: **CAT, Concluding Observations Switzerland 1997**.

Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau, CEDAW

General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 16. Dez. 2010, zit.: **CEDAW, General Recommendation No. 28 (2010)**.

Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Switzerland, CEDAW/C/CHE/CO/3, 7. Aug. 2009, zit.: **CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009**.

Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Switzerland, A/58/38, 14. und 17. Jan. 2003, zit.: **CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2003**.

Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung, CERD

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Switzerland, CERD/C/CHE/CO/6, 21. Aug. 2008, zit.: **CERD, Concluding Observations Switzerland 2008**.

Questions by the Rapporteur in Connection with the Consideration of the Fourth to Sixth Periodic Reports of Switzerland, CERD/C/CHE/6, 2008, zit.: **CERD, List of issues 2008**.

Ausschuss für WSK-Rechte

Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland, E/C.12/CHE/CO/2-3, 26. Nov. 2010, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010**.

Zweiter und dritter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (UNO-Pakt I), April 2008, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, Staatenbericht Schweiz 2008**.

Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland, E/C.12/1/Add.3, 7. Dez. 1998, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 1998**.

General Comment No. 9 on the domestic application of the Covenant, E/C.12/1998/24, 3. Dez. 1998, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 9 (1998)**.

General Comment No. 3 on the nature of States parties obligations (Art. 2, par.1), 14. Dez. 1990, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 3 (1990)**.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, CRC

Concluding observations of the Committee on the rights of the child: Switzerland, CRC/C/15/Add.182, 13. Jun. 2002, zit.: **CRC, Concluding Observations Switzerland 2002**.

Bundesrat und Bundesverwaltung

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl. 1996 666, zit. **Botschaft Totalrevision BV**.

Erläuternder Bericht (Entwurf) des Bundesrates vom 22. Dez. 2010 zum Übereinkommen vom 13. Dez. 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderung.

Botschaft vom 29. Nov. 2006 über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 6. Okt. 1999 zum Übereinkommen vom 18. Dez. 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (OP CEDAW), BBl 2006 9787, zit.: **Botschaft OP CEDAW**.

Botschaft vom 30. Jan. 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes, BBl 1991 I 1189, zit.: **Botschaft Menschenrechtspakte**.

Bericht des Bundesrats über die Situation der Fahrenden in der Schweiz (Oktober 2006), im Internet verfügbar unter: http://www.bak.admin.ch/kulturschaffen/04265/04278/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 27. Mail 2013), zit: **Bericht BR Fahrende 2006**.

Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 27. März 2002 zur Rechtsstellung der Fahrenden in ihrer Eigenschaft als anerkannte nationale Minderheit, zit: **Gutachten Fahrende BJ 2002**.

Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2263, zit.: **Bericht Bundesrat 2010**.

Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, BBl 2011 3613, zit.: **Zusatzbericht Bundesrat 2011**.

Erläuternder Bericht des Bundesrates zu den Änderungen des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR) und der Bundesverfassung (BV), Vernehmlassung zur Umsetzung der Massnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Völkerrecht und Initiativrecht, Januar 2013, im Internet verfügbar unter: http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2303/Vereinbarkeit-von-Voelkerrecht-und-Initiativrecht-Erl-Bericht_de.pdf (zuletzt besucht am 27. Mai 2013), zit. **Vernehmlassungsbericht 2013**.

Eidgenössische Kommission gegen Rassismus, EKR

Recht gegen rassistische Diskriminierung – Analyse und Empfehlungen, Dez. 2009, zit.: **EKR, Analyse und Empfehlungen**.