

Samuele Vorpe

Das Burkaverbot im Lichte der Religionsfreiheit

Ist die Tessiner kantonale Verfassungsbestimmung über das Gesichtsverhüllungsverbot mit Art. 15 BV vereinbar?

Im Kanton Tessin wurde 2013 per Volksabstimmung ein Burkaverbot angenommen, welches aus dem französischen Gesetz «interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public» abgeleitet wurde. Darüber hinaus wurde am 25. Februar 2016 die Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» lanciert. Diesbezüglich kann das Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014 über das Burkaverbot nicht ganz überzeugen, insbesondere in Bezug auf den weiten Ermessensspielraum zugunsten des Staates, der gar eine willkürliche Anwendung solcher Verbote ermöglicht. Nach der Überprüfung der Vereinbarkeit des Burkaverbots mit Art. 15 BV, stellt diese staatliche Massnahme einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Religionsfreiheit dar.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Öffentliches Recht; Gedankenfreiheit. Glaubens- und Gewissensfreiheit

Zitiervorschlag: Samuele Vorpe, Das Burkaverbot im Lichte der Religionsfreiheit, in: Jusletter 20. Juni 2016

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Tessiner Gesichtsverhüllungsverbot
3. Aktueller Stand auf Bundesebene
4. Materielle Prüfung des Gesichtsverhüllungsverbots
 - 4.1. Schutzbereich der Religionsfreiheit
 - 4.1.1. Persönlicher Schutzbereich
 - 4.1.2. Sachlicher Schutzbereich
 - 4.2. Eingriff in den Schutzbereich
 - 4.3. Gesetzliche Grundlage
 - 4.3.1. Erfordernis des Rechtssatzes
 - 4.3.2. Erfordernis der Gesetzesform
 - 4.4. Genügendes Eingriffsinteresse
 - 4.4.1. Öffentliche Ordnung und Sicherheit
 - 4.4.2. Schutz der Rechte und Freiheiten anderer
 - 4.5. Verhältnismässigkeit
 - 4.5.1. Geeignetheit
 - 4.5.2. Erforderlichkeit
 - 4.5.3. Zumutbarkeit
 - 4.5.4. Frage des Konsens
 - 4.6. Kerngehalt
 - 4.7. Ergebnis
5. Schlussfolgerung
 - 5.1. In Bezug auf Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014
 - 5.2. In Bezug auf das Tessiner Gesichtsverhüllungsverbot

1. Einleitung

[Rz 1] Die Religionsfreiheit spielt in der multikulturell und multireligiös geprägten schweizerischen Gesellschaft eine wesentliche Rolle.¹ Aktuell ist es die Präsenz muslimischer Mitbürger, welche die politische Diskussion über den religionspolitischen Handlungsbedarf bestimmt. Daraus ergibt sich, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit, welche die muslimische Bevölkerung wie andere Religionsgruppen für ihre religiöse Entfaltung beansprucht, immer mehr in den Mittelpunkt der Debatten über die Zulässigkeit von religiösen Symbolen, die Schuldissenpation, die spezifischen Bestattungsorte und viele andere Freiheiten und Massnahmen gerückt wird.² Nach der Debatte über das «Minarettverbot»³ hat namentlich die Vereinbarkeit des Burkaverbots mit der Religionsfreiheit eine breit gefächerte juristische Diskussion ausgelöst.⁴ Diese

¹ BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, Zürich/Basel/Genf 2012, N 11 zu § 3.

² VISCHER BENEDICT, Die Religionsfreiheit als Eckstein des liberalen Gemeinwesens, in: ZBJV 148/2012, S. 571 ff., S. 573.

³ Die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» wurde am 29. November 2009 von Volk und Ständen angenommen und im Art. 72 Abs. 3 BV verankert (vgl. AS 2010 2161). Die Verfassungsänderung sieht ein generelleres Verbot der Minarette in der ganzen Schweiz vor, mit Ausnahme der bereits bestehenden.

⁴ Gemäss BELSER EVA MARIA, Das Burka-Verbot, Vom Umgang der offenen Gesellschaft mit verhüllten Körpern, in: Gredig Markus/Mahaim Raphaël/Meier Thomas/Melchior Riccarda/Stöckli Andreas (Hrsg.), Peters Dreiblatt: Föderalismus, Grundrechte, Verwaltung, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 73 ff., S. 74 wird die Burka so beschrieben: «Ist im Zusammenhang mit Verboten von einer Burka die Rede, sind damit islamische Schleier gemeint, die das Gesicht der Frau unkenntlich machen. Dies ist bei fast allen Burkas, aber auch bei anderen islamischen Schleiern der Fall. Die Burka ist ein meist blauer Ganzkörperschleier, welcher Körper und Gesicht verhüllt und vor allem von muslimischen Frauen in Afghanistan, z.T. auch in Pakistan und Indien, getragen

Auseinandersetzung betrifft nicht so sehr die eigentlichen religiösen Unterschiede als vielmehr die damit zum Ausdruck gebrachten Lebensformen und Lebensäusserungen.⁵ Im Kanton Tessin wurde 2013 per Volksabstimmung ein Burkaverbot angenommen, welches die Initianten folgendermassen begründen: «Die meisten Menschen sehen die Burka als eine Art von Provokation und als eine Ablehnung der schweizerischen Werte an. Diese seien geeignet, schrittweise Gefühle der Angst und der Intoleranz gegenüber der islamischen Realität zu steigern».⁶

[Rz 2] Zu Beginn dieser Abhandlung werden die Bestimmungen über das Tessiner Gesichtsverhüllungsverbot betrachtet (Kap. 2), dann wird auf die eventuelle Einführung eines Burkaverbots auf eidgenössischer Ebene eingegangen (Kap. 3). Schliesslich wird geprüft, ob das im Kanton Tessin gültige Gesichtsverhüllungsverbot mit der Religionsfreiheit vereinbar ist oder nicht (Kap. 4). Schliesslich folgt ein kurzes Fazit zur Gesichtsverhüllung im Arbeitsalltag (Kap. 5).

2. Tessiner Gesichtsverhüllungsverbot

[Rz 3] In der Volksabstimmung vom 22. September 2013 hat das Tessiner Volk den neuen Artikeln 9a und 96 Verfassung von Republik und Kanton Tessin (KV-TI) mit 63'494 Ja gegen 32'377 Nein zugestimmt.⁷ Die Bestimmungen über das Gesichtsverhüllungsverbot lauten wie folgt:⁸

Art. 9a

Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts

¹ä Niemand darf sein Gesicht im öffentlichen Raum und an Orten verhüllen oder verbergen, die allgemein zugänglich sind (ausgenommen Sakralstätten) oder der Erbringung von Publikumsdienstleistungen dienen.

²ä Niemand darf eine Person zwingen, ihr Gesicht aufgrund ihres Geschlechts zu verhüllen.

³ä Das Gesetz regelt die Ausnahmen von Absatz 1 und bestimmt die Sanktionen.

Art. 96

(Übergangsbestimmung zu Art. 9a)

Artikel 9a tritt gleichzeitig mit dem Ausführungsgesetz in Kraft.

[Rz 4] Die Tessiner Volksinitiative wurde *mutatis mutandis* aus dem französischen Gesetz Nr. 2010-1192 vom 11. Oktober 2010 «interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public»

wird. Während in Pakistan auch Burka getragen werden, welche die Augen freilassen, sind in afghanischen Burkas meist Netze oder vergitterte Sichtfenster eingesetzt».

⁵ MÜLLER JÖRG PAUL/SHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 253.

⁶ Rapporto di minoranza della Commissione delle petizioni e dei ricorsi sull'iniziativa popolare costituzionale elaborata 15 marzo 2011 «Vietare la dissimulazione del viso nei luoghi pubblici e aperti al pubblico», vom 25. März 2013, <http://www.ti.ch/CAN/SegGC/comunicazioni/GC/odg-mes/rapporti/pdf/6732R-min.pdf> (Website zuletzt besucht am: 15. April 2016), S. 2.

⁷ Botschaft zur Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Bern, Uri, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Tessin, Waadt und Jura vom 12. November 2014, BBl 2014 9091 ff. (zit. Botschaft Gewährleistung KV), S. 9107.

⁸ Botschaft Gewährleistung KV, S. 9109.

abgeleitet.⁹ Das Gesichtsverhüllungsverbot umfasst nicht nur öffentliche Strassen oder Plätze, sondern auch Verwaltungseinrichtungen, Betriebe des «Service public» wie Post oder Bahnen sowie private Betriebe, die dem Publikum zur Beschaffung von Waren und Dienstleistungen offen stehen (Restaurants, Einkaufszentren, Kinos).¹⁰

[Rz 5] Gemäss der Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2014, zielt das Tessiner Gesichtsverhüllungsverbot hauptsächlich auf zwei Konstellationen ab. Zum einen richtet es sich gegen Vermummungen, mit denen gewaltbereite Personen bei Massenveranstaltungen (Demonstrationen, Sportanlässe) versuchen, anonym zu bleiben;¹¹ und zum andern will es die Gesichtsverhüllungen aus religiösen Gründen erfassen, «wie sie einzelne fundamentalistische islamische Auffassungen den Frauen als religiöse Pflicht vorschreiben, wenn sie sich im öffentlichen Raum bewegen (Burka, Niqab)».¹²

[Rz 6] Der Zwang zum Tragen der Burka oder des Niqab (Art. 9a Abs. 2 KV-TI) ist, wie vom Bundesrat erwähnt, bereits durch die aktuelle Gesetzgebung sanktioniert.¹³ Wer eine Frau zwingt, eine Gesichtsverhüllung zu tragen, begeht heute eine strafbare Nötigung gemäss Art. 181 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB).

[Rz 7] Die Bundesversammlung hat, nicht ohne Debatten,¹⁴ am 11. März 2015 der Gewährleistung der geänderten KV-TI zugestimmt.¹⁵ Damit hat das Parlament zum Ausdruck gebracht, dass ein Burkaverbot aus seiner Sicht mit der Religionsfreiheit gemäss der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vereinbar ist. Das Verhüllungsverbot tritt am 1. Juli 2016 in Kraft.¹⁶

3. Aktueller Stand auf Bundesebene

[Rz 8] Nach mehreren erfolglosen parlamentarischen Vorstössen für die Einführung eines Gesichtsverhüllungsverbots auf Bundesebene,¹⁷ hat die SPK-NR am 23. April 2015 einem parla-

⁹ Vgl. Rapporto del Consiglio di Stato sull'iniziativa popolare costituzionale elaborata 15 marzo 2011 «Vietare la dissimulazione del viso nei luoghi pubblici e aperti al pubblico», vom 16. Januar 2013, <http://www.ti.ch/CAN/SegGC/comunicazioni/GC/odg-mes/pdf/m6732.pdf> (Website zuletzt besucht am: 15. April 2016) (zit. Bericht des Tessiner Regierungsrates über das Gesichtsverhüllungsverbot), S. 3.

¹⁰ Botschaft Gewährleistung KV, S. 9109 f. Vgl. auch Bericht des Tessiner Regierungsrates über das Gesichtsverhüllungsverbot, S. 3.

¹¹ Heute kennen verschiedene Kantone ein Vermummungsverbot für Demonstrationen und andere Grossveranstaltungen (namentlich Basel-Stadt, Bern, Zürich, Luzern, St. Gallen, Thurgau und Schaffhausen) (BELSER, S. 84).

¹² Botschaft Gewährleistung KV, S. 9110.

¹³ VISCHER, S. 596.

¹⁴ Vgl. Amtl. Bull. SR vom 5. März 2015, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4917/457409/d_s_4917_457409_457444.htm (Website zuletzt besucht am: 15. April 2016) und Amtl. Bull. NR vom 11. März 2015, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4917/459625/d_n_4917_459625_459757.htm (Website zuletzt besucht am: 15. April 2016).

¹⁵ BBl 2015 3035.

¹⁶ Medienmitteilung des Tessiner Regierungsrates vom 6. April 2016, Dissimulazione del volto: dal 1° luglio in vigore la modifica legislativa, <http://www3.ti.ch/CAN/comunicati/06-04-2016-comunicato-stampa-203923199603.pdf> (Website zuletzt besucht am: 15 April 2016).

¹⁷ Vgl. zwei Interpellationen (06.3675 – Christophe Darbellay, 09.4308 – Christophe Darbellay); vier Anfragen (08.5229 – Hans Fehr, 08.5366 – Hans Fehr, 09.5566 – Susanne Leutenegger Oberholzer, 10.1051 – Jean-Claude Rennwald), zwei Motionen (10.3173 – Oskar Freysinger, 11.3043 – Hans Fehr) und eine Standesinitiative (10.333 – Kanton Aargau).

mentarischen Vorstoss zum Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts Folge gegeben.¹⁸ Die Initiative zielt auf die Einführung eines neuen Absatzes 3 im Art. 57 BV ab. Der Inhalt dieser parlamentarischen Initiative entspricht der angenommenen Volksinitiative im Kanton Tessin. Wenn das Bundesparlament dieser Bestimmung zustimmen würde, müsste sie noch von Volk und Ständen angenommen werden da es sich um eine Änderung der Bundesverfassung handelt (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV).¹⁹ Darüber hinaus wurde am 25. Februar 2016 die Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» lanciert.²⁰ Die Volksinitiative hat zum Ziel, die Bundesverfassung wie folgt zu ändern:

Art. 10a BV (neu) – Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts

¹ä Niemand darf sein Gesicht im öffentlichen Raum und an Orten verhüllen, die öffentlich zugänglich sind oder an denen grundsätzlich von jedermann beanspruchbare Dienstleistungen angeboten werden; das Verbot gilt nicht für Sakralstätten.

²ä Niemand darf eine Person zwingen, ihr Gesicht aufgrund ihres Geschlechts zu verhüllen.

³ä Das Gesetz sieht Ausnahmen vor. Diese umfassen ausschliesslich Gründe der Gesundheit, der Sicherheit, der klimatischen Bedingungen und des einheimischen Brauchtums.

Art. 197 BV Ziff. 12. Übergangsbestimmung zu Art. 10a (Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts)

Die Ausführungsgesetzgebung zu Artikel 10a ist innert zweier Jahre nach dessen Annahme durch Volk und Stände zu erarbeiten.

[Rz 9] Die vorgeschlagenen Bestimmungen entsprechen dem Text der kantonalen Tessiner Volksinitiative, welche das Tessiner Volk am 22. September 2013 angenommen hat. Im Unterschied zur Tessiner Volksinitiative sieht aber diese Initiative im Art. 10a Abs. 3 BV die Ausnahmen zum Verhüllungsverbot abschliessend vor.

4. Materielle Prüfung des Gesichtsverhüllungsverbots

[Rz 10] Die Religionsfreiheit ist in der Schweiz über Art. 15 BV und 9 EMRK geregelt. Es handelt sich hier um ein Freiheitsrecht, welches nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden darf. Die Bundesverfassung zählt in Art. 36 BV die Voraussetzungen auf, welche für die Einschränkung der Religionsfreiheit gegeben sein müssen. Grundrechtsbegrenzungen bedürfen demnach einer gesetzlichen Grundlage (Abs. 1), der Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter (Abs. 2) sowie der Verhältnismässigkeit (Abs. 3). Ferner dürfen sie den Kerngehalt der Grundrechte nicht berühren (Abs. 4).

¹⁸ Parlamentarische Initiative von Walter Wobmann vom 11. Dezember 2014, Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts (14.467).

¹⁹ Als einzige materielle Schranke nennt die Verfassung den Verstoss gegen zwingendes Völkerrecht (Art. 139 Abs. 3 BV). Doch verletzt das Gesichtsverhüllungsverbot wohl so wenig wie das Minarettverbot die wenigen Bestimmungen, die das Völkerrecht als zwingend anerkennt (BELSER, S. 83).

²⁰ BBl 2016 1669 ff. Die Initianten haben bis am 15. September 2017 Zeit, die für das Zustandekommen der Initiative nötigen 100'000 gültigen Unterschriften zu sammeln (Art. 139 Abs. 1 BV).

Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Nachdem auf den Schutzbereich der Religionsfreiheit eingegangen wird, bzw. der Frage ob das Burkaverbot diesen betrifft, werden diese Voraussetzungen besprochen. Nur so kann die Frage geklärt werden, ob ein Burkaverbot unter Verfassung und Völkerrecht zulässig ist oder nicht.

[Rz 11] Die legitimen Eingriffsziele von Art. 9 Abs. 2 EMRK sind mit denjenigen von Art. 36 Abs. 2 BV vergleichbar und umfassen den Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, die Gesundheit und die Moral sowie den Schutz der Rechte und Freiheiten von Dritten.²¹ Zusätzlich muss die Einschränkung «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» sein (Art. 9 Abs. 2 EMRK). Der EGMR hat diesen Rechtfertigungsgrund so ausgelegt, dass die Massnahme einem «dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis» entsprechen und verhältnismässig erscheinen muss.²² Der Verweis auf die «demokratische Gesellschaft» bedeutet, dass der Einzelne bei der Ausübung seiner Freiheitsrechte Anspruch auf eine gewisse Toleranz hat.²³

[Rz 12] Im Folgenden wird geprüft, ob die Voraussetzungen für das Gesichtsverhüllungsverbot gegeben sind. Eingriffe in die Glaubens- und Gewissensfreiheit, wie die oben erwähnte Tessiner Bestimmung, müssen den genannten Anforderungen genügen.²⁴

4.1. Schutzbereich der Religionsfreiheit

4.1.1. Persönlicher Schutzbereich

[Rz 13] Die Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit in Art. 15 BV ist ein Menschenrecht. Sie schützt alle natürlichen Personen, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit, ihr Alter, die Zugehörigkeit zu einer Religions- oder Glaubensgemeinschaft und die Verbreitung einer Religions- oder Glaubensgemeinschaft.²⁵

[Rz 14] Das Tessiner Gesichtsverhüllungsverbot (Art. 9a KV-TI) berührt jede natürliche Person, die sich im öffentlichen Raum und an Orten verhüllt, die allgemein zugänglich sind. Der persönliche Schutzbereich ist damit betroffen.

²¹ SCHÄDLER SIMON M., Der Schutz des religiösen Friedens als Staatsaufgabe, Eine juristische Untersuchung des öffentlichen Interesses am Frieden zwischen den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, in: ZStOR 220/2014, S. 193 ff., S. 200; BELSER/WALDMANN, N 51 zu § 3; VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl., Zürich 1999, N 550 zu § 23. Auch UNO-Pakt II garantiert analog die Religionsfreiheit in Art. 18.

²² VILLIGER, N 551 zu § 23.

²³ VILLIGER, N 551 zu § 23.

²⁴ GRIEFEL, N 14 zu § 32, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.) – Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011.

²⁵ AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux, 3. Aufl., Bern 2013, Nr. 464; BELSER/WALDMANN, N 12 zu § 3.

4.1.2. Sachlicher Schutzbereich

[Rz 15] Nach dem Wortlaut von Art. 15 BV werden Glaube und Religion, sowie weltanschauliche Überzeugung und Gewissen geschützt.²⁶ Im Unterschied zu Art. 15 BV nennen Art. 9 EMRK und Art. 18 UNO-Pakt II auch die Gedanken als Schutzobjekt.²⁷

[Rz 16] Die Religionsfreiheit umfasst sowohl die innere Freiheit, zu glauben, nicht zu glauben oder seine religiösen Anschauungen zu ändern, wie auch die äussere Freiheit, entsprechende Überzeugungen innerhalb gewisser Schranken zu äussern, zu praktizieren und zu verbreiten oder sie nicht zu teilen.²⁸ Sie enthält den Anspruch des Einzelnen darauf, sein Verhalten grundsätzlich nach den Lehren des Glaubens auszurichten und den Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln. Unter dem Schutz der Religionsfreiheit stehen alle Religionen, unabhängig von ihrer quantitativen Verbreitung in der Schweiz.²⁹ Art. 15 BV schützt somit auch die Überzeugung religiöser Minderheiten.³⁰ Die Religionsfreiheit erfasst «grundsätzlich alle Arten von Vorstellungen über die Beziehung des Menschen zum Göttlichen beziehungsweise zum Transzendenten».³¹ Laut der Rechtsprechung des Bundesgerichts «zur derart gewährleisteten Religionsausübung zählen über kultische Handlungen hinaus auch die Beachtung religiöser Gebräuche und Gebote sowie andere Äusserungen des religiösen Lebens, soweit solche Verhaltensweisen Ausdruck der religiösen Überzeugung bilden».³² «Das gilt auch für die Religionsbekenntnisse, welche – wie der Islam – die auf den Glauben gestützten Verhaltensweisen sowohl auf das geistig-religiöse Leben wie auch auf weitere Bereiche des alltäglichen Lebens beziehen».³³

[Rz 17] Für den Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit ist zudem unerheblich, ob religiöse Gepflogenheiten von allen, von einer Mehrheit oder auch nur von einer Minderheit der islamischen Glaubensangehörigen befolgt werden.³⁴ Argumente, wonach der Koran den Gesichtsschleier nicht vorschreibe, die Verhüllung nicht «zum Islam» gehöre oder viele Musliminnen auf eine Verschleierung verzichten, sind deshalb unbehilflich.³⁵ Solange einem Verhalten eine bestimmte Vorstellung über die Beziehung des Menschen zum Göttlichen oder Transzendenten zugrunde liegt, fällt dieses in den Schutzbereich von Art. 15 BV.³⁶

²⁶ Für die entsprechende Definitionen vgl. BELSER/WALDMANN, N 17 ff. zu § 3; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, S. 315 f.

²⁷ BELSER/WALDMANN, N 18 zu § 3. Für die Definition der Gedankenfreiheit vgl. FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, N 2 zu Art. 9 EMRK. Durch die Gedankenfreiheit ist die negative Glaubensfreiheit des Atheisten, Freidenkers und Nichtkonformisten geschützt. Die Gedankenfreiheit sieht auch das Verbot staatlicher Indoktrination vor (FROWEIN/PEUKERT, N 2 zu Art. 9 EMRK).

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 2C_121/2015 vom 11. Dezember 2015 E. 3.4; BGE 139 I 280 E. 4.1 S. 282; BGE 123 I 296 E. 2b/aa S. 300; BGE 119 Ia 178 E. 4c S. 184.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_121/2015 vom 11. Dezember 2015 E. 3.4; BGE 139 I 280 E. 4.1 S. 282; BGE 134 I 56 E. 4.3 S. 60; BGE 123 I 296 E. 2b/aa S. 300 f.; BGE 119 Ia 178 E. 4b S. 184.

³⁰ BELSER/WALDMANN, N 18 zu § 3.

³¹ BGE 119 Ia 178 E. 4b S. 183.

³² BGE 139 I 280 E. 4.1 S. 282; BGE 123 I 296 E. 2b/aa S. 300; BGE 119 Ia 178 E. 4c S. 184; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_121/2015 vom 11. Dezember 2015 E. 3.6.

³³ BGE 134 I 49 E. 2.3 S. 52; BGE 119 Ia 178 E. 4c S. 185.

³⁴ BELSER, S. 91.

³⁵ BELSER, S. 91.

³⁶ BELSER, S. 91.

[Rz 18] Die Bekleidungs Vorschriften wie das Tragen des Kopftuches oder einer Gesichtsverschleierung (Burka oder Niqab) werden vom Schutz von Art. 15 BV erfasst.³⁷

[Rz 19] Der sachliche Schutzbereich der Religionsfreiheit ist demnach durch das Gesichtsverhüllungsverbot betroffen.

4.2. Eingriff in den Schutzbereich

[Rz 20] Es ist weiter zu prüfen, ob ein Eingriff in den Schutzbereich der Religionsfreiheit vorliegt. Die Beeinträchtigung des grundrechtlichen Schutzgutes beruht auf einem Eingriff, wenn sie sich dem Staat zurechnen lässt. Ein Grundrechtseingriff besteht insbesondere in einer staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Massnahme, welche einen grundrechtlich geschützten Anspruch bewusst und gewollt beschränkt.³⁸

[Rz 21] Das Tessiner Gesichtsverhüllungsverbot stellt einen unmittelbaren und wesentlichen Eingriff in das Recht der Personen dar, die eine Burka oder einen Niqab aus religiösen Gründen im öffentlichen Raum tragen müssen. Darin liegt ein Eingriff in den persönlichen und sachlichen Schutzbereich des Grundrechts der Religionsfreiheit vor.

4.3. Gesetzliche Grundlage

[Rz 22] Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV). Diese Voraussetzung setzt sich aus zwei Teilgeboten zusammen: dem Erfordernis des Rechtssatzes und dem Erfordernis der Gesetzesform.³⁹

4.3.1. Erfordernis des Rechtssatzes

[Rz 23] Die Freiheitsbeschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit muss grundsätzlich in einem Rechtssatz, d.h. in einer generell-abstrakten Norm, vorgesehen sein. Der Rechtssatz muss genügend bestimmt, d.h. «so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».⁴⁰ Das Tessiner Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts (Art. 9a KV-TI) ist hinreichend präzise formuliert. Tatsächlich wird in Art. 9a Abs. 1 KV-TI festgehalten, dass im öffentlichen Raum und an Orten, die allgemein zugänglich sind, sowie an Orten, die Publikumsdienstleistungen dienen, die Gesichtsverhüllung verboten ist. Die erwähnte Vorschrift der Kantonsverfassung enthält eine Ermächtigung zur Gesichtsverhüllung in Sakralstätten. Die

³⁷ BGE 134 I 49 E. 2.3 S. 52; BGE 123 I 296 E. 2b/aa S. 300; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_121/2015 vom 11. Dezember 2015 E. 3.6; Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt VG.2013.1 (AG.2014.75) vom 4. Februar 2014 E. 4.1 (Internetpublikation); sowie BELSER/WALDMANN, N 40 zu § 3; CAVELTI/KLEY, SG-Komm BV, N 10 zu Art. 15 BV; MÜLLER/SCHÉFER, S. 261.

³⁸ KIENER/KÄLIN, S. 94; TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, N 87 f. zu § 7.

³⁹ HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Nr. 307.

⁴⁰ BGE 117 Ia 472 E. 3c S. 480; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 308.

Ausnahme und die Sanktionen über das Gesichtsverhüllungsverbot werden in einem kantonalen Gesetz geregelt (Art. 9a Abs. 3 KV-TI).

[Rz 24] Die Vorschriften von Art. 9a KV-TI erfüllen die Voraussetzungen des Erfordernisses der rechtssatzmässigen Grundlage.

4.3.2. Erfordernis der Gesetzesform

[Rz 25] Ein Gesichtsverhüllungsverbot stellt einen schweren Eingriff in der Religionsfreiheit dar. Schwerwiegende Einschränkungen von Freiheitsrechten sind auf der Stufe eines Gesetzes (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) zu normieren.⁴¹ Die demokratische Legitimation eines Erlasses bildet eine entscheidende Voraussetzung: je schwerer der Eingriff wiegt, desto höher sind diesbezüglich die Anforderungen.⁴²

[Rz 26] Die neuen Regelungen über das Gesichtsverhüllungsverbot sind in der kantonalen Verfassung enthalten (Art. 9a und 96 KV-TI). Sie wurden zuerst von der Tessiner Bevölkerung angenommen und darnach von der Bundesversammlung gewährleistet. Der Eingriff in die Religionsfreiheit ist somit i.S.v. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 hinreichend demokratisch legitimiert (Art. 51 BV).

4.4. Genügendes Eingriffsinteresse

[Rz 27] Die verfassungsrechtlich zulässigen Eingriffsmotive sind auf ein öffentliches Interesse oder auf den Schutz von Grundrechten Dritter beschränkt (Art. 36 Abs. 2 BV). Staatliches Handeln ist nur legitim, wenn es im öffentlichen Interesse liegt. Allgemein anerkannte Eingriffsinteressen liegen im Schutz von Polizeigütern und in der Erfüllung von verfassungsrechtlich ausgewiesenen Staatsaufgaben. Unter die polizeilichen Schutzgüter fallen die öffentliche Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Ruhe, Sittlichkeit, sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.⁴³

[Rz 28] Die französische Regierung hat ihr Gesetz Nr. 2010–1192 vom 11. Oktober 2010 über das Gesichtsverhüllungsverbot erlassen, um die folgenden zwei Ziele zu erreichen: die öffentliche Sicherheit einerseits und die Achtung eines Mindeststandards der Werte einer demokratischen und offenen Gesellschaft andererseits.⁴⁴ Die französische Regierung machte geltend, dass dieses zweite Ziel unter den «Schutz der Rechte und Freiheiten anderer» fällt (Art. 9 Abs. 2 EMRK).⁴⁵

⁴¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 310.

⁴² BGE 136 II 415 E. 3.2 S. 426; BGE 131 II 13 E. 6.3 S. 26 ff.; BGE 131 I 333 E. 4.3 S. 341; BGE 130 I 65 E. 3.3 S. 67 f.; BGE 126 I 112 E. 3c S. 116 f.; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 310; SCHWEIZER, SG-Komm BV, N 16 zu Art. 36 BV; TSCHANNEN, N 100 zu § 7.

⁴³ BGE 119 Ia 41 E. 4a S. 43; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Nr. 211 ff.; KIENER/KÄLIN, S. 116.

⁴⁴ GRABENWARTER CHRISTOPH/STRUTH KATHARINA, Das französische Verbot der Vollverschleierung, Absolutes Verbot der Gesichtsverhüllung zur Wahrung der «Minimalforderungen des Leben in einer Gesellschaft?», in: EuGRZ 2015, S. 1 ff., S. 1; Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 82, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (21).

⁴⁵ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 116, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (23).

4.4.1. Öffentliche Ordnung und Sicherheit

[Rz 29] Geht es um unerwünschte Kleider, so spielt der Schutz der öffentlichen Ordnung dort eine Rolle, wo die Verhüllung von Gesicht oder Körper aus Gründen der Hygiene (etwa in öffentlichen Schwimmbädern) oder der Sicherheit (etwa in Banken, am Flughafen, bei Demonstrationen, beim Sport) verboten werden soll.⁴⁶

[Rz 30] In Bezug auf eine Interpellation von Nationalrat Darbellay⁴⁷ hat der Bundesrat erkannt, dass die vollständige Verschleierung in der Schweiz ein numerisch unbedeutendes Phänomen darstellt (höchstens hundert Burka-Trägerinnen).⁴⁸ Von einer gewichtigen Präsenz der Burka oder anderer Vollverschleierungen ist man in der Schweiz zurzeit sehr weit entfernt.⁴⁹ Von Burka-Trägerinnen geht keine Gefahr für die öffentliche Ordnung aus, denn verhüllte Frauen neigen weder zu Gewalttätigkeiten noch wollen sie sich der Strafverfolgung entziehen.⁵⁰ Ein absolutes Gesichtsverhüllungsverbot in der Öffentlichkeit wäre nur zulässig, wenn eine generelle Bedrohung der Öffentlichkeit vorliegen würde. Bis heute wurde aber eine derartige Situation nicht bewiesen.⁵¹ Es wird in diesem Zusammenhang teilweise eingewendet, dass ein Selbstmordattentat von einer Burka oder einer Niqab tragenden Person ausgehen könnte, und diese Bekleidungsformen daher eine ernste Bedrohung für die Bevölkerung darstellen könnten. Solche Selbstmordattentate sind in den europäischen Staaten jedoch keine verübt worden.⁵² Die Gesichtsverhüllung stellt bislang schlichtweg kein konkretes Problem des öffentlichen Interesses in Bezug auf Sicherheit und Ordnung dar.⁵³

4.4.2. Schutz der Rechte und Freiheiten anderer

[Rz 31] Ein anderes in Zusammenhang mit Burkaverboten genanntes öffentliche Interesse sei die Achtung eines Mindeststandards der Werte einer demokratischen und offenen Gesellschaft. Mit

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts 2C_121/2015 vom 11. Dezember 2015 E. 8; BELSER, S. 88.

⁴⁷ Interpellation von Christophe Darbellay vom 11. Dezember 2009, Verschleierung und Integration (09.4308).

⁴⁸ Gemäss einer Schätzung des Bundesrates, würden etwa 95 bis 130 vollständig verhüllte Frauen Wohnsitz in der Schweiz haben. Die effektive Zahl dürfte jedoch erheblich tiefer liegen, da die Musliminnen in der Schweiz zu über 75 Prozent aus Ländern stammen, in denen die vollständige Verschleierung völlig unüblich oder nur wenig verbreitet ist (vgl. Antwort des Bundesrates vom 24. Februar 2010 auf die Interpellation von Christophe Darbellay vom 11. Dezember 2009, Verschleierung und Integration [09.4308]; BELSER, S. 77).

⁴⁹ VISCHER, S. 596, Botschaft Gewährleistung KV, S. 9110; Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, 10.333 s Kt.Iv. AG. Nationales Verhüllungsverbot im öffentlichen Raum vom 19. August 2011, http://www.parlament.ch/sites/kb/2010/Kommissionsbericht_SPK-N_10.333_2011-08-19.pdf (Website zuletzt besucht am: 15. April 2016) (zit. Bericht der SPK-NR), S. 2; Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates, 10.333 s Kt.Iv. AG. Nationales Verhüllungsverbot im öffentlichen Raum vom 20. Januar 2011, http://www.parlament.ch/sites/kb/2010/Kommissionsbericht_SPK-S_10.333_2011-01-20.pdf (Website zuletzt besucht am: 15. April 2016) (zit. Bericht der SPK-SR), S. 2.

⁵⁰ BELSER, S. 85.

⁵¹ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 139, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (25); VISCHER, S. 596.

⁵² Z.B. am 12. Juli 2015 sind bei einem Selbstmordanschlag im Norden Kameruns mindestens 14 Personen umgekommen. Das Militär vermutet, dass zwei Männer sich als Frauen verkleideten und den Sprengstoff unter einer Burka, der islamischen Ganzkörperverschleierung, versteckten (NZZ, Online vom 14. Juli 2015, Mindestens 14 Tote bei Selbstmordanschlägen in Kamerun, <http://www.nzz.ch/newsticker/verdacht-faellt-auf-boko-haram-mindestens-14-tote-bei-selbstmordanschlaegen-in-kamerun-1.18579719>, Website zuletzt besucht am: 15. April 2016).

⁵³ A.M. der Regierungsrat des Kantons Tessin. Er ist der Meinung, dass das Verbot der Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum die Sicherheit nicht nur während Demonstrationen erhöht, weil die Personen erkennbar und identifizierbar sein müssen. So werden auch die öffentlichen Aufgaben der Polizisten vereinfacht. Die Regierung ist überzeugt, dass das Verbot auch präventive Wirkungen haben könnte (Bericht des Tessiner Regierungsrates über das Gesichtsverhüllungsverbot, S. 13).

dem Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2016⁵⁴ hat der EGMR 2014 in der Wahrung einer gewissen Anschauung über das Zusammenleben in der französischen Gesellschaft ein legitimes und Art. 9 EMRK entsprechendes öffentliches Interesse an einem Verbot der Gesichtverschleierung im öffentlich zugänglichen Raum erkannt.⁵⁵

[Rz 32] Der EGMR betont, dass die Wahrung des *vivre ensemble* als Wert der französischen Gesellschaft in einem Recht der Allgemeinheit auf Kommunikation im öffentlichen Raum mündet, was die soziale Interaktion erleichtert.⁵⁶ Das Ziel des *vivre ensemble* im Sinne einer Minimalanforderung des Lebens in einer Gesellschaft bezieht sich demgegenüber auf ein abstraktes Prinzip.⁵⁷ Der EGMR macht geltend, dass «die Verschlossenheit, die der Schleier, der das Gesicht verbirgt, anderen gegenüber ausdrückt, vom betroffenen Staat als ein Angriff auf das Recht anderer angesehen werden kann, sich in einem Raum gesellschaftlicher Begegnung zu bewegen, der das Zusammenleben vereinfacht».⁵⁸ Es ist richtig, dass das «Zusammenleben» die Möglichkeit zwischenmenschlichen Austausches verlangt. Es ist auch richtig, dass das Gesicht eine wichtige Rolle in den zwischenmenschlichen Beziehungen spielt. Allerdings kann kaum behauptet werden, dass keine menschliche Kommunikation möglich ist, wenn das Gesicht verschleiert ist. Menschen können sozialisieren, ohne sich notwendigerweise in die Augen zu sehen.⁵⁹

[Rz 33] Wenn man davon ausgeht, dass ein Recht bestehen soll, in einem «Raum gesellschaftlicher Begegnung» miteinander zu kommunizieren und zu interagieren, so ist dieses nur sehr geringfügig beeinträchtigt, weil nur wenige Frauen einen Ganzkörperschleier tragen und Menschen auch nur selten verhüllte Frauen auf öffentlichen Plätzen und Strassen begegnen.⁶⁰ Die religiös motivierte Verhüllung tritt in der Schweiz äusserst selten, vorwiegend bei arabischen Touristinnen auf, während die Mehrzahl der Musliminnen nicht einmal ein Kopftuch trägt.⁶¹

[Rz 34] Auch die Frage der Integration, die vom Gesetzgeber in Art. 4 Abs. 1 Ausländergesetz (AuG) ausdrücklich angesprochen ist, wird im Zusammenhang mit Burkaverboten angesprochen.⁶² Ziel der Integration ist das Zusammenleben der einheimischen und ausländischen Wohnbevölkerung auf der Grundlage der Werte der Bundesverfassung und gegenseitiger Achtung und Toleranz. Nach Abs. 4 dieses Artikels ist es erforderlich, dass sich Ausländerinnen und Ausländer mit den gesellschaftlichen Verhältnissen und Lebensbedingungen in der Schweiz auseinandersetzen und insbesondere eine Landessprache erlernen. Selbst wenn es um Ausländerinnen geht, die zur Integration verpflichtet sind, ist damit kein Burkaverbot zu begründen.⁶³

⁵⁴ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff.

⁵⁵ Vgl. auch Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt VG.2013.1 (AG.2014.75) vom 4. Februar 2014, E. 7.2.3.2 (Internetpublikation) i.V.m. den Erwägungen der belgischen Cour constitutionnelle (Entscheid Nr. 145/2012 vom 6. Dezember 2012).

⁵⁶ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, § 122, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (23); GRABENWARTER/STRUTH, S. 2.

⁵⁷ GRABENWARTER/STRUTH, S. 3.

⁵⁸ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, § 122, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (23); GRABENWARTER/STRUTH, S. 3.

⁵⁹ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, Teilweise abweichendes gemeinsames Sondervotum der Richterinnen Nussberger und Jäderblom, § 9, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (28).

⁶⁰ GRABENWARTER/STRUTH, S. 6.

⁶¹ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt VG.2013.1 (AG.2014.75) vom 4. Februar 2014, E. 7.2.3.1 (Internetpublikation).

⁶² BELSER, S. 89.

⁶³ BELSER, S. 89.

[Rz 35] Aus der EMRK, sowie aus der BV, ist keine Pflicht abzuleiten, mit anderen Menschen zu interagieren bzw. kommunizieren zu müssen.⁶⁴ Die EGMR nimmt trotzdem an, dass das Gesichtverhüllungsverbot als grundsätzlich gerechtfertigt angesehen werden kann, soweit es beabsichtigt, die Bedingungen des «Zusammenlebens» zu garantieren.⁶⁵ Ein generelles Gesichtverhüllungsverbot im öffentlichen Raum würde jedoch grundsätzlichen Vorstellungen unserer Gesellschaft über das gemeinschaftliche Zusammenleben widersprechen.⁶⁶

[Rz 36] Wie man aus obigen Ausführungen sieht ist es äusserst fraglich, ob in der Schweiz ein legitimes Eingriffsinteresse i.S.v. Art. 36 BV für ein Burkaverbot besteht.

4.5. Verhältnismässigkeit

[Rz 37] Unter der Annahme, dass man entgegen der hier dargelegten Auffassung ein genügendes Eingriffsinteresse bejahen würde, müsste das Verhüllungsverbot mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit überprüft werden. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt ausdrücklich für Eingriffe in Freiheitsrechte (Art. 36 Abs. 3 BV).⁶⁷ Dabei müssen drei Aspekte der Verhältnismässigkeit kumulativ erfüllt sein: die Eignung, die Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Zumutbarkeit).⁶⁸

4.5.1. Geeignetheit

[Rz 38] Eine behördliche Anordnung muss geeignet sein, das angestrebte, im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen.⁶⁹ In Bezug auf das Interesse der öffentlichen Sicherheit, ist ein generelles Gesichtverhüllungsverbot nicht geeignet, Straftaten zu verhindern oder die Strafverfolgung zu erleichtern. Wenn ein Verbrecher ein Delikt (z.B. einen Banküberfall) verheimlicht begehnen will, lässt er sich in der Tat durch ein Verheimlichungsverbot bestimmt nicht davon abhalten. In diesem Bereich hat die Polizei ausreichende Mittel zur Verfügung, um die Identifikation einer (verheimlichten) Person vorzunehmen.⁷⁰ Im Verhältnis zu den Behörden ist es selbstverständlich, dass sich die Frauen mit Burka oder Niqab ausweisen und ihr Gesicht enthüllen müssen.⁷¹

[Rz 39] Ein Verbot für Frauen, eine Burka oder einen Niqab im öffentlichen Raum zu tragen, wird zudem kaum geeignet sein, die betroffenen Frauen bezüglich Zusammenleben zu fördern. Im Gegenteil kann ein solches Verbot dazu führen, dass diese Frauen gänzlich in den privaten

⁶⁴ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, Teilweise abweichendes gemeinsames Sondervotum der Richterinnen Nussberger und Jäderblom, § 6, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (27).

⁶⁵ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, § 142, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (25).

⁶⁶ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt VG.2013.1 (AG.2014.75) vom 4. Februar 2014 E. 7.2.3.3 (Internetpublikation).

⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts 2C_121/2015 vom 11. Dezember 2015 E. 9; KIENER/KÄLIN, S. 119.

⁶⁸ SCHWEIZER, SG-Komm BV, N 37 zu Art. 36 BV.

⁶⁹ KIENER/KÄLIN, S. 120.

⁷⁰ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt VG.2013.1 (AG.2014.75) vom 4. Februar 2014 E. 7.3.1 (Internetpublikation).

⁷¹ Bericht der SPK-NR, S. 2; Bericht der SPK-SR, S. 2.

Raum zurückgedrängt werden.⁷² Die Integration der entsprechenden Frauen würde zusätzlich erschwert oder gar versagt.⁷³

4.5.2. Erforderlichkeit

[Rz 40] Sind aber die Eingriffswirkungen einer Massnahme milder bzw. weniger schwer, so verlangt das Element der Erforderlichkeit, dass auf schwerer wiegende Massnahmen verzichtet wird.⁷⁴

[Rz 41] Das Gesichtsverhüllungsverbot gilt, gemäss Art. 9a Abs. 1 KV-TI, im gesamten öffentlichen Raum und an Orten, die allgemein zugänglich sind an 365 Tagen im Jahr und rund um die Uhr. Nur die Sakralstätten bleiben vom Verbot ausgeschlossen. Auf dieser Weise wird die Ausübung der Religionsfreiheit in den Kultstätten nicht beschränkt.⁷⁵ Auch können verhüllte Personen weiterhin etwa Transportmittel benützen, soweit diese nicht der Erbringung von Publikumsdienstleistungen dienen.⁷⁶ Das Tessiner Gesetz über das Verhüllungsverbot (LDiss) sieht die Ausnahmen in Art. 4 vor, aber das Tragen der Burka oder des Niqab wird darin nicht erwähnt.⁷⁷ Um die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, würde ein allgemeines Gesichtsverhüllungsverbot nicht die mildeste Massnahme darstellen. Wer randaliert oder Unruhe stiftet, kann mit punktuellen Verboten, die für besondere Situationen vorgesehen sind (z.B. bei Demonstrationen), identifiziert werden.⁷⁸

[Rz 42] In Bezug auf die Achtung der Minimalforderungen des Lebens in einer Gesellschaft wird von der französischen Regierung nicht dargelegt, warum es unmöglich wäre, mildere Mittel als die Strafbewehrung der Verschleierung des Gesichts im gesamten öffentlichen Raum anzuwenden. Es wurde kein Nachweis erbracht, dass man durch die Mittel der Sensibilisierung oder mit Bildungsmassnahmen, das Gesichtsverhüllung verhindern könnte.⁷⁹ Mildere Mittel wären beispielsweise die gezielte Förderung der Integration und Gleichberechtigung von Frauen, unabhängig von ihrer religiösen Ausrichtung – und dies in sprachlicher, schulischer und beruflicher Hinsicht.⁸⁰

⁷² Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt VG.2013.1 (AG.2014.75) vom 4. Februar 2014 E. 7.3.2 (Internetpublikation), Bericht des Tessiner Regierungsrates über das Gesichtsverhüllungsverbot, S. 7.

⁷³ Bericht des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt betreffend Initiative für ein kantonales Vermummungsverbot im öffentlichen Raum (Vermummungsverbots-Initiative), Nr. 13.0006.01 vom 27. März 2013, <http://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100375/000000375403.pdf> (Website zuletzt besucht am: 15. April 2016), S. 12; Bericht der SPK-NR, S. 2.

⁷⁴ BGE 140 I 2 E. 9.2.2 S. 24; BGE 136 I 87 E. 8.2, S. 91; SCHWEIZER, SG-Komm BV, N 39 zu Art. 36 BV.

⁷⁵ Bericht des Tessiner Regierungsrates über das Gesichtsverhüllungsverbot, S. 4.

⁷⁶ Botschaft Gewährleistung KV, S. 9111 f.

⁷⁷ Das Verbot gilt nicht für Kopfbedeckungen und Schutzmittel für die Ausübung einer amtlichen Funktion oder wenn vom Gesetz vorgeschrieben oder von anderen besonderen Bestimmungen aus Gesundheits- oder Sicherheitsgründen, oder noch auf Grund lokaler Sitten und Gepflogenheiten bei religiösen, kulturellen, künstlerischen und anderen Festen und Veranstaltungen (Messaggio del Consiglio di Stato sulla revisione totale della legge sull'ordine pubblico del 29 maggio 1941, vom 6. März 2015, <http://www3.ti.ch/CAN/cartellastampa/pdf-cartella-stampa-27727276435.pdf>; Website zuletzt besucht am: 15. April 2016, S. 10).

⁷⁸ Botschaft Gewährleistung KV, S. 9110. Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben können die Polizeibeamten, gemäss Polizeigesetz des Kantons Tessin, Identitätskontrollen durchführen und Identifizierungs- und Durchsuchungsmassnahmen aus Sicherheitsgründen anwenden (Art. 7, 8 und 9 LPol).

⁷⁹ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, Teilweise abweichendes gemeinsames Sondervotum der Richterinnen Nussberger und Jäderblom, § 24, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (29).

⁸⁰ DJS, Stellungnahme der DJS zum diskutierten Burkaverbot, Bern 2010, http://www.djs-jds.ch/images/stories/pdf/dt/burkadiskussion_djs.pdf (Website zuletzt besucht am: 15. April 2016), S. 2.

4.5.3. Zumutbarkeit

[Rz 43] Die Zumutbarkeit einer geeigneten und erforderlichen Massnahme lässt sich bejahen, wenn zwischen der effektiven Eingriffswirkung und den mit diesem Eingriff konkret verfolgten Interessen ein vernünftiges Verhältnis besteht.⁸¹ Dazu sind namentlich die Interessen des Gemeinwesens am Eingriff gegen die entgegenstehenden spezifischen Interessen der betroffenen Personen abzuwägen.⁸²

[Rz 44] Ein Verbot des Tragens einer Burka oder eines Niqab nicht «bloss» in öffentlichen Bildungseinrichtungen, sondern ganz allgemein im öffentlichen Raum bedürfte einer noch stärkeren Rechtfertigung, um verhältnismässig zu sein.⁸³ Der Eingriff in die Religionsfreiheit ist von erheblicher Intensität, weil das Verbot, das Gesicht zu verhüllen, allgemeine Gültigkeit hat (ausgenommen Sakralstätten). Die Frauen, die ihr Gesicht aus religiösen Gründen verhüllen müssen, befinden sich in einem Dilemma, denn entweder beachten sie das Verbot und kleiden sich nicht gemäss ihrer religiösen Überzeugung oder aber sie beachten das Verbot nicht und setzen sich somit einer strafrechtlicher Verfolgung aus.⁸⁴

[Rz 45] In Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014 wurden, als Massstab der Verhältnismässigkeit i.e.S., die vorgesehenen Sanktionen berücksichtigt. Eine Geldstrafe in Höhe von maximal 150 Euro, mit der Möglichkeit für den Richter, gleichzeitig oder stattdessen die Verpflichtung auszusprechen, einen Kurs zu den Werten der Französischen Republik zu besuchen, wurde vom EGMR als eine Sanktion beurteilt, die zu den leichtesten gehört.⁸⁵ Art. 5 Abs. 1 des Tessiner Gesetzes über das Verhüllungsverbot (LDiss) sieht eine Geldstrafe vor. Die Busse beträgt CHF 100 bis 1'000.⁸⁶ Da das französische Gesetz vom EGMR aufgrund der sehr leichten Geldstrafe als menschenrechtskonform beurteilt worden ist, müsste auch das Tessiner Gesetz *mutatis mutandis* einen solchen Betrag nicht zu sehr übersteigen, um mit Art. 9 EMRK konform zu sein. Eine Geldstrafe in Höhe von maximal CHF 1'000 könnte deshalb unverhältnismässig erscheinen.

4.5.4. Frage des Konsens

[Rz 46] Am Ende der Prüfung der Verhältnismässigkeit führt der EGMR im Urteil *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014 erstmals als Argument auch die Frage eines europäischen Konsens an.⁸⁷ Er geht davon aus, dass kein europäischer Konsens zur Frage des Tragens des Ganzkörpererschleiers in der Öffentlichkeit vorliegt, und kommt dann zum Ergebnis, dass ein weiterer Beurteilungsspielraum des französischen Staats besteht. Er führt jedoch aus, Frankreich (und Belgien) befänden sich in einer Minderheitenposition. Der Gerichtshof greift damit zum Argument des Fehlens des europäischen Konsenses um den Beurteilungsspielraum auszuweiten.⁸⁸ Man muss

⁸¹ KIENER/KÄLIN, S. 124.

⁸² SCHWEIZER, SG-Komm BV, N 40 zu Art. 36 BV.

⁸³ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt VG.2013.1 (AG.2014.75) vom 4. Februar 2014, E. 7.3.3.5 (Internetpublikation).

⁸⁴ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, § 57, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (18).

⁸⁵ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, § 152, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (26).

⁸⁶ Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 lit. *i-I* i.V.m. Art. 5 Abs. 1 des Tessiner Gesetzes über die öffentliche Ordnung (am 23. November 2015 geändert).

⁸⁷ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, § 156, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (26).

⁸⁸ GRABENWARTER/STRUTH, S. 7; Botschaft Gewährleistung KV, S. 9111.

aber betrachten, dass zwei Staaten unter allen Vertragsstaaten einen verhältnismässig geringen Anteil darstellen. Die Tatsache, dass sich die übrigen Staaten gegen ein Verbot stellen, könnte auch dahingehend gedeutet werden, dass ein Konsens gegen den Erlass eines Verbots existiert.⁸⁹ Auch die einheitlich ablehnend formulierten Stellungnahmen der europäischen Institutionen und Nichtregierungsorganisationen bestätigen diesen Befund.⁹⁰ Als Konsequenz müsste der Beurteilungsspielraum von Frankreich eingeschränkt werden.⁹¹ Aufgrund dieses erweiterten Ermessensspielraumes sei die Schweiz jedenfalls frei, einen anderen Weg als Frankreich zu gehen.⁹²

4.6. Kerngehalt

[Rz 47] Die Grundrechte, genauer die Freiheitsrechte, sind schliesslich in ihrem Kerngehalt geschützt (Art. 36 Abs. 4 BV).⁹³ Zum Kerngehalt der Religionsfreiheit gehört die innere Glaubens- und Gewissensfreiheit (*forum internum*). Ebenfalls darf niemand gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht in den öffentlichen Schulen zu folgen.⁹⁴ Nicht zum Kerngehalt gehört hingegen die äussere Betätigungs- und Bekenntnisfreiheit (*forum externum*).⁹⁵ Dazu gehört die Gesichtshüllung mit Burka oder Niqab. Der Kerngehalt ist deshalb nicht betroffen.

4.7. Ergebnis

[Rz 48] Nach der soeben dargelegten Punkte, ist der Eingriff in den Schutzbereich der Religionsfreiheit ist nicht gerechtfertigt; das Grundrecht ist verletzt.

5. Schlussfolgerung

5.1. In Bezug auf Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014

[Rz 49] Der EGMR beurteilt es als rechtmässig, sich auf Bedürfnisse der öffentlichen Sicherheit und, wenn es auch von Art. 9 Abs. 2 EMRK nicht ausdrücklich vorgesehen ist, auch auf das Konzept der «Achtung eines Mindeststandards der Werte einer demokratischen und offenen Gesellschaft» zu berufen,⁹⁶ welche diese auf die Begriffe der «öffentlichen Ordnung» und

⁸⁹ GRABENWARTER/STRUTH, S. 8.

⁹⁰ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 35 ff., 89 ff.; GRABENWARTER/STRUTH, S. 8.

⁹¹ GRABENWARTER/STRUTH, S. 8.

⁹² Medienmitteilung der SPK-NR vom 13. Februar 2015, <http://www.parlament.ch/d/mm/2015/Seiten/mm-spk-n-2015-02-13.aspx> (Website zuletzt besucht am: 15. April 2016).

⁹³ SCHWEIZER, SG-Komm BV, N 44 zu Art. 36 BV; CAVELTI/KLEY, Komm SG, N 32 zu Art. 15 BV.

⁹⁴ KIENER/KÄLIN, S. 324.

⁹⁵ BELSER/WALDMANN, N 55 zu § 3.

⁹⁶ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 114, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (22); INGRAVALLO IVAN, La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa: osservazioni critiche, in: I Quaderni di SIDI Blog, Volume 1/2014, S. 314 ff., http://www.sidi-isil.org/sidiblog/wp-content/uploads/2015/12/Quaderni-Sidi-Blog_1_2014-1.pdf (Website zuletzt besucht am: 12. Mai 2016), S. 316.

des «Schutz[es] der Rechte und Freiheiten anderer» zurückführt. Mit Bezug auf das Erfordernis der Notwendigkeit, nimmt der EGMR allerdings nicht an, dass ein allgemeines Verbot, Kleider anzuziehen, die das Gesicht vollständig bedecken, aus Gründen der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt sein könnte.⁹⁷ Der EGMR stellt fest, dass das Gesicht bei der Interaktion zwischen den Personen eine wichtige Rolle übernimmt, und erachtet daher das französische Gesetz als gerechtfertigt.⁹⁸ Der Begriff des *vivre ensemble* wird daher unter dem Profil der Verhältnismässigkeit gewertet.

[Rz 50] Nach Ansicht des EGMR erscheint das allgemeine Verbot übertrieben,⁹⁹ könnten einige Frauen es als eine Bedrohung ihrer Identität wahrnehmen,¹⁰⁰ haben zahlreiche internationale wie nationale Menschenrechtsakteure das absolute Verbot als unverhältnismässig beurteilt¹⁰¹ und könnte, schliesslich, das französische Gesetz anti-islamische Stereotypen festigen und damit die Intoleranz begünstigen.¹⁰² Statt in Bezug auf das verfolgte Ziel im Sinne der Unverhältnismässigkeit des allgemeinen Verbotes, in der Öffentlichkeit das Gesicht zu verdecken, zu schlussfolgern, pflichtet der EGMR indessen in Anbetracht der Allgemeingültigkeit des Verbotes und der Leichtigkeit der vorgesehenen Strafen für jene, die dagegen verstossen (wenn auch eine leichte Geldstrafe, wenn sie sich mit der Zeit wiederholt, sehr teuer werden kann),¹⁰³ der Ansicht der französischen Regierung bei, wonach dieses allgemeine Verbot gerechtfertigt ist, da es den Wert des *vivre ensemble* schützt.

[Rz 51] Der EGMR hält sich damit auf, seine Wahl des von der EMRK vorgesehenen Kontrollmechanismus zu rechtfertigen, dem im Verhältnis zu den von den Staaten demokratisch getroffenen Entscheidungen eine subsidiäre Rolle zukommt.¹⁰⁴ Diese Feststellung öffnet den Weg zur Anerkennung eines weiten Ermessensspielraums für den französischen Staat, der das Gericht dazu führt, das allgemeine Verhüllungsverbot, im Hinblick auf die von Art. 9 EMRK vorgesehene Einschränkung als verhältnismässig zu betrachten.

[Rz 52] Das hier kommentierte Urteil weist gerade in Bezug auf die Verhältnismässigkeit des allgemeinen Verbotes im Hinblick auf das verfolgte Ziel kritische Gesichtspunkte auf. Man hätte das Verbot auch auf bestimmte, besondere Sicherheitsmassnahmen unterworfenen öffentliche Orte beschränken können. Oder unterschiedliche Modalitäten der Interaktion mit jenen, die freiwillig und spontan die Wahl treffen, Kleider anzuziehen, die das Gesicht vollständig verdecken, vorsehen können (z.B. mit der Bestrafung allfälliger Weigerungen gegen von öffentlichen Beamten gestellte Ersuchen, das Gesicht in öffentlichen Orten oder Räumlichkeiten zum Zweck der Identifizierung zu zeigen).¹⁰⁵

[Rz 53] Widersprüchlich erscheint es des Weiteren, dass der EGMR, nachdem es die Gesetzgebung der Vertragsstaaten der EMRK geprüft und festgestellt hat, dass allein Belgien ein Gesetz

⁹⁷ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 138, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (25).

⁹⁸ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 142, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (25); INGRAVALLO, S. 316.

⁹⁹ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 145, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (25); INGRAVALLO, S. 316.

¹⁰⁰ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 146, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (25); INGRAVALLO, S. 316.

¹⁰¹ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 147, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (25); INGRAVALLO, S. 317.

¹⁰² Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 149, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (25); INGRAVALLO, S. 317.

¹⁰³ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, Teilweise abweichendes gemeinsames Sondervotum der Richterinnen Nussberger und Jäderblom, § 22, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (29).

¹⁰⁴ Urteil des EGMR S.A.S. gegen Frankreich vom 4. Juli 2014, § 129, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (24); INGRAVALLO, S. 317.

¹⁰⁵ INGRAVALLO, S. 317.

angenommen hat, das eine der französischen entsprechenden Regelung aufstellt, das Bestehen einer allgemeinen europäischen Empfindung gegen das allgemeine Verbot, den Körper vollständig bedeckende Kleider anzuziehen, verneint hat,¹⁰⁶ wie es dagegen von einer der intervenierten Nichtregierungsorganisationen behauptet wird.¹⁰⁷

[Rz 54] Ein anderer kritischer Gesichtspunkt betrifft die immer wichtigere Rolle, die die Subsidiarität und der Ermessensspielraum in dem Sinn zu übernehmen daran sind, die Rechtsprechung des EGMR vorsichtiger zu machen und in der Perspektive seine Zuständigkeit zu beschränken.¹⁰⁸

[Rz 55] Nicht ermutigend erscheint schliesslich das Urteil vom 1. Juli 2014 auch im Hinblick auf die Integration von neuen Kulturen und Gepflogenheiten im Zusammenhang mit dem Schutz der Menschenrechte in Europa. Es hat auch den Umstand nicht hervorgehoben, dass ein allgemeines Verbot, Kleider wie die Burka anzuziehen, nicht deren Beseitigung, sondern vielmehr die Ausgrenzung jener, die sie tragen, aus dem öffentlichen Leben und den öffentlichen Räumen bewirkt und so zu einem dem verfolgten Ziel (*vivre ensemble*) entgegengesetzte Ergebnis führt.¹⁰⁹

5.2. In Bezug auf das Tessiner Gesichtsverhüllungsverbot

[Rz 56] Eine kantonale Verfassungsbestimmung ist zu gewährleisten, wenn sie dem Bundesrecht nicht widerspricht. Dabei ist nach der ständigen Praxis der Bundesbehörden ein grosszügiger Massstab anzuwenden. Wenn immer eine bundesrechtkonforme Umsetzung einer kantonalen Verfassungsbestimmung möglich ist, muss die Gewährleistung erteilt werden.¹¹⁰ Wenn ein Staat die vollständige Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum unter Androhung milder Sanktionen verbietet, weil er die Möglichkeit offener zwischenmenschlicher Kontakte als für das Zusammenleben in einer demokratischen Gesellschaft notwendig betrachtet, ist dies im Lichte der EMRK zulässig.¹¹¹ Umgekehrt stellt das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt fest, ein generelles Vermummungsverbot sei nicht verhältnismässig und somit verfassungswidrig.

[Rz 57] Das Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014 kann nicht ganz überzeugen, insbesondere in Bezug auf den weiten Ermessensspielraum zugunsten des Staates, der gar eine willkürliche Anwendung solcher Verbote ermöglicht. Nach der Überprüfung der Vereinbarkeit des Burkaverbots mit Art. 15 BV, stellt diese staatliche Massnahme meines Erachtens einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Religionsfreiheit dar. Das absolute Verbot ist ein Zeichen eines selektiven Pluralismus und einer eingeschränkten Toleranz,¹¹² das die Frauen nicht von der Unterdrückung befreien kann, sondern sie noch mehr von unserer Zivilgesellschaft auszuschliessen droht.

[Rz 58] Wenn eine Frau eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz; BGG) gegen eine Sanktion i.S.v. Art. 9a KV-TI einreichen würde, wäre das

¹⁰⁶ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, § 156, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (26); INGRAVALLO, S. 317.

¹⁰⁷ Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, § 105, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (22); INGRAVALLO, S. 317.

¹⁰⁸ INGRAVALLO, S. 318.

¹⁰⁹ INGRAVALLO, S. 318.

¹¹⁰ Botschaft Gewährleistung KV, S. 9110.

¹¹¹ Botschaft Gewährleistung KV, S. 9111.

¹¹² Urteil des EGMR *S.A.S. gegen Frankreich* vom 4. Juli 2014, Teilweise abweichendes gemeinsames Sondervotum der Richterinnen Nussberger und Jäderblom, § 14, in: EuGRZ 2015, S. 16 ff. (28).

Bundesgericht an Art. 190 BV gebunden, und es könnte sich bezüglich einer eventuellen Verfassungswidrigkeit von Art. 9a KV-TI i.V.m. Art. 15 BV nicht aussprechen.¹¹³

[Rz 59] Nach der Genehmigung der Tessiner Kantonsverfassung durch die Bundesversammlung bleibt das Burkaverbot auf kantonaler oder Bundesebene – trotz des juristischen Zweifels über die Vereinbarkeit dieses Verbots mit der Verfassung – eine politische Frage.

SAMUELE VORPE, Verantwortlicher des «Centro di competenza tributaria» der SUPSI.

Der Autor bedankt sich bei Frau Dr. iur Fanny de Weck für Ihre Anregung zum Thema.

¹¹³ Nach Art. 190 BV sind «Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend». Diese Bestimmung erfasst nicht die Kantonsverfassungen. Da aber Art. 172 Abs. 2 BV die Bundesversammlung damit betraut, kantonale Verfassungsnormen auf ihre Übereinstimmung mit Art. 51 BV zu prüfen, erachtet sich das Bundesgericht grundsätzlich an den Gewährleistungsbeschluss der Bundesversammlung gebunden (BGE 118 Ia 124 E. 3 S. 126; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 1028).