



Die Schweiz verwirklichen.
Réalisons la Suisse.
Realizziamo la Svizzera.
Realisain la Svizra.
Make Switzerland happen.

Adressatin:

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Vorsteherin des Eidg. Justiz- und
Polizeidepartements

2. Februar 2022

Stellungnahme von Operation Libero

Vernehmlassung 2021/90

Umsetzung des Verbots zur Gesichtshüllung (Art. 10a BV): Änderung des StGB

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 20. Oktober 2021 haben Sie die Vernehmlassung zur Umsetzung der Volksinitiative "Ja zum Hüllungshverbot" (Burka-Initiative) eröffnet.

Operation Libero steht für eine offene und fortschrittliche, liberale und gerechte Gesellschaft, in der sich jeder Mensch frei entfalten kann und gleich an Würde und Rechten ist. Die Bewegung leistet einen Beitrag für den Schutz und die Pflege der rechtsstaatlichen Institutionen. Wir handeln, wenn wir diese gefährdet sehen und streben nach ihrer fortwährenden Verbesserung.

In der vorgeschlagenen Revision des Strafgesetzbuchs zur Umsetzung von Art. 10a BV sieht Operation Libero eine Gefährdung wichtiger Grundlagen unseres Rechtsstaates. Im Rahmen unserer Vision und Mission nehmen wir somit an der Vernehmlassung teil.

Der Gesetzgebungsvorschlag ist nach Ansicht von Operation Libero in mehrerer Hinsicht nicht mit der Bundesverfassung und den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar: **Zum einen fehlt eine Bundeszuständigkeit für den Erlass des Gesetzes. Zum anderen widerspricht der Vorschlag grund- und menschenrechtlichen Garantien und der dazu ergangenen Rechtsprechung.** Von einem Ausführungsgesetz auf Bundesebene sollte daher abgesehen werden. Wird das Projekt dennoch weiterverfolgt, so wären zumindest Anpassungen zur Vereinbarkeit mit den Grund- und Menschenrechten angezeigt.

1. Kantonale Zuständigkeit zum Erlass der Ausführungsgesetzgebung

Der Bundesrat hat vor der Abstimmung vielfach darauf hingewiesen und einlässlich erläutert, dass die Zuständigkeit für den Erlass der Ausführungsgesetzgebung von Art. 10a BV bei den Kantonen liegt. Ein kürzlich in der juristischen Fachzeitschrift «Jusletter» erschienener Beitrag hat diese Beurteilung einer eingehenden wissenschaftlichen Analyse unterzogen und bestätigt.¹ Dass der Bundesrat dennoch eine bundesgesetzliche Konkretisierung vorschlägt, lässt sich nicht rechtfertigen. Die Änderung der Haltung des Bundesrates ist auch demokratiepolitisch abzulehnen, haben doch Volk und Stände den Artikel mit der Information angenommen, dass die Umsetzung in den Kantonen erfolgen würde. Eine Konkretisierung durch die Kantone entspricht überdies dem Umstand, dass die gesetzliche Regelung gemäss Art. 10a BV lokalen Bräuchen Rechnung tragen soll («einheimisches Brauchtum» meint nach dem französischen und italienischen Text «coutumes locales» bzw. «usanze locali»). Schliesslich ist zu beachten, dass der angestossene Gesetzgebungsprozess die Kantone dazu veranlasst, mit der Einleitung der erforderlichen Ausführungsgesetzgebung zuzuwarten. Entgegen den Absichten des Bundesrates verzögert der Umsetzungsvorschlag daher die verfassungskonforme Umsetzung der Initiative und könnte eine Missachtung der in Art. 197 Ziff. 12 BV vorgesehenen Frist zur Folge haben.

Operation Libero fordert daher, das Gesetzgebungsprojekt aufzugeben, und stattdessen die Kantone mit den verfassungsrechtlich vorgesehenen Mitteln bei der Ausarbeitung der erforderlichen Ausführungsgesetze zu unterstützen und zu beaufsichtigen.

2. Grund- und menschenrechtskonforme Umsetzung

Operation Libero begrüsst, dass der vorgeschlagene Gesetzesentwurf verschiedene grundrechtlich geschützte Verhüllungspraktiken teils über den Wortlaut von Art. 10a BV hinausgehend vom Verbot ausnimmt. Dass den Grund- und Menschenrechten der Vorrang gegenüber dem Wortlaut von Art. 10a BV eingeräumt wird, entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach zumindest die internationalen Menschenrechte (vorbehaltlich einer Kündigung des völkerrechtlichen Vertrags) entgegenstehendem Landesrecht vorgehen. Der Vorrang der Grundrechte der BV lässt sich mit der herausgehobenen Stellung der Grundrechte in der Verfassungsordnung begründen, die mit den spezifischen Konfliktregeln von Art. 36 BV einhergeht.

Der Vorentwurf verfolgt diesen Ansatz allerdings inkonsistent: Gewisse Gesichtverhüllungen, die keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz geniessen, werden vom Verbot ausgenommen, während andere Verhüllungen von hoher grundrechtlicher Relevanz nicht ausdrücklich ausgeklammert werden. Im verbleibenden Anwendungsbereich kämen weitere grundrechtliche Probleme hinzu. Folgende Anpassungen erachten wir als angezeigt:

¹ Benedict Vischer, «Wer ist zuständig für die gesetzliche Konkretisierung des Verhüllungsverbots? Art. 10a BV im Kontext der bundesstaatlichen Kompetenzordnung», in: Jusletter, 22. November 2021.

a) Ausnahme zur Gewährleistung der Religionsfreiheit

Der Gesetzesentwurf enthält keine ausdrückliche Ausnahme für Verhüllungen aus religiösen Gründen. Dies entspricht dem Willen der Initiant*innen. Dieser Wille darf aber – wie der Bundesrat richtig festhält – nicht ausschlaggebend sein. Rechtlich (und selbst in unzulässig isolierter Betrachtung von Art. 10a BV) ist nicht zu begründen, dass beispielsweise die im erläuternden Bericht erwähnten Cosplay-Figuren und Verkleidungen im Rahmen von Bachelorparties gegenüber der Gesichtsverhüllung einer muslimischen Frau privilegiert werden. Eine Ausnahme für islamische Gesichtsverhüllungen lässt sich durch eine diskriminierungsfreie Auslegung der Ausnahme einheimischen Brauchtums sogar besser mit dem Wortlaut von Art. 10a BV vereinbaren. Insofern wäre auch denkbar, dass die Vollzugsbehörden religiöse Schleier bei der vorgeschlagenen Regelung dieser Ausnahme zurechnen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit und zur Gewährleistung einer einheitlichen Praxis ist die Ausnahme im grundrechtlichen zentralen Fall religiöser Schleier aber ausdrücklich auf gesetzlicher Stufe festzuhalten.

Ohne Ausnahme für religiöse Gründe würde das Ausführungsgesetz den Widerspruch des Verhüllungsverbots mit der Religionsfreiheit und dem Diskriminierungsverbot sogar zuspitzen. Aufgrund der weitergehenden Ausnahmen wären islamische Schleier im Alltag nahezu der einzige Anwendungsfall. Eine solche Sonderregelung und die damit verbundene Ungleichbehandlung liessen sich noch weniger begründen.

Das Erfordernis einer Ausnahme für religiös motivierte Schleier ergibt sich auch aus der Rechtsprechung. Während die Vereinbarkeit einer Anwendung des Verbots auf islamische Gesichtsschleier mit der Rechtsprechung des EGMR zumindest fraglich ist (weder die tatsächlichen noch die rechtlichen Umstände entsprechen in allen relevanten Punkten der Lage in Frankreich und Belgien), besteht an der Unvereinbarkeit mit der Praxis des UNO-Menschenrechtsausschusses kein Zweifel. Einige Bemerkungen in der Botschaft zur Volksinitiative werfen die Frage auf, ob der Bundesrat die Autorität der Auslegungen des UNO-Pakts II durch den Ausschuss anerkennt. Völkerrechtlich besteht an der Auslegungsautorität des Gremiums indes kein Zweifel. Es bedürfte zumindest starker rechtlicher Argumente, um von der Auslegung des Vertragsorgans abzuweichen. Solche Argumente sind vorliegend nicht gegeben und werden auch vom Bundesrat nicht behauptet. Ein tieferer Standard der EMRK kann eine Abweichung nicht begründen. Unterschiedliche Schutzniveaus verschiedener Menschenrechtsverträge sind nichts Ungewöhnliches. Entscheidend ist dann der höchste für den Staat verbindliche Schutzstandard. Zu beachten sind überdies die Verpflichtungen der Antirassismus- und Frauenrechtskonvention. Es erscheint uns bedenklich, dass die Erläuterungen zum Vorentwurf das Diskriminierungsverbot nicht einmal erwähnen, obwohl der Menschenrechtsausschuss bereits beim französischen Verhüllungsverbot (das keine ausdrückliche Privilegierung einheimischer Bräuche vorsieht) eine Verletzung von Art. 26 UNO-Pakt II bejaht hat.

Operation Libero fordert daher, dass eine ausdrückliche Ausnahme für religiöse Gesichtsschleier vorgesehen wird.

Formulierungsvorschläge: [Nicht strafbar sind Gesichtsverhüllungen] «aus religiösen Gründen» oder «die ein wesentliches Element der Religionsausübung darstellen» oder «die zur Ausübung der Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit notwendig sind»

b) Herkunftsneutrale Umformulierung der Ausnahme für "einheimisches Brauchtum"

Die Pflege des einheimischen Brauchtums kann anders als die anderen Ausnahmegründe nicht auf ein übergeordnetes Grundrecht zurückgeführt werden. Im Gegensatz dazu besteht die Gefahr, dass die Auslegung dieser Ausnahme mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit kollidiert – oder dass diese Ausnahme als Präzedenzfall dient, um schwerwiegendere Grundrechtseinschränkungen mit Hinweis auf das übergeordnete Ziel der Pflege des einheimischen Brauchtums zu rechtfertigen. Ausserdem ermöglicht der Wortlaut in der französischen ("coutumes locales") und in der italienischen Version ("usanze locali") eine dynamischere Auslegung als die deutsche Version, weil die ortsüblichen Gepflogenheiten sich im Rahmen einer diskursiven Auseinandersetzung weiterentwickeln können.

Im Vorentwurf wird die von den Initiant*innen vorgesehene Ausnahme für das "einheimische Brauchtum" auf "künstlerische und unterhaltenden Darbietungen" erweitert, was grundsätzlich zu begrüssen ist. Im erläuternden Bericht wird ausserdem darauf hingewiesen, dass der Begriff "einheimisch" auch "Brauchtum, das aus dem Ausland kommt und sich über eine längere Zeit hinweg in der Schweiz fest etabliert und verbreitet hat", einbezieht. Dennoch nimmt die Formulierung vorweg, dass die progressive Aneignung von ausländischen oder innovativen Festlichkeitsformaten strafrechtlich verfolgt wird, solange sie noch nicht als "etabliert" gilt.

Eine restriktive Auslegung des Begriffs des "einheimischen Brauchtums" würde zu einer unzulässigen Diskriminierung aufgrund der persönlichen Herkunft oder persönlicher Attribute (Art. 8 BV) bei der Ausübung der Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) führen. Einerseits ist die Teilnahme an lokal überlieferten festlichen Veranstaltungen oft auf ein Geschlecht, eine Glaubensgemeinschaft oder eine Lebensform beschränkt, oder einzig für Personen mit einer bestimmten Weltanschauung attraktiv. Andererseits dienen die meisten nicht lokal überlieferten verkleideten Veranstaltungen – wie das chinesische Neujahrsfest, Purim oder die Pride – als identitätsstiftende und oft spontan organisierte und besuchte Anlässe für und um ethnische, religiöse und sexuelle Minderheiten. Die in Art. 332a Abs. 2 lit. g VE-StGB erwähnte "Notwendigkeit" lässt sich schwer begründen.

Nicht zuletzt muss darauf hingewiesen werden, dass Fasnachtsumzüge und andere vergleichbare Veranstaltungen auch aus historischer Perspektive als Vehikel für eine zugespitzte Meinungsäusserung dienen. Der Verweis auf die "Pflege des einheimischen Brauchtums" und die fehlende "Notwendigkeit", politische Botschaften im Rahmen dieser Veranstaltung auszutragen, könnte die Behörden dazu führen, dass Träger*innen von unangenehmen Botschaften willkürlich bestraft werden.

Selbst wenn die Gefahr einer sehr restriktiven Auslegung durch Schweizer Polizeibehörden und Gerichte relativ gering ist, weist die Entstehungsgeschichte des Verfassungsartikels und des Umsetzungsentwurfs klar darauf hin, dass der

Rechtsvergleich in diesem Bereich eine wichtige Rolle spielt und spielen wird – und dass in solchen Rechtsvergleichübungen die Analyse kaum über ein Vergleich des grammatikalischen Wortlauts hinausgeht. Die Besprechung des dänischen Falls im erläuternden Bericht beruht sogar auf einer inoffiziellen Übersetzung. Die Übernahme des Begriffs “einheimisches Brauchtum” in Rechtsordnungen mit einem weniger etablierten Minderheitenschutz könnte zu schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen führen. Der Rechtsvergleich kann jedoch auch dazu dienen, die unglückliche Formulierung aus dem Verfassungsartikel in der vorgesehenen Strafnorm mit einer neutraleren Formulierung zu ersetzen, welche das erklärte Ziel der verfassungsharmonisierenden Auslegung besser widerspiegelt.

Operation Libero fordert daher, den Passus “Pflege des einheimischen Brauchtums” zu ersetzen.

Formulierungsvorschläge: [Nicht strafbar sind Gesichtsverhüllungen] «im Rahmen von festlichen Anlässen» [Formulierung entspricht dem belgischen Verhüllungsverbot] oder «aufgrund ortsüblicher Gepflogenheiten» [Formulierung entspricht der französischen und italienischen Version]

c) Vorbehalt weiterer Ausnahmegründe

Ogleich der Vorentwurf die Ausnahmekriterien von Art. 10a BV erweitert, knüpft auch der vorgeschlagene Art. 332a StGB Ausnahmen vorbehaltlos an bestimmte Gründe. Dies widerspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach bei Verhüllungsverboten ausdrücklich Raum für Ausnahmen jenseits der gesetzlichen Kriterien einzuräumen ist. In BGE 117 Ia 472 erwog das Bundesgericht, es sei «unmöglich, im Gesetz im Einzelnen festzulegen, wann eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann» (E. 3e). Diese Rechtsprechung hat das Gericht in seinem Urteil 1C_211/2016, 1C_212/2016 zum Tessiner Verhüllungsverbot bestätigt und festgehalten, dass der nicht abschliessende Charakter der gesetzlichen Ausnahmen aus Gründen der Rechtssicherheit im Gesetz festgehalten werden muss (E. 5.4.5). Diese Rechtsprechung wäre auch bei einer bundesgesetzlichen Umsetzung von Art. 10a BV zu beachten.

Operation Libero fordert daher, dass der nicht abschliessende Charakter der aufgeführten Ausnahmegründe im Gesetz festgehalten wird.

Formulierungsvorschläge: [Nicht strafbar sind Gesichtsverhüllungen] «aus anderen anerkennungswürdigen Gründen» [Formulierung entspricht dem dänischen Verhüllungsverbot] oder «aus einem anderen überwiegenden Interesse» oder «die zur Ausübung anderer Grund- und Menschenrechte notwendig sind»

d) Keine (unmittelbare) strafrechtliche Sanktionierung

In der Botschaft zur Initiative hat der Bundesrat mit Recht darauf hingewiesen, dass Art. 10a BV keine strafrechtliche Sanktionierung von Verstössen gegen das Verbot verlangt und darin einen wichtigen Aspekt für die Möglichkeit einer völkerrechtskonformen Umsetzung erkannt. In der Tat haben sowohl der EGMR als auch der

Menschenrechtsausschuss eine Kriminalisierung der verbotenen Praxis als bedeutende Verschärfung des Menschenrechtseingriffs identifiziert. Die Grund- und Menschenrechte und das Verhältnismässigkeitsprinzip gebieten unter diesen Umständen, von einer Pönalisierung abzusehen und das Verbot verwaltungsrechtlich zu konkretisieren.

Eine verwaltungsrechtliche Umsetzung schliesst nicht aus, anhaltenden Ungehorsam strafrechtlich zu ahnden. Eine Bestrafung käme namentlich im Rahmen des bestehenden Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) in Betracht. Eine Bestrafung würde so an die vorangehende Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Verhüllung im Einzelfall gebunden und würde erst bei anhaltendem Ungehorsam erfolgen.

Diese Lösung würde ein weiteres Problem des Vorentwurfs zwar nicht gänzlich aufheben, aber doch erheblich abmildern: die mangelnde Bestimmtheit der Regelung. Die vorgesehenen Ausnahmen vom Verbot wurden so weit gefasst und müssen so offen bleiben, dass sich der Anwendungsbereich des Verbots für die Rechtsunterworfenen nicht verlässlich absehen lässt. In BGE 117 Ia 472 war das Verbot auf bewilligungspflichtige Anlässe beschränkt. So war gewährleistet, dass der Strafbarkeit die behördliche Klärung vorausgehen kann, ob eine Ausnahme vom Verbot geboten ist. Eine solche Klärung der Rechtslage im konkreten Fall ist auch vorliegend zu fordern, bevor Ungehorsam mit Strafe bedroht wird.

Wird das Verhüllungsverbot trotz all dieser Einwände unmittelbar strafrechtlich bewehrt, so sollte die Strafe auf anhaltenden Ungehorsam beschränkt werden.

Operation Libero fordert, dass von einer neuen Strafnorm abgesehen wird und die Umsetzung verwaltungsrechtlich erfolgt. Eine Strafverfolgung sollte nur im Rahmen von Art. 292 StGB in Betracht kommen. Wird dennoch eine Strafnorm erlassen, so sollte die Bestrafung auf den Wiederholungsfall beschränkt werden.

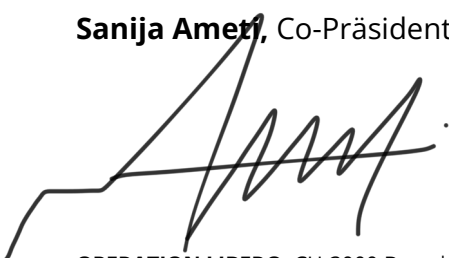
Formulierungsvorschläge: bei (abzulehnender) strafrechtlicher Umsetzung: «Wer trotz gegenteiliger behördlicher Anordnung sein Gesicht...» oder «Wer anhaltend sein Gesicht...» oder «Wer wiederholt sein Gesicht...»

Wir hoffen, mit diesen Ausführungen zu einer rechtmässigen Umsetzung des neuen Verfassungsartikels beizutragen, und danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Bemerkungen.

Herzlichen Dank für Ihr Engagement für unsere liberale Verfassung und eine vielfältige Schweiz mit Zukunft.

Im Namen von Operation Libero

Sanija Ametj, Co-Präsidentin



Stefan Manser-Egli, Co-Präsident

