



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

Österreich enthüllt – Ein Streifzug durch Österreichs
Verbote der Verhüllung des Gesichtes und des Hauptes

verfasst von / submitted by

Dipl.-Wirtschaftsjurist (FH) Adrian Hell, LL.M.

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof.ⁱⁿ Mag.^a Dr.ⁱⁿ Elisabeth Holzleithner

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	VIII
Danksagung.....	XIV
1 Einleitung	1
1.1 Problemaufriss	2
1.2 Konkretisierung der Fragestellungen.....	5
1.3 Herangehensweise und Aufbau der Arbeit	9
1.4 Methoden	11
2 Das Gesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit (AGesVG).....	12
2.1 Analyse der Gesetzgebungsmaterialien und der Nationalratsdebatte.....	12
2.1.1 Ministerialentwurf und Regierungsvorlage: Gesichtsverhüllungsverbot.....	13
2.1.1.1 Ziele und Zweck des AGesVG.....	13
2.1.1.2 Die Kompetenzgrundlage des AGesVG	17
2.1.2 Die Debatte im Nationalrat: Burkaverbot	20
2.1.2.1 Das Symbol und die Symbolpolitik	22
2.1.2.1.1 Der Schleier als Symbol des politischen Islam	22
2.1.2.1.2 Das AGesVG als gezielte Symbolpolitik	24
2.1.2.2 „Ja zum Burkaverbot, aber es ist zu wenig“.....	28
2.1.3 Die Würde und das ‚Schauobjekt‘	31
2.1.3.1 Das Konzept der Menschenwürde.....	31
2.1.3.2 Das Gesichtsverhüllungsverbot aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Menschenwürde des deutschen Grundgesetzes.....	34
2.1.3.3 Die Menschenwürde und die „angeborenen Rechte“ (§ 16 ABGB).....	37
2.1.3.4 ‚Schauobjekt‘ oder Kommunikationssubjekt?	39
2.1.3.5 Die Würde des Bartes.....	42
2.1.4 Resümee	43
2.2 Auslegung und Anwendung des Gesichtsverhüllungsverbots.....	46
2.2.1 Die Verhüllung der Gesichtszüge	46
2.2.1.1 Verbotene Gesichtsverhüllung laut Information des BMI	47
2.2.1.2 Von der Barttracht verhüllte Gesichtszüge	49

2.2.2	Die Ausnahmen vom Gesichtsverhüllungsverbot (§ 2 Abs 2 AGesVG)	51
2.2.2.1	Durch Gesetz vorgesehene Verhüllung der Gesichtszüge	51
2.2.2.2	Verhüllung der Gesichtszüge aus beruflichen Gründen.....	51
2.2.2.3	Verhüllung der Gesichtszüge im Rahmen der Sportausübung.....	52
2.2.2.4	Verhüllung der Gesichtszüge aufgrund witterungsbedingter Umstände.....	52
2.2.2.5	Verhüllung der Gesichtszüge aus gesundheitlichen Gründen.....	53
2.2.2.6	Verhüllung der Gesichtszüge im Rahmen künstlerischer, kultureller oder traditioneller Veranstaltungen	54
2.2.3	Öffentliche Orte und öffentliche Gebäude	60
2.2.4	Resümee	61
2.3	Zur Grundrechtskonformität des Gesichtsverhüllungsverbots	64
2.3.1	Die verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte auf Religionsfreiheit	64
2.3.2	Einschlägige Rechtsprechung des VfGH zu religiösen Symbolen	67
2.3.2.1	Das Kreuz als Symbol der abendländischen Geistesgeschichte in Kindergärten und Schulen	68
2.3.2.2	Mitführen von religiösen Symbolen in der Öffentlichkeit	73
2.3.2.3	Resümee	75
2.3.3	Einschlägige Rechtsprechung des EGMR zu religiösen Symbolen.....	77
2.3.3.1	Das ‚christliche‘ Schulkreuz: Lautsi gegen Italien	77
2.3.3.2	Das Tragen von religiösen Kleidungsstücken im öffentlichen Raum.....	80
2.3.3.2.1	Religiöse Kleidung: Ahmet Arslan et al gegen Türkei.....	80
2.3.3.2.2	Gesichtsverhüllungsverbot: S.A.S. gegen Frankreich	82
2.3.3.2.2.1	Prüfung des Vorliegens eines Eingriffs in Art 8 oder 9 EMRK	83
2.3.3.2.2.2	Prüfung des Vorliegens eines legitimen Ziels	83
2.3.3.2.2.3	Prüfung der Verhältnismäßigkeit.....	86
2.3.3.2.2.4	Kein Verstoß gegen Art 8 (Schutz der Privatsphäre) oder Art 9 (Religionsfreiheit) EMRK	87
2.3.3.2.2.5	Kein Verstoß gegen Art 14 (Verbot der Benachteiligung) iVm Art 8 oder 9 EMRK.....	88
2.3.3.2.2.6	Bestätigung: Belcacemi et Oussar gegen Belgien und Dakir gegen Belgien.....	90
2.3.4	Resümee	90
3	Für Kinder an Grundschulen und in Kindergärten verbotene „Verhüllung des Hauptes“	94

3.1	„Verhüllung des Hauptes“ des Kindes in Kindergärten	95
3.1.1	Der Wortlaut des Verbotes	96
3.1.2	Die Erläuterungen	97
3.1.3	Die Debatten im Nationalrat und im Bundesrat	99
3.1.4	Resümee	102
3.2	„Verhüllung des Hauptes“ des Kindes an Grundschulen	102
3.2.1	Der Wortlaut des Verbotes	103
3.2.2	Der Initiativantrag und der Bericht des Unterrichtsausschusses	103
3.2.3	Die Debatte im Nationalrat	105
3.2.4	Resümee	108
3.3	Zur Grundrechtskonformität der Verbote der Verhüllung des Hauptes für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen	108
3.3.1	Das unveröffentlichte Kurzgutachten des Verfassungsdienstes.....	110
3.3.2	Das Gutachten von Nettesheim (2019)	112
3.3.3	Das Gutachten von Schwarz (2020).....	115
3.4	Einschlägige Rechtsprechung des EGMR	118
3.4.1	Religiöse Kopfbedeckungen im Gerichtssaal.....	120
3.4.2	Religiöse Kopfbedeckungen an staatlichen Bildungseinrichtungen	122
3.4.2.1	Lehrende an staatlichen Bildungseinrichtungen	122
3.4.2.1.1	Einschlägige Rechtsprechung des EGMR.....	122
3.4.2.1.1.1	Dahlab gegen Schweiz.....	123
3.4.2.1.1.2	Kurtulmuş gegen Türkei.....	124
3.4.2.1.2	Einschlägige Rechtsprechung des BVerfG.....	125
3.4.2.2	Lernende an staatlichen Bildungseinrichtungen	126
3.4.2.2.1	Leyla Şahin gegen Türkei.....	127
3.4.2.2.2	Şefika Köse et al gegen Türkei.....	128
3.4.2.2.3	Tuba Aktas et al gegen Frankreich.....	129
3.4.2.2.4	Osmanoğlu et Kocabaş gegen Schweiz	129
3.4.3	Resümee	132
4	Verbote des Tragens von religiösen Symbolen am Arbeitsplatz.....	137
4.1	Staatsdienst (außer Lehrende).....	138
4.1.1	Einschlägige Rechtsprechung des EGMR.....	138
4.1.2	Einschlägige Rechtsprechung des deutschen BVerfG: Rechtsreferendariat.....	139
4.1.3	Resümee	141

4.2	Privatrechtliches Arbeitsverhältnis	144
4.2.1	Einschlägige Rechtsprechung des EGMR.....	144
4.2.2	Einschlägige Rechtsprechung des EuGH	146
4.2.2.1	Der rechtliche Rahmen: Die Rahmengleichbehandlungs-RL 2000/78/EG....	146
4.2.2.2	Samira Achbita gegen G4S Secure Solutions (Belgien)	147
4.2.2.3	Asma Bougnaoui gegen Micropole SA (Frankreich).....	154
4.2.2.4	Diskussion und Resümee	156
4.2.3	Einschlägige Rechtsprechung des OGH	159
4.2.3.1	Kopftuch und Schleier einer Notariatsangestellten	160
4.2.3.2	Haar- und Barttracht und das rosa Haarband eines Busfahrers.....	163
4.2.4	Resümee	166
5	Schleier, Tücher und Bärte: Eine Reflexion	168
5.1	Überlegungen zum Prinzip der Autonomie	169
5.1.1	Die Voraussetzungen von Autonomie.....	169
5.1.1.1	Adäquater Bereich von Lebensmöglichkeiten	169
5.1.1.2	Emotionale und intellektuelle Fähigkeiten.....	170
5.1.1.3	Abwesenheit von Zwang und Manipulation	170
5.1.2	Autonomie und religiöse Kopfbedeckung der Frau	170
5.1.3	Autonomie und religiöse Kopfbedeckung des Kindes	172
5.1.4	Conclusio.....	176
5.2	Überlegungen zur ‚Symbolpolitik‘	176
6	Fazit	182
	Literaturverzeichnis.....	185
	Deutsche Zusammenfassung (Abstract).....	192
	Englische Zusammenfassung (Abstract).....	193

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1 BMI, Verbotene Gesichtsverhüllung, abgerufen unter:

<http://bmi.gv.at/verhuellungsverbot>

Abbildung 2 Hipster-Vollbart, abgerufen unter:

<https://www.pinterest.de/pin/764767580459643017/>;

<https://edition.cnn.com/2016/03/28/living/gallery/dominant-postural-expansiveness/index.html>; <https://www.xn--kostme-6ya.com/produkt/hangover-peruecke-alan-mit-vollbart.html>;

<https://deavita.com/style/haare-frisuren/hipster-bart-trends-maenner.html>

Abbildung 3 Gruppierung Aczmendiler tarikati, abgerufen unter:

<https://www.milliyet.com.tr/gundem/aczimendiler-vazgeci-1529020>

Abbildung 4 Wahlwerbung FPÖ (NÖ 2018), abgerufen unter:

https://www.kleinezeitung.at/politik/innenpolitik/5328865/Wahlkampf-in-Niederoesterreich_FPOe-verspottet-MiklLeitner-als

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGesVG	Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Dike Verlag)
AKP	Adalet ve Kalkınma Partisi (Politische Partei, Türkei)
ALJ	Austrian Law Journal (Karl-Franzens-Universität Graz)
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt (Manz Verlag)
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Bundeszentrale für politische Bildung)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Franz Steiner Verlag)
Art	Artikel
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei (Linde Verlag)
ÄsthOpG	Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen
AsylG	Asylgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)
BAGIV	Bundesarbeitsgemeinschaft der Immigrantenverbände in Deutschland
Bd	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
B-GlBG	Bundes-Gleichbehandlungsgesetz
VIII	

BlgNR	Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	Bundesministerium
BMI	Bundesministerium für Inneres
BR	Bundesrat
BRJ	Bonner Rechtsjournal (Universität Bonn)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (Deutschland)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Deutschland)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ders	derselbe
dies	dieselbe
djbZ	Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes (Nomos Verlag)
DRdA	Das Recht der Arbeit (ÖGB Verlag)
ebd	ebenda
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Manz Verlag)
EG	Europäische Gemeinschaft, -en
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Erl	Erläuterung, -en
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
et al	et alii/et aliae (und andere)
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift (N. P. Engel Verlag)
EuR	Zeitschrift Europarecht (Nomos Verlag)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f	und der, die folgende
ff	und der, die folgenden
Fn	Fußnote
FPG	Fremdenpolizeigesetz
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
FS	Festschrift
gem	gemäß
gg	gegen
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GK	Große Kammer
GlBG	Gleichbehandlungsgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Hg	Herausgeber
hL	herrschende Lehre
idF	in der Fassung
idS	in diesem Sinn
IJG	Integrationsjahrgesetz
insb	insbesondere
IntG	Integrationsgesetz
iS	im Sinn
iSd	im Sinn des, – der
IT	Informationstechnologie
iVm	in Verbindung mit
X	

JAS	Journal für Arbeitsrecht und Sozialrecht (Manz Verlag)
Jg	Jahrgang
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts (Mohr Siebeck Verlag)
JRP	Journal für Rechtspolitik (Verlag Österreich)
KO	Klubobmann
LGBI	Landesgesetzblatt
lit	litera (Buchstabe)
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
MRM	MenschenRechtsMagazin (Universität Potsdam)
NAG	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz
NEOS	Das Neue Österreich und Liberales Forum
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (C. H. Beck Verlag)
NLMR	Newsletter Menschenrechte (Österreichisches Institut für Menschenrechte)
NÖ	Niederösterreich
Nr	Nummer
NR	Nationalrat
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (C. H. Beck Verlag)
öarr	Österreichisches Archiv für Recht & Religion
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Manz Verlag)
ÖRAK	Österreichischer Rechtsanwaltskammertag
ORF	Österreichischer Rundfunk
ÖVP	Österreichische Volkspartei
PR	Public Relations
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (LexisNexis Verlag)

RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie der EU
Rn	Randnote, Randnummer
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
RZ	Österreichische Richterzeitung (Österreichische Richtervereinigung)
SA	Société Anonyme (Aktiengesellschaft)
SchUG	Schulunterrichtsgesetz
SPG	Sicherheitspolizeigesetz
SPÖ	Sozialdemokratische Partei Österreichs
StbG	Staatsbürgerschaftsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger
StPO	Strafprozessordnung
StProt	stenographische, -s Protokoll, -e
stRsp	ständige Rechtsprechung
StVO	Straßenverkehrsordnung
ua	unter anderem
UEA	Unselbständiger Entschließungsantrag
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VStG	Verwaltungsstrafgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
WDdtBT	Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages

WFA	Wirkungsorientierte Folgenabschätzung
Z	Ziffer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (C. H. Beck Verlag)
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (Manz Verlag)
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung (LexisNexis Verlag)
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht (Verlag Österreich)
ZP	Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten

Danksagung

Diese Arbeit ist das Ergebnis einer langjährigen, selbst gestellten Herausforderung. Das anfangs zugegebenermaßen unbedarfte Vorhaben einer Promotion erstreckt sich über einen derart langen Zeitraum, dass es nicht als ein Kapitel meines Lebens bezeichnet werden kann, sondern vielmehr verschiedene Kapitel meines beruflichen und persönlichen Werdegangs überspannt. Eine glückliche Fügung führte mich seiner Zeit für ein Master-Studium an die Universität Wien, wo ich nicht nur mit offenen Armen empfangen wurde, sondern mir auch weitere Entwicklungswege offenstanden. So verlängerte sich der ursprünglich angedachte einjährige Aufenthalt in Wien auf mehrere Jahre und mündete in einer tiefen Verwurzelung und andauernden Bindung zu Österreich, auch nach meiner Rückkehr nach Deutschland.

Nach erfolgreicher Zulassung zum Doktoratsstudium ließen sich die Studieneingangsphase und zusätzlich erforderliche Ergänzungsprüfungen gut bewerkstelligen. Einer längeren Ruhephase des Dissertationsvorhabens folgte schließlich die eigentlich große Hürde in Form der Themenfindung und nicht zuletzt einer Betreuungszusage.

Deshalb gilt mein Dank zunächst meiner Betreuerin Elisabeth Holzleithner. Ab dem Moment der ersten Kontaktaufnahme vermittelte sie ein starkes Interesse und gleichwohl Offenheit für Themenvorstellungen, gepaart mit einer unverwechselbar charmanten Strenge in Bezug auf den eigenen Anspruch und wissenschaftliche Standards. Vor allem aber hat mich Professorin Holzleithner in den vergangenen Jahren unermüdlich bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt. Mit ihrer Bereitschaft einer Betreuung und ihrer wertvollen Begleitung hat sie mir eine Chance gegeben, für die ich ihr immer sehr dankbar sein werde.

Silvia Ulrich, Universitätsprofessorin und Institutsvorständin an der Johannes Kepler Universität in Linz, und Anna Katharina Mangold, Universitätsprofessorin an der Europa-Universität Flensburg, danke ich vielmals für ihre Bereitschaft als Gutachterinnen zu fungieren.

Besonders danken möchte ich zudem Eva-Maria Reich. Sie hat mich und die Entstehung dieser Arbeit mit ungebrochenem Interesse begleitet und mich in zahllosen Diskussionen herausgefordert und zu neuen Sichtweisen inspiriert. Ihre unbedingte Unterstützung und ihr Zuspruch haben mich insbesondere in schwierigen Phasen bestärkt. Ihr ist diese Arbeit mit innigstem Dank gewidmet.

1 Einleitung

Den Ausgangspunkt für die vorliegende Arbeit bildete das neue österreichische Bundesgesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit (Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz – AGesVG), das im Rahmen des sogenannten ‚Integrationspaketes‘ am 16. Mai 2017 im Nationalrat beschlossen wurde¹ und am 1. Oktober 2017 in Kraft trat². Den Anlass für die Befassung mit diesem Thema gab die Diskrepanz zwischen dem vorgeblichen Ziel des AGesVG, ein neutrales und generelles Verbot der Verhüllung des Gesichts zu statuieren, und dem in der öffentlichen Debatte benannten Ziel, wonach es sich um ein ‚Burkaverbot‘ handelt, sich das Verbot also spezifisch gegen den Schleier muslimischer Frauen richtet. Damit war die anleitende Forschungsfrage schnell formuliert: ‚Warum sind Gesichtsschleier eigentlich verboten, Bärte aber erlaubt‘? Daraus resultierten sodann die zentralen Zielsetzungen dieser Arbeit, nämlich dieser Diskrepanz aus verschiedenen Blickwinkeln auf den Grund zu gehen, die dahinterliegenden (hegemonialen) Denkmuster und Machterhaltungsmechanismen zu ‚enthüllen‘ und die Bedingungen für Selbstbestimmtheit unter Heranziehung des von *Elisabeth Holzleithner* im Kontext der Legal Gender Studies geprägten Konzept der ‚Autonomie‘ zu analysieren.

Zwischenzeitlich wurden jedoch zwei weitere, dem AGesVG verwandte rechtliche Maßnahmen gesetzt, mit welchen es Kindern in Kindergärten und an Grundschulen untersagt wurde, weltanschaulich oder religiös geprägte Bekleidung zu tragen, mit der eine Verhüllung des Hauptes verbunden ist. Dies geschah mit Art 3 Abs 1 der im Dezember 2018 kundgemachten Vereinbarung gem Art 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über die Elementarpädagogik³ (für Kindergärten) und mit dem in das Schulunterrichtsgesetz (SchUG) neu eingefügten § 43a (für Grundschulen),⁴ der am 26.09.2019 in Kraft trat. Entlang dieser beiden neuen Verbote wiederholt sich die für das AGesVG aufgezeigte Diskrepanz. Während die gesetzlichen Regelungen neutral von Bekleidung, „mit der eine Verhüllung des Hauptes verbunden ist“, sprechen, war in der öffentlichen Debatte vermehrt von einem ‚Kopftuchverbot‘, das sich spezifisch gegen das ‚Kopftuch‘ muslimischer Mädchen richtet, die

¹ Bundesgesetz, mit dem ein Integrationsgesetz und ein Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz erlassen sowie das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 und die Straßenverkehrsordnung 1960 geändert werden; BGBl I 68/2017 vom 08.06.2017.

² Vgl § 5 AGesVG.

³ Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über die Elementarpädagogik für die Kindergartenjahre 2018/19 bis 2021/22; BGBl I 103/2018 vom 22.12.2018.

⁴ Bundesgesetz, mit dem das Schulunterrichtsgesetz geändert wird; BGBl I 54/2019 vom 25.06.2019.

Rede. Aus diesem Grund wurde die Arbeit erweitert, sodass auch diesen neuen Entwicklungen Rechnung getragen ist.

1.1 Problemaufriss

Begonnen sei plangemäß mit dem Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz 2017. Nach § 2 Abs 1 AGesVG ist, wer „an öffentlichen Orten oder in öffentlichen Gebäuden seine Gesichtszüge durch Kleidung oder andere Gegenstände in einer Weise verhüllt oder verbirgt, dass sie nicht mehr erkennbar sind“, mit einer Verwaltungsstrafe von bis zu 150 Euro zu bestrafen. § 1 AGesVG nennt zwei ‚Ziele‘, die mit diesem Verhüllungsverbot verwirklicht werden sollen: Erstens die Förderung von Integration durch die Stärkung der Teilhabe an der Gesellschaft und zweitens die Sicherung des friedlichen Zusammenlebens.

Der Gesetzestext formuliert das neue Verbot neutral und verbietet pauschal und somit für *alle* Personen unabhängig von Geschlecht, Religion, Nationalität, kultureller oder ethnischer Zugehörigkeit, etc die Verhüllung der Gesichtszüge durch Kleidung und Gegenstände in der Öffentlichkeit. In den Medien und in der öffentlichen Debatte war hingegen sehr klar von einem ‚Burkaverbot‘ die Rede. Bereits ein erster Blick in die stenographischen Protokolle⁵ enthüllt, dass mit dem Gesichtsverhüllungsverbot von der gesetzgebenden Instanz auch gar nichts anderes gewollt war, als den Gesichtsschleier der Muslimas zu verbieten. Besonders klar drückte sich der Abgeordnete *Rouven Ertlschweiger* (ÖVP) aus, der vom Gesichtsverhüllungsverbot als dem „sogenannte[n] Burkaverbot“⁶ spricht. Der ausschließliche Fokus auf den Gesichtsschleier bestätigt sich auch im Entschließungsantrag jener Abgeordneten (FPÖ), denen ein „Burkaverbot [...] zu wenig [ist]“⁷ und die daher ein generelles Verbot des Tragens von ‚Kopftüchern‘ (also auch solchen, welche die Gesichtszüge nicht verhüllen) innerhalb öffentlicher Institutionen (wie Kindergärten, Schulen, Universitäten, Spitälern, öffentlicher Dienst, etc) fordern.⁸ Wie sich im Laufe der Ausarbeitung der vorliegenden Arbeit erwies, wurde diese gewagte Forderung, die vorerst eigentlich deswegen zitiert wurde, um die Verfasstheit der österreichischen Politik aufzuzeigen, dann auch erhört – zumindest was Kinder an Grundschulen und in Kindergärten betrifft.

⁵ StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 191 ff.

⁶ StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 235.

⁷ StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 208 ff.

⁸ Aber auch der Abgeordnete *Gerhard Schmid* (ohne Klubzugehörigkeit) forderte, die Burka sowie das Kopftuch im öffentlichen Bereich „als diskriminierend zu untersagen“; StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 232.

Über die Begründung des Gesichtsverhüllungs- oder auch des Kopftuchverbotes bestand in der Debatte im Nationalrat Einigkeit: Burka und Kopftuch sind Symbole einer Gegengesellschaft (oder Parallelgesellschaft) und/oder eines politischen Islam⁹ und daher aus der Öffentlichkeit zu verbannen. Um die Befreiung der Muslima von der Unterdrückung (oder dem Schleier) geht es – wenn überhaupt – nur ein ganz klein wenig.¹⁰ Etwas deutlicher wird der Abgeordnete *August Wöginger* (ÖVP), der, wenn er hinausgeht, den Menschen (also den Frauen; denn auch für *Wöginger* ist ‚Verhüllungsverbot‘ lediglich ein Synonym für ‚Burkaverbot‘) „ins Gesicht schauen“¹¹ will. Er will Frauen also jederzeit betrachten können (auch wenn er nicht mit ihnen kommuniziert).

Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErlRV) argumentieren hingegen ausschließlich mit dem Kommunikationsaspekt: Die Ermöglichung zwischenmenschlicher Kommunikation sei eine wesentliche Funktionsbedingung für ein friedliches Zusammenleben – und für Kommunikation bilde das Erkennen des Anderen bzw dessen Gesichts eine notwendige Voraussetzung.¹² Wie auch *Sieglinde Rosenberger* festhält, klaffen Debattenbeiträge und Gesetzesinhalt weit auseinander.¹³ *Flora Alvarado-Dupuy* spricht an dieser Stelle sehr treffend von einer „legistische[n] Verschleierung“¹⁴ und *Rupert Wolff* bringt die aktuelle Gesetzgebungskultur in seiner Eröffnungsrede zum Anwaltstag 2017 lakonisch auf den Punkt: „Wir brauchen dringend ein Anti-Gesetzesverhüllungs-Gesetz – viel mehr als ein Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz!“¹⁵ Ob den betroffenen Frauen durch das Verschleierungsverbot denn nicht die Autonomie abgesprochen wird, selbstbestimmt über ihre Bekleidung zu entscheiden, wurde weder in der Nationalratsdebatte noch in den Materialien zum Gesetzesentwurf thematisiert.

Aber auch entlang des an sich neutral formulierten Gesetzestextes tun sich Unebenheiten auf: Die Verhüllung der Gesichtszüge durch „natürliche“ Bärte ist, da diese weder Gegenstand noch Kleidung sind, erlaubt. Zudem geben die (nicht abschließend ausgeführten) Ausnahmeregelungen des § 2 Abs 2 AGesVG zu denken, insbesondere jene, welche die Verhüllung oder Verbergung der Gesichtszüge im Rahmen kultureller oder traditioneller

⁹ StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 203, 207 f, 231, 234, 235.

¹⁰ Dies in Erwägung ziehend (aber den Erfolg zugleich jeweils verneinend oder zumindest eher verneinend) immerhin *Nikolaus Scherak* / NEOS (202 f), *Walter Rosenkranz* / FPÖ (208) und *Nurten Yilmaz* / SPÖ (229 f); StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017).

¹¹ StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 199.

¹² ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 11 (zu § 1 AGesVG).

¹³ *Rosenberger*, Gesichtsverhüllung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 241 (245).

¹⁴ *Alvarado-Dupuy*, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz, Juridikum 2/2017, 152 (152).

¹⁵ *Wolff*, Anwaltstag 2017, AnwBl 11/2017, 642 (643).

Veranstaltungen (auch die der ‚Anderen‘?) ausdrücklich gestattet. Hier bleibt für die Interpretation und die Gesetzesanwendung einiges an Spielraum,¹⁶ der womöglich wenig neutral und zugunsten eines „kulturellen Artenschutzes“¹⁷ genutzt werden könnte.

Während all diesen durch das AGesVG aufgeworfenen Problemstellungen auf den Grund gegangen wurde, kam es dazu, dass zwei weitere, verwandte rechtliche Maßnahmen beschlossen wurden. Dies war zuerst die im Dezember 2018 kundgemachte 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik, mit deren Art 3 Abs 1 sich die Länder verpflichteten, Kindern in Kindergärten das Tragen weltanschaulich oder religiös geprägter Bekleidung, die mit der Verhüllung des Hauptes verbunden ist, zu verbieten. Tatsächlich sind alle Länder dieser Vereinbarung nachgekommen und haben ein solches Verbot auf landesgesetzlicher Ebene eingeführt. Im Mai 2019 folgte ein nahezu wortgleiches Verbot für Kinder an Grundschulen (§ 43a SchUG), das Kinder bis zum Ende des Schuljahres, in welchem sie das zehnte Lebensjahr vollenden, erfasst. Der Beschluss im Nationalrat erfolgte am 15. Mai 2019¹⁸, der Beschluss im Bundesrat am 29. Mai 2019¹⁹ und somit in den letzten Atemzügen der Koalitionsregierung ÖVP/FPÖ unter *Sebastian Kurz* (ÖVP), die am 28. Mai 2019 vom Bundespräsidenten ihres Amtes enthoben wurde.²⁰

Entlang dieser beiden Verbote wiederholt sich die für das AGesVG aufgezeigte Diskrepanz. Während der Gesetzestext ein neutrales Verbot von weltanschaulicher und religiöser Bekleidung, „mit der eine Verhüllung des Hauptes verbunden ist“, ausspricht, erweist bereits ein erster Blick in die stenographischen Protokolle des Nationalrats²¹ und des Bundesrats²², dass mit dem Verbot der Verhüllung des Hauptes von der gesetzgebenden Instanz auch gar nichts anderes gewollt war, als muslimischen Mädchen in Kindergärten und an Grundschulen das Tragen eines Kopftuchs zu verbieten. Dies bestätigt sich auch im Bericht des Unterrichtsausschusses zum neuen § 43a SchUG, der klarstellt, dass unter „Bekleidung, mit der

¹⁶ So auch *Rosenberger*, *Gesichtsverhüllung*, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), *Auf dem Weg zur Gleichbehandlung* (2018) 241 (245), die die „weite[n] Spielräume bei der Implementierung“ kritisiert.

¹⁷ Dieser Begriff ist entlehnt von *Holzleithner*, *Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus*, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind* (2009) 341 (347).

¹⁸ Beschluss des Nationalrates vom 15.05.2019 betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Schulunterrichtsgesetz geändert wird, 612 BlgNR XXVI. GP.

¹⁹ Beschluss des Bundesrates vom 29.05.2019, 612 BlgNR XXVI. GP.

²⁰ Zu den Regierungsdaten siehe die Dokumentation auf den Websites des Parlaments der Republik Österreich unter: <https://www.parlament.gv.at/WWER/BREG/REG/>.

²¹ Zur 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik: StProt zur 49. Sitzung des NR XXVI. GP (21.11.2018) 73 ff (Tagesordnungspunkt 2); zur Novelle des SchUG: StProt zur 74. Sitzung des NR XXVI. GP (15.05.2019) 208 ff (Tagesordnungspunkt 5).

²² Zur 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik: StProt zur 886. Sitzung des BR (06.12.2018) 90 ff (Tagesordnungspunkt 8).

eine Verhüllung des Hauptes verbunden ist“, lediglich Bekleidung zu verstehen sei, die das gesamte Haupthaar oder große Teile dessen verhüllt, was bedeute, dass die jüdische Kippa und auch die Patka der Sikhs, die beide typischerweise nur von Knaben und Männern getragen werden, nicht unter diese Regelung fallen.²³

1.2 Konkretisierung der Fragestellungen

Bereits mit der nur vorläufigen Analyse der Gesetzgebungsmaterialien sind einige wichtige Fragen aufgeworfen. An erster Stelle zeigt sich, dass die neutral formulierten Verbote der „Verhüllung des Gesichts“ (in der Öffentlichkeit) und der „Verhüllung des Hauptes“ (für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen) nach dem Willen der gesetzgebenden Instanz spezifische Verhüllungsverbote für muslimische Frauen und Mädchen sind, womit auch von einer indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder einer mittelbaren intersektionalen Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Religion und ethnischer Herkunft durch das Gesetz zu sprechen sein könnte. Dies ist durch eine detaillierte Analyse der Gesetzgebungsmaterialien und des Gesetzestextes (hier insbesondere der Ausnahmeregelungen des § 2 Abs 2 AGesVG) genauer zu prüfen.

Im Hinblick auf das AGesVG zeigte sich des Weiteren, dass sich die Regierungsvorlage (RV) bei der Begründung des Gesetzesvorschlages auf ein Hauptargument stützt, namentlich die Ermöglichung zwischenmenschlicher Kommunikation als Funktionsbedingung für ein friedliches Zusammenleben. Dies wirft in mehrfacher Hinsicht Fragen auf. Umfasst die Kommunikationsfreiheit denn nicht auch das Recht, nicht (ständig) zu kommunizieren? Ist das entblößte Gesicht tatsächlich Voraussetzung für Kommunikation? Der Erfolgszug des Telefons beweist eigentlich das Gegenteil. Erhöht ein Gesichtsschleierverbot, wie § 1 Abs 1 AGesVG dies verspricht, die Integration und die (kommunikative) Teilhabe der betroffenen Frauen an der Gesellschaft oder verhindert es das nicht eher? Geht es denn wirklich um Kommunikation und nicht vielmehr darum, wie der Abgeordnete *Wöginger* dies zum Ausdruck brachte, der Frau „ins Gesicht schauen“²⁴ zu wollen? Und muss Frau sich wirklich von ‚jedermann‘ beschauen lassen? Die aktuelle (westliche!) Sexismus-Debatte im Zeichen von #MeToo legt eine solche Pflicht zumindest nicht nahe.

²³ Bericht des Unterrichtsausschusses AB 612 BlgNR XXVI. GP, 3.

²⁴ StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 199.

Maßgeblich für die (neutrale) Formulierung und die Begründung des Gesetzes scheint vielmehr gewesen zu sein, das österreichische Verschleierungsverbot vor dem Hintergrund des Spruches des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der im Juli 2014 in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich²⁵ zum (ebenfalls neutral formulierten) französischen Verschleierungsverbot erging, „legistisch wasserdicht“²⁶ zu machen. In diesem Urteil gab das Argument der Kommunikationsoffenheit, das der EGMR als legitimes Ziel zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer im Sinne der Wahrung der Mindestanforderung des gesellschaftlichen Zusammenlebens wertete, den Ausschlag, wohingegen er die zur Rechtfertigung des staatlichen Eingriffs ebenfalls vorgebrachten Argumente der Gleichberechtigung und der Menschenwürde verwarf.²⁷ Die Argumentation des EGMR verdient grundsätzlich nähere Betrachtung, denn dieses Urteil kann gleichsam als die grundrechtliche Freigabe des (neutral formulierten) Verschleierungsverbotes betrachtet werden. Jedenfalls aber scheint es, als hätte die österreichische Legislative das Urteil des EGMR „schematisch angewendet“²⁸, damit es einer etwaigen Prüfung durch den EGMR standhält.

Der EGMR tat jedenfalls gut daran, in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich die Argumente der Menschenwürde und der Gleichbehandlung zur Rechtfertigung eines Verschleierungsverbotes zu verwerfen. Denn andernfalls würde er „Individuen auf dieser Grundlage vor der Ausübung ihrer eigenen fundamentalen Rechte und Freiheiten [schützen]“²⁹ – also jene Frauen, die den Schleier aus eigener Entscheidung tragen – als unmündige Bürgerinnen behandeln, die vor sich selbst geschützt werden müssen, was *Sacksofsky* mit einem: „Paternalistischer geht es kaum“³⁰ kommentiert. Es ist augenfällig, dass auch im politischen Diskurs um das AGesVG das prominente Argument der Unterdrückung der Frau im (engeren) juristischen Diskurs (wie auch in der RV; nicht so jedoch in der parlamentarischen Debatte) fehlt. Dies hat vermutlich aber auch einen weiteren, sich aus der juristischen Denkweise ergebenden spezifischen rechtspolitischen Sinn, nämlich die Begründbarkeit und Funktion der Strafe. Denn zu bestrafen wäre ja eigentlich der Täter, der Unterdrücker, nicht das Opfer.

²⁵ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich).

²⁶ Vgl StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 215.

²⁷ Vgl EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 119 ff; hierzu auch *Holzleithner*, Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance (2015) 57 ff.

²⁸ Dieser Ausdruck ist von *Holzleithner*, Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance (2015) 60 entlehnt.

²⁹ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 119.

³⁰ So *Sacksofsky*, "Freiwillige Unterwerfung"?, *Juridikum* 4/2016, 461 (467) zum Argument des Schutzes der Gleichberechtigung als Rechtfertigung für ein Verbot von Kopftuch oder Burka.

Für die Verbote der „Verhüllung des Hauptes“ von Kindern in Kindergärten und an Grundschulen stellt sich dies etwas anders dar. Zum einen verbieten diese Regelungen nicht das Tragen von Kopfbedeckungen schlechthin, sondern nur solche, die „weltanschaulich und religiös geprägt“ sind. In der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich maß der EGMR dem Umstand, dass das französische Verbot der Gesichtverschleierung gerade eben *nicht* ausdrücklich auf religiöser Konnotation beruht, aber durchaus Bedeutung für die Zulässigkeit des Verbotes zu.³¹ Zum anderen kann das Argument der Kommunikationsoffenheit nicht den Ausschlag geben, da es vorliegend um die Verhüllung des Hauptes (nicht des Gesichts) geht. Andererseits ist das Verbot der „Verhüllung des Hauptes“ auf bestimmte Einrichtungen bzw Räume und Örtlichkeiten beschränkt, womit sich stärker die Frage stellt, wie das Verbot ganz bestimmter religiöser Symbole, wobei andere religiöse Symbole erlaubt bleiben, mit der Religionsfreiheit zu vereinbaren ist. Soweit die Erziehungsberechtigten als ‚Unterdrücker‘ gesehen werden wollen, stellt sich betreffend die Begründbarkeit der Strafe allerdings kein Problem, denn bei einem Verstoß gegen diese Verbote sind die Erziehungsberechtigten zu sanktionieren.³²

Zudem fällt auf, dass zentrale Argumente, die in der seit Jahren geführten sogenannten Kopftuchdebatte vorgebracht wurden, in der österreichischen Diskussion ausgelassen wurden, etwa im Hinblick auf Symbolik und Symbolpolitik. So erachtet *Kühn*, der sich zugleich ausführlich mit Symbolisierungen des ‚Kopftuchs‘ beschäftigt, die ‚Kopftuchdebatte‘ als Stellvertreterdebatte, bei der es insbesondere um politische, religiöse und juristische Positionskämpfe gehe.³³ Dies ist nach dem bisher Gesagten auch für die österreichischen Verhüllungsverbote zu unterstellen, zumal in den parlamentarischen Debatten um die Verhüllungsverbote einige der Abgeordneten diese gesetzgeberischen Maßnahmen ausdrücklich als Symbolpolitik benannten.³⁴

Zum Nachdenken regt aber auch die Studie von *Kreutzer* an, die sich damit beschäftigt, wie die stereotype Stigmatisierung des Kopftuchs zu einer rassistischen Produktion von Andersheit führt. Es ist hinzuzufügen, dass *Kreutzer* im Sexismus eine spezifische Form des Rassismus sieht.³⁵ Im Verschleierungsverbot finden sich beide dieser Formen der negativen

³¹ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 151 (vgl aber auch Rn 135).

³² Vgl Art 3 Abs 1 letzter Satz der 15a-Vereinbarung über Elementarpädagogik und Art 43a Abs 3 SchUG.

³³ *Kühn*, Das Kopftuch im Diskurs der Kulturen (2008) 22, vgl auch 29 ff.

³⁴ Zum AGesVG vgl StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) insb 202 f (*Nikolaus Scherak / NEOS*), 229 (*Nurten Yilmaz / SPÖ*); zur 15a-Vereinbarung über Elementarpädagogik vgl StProt zur 49. Sitzung des NR XXVI. GP (21.11.2018) 91 f (*Wendelin Mölzer / FPÖ*).

³⁵ *Kreutzer*, Stigma »Kopftuch« (2015) 209 ff, 211.

Vergesellschaftung kombiniert. Nach *Kreutzer* geht es „weder um die ‚Selbstbestimmung‘ der (verschleierte[n] [oder ihr Haupt verhüllenden]) Frauen noch deren Schutz; es geht um das genaue Gegenteil, um die (hegemoniale) Verfügbarmachung der Fremden für die eigenen Bedürfnisse und Interessen“³⁶; die Entschleierung werde damit „zu einem Akt der Unterordnung unter den Habitus der Mehrheitsgesellschaft“³⁷. *Holzleithner* entlarvt die generelle Logik: „Frauen sollen sich im Rahmen der kulturell üblichen Konventionen (attraktiver [...]) Weiblichkeit bewegen“³⁸.

An dieser Stelle zeigt sich zugleich eine weitere bedeutsame Auslassung in der politischen Debatte um das Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit. Denn weder in der RV noch in der Nationalratsdebatte wird die Position der verschleierten Frau bedacht, deren Autonomie durch das Gesichtsverhüllungsverbot womöglich noch stärker eingeschränkt wird, indem sie von der Teilhabe an der Gesellschaft nun gänzlich ausgeschlossen ist. Dies ganz unabhängig davon, ob sie gezwungen ist oder sich dazu gezwungen fühlt, den Schleier zu tragen oder ob sie ihn freiwillig trägt. Daher scheint es unerlässlich, das Konzept der Autonomie – wie es von *Elisabeth Holzleithner* für die Legal Gender Studies fruchtbar gemacht wurde³⁹ – als analytische Kategorie zu profilieren. Nach *Holzleithner* wird Autonomie von drei Bedingungen konstituiert: Erstens einem adäquaten Bereich von Lebensmöglichkeiten; zweitens entsprechenden emotionalen und intellektuellen Fähigkeiten, um eine Wahl zu treffen; und drittens der (relativen) Abwesenheit von Zwang und Manipulation.⁴⁰ Die fehlende Wahlfreiheit und der Zwang gewinnen vor dem Hintergrund des AGesVG und verwandter Verbote besondere Bedeutung, womit das Konzept der Autonomie höchst tauglich scheint, um die politischen Entwicklungen nachzuzeichnen und auf die von den Gesetzgebenden vernachlässigte Position der betroffenen Muslima hinzuweisen.

Darüber hinaus stellte sich bei mir der Eindruck ein, dass es sich mit den Verhüllungsverboten um symbolische Politik handelt, die auf den Köpfen der Frauen ausgetragen wird und aus der die von *Schmitt* als zentrale Kategorie des Politischen gesetzte Freund-Feind-Unterscheidung

³⁶ *Kreutzer*, Stigma »Kopftuch« (2015) 17.

³⁷ *Kreutzer*, Stigma »Kopftuch« (2015) 17.

³⁸ *Holzleithner*, Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance (2015) 53.

³⁹ Vgl insb *Holzleithner*, Autonomie im Recht, in: *Baer/Sacksofsky* (Hg), Autonomie im Recht (2018) 251; *dies*, Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), Der Stoff, aus dem Konflikte sind (2009) 341; *dies*, Herausforderungen des Rechts in multikulturellen Gesellschaften, in: *Sauer/Strasser* (Hg), Zwangsfreiheiten (2008) 28.

⁴⁰ Vgl *Holzleithner*, Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), Der Stoff, aus dem Konflikte sind (2009) 341 (348) und *dies*, Herausforderungen des Rechts in multikulturellen Gesellschaften, in: *Sauer/Strasser* (Hg), Zwangsfreiheiten (2008) 28 (30).

durchleuchtet. In diesem Sinne wären die Verhüllungsverbote (wie die ‚Kopftuchdebatte‘ insgesamt) als Unterstützung einer Freund-Feind-Unterscheidung zu lesen, die zur Stabilisierung der (eigenen) politischen Einheit den „muslimisch Anderen“⁴¹ (Rassismus) als Feind setzt. Subtiler Weise werden aber gleichzeitig, indem gerade der Schleier oder das Kopftuch der Frau (und nicht irgendein anderes Symbol) politisiert wird (Sexismus)⁴² und indem der weiße Mann zum Helden stilisiert wird, der Frauen und Mädchen vor der wilden Männlichkeit der muslimisch Anderen schützt (Sicherheitsdiskurs), traditionelle Männlichkeitsformen bekräftigt und stabilisiert.⁴³ Auch dieser Punkt bedarf meiner Ansicht näherer Betrachtung.

1.3 Herangehensweise und Aufbau der Arbeit

An erster Stelle (Hauptkapitel 2) wird das Gesichtsverhüllungsverbot des AGesVG in Angriff genommen. Hierzu erfolgt im ersten Schritt (Kapitel 2.1) eine Analyse der Gesetzgebungsmaterialien. Im Zentrum steht hierbei die Frage, was sich hinter dem neutral formulierten Gesetz verbirgt, wobei nicht nur das Gesagte, sondern auch die Auslassungen aufs Tapet zu bringen sind. Wenngleich – was bezeichnend ist – das AGesVG keinen selbständigen Diskussionspunkt im Nationalrat bildete, sondern nur beiläufig im Rahmen des sogenannten „Integrationspaketes“⁴⁴ mitverhandelt wurde, womit dem AGesVG in der Debatte ungebührlich geringe Aufmerksamkeit zuteilwurde, so geben die Materialien doch guten Einblick in die Gesetzgebungskultur und die Absichten der gesetzgebenden Instanz.

Sodann (Kapitel 2.2) wird eine Analyse des Gesetzestextes des AGesVG und der Anwendungspraxis vorgenommen. Besonderes Augenmerk liegt hierbei auf den Ausnahmebestimmungen des § 2 Abs 2 AGesVG, die einen großen Interpretationsspielraum bieten. Zudem werden unter Heranziehung von ‚Anwendungsszenarien‘, die in Pressemeldungen aufgefunden wurden, der faktische Anwendungsbereich und die Stoßrichtung des Gesetzes festgemacht und hinterfragt.

Daran schließt die Diskussion um die Frage nach der Grundrechtskonformität des AGesVG an (Kapitel 2.3). Einen zentralen Punkt bildet hierbei das oben bereits angesprochene S.A.S.-Urteil

⁴¹ Entlehnt von *Kreutzer*, Stigma »Kopftuch« (2015) 9.

⁴² Vgl insb *Kreutzer*, Stigma »Kopftuch« (2015) 9 ff.

⁴³ Angelehnt an *Kreisky/Löffler*, Maskulinität und Staat, in: *Ludwig/Sauer/Wöhl*, Staat und Geschlecht (2009) 75 (86).

⁴⁴ Das Integrationspaket enthielt neben dem AGesVG zwei weitere neue Gesetze: Das Integrationsjahrgesetz (IJG) und das Integrationsgesetz (IntG); zugleich wurden das NAG, das AsylG, das FPG, das StbG und die StVO geändert; vgl BGBl I 68/2017 vom 08.06.2017.

des EGMR aus dem Jahr 2014,⁴⁵ ganz grundsätzlich gilt es jedoch zu prüfen, ob sich das AGesVG entlang der EMRK und auch entlang der österreichischen Rechtsordnung und der nationalen höchstgerichtlichen Rechtsprechung tatsächlich – wie in der Nationalratsdebatte behauptet – als „legistisch wasserdicht“⁴⁶ erweist.

Das Hauptkapitel 3 widmet sich der Analyse der beiden neuen Verbote der „Verhüllung des Hauptes“ für Kinder an Grundschulen und in Kindergärten. Hierbei wird analog zur Analyse des AGesVG vorgegangen und werden an erster Stelle die Gesetzgebungsmaterialien durchforstet und wird sodann eine Rechtsprechungsanalyse zur Klärung der Frage nach der Grundrechtskonformität dieser Verbote durchgeführt. Das Kapitel zur Anwendungspraxis bleibt allerdings aus, da hierzu keine Informationen ausgemacht werden konnten. Da die beiden neuen Verbote erst im Laufe der Ausarbeitung der vorliegenden Arbeit hinzukamen, was eine Erweiterung bedingte, wurde, um den Rahmen nicht zu sprengen, auf eine detaillierte Analyse der Landesgesetzgebung betreffend Verhüllungsverbote verzichtet und der Fokus, wie im Hinblick auf das AGesVG auch, auf die Diskrepanz zwischen dem Gesetzten und dem Gewollten gelegt. Dies scheint den gewonnenen Ergebnissen aber kaum Abbruch zu tun.

Aufgrund der politischen Diskussionen um weitere ‚Kopftuchverbote‘ und der geringen Anzahl an unmittelbar relevanten Urteilen des EGMR wurde die Rechtsprechungsanalyse auf die gesamte Rechtsprechung des EGMR, die zur Frage der Grundrechtskonformität von Verboten des Tragens religiöser Symbole und insbesondere von Kopfbedeckungen in spezifischen Räumen aufgefunden werden konnte, erstreckt. Die aufgefundene Rechtsprechung wurde in die zwei Hauptkategorien ‚Gerichtssaal‘ und ‚staatliche Bildungseinrichtungen‘ unterteilt. Im abschließenden Resümee werden die aus der Rechtsprechungsanalyse gewonnenen Ergebnisse auf die Situation in Österreich übertragen.

Um ein vollständiges Bild zur Situation des ‚Kopftuchs‘ in Österreich zu geben, wird im Hauptkapitel 4 die Frage nach der Zulässigkeit von Verboten, am Arbeitsplatz religiöse Kopfbedeckungen oder andere religiöse oder weltanschauliche Symbole zu tragen, gestellt und eine Analyse der relevanten Judikatur des EGMR, des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des österreichischen Obersten Gerichtshofs (OGH) sowie, wo zweckdienlich, auch der deutschen Höchstgerichte, vorgenommen. Diese Analyse wurde in zwei Bereiche unterteilt,

⁴⁵ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich).

⁴⁶ Vgl StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 215.

namentlich ‚Staatsdienst‘ (außer Lehrende, die im Hauptkapitel 3 abgehandelt werden) und ‚privatrechtliches Arbeitsverhältnis‘.

Mit Hauptkapitel 5, das unter dem Titel ‚Warum Schleier verboten und Bärte erlaubt sind: Eine Reflexion‘ steht, wird zu der Frage zurückgekehrt, wie es denn dazu gekommen ist, dass die Grundrechte dahingehend interpretiert werden, dass es Männern zusteht, ihr Gesicht durch (‚natürliche‘) Bärte zu verhüllen, nicht jedoch Frauen, ihr Gesicht (widernatürlich?) mit einem Schleier zu verhüllen. Aufgrund der im Laufe der Arbeit hinzugetretenen Verbote „der Verhüllung des Hauptes“, muss diese Frage allerdings etwas ausgedehnt und gefragt werden, warum es Männern zusteht, ihr Gesicht (durch Bärte) und ihr Haupt (womit auch immer) zu verhüllen, nicht jedoch Frauen, ihr Gesicht mit einem Schleier und ihr Haupt durch ein Tuch zu verhüllen.

In diesem Kapitel wird der Versuch unternommen, die zahlreichen und teils verflochtenen Gedankengänge, die sich mir im Laufe der Ausarbeitung des Vorliegenden verschiedentlich aufdrängten, möglichst nachvollziehbar zu sortieren und zusammenzufügen. Der Ausgangspunkt wurde bei dem von *Elisabeth Holzleithner* vorgeschlagenen Konzept der Autonomie genommen, da der Wahlfreiheit und der Abwesenheit von Zwang im Kontext der Verhüllungsverbote besondere Bedeutung zukommen. In den parlamentarischen Debatten (und auch in den sonstigen Materialien) spielte die Autonomie der Frau oder die Frage, ob Frauen durch die verhängten Verhüllungsverbote denn nicht die Autonomie abgesprochen wird, selbstbestimmt über ihre Bekleidung zu entscheiden, allerdings keine Rolle. Dort ging es darum, auf den Köpfen der Frauen (und nun auch der Mädchen) ein Symbol gegen den politischen Islam zu setzen. Daher war auch der Frage nachzugehen, ob diese Verbote nicht als Unterstützung einer Freund-Feind-Differenzierung im Sinne von *Carl Schmitt* gelesen werden können.

Ein abschließendes Fazit (Hauptkapitel 6) rundet die Arbeit ab. Auf einen ‚Ausblick‘ wurde bewusst verzichtet, um nicht erneut von der Realität eingeholt zu werden.

1.4 Methoden

An erster Stelle werden rechtswissenschaftliche Methoden, insbesondere die historische Auslegung (Analyse der Gesetzgebungsmaterialien) sowie die teleologische und die grammatische Auslegung bemüht. Des Weiteren erfolgt im Zuge der Prüfung der Grundrechtskonformität des AGesVG sowie verwandter Verbote und Vorhaben eine Analyse der nationalen höchstgerichtlichen Rechtsprechung, der Rechtsprechung des EGMR sowie

ausgewählter Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zu Verboten des Tragens von religiösen Kleidungsstücken und religiösen Symbolen. Hinzu tritt eine Literaturanalyse; zudem sollen unter Rückgriff auf feministische Theorien und insbesondere die Methode der Dekonstruktion hegemoniale Macht- und Herrschaftsstrukturen aufgedeckt werden. Hierbei wird die eingangs gestellte Forschungsfrage, die klären will, warum Schleier verboten und Bärte erlaubt sind, aus rechtsphilosophischer, rechtstheoretischer, gesellschaftspolitischer und rechtsdogmatischer Perspektive beleuchtet.

2 Das Gesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit (AGesVG)

Dieses Hauptkapitel widmet sich der Analyse des Bundesgesetzes über das Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit (Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz, AGesVG).⁴⁷ Der Ausgang wird bei der Analyse des Ministerialentwurfs (ME) und der Regierungsvorlage (RV) zum AGesVG genommen, wobei insbesondere Ziel, Zweck und Begründung des Gesetzes untersucht werden. Die Ergebnisse dieser Analysen werden sodann mit den in der Nationalratsdebatte vorgebrachten Argumenten und Aussagen abgeglichen. Im nächsten Schritt werden die Auslegung des Gesetzestextes des AGesVG und die Anwendungspraxis ins Visier genommen. Hiernach wird unter Heranziehung der einschlägigen Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (VfGH) und des EGMR die Grundrechtskonformität des österreichischen Gesichtsverhüllungsverbotes geprüft.

2.1 Analyse der Gesetzgebungsmaterialien und der Nationalratsdebatte

Wie einleitend bereits angesprochen wurde, steht dem neutral formulierten Gesichtsverhüllungsverbot des § 2 Abs 2 AGesVG eine wenig neutral und sehr emotional geführte Debatte im Nationalrat um das „sogenannte Burkaverbot“⁴⁸ gegenüber. In diesem Kapitel wird nun unter Heranziehung der Gesetzgebungsmaterialien und des stenographischen Protokolls der Nationalratsdebatte zum Integrationspaket der Frage nach den Motivationen, Intentionen und Zielvorstellungen der gesetzgebenden Instanz im Detail auf den Grund gegangen, um das mit dem AGesVG rechtspolitisch ‚Gewollte‘ zu enthüllen.

⁴⁷ BGBl I 68/2017 vom 08.06.2017.

⁴⁸ So der Abgeordnete Rouven Ertlschweiger / ÖVP, StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 235.

Zur Erleichterung der folgenden Diskussion werden der Wortlaut des § 1 AGesVG betreffend die Zielsetzung des Gesetzes vollumfänglich und jener des § 2 AGesVG, der das Verhüllungsverbot formuliert, auszugsweise wiedergegeben:

Ziel

§ 1. Ziele dieses Bundesgesetzes sind die Förderung von Integration durch die Stärkung der Teilhabe an der Gesellschaft und die Sicherung des friedlichen Zusammenlebens in Österreich. Integration ist ein gesamtgesellschaftlicher Prozess, dessen Gelingen von der Mitwirkung aller in Österreich lebenden Menschen abhängt und auf persönlicher Interaktion beruht.

Verhüllungsverbot

§ 2. (1) Wer an öffentlichen Orten oder in öffentlichen Gebäuden seine Gesichtszüge durch Kleidung oder andere Gegenstände in einer Weise verhüllt oder verbirgt, dass sie nicht mehr erkennbar sind, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 150 Euro zu bestrafen. [...]

(2) Ein Verstoß gegen das Verhüllungsverbot [...] liegt nicht vor, wenn die Verhüllung oder Verbergung der Gesichtszüge [...] im Rahmen künstlerischer, kultureller oder traditioneller Veranstaltungen oder im Rahmen der Sportausübung erfolgt oder gesundheitliche oder berufliche Gründe hat.

2.1.1 Ministerialentwurf und Regierungsvorlage: Gesichtsverhüllungsverbot

In diesem Kapitel werden – unter bewusster Ausblendung der Nationalratsdebatte – die Gesetzgebungsmaterialien zum AGesVG analysiert. An erster Stelle werden Ziel und Zweck des AGesVG ergründet, sodann wird die Kompetenzgrundlage des AGesVG diskutiert.

2.1.1.1 Ziele und Zweck des AGesVG

Der Vergleich der Materialien zum ME⁴⁹ und zur RV⁵⁰ erweist, dass Ziele und Zweck des AGesVG im Zuge des Gesetzgebungsprozesses etwas nachgebessert wurden. Während § 1 AGesVG des ME die Förderung von Integration durch die Stärkung der Teilhabe am gesellschaftlichen Zusammenleben als Ziel definiert, wurde dem § 1 AGesVG für die RV ein weiteres Ziel hinzugefügt, nämlich „die Sicherung des friedlichen Zusammenlebens in Österreich“. Dies mag daran liegen, dass die verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage, die laut der gesetzgebenden Instanz in Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG (konkret in der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit) zu suchen ist,⁵¹ stärker betont werden sollte. Im ME findet sich der Hinweis auf das friedliche Zusammenleben lediglich in den Erläuterungen, allerdings etwas anders formuliert, nämlich als „friedliches Zusammenleben in

⁴⁹ ME 290/ME XXV. GP, einbringendes Ressort: Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres, eingelangt im NR am 06.02.2017.

⁵⁰ RV 1586 BlgNR XXV. GP, eingelangt im NR am 28.03.2017.

⁵¹ Vgl ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 11 (zu § 1 AGesVG). Vgl hierzu sogleich das Folgekapitel.

einem demokratischen Rechtsstaat“⁵². Demgegenüber scheint sich der Gesetzestext des „demokratischen Rechtsstaats“ nicht ganz so sicher und bevorzugt den (identitätsstiftenden?) Begriff „Österreich“.

Zudem fällt auf, dass weder das Vorblatt noch die Wirkungsorientierte Folgenabschätzung (WFA) des ME zum Integrationspaket auf das AGesVG – außer im Titel – ausdrücklichen Bezug nehmen und das Gesichtsverhüllungsverbot somit ohne weitere Erörterung unter das Ziel der raschen und erfolgreichen Integration rechtmäßig in Österreich aufhältiger Personen ohne österreichische Staatsbürgerschaft in die österreichische Gesellschaft subsumieren.⁵³

In der WFA zur RV ist dieser Mangel behoben. Hier ist unter dem Titel „Problemdefinition“ zu lesen, dass Integration als wechselseitiger Prozess auch gegenseitige Wertschätzung und Respekt erfordere und zudem wesentlich auf persönlicher Interaktion beruhe; sowie dass die Ermöglichung zwischenmenschlicher Interaktion eine wesentliche Funktionsbedingung für ein friedliches Zusammenleben und für die Teilhabe an der Gesellschaft sei, wobei das Erkennen des Anderen bzw dessen Gesichts eine notwendige Voraussetzung bilde.⁵⁴ Um dies sicherzustellen, werde ein Gesichtsverhüllungsverbot an öffentlichen Orten und in öffentlichen Gebäuden eingeführt.⁵⁵ Hier leuchtet ganz offensichtlich – worauf in Kapitel 2.3.3.2.2 noch zurückgekommen wird – die Argumentation des EGMR in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich (Vollverschleierung schadet dem Zusammenleben in einer Gesellschaft, weil das Gesicht bei der Interaktion eine wichtige Rolle spielt)⁵⁶ durch, womit das AGesVG verfassungsrechtlich abgesichert werden sollte.⁵⁷

Auch in der Ziel-Erfolg-Analyse der WFA zur RV wird kurz auf das AGesVG Bezug genommen. Hier ist in tabellarischer Form zu lesen:⁵⁸

⁵² Erl zum ME 290/ME XXV. GP, 10 (zu § 1 AGesVG). So übrigens auch die ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 11 (zu § 1 AGesVG).

⁵³ Vorblatt und WFA zu 290/ME XXV. GP, 1; gleichlautend im Übrigen die generelle Zielsetzung in Vorblatt und WFA zu 1586 BlgNR XXV. GP, 1.

⁵⁴ Vorblatt und WFA zu 1586 BlgNR XXV. GP, 3 (Problemdefinition).

⁵⁵ Ebd.

⁵⁶ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich).

⁵⁷ Vgl StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 215.

⁵⁸ Vorblatt und WFA zu 1586 BlgNR XXV. GP, 4 (Ziel 1).

Wie sieht Erfolg aus:

Ausgangszustand Zeitpunkt der WFA	Zielzustand Evaluierungszeitpunkt
Es besteht keine generelle Regelung, welche die zwischenmenschliche Interaktion fördert, indem sie die Verhüllung des Gesichts an öffentlichen Orten und in öffentlichen Gebäuden untersagt.	Das Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz stellt sicher, dass zwischenmenschliche Interaktion an öffentlichen Orten und in öffentlichen Gebäuden für alle Personen ermöglicht und dadurch die Teilhabe an der Gesellschaft gestärkt wird.

Nach dem Muster ‚Es besteht keine generelle Regelung für X‘ und ‚Die vorgeschlagene Regelung stellt sicher, dass für X eine Regelung besteht‘ lässt sich wohl so ziemlich jeder Rechtsakt als Erfolg beurteilen.

Zu den Auswirkungen auf die Gleichstellung von Frauen und Männern hält das Vorblatt zur RV fest, dass durch die im Gesetzesentwurf vorgeschriebenen Integrationsmaßnahmen eine für Frauen positive Veränderung im Rollenverständnis von Flüchtlingen in Österreich und damit verbunden positive Auswirkungen auf das alltägliche Leben weiblicher Flüchtlinge erwartet werden.⁵⁹ Diese Feststellung bezieht sich allerdings auf das Integrationspaket insgesamt und hat vermutlich stärker die verpflichtenden Deutsch-, Werte- und Orientierungskurse (§§ 4 bis 6 IntG) als das Gesichtsverhüllungsverbot im Sinn.⁶⁰

Den Erläuterungen zur RV zum AGesVG ist nicht viel mehr zu entnehmen; das AGesVG zielt auf die Förderung der Integration durch die Stärkung der Teilhabe am gesellschaftlichen Zusammenleben ab und diene gleichzeitig der Sicherung des friedlichen Zusammenlebens von Menschen unterschiedlicher Herkunft und Religion in einer pluralistischen Gesellschaft.⁶¹ Zur Begründung des gewählten Mittels wird gleichlautend zur WFA zur RV angeführt, dass die Ermöglichung zwischenmenschlicher Kommunikation eine wesentliche Funktionsbedingung für ein friedliches Zusammenleben darstelle, wofür das Erkennen des Anderen bzw dessen Gesichts eine notwendige Voraussetzung bilde.⁶² Auf das Geschlechterrollenverständnis nehmen die Erläuterungen zum AGesVG nicht Bezug.

Den Materialien folgend ist das Gesichtsverhüllungsverbot somit als Integrationsmaßnahme (mit positiver Wirkung auf weibliche Flüchtlinge) gedacht. Dass ein solches Verbot aus Gründen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit erforderlich

⁵⁹ Vorblatt und WFA zu 1586 BlgNR XXV. GP, 2.

⁶⁰ Vgl auch Vorblatt und WFA zu 1586 BlgNR XXV. GP, 9.

⁶¹ Erl zum ME 290/ME XXV. GP, 9 (zu § 1 AGesVG); ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 11 (zu § 1 AGesVG).

⁶² Erl zum ME 290/ME XXV. GP, 9 f (zu § 1 AGesVG); ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 11 (zu § 1 AGesVG).

wäre, ergibt sich aus den Materialien hingegen nicht. Tatsächlich scheint der sicherheitspolitische Aspekt bereits durch das Verhüllungungsverbot bei Veranstaltungen des § 9 Versammlungsgesetz ausreichend abgedeckt. Im Zentrum der Problemdefinition der WFA zum AGesVG steht vielmehr die Integration von Personen ohne österreichische Staatsbürgerschaft in die österreichische Gesellschaft durch die Ermöglichung der unverhüllten zwischenmenschlichen Interaktion und Kommunikation.

Aus dem Umstand, dass das Gesichtsverhüllungsverbot in einen integrationspolitischen Kontext gestellt wurde, ist zwar zu erkennen, dass die Gesichtsverhüllung der ‚Anderen‘ stört und als sichtbares Symbol für mangelnden Integrationswillen gewertet wird respektive eine Frau mit Burka von der österreichischen Gesellschaft ausgeschlossen bleibt. Dennoch formuliert das AGesVG neutral und ordnet mit § 2 Abs 1 ein generelles, also von Geschlecht, Religion, Nationalität, ethnischer oder kultureller Zugehörigkeit unabhängiges, Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit an. Dies ist nur konsequent, denn wenn für erfolgreiche Kommunikation das „Erkennen des Anderen bzw dessen Gesicht“ Voraussetzung ist, so muss ein Gesichtsverhüllungsverbot für alle sich in Österreich an öffentlichen Orten und in öffentlichen Gebäuden zeigenden Personen gleichermaßen gelten. Bedenken weckt in diesem Zusammenhang zwar, dass Verhüllungen im Rahmen von „kulturellen oder traditionellen Veranstaltungen“ laut § 2 Abs 2 AGesVG nicht vom Verhüllungsverbot umfasst sind, da diese Ausnahme zugunsten der „Leitkultur“ angewendet werden könnte. Aber auch diese Regelung ist grundsätzlich neutral formuliert.

Allerdings zeigt sich bei genauerer Betrachtung eine grobe Inkonsequenz im Kommunikationstheoriegebäude der gesetzgebenden Instanz: Ein Mann, der seine Gesichtszüge mit einem natürlichen Vollbart verhüllt, ist vom Verhüllungsverbot des § 2 Abs 1 AGesVG, das lediglich die Verhüllung „durch Kleidung oder andere Gegenstände“ verbietet, nicht erfasst. Je nach Bartracht kann sein Gesicht nun aber genauso wenig erkennbar sein wie ein durch Kleidung oder andere Gegenstände verhülltes Gesicht.

Eine weitere grobe Inkonsequenz zeigt sich in Zusammenschau mit dem Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 „Für Österreich“.⁶³ Hier ist nämlich nicht von einem Gesichtsverhüllungsverbot, sondern von einem „Vollverschleierungsverbot“ die Rede. Tatsächlich ist dort unter dem Punkt „Integration“ unter dem fettgedruckten Titel „Vollverschleierungsverbot“ wie folgt zu lesen: „Wir bekennen uns zu einer offenen

⁶³ Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 „Für Österreich“, Jänner 2017.

Gesellschaft, die auch eine offene Kommunikation voraussetzt. Vollverschleierung im öffentlichen Raum steht dem entgegen und wird daher untersagt“⁶⁴. Die Bezeichnung als „Vollverschleierungsverbot“ enthüllt, dass das Verbot spezifisch gegen den Schleier muslimischer Frauen gerichtet ist. Zugleich wird durch diese Bezeichnung wesentlich offensichtlicher, dass mit dem AGesVG sowohl eine durch die neutrale Formulierung des Gesetzes verdeckte mittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion als auch – da Männer in aller Regel keinen Schleier tragen – eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, also eine intersektionale Diskriminierung⁶⁵ bewirkt wird.

2.1.1.2 Die Kompetenzgrundlage des AGesVG

Wie bereits angemerkt, stützt sich das AGesVG ausweislich der Erläuterungen zur RV auf Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG (Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit einschließlich der ersten allgemeinen Hilfeleistung, jedoch mit Ausnahme der örtlichen Sicherheitspolizei).⁶⁶ Da sich die Erläuterungen zur RV ausschließlich mit dem Begriff der „öffentlichen Ordnung“ befassen, ist zu konstatieren, dass sich das AGesVG ausschließlich auf diesen Kompetenztatbestand stützt.

Der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ bezeichne, wie die Erläuterungen zur RV ausführen,⁶⁷ nicht die Rechtsordnung, sondern die äußerliche Ordnung, das heiße – und an dieser Stelle zitieren die Erläuterungen zur RV aus einem im Jahr 1948 ergangenen Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) – „die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Befolgung als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinanderleben der Menschen angesehen wird“⁶⁸. Die Nachschau im zitierten Erkenntnis führt nicht viel weiter. Der VwGH hatte sich in dieser Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, ob der Beschwerdeführer durch das Musizieren mit einer Konzerttrompete ohne Schalldämpfer am 16. Juni 1947 gegen 15:20 Uhr in ungebührlicher Weise störenden Lärm erregte. Dabei zog er eine Parallele zum Begriff der öffentlichen Ordnung, die er wie oben zitiert definierte – und gelangte zu dem Ergebnis, dass vorliegend keine Ungebühr des Verhaltens zu erkennen war.

⁶⁴ Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 „Für Österreich“, Jänner 2017, 26.

⁶⁵ So auch *Holzleithner*, Mühen der Ebene, in: *Bargetz/Kreisky/Ludwig*, Dauerkämpfe (2017) 55 (57); zur mittelbaren und intersektionalen Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts durch Bekleidungsvorschriften im Allgemeinen vgl. auch *Holzleithner*, Bekleidungsvorschriften und Genderperformance (2015) 48 ff.

⁶⁶ ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 11 (zu § 1 AGesVG).

⁶⁷ ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 11 (zu § 1 AGesVG).

⁶⁸ VwGH 25.10.1948, 1192/47m (= VwSlg 543 A/1948).

Interessanter ist demgegenüber ein Erkenntnis des VwGH aus dem Jahr 1984,⁶⁹ in welchem der VwGH die Kriterien einer Ordnungsstörung weiter ausführte. Den Anlass gab ein Autofahrer, der nicht einsehen wollte, dass er vor einer Kreuzung zu stehen kam, die wegen eines Faschingsumzuges durch einen Wachebeamten gesperrt war. Da sein durch akustisches ‚Gas geben‘ und entsprechende Handzeichen zum Ausdruck gebrachtes Drängen auf Änderung der Verkehrsregelungsmaßnahme erfolglos blieb, fuhr er schließlich auf den Wachebeamten zu und ihn leicht an. Der VwGH hatte zu prüfen, ob durch das Verhalten des Autofahrers der Verwaltungsstraftatbestand des Art IX Abs 1 Z 1 EGVG 1950⁷⁰, wonach eine Verwaltungsübertretung begeht, wer durch ein Verhalten, das Ärgernis zu erregen geeignet ist, die Ordnung an öffentlichen Orten zu stören (dieser Bestimmung entspricht heute § 81 Abs 1 SPG⁷¹), erfüllt ist. In diesem Erkenntnis führte der VwGH aus, dass ein Verhalten dann objektiv geeignet sei, ein Ärgernis zu erregen, das den Verwaltungsstraftatbestand erfüllt, wenn es geeignet ist, „bei einem unbefangenen Menschen die lebhaft empfundene nicht nur des Unerlaubten, sondern auch des SCHÄNDLICHEN [...] hervorzurufen“⁷². Im konkreten Fall qualifizierte der VwGH das aggressive Verhalten und die grobe Rücksichtslosigkeit des Autofahrers als Störung der Ordnung an öffentlichen Orten.

Für ein Verhalten, das geeignet ist, ein berechtigtes Ärgernis zu erregen und die öffentliche Ordnung zu stören, besteht also bereits ein Verwaltungsstraftatbestand (§ 81 Abs 1 SPG).⁷³ Das Tragen eines Gesichtsschleiers an öffentlichen Orten wird allerdings nicht unter diesen Tatbestand subsumiert. Dies ist auch korrekt, denn – Unbefangenheit und Objektivität vorausgesetzt – kann tatsächlich nicht gesagt werden, dass eine Frau allein dadurch, dass sie einen Schleier trägt, ein schändliches oder aggressives Verhalten setzt, das geeignet wäre, die Ordnung an öffentlichen Orten empfindlich zu stören. Das AGesVG setzt somit unterhalb der ‚Eingriffsschwelle‘ des SPG (berechtigtes Ärgernis, das die öffentliche Ordnung stört) an,⁷⁴

⁶⁹ VwGH 09.07.1984, 84/10/0080.

⁷⁰ BGBl 42/1950; die zitierte Bestimmung fand sich zuerst in Art VIII Abs 1 lit a EGVG, ab BGBl 56/1977 in Art IX Abs 1 Z 1 EGVG.

⁷¹ Gem § 81 Abs 1 SPG begeht eine Verwaltungsübertretung, wer durch ein Verhalten, das geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, die öffentliche Ordnung stört, es sei denn, das Verhalten ist gerechtfertigt, insbesondere durch die Inanspruchnahme eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts.

⁷² VwGH 09.07.1984, 84/10/0080 [Hervorhebung im Original]. IdS aber auch VfGH, 10.06.1985, B445/82 (=VfSlg 10441/1985).

⁷³ Darüber hinaus besteht mit § 38 Abs 1 SPG die Ermächtigung, die (störende) Person vom Ort der Störung wegzuweisen.

⁷⁴ Dies bestätigt sich auch im Strafraum, der in § 81 Abs 1 SPG mit bis zu 500 Euro, in § 2 Abs 1 AGesVG mit bis zu 150 Euro bemessen ist.

stützt sich aber dennoch auf den Kompetenztatbestand der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung.

Die Erläuterungen zur RV halten noch eine zweite Begriffsdefinition bereit, die aus einem Judikat des VfGH⁷⁵ stammt; demnach fasse der VfGH unter den Begriff der öffentlichen Ordnung „Regelungen, die für das Funktionieren des Zusammenlebens der Menschen im Staate wesentlich sind“⁷⁶. Hier zitieren die Erläuterungen zur RV aber sehr verkürzt. Der VfGH hielt in dieser Entscheidung fest, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung des Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain (der die Glaubens-, Religions- und Gewissensfreiheit, sofern deren Übung nicht mit der öffentlichen Ordnung oder mit den guten Sitten unvereinbar ist, verbürgt), als Inbegriff der die Rechtsordnung beherrschenden Grundgedanken zu verstehen sei⁷⁷ und unter diesen Begriff nur Regelungen fallen, die für das Funktionieren des Zusammenlebens der Menschen im Staate wesentlich sind, wie dies etwa für die Grundsätze des Straßenpolizeirechts oder für die Vorschriften über die ordnungsgemäße Bestattung von Leichen bejaht worden sei; und dass mit der öffentlichen Ordnung daher nur Handlungen, die das Zusammenleben der Menschen im Staate empfindlich stören, unvereinbar seien.⁷⁸

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund verneinte der VfGH in Folge, dass das Schächten nach islamischem Ritus⁷⁹ eine empfindliche Störung des Zusammenlebens der Menschen darstelle,⁸⁰ da dieses weder gegen die öffentliche Ordnung noch die guten Sitten verstoße, und erkannte, dass ein Verbot des rituellen Schächtens verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden könne.⁸¹ Demnach stellt sich die Frage, ob die gesetzgebende Instanz, die in den Erläuterungen zur RV ausdrücklich auf diese Entscheidung verweist, das schlichte Tragen eines Gesichtsschleiers als anstößiger erachtet als das rituelle Schächten.

Ganz grundsätzlich ist nicht ersichtlich, wieso oder in welcher Form die öffentliche Ordnung durch das schlichte Tragen eines Schleiers empfindlich gestört sein sollte. Die Erläuterungen

⁷⁵ VfGH 17.12.1998, B 3028/97.

⁷⁶ ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 11 (zu § 1 AGesVG).

⁷⁷ VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.2.6.1.) mit weiteren Nachweisen auf die Rechtsprechung. Dieser Auffassung wird allerdings nur von einem Teil der Lehre gefolgt; es wird auch die Auffassung vertreten, dass der Begriff der ‚öffentlichen Ordnung‘ jenem der ‚allgemeinen Gesetze‘ in Art 15 StGG gleichzusetzen sei; vgl *Lienbacher*, Religiöse Rechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 12 Rn 36.

⁷⁸ VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.2.6.2.).

⁷⁹ Dies bedeutet das Schlachten von Tieren durch Kehlschnitt und Ausbluten ohne vorherige Betäubung des Tieres; so VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.2.2.).

⁸⁰ VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.2.7.3.).

⁸¹ VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.3.).

zur RV konkretisieren dies schlussendlich auch gar nicht, sondern belassen es dabei, den beiden aus der Rechtsprechung entnommenen Definitionen des Begriffs der öffentlichen Ordnung den formelhaften Standardsatz, dass die Ermöglichung zwischenmenschlicher Kommunikation eben eine wesentliche Funktionsbedingung für ein friedliches Zusammenleben in einem Rechtsstaat sei, nachzusetzen. Damit scheint der Kompetenztatbestand der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung doch überstrapaziert.

In diesem Zusammenhang ist an eine im Jahr 1964 ergangene Entscheidung des VfGH⁸² zu erinnern. In diesem Rechtsstreit stand in Frage, ob die Beschimpfung eines im Dienst befindlichen Sicherheitsbeamten an einem öffentlichen Ort objektiv geeignet ist, Ärgernis zu erregen. Der VfGH verneinte dies und führte aus, dass nicht jedes ein Ärgernis erregende Verhalten als Ordnungsstörung im Sinne des Art VII Abs 1 lit a EGVG 1950 strafbar sei, denn eine Störung setze neben dem Ärgernis auch voraus, dass durch das Verhalten der Ablauf des äußeren Zusammenlebens von Menschen oder ein bestehender Zustand von Dingen in wahrnehmbarer Weise gestört wird. Eine Auslegung, die diesen Tatbestand zu einem „uferlosen verwaltungsstrafrechtlichen Universalatbestand machen würde“⁸³, so der VfGH abschließend, lehne er ausdrücklich ab. Die vom VfGH beanstandete Uferlosigkeit bei der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung ist mit dem AGesVG nun wohl erreicht.

2.1.2 Die Debatte im Nationalrat: Burkaverbot

Bei der Analyse des stenographischen Protokolls zur Debatte zum Integrationspaket erweist sich schließlich ganz deutlich, dass sich das Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 – das von einem „Vollverschleierungsverbot“⁸⁴ spricht – nicht etwa in der Terminologie vergriffen hat, sondern nichts anderes gewollt ist als ein Verbot des Gesichtsschleiers.

Sämtliche der 14 Wortmeldungen zum AGesVG kommen – wenn nicht schon im einleitenden Satz, so doch spätestens im Folgesatz – prompt auf den eigentlichen Kern der Sache zu sprechen: Das (sogenannte) Burkaverbot, die Burkaträgerinnen, das Verbot der Vollverschleierung von Frauen, die Körperverhüllung als politischer Islamismus.⁸⁵ Von nichts anderem war in der Debatte im Zusammenhang mit dem AGesVG die Rede.

⁸² VfGH 10.10.1964, B 75/64 (= VfSlg 4813/1964).

⁸³ VfGH 10.10.1964, B 75/64 (= VfSlg 4813/1964); so auch VfGH 12.06.1981, B 221/79 (= VfSlg 9114/1981).

⁸⁴ Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 „Für Österreich“, Jänner 2017, 26.

⁸⁵ Die Wortmeldungen sind, da das AGesVG nicht als eigenständiger Punkt in die Debatte genommen wurde, recht verstreut; siehe *Sebastian Kurz* / ÖVP (62 und 206), *Josef Cap* / SPÖ (194 f), *Alev Korun* / Grüne (197), *August Wöginger* / ÖVP (199 f), *Christoph Hagen* / STRONACH (200 f), *Nikolaus Scherak* / NEOS (202 ff), *Walter Rosenkranz* / FPÖ (208 f), *Claudia Durchschlag* / ÖVP (215), *Hannes Weninger* / SPÖ (219), *Nurten Yilmaz* / SPÖ (229 f), *Gertrude Aubauer* / ÖVP (231), *Gerhard Schmid* / ohne Klubzugehörigkeit (232),

Um einen Überhang an Fußnoten zu vermeiden, wird in diesem Kapitel, soweit auf das stenographische Protokoll zur 179. Sitzung des NR verwiesen wird, in welcher auch das Integrationspaket debattiert wurde⁸⁶, die verwiesene Seitenzahl jeweils in eckige Klammer unmittelbar in den Fließtext gesetzt.

Nur drei Abgeordnete brachten Kritik gegenüber dem sogenannten Burkaverbot vor. So die Abgeordnete *Nurten Yılmaz* (SPÖ), die es jedoch dabei beließ, das AGesVG als Symbolpolitik zu kritisieren – als ein Gesetz, mit dem nicht erreicht werden könne, „die Frauen zu befreien“ [229]. Die Abgeordnete *Alev Korun* (Grüne) wandte ein, dass es „verhältnismäßiger und vor allem auch leichter umsetzbar gewesen wäre“, bereichsspezifische Verhüllungsverbote, etwa bei Gerichtsverhandlungen oder bei Einlasskontrollen bei Gerichten und Behörden, festzulegen [197]. Das ist ein durchaus überlegenswerter Vorschlag, da er den gelinderen Eingriff bedeuten würde, der auch von dem Abgeordneten *Nikolaus Scherak* (NEOS) vertreten wird [203].

Scherak zeigt sich allerdings wesentlich vehementer in seiner Argumentation gegen das AGesVG und leitet seine Wortmeldung mit folgenden beiden Sätzen ein: „Es wird ein Gesetz beschlossen, das an und für sich wertneutral formuliert ist. Es geht aber natürlich um die Vollverschleierung von Frauen“ [202]. Im Nationalrat erntete er dafür keinerlei Widerspruch. Denn das Gesichtsverhüllungsverbot ist doch, wie aus der Wortmeldung von *Claudia Durchschlag* (ÖVP) hervorgeht, „legistisch wasserdicht [...] und durch einen Spruch des EGMR abgesichert“ [215].

In Folge brachte *Scherak* vor, dass unklar bleibe, wie ein solches Verbot zur Integration beitragen solle und noch nicht einmal seine Anfrage, wie viele „Burkaträgerinnen“ es in Österreich gibt, beantwortet worden sei [202]. Hierzu kursiert lediglich die unbelegte Zahl von 100 bis 150 betroffenen Frauen – ohne Touristinnen.⁸⁷ Zudem wandte er ein, dass diese Frauen mit dem Verhüllungsverbot aus dem öffentlichen Raum verbannt und somit auch einem gemeinsamen Dialog entzogen würden, womit das Gegenteil von Integration bewirkt werde [203]. Das sind eigentlich allesamt Fragen, mit welchen sich die WFA hätte auseinandersetzen sollen.

Rouven Ertlschweiger / ÖVP (235), *Harald Troch* / SPÖ (237); StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017).

⁸⁶ StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017). Das sogenannte Integrationspaket wurde unter Punkt 5 (191 ff) debattiert.

⁸⁷ Vgl StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 203, mit Verweis auf eine Aussage von Bundeskanzler *Christian Kern*; sowie *Rosenberger*, Gesichtsverhüllung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 241 (248) mit Verweis auf *Die Presse*, Debatte: Ein Burka-Verbot ohne Burka, 23.04.2010, https://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/560174/Debatte_Ein-BurkaVerbot-ohne-Burka.

Darüber hinaus befand *Scherak*, dass sich in dem Sammelgesetz ‚Integrationspaket‘ ein „Haufen symbolischer Gesetzesbestimmungen“ fände [202] – wiederum, ohne Widerspruch zu ernten. Es entsteht gar der Eindruck, dass der Begriff der ‚Symbolpolitik‘ in der Debatte gar nicht immer als Vorwurf sondern als gewollt verstanden oder als gesollt gemeint wurde. Daher soll im nächsten Schritt dem Symbol ‚Burka‘ und der Symbolpolitik noch etwas näher auf den Grund gegangen werden.

2.1.2.1 Das Symbol und die Symbolpolitik

Es ließe sich ganz grundsätzlich in Frage stellen, ob der muslimische Schleier (oder auch die jüdische Kippa oder die Kopftracht einer katholischen Nonne, die einem muslimischen ‚Kopftuch‘ sehr nahe kommt) immer zugleich als Symbol zu werten und nicht einfach nur als Kopfbedeckung oder Kleidungsstück zu betrachten ist.⁸⁸ Unstreitig ist jedoch, dass einer kulturell-religiös motivierten Kopfbedeckung regelmäßig eine gewisse Symbolwirkung beigemessen wird. Die Frage ist nur welche – wobei sich die Sichtweise der die Kopfbedeckung tragenden Person und die Außensicht auch gar nicht decken müssen. An erster Stelle gilt es somit, entlang der Wortmeldungen in der Nationalratsdebatte zum Integrationspaket, der Frage nachzugehen, für welches Symbol der muslimische Schleier und das muslimische Kopftuch aus Sicht der gesetzgebenden Instanz stehen.

2.1.2.1.1 Der Schleier als Symbol des politischen Islam

Für *Sebastian Kurz* (ÖVP) ist die Vollverschleierung (nebst der Koranverteilaktionen durch Salafisten) eines „der Symbole der Gegengesellschaft“ [62, nahezu ident 206]. Es sei darauf hingewiesen, dass sich *Kurz* im Jahr 2014 noch gegen ein sogenanntes Burkaverbot aussprach und die diesbezüglichen Forderungen der FPÖ damit zurückwies, dass ein Burkaverbot in Österreich die Integration nicht lösen werde, es in Österreich eine nur „sehr, sehr geringe Zahl an Burka-Trägerinnen“ gäbe, die zudem meist aus Saudi Arabien nach Zell am See oder an den Wiener Kohlmarkt kämen, um „sehr, sehr viel Geld“ dazulassen – und es eine solche „künstliche“, symbolische Debatte um die Burka in Österreich nicht brauche.⁸⁹ Späterhin wurde er nicht müde zu behaupten, mit einem Verschleierungsverbot werde die Gleichstellung von Männern und Frauen befördert, denn das Tragen eines Schleiers bringe die eigene

⁸⁸ So etwa auch *Oebbecke*, Das „islamische Kopftuch“ als Symbol, in: *Muckel* (Hg), Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat (2003) 593 (596).

⁸⁹ StProt zur 37. Sitzung des NR XXV. GP (10.07.2014) 30 f.

Unterdrückung zum Ausdruck.⁹⁰ Drei Jahre nach seinen Aussagen sieht er nunmehr im Schleier ein Symbol der Gegengesellschaft, das verboten werden muss.⁹¹

Für *Josef Cap* (SPÖ) ist die komplette Körperverhüllung „das Signal des politischen Islamismus“ [194]. Es sei hinzugefügt, dass nach dem kulturellen Verständnis von *Cap* „die Ganzkörperverhüllung oder sonst eine Verhüllung dafür sorgt, dass man so quasi nicht mehr zwischen den reinen und den unreinen Frauen unterscheiden kann“ [195], was seinem Verständnis von einer offenen Gesellschaft widerspricht [195]. Die Interpretation dieser Wortmeldung sei den Leserinnen und Lesern überlassen.

Für *Christoph Hagen* (STRONACH) ist die Verschleierung „ein Zeichen dafür, dass [...] Integration nicht gewünscht wird“ [201]; für *Nikolaus Scherak* (NEOS) ist die Burka fraglos „ein Symbol des politischen Islam“ und zudem ein „unterdrückendes Symbol“ [203]; für *Walter Rosenkranz* (FPÖ) sind Burka und Kopftuch ein Zeichen dafür, „dass da ebenfalls der Wille der Frau unter Umständen gebrochen wird“ [208] und jedenfalls eine gegen die christlich-abendländische Kultur gerichtete „Zurschaustellung religiöser Symbole“ [209 (Entschließungsantrag)]; für *Gertrude Aubauer* (ÖVP) ist die Burka ein „Symbol einer Gegengesellschaft“ [231]; und für *Rouven Ertlschweiger* (ÖVP) ist die Burka ein Symbol „des politischen Islams“, das von „einer Gegengesellschaft [...] bewusst nach Österreich getragen wird“ [235].

Für die Abgeordneten zum Nationalrat ist der Gesichtsschleier mithin an erster Stelle ein Symbol des politischen Islam und einer Gegengesellschaft. Diese Kampfansage steht hierbei im Einklang mit dem Regierungsprogramm 2017-2022 von ÖVP und FPÖ („Zusammen. Für unser Österreich“⁹²), das unter dem Titel der Integration den „Kampf gegen den politischen Islam“ als Zieldefinition setzt.⁹³ Der Programmsatz lautet: „Österreich gewährleistet die Glaubens- und Religionsfreiheit, aber bekämpft den politischen Islam“⁹⁴. Das Regierungsprogramm hält auch eine Definition für den Begriff des politischen Islam bereit: Demnach sind unter politischem Islam Gruppierungen und Organisationen zu verstehen, „deren ideologisches Fundament der Islam ist und die eine Veränderung der politischen und

⁹⁰ So *Holzleithner*, Mühen der Ebene, in: *Bargetz/Kreisky/Ludwig*, Dauerkämpfe (2017) 55 (57).

⁹¹ Sehr kritisch zu diesem ‚Gesinnungswechsel‘ auch *Holzleithner*, Zum Verbot der Gesichtsverhüllung, *Femina Politica* 1/2018, 127 (127 f); *Rosenberger*, Gesichtsverhüllung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 241 (243 f).

⁹² Regierungsprogramm 2017-2022, „Zusammen. Für unser Österreich“ der Neuen Volkspartei und der Freiheitlichen Partei Österreichs.

⁹³ Regierungsprogramm 2017-2022, 37.

⁹⁴ Regierungsprogramm 2017-2022, 39.

gesellschaftlichen Grundordnung bis hin zur Ablehnung unseres Rechtsstaates im Sinne einer Islamisierung der Gesellschaft anstreben“⁹⁵.

Hierbei werde, so die weiteren Ausführungen im Regierungsprogramm, klar zwischen dem politischen Islam mit dem Ziel, unsere Gesellschaft zu unterwandern, und der Religion des Islam, also jenem „Teil der Muslime, der friedlich und im Einklang mit unseren Werten in Österreich lebt“ unterschieden.⁹⁶ Darüber hinaus werde dem Entstehen von Parallelgesellschaften weiter entgegengewirkt und jeglicher Form von politischer oder religiöser Einflussnahme aus dem Ausland konsequent entgegengetreten.

Die Terminologie des Regierungsprogramms entspricht also jener der Abgeordneten zum Nationalrat. Allerdings nimmt das Regierungsprogramm an keiner Stelle auf den Gesichtsschleier oder auch das sogenannte Kopftuch Bezug. Das „Vollverschleierungsverbot“ findet sich erst im bereits erwähnten Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018, wo wiederum nirgendwo vom politischen Islam die Rede ist, sondern lediglich von einem Bekenntnis zu einer offenen Gesellschaft, die auch eine offene Kommunikation voraussetzt, weswegen der Schleier zu untersagen sei.⁹⁷

In der Nationalratsdebatte kommt dieses ‚Kommunikationsargument‘, das auch in der WFA und den Erläuterungen zur RV zur Begründung und Rechtfertigung des AGesVG herangezogen wurde, freilich nicht zum Tragen. Hierauf wird in Kapitel 2.3.1.4 noch gesondert zurückgekommen. Vielmehr verwandelt sich das Kommunikationsargument in der Nationalratsdebatte in einen Kampf gegen den politischen Islam und gegen Parallelgesellschaften, indem der Schleier als Symbol des politischen Islam (und nicht etwa als Symbol der Religion des Islam) gesetzt wird. Bekämpft und verboten wird mit dem AGesVG allerdings lediglich ein ganz spezifisches Symbol, der Schleier der Frau. Dies legt die Frage nahe, ob das Verschleierungsverbot denn nicht eher als Symbolpolitik zu verstehen ist, die auf den Köpfen der Frauen ausgetragen wird.

2.1.2.1.2 Das AGesVG als gezielte Symbolpolitik

Die Analyse des stenographischen Protokolls erweist, dass mit dem AGesVG ganz bewusst und gezielt Symbolpolitik betrieben wurde. Auch bestätigt sich, dass der Begriff der „Symbolpolitik“ nur von *Nurten Yilmaz* (SPÖ) [229] und *Nikolaus Scherak* (NEOS) [202] im

⁹⁵ Regierungsprogramm 2017-2022, 39.

⁹⁶ Regierungsprogramm 2017-2022, 39.

⁹⁷ Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 „Für Österreich“, Jänner 2017, 26.

„negativen“ Sinne verwendet wird – als Vorwurf an eine Politik, die keine Probleme lösen, sondern Zeichen setzen will. Anderen Wortmeldungen ist demgegenüber zu entnehmen, dass es genau darum geht, um Symbolpolitik als Antwort auf ein Symbol. Womit zu hinterfragen ist, welches Zeichen mit dem AGesVG gesetzt werden wollte.

Für *Sebastian Kurz* (ÖVP) handelt es sich mit dem Verbot der „Vollverschleierung“ um „ein klares Zeichen dahin gehend [...], was in unserem Land Platz und was keinen Platz hat“ [62]. *Josef Cap* (SPÖ) stellt klar, wem das Zeichen gilt, nämlich denjenigen, „gegen die wir faktisch schon mit der Polizei, mithilfe von Sicherheitseinrichtungen und Ähnlichem Antiterrormaßnahmen machen müssen“ [195]. Für *August Wöginger* (ÖVP) muss es „schon noch so sein, dass wir unsere Kultur und unsere Traditionen fortsetzen können“, und es „sollen sich diese Menschen an unserem Leben orientieren“ [199 f]. Für *Christoph Hagen* (STRONACH) gilt es vorzugeben, „wie sich Zuwanderer in Österreich zu benehmen haben“ [201].

Nach *Walter Rosenkranz* (FPÖ) soll das AGesVG „anderen, die zu uns kommen [...] zeigen und demonstrieren, dass wir das so haben wollen“ und „eine andere Sicht auf Religion und Religionsausübung [haben]“, denn, wie *Rosenkranz* betont, „[w]ir sind ein Staat, in dem Staat und Religion, Staat und Kirche getrennt sind“ [207 f]. *Claudia Durchschlag* (ÖVP) gesteht zu, dass es „eher symbolisch“ ist, „zu zeigen, was bei uns gewünscht ist und was eben nicht“, und dass das AGesVG genau dies tue, befindet dies aber „auch [als] Aufgabe eines Staates“ [215].

Für *Gertrude Aubauer* (ÖVP) ist das Burkaverbot ein „Signal. Damit signalisieren wir: Das hat in unserem Land keinen Platz! [...] Ein Symbol einer Gegengesellschaft wollen wir nicht!“ [231]. Für *Gerhard Schmid* (ohne Klubzugehörigkeit) geht es um „Anerkennung heimischer Umgangsformen“, egal ob es sich um die Burka oder das „Kopftuch“ oder um die „heimische Kost wie Schweinefleisch in Schulküchen, Spitälern und derlei Einrichtungen“ handelt [232].

Noch deutlicher ist *Hannes Weninger* (SPÖ). Seines Erachtens ist die „politische Aussage“ gerade eben „der Kern dieser Integrationsmaßnahme“ und die politische Aussage ist ein „klares politisches Signal: dass der österreichische Nationalrat und damit die österreichische Gesellschaft sagt, wir sind in unserer offenen, pluralistischen Gesellschaft gegen die Vollverschleierung und wir sind dagegen und wollen verhindern, dass salafistische, IS-interpretierte Koranversionen in der Öffentlichkeit verteilt werden“ [219].

Auch *Sebastian Kurz* (ÖVP) [62, 206] und *Rouven Ertlshweiger* (ÖVP) [235] nennen das Verbot der „Vollverschleierung“ und das Verbot der „Koranverteilaktionen durch Salafisten“ in einem Atemzug. Letztere Forderung verbirgt sich aber eigentlich in einem anderen Gesetz,

nämlich in dem im Zuge der Strafgesetznovelle 2017 neu eingeführten § 247a StGB (Staatsfeindliche Bewegung),⁹⁸ der auch die „fördernde“ Teilnahme (Abs 2) an einer staatsfeindlichen Bewegung unter Strafe stellt. Hierzu stellen die Erläuterungen zur RV fest, dass der (alleinige) *Besitz* von Schriften solcher Bewegungen den Tatbestand der Teilnahme nicht erfüllt,⁹⁹ womit – umgekehrt gelesen – gegen die *Verteilung* „staatsfeindlicher Schriften“ eine Handhabe besteht. Eine weitere Handhabe besteht mit dem im Zuge des Integrationspakets ergänzten § 82 StVO, womit nunmehr beim Ansuchen um Bewilligung für die Benützung von Straßen zu verkehrsfremden Zwecken gemäß im Rahmen der Prüfung zur Bewilligung der Zweck des Vorhabens auch auf einen möglichen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit zu prüfen ist.¹⁰⁰

Es irritiert etwas, dass *Weninger* und *Kurz* die genannten Bestimmungen bedenkenlos unter den Begriff der ‚Integrationsmaßnahmen‘ subsumieren. Dadurch, dass sie Maßnahmen zur Integration von Flüchtlingen mit Maßnahmen gegen Staatsfeinde gleichsetzen, gewinnt der Begriff der Integration plötzlich eine gänzlich neue Dimension. So im Übrigen auch *Walter Rosenkranz* (FPÖ), der in die Bedeutung und Tragweite des neuen § 247a StGB und des ergänzten § 82 StVO nicht eingeweiht scheint und bemängelt, dass ein Koranverteilungsverbot für Salafisten im Integrationspaket doch gar nicht zu finden sei und „wenn man ein Gesetz mit Inhalt machen möchte, [...] man den Inhalt, den man haben möchte, auch hineinschreiben [muss]“ [207]. Wenngleich ihm zugute zu halten ist, dass er transparente Gesetze schaffen will, sei ihm mit *Rupert Wolff* entgegnet: „Wir brauchen dringend ein Anti-Gesetzesverhüllungs-Gesetz – viel mehr als ein Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz!“¹⁰¹.

Rouven Ertlschweiger (ÖVP) bringt die Sache schließlich auf den Punkt: „Beides, das Verbot der Vollverschleierung und das Verbot von Koranverteilaktionen durch Salafisten, sind starke Signale für unsere Leitkultur und gegen Parallelgesellschaften. (Beifall bei der ÖVP.)“¹⁰² [235]. Der Begriff der Leitkultur wurde vorab bereits von *Marcus Franz* (ohne Klubzugehörigkeit) in der ‚Aktuellen Europastunde‘ zum Thema ‚Perspektiven und Budgetpolitik der Europäischen Union‘ erörtert: „Die Leitkultur Europas kommt aus der Aufklärung, sie kommt aus dem Christentum und sie kommt aus dem römischen Recht und vom Vernunftgebäude der alten Griechen. Was wir in der Leitkultur Europas nicht finden, das ist das, [...], nämlich Islamismus,

⁹⁸ BGBl I 117/2017 vom 31.07.2017.

⁹⁹ ErlRV 1621 BlgNR XXV. GP, 7.

¹⁰⁰ ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 2 (vgl auch 13).

¹⁰¹ *Wolff*, Anwaltstag 2017, AnwBl 11/2017, 642 (643).

¹⁰² Hervorhebung im Original.

die muslimischen Gedanken, das muslimische Weltbild. Das ist einfach nicht Teil Europas“ [106].

Interessant ist, warum *Franz* an dieser Stelle überhaupt auf die sogenannte Leitkultur und die störenden muslimischen Gedanken zu sprechen kommt: Er verwehrt sich gegen Beschränkungen der Finanz- und Kreditwirtschaft und zieht das drastische Zinsverbot, also das Verbot, für einen gegebenen Kredit Zinsen zu fordern, heran. Angesprochen ist hiermit das islamische Zinsverbot, das Verbot der Riba, das Bestandteil des islamischen Rechts, der Scharia, ist.¹⁰³ Auch das Alte Testament enthält allerdings ein Zinsverbot.¹⁰⁴ Hierauf fußte das kanonische Zinsverbot, das in den katholischen Teilen Europas bis zur Reformation Anfang des 16. Jahrhunderts Bestand hatte, dann aber Schritt für Schritt ausgehöhlt wurde und schlussendlich der Aufklärung zum Opfer fiel.¹⁰⁵

Um sich für oder gegen Zinsverbote, Zinsobergrenzen oder sonstige Beschränkungen bei der Kreditvergabe auszusprechen, bedürfte es an sich aber keines Rückgriffs auf die Leitkultur und den abweichenden muslimischen Gedanken. Das muslimische Gedankengut lässt sich jedoch, wie *Franz* vorführt, als Totschlagargument einsetzen. Denn mit der Inszenierung des Zinsverbots als „muslimischen Gedanken“ muss er die Vor- und Nachteile eines Zinsverbots gar nicht erst erwägen, sondern kann er sich damit begnügen zu geifern, dass „die muslimischen Gedanken“ [106] im aufgeklärten modernen Europa nichts verloren haben. Dabei verfolgt das Zinsverbot doch auch einen durchaus redlichen und solidarischen Gedanken, nämlich den Schutz derjenigen, die Geld ausleihen müssen, vor Wucher¹⁰⁶.

Hierin kommt sehr klar zum Ausdruck, dass es nicht darum geht, ob ein Gedanke redlich, solidarisch, moralisch, etc ist, sondern lediglich darum, von welcher Seite der Gedanke kommt – und um die Bestätigung der Identität der Leitkultur durch Fremdenfeindlichkeit, die auf kulturellen Unterschieden konstruiert wird. Die Abgeordnete *Dagmar Belakowitsch-Jenewein* (FPÖ) verstieg sich gar dazu, asylsuchende Flüchtlinge als „Menschenmaterial“ [193] zu bezeichnen. Den Vorwurf, dies sei „rechtsextreme menschenverachtende Sprache“ [195], den

¹⁰³ Vgl *Hanke*, Zinsverbot und islamische Bank, in: *Aichhorn* (Hg), Geld- und Kreditwesen im Spiegel der Wissenschaft (2005) 157 (158 ff).

¹⁰⁴ Besonders deutlich das 2. Buch Mose (Exodus), 22, 24: „Wenn du Geld verleihst an einen aus meinem Volk, an einen Armen neben dir, so sollst du an ihm nicht wie ein Wucherer handeln; du sollst keinerlei Zinsen von ihm nehmen“.

¹⁰⁵ Vgl *Hanke*, Zinsverbot und islamische Bank, in: *Aichhorn* (Hg), Geld- und Kreditwesen im Spiegel der Wissenschaft (2005) 157 (161 ff).

¹⁰⁶ Bereits *Aristoteles* bezeichnete in seiner „Politik“ die Einhebung von Zins für die Leihe von Geld als „naturwidrig“ und „Wucher“; vgl *Hanke*, Zinsverbot und islamische Bank, in: *Aichhorn* (Hg), Geld- und Kreditwesen im Spiegel der Wissenschaft (2005) 157 (158).

Alev Korun (Grüne) vorbrachte, konterte der Parteikollege der erstgenannten Rednerin *Roman Haider* (FPÖ) mit einer „tatsächlichen Berichtigung“: Dieser Begriff sei erstmals bei *Karl Marx* aufgetaucht, dem man vieles zu Recht vorwerfen könne, aber nicht, rechtsextrem gewesen zu sein [198]. Eventuell hatte er dies zwischenzeitlich in der freien Enzyklopädie Wikipedia nachgeschlagen.¹⁰⁷ Ob dies tatsächlich so ist, sei dahingestellt – menschenverachtend und extrem ist diese Sprache jedenfalls.

Der Gesichtsschleier als sichtbarer Gegensatz ist nun hervorragend geeignet, um Differenzen zu verstärken und um Symbolpolitik zu betreiben – „mit Symbolen kann man Stimmung machen“¹⁰⁸. Gleiches gilt für das islamische ‚Kopftuch‘. Anders verhält sich dies mit dem Bart, denn der wird auch in der abendländischen Kultur getragen. Wird doch auch Jesus ein Bart zugeschrieben – wenngleich nicht gesichert ist, ob er tatsächlich einen trug.¹⁰⁹

2.1.2.2 „Ja zum Burkaverbot, aber es ist zu wenig“

Nicht allen, die sich für das AGesVG aussprachen, ging das Verhüllungsverbot weit genug. So brachte der Abgeordnete *Walter Rosenkranz* (FPÖ) unter dem Slogan „Ja zum Burkaverbot, aber es ist zu wenig“ [208] im Zuge der Debatte zum AGesVG einen von mehreren Abgeordneten unterstützten Entschließungsantrag ein, in welchem die Bundesregierung aufgefordert wurde, einen Gesetzesentwurf für ein generelles „Verbot des Tragens von Kopftüchern“ (also auch solchen, die das Gesicht nicht bedecken) für öffentlich Bedienstete wie auch in öffentlichen Gebäuden (einschließlich Kindergärten, Schulen, Universitäten, Spitälern, etc) vorzulegen.¹¹⁰ Es verwundert mithin nicht, dass das mittlerweile ebenfalls in Kraft gesetzte Verbot der „Verhüllung des Hauptes“ für Kinder an Grundschulen (§ 43a Abs 1 SchUG) auf einen von *Walter Rosenkranz* (FPÖ) und Kollegen eingebrachten Initiativantrag¹¹¹ zurückgeht, der von der ÖVP/FPÖ Regierung aufgegriffen wurde.

Der Entschließungsantrag begründet seine Forderung tatsächlich mit einer Prophezeiung von Kardinal *Christoph Schönborn*: „[D]ass Europa drauf und dran ist, sein christliches Erbe zu

¹⁰⁷ Vgl die freie Enzyklopädie Wikipedia unter dem Eintrag „Menschenmaterial“ (einleitender Absatz), <https://de.wikipedia.org/wiki/Menschenmaterial>.

¹⁰⁸ *Oebbecke*, Das „islamische Kopftuch“ als Symbol, in: *Muckel* (Hg), Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat (2003) 593 (595).

¹⁰⁹ So legt *Oldstone-Moore* dar, dass Jesus in den ersten fünf Jahrhunderten der christlichen Kunst ganz überwiegend bartlos dargestellt wurde und er erst später die Barttracht erhielt, die gemeinsam mit der Haartracht heute ein so typisches Kennzeichen von Jesus-Darstellungen ist; vgl *Oldstone-Moore*, *Of Beards and Men* (2015) 63 ff.

¹¹⁰ Entschließungsantrag der Abgeordneten KO Strache, Dr. Rosenkranz und weiterer Abgeordneter betreffend Kopftuchverbot in Kindergärten, Schulen, Universitäten, im öffentlichen Dienst und öffentlichen Gebäuden, 858/UEA XXV. GP, 2.

¹¹¹ Initiativantrag 495/A BlgNR XXVI. GP.

verspielen“ und die „islamische Eroberung“ drohe.¹¹² Treffenderweise habe der Kardinal diese Mahnung, wie der Entschließungsantrag erörtert, bei seiner Predigt zur Feier des kirchlichen Festes Mariä Namen, „das als Dank für die Befreiung Wiens von den Osmanen vor 333 Jahren eingeführt wurde“¹¹³, ausgesprochen. Vor diesem Hintergrund erscheine es, „geboten, ein Maßnahmenbündel zur Verteidigung unserer Heimat zu schnüren, zumal die islamistische Bedrohung vom Terror bis zur Zurschaustellung religiöser Symbole reicht“¹¹⁴.

Dabei bemerkt *Rosenkranz* nicht, dass er sich in seinen Argumenten verheddert. In seiner Wortmeldung unmittelbar vor Einbringen und Verlesung des Antrages befand er das Burkaverbot als „vollkommen richtigen Ansatz“, weil: „Wir sind ein Staat, in dem Staat und Religion, Staat und Kirche getrennt sind“ [207 f] und „[w]ir Österreicher können nicht darauf hoffen und darauf bauen, dass das, was wir in Österreich seit der Zeit der Aufklärung vor ein paar Hundert Jahren hinter uns gebracht haben, unter Umständen in anderen Kulturen oder anderen Religionen innerhalb von ein bis zwei Jahren geht“ [208].

Sogleich verwirft er jedoch die österreichische Aufgeklärtheit, vermengt Staat und Religion und macht sich zum Sprachrohr der katholischen Kirche, indem er seine Forderung nach einem gesetzlichen ‚Kopftuchverbot‘ mit der Vorhersehung der vermeintlichen islamischen Eroberung eines hohen katholischen Würdenträgers begründet. Es geht ihm nicht um die Trennung von Staat und Kirche, es geht ihm vielmehr um die Vorrangstellung des Katholizismus im Lande, die durch staatliche Gesetze geschützt werden soll. An dieser Stelle kann tatsächlich von einer „Dämonisierung von Muslim*innen als Sicherheitsgefahr“¹¹⁵ gesprochen werden. In der katholischen Kirche sind Frauen ganz genauso wie im Islam als kirchliche Amts- und Würdenträger nicht zugelassen. Der männliche Machtkampf wird aber dennoch auf den Köpfen der Frauen ausgetragen. Dabei ist mit einem Verbot der Zurschaustellung eines Schleiers gar nichts erreicht, es macht die vermeintliche Feindin lediglich unsichtbar.

Die „legistische Wasserdichtheit“ des Vorhabens will der Entschließungsantrag mit einer Pressemeldung belegen: „Wie ‚Die Welt‘ am 26.11.2015 berichtete, bestätigte der Europäische

¹¹² Entschließungsantrag 858/UEA XXV. GP, 1; mit Verweis auf den Artikel: Kronen Zeitung, Kardinal: "Viele Muslime wollen Eroberung Europas", 12.09.2016, <https://www.krone.at/529196>.

¹¹³ Entschließungsantrag 858/UEA XXV. GP, 1.

¹¹⁴ Ebd.

¹¹⁵ So *Holzleithner*, Mühen der Ebene, in: *Bargetz/Kreisky/Ludwig*, Dauerkämpfe (2017) 55 (57); wobei sich *Holzleithner* jedoch nicht auf die Prophezeiung des Kardinals Schönborn bezieht, sondern auf das mit der Betonung der Sicherheitsgefahr inszenierte ‚Ablenkungsmanöver‘, das den Blick für die Diskriminierung, die Kopftuch tragenden Musliminnen regelmäßig zugefügt werden, verstelle.

Gerichtshof für Menschenrechte, dass sich wer für den französischen Staat arbeitet, nicht verhüllen oder verschleiern darf¹¹⁶. Das erscheint etwas dürftig.

Gemeint ist die an diesem Tage vor dem EGMR entschiedene Rechtssache Ebrahimian gegen Frankreich.¹¹⁷ In dieser Rechtssache stellte der EGMR allerdings nicht fest, dass sich nicht verhüllen darf, wer für den französischen Staat arbeitet, sondern dass der strittige Eingriff keine Verletzung von Art 9 EMRK (Religionsfreiheit) darstellt. Strittig war, ob die Ablehnung der Verlängerung eines Dienstvertrages einer Krankenhausmitarbeiterin aufgrund ihrer Weigerung, ihr (muslimisches) Kopftuch im Dienst abzunehmen, mit Art 9 EMRK vereinbar ist. Der EGMR bejahte dies, allerdings nicht für den öffentlichen Dienst generell, sondern beschränkt auf den konkreten Kontext Gesundheitseinrichtungen und Krankenhauspersonal. Und er begründete seine Entscheidung mit dem in Art 1 der französischen Verfassung verankerten Prinzip der Laizität des Staates¹¹⁸ und dem daraus abgeleiteten Prinzip der Neutralität des öffentlichen Dienstes.¹¹⁹ Auf dieses Judikat wird in Kapitel 4.1.1 noch genauer zurückgekommen.

In Österreich ist das Prinzip der Trennung von Kirche und Staat nicht so stark ausgeprägt,¹²⁰ womit für Österreich nicht von einem laizistischen, sondern von einem säkularen Staat zu sprechen wäre¹²¹ – und selbst dessen macht der Entschließungsantrag unsicher. Der Entschließungsantrag wurde schlussendlich jedoch abgelehnt [239].

Aber auch dem Abgeordneten *Gerhard Schmid* (ohne Klubzugehörigkeit) ist das Burkaverbot nicht ausreichend und er fordert, „Burka sowie Kopftuch im öffentlichen Bereich als diskriminierend zu untersagen“ [232]. Gemeint ist die Diskriminierung „insbesondere gegenüber der weiblichen Bevölkerung“ [232] durch das Tragen einer Burka oder eines Kopftuchs. Allerdings wird es sich als etwas schwierig erweisen, ein generelles Verbot des Tragens von Kopftüchern in der Öffentlichkeit neutral zu formulieren. Auch kann das Argument, dass das Gesicht bei der Interaktion eine wichtige Rolle spiele, nicht mehr geführt werden, womit eigentlich nur bereichsspezifische Verbote bleiben, die bei sachlicher

¹¹⁶ Entschließungsantrag 858/UEA XXV. GP, 1; in Bezug genommen wird: Welt, Kopftuch tragen zählt nicht zu den Menschenrechten, 26.11.2015, <https://welt.de/politik/deutschland/article149309204/Kopftuch-tragen-zaeahlt-nicht-zu-den-Menschenrechten.html>.

¹¹⁷ EGMR 26.11.2015, 64846/11 (Ebrahimian gg Frankreich).

¹¹⁸ „*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances*“.

¹¹⁹ Vgl EGMR 26.11.2015, 64846/11 (Ebrahimian gg Frankreich), insb Rn 65 ff.

¹²⁰ Hierauf hinweisend auch *Alvarado-Dupuy*, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz, Juridikum 2/2017, 152 (155).

¹²¹ Vgl hierzu *Ennöckl*, "Nun sag, wie hast du's mit der Religion?" ZfV 2016, 395 (397, 399); *Potz*, Religion im säkularen Staat, in: *Jabloner/Olechowski/Zeleny* (Hg), *Secular Religion* (2013) 59 (59 ff); *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 10 f, 17, 42 f.

Rechtfertigung das sichtbare Tragen *aller* religiösen, politischen oder philosophischen Zeichen ungeachtet ihrer kulturellen, ideologischen oder geistesgeschichtlichen Herkunft verbieten müssten.

2.1.3 Die Würde und das ‚Schaubjekt‘

Im Folgenden werden die Lücken und Auslassungen in den Gesetzgebungsmaterialien und in der Nationalratsdebatte zum AGesVG ins Visier genommen. Als Auftakt bietet sich folgende Wortmeldung des Abgeordneten *August Wöginger* (ÖVP) an:

„Wenn ich hinausgehe, dann will ich den Menschen ins Gesicht schauen, sie sehen können. (Abg. Korun: Das wollen wir alle!) Man muss in einer offenen Gesellschaft verlangen können, dass sich die Menschen, die zu uns kommen, nicht zuhängen können, sodass man bestenfalls die Augenschlitze sieht.“ [199]

Wöginger geht es also darum, das Gesicht der Frau (denn um nichts anderes geht es doch mit dem ‚Burkaverbot‘) beschauen zu können – und zwar auch dann, wenn er nicht mit ihr kommuniziert. Ist Frau denn ein ‚Schaubjekt‘? Und müsste diese Forderung nicht auch gegenüber einem vollbärtigen Mann aufgestellt werden?

Die Wortmeldung von *Wöginger* vergegenwärtigt in besonderer Weise, dass Erwägungen zur Menschenwürde, zum Persönlichkeitsschutz oder zum Schutz der Privatsphäre sowohl in den Gesetzgebungsmaterialien wie auch in der parlamentarischen Debatte zum AGesVG gänzlich fehlen. Die gesetzgebende Instanz verlässt sich zur Begründung und Rechtfertigung des Gesichtsverhüllungsverbots vielmehr auf das Argument der „Ermöglichung zwischenmenschlicher Kommunikation“¹²² und stellt die Angemessenheit des Eingriffs außer Diskussion. Dies bedarf einer näheren Betrachtung.

2.1.3.1 Das Konzept der Menschenwürde

Im Hinblick auf das Konzept der Menschenwürde muss etwas weiter ausgeholt werden. Das österreichische Verfassungsrecht enthält nämlich, anders als das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, keinen ausdrücklichen Grundsatz der Menschenwürde. Die Verankerung der Menschenwürde im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), das am 24. Mai 1949 in Kraft trat, erfolgte in Anbetracht der Gräueltaten des Zweiten Weltkrieges und der nationalsozialistischen Diktatur.¹²³ Die Garantie der Menschenwürde des

¹²² ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 11 (zu § 1 AGesVG); sowie beinahe wortgleich Vorblatt und WFA zu 1586 BlgNR XXV. GP, 3.

¹²³ Vgl. zB *Epping*, Grundrechte (2017) Rn 590; *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (2017) GG Art 1 Abs 1, Rn 1 f.

Art 1 Abs 1 GG¹²⁴, die „den Eigenwert des Menschen gegenüber Zugriffen und Zumutungen von Staat und Gesellschaft [achtet]“¹²⁵, gilt als oberstes Konstitutionsprinzip und höchster Rechtswert der Rechtsordnung¹²⁶ und ist durch die in Art 79 Abs 3 GG verankerte sogenannte „Ewigkeitsgarantie“, der zufolge eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die in den Art 1 bis 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig ist, abgesichert.¹²⁷ Der Grundsatz der Menschenwürde darf daher keinem Gesetzesvorbehalt unterworfen werden, selbst eine Einschränkung zum Schutze der Menschenwürde anderer ist nicht zulässig.¹²⁸

In Österreich findet sich der Begriff der Menschenwürde auf verfassungsrechtlicher Ebene lediglich in Art 1 Abs 4 des B-VG über den Schutz der persönlichen Freiheit, welcher bestimmt, dass, wer festgenommen oder angehalten wird, unter Achtung der Menschenwürde und mit möglichster Schonung der Person zu behandeln ist. Ein genereller, die Menschenwürde gewährleistender Grundsatz findet sich in der österreichischen Verfassungsordnung nicht. In der österreichischen verfassungsrechtlichen Literatur besteht im Hinblick auf den Grundsatz der Menschenwürde allerdings Einigkeit, dass dieser den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten als Leitgedanke hinterlegt ist. Strittig und entlang der Rechtsprechung des VfGH, der den Grundsatz der Menschenwürde bislang nur den „allgemeinen Wertungsgrundsätzen unserer Rechtsordnung“¹²⁹ zugeordnet hat, zu verneinen ist hingegen die Frage, ob es sich um ein eigenständiges verfassungsrechtlich geschütztes Recht oder Schutzgut handelt.¹³⁰

Im Vergleich zu dem das deutsche Grundgesetz anleitenden Grundsatz der Menschenwürde, dem selbst „Ewigkeitsgarantie“ zugesichert ist, dürfte dem in Österreich als allgemeiner Wertungsgrundsatz verstandenen Konzept der Menschenwürde eine etwas abgeschwächte Bedeutung und Schutzwirkung zukommen. Eventuell ist der Umstand, dass dem Grundsatz der Menschenwürde in Deutschland der oberste Rang eingeräumt wird, nebst der unterschiedlichen

¹²⁴ Art 1 Abs 1 GG lautet: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“.

¹²⁵ So Herdegen, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (2017) GG Art 1 Abs 1, Rn 1.

¹²⁶ Vgl Herdegen, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (2017) GG Art 1 Abs 1, Rn 4 (mit weiteren Nachweisen).

¹²⁷ Vgl Epping, Grundrechte (2017) Rn 591; Herdegen, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (2017) GG Art 1 Abs 1, Rn 4.

¹²⁸ Vgl BVerfG 15.02.2006, 1 BvR 357/05 (Luftsicherheitsgesetz).

¹²⁹ VfGH 10.12.1993, G167/92, V75/92, V76/92, V77/92, V78/92. IdS auch Greif/Ulrich, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 71.

¹³⁰ Vgl insb Kneihls, Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 9 Rn 57 f (der auch Ansätze zur Verortung der Menschenwürde im positiven Bundesverfassungsrecht diskutiert, vgl Rn 60 ff); Kopetzki, Altes und Neues zur Präimplantationsdiagnostik, JRP 2012, 317 (322 f); und Pernthaler, Braucht ein positivrechtlicher Grundrechtskatalog das Rechtsprinzip der Menschenwürde? In: *Akyürek/Schäffer* (Hg), Staat und Recht in europäischer Perspektive (2006) 613; jeweils mit weiteren Nachweisen. Grundlegend Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988) 171 ff.

politischen Konstellation, auch mitverantwortlich dafür, dass die Wertungsunterschiede zwischen ‚Haar- und Barttracht‘ und ‚Schleier‘ geringer ausfallen und in Deutschland (bislang) kein generelles Verbot des Tragens eines Schleiers im öffentlichen Raum besteht.

Dies sei ausgehend von einer Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts betreffend die Haar- und Barttracht näher erörtert. Gegenstand der Beschwerde war die zwangsweise Veränderung der Haar- und Barttracht eines Beschuldigten zum Zwecke seiner Gegenüberstellung mit Zeugen. Hierzu stellte das BVerfG fest, dass eine solche Maßnahme, soweit mit ihr lediglich der Zweck einer Gegenüberstellung mit Zeugen verfolgt wird und sofern dem nicht besondere Umstände des Einzelfalls entgegenstehen, keinen Verstoß gegen die durch Art 1 Abs 1 GG garantierte Menschenwürde des Beschuldigten darstelle,¹³¹ denn es treffe in diesem Fall nicht zu, dass der Beschuldigte hierdurch zu einem bloßen ‚Schaubjekt‘ erniedrigt werde. Auch dienten solche Maßnahmen weder der Herabwürdigung noch sonstigen rechtlich zu missbilligenden Zwecken, sondern unmittelbar der rechtsstaatlich gebotenen Aufklärung von Straftaten.¹³²

Dem ist nun sehr klar zu entnehmen, dass eine zwangsweise Veränderung der Haar- und Barttracht einer besonderen Rechtfertigung bedarf und nicht ohne unmittelbaren und konkreten (hier strafrechtlich begründeten) Anlass erfolgen darf. Außer Frage steht damit, dass eine anlasslose Veränderung der Haar- und Barttracht einen Eingriff in den Grundsatz der Menschenwürde des Art 1 Abs 1 GG darstellt¹³³ – und die Person zum bloßen ‚Schaubjekt‘ erniedrigt.

Werden diese Prämissen auf die zwangsweise ‚Entschleierung‘ (oder sonstige zwangsweise Enthüllung oder Entblößung) übertragen, so stellt die zwangsweise Verpflichtung, anlasslos und verdachtslos den Schleier abnehmen (oder sich sonst entblößen) zu müssen, einen unzulässigen Eingriff in den Grundsatz der Menschenwürde dar, der die Person zum bloßen ‚Schaubjekt‘ erniedrigt. Mit Blick auf das österreichische AGesVG käme hinzu, dass eine gewisse Herabwürdigung, wenngleich sich diese nicht unmittelbar gegen die Person, sondern zuvorderst gegen das (unerwünschte) Symbol richtet, ja gerade eben bezweckt wird. Dem entspricht es dann auch, dass in Deutschland kein generelles Verschleierungsverbot besteht, sondern im Jahr 2017 lediglich bereichsspezifische Regelungen der Gesichtsverhüllung

¹³¹ BVerfG 14.02.1978, 2 BvR 406/77 Rn 38.

¹³² BVerfG 14.02.1978, 2 BvR 406/77 Rn 38.

¹³³ So auch *Teifke*, Das Prinzip Menschenwürde (2011) 30.

erlassen wurden, die bestimmte Bereiche des öffentlichen Dienstes wie auch das Mitwirken bei einer (notwendigen) Identitätsfeststellung oder einem Lichtbildabgleich betreffen.¹³⁴

Entlang des Art 1 Abs 4 des B-VG über den Schutz der persönlichen Freiheit, wonach Festgenommene oder Angehaltene unter Achtung der Menschenwürde und mit möglichster Schonung der Person zu behandeln sind, müsste auch der österreichische VfGH zu dem Ergebnis gelangen, dass die anlasslose, zwangsweise Veränderung der Haar- und Barttracht oder die anlasslose, zwangsweise Verpflichtung, sich zu entblößen, als Verstoß gegen die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte zu werten ist. Obgleich die Menschenwürde in Österreich nicht ausdrücklich als anleitendes Verfassungsprinzip formuliert ist, ist es schlussendlich nicht zu rechtfertigen, dass bei Verboten der Verhüllung des Gesichts oder des Hauptes das Argument der Menschenwürde und die Frage nach der Vereinbarkeit mit den Grundrechten insgesamt vernachlässigt oder, wie dies im Gesetzgebungsprozesses des AGesVG der Fall war, gar gänzlich ausgeblendet werden. Auch in diesem Punkt lohnt sich ein Blick nach Deutschland, denn anders als die österreichische WFA zum AGesVG beschäftigte sich die Abteilung Wissenschaftliche Dienste des Bundestags (WDdtBT) intensiv mit der Grundrechtskonformität eines allfälligen Verbots der Gesichtverschleierung im öffentlichen Raum.¹³⁵

2.1.3.2 Das Gesichtsverhüllungsverbot aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Menschenwürde des deutschen Grundgesetzes

Den rechtlichen Erwägungen der WDdtBT ist voranzuschicken, dass die EMRK in Deutschland lediglich im Rang eines Bundesgesetzes und damit unter dem Grundgesetz steht.¹³⁶ Das deutsche BVerfG zieht die Rechtsprechung des EGMR jedoch als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes heran.¹³⁷ Dies jedoch nicht ohne zu betonen, dass die

¹³⁴ Vgl das Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtsverhüllung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften, BGBl I 36/2017 vom 14.06.2017. Hinzu treten Regelungen der Länder, die in unterschiedlichem Umfang das Tragen religiöser Symbole in Ausübung eines öffentlichen Amtes verbieten. Zur Zulässigkeit solcher bereichsspezifischer Regelungen nach deutschem Recht vgl insb *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, Zur Vereinbarkeit eines Kopftuchverbots und eines Burkaverbots mit dem deutschen Recht, WDdtBT 3 - 3000 - 112/10; sowie *ders*, Burka-Verbot in öffentlichen Gebäuden. Lassen sich Burkas in Öffentlichen Gebäuden verbieten? WDdtBT 3 - 3000 - 444/10.

¹³⁵ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, Zur Verfassungsmäßigkeit eines Verbots der Gesichtverschleierung. Unter besonderer Berücksichtigung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1. Juli 2014 – Az.: 43835/11, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14.

¹³⁶ Vgl verbundene Rechtssachen BVerfG 04.05.2011, 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10, Rn 86.

¹³⁷ Vgl BVerfG 26.03.1987, 2 BvR 589/79, Rn 39.

Heranziehung der Rechtsprechung des EGMR nicht zur Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führen dürfe.¹³⁸

An erster Stelle prüften die WDdtBT das im Verhältnis zum Grundsatz der Menschenwürde spezifischere Grundrecht der Religionsfreiheit des Art 4 GG¹³⁹ und bejahten einen verfassungswidrigen Eingriff, zumal das Grundgesetz keinen Gesetzesvorbehalt vorsehe.¹⁴⁰ Die WDdtBT differenzierten in diesem Punkt sehr genau und setzten für maßgeblich, dass das Tragen einer Burka von den Betroffenen als verbindlich vorgeschrieben empfunden wird;¹⁴¹ soweit die Burka aus anderen Motiven, etwa aufgrund äußeren Zwangs oder zur öffentlichen Demonstration der Ungleichheit von Mann und Frau, getragen werde, unterstehe dies nicht dem Schutz der Religionsfreiheit.¹⁴²

In der Folge prüften die WDdtBT – mit negativem Ergebnis – einige weitere Argumente, die zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in die Religionsfreiheit von verschiedenen Seiten vorgebracht worden waren. Eines hiervon ist das Argument der Gleichberechtigung der Geschlechter, unter welchem die WDdtBT – da vereinzelt vertreten werde, dass die Burka ein Instrument der Unterdrückung der Frau sei – prüften, ob ein Verbot der Gesichtsverschleierung im öffentlichen Raum mit dem Gebot der Gleichberechtigung (Art 3 Abs 2 GG) gerechtfertigt werden kann. In dieser Frage schlossen sich die WDdtBT der Rechtsmeinung des EGMR in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich¹⁴³ an und wiesen das Argument zurück, da anderenfalls Personen vor der Ausübung ihrer eigenen Rechte und Freiheiten geschützt würden.¹⁴⁴ Auch hier formulierten die WDdtBT sehr genau und schlossen ihre rechtlichen Erwägungen mit der Feststellung ab, dass nach dem Grundgesetz ein Verbot des *freiwilligen* Tragens einer Burka nicht mit dem Gleichberechtigungsgebot gerechtfertigt werden könne.¹⁴⁵

Ähnlich widerstimmig ist das Argument, dass es zum Schutze der Menschenwürde erforderlich sei, ein Verbot der Gesichtsverschleierung im öffentlichen Raum zu erlassen, denn auch hier wird das Grundrecht in gewisser Weise in sich selbst verkehrt. Konsequenterweise vertraten die

¹³⁸ Vgl. verbundene Rechtssachen BVerfG 04.05.2011, 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10, Rn 88.

¹³⁹ Art 4 Abs 1 und 2 GG lauten wie folgt: „(1) Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich. (2) Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet“.

¹⁴⁰ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14, 8.

¹⁴¹ IdS. auch BVerfG 24.09.2003, 2 BvR 1436/02, Rn 40.

¹⁴² *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14, 7.

¹⁴³ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg. Frankreich).

¹⁴⁴ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14, 9.

¹⁴⁵ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14, 10.

WDdtBT hierzu die Rechtsansicht, dass ein Verbot, das Frauen zu ihrem eigenen Schutz auch das freiwillige Tragen einer Burka untersagt, nicht mit dem Schutz der Menschenwürde gerechtfertigt werden könne und sich nur Maßnahmen, die sich ausschließlich gegen das aufgenötigte Tragen einer Burka auf den Schutz der Menschenwürde bzw den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – das aus dem Grundsatz der Menschenwürde des Art 1 Abs 1 GG iVm dem Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Art 2 Abs 1 GG abgeleitet wird – stützen ließen. Hier schlossen die WDdtBT ihre Erwägungen sehr treffend mit dem Hinweis darauf ab, dass nicht alles, was unerwünscht ist, jedoch sogleich verboten werden könne.¹⁴⁶

Es sei darauf hingewiesen, dass sich die WDdtBT mit der (gegenläufigen) Frage, ob ein Verbot der Gesichtsverschleierung im öffentlichen Raum (sofern der Schleier freiwillig getragen wird) einen Eingriff in die Menschenwürde der betroffenen Frau darstellt, nicht gesondert befassen mussten, da sie bereits einen unzulässigen Eingriff in die Religionsfreiheit bejahten. Da sich dieser Eingriff nach Rechtsansicht der WDdtBT nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt, erachteten sie schlussendlich ein entsprechendes einfachgesetzliches Verbot als nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.

Damit bleibt allerdings noch die Frage offen, ob ein Verbot der Gesichtsverschleierung denn nicht auf Ebene des Grundgesetzes angesiedelt werden könnte. Hier bildet die in Art 79 Abs 3 GG gewährleistete Ewigkeitsgarantie – wonach Änderungen des Grundgesetzes, durch welche die in Art 1 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig sind – die Hürde. Im Hinblick auf den Menschenwürdegehalt der Religionsfreiheit, also den unantastbaren Kernbereich dieses Grundrechts, werden in der Literatur jedoch unterschiedliche Meinungen vertreten.¹⁴⁷ Die WDdtBT äußerten hierzu, dass die das Tragen religiöser Bekleidung schützende Religionsfreiheit sehr wohl eine Konkretisierung der in Art 1 Abs 1 GG geschützten Menschenwürde sei¹⁴⁸ und zum unantastbaren Menschenwürdekern gehören dürfte,¹⁴⁹ beließen es in Anbetracht der ungelösten Frage des konkreten Menschenwürdegehaltes der Religionsfreiheit jedoch bei dem Hinweis, dass die Aufnahme eines Verbots der Gesichtsverschleierung in das Grundgesetz „zumindest nicht unproblematisch“¹⁵⁰ sei.

¹⁴⁶ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14, 10 f.

¹⁴⁷ Den Meinungsstand in der Literatur zusammenfassend *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, Das Tragen einer Burka im öffentlichen Raum, WDdtBT 3 - 3000 - 046/10, 10 ff.

¹⁴⁸ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 046/10, 10 f.

¹⁴⁹ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 046/10, 12.

¹⁵⁰ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14, 16.

Auch vor dem Hintergrund des deutschen Grundgesetzes und dem dort verankerten Grundsatz der Menschenwürde ist ein Gesichtsverschleierungsverbot somit nicht gänzlich ausgeschlossen. Es bedürfte jedoch einer Regelung auf Ebene des Verfassungsrechts und es ist denkbar, dass das deutsche BVerfG, das wiederholt die enge Beziehung zwischen der Religionsfreiheit und dem „obersten Verfassungswert der Menschenwürde“¹⁵¹ betonte,¹⁵² hierin dennoch einen Verstoß gegen das Grundgesetz sehen könnte. Darüber hinaus ist entlang der Argumentation der WDdtBT, die das freiwillige Tragen eines Schleiers bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung säuberlich vom aufgenötigten Schleier trennt, zu bemerken, dass unter dem Grundsatz der Menschenwürde des Art 1 Abs 1 GG und insbesondere auch unter dem aus Art 1 Abs 1 GG iVm Art 2 Abs 1 GG abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht die Autonomie, das heißt die Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der einzelnen Person, Achtung findet. In diesem Sinne befand der WDdtBT, dass ein Verbot, welches Frauen zu ihrem eigenen Schutz auch das freiwillige Tragen einer Burka untersagt, nicht mit dem Schutz der Menschenwürde gerechtfertigt werden kann; ein Verbot hingegen, welches Frauen davor schützen soll, gegen ihren Willen zum Tragen einer Burka gezwungen zu sein, verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist und keine Verletzung der Religionsfreiheit darstellt, da sich Maßnahmen gegen das aufgenötigte Tragen einer Burka sehr wohl auf den Schutz der Menschenwürde bzw des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stützen lassen.¹⁵³

2.1.3.3 Die Menschenwürde und die „angeborenen Rechte“ (§ 16 ABGB)

Etwas stärker als auf verfassungsrechtlicher Ebene macht sich das Konzept der Menschenwürde in Österreich in der Rechtsprechung des OGH bemerkbar. Denn der OGH lässt das Konzept der Menschenwürde in § 16 ABGB, der unter dem Titel „Angeborene Rechte“ steht, einfließen. In Satz 1 des § 16 ABGB ist folgende Generalnorm formuliert: „Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten“. Diese Bestimmung gilt als eine „Zentralnorm“¹⁵⁴ der österreichischen Rechtsordnung, durch welche die allgemeine Wertvorstellung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte in die Privatrechtsordnung einfließen und welche die Grundlage für die Einräumung von subjektiven Persönlichkeitsrechten bildet.¹⁵⁵ Wie der OGH in stRsp ausführt, ist § 16 ABGB nämlich nicht bloß Programmsatz, sondern vielmehr eine zentrale, die Persönlichkeit als

¹⁵¹ BVerfG 24.09.2003, 2 BvR 1436/02, Rn 53.

¹⁵² Vgl BVerfG 24.09.2003, 2 BvR 1436/02, Rn 53; BVerfG 16.10.1979, 1 BvR 647/70 und 7/74, Rn 63.

¹⁵³ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14, 10.

¹⁵⁴ So OGH 24.11.1992, 4 Ob 98/92; OGH 25.05.2000, 1 Ob 341/99z.

¹⁵⁵ So Egger, in: *Schwimann/Neumayr*, ABGB (2017) § 16 ABGB, Rn 1.

Grundwert anerkennende Norm, die der einzelnen Person subjektive Rechte einräumt und in ihrem Kernbereich die Menschenwürde schützt.¹⁵⁶

Gem § 17 ABGB wird, „[w]as den angeborenen natürlichen Rechten angemessen ist, [...] so lange als bestehend angenommen, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen wird“. Dies bedeutet, dass das Bestehen von „angeborenen Rechten“ gem § 17 ABGB vermutet wird und eine gesetzliche Beschränkung (oder auch eine behauptete Nichtexistenz eines „angeborenen Rechts“) bewiesen werden muss.¹⁵⁷ Daraus resultiert nach hL auch, dass eine Beschränkung der „angeborenen Rechte“ durch Gesetz (oder auch Rechtsgeschäft) grundsätzlich möglich ist.¹⁵⁸

Unter § 16 ABGB bildete der OGH in kasuistischer Rechtsprechung eine Mehrzahl an Persönlichkeitsrechten aus, wie etwa das Verbot der Diskriminierung, das Recht auf Ehre, das Recht auf Wahrung der körperlichen Unversehrtheit, das Recht auf Wahrung der Geheimsphäre, das Recht am eigenen Bild, das Persönlichkeitsrecht auf Freiheit – das die körperliche Bewegungsfreiheit gleichermaßen erfasst wie die Willensbildungsfreiheit – oder auch das Recht auf Schutz der Privatsphäre.¹⁵⁹

Wenngleich es sich bei diesen der einzelnen Person eingeräumten Persönlichkeitsrechte um absolute Rechte handelt, die als solche den Schutz gegen Eingriffe Dritter genießen,¹⁶⁰ so ist zu bedenken, dass es sich um eine zivilrechtliche Generalklausel handelt, die im Verhältnis von Privaten untereinander zur Anwendung kommt, womit der Schutzbereich des jeweiligen Persönlichkeitsrechts durch eine umfassende Güter- und Interessensabwägung im konkreten Einzelfall zu konkretisieren ist, also die Grundrechtsinteressen der Betroffenen gegeneinander abzuwägen sind.¹⁶¹ Die Grundrechte kommen hier lediglich in mittelbarer Drittwirkung zu tragen, indem das in der Grundrechtsordnung verankerte Wertesystem über die Generalklausel des § 16 ABGB in die Auslegung dieser Norm einfließt. Da es hierbei, anders als im Verhältnis

¹⁵⁶ Vgl insb OGH 24.11.1992, 4 Ob 98/92; OGH 25.05.2000, 1 Ob 341/99z sowie den RIS Rechtssatz RS0008993. Siehe hierzu auch *Holzleithner*, Bekleidungsvorschriften und Genderperformance am Arbeitsplatz, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 251 (255 ff).

¹⁵⁷ Vgl insb OGH 13.11.2001, 5 Ob 185/01v.

¹⁵⁸ Vgl *Egger*, in: *Schwimann/Neumayr*, ABGB (2017) § 17 ABGB, Rn 1.

¹⁵⁹ Ausführlicher *Egger*, in: *Schwimann/Neumayr*, ABGB (2017) § 16 ABGB, Rn 6 ff.

¹⁶⁰ Vgl insb OGH 14.03.2000, 4 Ob 59/00f; OGH 22.05.2014, 2 Ob 28/14b sowie den RIS Rechtssatz RS0008999.

¹⁶¹ Vgl hierzu zB *Egger*, in: *Schwimann/Neumayr*, ABGB (2017) § 16 ABGB, Rn 4.

zwischen Person und Staat, einer Abwägung der maßgebenden Interessen bedarf, ist der Grundrechtsschutz allerdings abgeschwächt.¹⁶²

Zur Veranschaulichung der Anwendung der Persönlichkeitsrechte sei an dieser Stelle kurz auf das im Zuge der Rechtsprechungsanalyse noch näher zu besprechende Urteil des OGH zum Tragen eines rosafarbenen Haarbandes zur Bändigung der Haartracht, das im arbeitsrechtlichen Kontext erging, vorgegriffen.¹⁶³ In dieser Entscheidung unterstellte der OGH das rosa Haarband wie auch die Haartracht, die ein (männlicher) Busfahrer während des Dienstes trug, dem Schutz des aus §§ 16 und 17 ABGB und Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) abzuleitenden Persönlichkeitsrechts auf Wahrung der Privatsphäre und gelangte in der daraufhin angestellten Interessensabwägung zu dem Ergebnis, dass in gegebener Konstellation die Persönlichkeitsrechte des beklagten Busfahrers die betrieblichen Interessen der Arbeitgeberin und Klägerin an einem einheitlichen Erscheinungsbild des im Fahrbetrieb tätigen Personals überwiegen.

Auch ein Verbot, ein Kopftuch, eine Abaya oder einen Gesichtsschleier zu tragen, stellt einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte nach § 16 ABGB und Art 8 EMRK dar, da es die betroffene Person darin beschränkt, das persönliche Erscheinungsbild nach eigenem Ermessen festzulegen.¹⁶⁴ Für das Tragen eines Gesichtsschleiers an öffentlichen Orten scheidet ein allfälliger persönlichkeitsrechtlicher Schutz seit Inkrafttreten des AGesVG aber von vornherein aus, da hiermit nunmehr eine gesetzesmäßige Beschränkung im Sinne des § 17 ABGB vorliegt.

2.1.3.4 „Schaubjekt“ oder Kommunikationssubjekt?

Wie in Kapitel 2.1 ausgeführt wurde, stützten sich die WFA und die RV zur Begründung und Rechtfertigung des Gesichtsverhüllungsverbots auf das Argument der „Ermöglichung zwischenmenschlicher Interaktion“¹⁶⁵, für die das Erkennen des Anderen bzw dessen Gesichts eine notwendige Voraussetzung sei.

In der Nationalratsdebatte fehlte dieses Kommunikationsargument allerdings weitgehend. Einzig *Harald Troch* (SPÖ) nahm hierauf unmittelbar Bezug und merkte an, dass zu einer offenen Gesellschaft auch eine offene Kommunikation dazugehöre [237], wobei ihn der Schleier stört. Doch auch er erachtet die Maßnahme gegen die Vollverschleierung

¹⁶² Zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte vgl. *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht (2015) Rn 1334 ff.

¹⁶³ OGH 24.09.2015, 9 Ob A 82/15x. Vgl hierzu noch Kapitel 4.2.3.2.

¹⁶⁴ So der OGH in OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v, Rechtliche Beurteilung I.4.2.1.

¹⁶⁵ Vorblatt und WFA zu 1586 BlgNR XXV. GP, 3; sowie beinahe wortgleich ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 11 (zu § 1 AGesVG).

schlussendlich als einen Akt der Verteidigung der offenen Gesellschaft, wozu sie ihre Grundsätze klar zu formulieren und zu benennen habe [237]. Von „der Teilhabe an der Gesellschaft“ (§ 1 AGesVG) ist im Zusammenhang mit dem Gesichtsverhüllungsverbot nirgendwo die Rede.

Auch dem Abgeordneten *August Wöginger* (ÖVP) geht es, wie aus dem dieses Kapitel einleitenden Zitat (2.1.3) hervorgeht, nicht um Kommunikation oder Teilhabe der ‚Anderen‘, sondern nur darum, „den Menschen ins Gesicht schauen, sie sehen [zu] können“ [199], unabhängig davon, ob er mit ihnen kommuniziert. Mit „den Menschen“ meint er diejenigen, die sich „zuhängen [...], sodass man bestenfalls die Augenschlitze sieht“ [199]. Der Kontext und die Verwendung des Wortes ‚Zuhängen‘ legen nahe, dass er damit ausschließlich (verschleierte) Frauen meint, die er beschauen können will, nicht aber auch vollbärtige Männer – zumal bei vollbärtigen Männern nebst den Augenschlitzen auch die Nase sichtbar ist. Damit degradiert er die Frau allerdings zum Schauobjekt.

Auch im Hinblick auf das Argument der Ermöglichung zwischenmenschlicher Kommunikation erweist sich der Blick in die Erwägungen der WDdtBT zur Vereinbarkeit eines Verbots der Gesichtverschleierung mit dem Grundgesetz als interessant. Den Ausgangspunkt nahmen die WDdtBT in dieser Frage bei der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *S.A.S. gegen Frankreich*, in welcher der EGMR feststellte, dass es zu den Aufgaben des Staates gehöre, die Bedingungen für das Zusammenleben der Menschen in ihrer Unterschiedlichkeit zu garantieren¹⁶⁶ – und Frankreich hinsichtlich der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Verbots der Gesichtverschleierung einen weiten Ermessensspielraum besitze.¹⁶⁷

Diese Erwägungen des EGMR lassen sich nach Rechtsansicht der WDdtBT jedoch nicht auf Deutschland übertragen, denn ein Rechtsgut mit Verfassungsrang, das der Argumentation des EGMR entspricht und wie es vielleicht im französischen Ideal der Brüderlichkeit gefunden werden könne, existiere in Deutschland nicht.¹⁶⁸ Zwar anerkenne das BVerfG die Aufgabe des Staates der Gewährleistung friedlicher Koexistenz unterschiedlicher Religionen und Weltanschauungen, es leite daraus aber keine Befugnis zur Einschränkung der Religionsfreiheit, sondern ganz im Gegenteil die Pflicht des Staates zur Wahrung von Neutralität ab.¹⁶⁹ Ein solches Rechtsgut ist nun auch entlang des österreichischen

¹⁶⁶ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (*S.A.S. gg Frankreich*) Rn 142.

¹⁶⁷ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (*S.A.S. gg Frankreich*) Rn 155.

¹⁶⁸ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14, 13 und 14.

¹⁶⁹ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14, 14. Die WDdtBT verweisen an dieser Stelle auf den sogenannten „Kruzifix-Beschluss“, BVerfGE 93, 1 (16).

Verfassungsrechts nicht ersichtlich. Von Relevanz scheint an dieser Stelle jedoch nicht die Rechtslage zu sein, sondern die Argumentation. Die österreichische gesetzgebende Instanz hat kein Verbot der Verschleierung, sondern ein Verbot der Gesichtsverhüllung erlassen. Indem sie dieses Verbot neutral formuliert, will sie darin keinen Verstoß gegen die Religionsfreiheit erblicken und wehrt damit gleichzeitig eine Abwägung der gegenläufigen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter ab.¹⁷⁰

Die WDdtBT bringen jedoch noch ein weiteres Argument vor, das auch oder gerade im Hinblick auf ein Verbot der Gesichtsverhüllung nicht von der Hand zu weisen ist. Sie stellen nämlich in Anbetracht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art 1 Abs 1 GG iVm Art 2 Abs 1 GG) in Frage, ob ein Verbot der Gesichtsverschleierung, das der Gewährleistung zwischenmenschlicher Beziehungen dient, ein legitimes Ziel verfolgt. Denn indem das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung gewähre, in dem die einzelne Person ihre Individualität entwickeln und wahren kann, schütze das Grundrecht nämlich auch das Recht, nicht zu kommunizieren und zu anderen Personen in der Öffentlichkeit keinen Kontakt aufzunehmen.¹⁷¹

Gleiches ist allerdings auch aus der EMRK, die in Österreich im Verfassungsrang steht, nämlich aus dem in Art 8 EMRK verbürgten Recht auf Achtung der Privatsphäre, das auch die Ablehnung zwischenmenschlicher Beziehungen als wesentlichen Bestandteil der freien Entfaltung der Persönlichkeit und damit des Privatlebens schützt,¹⁷² abzuleiten. Auch bedeutet die Freiheit der Meinungsäußerung (Art 10 EMRK) nicht, dass das Gegenüber auf eine getätigte Äußerung erwidern, mit der sich äußernden Person sonst kommunizieren oder gar ihre Ansicht teilen müsste. Die Freiheit der Meinungsäußerung verbürgt ja gerade eben auch die Freiheit, sich nicht äußern zu müssen; sie richtet sich vielmehr gegen erzwungenes Schweigen.¹⁷³ Solche Argumente und Abwägungen fehlen in den Gesetzgebungsmaterialien und in der parlamentarischen Debatte zum österreichischen AGesVG zur Gänze. Stattdessen wird das Recht auf Privatheit diskussionslos durch die Verpflichtung der Frau zur Kommunikationsoffenheit ersetzt, was bedeutet, dass Frau sich ‚anschauen lassen‘ und

¹⁷⁰ Vgl auch *Holzleithner*, Zum Verbot der Gesichtsverhüllung, *Femina Politica* 1/2018, 127 (129), die anmerkt, dass die inhaltliche Verschiebung (Verbot der Gesichtsverhüllung statt Verbot der Vollverschleierung) als notwendig erachtet wurde, um das Gesetz nicht in den Verdacht der Diskriminierung aufgrund Religion geraten zu lassen (was mit Blick auf das Grundrecht auf Religionsfreiheit problematisch wäre).

¹⁷¹ *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, WDdtBT 3 - 3000 - 302/14, 14 f.

¹⁷² So *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2016) § 22 Rn 14. *Wiederin* spricht allgemeiner von einem „Recht, alleine gelassen zu werden“; vgl *Wiederin*, Schutz der Privatsphäre, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 10 Rn 37.

¹⁷³ Vgl hierzu insb *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht (1999) 155 und 390.

allgemeine Kommunikationswilligkeit zeigen muss. Sie wird somit zur Kommunikationsoffenheit gezwungen und ist zugleich Schauobjekt.

2.1.3.5 Die Würde des Bartes

Es besteht jedoch noch eine weitere Auslassung: Der Bart, der je nach Barttracht ebenfalls eine Gesichtsverhüllung darstellen und die offene Kommunikation mangels Erkennbarkeit des Gesichts beeinträchtigen kann, blieb sowohl in den Gesetzgebungsmaterialien wie auch in der Nationalratsdebatte gänzlich außen vor. Darüber, ob die gesetzgebende Instanz mit der tatbestandlichen Festlegung, dass die Verhüllung des Gesichts „durch Kleidung oder andere Gegenstände“ und nicht die Verhüllung des Gesichts schlechthin verboten ist, bewusst den Bart ausgespart hat oder ob sie mit diesem Tatbestandselement lediglich verhindern wollte, dass der unter Kleidung zu subsumierende Schleier nicht durch andere Gegenstände, etwa durch eine venezianische Maske oder dergleichen, ersetzt wird, lassen sich deshalb nur Vermutungen anstellen.

Zunächst wäre eigentlich darzulegen gewesen, warum die Verschleierung oder Verhüllung des Gesichts die zwischenmenschliche Interaktion und Kommunikation ausschließt, zumal, wie bereits die Sprachtelefonie nahelegt, zwischen ‚ins Gesicht schauen können‘ und ‚kommunizieren oder interagieren können‘ ein beträchtlicher Unterschied liegt. Zudem setzen die Kommunikation und die Interaktion zumindest Zweiseitigkeit voraus, wohingegen die ‚Beschau‘ auch einseitig erfolgen kann. Wird dennoch die Grundannahme gesetzt, dass der Schleier die Interaktion und Kommunikation ganz grundlegend stört, so muss das gleiche aber auch für einen dichten Vollbart gelten, der ebenso die Gesichtszüge verhüllt, nur eben auf männliche Weise.

Allenfalls könnte gesagt werden, dass neben der Augenpartie auch die Nase des Mannes sichtbar bleibt. Es lässt sich jedoch schlecht argumentieren, dass die Sichtbarkeit der Nase für die Kommunikation und Interaktion besonders wichtig wäre. Auch auf die Sichtbarkeit der Ohren kann es nicht ankommen, denn das Tragen von Ohrenschützern und Kopfhörern ist nach wie vor erlaubt, da die Ohren nicht zu den Gesichtszügen zählen. Gerade Kopfhörer sind jedoch hervorragend geeignet, um sich aus der zwischenmenschlichen Kommunikation zurückzuziehen. Schlussendlich erweist sich das Argument der (zwangsweisen) Ermöglichung zwischenmenschlicher Interaktion und Kommunikation in keiner Hinsicht als tragfähig.

Schlussendlich ist nicht einzusehen, warum ein gesichtsverhüllender Bart erlaubt, ein gesichtsverhüllendes Kleidungsstück aber verboten sein soll. Wofür auch immer das männlich konnotierte Symbol ‚Bart‘ oder das weiblich konnotierte Symbol ‚Schleier‘ gesetzt wird,

de facto bewirken sie das gleiche, nämlich die Verhüllung des Gesichts. Doch die Würde des Bartes scheint unantastbar. Erlebt der Bart derzeit doch gar ein Revival und trägt, wie *Christopher Oldstone-Moore* dies formuliert, der postmoderne Mann des 21. Jahrhunderts häufiger wieder Bart als der korporative Mann des 20. Jahrhunderts.¹⁷⁴ Besonders beliebt scheint derzeit der sogenannte Hipster-Vollbart.

Mit der höheren sozialen Präsenz des Bartes korrespondiert auch der Erlass vom 7. Juli 2016 zur Neuregelung der „Verhaltensnormen für Soldatinnen und Soldaten“, der nun auch Mitgliedern der Streitkräfte des Landes gestattet, ihre Gesichter hinter „Voll-, Oberlippen-, Kinn- und Backenbärte[n]“, die allerdings „gepflegt und gestutzt zu halten“ sind, zu verbergen.¹⁷⁵ Hier scheint das Recht respektive der damit bewirkte Persönlichkeitsschutz der Bart-Mode zu folgen. Auch im Polizeidienst sind Bärte gestattet. Die Allgemeine Polizeidienststrichlinie verlangt unter Punkt 2.2. lediglich „ein gepflegtes Erscheinungsbild“¹⁷⁶ und steht daher zumindest einem kurzen und gepflegten (auch Voll-)Bart nicht entgegen.¹⁷⁷ Somit kann es geschehen, dass eine gem § 2 Abs 1 AGesVG zur Enthüllung aufgeforderte Frau womöglich einem bartgetarnten Polizisten gegenübersteht.

2.1.4 Resümee

Das Ergebnis der in diesem Kapitel vorgenommenen Analysen ist ganz eindeutig. Während sich der Gesetzestext samt der Erläuterungen und der WFA neutral halten und vorgeben, dass zwecks „Ermöglichung zwischenmenschlicher Interaktion und Kommunikation“ ein Verbot der Verhüllung der Gesichtszüge statuiert werde, kommt in der Nationalratsdebatte der tatsächliche Wille der gesetzgebenden Instanz ganz unverhohlen zum Ausdruck: „Es wird ein Gesetz beschlossen, das an und für sich wertneutral formuliert ist. Es geht aber natürlich um die Vollverschleierung von Frauen“ [202], um das „sogenannte Burkaverbot“ [235], welches in ein neutrales Gesichtsverhüllungsverbot gegossen wurde, um „legistisch wasserdicht“ [215] zu sein.

¹⁷⁴ *Oldstone-Moore*, Of Beards and Men (2015) 260 ff.

¹⁷⁵ Verlautbarungsblatt I des BM für Landesverteidigung und Sport 45/2016 vom 13.07.2016, GZ S93105/5-MFW/2016 (Verhaltensnormen für Soldatinnen und Soldaten – Neuregelung), Punkt II.2.c.

¹⁷⁶ Allgemeine Polizeidienststrichlinie, 01.12.2010, BMI-OA1300/0245-II/1/b/2010, Punkt 2.2.

¹⁷⁷ Wie einschlägigen Pressemeldungen zu entnehmen ist, ist ein ‚Vollbart naturale‘ (der im konkreten Anlassfall mehr als 30 cm lang war und dessen Träger in dieser Bartkategorie zum Vize-Weltmeister 2015 gekürt wurde) laut Polizeisprecher *Thomas Keiblinger* nicht von dieser Vorschrift gedeckt. Im konkreten Fall scheint der Interessenskonflikt jedoch in „amikalen Gesprächen“ einer Lösung zugeführt worden zu sein; vgl zB ORF Landesstudio Wien, Konflikt um preisgekrönten Bart eines Polizisten, 20.01.2017, <https://wien.orf.at/news/stories/2821132/>.

Der gesetzgebenden Instanz war somit bewusst, dass ein Burkaverbot schlechthin, das eigentlich Gewollte, verfassungsrechtlich nicht wasserdicht ist. Auch kommt in der Nationalratsdebatte sehr klar zum Ausdruck, dass es nicht um die Ermöglichung zwischenmenschlicher Kommunikation geht, sondern gezielt Symbolpolitik betrieben wird: Es sollen „starke Signale für unsere Leitkultur und gegen Parallelgesellschaften“ [235] gesetzt werden, indem der Schleier als Symbol des politischen Islam und der Gegengesellschaft gesetzt und verboten wird. Zudem ist entlang der Nationalratsdebatte bei einigen der Abgeordneten eine gewisse Verrohung der Sprache und der Argumente zu verzeichnen. Selbst der Begriff des „Menschenmaterial[s]“ [193] fällt im Zuge der Diskussion um das Integrationspaket. Es scheint, dass der „Leitkultur“ [235] die Gesetzgebungskultur verlorengegangen ist.

Die Abgeordneten zum Nationalrat erachteten den Schleier (und zum Teil auch das Kopftuch) an erster Stelle als Symbol des politischen Islam, der im Kampf gegen die Gegengesellschaft und zur Bestätigung der Leitkultur verboten werden muss. Hinzu trat die ebenfalls häufig geführte Forderung nach der Anpassung an ‚unsere‘ Kultur, an ‚unsere‘ Tradition und an ‚unser‘ Leben – bis hin zur Anerkennung von ‚heimischer‘ Kost wie Schweinefleisch [232], wobei mit dem Verschleierungsverbot symbolisch gezeigt werden will, „was bei uns gewünscht ist und was eben nicht“ [215]. Dies impliziert ein Verständnis des Schleiers als Symbol eines mangelnden Integrationswillens. Demgegenüber spielte der Schleier (oder das Kopftuch) als Symbol der Unterdrückung oder zumindest als Hinweis darauf, „dass da [...] der Wille der Frau unter Umständen gebrochen wird“ [208] in der Nationalratsdebatte eine nur stark untergeordnete Rolle.¹⁷⁸

Letzteres mag, wie vermutet wurde, auf die Begründbarkeit und Funktion von Strafe zurückzuführen sein, denn wird der Schleier als Zwang und als Instrument zur Unterdrückung oder Versklavung der Frau interpretiert, so wäre nicht das Opfer der Unterdrückung, sondern der Unterdrücker zu bestrafen. Die im AGesVG ausgesetzte Strafe kann somit nur der Störerin gelten; ein Opfer zu bestrafen wäre ein Bruch mit jeglicher moderner Straftheorie. Insoweit ist das in der Debatte ergänzend ins Rennen geführte Argument der Unterdrückung nicht mehr als

¹⁷⁸ Dies bestätigt sich auch in den Analysen von *Hajek/Sauer*, Machen Frauen Frauenpolitik? In: *Blaustrumpf ahoi!* (Hg), „Sie meinen es politisch!“ (2019) 317 (320 ff). Die beiden Autorinnen stellten in ihren Analysen der Nationalratsdebatte zum Integrationspaket fest, dass unter den das AGesVG unterstützenden Frames an erster Stelle das Kopftuch als Symbol des politischen Islam, an zweiter Stelle die Anpassung an ‚unsere‘ Kultur und erst an dritter Stelle das Verhüllungsverbot als Maßnahme gegen die Unterdrückung von Frauen und Mädchen stand. *Hajek/Sauer* nehmen darüber hinaus eine sehr interessante Analyse der Pros und Contras nach Geschlecht und nach Klubzugehörigkeit vor (317 f, 322 f).

eine Instrumentalisierung von Frauenrechten, „um national-populistische Ressentimentpolitik gegen Immigration zu unterfüttern“¹⁷⁹.

Des Weiteren zeigte sich, dass sowohl in den Gesetzgebungsmaterialien wie auch in der Nationalratsdebatte grundlegende Fragen wie die Religionsfreiheit, der Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeitsschutz und der Schutz der Privatsphäre komplett ausgeblendet blieben. An dieser Stelle wurde ein Seitenblick nach Deutschland unternommen, wo die WDdtBT eine sehr gründliche Prüfung der Grundrechtskonformität eines allfälligen Verbotes der Gesichtsverschleierung vorgenommen haben. Die WDdtBT differenzierten hierbei sehr genau zwischen dem freiwilligen und dem aufgezwungenen Tragen eines Schleiers und gelangten zu dem Ergebnis, dass ein Verbot des freiwilligen Tragens einer Burka vor dem Hintergrund des deutschen Grundgesetzes verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden könne. Hierbei erwies sich auch, dass vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Menschenwürde des Art 1 Abs 1 GG und dem verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht – das aus Art 1 Abs 1 GG iVm Art 2 Abs 1 GG abgeleitet wird – der autonomen Entscheidung der Frau für oder gegen den Schleier ein höheres Gewicht eingeräumt wird, als dies entlang der österreichischen Rechtsordnung der Fall ist.

In diesem Zusammenhang wurde auch kritisiert, dass das AGesVG – indem es sich auf die Rechtswohltat der „Ermöglichung zwischenmenschlicher Kommunikation und Interaktion“ mit Frauen beruft – außer Acht lässt, dass das in Art 8 EMRK verbürgte Recht auf Achtung der Privatsphäre auch das Recht auf negative Kommunikationsfreiheit, also darauf, nicht zu kommunizieren und zu anderen Personen in der Öffentlichkeit keinen Kontakt aufzunehmen, beinhaltet und sich aus der verfassungsrechtlichen Ordnung auch sonst keine Pflicht zur Kommunikation ableiten lässt. Wie *Elisabeth Holzleithner* anmerkt, können „[g]erade Frauen jeglicher körperlicher Performance [...] ein trauriges Lied übergriffiger ‚Kontaktaufnahmen‘ im öffentlichen Raum singen“¹⁸⁰.

Schlussendlich wurde auf eine weitere Inkonsequenz aufmerksam gemacht, denn das Tragen eines Bartes, der je nach Barttracht ebenfalls eine Gesichtsverschleierung darstellen und die offene Kommunikation mangels Erkennbarkeit der Gesichtszüge beeinträchtigen kann, bleibt unter dem AGesVG erlaubt. Hierauf wird im Folgekapitel nochmals zurückgekommen.

¹⁷⁹ Entlehnt von *Holzleithner*, Menschenrechte in feministischer Kritik, in: *Leicht/Meisterhans/Löw/Volk* (Hg), *Feministische Kritiken und Menschenrechte* (2016) 21 (30). Zur Instrumentalisierung von Frauenpolitik in der Integrationsdebatte vgl insb auch *Holzleithner/Rössl*, Ein Trojanisches Pferd? In: *Blaustrumpfahoi!* (Hg), „Sie meinen es politisch!“ (2019) 361.

¹⁸⁰ So *Holzleithner*, Mühlen der Ebene, in: *Bargetz/Kreisky/Ludwig*, *Dauerkämpfe* (2017) 55 (59).

2.2 Auslegung und Anwendung des Gesichtsverhüllungsverbots

Gem § 2 Abs 1 AGesVG ist die Verhüllung oder Verbergung der Gesichtszüge an öffentlichen Orten durch Kleidung oder andere Gegenstände, sodass die Gesichtszüge nicht mehr erkennbar sind – soweit keiner der Ausnahmetatbestände des § 2 Abs 2 AGesVG greift – verboten und mit einer Organstrafverfügung zu belegen. Im Folgenden wird, ausgehend vom Wortlaut des § 2 AGesVG und unter Hinzuziehung der Erläuterungen zur RV, der Gesetzestext des Verhüllungsverbots und der Ausnahmeregelungen im Detail analysiert. Zudem wird entlang von Pressemeldungen (offizielle Statistiken oder Berichte liegen nicht vor) versucht, die Anwendungspraxis des Gesichtsverhüllungsverbots festzumachen. Hierzu werden als weitere Hilfsmittel auch das Merkblatt und der Informationsfolder des BMI zum Gesichtsverhüllungsverbot herangezogen.

Der Wortlaut des Verbots der Verhüllung des Gesichts des § 2 AGesVG lautet wie folgt:

Verhüllungsverbot

§ 2. (1) Wer an öffentlichen Orten oder in öffentlichen Gebäuden seine Gesichtszüge durch Kleidung oder andere Gegenstände in einer Weise verhüllt oder verbirgt, dass sie nicht mehr erkennbar sind, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 150 Euro zu bestrafen. Die Verwaltungsübertretung kann durch Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG in der Höhe von bis zu 150 Euro geahndet werden. Öffentliche Orte oder öffentliche Gebäude sind Orte, die von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden können, einschließlich der nicht ortsfesten Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs.

(2) Ein Verstoß gegen das Verhüllungsverbot gemäß Abs. 1 liegt nicht vor, wenn die Verhüllung oder Verbergung der Gesichtszüge durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, im Rahmen künstlerischer, kultureller oder traditioneller Veranstaltungen oder im Rahmen der Sportausübung erfolgt oder gesundheitliche oder berufliche Gründe hat.

2.2.1 Die Verhüllung der Gesichtszüge

An erster Stelle ist zu hinterfragen, wann eine Verhüllung oder Verbergung der Gesichtszüge vorliegt respektive welche Teile des Gesichts kommunikations- und interaktionsrelevant sind und nicht verhüllt werden dürfen. Die Erläuterungen zur RV nehmen hierauf nicht Bezug, jedoch scheint die gesetzgebende Instanz sehr bewusst den Begriff Gesichtszüge und nicht den Begriff Gesicht gewählt zu haben, denn der Tatbestand des § 2 Abs 1 AGesVG ist nicht etwa erst dann erfüllt, wenn das gesamte Gesicht verhüllt ist, sondern jedenfalls bereits dann, wenn nur die Augenpartie sichtbar ist. Eine Hilfestellung bei der Unterscheidung in erlaubte oder

verbotene Gesichtsverhüllung gibt allerdings das vom BMI zum AGesVG herausgegebene Informationsmaterial.

2.2.1.1 Verbotene Gesichtsverhüllung laut Information des BMI

Das Bundesministerium für Inneres, dessen Bundesminister gem § 4 AGesVG die Vollziehung des Gesetzes obliegt, hält auf seinen Websites ein Merkblatt und einen Informationsfolder betreffend die verbotene Gesichtsverhüllung bereit.¹⁸¹

Im hiesigen Kontext interessiert stärker das Merkblatt, das Anschauungsbeispiele für verbotene und erlaubte Gesichtsverhüllungen enthält – aber auch der zugehörige Informationsfolder¹⁸² ist sehr lesenswert. Inhaltlich getraut sich der Folder nicht recht über die Wiedergabe dessen, was in den Erläuterungen zur RV bereits steht, hinaus. Der Folder fühlt sich aber bemüßigt, das AGesVG zu rechtfertigen. Dazu verweist der Folder einerseits auf das Urteil des EGMR in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich und interessanterweise auch auf einen (diesbezüglich höchst kritischen) Journalbeitrag von *Sündhofer*¹⁸³ – um anschließend festzustellen, dass ein Verbot der Vollverschleierung im Lichte der Religionsfreiheit verhältnismäßig und als einschränkende Maßnahme im Sinne von Art 9 Abs 2 EMRK mit der Konvention vereinbar sei.

Dies ist nun durchaus in Frage zu stellen, es ist jedoch bemerkenswert, dass das BMI – anders als die Gesetzgebungsmaterialien – auf die Religionsfreiheit überhaupt Bezug nimmt. Dies könnte nicht zuletzt daran liegen, dass der vom BMI herausgegebene Informationsfolder das AGesVG mehrfach als „Vollverschleierungsverbot“ tituliert, wohingegen das AGesVG eigentlich ein „Gesichtsverhüllungsverbot“ statuiert. Die Bezeichnung als „Vollverschleierungsverbot“ macht den Eingriff in die Religionsfreiheit wesentlich sichtbarer.

Darüber hinaus hebt der Folder gleich auf der ersten Seite (nach dem Deckblatt) das Verbot herabspielend hervor, dass sich „[n]ach zahlreichen europäischen Ländern [...] auch Österreich entschlossen [hat], ein Vollverschleierungsverbot umzusetzen“. Danach listet er (taxativ), dass ähnliche Regelungen bereits in Frankreich (seit 2010), Belgien (seit 2011), Bulgarien (seit Oktober 2016) und in dem Schweizer Kanton Tessin (seit Juli 2016) existieren. Unter Auslassung des Tessins – das ja doch nur ein Kanton ist – sind dies drei von insgesamt

¹⁸¹ BMI, Verbot der Gesichtsverhüllung, zugänglich unter: <http://bmi.gv.at/verhuellungsverbot>.

¹⁸² BMI, AB 1. OKTOBER 2017: VERBOT GESICHTSVERHÜLLUNG IN ÖSTERREICH [Hervorhebung im Original]; zugänglich unter: <http://bmi.gv.at/verhuellungsverbot>.

¹⁸³ *Sündhofer*, Konventionskonformität, ALJ 1/2015, 88 (93).

47 Ländern¹⁸⁴ in Europa. Hier wäre korrekterweise von ‚einigen wenigen‘ und nicht von ‚zahlreichen‘ Ländern, welche die Vollverschleierung verbieten, zu sprechen.

Nun sei aber das bereits angesprochene Merkblatt nicht länger vorenthalten, das einige interessante Anschauungsbeispiele enthält. Nicht klar ist, ob es sich bei dem Merkblatt um eine Hilfestellung für die Polizei oder um ein Infoblatt für die Rechtsunterworfenen handelt, vielleicht um beides; das Sprichwort ‚Bilder sagen mehr als tausend Worte‘ trifft hier jedenfalls voll und ganz zu:



Abbildung 1: Verbotene Gesichtshüllung (BMI)¹⁸⁵

Bei Betrachtung des Merkblattes springt sofort ins Auge, dass sich in der Kategorie ‚Verboten‘ in der dritten Reihe ausschließlich Zeichnungen von Frauen in Niqab- und Burkavarianten finden. Das ist gewiss verboten, auch dann, wenn die Augenpartie sichtbar bleibt. In der mittleren Reihe handelt das Merkblatt Verhüllungen ab, die an sich das Kriterium der Verhüllung, sodass die Gesichtszüge nicht mehr erkennbar sind, des § 2 Abs 1 AGesVG erfüllen, jedoch „unter bestimmten Umständen“ von einer der Ausnahmeregelungen des § 2 Abs 2 AGesVG gedeckt sein können. Aus den ersten beiden Bildern der zweiten Reihe

¹⁸⁴ Mit Türkei und Russland; so das Länder-Lexikon unter https://www.laender-lexikon.de/Europa_Länder_A-Z.

¹⁸⁵ Quelle: BMI, Verbotene Gesichtshüllung, abgerufen unter: <http://bmi.gv.at/verhuellungsverbot>.

ergibt sich dabei, dass eine verbotene Gesichtsverhüllung auch dann vorliegt, wenn die Augenpartie *und* die Stirn frei bleiben. Die Bilder in der ersten Reihe geben erlaubte Verhüllungen wieder und sagen eigentlich nicht viel mehr aus, als dass Kopfbedeckungen, soweit sie das Gesicht frei lassen, grundsätzlich erlaubt sind, wobei, wie das Bild mit dem Mann mit Hut nahelegt, die Stirn (nicht die Augenbrauen) verborgen sein darf. Die Ohren dürfen, wie die ersten beiden Bilder in der ersten Reihe bestätigen, ebenfalls verborgen werden.

Es fällt aber auch auf, dass sich in der Bildergalerie des BMI kein Bild mit Bart findet. Auch bei einem Vollbart bleiben im Wesentlichen nur die Augenpartie und die Stirn frei. Allenfalls könnte gesagt werden, dass anders als in den ersten beiden Bildern der zweiten Reihe auch die Nase sichtbar bleibt. Dies bedarf einer näheren Betrachtung.

2.2.1.2 Von der Barttracht verhüllte Gesichtszüge

Wie bereits angerissen wurde, ist das AGesVG im Hinblick auf Bärte inkonsequent. Das Tragen eines natürlichen Bartes bleibt, ganz unabhängig davon, inwieweit dieser die Gesichtszüge verbirgt, erlaubt, da er schwerlich unter ‚Kleidung oder andere Gegenstände‘ subsumiert werden kann. Je nach Barttracht ist ein Bart aber durchaus geeignet, wesentliche Teile der Gesichtszüge zu verbergen. Dies sei entlang der folgenden Bart-Galerie, die aus den Ergebnissen einer Google-Bildersuche mit dem Begriff ‚Hipster-Vollbart‘ zusammengestellt wurde, demonstriert:



Abbildung 2: Hipster-Vollbart¹⁸⁶

Entlang dieser Bilder erweist sich, dass von den Gesichtszügen der abgebildeten barttragenden Personen nicht viel mehr sichtbar ist als die Stirn, die Augenpartie (soweit diese nicht von einer Sonnenbrille abgedeckt ist, wobei noch nie berichtet wurde, dass eine Person wegen des

¹⁸⁶ Quelle: Hipster-Vollbart, abgerufen unter: <https://www.pinterest.de/pin/764767580459643017/>;
<https://edition.cnn.com/2016/03/28/living/gallery/dominant-postural-expansiveness/index.html>;
<https://www.xn--kostme-6ya.com/produkt/hangover-peruecke-alan-mit-vollbart.html>;
<https://deavita.com/style/haare-frisuren/hipster-bart-trends-maenner.html>.

Tragens einer Sonnenbrille nach dem AGesVG bestraft oder auch nur abgemahnt worden wäre) und die Nase. Die Kinn-, die Mund- und teilweise auch die Wangen- und Schläfenpartie – und somit ein guter Teil der Gesichtszüge – sind verdeckt.

Die Sichtbarkeit der Nase kann nun aber kein relevantes Kriterium für die Ermöglichung zwischenmenschlicher Interaktion und Kommunikation sein. Zwar ist zuzugestehen, dass die Nase sehr wohl ein bestimmter Aspekt der Gestalt des Gesichts ist, das sind Kinn, Schläfen, Wangen und Mund aber auch. Für die Kommunikation und Interaktion sind primär die Mimik einschließlich dem Blick der Augen und der Mundbewegungen von Relevanz.¹⁸⁷ Die Nase ist demgegenüber eher ein statisches Element des Gesichts. Die Sichtbarkeit von Mimik und Mundbewegungen ist durch den Bart nun aber nicht weniger beeinträchtigt als bei dem Clown in der Mitte der zweiten Reihe des Merkblatts des BMI (Abbildung 1), dessen Verhüllung sich auf eine aufgesetzte, nicht allzu üppige rote Kunstnase und etwas Schminke auf der Mundpartie beschränkt. Die rote Perücke ist irrelevant, denn eine Kopfbedeckung allein, die das Gesicht nicht verhüllt, stellt eben keine Verhüllung oder Verbergung iSd § 2 Abs 1 AGesVG dar. Insoweit ist nicht einzusehen, warum ein die Gesichtszüge verhüllender Bart erlaubt und andere Verhüllungen, welche die Gesichtszüge vielleicht sogar weniger verbergen, verboten sein sollen.

Wollte allein auf die Sichtbarkeit der Nase abgestellt werden, müsste zudem ein künstlicher Wallebart, der die Nase frei lässt – wie dies etwa mit einem künstlichen Nikolo-Bart oder im dritten Bild der Bartgalerie (Abbildung 2) der Fall ist – erlaubt sein. Konsequenterweise müsste es auch zulässig sein, das natürliche Haupthaar über das Gesicht zu kämmen oder sonst wie vor dem Gesicht zu drapieren, denn das Haupthaar ist genauso wie der Bart weder Kleidung noch Gegenstand.

Etwas schwierig wird diese Angelegenheit damit für die Künstlerin *Conchita Wurst*. Soweit sie einen Echtbart trägt, ist dies jedenfalls straffrei. Soweit sie einen Bart – welcher Art auch immer – im Rahmen einer künstlerischen Veranstaltung trägt, auch, denn hierfür sieht § 2 Abs 2 AGesVG eine Ausnahmeregel vor. Trägt *Conchita Wurst* nun aber außerhalb einer Veranstaltung an einem öffentlichen Ort etwa einen aufgeklebten Kunstbart, so wird die Frage, ob auf die Sichtbarkeit der Nase abgestellt werden kann, akut. Wird wie hier die Ansicht vertreten, dass die Sichtbarkeit der (statischen) Nase für eine gelungene Kommunikation nicht relevant ist, so macht sie sich damit strafbar. Diffizil wird die Sache dann, wenn der Bart nur

¹⁸⁷ Vgl zB Merten, Einführung in die Kommunikationswissenschaft (2007) 120 f.

aufgemalt wäre, also lediglich aus Farbe besteht. Entlang des Bildes des Clowns in der Mitte des Merkblatts des BMI (Abbildung 1) müsste eine Gesichtsbemalung dieser Art, soll nicht allein auf die Sichtbarkeit der Nase abgestellt werden, eine verbotene Verhüllung darstellen.

2.2.2 Die Ausnahmen vom Gesichtsverhüllungsverbot (§ 2 Abs 2 AGesVG)

§ 2 Abs 2 AGesVG sieht mehrere Ausnahmen vom Gesichtsverhüllungsverbot vor: Wenn die Verhüllung durch Gesetz vorgesehen ist; im Rahmen künstlerischer, kultureller oder traditioneller Veranstaltungen; im Rahmen der Sportausübung oder wenn dies gesundheitliche oder berufliche Gründe hat. Die Erläuterungen zur RV fügen noch einen weiteren Ausnahmetatbestand, der so aus dem AGesVG nicht hervorgeht, hinzu: Die Verhüllung der Gesichtszüge aufgrund witterungsbedingter Umstände. Begonnen wird mit den weniger diskussionsbedürftigen Ausnahmetatbeständen.

2.2.2.1 Durch Gesetz vorgesehene Verhüllung der Gesichtszüge

Als Beispiel für eine durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehene Verhüllung führen die Erläuterungen zur RV das Tragen eines Sturzhelms bei der Personenbeförderung mit Kraftfahrzeugen aufgrund der Sturzhelmpflicht in § 106 Kraftfahrgesetz an und fügen hinzu, dass dabei etwa auch ein Herabsteigen vom Kraftfahrzeug zum Zwecke der Betankung vom zeitlichen Rahmen der Ausnahmeregelung umfasst sei.¹⁸⁸ Wie *Wolff* spöttisch anmerkt, darf also weiterhin mit Helm Motorrad gefahren werden und dieser auch bei der Betankung aufbewahrt werden: „Wie großzügig“¹⁸⁹.

Soweit keine gesetzliche Sturzhelmpflicht besteht, ist das Tragen eines Sturzhelms mit Visier demnach aber verboten – es sei denn, es findet sich eine andere Ausnahmeregel.

2.2.2.2 Verhüllung der Gesichtszüge aus beruflichen Gründen

Eng verwandt mit dem Ausnahmetatbestand der durch Gesetz vorgesehenen Verhüllung ist jener zum Tragen von Verhüllungen aus beruflichen Gründen. Bei Letzteren handelt es sich nach den Erläuterungen zur RV „um Gesichtsverhüllungen, die etwa aus arbeitsschutzrechtlichen, hygienischen oder sicherheitstechnischen Vorschriften notwendig sind“¹⁹⁰. Da er als gesonderter Ausnahmetatbestand formuliert ist, sind jedoch auch nicht durch Gesetz erlassene Vorschriften, etwa auch innerbetriebliche oder rechtlich nicht verbindliche

¹⁸⁸ ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 12 (zu § 2 AGesVG).

¹⁸⁹ *Wolff*, Anwaltstag 2017, AnwBl 11/2017, 642 (643).

¹⁹⁰ ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 12 (zu § 2 AGesVG).

Normen umfasst. Ähnlich wie beim Tragen eines Sturzhelms führt dieser Ausnahmetatbestand aber auch zu dem Ergebnis, dass ohne entsprechende ‚Vorschrift‘, also aus reiner ‚Eigeninitiative‘, keine Verhüllung getragen werden darf (allenfalls käme noch das Tragen einer Verhüllung aus persönlichen gesundheitlichen Gründen in Frage) und etwa in einem chemischen Labor die Verhüllung abgelegt werden muss, wenn eine Tätigkeit folgt, für die keine Verhüllung vorgeschrieben ist.

2.2.2.3 Verhüllung der Gesichtszüge im Rahmen der Sportausübung

Laut der Erläuterungen zur RV betrifft die Ausnahmeregelung zur Verhüllung der Gesichtszüge im Rahmen der Sportausübung „Sportarten, bei denen zum Beispiel das Tragen eines Helms aus Schutzgründen (Motorsport) vorgesehen ist“¹⁹¹. Dies lässt einige Fragen offen. Zum einen können hier nicht durch Gesetz vorgesehene Verhüllungen gemeint sein, diese sind von der in Kapitel 2.2.2.1 besprochenen Ausnahmeregelung bereits abgedeckt. Es stellt sich somit die Frage, wann davon gesprochen werden kann, dass ein Tragen des Helms „vorgesehen“ ist bzw. von welcher Autorität ein solches Gebot ausgehen muss, damit ein Verstoß gegen § 2 Abs 1 AGesVG verneint werden kann. Zum anderen halten sich die Erläuterungen zur RV sehr bedeckt, indem sie lediglich auf den Motorsport verweisen. Hier stellt sich prompt die Frage, wie sich dies etwa beim Skifahren oder auch bei der Benutzung von Elektro-Scootern und dergleichen mehr, wofür keine gesetzliche Sturzhelmpflicht besteht, verhält. Das Visier eines Sturzhelms dient ja nicht nur der Vermeidung von Verletzungen bei Sportarten, die ein besonders hohes Risiko für Gesichtsverletzungen bergen (hier fiel neben dem Motorsport auch das Eishockey ein), sondern nicht zuletzt auch dem Windschutz. Im Zweifel ist somit zu einem Helm ohne Visier zu raten. Allenfalls kann auch die Witterung einen geschlossenen Helm rechtfertigen.

2.2.2.4 Verhüllung der Gesichtszüge aufgrund witterungsbedingter Umstände

Wie bereits angemerkt, fügen die Erläuterungen zur RV einen weiteren Ausnahmetatbestand, der aus dem AGesVG nicht unmittelbar hervorgeht, hinzu, nämlich Verhüllungen „die aufgrund witterungsbedingter Umstände (etwa als Schutz vor Frost) und somit zum Schutz der körperlichen Gesundheit vorgenommen werden“¹⁹². Hier wird also eine Verbindung zum Ausnahmetatbestand der Verhüllung aus gesundheitlichen Gründen hergestellt.

¹⁹¹ ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 12 (zu § 2 AGesVG).

¹⁹² ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 12 (zu § 2 AGesVG).

Dieser Ausnahme entspricht das dritte Bild in der mittleren Reihe des Merkblattes des BMI (Abbildung 1), das eine Person mit vor dem Gesicht drapierten Schal zeigt. Dabei zeigt sich zugleich eine Inkonsistenz mit dem ersten Bild in der dritten Reihe, einer Frau mit Niqab und freibleibender Augenpartie. Warum sollte es bei Kälte (oder Frost?) nicht gestattet sein, anstelle eines Schals ein Tuch oder eine sonstige niqab-artige Verhüllung zu verwenden? Oder will das letzte Bild in der zweiten Reihe sagen, dass die Ohren frei bleiben müssen? Auch fällt auf, dass hier das Wort Kälte und nicht das Wort Frost verwendet wird.

Womöglich reicht einfache Kälte aber nicht aus, sondern es muss qualifizierter Frost vorliegen. Am 11. Oktober 2017 war es jedenfalls nicht kalt oder frostig genug. Denn an diesem Tag wurde in Wien eine Frau mit einem Wollschal, der das Gesicht teilweise verhüllte, von der Polizei angehalten und in Folge eine Geldstrafe von 50 Euro verhängt (obwohl die Frau laut Pressemeldung in Anbetracht der Polizeikontrolle den Schal abnahm).¹⁹³ Die Frau kündigte daraufhin an, gegen die Anzeige – nötigenfalls bis hin zum EGMR – vorgehen zu wollen.¹⁹⁴ Dazu wird es nun aber nicht kommen, denn einer Pressemeldung vom Februar 2018 zufolge wurde das Verfahren gegen die Frau von der Behörde ohne Angabe einer Begründung eingestellt.¹⁹⁵ Der Anwalt der Frau interpretierte die Verfahrenseinstellung dahingehend, dass die Behörde „offenbar zu dem Schluss gekommen [ist], dass das Gesetz in der vorliegenden Textierung nicht durchsetzbar ist“ und befand es „höchst bedauerlich“, dass die seines Erachtens „dringend nötig[e]“ Gesetzesanfechtung damit verunmöglicht wurde.¹⁹⁶

2.2.2.5 Verhüllung der Gesichtszüge aus gesundheitlichen Gründen

Verhüllungen aus gesundheitlichen Gründen umfassen nach den Erläuterungen zur RV „Mund- und Nasen-Schutz- sowie Atemschutzmasken, aufgrund von Infektionsgefahr oder Luftverschmutzung“¹⁹⁷. Dies impliziert, dass für das Tragen einer Verhüllung aus gesundheitlichen Gründen ein ärztliches Attest respektive eine ärztliche Anordnung vorliegen muss.¹⁹⁸ Aus dem Gesetzeswortlaut geht dies so nicht hervor. Tatsächlich scheint dies in der Praxis, wie sich aus diversen Pressemeldungen ergibt, aber so gehandhabt zu werden. So wurde zB schon am Tag des Inkrafttretens des AGesVG der Mundschutz eines am Flughafen Wien

¹⁹³ Vgl. ORF Landesstudio Wien, 28-Jährige will Verhüllungsverbot zu Fall bringen, 17.10.2017, <https://wien.orf.at/news/stories/2872778/>.

¹⁹⁴ Ebd.

¹⁹⁵ Vgl. Der Standard, Burkaverbot-Verfahren gegen Frau mit Schal eingestellt, 09.02.2018, <https://derstandard.at/2000073953622/Burkaverbot-Verfahren-gegen-Frau-mit-Schal-eingestellt>.

¹⁹⁶ Ebd.

¹⁹⁷ ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 12 (zu § 2 AGesVG).

¹⁹⁸ So auch *Rosenberger*, *Gesichtsverhüllung*, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), *Auf dem Weg zur Gleichbehandlung* (2018) 241 (245).

angekommenen Reisenden beanstandet (wobei an selbigem Tag keine einzige verschleierte Frau einem Flugzeug entstieg).¹⁹⁹ Auch wurde berichtet, dass Polizisten von einer an Leukämie erkrankten Person, die einen Mundschutz trug, ein ärztliches Attest verlangten und – mangels Vorliegen eines Attestes (wobei Medikamente und über das Mobiltelefon auch ein Bluttest vorgezeigt werden konnten) – eine Verwarnung aussprachen. Aus Sicht des behandelnden Arztes wäre der Mundschutz aber wohl selbsterklärend gewesen.²⁰⁰ An dieser Stelle sei erneut an den Grundsatz der Menschenwürde erinnert.

2.2.2.6 Verhüllung der Gesichtszüge im Rahmen künstlerischer, kultureller oder traditioneller Veranstaltungen

Die letzte hier zu besprechende Ausnahme, die Verhüllung der Gesichtszüge „im Rahmen künstlerischer, kultureller oder traditioneller Veranstaltungen“, ist aus zwei Gründen höchst bedenklich. Zum einen, weil sie sich für Ausnahmen zugunsten der eigenen Tradition anbietet, und zum anderen, weil sie einen großen Spielraum bei der Interpretation dieses Ausnahmetatbestandes bietet.²⁰¹

Die Erläuterungen zur RV führen zu diesem Ausnahmetatbestand aus, dass es sich bei künstlerischen, kulturellen oder traditionellen Veranstaltungen „etwa um Verhüllungen zu Feiertagen (beispielsweise zu Faschingsfeierlichkeiten, Perchtenläufe[n] etc.) oder Verhüllungen, die im Rahmen künstlerischer Darbietungen (Theater, Kunstinstallationen etc.) vorgenommen werden“²⁰², handelt.

Damit sind die Begriffe der kulturellen und der traditionellen Veranstaltung wie auch jener der Veranstaltung als solcher zwar nicht abschließend geklärt, klargestellt ist aber jedenfalls, dass Perchten am Perchtenfeiertag erlaubt bleiben, wollen sie nun zur Kultur oder zur Tradition gezählt werden. Dieses von den Erläuterungen zur RV ausdrücklich angeführte Beispiel führt besonders deutlich vor Augen, dass mit dem AGesVG gezielt Symbolpolitik betrieben wird und unreflektiert „starke Signale für unsere Leitkultur“²⁰³ und gegen die Kultur der ‚Anderen‘

¹⁹⁹ Vgl. ORF Landesstudio NÖ, „Burkaverbot“: Alle Gesichter am Flughafen frei, 01.10.2017, <https://noe.orf.at/news/stories/2869652/>.

²⁰⁰ Vgl. Die Presse, Verhüllungsverbot: Leukämiepatient in Wien angehalten und verwarnt, 23.04.2018, https://diepresse.com/home/panorama/wien/5410994/Verhuellungsverbot_Leukaemiepatient-in-Wien-gehalten-und-verwarnt.

²⁰¹ IdS auch *Alvarado-Dupuy*, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz, Juridikum 2/2017, 152 (153); *Rosenberger*, Gesichtsverhüllung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 241 (245 f).

²⁰² ErlRV 1586 BlgNR XXV. GP, 12 (zu § 2 AGesVG).

²⁰³ StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 235.

gesetzt werden wollen,²⁰⁴ denn Perchtenläufe, deren Läufer traditionellerweise männlich sind, führen traditionellerweise ebenso zu Verletzten. So war wenige Wochen nach Inkrafttreten des AGesVG in der Presse zu lesen, dass der Perchtenlauf in der Gemeinde Völkermarkt am 11.11.2017 zu sechs Verletzten führte.²⁰⁵ Dies ist für österreichische Verhältnisse allerdings recht harmlos; im Jahr 2013 war in der Presse zu lesen, dass ein Krampuslauf in Matrei in Osttirol zu 70 Verletzten (darunter auch ein 15-Jähriger mit Schädelfraktur) führte.²⁰⁶

Tatsächlich bereitet die Auslegung des unscharfen Ausnahmetatbestandes der kulturellen und traditionellen Veranstaltung in der Anwendungspraxis Probleme. Begonnen sei mit der Verwirrung um den Clown. Ein Clown prangt auch aus der Mitte des Merkblattes des BMI (Abbildung 1) hervor. Dort fällt er in die Rubrik „unter bestimmten Umständen erlaubt“ und ist mit „bei Brauchtumsveranstaltungen“ untertitelt. Ein Clown mit aufgesetzter Kunstnase und Gesichtsbemalung rund um die Mundpartie ist demnach nur im Rahmen von „Brauchtumsveranstaltungen“ erlaubt.

Mit dem Begriff des Brauchtums will vielleicht lediglich die Zuordnung zur kulturellen oder traditionellen Veranstaltung umgangen werden. Wenn ein Clown nach Ansicht des BMI unter Brauchtumspflege fällt, kann unter Brauchtum so ziemlich alles subsumiert werden, was nicht spezifisch ‚dem Anderen‘ zuzuordnen ist. Vielleicht ist der Clown aber auch gerade deswegen als Beispiel gewählt worden, weil er weder religiös noch kulturell besonders vorbelastet (oder zumindest nicht eindeutig zuordenbar) ist.

Der am Merkblatt des BMI abgebildete Clown veranlasste schließlich auch, dass die (polizeilich angemeldete) Demonstration gegen das AGesVG, die am Tage seines Inkrafttretens vor dem Parlament stattfand, unter dem Motto ‚Traditioneller Clownspaziergang‘ stand. Die Kostümierung der Teilnehmenden als Clowns rechtfertigte der Veranstalter der Demonstration wie folgt: „Das Gesetz erlaubt ja Brauchtumspflege – und es gehört zum alten Brauchtum von Clowns, Widerstand gegen Staatsgewalt und Repressalien zu leisten“²⁰⁷. Pressemeldungen

²⁰⁴ IdS (Konstruktion eines ‚Wir‘ in Abgrenzung zu ‚den Anderen‘) zum Ausnahmetatbestand der traditionellen und kulturellen Veranstaltung auch *Alvarado-Dupuy*, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz, Juridikum 2/2017, 152 (153). Sehr kritisch zur Ausnahme der traditionellen Krampus- oder Perchtenläufe vom Verhüllungsverbot auch *Holzleithner/Rössl*, Ein Trojanisches Pferd? In: *Blaustrumpf ahoi!* (Hg), „Sie meinen es politisch!“ (2019) 361 (375).

²⁰⁵ Vgl. *Kleine Zeitung*, Eskalation bei Perchtenlauf: Sechs Zuseher verletzt, 12.11.2017, https://www.kleinezeitung.at/kaernten/5318754/Voelkermarkt-Liezen_Perchtenlauf-eskalierte_Sechs-Zuseher-verletzt.

²⁰⁶ Vgl. *Tiroler Tageszeitung*, 70 Verletzte bei Krampuslauf, 08.12.2013, <https://www.tt.com/panorama/gesellschaft/7588184/70-verletzte-bei-krampuslauf>.

²⁰⁷ Vgl. *Kurier*, Clowns protestieren gegen das Burkaverbot, 29.09.2017, <https://kurier.at/chronik/wien/clowns-protestieren-gegen-das-burkaverbot/289.050.598>.

zufolge sollen drei Clowns angezeigt, ein Strafmandat ausgestellt und 46 Abmahnungen erteilt worden sein.²⁰⁸ Interessant ist allerdings, dass sich die Teilnehmenden des Clownspaziergangs samt Maskierung innerhalb eines abgegrenzten Bereichs vor dem Parlament aufhalten durften, da die Veranstaltung angemeldet war. Erst wenn eine Person diesen Bereich verließ, sich also von der Veranstaltung trennte, wurde sie von der Polizei unter Androhung von Anzeige einer Verwaltungsstrafe aufgefordert, die Gesichtskostümierung abzunehmen.²⁰⁹ Hier könnte spitz angemerkt werden, dass eine angemeldete Demonstration einer traditionellen Veranstaltung gleichkommt. Das ist jedoch nicht der Punkt. Der Punkt ist vielmehr, dass aus Sicht der Polizei eine Person, die, ohne an einer Veranstaltung teilzunehmen, kostümiert durch den öffentlichen Raum spaziert, keine Veranstaltung ist und gegen § 2 Abs 1 AGesVG verstößt.

Der Begriff der Veranstaltung bedarf somit noch einer näheren Betrachtung. Zuvor seien aber einige weitere Beispiele aus der Praxis berichtet. So entbrannte etwa auch eine heiße Debatte um den ‚Halloween-Feiertag‘. Dies stand in Zusammenhang mit Uneinigkeiten zwischen dem BMI und der Polizei betreffend die Zulässigkeit von Halloween-Kostümierungen,²¹⁰ wobei unter anderem die Landespolizeidirektion NÖ Halloween nicht als österreichisches Brauchtum anerkennen wollte und, so zumindest die Pressemeldung des ORF Landesstudios NÖ, angekündigt hatte, an diesem Tag das „Vermummungsverbot [sic]“ zu „exekutieren“²¹¹. Daraufhin twitterte das BMI am 4. Oktober 2017 (auf seinem offiziellen Account @BMI_OE) wie folgt: „Polizei wird bei der Vollziehung des Anti-Gesichtsverhüllungsgesetzes [sic], eine weite Definition für den Begriff ‚Tradition‘ anlegen“²¹².

Aus dem Kontext der Pressemeldung geht recht eindeutig hervor, dass die Landesdirektion NÖ nicht das Vermummungsverbot bei Versammlungen (§ 9 Versammlungsgesetz), sondern das neue, am 1. Oktober 2017 in Kraft getretene Verhüllungsverbot des AGesVG meinte. Diese Begriffsverwirrung ist durchaus bedenklich, denn den Rechtsunterworfenen wird die Kenntnis der Rechtslage zugemutet. Bedenklich ist aber auch, dass diese Angelegenheit mit einer

²⁰⁸ Vgl. Kleine Zeitung, Drei Clowns bei Demo nach neuem Gesetz angezeigt, 01.10.2017, https://www.kleinezeitung.at/oesterreich/5295266/Verhuellungsverbot_Drei-Clowns-bei-Demo-nach-neuem-Gesetz-angezeigt.

²⁰⁹ Vgl. Narrenfrei, Traditioneller Clownspaziergang: Meet & greet mit Verschleierte, 01.10.2017, <https://www.facebook.com/events/207819493089506/permalink/211279659410156>. Den Hinweis auf diesen Artikel gab Holzleithner, Zum Verbot der Gesichtsverhüllung, Femina Politica 1/2018, 127 (130).

²¹⁰ Vgl. Der Standard, Verhüllungsverbot: Halloween-Verkleidung bleibt erlaubt, 04.10.2017, <https://www.derstandard.de/story/2000065313525/verhuellungsverbot-halloween-verkleidung-bleibt-erlaubt>.

²¹¹ ORF Landesstudio NÖ, Kein Verhüllungsverbot zu Halloween, 04.10.2017, <https://noe.orf.at/news/stories/2870328/>.

²¹² BMI, @BMI_OE, 04.10.2017, https://twitter.com/BMI_OE/status/915520801218203648?ref_src=twsrc%5Etfw.

Weisung des BMI über Twitter erledigt wurde – *de facto* wurden zu Halloween 2017 (und auch späterhin) Halloween-Kostümierungen, auch wenn sie das Gesicht verhüllten, jedenfalls nicht geahndet. Im Interesse der Rechtssicherheit sind an dieser Stelle klarere und transparente Gesetze sowie offizielle Stellungnahmen zu fordern.

Grundsätzlich ist der Rechtsansicht des BMI, dass der Begriff der Tradition weit zu interpretieren sei, zuzustimmen, denn bei einer neutralen (den Grundsatz der Gleichbehandlung beachtenden) Lesart des neutralen AGesVG kann es nicht darauf ankommen, ob die Tradition österreichisch (oder christlich) ist oder nicht.²¹³ Nicht mehr zuzustimmen wäre allerdings dann, wenn zwischen westlichen oder abendländischen und ‚anderen‘ Traditionen unterschieden würde.

Ähnlich wie im Fall des Clowns geht allerdings auch in der Debatte um die Halloween-Kostümierung etwas verloren, nämlich dass der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs 2 AGesVG nicht nur eine Kultur oder eine Tradition, sondern auch eine Veranstaltung voraussetzt. Vor der weiteren Diskussion seien noch drei weitere Beispiele, die in den Medien Aufsehen erregten, angeführt.

So führten Drehaufnahmen vor dem Hohen Haus, in welchem das Parlamentsmaskottchen, der Hase Lesko (Mensch in Hasenkostüm samt aufgestülptem Plüsch-Hasenkopf), der für Filmaufnahmen im Auftrag der Demokratiewerkstatt vor dem Parlamentsgebäude am Ring unterwegs war, zu einem Polizeieinsatz. Eine Strafe folgte aber nicht, weil, so die Wiener Polizei gegenüber der Presse (laut ORF Landesstudio Wien), der Film „nicht auf öffentlichem Grund und Boden, sondern auf dem des Parlaments gedreht wurde“²¹⁴. Vor dem Parlament ist demnach kein öffentlicher Ort iSd § 2 Abs 1 AGesVG. Darauf ist noch zurückzukommen.²¹⁵

Kein Pardon kannte die Polizei hingegen hinsichtlich einer Person, die in einem (auch den gesamten Kopf verhüllenden) Plüsch-Haifischkostüm, wiederum in der Wiener Innenstadt, am Eröffnungstag eines McSHARK-Shops vor den Türen des Geschäfts auf die neue Filiale aufmerksam machen sollte – sie erhielt eine Anzeige.²¹⁶ Dabei dürfte es sich zudem um einen PR-Gag gehandelt haben,²¹⁷ da ein polizeiliches Einschreiten gegen einen possierlichen

²¹³ IdS auch *Alvarado-Dupuy*, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz, Juridikum 2/2017, 152 (153).

²¹⁴ Vgl. ORF Landesstudio Wien, Polizeieinsatz gegen Parlamentsmaskottchen, 19.10.2017, <https://wien.orf.at/news/stories/2873263>.

²¹⁵ Siehe sogleich im Folgekapitel 2.2.3.

²¹⁶ Vgl. ORF Landesstudio Wien, Verhüllungsverbot: Anzeige wegen Hai-Kostüm, 09.10.2017, <https://wien.orf.at/news/stories/2871022/>.

²¹⁷ So die Vermutung von *Holzleithner*, Zum Verbot der Gesichtsverhüllung, *Femina Politica* 1/2018, 127 (131), zumal sich einer der PR-Strategen der für die Werbeaktion zuständigen Agentur sehr glücklich über den erfolgreichen PR-Stunt zeigte. Hierzu *Kurier*, PR-Aktion zum Vermummungsverbot: Agentur zeigte

Plüsch-Hai für mehr Medienaufmerksamkeit sorgt als wenn dieser allein vor dem Geschäft posiert. Tatsächlich sorgte der Polizeieinsatz gegen den Plüsch-Hai europaweit und selbst in den USA für erheiternde Medienberichte.

Ins Visier nahm die Polizei auch jene drei Straßenmusikanten, die seit einigen Jahren regelmäßig in der Wiener Innenstadt aufspielen – und zwar mit Eselsmasken auf dem Kopf (und mit traditioneller Ziehharmonika); sie wurden aber, so die Pressemeldungen, nur „belehrt“²¹⁸. Dies ist an sich korrekt, denn solange die Musikanten tatsächlich musizieren (nicht davor und danach), kommt jedenfalls die Ausnahme „im Rahmen einer künstlerischen Veranstaltung“ zum Tragen.

Da das AGesVG keine Legaldefinition für den Begriff der Veranstaltung bereithält und die hier geführten Anwendungsbeispiele ganz überwiegend aus Wien stammen (was im Übrigen nicht daran liegt, dass spezifisch nach Wiener Beispielen recherchiert worden wäre), liegt es nahe, hilfsweise zumindest einen kurzen Blick in das Wiener Veranstaltungsgesetz zu werfen. Nach § 1 Wiener Veranstaltungsgesetz sind unter dem Begriff der Veranstaltung Theateraufführungen jeder Art sowie öffentliche Schaustellungen, Darbietungen und Belustigungen zu verstehen; wobei als öffentlich gilt, wenn die Veranstaltung allgemein zugänglich ist oder an ihr mehr als 20 Personen teilnehmen können (ausgenommen Familienfeiern und häusliche Veranstaltungen in bestimmungsgemäßer Verwendung einer privaten Wohnung).

Unter einer Person, die in einer das Gesicht verhüllenden Halloween-Kostümierung das Haus verlässt und den öffentlichen Ort betritt, wäre somit unter Heranziehung dieser Definition keine Veranstaltung zu verstehen. Diese Ansicht vertrat die Polizei dann auch beim Clownspaziergang. Fraglich ist nur, ob eine Demonstration als Veranstaltung gesehen werden kann. Dies ist bereits entlang des AGesVG (das taxativ die künstlerische, die kulturelle und die traditionelle Veranstaltung nennt) zu verneinen. Gemessen an in den Erläuterungen zur RV angeführten Beispiel des Sturzhelms, wonach gerade noch das Herabsteigen vom Kraftfahrzeug zum Zwecke der Betankung vom zeitlichen Rahmen der Ausnahmeregelung umfasst ist, kann auch der Weg zu einer Veranstaltung vom zeitlichen Rahmen der Ausnahmeregelung nicht

Hai-Maskottchen an, 11.10.2017, <https://kurier.at/chronik/wien/pr-aktion-zum-vermummungsverbot-agentur-zeigte-hai-maskottchen-an/291.468.030>.

²¹⁸ Vgl. zB Der Standard, Eine Woche Burkaverbot: Polizei im Anti-Schal-Kampf, 06.10.2017, <https://derstandard.at/2000065501486/Eine-Woche-Burkaverbot-Polizei-im-Anti-Schal-Kampf>.

umfasst sein. Allenfalls ließe sich ein kurzer Weg, etwa vom Haustor zum Fahrzeug, rechtfertigen.

Auch aus dem Wortlaut des AGesVG geht eindeutig hervor, dass eine Verhüllung des Gesichts nur *im Rahmen* einer der genannten Veranstaltungen gerechtfertigt sein kann, also nicht davor und auch nicht danach. Die Erläuterungen zur RV irritieren hier etwas, da sie „Verhüllungen an Feiertagen“ zu gestatten scheinen, als Beispiele werden dann aber doch nur „Faschingsfeierlichkeiten“ und „Perchtenläufe“ genannt. Auch hier wird also von einer Veranstaltung, einer Feierlichkeit oder einem Schaulauf ausgegangen, womit die Gesichtsverhüllung konsequenterweise nur im Rahmen der Feierlichkeit (etwa bei Teilnahme an einem Faschingsumzug) oder während des Laufes (und nur von den Läufern) getragen werden darf – und nicht etwa feiertagsganztägig. Gleiches hat dann aber auch für gesichtsverhüllende Halloween-Kostümierungen zu gelten, sie dürfen korrekterweise nur im Rahmen einer Veranstaltung getragen werden. Insoweit lag die Landespolizeidirektion grundsätzlich richtig, wenn sie das Verhüllungsverbot am Halloween-Feiertag exekutieren wollte. Allerdings wäre nicht (oder zumindest nicht allein) auf die Frage abzustellen gewesen, ob Halloween zum österreichischen Brauchtum gehört, sondern ob die konkrete gesichtsverhüllte Person an einer Veranstaltung teilnimmt oder nicht.

Womit zum am Ring marschierenden Parlamentsmaskottchen Hase Lesko und zu dem vor dem McSHARK-Shop postierten Haifisch zurück zu kommen ist. Anders als die musizierenden Esel lieferten sie keine künstlerische Darbietung (andernfalls bereits das Tragen eines Kostüms Kunst wäre), womit der Ausnahmetatbestand der künstlerischen Veranstaltung ausscheidet. Pragmatisch betrachtet waren sowohl Hase Lesko wie auch der Haifisch McSHARK schlicht Werbemaßnahmen. Es kann somit allenfalls von einer Werbeveranstaltung gesprochen werden. Eine Werbeveranstaltung ist nun aber weder eine kulturelle noch eine traditionelle (noch eine künstlerische) Veranstaltung. Konsequenterweise wären somit beide, Hase Lesko (die zugehörige Frage, ob ‚vor dem Parlamentsgebäude am Ring‘ ein öffentlicher Ort ist, wird sogleich im Folgekapitel geklärt) und Haifisch McSHARK zu bestrafen gewesen.

An dieser Stelle fällt eine weitere gesichtsverhüllende Kostümierung ein, das Nikolo-Kostüm samt Wallebart, der in aller Regel nur die Augen (wie beim Niqab auch) und die Nase (es aber, wie in Kapitel 2.2.1.2 festgestellt wurde, für eine gelungene Kommunikation nicht auf die Sichtbarkeit der Nase ankommen kann) freilässt. Pressemeldungen, wonach dies zu Organstrafverfügungen geführt hätte, konnten nicht aufgefunden werden. Ein so verhüllter Nikolo, der etwa auf dem Weg zu seinem Einsatzort durch die Straßen marschiert oder in einem

Einkaufscenter postiert ist, um Kunden anzulocken – und dies vielleicht noch nicht einmal am Nikolo-Feiertag – mag als österreichische Tradition gesehen werden, es fehlt jedoch an der Veranstaltung. Anderes kann für die Heiligen Drei Könige argumentiert werden, zumindest solange sie singen. Irgendwie scheint der Nikolo jedoch einen Freibrief zu besitzen.

Es zeigt sich aber noch eine weitere Inkonsequenz, denn konsequenterweise müsste im Rahmen einer künstlerischen Darstellung oder etwa auch im Rahmen einer Faschingsfeierlichkeit das Tragen von Niqab- und Burkavarianten zulässig sein. Dies entspricht aber nicht gänzlich der dritten Reihe des Merkblattes des BMI (Abbildung 1), der zufolge Niqab und Burka stets verboten sind.

2.2.3 Öffentliche Orte und öffentliche Gebäude

Gem § 2 Abs 1 AGesVG ist die Verhüllung oder Verbergung der Gesichtszüge an „öffentlichen Orten oder in öffentlichen Gebäuden“ verboten. Für die Begriffe ‚öffentlicher Ort‘ und ‚öffentliches Gebäude‘ trifft selbige Bestimmung auch eine Legaldefinition. Demnach sind darunter Gebäude und Orte zu verstehen, „die von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden können, einschließlich der nicht ortsfesten Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs“.

Die Erläuterungen zur RV ergänzen, dass zu den öffentlichen Gebäuden – neben den im Gesetz bereits genannten Räumlichkeiten – insbesondere auch jene zählen, die zu Unterrichts- und Fortbildungszwecken und Verhandlungszwecken verwendet werden, und nennt als Beispiele Amtsgebäude; schulische oder andere Einrichtungen, in denen Kinder und Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden; die Hochschulen und Einrichtungen der beruflichen Bildung; die der Darbietung von Vorführungen oder Ausstellungen dienenden Einrichtungen; alle Geschäftslokale, Einkaufszentren, Büroräume oder ähnliche Räume mit Kunden- bzw Parteienverkehr; sowie die Hallenbäder, Fitnesscenter, Sporthallen; und fügen zur Klarstellung noch ein „und vieles mehr“ an.

Das ist eigentlich recht eindeutig: Als öffentlich gelten alle Orte und Gebäude, die zumindest zu bestimmten Zeiten von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis betreten werden können. Damit sind aber schlechte Zeiten für Hase Lesko angebrochen, denn „vor dem Parlamentsgebäude am Ring“²¹⁹ ist definitiv ein öffentlicher Ort. Andernfalls wäre der Hase ja

²¹⁹ ORF Landesstudio Wien, Polizeieinsatz gegen Parlamentsmaskottchen, 19.10.2017, <https://wien.orf.at/news/stories/2873263>.

auch gar nicht gesichtet und aufgegriffen worden. In wessen Eigentum oder Besitz ein Ort oder ein Gebäude steht, ist nach dem AGesVG schlichtweg irrelevant. Insoweit ist auch der Einwand des Parlaments, dass für die Filmaufnahmen mit Hase Lesko keine Genehmigung nötig war, weil nicht auf öffentlichem Grund und Boden, sondern auf dem des Parlaments gedreht wurde,²²⁰ irrelevant, denn das Problem liegt im gesichtsverhüllenden Plüschkopf, der – ungeachtet der Eigentumsverhältnisse am Grund und Boden – in den Anwendungsbereich des AGesVG fällt. Korrekterweise hat Hase Lesko somit den Rückzug ins Gebäude anzutreten und sich selbst dort, soweit öffentliche Führungen stattfinden oder gar Tag der offenen Tür ist, in die öffentlich nicht zugänglichen Räume zurückzuziehen.

Und korrekterweise hätte Hase Lesko für seinen Ausflug am 26. Oktober 2017 sehr wohl eine Strafe erhalten müssen. Keine der Ausnahmeregelungen greift. Ein hellblauer Hase mit gelbem Bauch, der mit einigen Kindern über den Platz vor dem Parlament und am Ring flaniert, ist keine künstlerische Veranstaltung, auch dann nicht, wenn er dabei gefilmt wird, um Material für die Bewerbung des Tages der offenen Tür des Parlaments zu erhalten. Da hilft es auch nicht, wenn die Filmaufnahmen im Auftrag der Demokratiewerkstatt gemacht wurden.²²¹ Auch war an diesem Tag nicht Oster(hasen)-Feiertag. Eine Frau mit Schal oder Schleier vor dem Gesicht sollte nicht schlechter gestellt sein als ein Plüsch-Hase.

2.2.4 Resümee

Das Ergebnis der Gesetzesanalyse ist frappierend. Die Regelung des § 2 Abs 1 AGesVG ist eigentlich recht eindeutig und klar:²²² Die Verhüllung oder Verbergung der Gesichtszüge durch Kleidung oder andere Gegenstände an öffentlichen Orten und in öffentlichen Gebäuden ist verboten. Zu beanstanden ist hier vorerst lediglich, dass Gesichtsschleier verboten und Echtbärte, die ebenso die Verhüllung der Gesichtszüge bewirken, aufgrund der Formulierung „Kleidung oder andere Gegenstände“ erlaubt sind. Das ist weder konsequent noch logisch und vor allem gegenüber Frauen diskriminierend.

Die Ausnahmeregelungen des § 2 Abs 2 AGesVG sind jedoch alles andere als eindeutig und klar und bieten nahezu maximalen Interpretationsspielraum,²²³ den das BMI denn auch nutzte und twittermäßig verordnete, dass der Begriff der Tradition weit auszulegen ist. Damit sind, der

²²⁰ Vgl ebd.

²²¹ Vgl ebd.

²²² IdS auch *Rosenberger*, Gesichtsverhüllung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 241 (245).

²²³ IdS auch *Alvarado-Dupuy*, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz, *Juridikum* 2/2017, 152 (153); *Rosenberger*, Gesichtsverhüllung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 241 (245).

Rechtspraxis folgend, vor dem Parlament flanierende blaue Hasenköpfe erlaubt, vor einem Geschäftslokal postierte weiße Haifischköpfe verboten, musizierende Eselsköpfe erlaubt, das Gesicht teilweise verdeckende Schals im Oktober verboten und Perchten am Perchtenfeiertag sowie Halloween-Gesichtsverhüllungen am Halloweenfeiertag erlaubt. Gesichtsschleier, auch wenn sie die Augenpartie freilassen, sind nach dem Merkblatt des BMI jedenfalls und stets verboten. Das entbehrt jeglicher Logik.

Interessanterweise konnten für das Jahr 2018 keine weiteren markanten Pressemeldungen zu Strafen nach dem AGesVG aufgefunden werden. Dies mag daran liegen, dass die Ausnahmeregelungen, dem Willen der gesetzgebenden Instanz und des BMI folgend, nunmehr weit interpretiert werden – bei Festhalten an der letzten Reihe „Verboten“ im Merkblatt des BMI selbstverständlich. Dies belegen auch die von den Medien kolportierten Zahlen: Demnach gab es im ersten Halbjahr nach Inkrafttreten des AGesVG österreichweit nur 50 Anzeigen,²²⁴ 33 davon allerdings in Wien.²²⁵ Seither sollen die Zahlen weiter zurückgegangen sein, und zwar so weit, „dass sie in den meisten Bundesländern gar nicht mehr erfasst werden“²²⁶.

Dies bestätigt sich auch in der Beantwortung der parlamentarischen Anfrage „betreffend Anzahl und Art der verhängten Verwaltungsstrafen nach dem neuen Gesichtsverhüllungsgesetz“²²⁷, die das BMI dahingehend beantwortete, dass die nachgeordneten Behörden lediglich angewiesen sind, Festnahmen im Zusammenhang mit Amtshandlungen nach dem AGesVG zu melden (wobei für den Zeitraum von 1. Oktober 2017 bis 20. Dezember 2017 lediglich zwei Festnahmen gemeldet wurden) und weiterführende Statistiken nicht geführt werden, da die Auswertung der Daten einen unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand verursachen würde.²²⁸ Der Aussage eines Polizeisprechers zufolge hat es im Sommer 2018 in Wien einen Monat gegeben, in dem es nur zu zwei Abmahnungen kam.²²⁹ Eine Ausnahme bildet allerdings die (nach Wien) beliebteste Urlaubsdestination für arabische Tourist*innen: Zell am See. Dort soll es in der Hauptsaison von Juli bis September zu 251 Organmandaten und einer Anzeige gekommen sein.²³⁰

²²⁴ Vgl. Kurier, Immer mehr Touristinnen lüften den Schleier, 01.10.2018, <https://kurier.at/chronik/oesterreich/burka-verbot-eine-lex-zell-am-see/400132811>.

²²⁵ Vgl. ORF Landesstudio Wien, Burkaverbot: 33 Anzeigen nach halbem Jahr, 29.03.2018, <https://wien.orf.at/news/stories/2904044/>.

²²⁶ Vgl. Kurier, Immer mehr Touristinnen lüften den Schleier, 01.10.2018, <https://kurier.at/chronik/oesterreich/burka-verbot-eine-lex-zell-am-see/400132811>.

²²⁷ Anfrage 26/J vom 28.11.2017 (XXVI. GP).

²²⁸ Anfragebeantwortung 24/AB vom 25.01.2018.

²²⁹ Vgl. Kurier, Immer mehr Touristinnen lüften den Schleier, 01.10.2018, <https://kurier.at/chronik/oesterreich/burka-verbot-eine-lex-zell-am-see/400132811>.

²³⁰ Ebd.

Grundsätzlich ist anzumerken, dass die Polizei, zumindest den hier versammelten Pressemeldungen zufolge, vorerst die Tendenz hatte, das AGesVG ‚neutral‘ zu vollziehen. In Anbetracht des drastischen Rückganges an Pressemeldungen zu Anzeigen nach dem AGesVG, die nicht den islamischen Gesichtsschleier betreffen, scheint dem das BMI nun Einhalt geboten zu haben.²³¹ Damit dürfte das AGesVG nunmehr auch realiter zum Burkaverbot geworden sein, und es wird dem historischen Willen der gesetzgebenden Instanz Folge geleistet.

Besonders bedenklich ist die Ausnahme für Verhüllungen im Rahmen von kulturellen und traditionellen Veranstaltungen. Diese Ausnahme ist schon vom Gesetzeswortlaut her bedenklich, da sie die Möglichkeit eröffnet, zwischen gewollten und ungewollten Kulturen und Traditionen sowie dem ‚Wir‘ und den ‚Anderen‘ zu trennen. Mehr als nur bedenklich sind die Erläuterungen zur RV, die ausdrücklich Perchtenläufe unter den Ausnahmetatbestand des § 2 Abs 2 AGesVG subsumieren. Das BMI legte dann noch eines dazu, indem es die weite Interpretation der Tradition anweist und entlang der Halloween-Unstimmigkeiten klarstellte, dass mit Tradition nur österreichische und allenfalls nach Österreich migrierte westliche Traditionen gemeint sind, nicht aber die Kultur oder Tradition der ‚Anderen‘.

Perchtenläufe sind mithin erhaltenswertes alpenländisches Brauchtum, verbergen sich doch kulturell zugehörige, traditionsgeprägte Männer hinter den Perchten. Ein österreichisches Brauchtum, das schlimmere Schäden anrichtet, fällt *ad hoc* gar nicht ein. Das trifft den von *Holzleithner* gebildeten Begriff des „kulturellen Artenschutzes“²³² punktgenau. Die gänzlich unreflektierte Ausnahme kultureller und traditioneller Veranstaltungen weist auf eine kulturell-religiös motivierte Differenzierung hin, die das Anderssein als Negation der eigenen, seinsmäßigen Art von Leben wertet.²³³ Dafür, dass sich Frauen mit Gesichtsschleier ähnlich verhielten wie Perchtenläufer, gibt es in Österreich keinerlei Belege – sie stören schon allein durch ihr Dasein und ihr Anderssein.²³⁴

Aber um schändliches oder gefährliches Verhalten geht es im AGesVG ja auch gar nicht. Von der gesetzgebenden Instanz gewollt war ein Verbot von Burka, Niqab und Co, kurz ein Verbot eines bestimmten religiösen Symbols. Dafür ist ein ‚neutral‘ formuliertes

²³¹ So auch der Befund von *Holzleithner*, Zum Verbot der Gesichtsverhüllung, *Femina Politica* 1/2018, 127 (130 ff).

²³² *Holzleithner*, Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind* (2009) 341 (347).

²³³ Angelehnt an *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (1932) 15.

²³⁴ IdS auch *Alvarado-Dupuy*, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz, *Juridikum* 2/2017, 152 (153), die anmerkt, dass die Praxis des Perchtenlaufs, bei der immer wieder Menschen verletzt werden, wohl deshalb nicht als regelungsbedürftig erachtet wird, weil sie als kulturell ‚zugehörig‘ erachtet wird, während Niqab oder Burka schon aufgrund ihrer ‚Fremdheit‘ verboten werden sollen.

Gesichtsverhüllungsverbot ungeeignet, und es erfordert dann eben dehnbare Ausnahmeregelungen, die sich in der Rechtsanwendung am eigentlichen Ziel und Zweck des Gesetzes ausrichten lassen. Dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit entspricht das nicht.

2.3 Zur Grundrechtskonformität des Gesichtsverhüllungsverbots

In diesem Kapitel wird die Grundrechtskonformität bzw – wie die Nationalratsabgeordnete *Claudia Durchschlag* (ÖVP) dies ausdrückte – die legistische Wasserdichtheit des AGesVG geprüft.²³⁵ Hierzu werden einleitend die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen zur Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit dargestellt. Anschließend wird die einschlägige Rechtsprechung des VfGH und des EGMR ins Visier genommen.

2.3.1 Die verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte auf Religionsfreiheit

Zur Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit bestehen in Österreich drei Verfassungsbestimmungen.²³⁶

Art 14 StGG bestimmt, dass die „volle Glaubens- und Gewissensfreiheit [...] jedermann gewährleistet“ ist, und fügt hinzu, dass der „Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte [...] von dem Religionsbekenntnisse unabhängig“ ist und „[n]iemand [...] zu einer kirchlichen Handlung oder zur Theilnahme an einer kirchlichen Feierlichkeit gezwungen werden [kann], in sofern er nicht der nach dem Gesetze hiezu berechtigten Gewalt eines Anderen untersteht“.

Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain, bestimmt, dass „[a]lle Einwohner Österreichs [...] das Recht [haben], öffentlich oder privat jede Art Glauben, Religion oder Bekenntnis frei zu üben“. Dieses Recht steht allerdings unter dem Gesetzesvorbehalt „sofern deren Übung nicht mit der öffentlichen Ordnung oder mit den guten Sitten unvereinbar ist“.

Hinzu tritt Art 9 Abs 1 EMRK, der bestimmt, dass „[j]edermann [...] Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit“ hat und dieses Recht „die Freiheit des einzelnen zum Wechsel der Religion oder der Weltanschauung sowie die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Unterricht, Andachten und Beachtung religiöser Gebräuche auszuüben [umfasst]“ (Abs 1). Auch Art 9 Abs 2 EMRK formuliert einen Gesetzesvorbehalt, demzufolge die „Religions- und Bekenntnisfreiheit [...] nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener

²³⁵ Vgl StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 215.

²³⁶ Vgl hierzu insb auch *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 35 ff.

Beschränkungen sein [darf], die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sind“²³⁷.

Der Schutzbereich der drei genannten verfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Glaubens- und Gewissensfreiheit (im Folgenden kurz: Religionsfreiheit) umfasst somit sowohl die (positive Religions-)Freiheit, den Glauben frei zu wählen (*forum internum*) und in Gemeinschaft mit anderen öffentlich oder privat auszuüben (*forum externum*), wie auch das Recht, keine Religion ausüben oder bekennen zu müssen, und insbesondere nicht zu religiösen Handlungen bzw zur Teilnahme an diesen gezwungen zu werden, also die Freiheit vor Zwang (negative Religionsfreiheit).²³⁸ Nach Rechtsansicht des VfGH besteht das Wesen der Glaubens- und Gewissensfreiheit gerade im Ausschluss „staatlichen Zwangs auf religiösen Gebieten“²³⁹. Darüber hinaus stellte der VfGH klar, dass Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit „jedermann“ und unabhängig davon, ob der geübte Glaube die Stellung einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft genießt, gleichermaßen gewährleistet ist.²⁴⁰ Der individuelle Grundrechtsschutz darf somit nicht davon abhängen, ob die betreffende Glaubensgemeinschaft nach dem staatlichen Recht privilegiert ist oder nicht.²⁴¹

Zu den Gesetzesvorbehalten ist anzumerken, dass der EGMR unter der Bedingung „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ auch verlangt, dass der Eingriff einem dringenden sozialen Bedürfnis („*pressing social need*“) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen muss, also in angemessenem Verhältnis zum verfolgten berechtigten Ziel („*proportionate to the legitimate aim pursued*“) stehen muss.²⁴² Auch der VfGH legt die Gesetzesvorbehalte des StGG grundsätzlich dahingehend aus, dass ein Eingriff in die Grundrechte nur dann zulässig ist, wenn er durch das öffentliche Interesse geboten und zugleich

²³⁷ Ausführlicher und mit Fokus auf „Kopftuch- und Gesichtsschleierverbote“ zum Gesetzesvorbehalt des Art 9 Abs 2 EMRK siehe *Wiese*, Religionsfreiheit in Europa stärken, in: *Fürlinger* (Hg), Die Freiheit der Religion (2017) 93 (101 ff).

²³⁸ Vgl insb die diesbezüglichen Ausführungen in VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.2.). Siehe zu alledem im Überblick *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht (2015) Rn 1445 ff; *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 46 f; *Greiff/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 74 f.

²³⁹ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.2.) mit weiteren Nachweisen.

²⁴⁰ VfGH 19.06.1986, B 714/83 (II.).

²⁴¹ So *Ennöckl*, "Nun sag, wie hast du's mit der Religion?" ZfV 2016, 395 (396).

²⁴² Zitiert aus EGMR 07.12.1976, 5493/72 (Handyside gg Vereinigtes Königreich) Rn 48 f. Zur Struktur der Grundrechtsprüfung im Allgemeinen vgl zB *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2016) § 18 Rn 1 ff; zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Religionsfreiheit vgl zB *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2016) § 22 Rn 124 ff. Zu Grundrechtsbeschränkungen im Allgemeinen vgl insb *Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 3 Rn 65 ff.

taugliches und adäquates Mittel ist, um die Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses hintanzuhalten.²⁴³ Konkret im Hinblick auf die Religionsfreiheit erachtet der VfGH die drei genannten Bestimmungen allerdings insoweit als Einheit, als Art 14 StGG durch Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain ergänzt wird und die dort genannten Schranken durch Art 9 Abs 2 EMRK näher bestimmt werden,²⁴⁴ womit im Ergebnis Art 9 Abs 2 EMRK durchschlägt.²⁴⁵

Dabei tut sich eine Unebenheit auf. Denn Art 14 StGG enthält, anders als die beiden anderen Gewährleistungen, keinen Gesetzesvorbehalt, womit ein intentionaler Eingriff in Art 14 StGG unzulässig ist. Dies geht bei der Betrachtung der drei die Religionsfreiheit gewährleistenden Bestimmungen etwas verloren – korrekterweise müsste die verfassungsrechtliche Prüfung eines in Frage stehenden Sachverhalts einzeln entlang jeder dieser drei Bestimmungen vorgenommen werden.²⁴⁶

Ein Verbot des Tragens von religiösen Symbolen oder von religiösen Bekleidungsstücken stellt nun einen Zwang und einen unmittelbaren Eingriff in die Religionsfreiheit dar, konkret in das Recht, jede Art Glauben, Religion oder Bekenntnis frei zu üben (Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain), bzw das Recht, seine Religion oder Weltanschauung öffentlich oder privat durch Beachtung religiöser Gebräuche auszuüben (Art 9 Abs 1 EMRK).²⁴⁷ Ein solcher Eingriff kann allenfalls dann zulässig sein, wenn sich für die Maßnahme eine sachliche Rechtfertigung finden lässt, die den grundrechtlichen Anforderungen entspricht: Der Eingriff muss gesetzlich vorgesehen und ausreichend bestimmt sein, ein legitimes Ziel verfolgen, in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen, was auch die Wahl eines tauglichen und adäquaten Mittels voraussetzt.

²⁴³ Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht (2015) Rn 1341 (mit Nachweisen).

²⁴⁴ So VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.2.5.1.); VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.1.).

²⁴⁵ Vgl *Lienbacher*, Religiöse Rechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 12 Rn 35. Dies trifft jedoch nicht auf das Verbot des § 2 Abs 1 AGesVG zu, da dieses nicht unmittelbar auf die Religion bzw das islamische Kleidungsstück abstellt, sondern ein generelles Verbot der Verhüllung des Gesichts statuiert.

²⁴⁶ Vgl hierzu insb *Lienbacher*, Religiöse Rechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 12 Rn 35; *Scharfe*, In hoc signo..., JRP 2013, 185 (190 f); jeweils mit weiteren Nachweisen. Es sei ergänzt, dass im Verhältnis zur EMRK das sogenannte Günstigkeitsprinzip des Art 53 EMRK gilt, wonach keine Bestimmung der EMRK als Beschränkung oder Minderung der Menschenrechte und Grundfreiheiten ausgelegt werden darf, die in den Gesetzen eines Hohen Vertragschließenden Teils oder einer anderen Vereinbarung, an der er beteiligt ist, festgelegt sind. Der VfGH verneint allerdings die Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips der EMRK auf das Recht aus der negativen Religionsfreiheit, wenn dieses mit dem Recht auf positive Religionsfreiheit kollidiert, da andernfalls die negative Religionsfreiheit in konventionswidriger Weise verkürzt werden könnte; vgl VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.1.); siehe auch VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.2.5.1.c.).

²⁴⁷ So auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht (2015) Rn 1449.

Ein Verbot des Schächtens, eine im Judentum und Islam verbreitete Form des rituellen Schlachtens von Tieren (durch Kehlschnitt und Ausbluten ohne vorherige Betäubung des Tieres),²⁴⁸ erachtete der VfGH übrigens als unzulässigen Eingriff in die Religionsfreiheit, da der Tierschutz für die öffentliche Ordnung nicht von derart zentraler Bedeutung sei, dass er das Verbot einer Handlung verlange, die einem jahrtausendealten Ritus entspricht.²⁴⁹ Das spricht für ein sehr weites Verständnis der Religionsfreiheit. Gleiches ist zur Beschneidung an männlichen Säuglingen aus religiösen Motiven festzustellen, die in Österreich erlaubt ist. Zwar verbietet § 7 des Bundesgesetzes über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG), eine „ästhetische Behandlung oder Operation“ an Personen, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, vorzunehmen, jedoch ist jedenfalls die Beschneidung an männlichen Säuglingen aus religiösen Motiven nicht hierunter zu subsumieren. Vielmehr heben die Erläuterungen zum ÄsthOpG hervor, dass „die Beschneidung an männlichen Säuglingen israelitischer und muslimischer Konfession nicht gegen die guten Sitten [verstößt], sofern diese nicht gegen den Willen der Eltern durchgeführt wird“²⁵⁰ und somit von § 7 nicht erfasst (also zulässig) ist. Diese Rechtsansicht wurde im Jahr 2012 durch einen Erlass des Bundesministeriums für Justiz²⁵¹ bestätigt. Auch hier werden somit hergebrachte, religiös motivierte rituelle Handlungen, selbst wenn sie an Säuglingen vorgenommen werden, geschützt und wird die Religionsfreiheit – zumindest indirekt – sehr weit interpretiert.

2.3.2 *Einschlägige Rechtsprechung des VfGH zu religiösen Symbolen*

An erster Stelle ist die Zulässigkeit des Tragens oder der „Zurschaustellung“²⁵² von religiösen Symbolen im öffentlichen Raum und in öffentlichen Gebäuden in Österreich insgesamt in den Blick zu nehmen, wobei auch interessiert, wie sich dies mit religiösen Symbolen verhält, die nicht ‚fremd‘ konnotiert sind, sondern der ‚eigenen‘ Kultur zugeordnet werden. Hierzu besteht ein markantes, erst im Jahr 2011 ergangenes Urteil des VfGH zur Frage der Zulässigkeit einer gesetzlichen Pflicht, in Kindergärten Kreuze anzubringen,²⁵³ das im hiesigen Kontext in

²⁴⁸ So VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.2.2.).

²⁴⁹ VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.2.7.1.). Auch der EGMR erachtete ein Verbot des Schächtens nur unter engen Voraussetzungen für zulässig (Verbot der „strengerer“ Methode zur Herstellung von „glattem“ Fleisch zulässig), EGMR 27.06.2000, 27417/95 (Cha'are Shalom Ve Tsedek gg Frankreich). Vgl hierzu insb *Pabel*, Der Grundrechtsschutz für das Schächten, EuGRZ 2002; *Müller*, Über Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Schächtens, in: *Funk/Adamovich* (Hg), Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen (2002) 503.

²⁵⁰ ErlRV 1807 BlgNR XXIV. GP, 11 (zu § 7, letzter Absatz).

²⁵¹ Erlass des BM für Justiz vom 31. Juli 2012 zur Frage der strafrechtlichen Relevanz der Vornahme einer Beschneidung an Knaben aus religiösen Motiven, BMJ-S120.001/0003-IV/2012, Punkt 2.10.

²⁵² Entlehnt aus dem Entschließungsantrag 858/UEA XXV. GP, 1 (vgl Kapitel 2.1.2.2).

²⁵³ VfGH 09.03.2011, G 287/09.

zweierlei Hinsicht von besonderem Interesse ist: Zum einen legt es nahe, dass sich der österreichische Staat nicht gänzlich neutral gegenüber den unterschiedlichen Religionsbekenntnissen verhält; zum anderen stellt es der Zurschaustellung religiöser Symbole im öffentlichen Raum oder in öffentlichen Gebäuden grundsätzlich nichts entgegen.

2.3.2.1 Das Kreuz als Symbol der abendländischen Geistesgeschichte in Kindergärten und Schulen

Gegenstand des Verfahrens war die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 12 Abs 2 des niederösterreichischen Kindergartengesetzes 2006, wonach in allen Gruppenräumen jener Kindergärten, an denen die Mehrzahl der Kinder einem christlichen Religionsbekenntnis angehört, verpflichtend ein Kreuz anzubringen ist.²⁵⁴ Der VfGH gelangte in der Sache ohne Umschweife zu dem Ergebnis, dass kein Eingriff in die Religionsfreiheit vorliege. Die Religionsfreiheit schütze nicht nur die (aktive) Religionsausübung, sondern enthalte auch ein Verbot des Zwanges, wobei sich diese negative Seite der Religionsfreiheit auch auf (Sonder-)Situationen erstrecken könne, in denen für die Grundrechtsträger eine (staatliche) Einflussnahme stattfindet – dies insbesondere dann, wenn sich der Betroffene dieser aus faktischen oder rechtlichen Gründen nicht entziehen könne.²⁵⁵ Im vorliegenden Fall sei eine vergleichbare Situation (also ein Zwang) jedoch nicht gegeben und es lasse sich aus dem Gesetz auch nicht ableiten, dass mit dem Kreuz beabsichtigt werden sollte, die Kindergartenkinder in eine bestimmte religiöse Richtung zu beeinflussen.²⁵⁶

Damit stellt sich jedoch ganz grundsätzlich die Frage, warum dort ein Kreuz hängt und was es bewirken soll. Zur Symbolik des Kreuzes stellte der VfGH fest, dass das Kreuz „ohne Zweifel“ zu einem Symbol der abendländischen Geistesgeschichte geworden sei. Darüber hinaus war es stets und sei es auch heute ein religiöses Symbol christlicher Kirchen.²⁵⁷ Zuvorderst ist das Kreuz für den VfGH somit ein Symbol der abendländischen Geistesgeschichte, erst zweitrangig ist es *auch* ein religiöses Symbol. Eine Deutung die, wie *Kneihs/Rill* stichhaltig argumentieren, das Symbol des Kreuzes in einer unangemessenen Weise säkularisiert.²⁵⁸ Darauf will der VfGH auch hinaus, denn das bedeute gerade nicht, dass „dem Gesetzgeber bei systematischer und

²⁵⁴ VfGH 09.03.2011, G 287/09; zur älteren Diskussion vgl insb *Kalb/Potz/Schinkele*, Das Kreuz in Klassenzimmer und Gerichtssaal (1996).

²⁵⁵ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.2.).

²⁵⁶ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.3.).

²⁵⁷ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.4.).

²⁵⁸ *Kneihs/Rill*, Kreuze in Kindergärten, JRP 2013, 163 (166). Sehr kritisch in diesem Punkt aber auch *Scharfe*, In hoc signo..., JRP 2013, 185 (191).

verfassungskonformer Auslegung des Gesetzes eine [...] Präferenz für eine bestimmte Religion [...] zugesonnen werden könnte“²⁵⁹.

Etwas einseitig ist die in Frage stehende gesetzliche Regelung aber doch. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Konzept der sogenannten „hereinnehmenden Neutralität“²⁶⁰ zu verweisen. Denn die Religionsfreiheit gebietet es dem Staat grundsätzlich nicht, den Prinzipien des Laizismus zu folgen und die Religion gänzlich ins Private zu verschieben oder sich jeglicher Regelung zu enthalten;²⁶¹ selbst das Bestehen einer Staatskirche ist nicht von vornherein ausgeschlossen.²⁶² Wenn der Staat jedoch Religion „hereinnimmt“, so hat er die Pflicht, „*to remain neutral and impartial in exercising its regulatory power in the sphere of religious freedom and in its relations with different religions, denominations and beliefs*“²⁶³ (hereinnehmende Neutralität).²⁶⁴ Dies gebietet nicht nur die Religionsfreiheit, sondern gebieten auch der in Art 2 StGG und Art 7 Abs 1 B-VG verankerte Gleichheitssatz und das in Art 14 EMRK verankerte Verbot der Benachteiligung.²⁶⁵

Vielleicht fügte der VfGH gerade deswegen hinzu, dass in einem staatskirchenrechtlichen System wie dem österreichischen, das vom Grundsatz der Trennung von Staat und Kirche geprägt sei, eine Deutung des Symbols des Kreuzes dahingehend, dass es als Ausdruck eines Staatskirchentums verstanden werden kann, von vornherein ausscheide.²⁶⁶ „Jenseits dessen“²⁶⁷ (!) sei es ihm allerdings verwehrt, sich bei mehreren möglichen Deutungen eines religiösen Symbols eine bestimmte Deutung zu eigen zu machen und diese der grundrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen.²⁶⁸ Genau das hat er eingangs jedoch getan, als er das Kreuz als geistesgeschichtliches Symbol (um)deutete. Ist das religiöse Symbol keiner staatlichen Deutung zugänglich, so wird es eben zum geistesgeschichtlichen Symbol, das sodann staatlich bewertet werden darf. Aber auch der (apodiktischen) Feststellung, dass das österreichische staatskirchenrechtliche System vom „Grundsatz der Trennung von Staat und Kirche“ geprägt

²⁵⁹ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.4.).

²⁶⁰ Vgl hierzu insb *Scharfe*, In hoc signo..., JRP 2013, 185 (189) mit weiteren Nachweisen.

²⁶¹ Hierzu insb *Ennöckl*, "Nun sag, wie hast du's mit der Religion?" ZfV 2016, 395 (396 f).

²⁶² Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2016) § 22 Rn 108.

²⁶³ EGMR 31.07.2008, 40825/98 (Zeugen Jehovas et al gg Österreich) Rn 97.

²⁶⁴ Zum Prinzip der „hereinnehmenden Neutralität“ vgl insb auch *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (651 ff).

²⁶⁵ Vgl hierzu insb *Palmstorfer*, Das Schulkreuz aus grundrechtlicher Perspektive, JRP 2013, 173 (182 ff) mit weiteren Nachweisen.

²⁶⁶ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.4.2.).

²⁶⁷ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.4.2.).

²⁶⁸ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.4.2.).

sei, ist entgegenzuhalten, dass ein solcher verfassungsrechtlicher Grundsatz gar nicht besteht und die Trennung von Kirche und Staat in Österreich eher schwach ausgeprägt ist²⁶⁹ – was sich nicht zuletzt gerade auch im Anbringen von Kreuzen in den öffentlichen Kindergärten und Schulen äußert.

Jedenfalls aber, so der VfGH, sei im gesetzlichen Gebot der Anbringung eines Kreuzes keine Äußerung des Staates zu erblicken, mit dem er die Präferenz für eine bestimmte Glaubensüberzeugung zum Ausdruck bringen möchte.²⁷⁰ Auch könnte der bloße Anblick eines Kreuzes nicht die Pflicht begründen, gegenüber diesem Zeichen der Ehrerbietung oder religiöse Handlungen zu setzen, oder dass Kinder dadurch einem sonstigen Identifikations- oder Glaubenszwang ausgesetzt werden.²⁷¹ Letzterem ist grundsätzlich zustimmen: Der bloße Anblick eines religiösen Symbols kann nicht ausreichend sein, um einen unzulässigen Eingriff in die negative Religionsfreiheit der betrachtenden (oder auch nur anwesenden) nicht- oder andersgläubigen Personen anzunehmen.²⁷² Die Problematik liegt vielmehr darin, dass das in Frage stehende Gesetz zwischen christlichen und ‚anderen‘ Kindern bzw christlichen und ‚anderen‘ Symbolen differenziert – und zwar zugunsten der christlichen Kinder und des christlichen Symbols, womit sich eine Präferenz für eine bestimmte Glaubensüberzeugung schwerlich abstreiten lässt.²⁷³

Auf diese Präferenz des Staates weist der VfGH indirekt auch hin, wenn er mit Hinweis auf die in Art 14 Abs 5a B-VG festgelegten Ziele für die schulische Bildung darauf hinweist, dass der Kindergartenbesuch die Erreichung der Schulfähigkeit, wozu auch die religiöse Bildung gehöre, fördern und unterstützen soll,²⁷⁴ also das Anbringen des Kreuzes als Teil des staatlichen Bildungsprogramms versteht.²⁷⁵ Denn im Religionsunterrichtsgesetz findet sich auf

²⁶⁹ IdS auch *Ennöckl*, "Nun sag, wie hast du's mit der Religion?" ZfV 2016, 395 (397). Es sei angemerkt, dass auch *Öhlinger* vertritt, dass die Trennung von Kirche und Staat zu den Grundprinzipien der Verfassung zähle, da es Teil des republikanischen Prinzips sei; vgl *Öhlinger*, in: *Öhlinger/Eberhard* (Hg), Verfassungsrecht (2016) Rn 69. Wie *Ennöckl* (397) ausführt, lässt sich dies aus dem republikanischen Prinzip aber nicht gewinnen, da mit diesem Prinzip die bewusste Abkehr von der Monarchie vollzogen wurde, wohingegen auf der Ebene des Staatskirchenrechts weitestgehende Kontinuität zwischen der Monarchie und der Republik bestand.

²⁷⁰ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.4.4.).

²⁷¹ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.5.).

²⁷² So auch *Ennöckl*, "Nun sag, wie hast du's mit der Religion?" ZfV 2016, 395 (399); *Lienbacher*, Religiöse Rechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 12 Rn 42; *Palmstorfer*, Das Schulkreuz aus grundrechtlicher Perspektive, JRP 2013, 173 (184).

²⁷³ So auch *Palmstorfer*, Das Schulkreuz aus grundrechtlicher Perspektive, JRP 2013, 173 (182 f); *Scharfe*, In hoc signo..., JRP 2013, 185 (insb 189 f); *Kneihs/Rill*, Kreuze in Kindergärten, JRP 2013, 163 (insb 166 und 170). So aber auch bereits *Mayer*, Das Schulkreuz und die Grundrechte, JRP 1995, 222 (226 f).

²⁷⁴ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.4.1.).

²⁷⁵ So *Scharfe*, In hoc signo..., JRP 2013, 185 (187).

Bundesebene eine gleichlautende Bestimmung, der zufolge in Schulen,²⁷⁶ an denen die Mehrzahl „der Schüler“ einem christlichen Religionsbekenntnis angehört, in allen Klassenräumen „vom Schulerhalter“ verpflichtend ein Kreuz anzubringen ist (§ 2b Abs 1). Diese gesetzliche Regelung liegt im (immer noch in Geltung stehenden) völkerrechtlichen Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und der Republik Österreich zur Regelung von mit dem Schulwesen zusammenhängenden Fragen²⁷⁷ begründet. Im Schlussprotokoll behält sich der Heilige Stuhl zu Art I, § 2, Abs 1 denn auch vor (oder räumt Österreich dem Heiligen Stuhl ein), dass eine Änderung der Verpflichtung, ein Kreuz anzubringen, wenn die Mehrzahl der Schüler einem christlichen Religionsbekenntnis angehört, nicht ohne Einvernehmen mit dem Heiligen Stuhl stattfinden wird, womit die gesetzgebende Instanz sehr wohl eine bestimmte Glaubensüberzeugung zum Ausdruck bringt: Sie vertritt mit dieser gesetzlichen Regelung die Interessen der katholischen Kirche.²⁷⁸ Auch wird hier deutlich, dass das Symbol gerade in seiner religiösen (Religionsunterrichtsgesetz, Konkordat!), und nicht etwa in seiner geistesgeschichtlichen Bedeutung verwendet wird.²⁷⁹

Wenn das Gericht das Vorliegen eines Eingriffs in die Religionsfreiheit von vornherein verneint, muss es sich mit der Frage der sachlichen Rechtfertigung des gesetzlichen Gebotes gar nicht erst auseinandersetzen. Ganz sicher war sich der VfGH seiner Sache dann aber offenbar doch nicht, denn er ergänzte, dass selbst unter der Annahme, es liege ein Eingriff in das Recht auf negative Religionsfreiheit vor, dieser verhältnismäßig sei, da er zunächst den Schutz der Rechte und Freiheiten jener Kindergartenkinder christlichen Glaubens verfolge – was auch ein legitimes Ziel sei.²⁸⁰ Weiters trage auch die gesetzliche Bedingung der Zugehörigkeit der Mehrzahl der Kinder zu einem christlichen Religionsbekenntnis zur Rechtfertigung des Eingriffs bei.²⁸¹ Damit tut der VfGH zweierlei: Zum einen stellt er die positive Religionsfreiheit (aktive Ausübung der Religion) über die negative Religionsfreiheit (Freiheit vor Zwang).²⁸² Das steht etwas quer zu dem vom VfGH geprägten Grundsatz, dass das Wesen der Glaubens- und Gewissensfreiheit gerade im Ausschluss „staatlichen Zwangs auf

²⁷⁶ Konkret in den öffentlichen und den mit dem Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Volks- und Hauptschulen, Neuen Mittelschulen und Sonderschulen, Polytechnischen Schulen, allgemeinbildenden höheren Schulen, berufsbildenden mittleren und höheren Schulen, Berufsschulen in den Bundesländern Tirol und Vorarlberg sowie land- und forstwirtschaftlichen Berufsschulen im gesamten Bundesgebiet, Akademien für Sozialarbeit sowie Anstalten der Lehrer- und Erzieherbildung (§ 1 Abs 1 Religionsunterrichtsgesetz).

²⁷⁷ BGBl 273/1962 idF BGBl 289/1972.

²⁷⁸ IdS auch *Kneihs/Rill*, Kreuze in Kindergärten, JRP 2013, 163 (171).

²⁷⁹ So *Scharfe*, In hoc signo..., JRP 2013, 185 (191).

²⁸⁰ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.6.).

²⁸¹ Ebd.

²⁸² Diese Abwägung in Frage stellend auch *Scharfe*, In hoc signo..., JRP 2013, 185 (194, 196).

religiösen Gebieten“²⁸³ liege. Zum anderen schützt er die Rechte der Mehrheit und negiert, wie auch *Kneihs/Rill* kritisieren, den die „Minderheiten schützende[n] Charakter der Grundrechte [...] vollkommen“²⁸⁴.

Zudem fällt ins Auge, dass sich der VfGH bei der Rechtfertigung des ‚fiktiven‘ Eingriffs ausschließlich auf Art 9 EMRK iVm Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain bezieht, also gerade jene Bestimmung (Art 14 StGG) außen vor lässt, die keinen Gesetzesvorbehalt beinhaltet. Wobei nicht auszuschließen ist, dass der VfGH, hätte er das in Frage stehende Gesetz auch vor Art 14 StGG geprüft, zu dem Schluss gekommen wäre, dass der damit bewirkte Eingriff in die negative Religionsfreiheit nicht intentional und daher zulässig ist, wollte mit dem Gesetz doch nur eine ‚Grundrechtsofferte‘ an Kinder mit christlichem Glaubensbekenntnis gemacht werden²⁸⁵ und war es nach Ansicht des VfGH nicht Absicht der gesetzgebenden Instanz, die Kinder mit dem Symbol des Kreuzes in eine bestimmte religiöse Richtung zu beeinflussen.²⁸⁶ Ein solches Ergebnis wäre allerdings ebenso zu beanstanden gewesen. Denn der VfGH hielt zur Rechtfertigung der beanstandeten Regelung auch fest, dass diese Regelung eine Abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und den Rechten der Kinder christlichen Glaubens und ihrer Eltern vornehme.²⁸⁷ Damit muss der VfGH sehr wohl einen möglichen Eingriff in die Religionsfreiheit der nicht-christlich Gläubigen vor Augen gehabt haben, womit sich, wie *Matthias Scharfe* dies formuliert, „das Postulat des nichtintentionalen Nichteingriffs [...] hinsichtlich der fehlenden Absicht des Gesetzgebers nicht [aufrecht] halten [lässt]“²⁸⁸.

Es ist hinzuzufügen, dass in einem säkularen Staat das Anbringen eines Kreuzes in Kindergärten und Schulen oder anderen öffentlichen Einrichtungen grundsätzlich durchaus zu akzeptieren ist. All das, was für das Kreuz gilt, hat dann aber auch für andere religiöse Symbole zu gelten. Was stört, ist die gesetzliche Anordnung, dass ein Kreuz angebracht werden muss, wenn die Mehrzahl der Kinder einem christlichen Religionsbekenntnis angehört, da hiermit die konfessionelle Neutralität des Staates (oder des Landes) in Frage gestellt wird.²⁸⁹

²⁸³ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.2.) mit weiteren Nachweisen.

²⁸⁴ *Kneihs/Rill*, Kreuze in Kindergärten, JRP 2013, 163 (167). Sehr kritisch und darauf hinweisend, dass es für ein individuelles Grundrecht keinen Unterschied machen könne, ob es nur einen einzigen Betroffenen oder deren viele gibt; auch *Scharfe*, In hoc signo..., JRP 2013, 185 (193 ff).

²⁸⁵ So die Niederösterreichische Landesregierung, VfGH 09.03.2011, G 287/09 (III.3.2.3.).

²⁸⁶ So VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.3.).

²⁸⁷ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.6.).

²⁸⁸ Sich diese Frage stellend und einen intentionalen Eingriff bejahend *Scharfe*, In hoc signo..., JRP 2013, 185 (190).

²⁸⁹ So auch *Lienbacher*, Religiöse Rechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 12 Rn 42, der sich aber auch an der gesetzlichen Anordnung nicht stört.

Wenn nun selbst eine gesetzliche Pflicht zur Anbringung von Kreuzen in Kindergärten keinen Eingriff in die Religionsfreiheit darstellt (wobei es den Kindergarten- und Schulbetreibenden außerhalb der gesetzlichen Verpflichtung ja jeweils freigestellt bleibt, wie sie dies halten, wenn die Mehrheit der Kinder oder Schulbesuchenden nicht einem christlichen Religionsbekenntnis angehört, oder auch ob sie anstelle eines schlichten Kreuzes ein Kruzifix²⁹⁰ anbringen), ist kaum ein öffentlicher Raum oder ein öffentliches Gebäude vorstellbar, in welchem unter dem Titel der Religionsfreiheit die Abnahme oder Verbergung von religiösen Symbolen verlangt werden könnte. Dies bestätigt sich auch in einer weiteren, im Jahr 2015 ergangenen Entscheidung des VfGH.²⁹¹

2.3.2.2 Mitführen von religiösen Symbolen in der Öffentlichkeit

Im April 2014 meldete ein einschlägiger Verein bei der zuständigen Behörde einen Demonstrationzug zum Thema „Nein zu Fleisch/Ja zu Vegetarismus“ an, der am Nachmittag des Karsamstags in der Linzer Innenstadt stattfinden sollte. In der Versammlungsanzeige wurde ausgeführt, dass der Demonstrationzug insbesondere vor mehreren Kirchengebäuden zeitweilig halten soll, Tier- und Todesmasken und diverse Kostüme wie kunstblutige Metzgerkleidung oder Lendenschurze getragen und zudem drei Holzkreuze, die von Aktivisten mit Tiermasken getragen werden, mitgeführt werden sollen. Damit wollte die Demonstration auch als Kritik an der Haltung der römisch-katholischen Kirche zum Schutz der Tiere verstanden werden.²⁹²

Die Versammlungsbehörde untersagte den Demonstrationzug, da diese den Strafgesetzen zuwiderlaufe und die öffentliche Sicherheit oder das öffentliche Wohl gefährde und schlug vor, die Versammlung dahingehend zu modifizieren, dass auf das Mitführen von Holzkreuzen in der geplanten Form sowie auf die Halte vor den Kirchen verzichtet werde. Der beschwerdeführende Verein folgte diesem Vorschlag nicht und brachte Beschwerde gegen den Bescheid beim Landesverwaltungsgericht ein.²⁹³ Das Landesverwaltungsgericht verneinte nun zwar eine Bedrohung der öffentlichen Sicherheit wie auch eine Verletzung von Strafgesetzen, gab der Beschwerde aber nicht statt, da anzunehmen sei, „dass zahlreiche gläubige Katholiken

²⁹⁰ Ein Kruzifix unterscheidet sich zum schlichten Kreuz dahingehend, dass die Figur der gekreuzigten Person (Kruzifixus) darauf angebracht ist.

²⁹¹ VfGH 11.03.2015, E 717/2014.

²⁹² Zum Sachverhalt VfGH 11.03.2015, E 717/2014 (I.1.).

²⁹³ Zum Vorverfahren VfGH 11.03.2015, E 717/2014 (I.2. bis I.7.).

beim Zu- und Weggehen von den diversen Kirchen mit dem Demonstrationzug konfrontiert und zutiefst verstört worden wären“²⁹⁴.

Mit Verweis auf die erstdiskutierte Entscheidung erachtete der VfGH durch die Untersagung der Demonstration das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Versammlungsfreiheit (Art 12 StGG, Art 11 EMRK) verletzt.²⁹⁵

Die Untersagung der Versammlung „bloß auf den Einsatz eines Kreuzes als Symbol in örtlicher Nähe von Kirchen und die dadurch möglicherweise hervorgerufene ‚Verstörung‘ von Kirchenbesuchern“²⁹⁶ zu stützen, reiche, so der VfGH, nicht aus. Denn die Untersagung einer Versammlung könne nicht durch die Befürchtung gerechtfertigt werden, „dass einem Adressaten in räumlicher Nähe demonstrativ Meinungen zur Kenntnis gebracht würden, die von diesem missbilligt oder abgelehnt werden“²⁹⁷. Was die Verwendung des Kreuzes betreffe, sei das Kreuz ohne Zweifel ein Symbol der abendländischen Geistesgeschichte geworden, könne nicht als Ausdruck eines Staatskirchentums verstanden werden, und deshalb sei die Verwendung des Kreuzes bei Versammlungen als Mittel zu Kritik und Diskurs zulässig.²⁹⁸ Erst wenn der Einsatz dieses Mittels die von § 188 StGB (Herabwürdigung religiöser Lehren) normierte Schwelle überschreitet, sei die Untersagung der Versammlung zulässig und geboten.²⁹⁹

Warum der VfGH auf die geistesgeschichtliche Symbolik des Kreuzes zurückkommt, erschließt sich nicht recht.³⁰⁰ Jene, die die Versammlung anmeldeten, verstanden das Kreuz als religiöses Symbol der römisch-katholischen Kirche, deren Haltung zum Tierschutz durch Mitführen des Symbols kritisiert werden sollte. Und eigentlich sieht der VfGH dies selbst auch so, denn handelte es sich nicht um ein religiöses Symbol, so hätte er eine allfällige Anwendbarkeit des § 188 StGB (Herabwürdigung religiöser Lehren) von vornherein ausschließen müssen, da sich dieser ganz ausdrücklich nur auf die Glaubenslehre von (im Inland bestehenden) Kirchen oder Religionsgesellschaften bezieht.

Was für das Mitführen eines Kreuzes gilt, muss auch für das Mitführen anderer religiöser Symbole, seien sie abendländisch oder nicht, gelten. Wenn nun aber selbst gegen kunstblutige Personen mit Tiermasken, die „demonstrativ“ ein Holzkreuz mit sich führen – was nicht nur

²⁹⁴ VfGH 11.03.2015, E 717/2014 (I.5. insb 4.3.).

²⁹⁵ VfGH 11.03.2015, E 717/2014 (IV.1.).

²⁹⁶ VfGH 11.03.2015, E 717/2014 (III.2.19.).

²⁹⁷ VfGH 11.03.2015, E 717/2014 (III.2.16.).

²⁹⁸ VfGH 11.03.2015, E 717/2014 (III.2.17. f.).

²⁹⁹ VfGH 11.03.2015, E 717/2014 (III.2.18.).

³⁰⁰ So auch *Schinkels*, Glosse zu VfGH 11.3.2015, E 717/2014, öarr 2016, 388 (401).

geeignet ist, „Verstörung“ hervorzurufen, sondern geradewegs darauf abzielt, zu verstören und zu irritieren – nichts einzuwenden ist, ist eine Untersagung einer kulturell-religiösen Kopfbedeckung, die einfach nur am Kopf getragen wird, kaum argumentierbar.

2.3.2.3 Resümee

Die Rechtsprechung des VfGH macht es dem Gesetzgeber nicht leicht, eine sachliche Rechtfertigung für ein generelles Verbot des Tragens eines muslimischen Schleiers oder Kopftuchs zu finden, die den grundrechtlichen Anforderungen standhält. Zumal – wie der VfGH selbst bestätigte – ein Eingriff in die Religionsfreiheit vorläge, würde der Staat eine Präferenz für eine bestimmte Religion oder gar eine Glaubensüberzeugung zum Ausdruck bringen.³⁰¹

Nicht unbedeutend ist hierbei, dass der VfGH im Hinblick auf die Zurschaustellung religiöser Symbole die positive über die negative Religionsfreiheit stellt. Auch das Tragen einer religiösen Kopfbedeckung stellt nun ein Element der Ausübung der Religion, der positiven Religionsfreiheit dar, wobei das bloße Tragen einer religiösen Kopfbedeckung die Religionsfreiheit der Anders- oder Nichtgläubigen, wenn überhaupt, so doch nur berührt. Ein mit Strafe belastetes gesetzliches Verbot, eine religiöse Kopfbedeckung in der Öffentlichkeit zu tragen, stellt demgegenüber einen Zwang dar, dem sich die betroffene Person faktisch und rechtlich nicht entziehen kann. Gerade im Ausschluss von Zwang auf religiösen Gebieten besteht nach der Rechtsprechung des VfGH nun aber „das Wesen der Glaubens- und Gewissensfreiheit“³⁰². Darüber hinaus ist dem Staat ein intentionaler Eingriff in die durch Art 14 StGG gewährleistete Glaubens- und Gewissensfreiheit untersagt, da diese Gewährleistung nicht unter Gesetzesvorbehalt steht.

Auch handelt es sich mit dem Schleier oder dem Kopftuch genauso wie mit dem Schulkreuz (oder anderen, wesentlich fragwürdigeren erlaubten Handlungen wie das Beschneiden von Knaben aus religiösen Motiven oder das Schächten von Tieren) um eine jahrtausendealte Tradition und stellt ein solches Tuch für sich allein keine Bedrohung der öffentlichen Sicherheit dar. Es will in aller Regel mit dem Tragen eines Schleiers wohl noch nicht einmal eine ‚Verstörung‘ bewirkt werden. Auch Schleier und Kopftuch sind nicht lediglich religiöses Symbol, sondern gleichfalls Symbol der Geistesgeschichte und Kultur. Da es in der Nationalratsdebatte zum AGesVG ausschließlich um die Kopfbedeckung von Frauen, um

³⁰¹ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.4. und V.2.4.4.).

³⁰² VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.2.) mit weiteren Nachweisen.

Schleier und ‚Kopftuch‘, ging, kommen noch zwei wichtige Punkte hinzu: Der Gleichheitssatz (Art 2 StGG und Art 7 Abs 1 B-VG) und das Verbot der Benachteiligung (Art 14 EMRK).³⁰³

Zudem gelangte der VfGH im Zusammenhang mit dem Gebot der Anbringung von Kreuzen im Kindergarten zur der Ansicht, dass durch den bloßen Anblick eines religiösen Symbols (hier des Kreuzes) kein Zwang im Sinne eines Eingriffs in die negative Religionsfreiheit vorliege, da ein solcher Zwang erst bejaht werden könne, wenn sich das nicht- oder andersgläubige Gegenüber dem Anblick oder der Beeinflussung aus faktischen oder rechtlichen Gründen nicht entziehen könne.³⁰⁴ Womit kein Eingriff in die Religionsfreiheit vorliegt, wenn ein Wegschauen möglich ist – oder ein Weghören. Dies bestätigt sich grundsätzlich auch in der Entscheidung des VfGH zum Vegetarismus-Demonstrationszug, in welcher der VfGH feststellte, dass es für die Untersagung der Versammlung nicht ausreicht, wenn in räumlicher Nähe Meinungen zur Kenntnis gebracht werden, die von anderen missbilligt oder abgelehnt werden, und zwar selbst dann nicht, wenn die Meinung demonstrativ vorgebracht würde.³⁰⁵

Vor diesem Hintergrund ist im nächsten Schritt eine umfassende Analyse der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR vorzunehmen und insbesondere zu hinterfragen, ob das österreichische AGesVG mit dem Argument der Ermöglichung zwischenmenschlicher Interaktion, die eine wesentliche Funktionsbedingung für ein friedliches Zusammenleben in einem demokratischen Rechtsstaat und für die Teilhabe an der Gesellschaft darstelle,³⁰⁶ und das aus dem Urteil des EGMR in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich³⁰⁷ entlehnt zu sein scheint, eine sachliche Rechtfertigung gefunden werden kann, die den grundrechtlichen und sonstigen verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht.

³⁰³ Es ist allerdings zu ergänzen, dass sich Personen ohne österreichische Staatsbürgerschaft („Fremde“) nicht unmittelbar auf den Gleichheitsgrundsatz berufen können, da der persönliche Schutzbereich sowohl des Art 7 B-VG wie auch des Art 2 StGG ausdrücklich auf „Staatsbürger“ beschränkt ist. Daran ändert auch Art 14 EMRK nichts, da dieser lediglich einen akzessorischen Anspruch gewährt, der sich auf die in der Konvention eingeräumten Gewährleistungen bezieht, ihm aber keine über die Konventionsgrundlagen hinausgehende eigenständige Bedeutung zukommt – womit der allgemeine Gleichheitsgrundsatz nicht auf „Fremde“ erweitert wird. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts kann der Staatsbürgervorbehalt insoweit nicht zur Anwendung kommen, da das Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV jede Schlechterstellung von Unionsbürgern gegenüber Staatsbürgern verbietet. Vgl. *Ennöckl*, Der Status der Ausländer, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 5 Rn 38.

³⁰⁴ VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.2. und V.2.5.).

³⁰⁵ VfGH 11.03.2015, E 717/2014 (III.2.16.).

³⁰⁶ Vorblatt und WFA zu 1586 BlgNR XXV. GP, 3 (Problemdefinition).

³⁰⁷ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich).

2.3.3 *Einschlägige Rechtsprechung des EGMR zu religiösen Symbolen*

Für die Analyse der einschlägigen Rechtsprechung wird bei dem Urteil des EGMR in der Rechtssache Lautsi gegen Italien,³⁰⁸ in welchem das Schulkreuz zur Debatte stand, der Ausgang genommen. Sodann wird die Rechtsprechung des EGMR in Sachen Tragen von religiös konnotierten Kleidungsstücken im öffentlichen Raum analysiert. Hierzu liegen bislang zwei Urteile vor. Zum einem das Urteil in der weniger prominent gewordenen Rechtssache Ahmet Arslan et al gegen Türkei,³⁰⁹ in welcher 127 (männliche) Angehörige der religiösen Gruppierung *Aczmenidler tarikati* Beschwerde führten, weil sie wegen des Tragens der für ihre Gruppierung typischen Bekleidung in Polizeigewahrsam genommen worden waren. Zum anderen das bereits mehrfach angesprochene Urteil in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich,³¹⁰ in welchem das französische Gesichtsverhüllungsverbot streitgegenständlich war.

2.3.3.1 *Das ‚christliche‘ Schulkreuz: Lautsi gegen Italien*

Der Rechtssache Lautsi gegen Italien³¹¹ lag ein zur Entscheidung des VfGH zum Kreuz in Kindergärten sehr ähnlich gelagerter Sachverhalt zugrunde. Streitgegenständlich waren die in den Klassenzimmern einer staatlichen Schule angebrachten Kruzifixe, deren Präsenz sich auf zwei Königliche Dekrete aus 1924 und 1928 stützte. Die Beschwerdeführerin erachtete die Kruzifixe im Klassenzimmer als Verstoß gegen das Gebot staatlicher Neutralität in Religionsfragen und berief sich auf Art 2 des 1. Zusatzprotokolls (ZP) zur EMRK (Recht auf Bildung) sowie Art 9 EMRK (Religionsfreiheit) und Art 14 EMRK (Verbot der Benachteiligung).

Mit Urteil vom 03.11.2009 entschied der EGMR (einstimmig), dass ein verpflichtendes Anbringen des Symbols einer Konfession in spezifischen regierungsabhängigen Bereichen als Verstoß gegen Art 9 EMRK zu werten ist. In Folge wurde die Rechtssache jedoch auf Antrag der italienischen Regierung an die Große Kammer (GK) des EGMR verwiesen. Diese revidierte mit Urteil vom 18.03.2011 die vorangegangene Entscheidung und erachtete (mit 15 zu 2 Stimmen!) das verpflichtende Anbringen von Kruzifixen in Klassenzimmern als mit der EMRK vereinbar. Es sei ergänzt, dass das Urteil der GK neun Tage *nach* der Entscheidung des VfGH

³⁰⁸ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien).

³⁰⁹ EGMR 23.02.2010, 41135/98 (Ahmet Arslan et al gg Türkei).

³¹⁰ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich).

³¹¹ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien). Unterstützend wurde für das Vorliegende auch die im NLMR 2011, 81 abgedruckte (verkürzte) deutsche Übersetzung herangezogen.

zum Kreuz in Kindergärten³¹² erging. Im Folgenden wird nur auf das Urteil der GK eingegangen.³¹³

Wenngleich sich das Urteil der GK im Ergebnis mit jenem des VfGH deckt, ist die Argumentation eine gänzlich andere. Für die GK ist das Kreuz vor allem anderen ein religiöses Symbol – und die Frage, ob dem Kreuz daneben noch eine andere Bedeutung zukommt, gilt nicht als relevant.³¹⁴ Zudem untersuchte die GK die Beschwerde in erster Linie aus Sicht des Art 2 Satz 2 des 1. ZP zur EMRK, der allerdings im Lichte des Art 9 EMRK zu lesen sei.³¹⁵

Nach Rechtsansicht der GK fällt die Entscheidung darüber, ob in Klassenzimmern staatlicher Schulen Kreuze angebracht werden, prinzipiell in den staatlichen Ermessensspielraum, zumal hinsichtlich dieser Frage kein europäischer Konsens bestehe.³¹⁶ Dies gelte zumindest, soweit die diesbezügliche staatliche Entscheidung nicht zu einer Form von Indoktrinierung führe.³¹⁷ Eine Indoktrinierung oder suggestiv-manipulative Wirkung verneinte die GK, da ein an der Wand angebrachtes Kruzifix ein im Wesentlichen passives Symbol sei, womit es keinen mit einer didaktischen Rede oder der Teilnahme an religiösen Aktivitäten vergleichbaren Einfluss auf die Schüler*innen habe.³¹⁸ An dieser Stelle grenzt die GK das Urteil auch klar von der Rechtssache Dahlab gegen Schweiz³¹⁹ ab. Denn letztere Rechtssache betraf das Verbot, *beim Unterrichten* ein islamisches ‚Kopftuch‘ zu tragen. Es hatte zum Ziel, die religiösen Überzeugungen der Kinder und Eltern und die konfessionelle Neutralität der Schulen zu schützen.³²⁰ Zudem wird die konfessionelle Neutralität der Schulen in der Schweiz tatsächlich gewahrt, da in der Schweiz auch das Anbringen eines ‚Schulkreuzes‘ als Verstoß gegen die verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte auf Glaubens- und Gewissensfreiheit und Religionsneutralität des Religionsunterrichts gilt.³²¹ Wie Richterin *Ann Power* in ihrer Concurring Opinion ergänzte, habe die Kammer in ihrem Urteil vom 03.11.2009 übersehen, dass Art 9 EMRK kein Recht der einzelnen Person beinhalte, nicht mit religiösen Symbolen konfrontiert zu werden („does not create a right not to be offended by the manifestation of the

³¹² VfGH 09.03.2011, G 287/09.

³¹³ Eine Diskussion beider Urteile bieten *Peters*, Kruzifixe im Klassenraum, ZÖR 2012, 573; *Walter*, Staat und Religionsgemeinschaften am Beispiel der Straßburger Kruzifix-Urteile, in: *Karl* (HG), Religionsfreiheit im Zeichen der Globalisierung und Multikulturalität (2013) 97.

³¹⁴ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 66.

³¹⁵ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 59 f.

³¹⁶ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 70.

³¹⁷ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 69.

³¹⁸ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 72.

³¹⁹ EGMR 15.02.2001, 42393/98 (Dahlab gg Schweiz). Siehe hierzu noch Kapitel 3.4.2.1.

³²⁰ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 73.

³²¹ BGE 26.09.1990, 116 Ia 252. Hierzu noch Kapitel 3.4.2.1.1.1.

religious beliefs of others“).³²² Der bloße Anblick des Schulkreuzes, die alleinige „subjektive Wahrnehmung“³²³, reicht somit für eine Verletzung von Art 9 EMRK nicht aus.

Zwar treffe es zu, dass die verpflichtende Anordnung, in Klassenzimmern staatlicher Schulen Kreuze anzubringen, der Mehrheitsreligion überwiegende Sichtbarkeit in der schulischen Umgebung verleihe, jedoch sei die schulische Umgebung in Italien auch für andere Religionen offen und deutet nichts darauf hin, dass die Behörden intolerant gegenüber anders- oder auch nichtgläubigen Schülerinnen und Schülern wären.³²⁴ Insbesondere sei es den Schulbesuchenden nicht verboten, etwa das islamische ‚Kopftuch‘ oder andere religiöse Symbole oder Kleidung zu tragen und es bestünde für alle anerkannten Glaubensbekenntnisse die Möglichkeit zu optionalem Religionsunterricht in der Schule.³²⁵ Womit zugleich die Frage einer allfälligen Benachteiligung (Art 14 EMRK) erledigt ist. Dies ist zugleich ein höchst wichtiger Punkt, denn an dieser Stelle wird ganz offensichtlich, dass das Anbringen von Kreuzen in öffentlichen Einrichtungen nur solange gerechtfertigt sein kann, als es den Schulbesuchenden gestattet ist, das ‚Kopftuch‘ oder andere religiöse Symbole oder Kleidung (welchen Glaubensbekenntnisses auch immer) zu tragen.

Schlussendlich räumt der EGMR den Staaten in dieser Frage einen weiten Ermessensspielraum („*margin of appreciation*“) ein.³²⁶ Die Entscheidung, eine Tradition fortzusetzen oder nicht, falle, so der EGMR, wenngleich dies den Staat nicht von seiner Pflicht entbinde, die von der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten zu achten, grundsätzlich in den Ermessensspielraum des verantwortlichen Staates.³²⁷ Dies gelte auch für die Entscheidung darüber, ob in Klassenräumen staatlicher Schulen ein Kruzifix hängen soll oder nicht.³²⁸ Damit verneinte die GK schlussendlich sowohl eine Verletzung des Art 2 des 1. ZP zur EMRK wie auch eine Verletzung von Art 9 oder Art 14 EMRK.³²⁹

Es sei angemerkt, dass der EGMR den Vertragsstaaten im Hinblick auf das Verhältnis von Staat und Religionsgemeinschaft bzw Staat und Kirche regelmäßig einen weiten Ermessensspielraum („*margin of appreciation*“) ³³⁰ einräumt und dies damit begründet, dass in diesen Fragen kein Staatenkonsens bestehe und die nationalen Behörden und Gerichte besser dazu in der Lage

³²² EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien), *Concurring Opinion of Judge Power*.

³²³ *Erkens*, Ende des Kruzifix-Streits vor dem EGMR, BRJ 1/2011, 46 (46 f).

³²⁴ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 71 und 74.

³²⁵ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 74.

³²⁶ Vgl hierzu insb auch *Peters*, Kruzifixe im Klassenraum, ZÖR 2012, 573 (581 ff).

³²⁷ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 68.

³²⁸ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 70.

³²⁹ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 77 und 79 ff.

³³⁰ Grundsätzlich hierzu *Greif/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 82.

seien, die konfligierenden Interessen miteinander abzuwägen.³³¹ Der weite Ermessensspielraum auf der Seite der Vertragsstaaten bedeutet auf der anderen Seite, dass der EGMR in solchen Fragen seine Kontrolldichte zurücknimmt, was sich – je nach Sachlage – zulasten (Billigung eines Eingriffs in die Religionsfreiheit) oder zugunsten (Billigung des Eingriffs in andere Konventionsrechte zugunsten der Religionsfreiheit) der Religionsfreiheit³³² auswirken kann.

2.3.3.2 Das Tragen von religiösen Kleidungsstücken im öffentlichen Raum

Im Hinblick auf die Frage der Vereinbarkeit von Verboten des Tragens von religiöser Kleidung auf öffentlichen Straßen und Plätzen liegen zwei markante Entscheidungen des EGMR vor: Das im Jahr 2010 ergangene Urteil in der Rechtssache Ahmet Arslan et al gegen Türkei,³³³ sowie das im Jahr 2014 ergangene Urteil in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich³³⁴. Es wird mit dem älteren Urteil begonnen, in welchem der EGMR ein generelles Verbot des Tragens von religiöser Bekleidung im öffentlichen Raum als Verletzung der von Art 9 EMRK gewährleisteten Religionsfreiheit wertete. Daran anschließend wird das hier besonders interessierende Urteil S.A.S. gegen Frankreich diskutiert, in welchem der EGMR zu dem Ergebnis gelangte, dass das französische Verbot, im öffentlichen Raum Kleidung zu tragen, die dazu gedacht ist, das Gesicht zu verhüllen, keine Verletzung von Art 9 EMRK darstellt.

2.3.3.2.1 Religiöse Kleidung: Ahmet Arslan et al gegen Türkei

In der Rechtssache Ahmet Arslan et al gegen Türkei³³⁵ führten 127 türkische Staatsangehörige Beschwerde, die der religiösen Gruppierung *Aczmendiler tarikati* angehören. Sie waren im Oktober 1996 in Polizeigewahrsam genommen worden, als sie in der für ihre Gruppierung typischen Bekleidung – das sind Turban, Salvar (eine knielange Hose) und Tunika – auf dem Weg zu einer religiösen Zeremonie in einer Moschee waren und zugleich einen Stadtrundgang durch Ankara unternahmen. Wenngleich dies für die Rechtssache nicht von Relevanz war, so sei hinzugefügt, dass für Angehörige dieser religiösen Gruppierung auch ein Vollbart typisch ist, der zumeist als recht üppiger Wallebart getragen wird.

³³¹ Vgl. Ungern-Sternberg von, in: Karpenstein/Mayer (Hg), EMRK (2015), Art 9 EMRK, Rn 43 ff mit zahlreichen Nachweisen auf die einschlägige Rechtsprechung. So denn auch EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 61, 68 (mit weiteren Nachweisen).

³³² So Ungern-Sternberg von, in: Karpenstein/Mayer (Hg), EMRK (2015), Art 9 EMRK, Rn 43.

³³³ EGMR 23.02.2010, 41135/98 (Ahmet Arslan et al gg Türkei).

³³⁴ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich).

³³⁵ EGMR 23.02.2010, 41135/98 (Ahmet Arslan et al gg Türkei). Für das Vorliegende wurde die im NLMR 2010, 52 abgedruckte (verkürzte) deutsche Übersetzung herangezogen.



Abbildung 3: Gruppierung Aczmendiler tarikati³³⁶

Die Beschwerdeführer waren wegen Verstoßes gegen das Gesetz Nummer 671 über das Tragen von Kopfbedeckungen („Hutgesetz“ von 1925)³³⁷ und das Gesetz Nummer 2596 über das Tragen von religiösen Kleidungsstücken (von 1934) strafgerichtlich verurteilt worden. In ihrer Rüge brachten sie auch die mangelnde Vorhersehbarkeit bzw inkonsequente Anwendung dieser Gesetze vor, zumal sie lange Zeit nicht exekutiert worden wären. Angesichts seiner Ausführungen zur Notwendigkeit des Eingriffs hielt der EGMR es aber nicht für erforderlich, auf diese Frage weiter einzugehen.

Der Gerichtshof sah in der Verurteilung wegen des Tragens von religiöser Kleidung in der Öffentlichkeit ganz klar einen Eingriff in die von Art 9 EMRK gewährleistete Religionsfreiheit. Mit Rücksicht auf das in der Verfassung der Türkei verankerte Prinzip des Laizismus und des diesbezüglichen Vorbringens der türkischen Regierung akzeptierte der Gerichtshof grundsätzlich, dass der Eingriff mehrere der im Gesetzesvorbehalt des Art 9 EMRK genannten Ziele verfolgte, nämlich die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung sowie den Schutz der Rechte anderer.

Er verneinte in Folge jedoch die Notwendigkeit des Eingriffs. Hierzu grenzte er zuerst den vorliegenden Sachverhalt von seiner bisherigen Rechtsprechung³³⁸ ab und hob hervor, dass seine Rechtsprechung zu öffentlich Bediensteten und insbesondere Lehrenden nicht anwendbar sei und es hier auch nicht um das Tragen religiöser Symbole in öffentlichen Einrichtungen gehe, wie dies etwa in der Rechtssache Leyla Şahin gegen Türkei³³⁹ der Fall war. Denn in diesen

³³⁶ Quelle: Gruppierung Aczmendiler tarikati, abgerufen unter: <https://www.milliyet.com.tr/gundem/aczimendiler-vazgeci-1529020>.

³³⁷ Dieses Gesetz gestattet der männlichen Bevölkerung einzig das Tragen von Hüten.

³³⁸ Worauf in Kapitel 2.3.4 noch zurückgekommen wird.

³³⁹ EGMR 10.11.2005, 44774/98 (Leyla Şahin gg Türkei).

Fällen hatte der EGMR dem Aspekt der Neutralität in Glaubensfragen Vorrang gegenüber der freien Ausübung des Rechts auf Religionsfreiheit eingeräumt und eine Verletzung von Art 9 EMRK verneint.

Vorliegend gehe es vielmehr darum, dass die Beschwerdeführer als Privatpersonen schlicht wegen des Tragens ihrer Kleidung an für die Öffentlichkeit zugänglichen Orten verurteilt wurden. Hierfür fehle es jedoch an der Notwendigkeit, für die die Regierung keine zwingenden Gründe vorbringen konnte. Denn es gehe nicht hervor, dass das Tragen der religiösen Tracht eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder eine Ausübung von Druck gegenüber anderen dargestellt hätte, auch deute nichts darauf hin, dass die Beschwerdeführer versucht hätten, Passanten mittels unangemessenem Druck für ihre religiöse Überzeugung zu gewinnen oder sich sonst dem Proselytismus (Missionierung) hingegen hätten. Dementsprechend liege eine Verletzung von Art 9 EMRK vor.

In der Rechtssache Ahmet Arslan et al gegen Türkei argumentierte der EGMR sehr geradlinig und klar. Auf dieser Grundlage wäre nun ebenso geradlinig anzunehmen, dass der Gerichtshof auch im Hinblick auf religiöse Kopfbedeckungen von Frauen, wie dem Schleier oder dem Kopftuch, zu dem Ergebnis kommen müsste, dass Frauen allein für das Tragen ihrer religiösen Tracht auf öffentlichen Straßen und Plätzen nicht bestraft werden dürfen.³⁴⁰ Dem ist aber nicht ganz so, weil der gesichtsverhüllende Schleier mehr ‚Angriffsfläche‘ bietet als ein Turban, ein Scheitelkäppchen, eine Kippa – oder auch ein Kopftuch.

2.3.3.2.2 Gesichtsverhüllungsverbot: S.A.S. gegen Frankreich

In der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich³⁴¹ führte eine gläubige Muslima gegen das französische Gesichtsverhüllungsverbot Beschwerde. Das französische Verbot³⁴² ist ähnlich wie das österreichische AGesVG neutral formuliert. Gem Art 1 ist es generell untersagt, im öffentlichen Raum Kleidung zu tragen, die dazu dient, das Gesicht zu verhüllen.³⁴³ Art 2 enthält eine Ausnahmeregelung, die an jene des AGesVG erinnert und Gesichtsverhüllungen gestattet, wenn dies aus gesundheitlichen oder beruflichen Gründen gerechtfertigt ist oder sie im Rahmen von Sport, Feierlichkeiten oder künstlerischen oder traditionellen Veranstaltungen getragen

³⁴⁰ So denn auch Wiese, Religionsfreiheit in Europa stärken, in: Förlinger (Hg), Die Freiheit der Religion (2017) 93 (107) nach einer umfassenden rechtlichen Analyse, die die Autorin kurz vor dem Urteil in der Rechtssache EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) erstellt hatte.

³⁴¹ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich). Unterstützt wurde für das Vorliegende auch die im NLMR 2014, 309 abgedruckte (verkürzte) deutsche Übersetzung herangezogen.

³⁴² LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

³⁴³ „Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage”.

wird.³⁴⁴ Die Erläuterungen zum Gesetz (*exposé des motifs*)³⁴⁵ sind allerdings wesentlich unverhüllter als jene zum AGesVG. Hier wird ausdrücklich auf den gesichtsverhüllenden Schleier Bezug genommen und gar ausgeführt, dass der Schleier im öffentlichen Raum eine symbolische und entmenslichende Gewalt mit sich bringe, die dem sozialen Gefüge widerspreche, da die betroffene Person mit der Verschleierung ihres Gesichts die Zugehörigkeit zur Gesellschaft negiere.³⁴⁶

Um einen Überhang an Fußnoten zu vermeiden, wird in diesem Kapitel, soweit auf das Urteil S.A.S. gegen Frankreich verwiesen wird, die verwiesene Randnummer jeweils in eckige Klammer unmittelbar in den Fließtext gesetzt.

2.3.3.2.2.1 Prüfung des Vorliegens eines Eingriffs in Art 8 oder 9 EMRK

Der EGMR bejahte, dass das französische Gesichtsverhüllungsverbot einen Eingriff oder eine Einschränkung der Ausübung der durch Art 9 EMRK gewährleisteten Religionsfreiheit (wie auch des Rechts auf Achtung des Privatlebens des Art 8 EMRK) darstellt, da sie die betroffene Frau vor ein Dilemma stelle: Entweder sie befolgt das Verbot und verzichtet damit darauf, sich ihren religiösen Ansichten entsprechend zu kleiden, oder sie verweigert die Befolgung und riskiert strafrechtliche Sanktionen [110]. Der Gerichtshof fand jedoch eine Rechtfertigung für diese Eingriffe.

2.3.3.2.2.2 Prüfung des Vorliegens eines legitimen Ziels

An erster Stelle prüfte er, ob ein „legitimes Ziel“ im Sinne des Gesetzesvorbehalts der Art 8 Abs 2 und Art 9 Abs 2 EMRK vorliegt. Dabei zog er zwei mögliche legitime Ziele in Erwägung, die öffentliche Sicherheit und den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Mit Blick auf die „öffentliche Sicherheit“ akzeptierte der EGMR das strittige Verbot als Reaktion des Gesetzgebers auf Probleme der öffentlichen Sicherheit im Sinne von Art 8 und 9 EMRK [139]. Im Zuge der Verhältnismäßigkeit kam der Gerichtshof jedoch ohne Umschweife zu dem Schluss, dass eine allgemeine Bedrohung der öffentlichen Sicherheit nicht bestehe. Das Verbot verlange vielmehr von den betroffenen Frauen, ein von ihnen als wichtig empfundenes Element ihrer Identität völlig aufzugeben, während die von der Regierung geltend

³⁴⁴ „[...] si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles“.

³⁴⁵ Diese sind im Urteil EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 25 abgebildet.

³⁴⁶ „Revenant à nier l'appartenance à la société des personnes concernées, la dissimulation du visage dans l'espace public est porteuse d'une violence symbolique et déshumanisante, qui heurte le corps social“. Zitiert aus EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 25.

gemachten Ziele durch eine schlichte Verpflichtung erreicht werden könnten, ihr Gesicht zu zeigen und ihre Identität nachzuweisen, wo eine Gefahr für die Sicherheit von Personen oder Eigentum festgestellt wurde oder wo besondere Umstände den Verdacht des Identitätsbetruges aufwerfen [139].

Eine Prüfung des Ziels der „öffentlichen Ordnung“ nahm der EGMR nicht vor, da dieses im Gesetzesvorbehalt des Art 8 EMRK (Schutz des Privatlebens) nicht enthalten ist [117].³⁴⁷ In Anbetracht seiner Ausführungen zur „öffentlichen Sicherheit“ wie auch seiner Ausführungen in der Rechtssache Ahmet Arslan et al gegen Türkei zur „öffentlichen Ordnung“ müsste der EGMR konsequenterweise allerdings zu dem Ergebnis gelangen, dass auch in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich eine Bedrohung der öffentlichen Ordnung nicht vorliegt.³⁴⁸ Denn wenn 127 in religiöse Tracht und Wallebärte gehüllte Männer, die gemeinsam durch die Stadt ziehen, nicht geeignet sind, die öffentliche Ordnung zu bedrohen, so kann dies auch bei einer einzelnen durch die Stadt bummelnden verschleierte Frau nicht der Fall sein.

Womit nur noch das Ziel des „Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ bleibt, worauf sich der Gerichtshof dann auch konzentrierte [117]. Hinsichtlich dieses Ziels berief sich die französische Regierung auf drei Werte: Die Achtung der Gleichheit zwischen Männern und Frauen, die Achtung der Menschenwürde und die Achtung der Mindestanforderungen für ein Leben in der Gesellschaft [116]. Gegen die ersten beiden Werte führte der EGMR schlagkräftige Argumente an: Eine Berufung auf die Geschlechtergleichheit schlage fehl, solange nicht davon ausgegangen werden will, dass Individuen auf dieser Grundlage vor der Ausübung ihrer eigenen Grundrechte und Grundfreiheiten geschützt werden sollen [119]. Aber auch die Achtung der Menschenwürde könne ein absolutes Verbot des Tragens eines Gesichtsschleiers an öffentlichen Orten legitimerweise nicht rechtfertigen, zumal keine Beweise dafür vorlägen, dass Frauen, die einen Schleier tragen, damit eine Form der Verachtung gegenüber jenen ausdrücken wollen die sie treffen, oder sonst die Würde anderer verletzen wollen [120].

Womit nur noch der „Respekt für einen Mindestbestand an Werten für eine offene demokratische Gesellschaft“ bleibt, den der Gerichtshof unesehen unter das legitime Ziel des

³⁴⁷ Kritisch hierzu *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (2).

³⁴⁸ Zu diesem Ergebnis gelangen auch *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (6), die argumentieren, dass die starke Intensität der Beeinträchtigung des Rechts der Beschwerdeführerin sowie die geringe Betroffenheit des staatlichen Interesses am Schutz der öffentlichen Ordnung dazu führen müsste, dass das Recht, durch die Wahl der Kleidung die Religionsfreiheit auszuüben, das Interesse an der Sicherung der öffentlichen Ordnung überwiegt.

„Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ des Gesetzesvorbehalts subsumierte.³⁴⁹ Dies ist bereits grundsätzlich fragwürdig. Denn die „Rechte und Freiheiten anderer“ setzen eigentlich, wie *Grabenwarter/Struth* mit Verweis auf die bisherige Rechtsprechung des EGMR feststellen, ein konkretes einfach- oder verfassungsrechtlich gewährtes Recht voraus, das hier aber nicht besteht.³⁵⁰ In diesem Sinne kann etwa ein Verbot des Proselytismus zum „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ ein legitimes Ziel sein;³⁵¹ nicht aber ein Verbot, einen Schleier zu tragen, bloß weil die ‚Anderen‘ das respektlos finden. Auch bedeutet dieses Argument nicht mehr als dass der verschleierte Frau – unter Anwendung von Strafe – der nötige Respekt und Gehorsam gelehrt werden müssen.

Zudem besteht ein Widerspruch mit der Argumentation des EGMR in der Rechtssache *Lautsi gegen Italien*,³⁵² in welcher der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangte, dass der alleinige Anblick des Kruzifixes, das passiv an der Wand eines Klassenzimmers hängt und insoweit nicht missioniere oder indoktriniere, keine Verletzung der Religionsfreiheit darstellt und Art 9 EMRK kein Recht der Einzelnen verbürgt, nicht mit religiösen Symbolen konfrontiert zu werden.³⁵³ Auch das alleinige Tragen eines Schleiers oder eines anderen religiösen Symbols, etwa eines Kreuzes an einer Halskette, stellt nun aber keine Missionierung oder Indoktrinierung gegenüber jenen dar, die dieses Symbol oder Kleidungsstück bloß erblicken oder betrachten.

Der Gerichtshof führte demgegenüber in der Rechtssache *S.A.S. gegen Frankreich* aus, dass er dem Argument, wonach das Gesicht bei der sozialen Interaktion eine wichtige Rolle spiele, folgen könne. Ferner könne er auch die Ansicht verstehen, dass Personen, die sich an für alle zugänglichen Orten aufhalten, nicht sehen wollen, dass sich dort Praktiken oder Haltungen entwickeln, die die Möglichkeit offener zwischenmenschlicher Beziehungen fundamental in Frage stellen. Daher könne er auch akzeptieren, dass die durch einen das Gesicht bedeckenden Schleier errichtete Barriere gegen andere als Verletzung des Rechts anderer angesehen wird, in einem Raum der Sozialisation zu leben, der dem Zusammenleben zuträglich ist [122]. Angesichts der Flexibilität des Begriffs des Zusammenlebens und der daraus resultierenden Missbrauchsgefahr müsse er aber eine sorgfältige Prüfung der Notwendigkeit des umstrittenen

³⁴⁹ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (*S.A.S. gg Frankreich*) Rn 121.

³⁵⁰ *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (3). Starke Zweifel anmeldend auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2016) § 22 Rn 42 und 128.

³⁵¹ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2016) § 22 Rn 42 und 128.

³⁵² EGMR 18.03.2011, 30814/06 (*Lautsi gg Italien*).

³⁵³ Vgl Kapitel 2.3.3.1.

Verbots vornehmen [122]. Die versprochene Sorgfalt bleibt der Gerichtshof letztendlich aber schuldig.³⁵⁴

2.3.3.2.2.3 Prüfung der Verhältnismäßigkeit

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit leitet der EGMR mit einer Klarstellung ein: Das Argument, das Verbot beruhe auf der unzutreffenden Annahme, die betroffenen Frauen würden den Schleier unter Zwang tragen, sei nicht sachdienlich. Denn das primäre Ziel des Verbots bestehe nicht darin, Frauen vor einer Praxis zu schützen, die ihnen aufgezwungen würde oder die nachteilig für sie wäre [137]. Das ist korrekt, zudem würde dies ja ein Bestrafen des Opfers bedeuten. Damit könne, so der EGMR weiter, das umstrittene Verbot nur insofern gerechtfertigt sein, als es versucht, die Bedingungen des Zusammenlebens sicherzustellen [142].

Dabei gesteht der Gerichtshof zu, dass das Verbot ohne Zweifel bedeutende Auswirkungen auf Frauen habe, die den Schleier zu tragen wünschen, konfrontiere sie mit einem komplexen Dilemma und könne auch den Effekt haben, sie zu isolieren und ihre Autonomie einzuschränken. Wegen der Verhüllung des Gesichtes an einem öffentlichen Ort strafrechtlich verfolgt zu werden, sei verständlicherweise ein für Frauen traumatisierender Gedanke [152]. Auf Seiten der ‚Anderen‘ steht dem lediglich gegenüber, dass sie die verschleierte Frau ‚sehen‘,³⁵⁵ wobei die Anzahl der vollverschleierten Frauen auf französischem Territorium sehr gering ist und ihre Zahl im Jahr 2009 auf etwa 1.900 (davon 270 in den Überseeterritorien) geschätzt wurde [145].

Dann leitete der EGMR aber auch schon die Kehrtwende ein und wies darauf hin, dass sich der vorliegende Fall von jenem in der Rechtssache Ahmet Arslan et al gegen Türkei unterscheide [151, vgl auch 135]. Es sei nämlich von gewisser Bedeutung, dass das Verbot nicht ausdrücklich auf der religiösen Konnotation der umstrittenen Kleidung beruht, sondern nur auf der Tatsache, dass sie das Gesicht verhüllt. Der EGMR akzeptiert mithin die Verschleierungstaktik der gesetzgebenden Instanz, indem er sich – wider besseren Wissens – auf den (neutralen) Wortlaut des Gesetzestextes zurückzieht.³⁵⁶ Die Gesetzgebungsmaterialien lagen dem EGMR vor – sie sind auszugsweise im Urteil abgedruckt. Die Wirkung dieses ergebnisorientierten Schachzugs scheint dem EGMR selbst aufgefallen zu sein. Denn er sah

³⁵⁴ IdS auch *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (4, 7).

³⁵⁵ IdS („Dilemma der Muslima“ versus „äußerst vager Vorteil der Möglichkeit der visuellen Kommunikation“) auch *Ungern-Sternberg von*, EGMR: S.A.S. ./ Frankreich – Burkaverbot, MRM 1/2015, 56 (63).

³⁵⁶ IdS auch *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (5), die darüber hinaus monieren, dass der Rückgriff auf die formale Neutralität die Relativierung der Schwere des Grundrechtseingriffs bezwecke.

sich bemüht kundzutun, dass er sehr besorgt sei über die Hinweise, wonach die Debatte, die der Verabschiedung des Gesetzes voranging, durch gewisse islamophobe Bemerkungen geprägt war – und zu betonen, dass ein Staat, der in einen solchen Gesetzgebungsprozess eintritt, Gefahr laufe, zur Festigung von Stereotypen beizutragen und zu intoleranten Äußerungen zu ermutigen, während es eigentlich seine Pflicht wäre, Toleranz zu fördern [149].

2.3.3.2.2.4 *Kein Verstoß gegen Art 8 (Schutz der Privatsphäre) oder Art 9 (Religionsfreiheit) EMRK*

Dieses Bekenntnis änderte freilich nichts mehr am anvisierten Ergebnis. Der EGMR steuerte vielmehr direkt auf den weiten Ermessensspielraum des Staates zu: Der Staat erachte die Praxis des Tragens eines Gesichtsschleiers als mit den Grundregeln der sozialen Kommunikation in der französischen Gesellschaft und weiter gefasst mit den Anforderungen des Zusammenlebens unvereinbar; womit gesagt werden könne, dass der belangte Staat einen Grundsatz der zwischenmenschlichen Kommunikation zu schützen versuche, und die Frage, ob es erlaubt sein sollte, an öffentlichen Orten einen Gesichtsschleier zu tragen, eine Wahl der Gesellschaft darstelle [153]. Ergo habe er (der EGMR) Zurückhaltung zu üben, da er dabei eine Abwägung zu beurteilen habe, die mit den Mitteln eines demokratischen Prozesses in der fraglichen Gesellschaft getroffen wurde [154]. Damit hat der EGMR – genauso wie zuvor bereits der österreichische VfGH bei der Entscheidung über Kreuze in Kindergärten³⁵⁷ – den die Minderheiten schützenden Charakter der Grundrechte vollkommen negiert.³⁵⁸ Denn wenn das demokratische Element in der Auslegung der Grundrechtsstandards, der „*margin of appreciation*“, dominiert, ist eine Prüfung eines Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit oder Konventionskonformität, die einer Abwägung der widerstreitenden geschützten Interessen bedarf, im Wesentlichen schon deswegen obsolet, weil die Vorschrift in einem demokratischen Gesetzgebungsverfahren erzeugt wurde – und wird die Abwägung der grundrechtlichen Interessen durch den Willen der demokratischen Mehrheit ersetzt.³⁵⁹

Der EGMR misst Frankreich unter dieser Prämisse jedenfalls einen sehr weiten Ermessensspielraum³⁶⁰ zu [155] und entledigt sich in Folge einer eigenen Abwägung, indem er darauf hinweist, dass kein europäischer Konsens gegen („*contre*“) ein solches Verbot bestehe [156]. Angesichts des fehlenden europäischen Konsenses und der Weite des zukommenden

³⁵⁷ Vgl Kapitel 2.3.2.1.

³⁵⁸ Der letzte Teilsatz ist von *Kneih/Rill*, Kreuze in Kindergärten, JRP 2013, 163 (167) entlehnt.

³⁵⁹ Auch dieser Gedanke wurde von *Kneih/Rill*, Kreuze in Kindergärten, JRP 2013, 163 (167) angestoßen.

³⁶⁰ Kritisch in diesem Punkt und das Urteil S.A.S. gg Frankreich als „Negativbeispiel“ führend *Binder*, The Concept of Margin of Appreciation, JRP 2015, 56 (63 f).

Ermessensspielraums, so das Urteil, könne das umstrittene Verbot als verhältnismäßig zum verfolgten Ziel angesehen werden, nämlich der Bewahrung der Bedingungen für ein Zusammenleben als ein Element des „Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ und liege keine Verletzung von Art 8 oder 9 EMRK vor [157 ff].

Den fehlenden europäischen Konsens schloss der EGMR aus dem Umstand, dass sich zum Zeitpunkt des Urteils zwei von insgesamt 47 Mitgliedstaaten, namentlich Frankreich und Belgien, zu einer solchen Maßnahme entschlossen hatten [156], also aus dem Ausscheren von zwei Mitgliedstaaten. Die Zahlen sprechen mithin eher für einen Konsens *gegen* ein Vollverschleierungsverbot,³⁶¹ jedenfalls darf aber von einer gewissen „Beliebigkeit“³⁶² der Argumentation des EGMR und einer Unterstützung der politischen Tendenzen gesprochen werden. Dieser vom EGMR begründete politische Konsens wurde zwischenzeitlich mehrfach aufgenommen – nicht nur von Österreich und Belgien, sondern etwa auch von Lettland, Bulgarien, den Niederlanden und zuletzt Dänemark,³⁶³ wo nun ebenfalls landesweite Verbote der Vollverschleierung im öffentlichen Raum bestehen.

Das bedeutet im Ergebnis, wie *Antje von Ungern-Sternberg* resümiert, dass „ein generelles [...] Verbot der Vollverschleierung in der Öffentlichkeit mit Blick auf die öffentliche Sicherheit unverhältnismäßig, mit Blick auf das nebulöse Konzept des ‚Zusammenlebens‘ aber wegen eines großen mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums verhältnismäßig sein soll [...]“³⁶⁴. Das überzeugt nicht.

2.3.3.2.2.5 *Kein Verstoß gegen Art 14 (Verbot der Benachteiligung) iVm Art 8 oder 9 EMRK*

Aber auch das Vorliegen einer von der Beschwerdeführerin ebenfalls behaupteten Verletzung von Art 14 EMRK (Verbot der Benachteiligung) iVm Art 8 EMRK (Achtung des Privatlebens) oder 9 EMRK (Religionsfreiheit) verneinte der EGMR ausdrücklich [162]. Zwar treffe es zu, dass eine allgemeine Politik oder Maßnahme, die einen unverhältnismäßig nachteiligen Effekt auf eine bestimmte Gruppe hat, als diskriminierend angesehen werden kann, selbst wenn sie nicht spezifisch gegen diese Gruppe gerichtet ist und es keine diskriminierende Absicht gibt.

³⁶¹ So auch *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (7 f).

³⁶² So *Ungern-Sternberg von*, EGMR: S.A.S. ./ Frankreich – Burkaverbot, MRM 1/2015, 56 (63). Kritisch zu diesem Begründungsansatz auch *Sündhofer*, Konventionskonformität, ALJ 1/2015, 88 (95 ff).

³⁶³ Diese Aufzählung erhebt nicht den Anspruch der Vollständigkeit, wurde aber mit dem Dokument *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, Verbot der Vollverschleierung in Staaten der EU, WDdtBT 2 - 3000 - 094/17 (Stand 16. Oktober 2017) abgeglichen.

³⁶⁴ *Ungern-Sternberg von*, in: *Karpenstein/Mayer* (Hg), EMRK (2015), Art 9 EMRK, Rn 45 (siehe auch Rn 37).

Dies sei allerdings nur der Fall, wenn eine solche Politik oder Maßnahme keine sachliche und vernünftige Rechtfertigung habe; eine solche Rechtfertigung liege – wie oben bereits dargelegt – jedoch vor [161].

Damit verkürzte der EGMR den menschenrechtlichen Diskriminierungsschutz in Europa,³⁶⁵ indem er sich nicht daran störte, dass ein neutral formuliertes Gesetz, hinter dem aber ganz offensichtlich der gesetzgeberische Wille stand, den muslimischen Gesichtsschleier aus der Öffentlichkeit zu verbannen, mittelbar und intersektional nach Geschlecht und Religion differenziert.³⁶⁶ Wie *Silvia Ulrich* moniert, ist eine gendersensible Verhältnismäßigkeitsprüfung im Lichte des Art 14 EMRK unter Berücksichtigung alternativer integrationsfördernder Maßnahmen gänzlich unterblieben und ist ein deutlich herabgesetzter gleichheitsrechtlicher Prüfstandard zu konstatieren.³⁶⁷

Die Intersektionalität der Diskriminierung wird in Zusammenschau mit dem Urteil in der Rechtssache *Ahmet Arslan et al gegen Türkei*³⁶⁸ besonders deutlich. Genau von dieser Rechtssache distanzierte sich der EGMR aber mit dem Hinweis, dass der Wortlaut des französischen Gesetzes nicht ausdrücklich auf der religiösen Konnotation der umstrittenen Kleidung beruhe.³⁶⁹

Mit diesem Hinweis stimmte der EGMR nicht nur der ‚Gesetzesverschleierung‘ zu, denn genauso wie im Hinblick auf das österreichische AGesVG war auch im Hinblick auf das französische Verbot sehr klar, dass es sich, wenngleich es neutral formuliert ist, gegen den Gesichtsschleier richtet.³⁷⁰ Er überging auch, dass das in der von ihm angesprochenen Rechtssache *Ahmet Arslan et al gegen Türkei*³⁷¹ streitgegenständliche türkische „Hutgesetz“³⁷² ganz genauso wie das französische Gesichtsverhüllungsverbot auf eine ausdrückliche religiöse Konnotation verzichtet.³⁷³ *De facto* richtet sich das türkische Hutgesetz, das als allgemeine Kopfbedeckung den (westlichen) Hut gebietet und das Fortdauern der (als rückständig

³⁶⁵ So *Lembke*, Burka-Verbot, JuWiss.de, 09.07.2014, im Langtitel des Beitrages.

³⁶⁶ Sehr kritisch hierzu auch *Lembke*, Burka-Verbot, JuWiss.de, 09.07.2014, die festhält, dass es nicht allzu schwerfallen werde, „neutrale Gesetze zu erlassen, deren Auswirkungen ganz überraschend eine bestimmte Gruppe von Frauen oder eine religiöse Minderheit treffen“.

³⁶⁷ *Greif/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 237.

³⁶⁸ EGMR 23.02.2010, 41135/98 (*Ahmet Arslan et al gg Türkei*).

³⁶⁹ Auf die Differenzen zwischen den Urteilen *Ahmet Arslan et al gg Türkei* und *S.A.S. gg Frankreich* hinweisend auch *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (1 und 7). Den herabgesetzten gleichheitsrechtlichen Prüfstandard in der Rechtssache *S.A.S. gg Frankreich* kritisierend aber auch *Greif/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 237.

³⁷⁰ Vgl hierzu bereits Kapitel 2.3.3.2.2.3.

³⁷¹ EGMR 23.02.2010, 41135/98 (*Ahmet Arslan et al gg Türkei*). Vgl hierzu bereits Kapitel 2.3.3.2.1.

³⁷² *Şapka kanunu*, Gesetz Nr 671 von 1925.

³⁷³ Nicht so allerdings das ebenfalls streitgegenständliche türkische Gesetz über das Tragen von religiösen Kleidungsstücken (Gesetz Nr 2596 von 1934), das Kleidungsstücke für Geistliche aller Religionen betrifft.

verstandenen) Gewohnheiten verbietet, gegen traditionelle religiöse Kopfbedeckungen, insbesondere den Fes.³⁷⁴ Dennoch erkannte der EGMR in der Rechtssache Ahmet Arslan et al gegen Türkei ohne große Umschweife auf einen Verstoß gegen Art 9 EMRK. Nicht einsichtig ist jedenfalls, warum es einer Gruppe von 127 in religiöse Tracht und Vollbärte gehüllten Männern gestattet sein sollte, durch die Stadt zu flanieren – nicht aber einer einzelnen in einen Schleier gehüllten Frau.

2.3.3.2.2.6 Bestätigung: Belcaceci et Oussar gegen Belgien und Dakir gegen Belgien

Der EGMR hatte bereits zweifach die Möglichkeit, sein Urteil in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich zu bestätigen. Dies zuerst in der Rechtssache Belcaceci et Oussar gegen Belgien,³⁷⁵ in welchem das (neutral formulierte) belgische Verbot des Tragens von Kleidungsstücken, die das Gesicht gänzlich oder überwiegend verdecken,³⁷⁶ auf dem Prüfstand war. Der EGMR wiederholte im Wesentlichen seine in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich gebildete Argumentation und ergänzte, dass die nationalen Behörden prinzipiell besser als das internationale Gericht in der Lage seien, die lokalen Bedürfnisse und Umstände zu beurteilen, und, wenn es um politische Fragen geht, bei denen in einem demokratischen Staat erhebliche Unterschiede bestehen können, der Rolle des nationalen Entscheidungsträgers („*décideur*“) besondere Bedeutung beigemessen werden müsse.³⁷⁷ Aus dieser Sicht sei die Frage, ob ein Gesichtsschleier in der belgischen Öffentlichkeit akzeptiert werde, eine Entscheidung der Gesellschaft.³⁷⁸ Der EGMR räumt den Mitgliedstaaten somit einen überaus weiten Ermessensspielraum ein. Diese Argumentation wiederholte der EGMR schließlich auch in dem am gleichen Tage ergangenen Urteil in der Rechtssache Dakir gegen Belgien,³⁷⁹ in welcher eine Verordnung aus dem Jahr 2008 auf dem Prüfstand war, mit welcher in drei belgischen Gemeinden die Verhüllung des Gesichts auf öffentlichen Straßen und Plätzen untersagt worden war.

2.3.4 Resümee

Entlang des Urteils in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich ist zu konstatieren, dass wohl auch das österreichische, in ein neutrales AGesVG gegossene ‚Burkaverbot‘ vor dem EGMR

³⁷⁴ Vgl hierzu insb auch *Bülow von*, Das Kopftuchurteil des EGMR (2008) 43 ff.

³⁷⁵ EGMR 11.07.2017, 37798/13 (Belcaceci et Oussar gg Belgien).

³⁷⁶ *Loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage, LOI n° 2011000424 du 1 juin 2011.*

³⁷⁷ EGMR 11.07.2017, 37798/13 (Belcaceci et Oussar gg Belgien) Rn 51.

³⁷⁸ EGMR 11.07.2017, 37798/13 (Belcaceci et Oussar gg Belgien) Rn 54.

³⁷⁹ EGMR 11.07.2017, 4619/12 (Dakir gg Belgien).

standhalten würde. Tatsächlich hat die österreichische gesetzgebende Instanz das Urteil des EGMR „schematisch angewendet“³⁸⁰, um das AGesVG grundrechtlich „wasserdicht“³⁸¹ zu machen und rücken die WFA und die Erläuterungen zur RV zum AGesVG die obsiegenden Argumente, die Beachtung der Mindestanforderungen des Zusammenlebens, die Kommunikationsoffenheit und die soziale Integration, in den Mittelpunkt. Um rechtliche Angriffspunkte zu vermeiden, ist das AGesVG dem französischen Verbot zudem im Wortlaut und selbst im Hinblick auf die Höhe der Geldstrafe – die hier wie dort bis zu 150 Euro beträgt, und vom EGMR als milde und verhältnismäßig erachtet wurde³⁸² – nachgebildet.

Der Umstand, dass die französische gesetzgebende Instanz zwar ein neutrales Gesetz formulierte, damit aber ganz offensichtlich auf ein Verbot von Niqab und Burka abzielte, störte den EGMR nicht, im Gegenteil, er machte ihn sich sogar zunutze. Die österreichische gesetzgebende Instanz (nicht so die Abgeordneten in der Nationalratsdebatte) war sogar etwas vorsichtiger als die Französische, denn weder die WFA noch die Erläuterungen zur RV nehmen ausdrücklich auf Schleier, Niqab oder Burka Bezug – auf Religion sowieso nicht.

Zwar zeigte sich der EGMR besorgt, dass die parlamentarische Debatte durch gewisse islamophobe Bemerkungen geprägt war, und gab zu bedenken, dass ein Staat, der in einen solchen Gesetzgebungsprozess eintritt, die Gefahr auf sich nehme, zur Festigung von Stereotypen beizutragen und zu intoleranten Äußerungen zu ermutigen, während es eigentlich seine Pflicht wäre, Toleranz zu fördern;³⁸³ er nahm dies aber in Kauf. In Österreich scheinen sich die Gefahren, die der EGMR zu bedenken gab – wie der Bericht der „DOKUSTELLE Islamfeindlichkeit & antimuslimischer Rassismus“³⁸⁴ nahelegt – zu realisieren und vermehrt Übergriffe von Dritten stattzufinden, die einzig durch den Anblick eines Kopftuchs motiviert sind und den Gedanken einer durch Politik und Gesetz bestärkten Blockwartmanier aufkommen lassen.

Es bleibt der Schönheitsfehler, dass Art 14 StGG keinen Gesetzesvorbehalt enthält. Der VfGH bleibt in diesem Punkt ungenau und betrachtet Art 14 StGG, Art 63 Staatsvertrag von St. Germain und Art 9 EMRK insoweit als Einheit, als Art 14 StGG durch Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain ergänzt wird und die dort genannten Schranken

³⁸⁰ Dieser Ausdruck ist von *Holzleithner*, *Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance* (2015) 60 entlehnt.

³⁸¹ So denn auch das StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 215.

³⁸² EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 152.

³⁸³ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 149.

³⁸⁴ DOKUSTELLE Islamfeindlichkeit & antimuslimischer Rassismus, Antimuslimischer Rassismus Report 2018, Wien 2019; zugänglich unter: <https://dokustelle.at/reports/>. Den Hinweis gaben *Greif/Ulrich*, *Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht* (2019) Rn 237.

durch Art 9 Abs 2 EMRK näher bestimmt werden.³⁸⁵ Der EGMR gibt ihm nun aber ein Argument in die Hand: Das neutral formulierte Gesetz. Denn wenn nach Rechtsansicht des EGMR ein Gesetz, das nicht ausdrücklich auf der religiösen Konnotation der umstrittenen Kleidung beruht, sondern nur auf der Tatsache, dass sie ihr Gesicht verhüllt,³⁸⁶ gerade wegen seiner neutralen Formulierung den Grundrechtseingriff relativiert und verhältnismäßig erscheinen lässt, so kann mit dem gleichen Argument auch die Intentionalität des Eingriffs abgestritten werden.³⁸⁷ Dann kommt es auch gar nicht darauf an, ob der Staat laizistisch, säkular oder nichts davon ist.³⁸⁸ Bleibt nur noch das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, das auch ein Bestimmtheitsgebot enthält und transparente, offene und nachvollziehbare Gesetze verlangt,³⁸⁹ um der Gesetzesverschleierung Einhalt gebieten zu können. Vom Prinzip der Rechtsstaatlichkeit wurden mit dem Integrationspaket jedoch, wie es scheint, ganz bewusst Abstriche gemacht – zugunsten der Behauptung der Leitkultur gegenüber Flüchtlingen.

Ein letztes Argument findet sich im Urteil des EGMR in der Rechtssache Ahmet Arslan et al gegen Türkei. Denn hier wurde von den Beschwerdeführern auch beanstandet, dass das Gesetz lange Zeit nicht exekutiert worden sei. Der EGMR konnte diese Frage jedoch offenlassen, da er die Notwendigkeit der Maßnahme verneinte. Da der EGMR entlang des jeweiligen konkreten Einzelfalls prüft,³⁹⁰ würde er im Hinblick auf das AGesVG aber vermutlich doch annehmen, dass es in Österreich recht vorhersehbar ist, dass das Tragen eines Niqabs oder einer Burka im öffentlichen Raum eine Strafe zur Folge haben kann. Anders würde sich das vielleicht verhalten, wenn ein abgestrafter Haifisch McSHARK vor Gericht zieht und gegen einen

³⁸⁵ So VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.2.5.1.); VfGH 09.03.2011, G 287/09 (V.2.1.).

³⁸⁶ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 151. Vgl Kapitel 2.3.3.2.2.3.

³⁸⁷ Auch sei darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf die Kunstfreiheit des Art 17a StGG, der ebenfalls keinen Gesetzesvorbehalt enthält, ebenso vertreten wird, dass die grundrechtlichen Freiheiten des StGG nicht schrankenlos ausgeübt werden dürfen, sondern immanente Schranken bestehen; vgl hierzu insb *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983, 1; dies ausdrücklich bestätigend VfGH, 07.12.1987, B 1218/86. Nach der im Bericht des Verfassungsausschusses zum Antrag auf Novellierung des StGG geäußerten Rechtsmeinung „ergeben sich für die Kunstfreiheit wie für die anderen Grundrechtsbereiche jene Schranken, die aus dem geordneten, auf Toleranz aufbauenden Zusammenleben der Menschen folgen“; Bericht des Verfassungsausschusses über den Antrag der Abgeordneten *Blecha* und Genossen betreffend ein Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger durch die Einfügung einer Bestimmung zum Schutz der Freiheit der Kunst geändert wird (29/A), 978 BlgNR XV. GP, 2. Ob der VfGH dieser Rechtsmeinung vollumfänglich zustimmt ist unklar (so merkte er in VfGH, 12.03.1985, B 44/88, an, dass die Frage, ob die Verfassungsrechtslage den Vorstellungen und Erwartungen des Ausschusses in diesem Punkt des Berichtes ganz entspricht, im konkreten Fall nicht zu untersuchen sei), sie ließe sich jedoch zur Rechtfertigung des AGesVG nutzen.

³⁸⁸ *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (7), formulieren dies etwas vorsichtiger und halten fest, dass „[e]ine Argumentation mit der Besonderheit des [...] Laizismus zumindest nicht ebenso evident [scheint] wie in der [...] Vorjudikatur“.

³⁸⁹ Vgl zB *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht (2015) Rn 569 ff.

³⁹⁰ Zur Grundrechtsprüfung durch den EGMR vgl zB *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2016) § 18 Rn 1 ff.

straffrei gebliebenen Hasen Lesko antritt. Daran hatte McSHARK aber gar kein Interesse – sorgte der Aufmarsch der Polizei gegen den Plüsch-Hai doch für werbewirksame Medienberichte.³⁹¹ Oder wenn Beschwerde gegen eine Strafe für das Tragen eines das Gesicht teilweise verdeckenden Schals im nur bedingt frostigen Oktober geführt wird, wie dies im Oktober 2017 der Fall war. Die beabsichtigte Gesetzesanfechtung wurde in diesem Fall aber verunmöglicht, indem die Behörde – ohne Angabe einer Begründung – das Verfahren späterhin einstellte.³⁹²

In Anbetracht der vorgängigen Rechtsprechung des EGMR zu religiösen Symbolen musste für das Verbot des Gesichtsschleiers ein Merkmal gefunden (oder konstruiert) werden, das andere religiöse Symbole nicht aufweisen und mithin eine differenzierte Behandlung des Gesichtsschleiers gestattet. Gleiches ist auch mit Blick auf die vorgängige einschlägige Rechtsprechung des österreichischen VfGH zu konstatieren. Das findige Argument: Der Gesichtsschleier bricht eine fundamentale Grundregel der sozialen Kommunikation und darf daher, solange das Verbot nicht ausdrücklich auf der religiösen Konnotation der umstrittenen Kleidung beruht, zur Bewahrung des Respekts für einen Mindestbestand an Werten und der Bedingungen für ein Zusammenleben zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer verboten werden. Fehlte das Element der Ermöglichung der Kommunikation oder Interaktion im Argument, so würde das im Übrigen bedeuten, dass mit dem Argument der Ordnung der Bedingungen des Zusammenlebens zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer alles ‚Fremde‘ aus der Öffentlichkeit verbannt werden könnte.³⁹³ Erst der „dogmatische Kniff“³⁹⁴ mit der Pflicht zur Kommunikationsoffenheit lässt den Eingriff in die Religionsfreiheit (vermeintlich) legitim erscheinen. Zugleich wird mit diesem Kniff der Einwand, dass das neutral formulierte Gesichtsverhüllungsverbot faktisch primär Frauen trifft, also das Gesetz Frauen indirekt diskriminiert, abgewehrt.

Dabei übergeht der EGMR – genauso wie die österreichische gesetzgebende Instanz hinsichtlich des AGesVG – ein wichtiges Element, namentlich, dass eine Pflicht, stets und mit allen und jedem oder jeder zu kommunizieren, sowie der öffentliche Raum betreten wird,

³⁹¹ Siehe insb Kurier, PR-Aktion zum Vermummungsverbot: Agentur zeigte Hai Maskottchen an, 11.10.2017, <https://kurier.at/chronik/wien/pr-aktion-zum-vermummungsverbot-agentur-zeigte-hai-maskottchen-an/291.468.030>.

³⁹² Vgl zu alledem Kapitel 2.2.2.

³⁹³ IdS (wenn auch weniger differenziert) auch *Finke*, Man bleibt halt gerne unter sich, JuWiss.de, 02.07.2014.

³⁹⁴ So *Hochhuth*, Kein Verstoß gegen EMRK durch Verbot der Gesichtsverschleierung in Frankreich, NJW 2014, 2925 (2935).

eigentlich gar nicht besteht³⁹⁵ und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK) vielmehr auch ein Recht, nicht zu kommunizieren und nicht mit anderen Personen in Kontakt zu treten, umfasst.³⁹⁶ Dieses Element fehlt hier wie dort zur Gänze, woraus wohl zu schließen ist, dass die Interessensabwägung für den EGMR wie auch für die österreichische gesetzgebende Instanz ganz selbstverständlich war: Eine Frau hat in der Öffentlichkeit kommunikationswillig zu sein – zugunsten des Zusammenlebens und der Rechte und Freiheiten der ‚Anderen‘, die einen Schleier nicht ansehen möchten.

Für religiöse Kopfbedeckungen (oder andere religiöse Symbole), die das Gesicht nicht verdecken, funktioniert dieser ‚dogmatische Kniff‘ allerdings nicht.

3 Für Kinder an Grundschulen und in Kindergärten verbotene „Verhüllung des Hauptes“

Kaum waren die Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit und zur Grundrechtskonformität des AGesVG fertiggestellt, zeichnete sich die nächste Entwicklung ab: Die Verbote der „Verhüllung des Hauptes“ für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen. Bei diesen Verboten wurde ähnlich vorgegangen, wie bei dem Verbot der Gesichtsverhüllung des AGesVG, denn auch die neuen Verbote wurden insoweit neutral formuliert, als nicht das islamische ‚Kopftuch‘ als solches verboten ist, sondern das Tragen weltanschaulicher oder religiöser Bekleidung, die mit der Verhüllung des Hauptes verbunden ist, untersagt wurde. Genauso wie sich im Zuge der Debatten um das AGesVG zeigte, dient die neutrale Formulierung aber lediglich der Verhüllung des von der gesetzgebenden Instanz Gewollten, und das ist ein ‚Kopftuchverbot‘.

In diesem Kapitel werden die beiden neuen Verbote der „Verhüllung des Hauptes“ für Kinder in Kindergärten (Art 3 der 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik) und an Grundschulen (§ 43a SchUG) auf den Prüfstand genommen. Hierbei wird analog zu den

³⁹⁵ Vgl hierzu insb *Sündhofer*, Konventionskonformität, ALJ 1/2015, 88 (94) mit weiteren Nachweisen. Sehr kritisch in diesem Punkt auch *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (2 f).

³⁹⁶ So auch die gemeinsame Dissenting Opinion der Richterinnen *Angelika Nußberger* und *Helena Jäderblom*, EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich), Dissenting Opinion, Rn 8; sehr kritisch auch *Aziz*, Kein Recht, Außenseiter_in zu sein, Juridikum 3/2014, 269 (insb 273); *Holzleithner*, Bekleidungsvorschriften und Genderperformance (2015) 58 f. Vgl auch die Nachweise in Kapitel 2.1.3.4 (Fn 171 und 172). Darauf hinweisend, dass die Argumentation des EGMR in diesem Punkt inkonsequent sei, das Ergebnis des Urteils aber dennoch begrüßend *Kovács*, Kopftuchverbot am Arbeitsplatz? ASoK 2016, 440 (442).

Analysen zum AGesVG vorgegangen. Ein Kapitel zur Auslegung und Anwendung der beiden Verbote in der Praxis fehlt allerdings, da hierüber bislang nichts verlautet wurde.

3.1 „Verhüllung des Hauptes“ des Kindes in Kindergärten

Dem Verbot der „Verhüllung der Gesichtszüge“ (AGesVG) folgte im Dezember 2018 ein Verbot der „Verhüllung des Hauptes“ für Kinder in elementaren Kindereinrichtungen (Kindergärten). Dieses Verbot ist Bestandteil der neuen Vereinbarung gem Art 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über die Elementarpädagogik.³⁹⁷

Vereinbarungen gem Art 15a B-VG (sogenannte Gliedstaatsverträge), denen zufolge Bund und Länder untereinander Vereinbarungen über Angelegenheiten ihres jeweiligen Wirkungsbereichs schließen können,³⁹⁸ entfalten als solche grundsätzlich keine Rechtswirkung für die Normunterworfenen, sondern berechtigen und verpflichten ausschließlich die Vertragsparteien.³⁹⁹ Es bedarf somit eines entsprechenden Transformationsaktes, der das Vertragsrecht in Recht umwandelt.⁴⁰⁰ Gem Art 14 Abs 4 B-VG liegt die Kompetenz zur Gesetzgebung und die Vollziehung hinsichtlich des Kindergarten- und Hortwesens bei den Ländern, was bedeutet, dass die 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik durch neun Landesgesetze umgesetzt wurde.

Auch wenn die 15a-Vereinbarung als solche nicht unmittelbar für die Normunterworfenen gilt, werden die folgenden Betrachtungen auf Grundlage der Vereinbarung angestellt, da die Analyse der einzelnen Landesgesetze den Umfang der Arbeit sprengen würde. Die Querschau in den einschlägigen landesgesetzlichen Bestimmungen zeigt, dass die meisten Länder (namentlich Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg)⁴⁰¹ die einschlägige Phrase des Art 3 Abs 1 der 15a-Vereinbarung, wonach „das Tragen weltanschaulich oder religiös geprägter Bekleidung, [...] mit der [die] Verhüllung des

³⁹⁷ Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über die Elementarpädagogik für die Kindergartenjahre 2018/19 bis 2021/22; BGBl I 103/2018 vom 22.12.2018.

³⁹⁸ Ausführlicher hierzu etwa *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht Band 1: Grundlagen (2011) Rn 18.011 ff; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht (2015) Rn 848 ff.

³⁹⁹ Vgl VfGH 17.06.1994, G 231/92, G 30/94, V 105/92.

⁴⁰⁰ Ebd.

⁴⁰¹ Vgl § 3a Abs 1 Kärntner Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz, LGBl 13/2011 idF LGBl 74/2019; § 3 Abs 2a Niederösterreichisches Kindertageseinrichtungsgesetz, LGBl 5060-0 idF LGBl 44/2019; § 3 Abs 4a Oberösterreichisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz, LGBl 39/2007 idF LGBl 47/2019; § 13 Abs 1 Salzburger Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz 2019, LGBl 57/2019; § 4 Abs 2 Steiermärkisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz, LGBl 22/2000 idF LGBl 19/2019; § 28 Abs 7 Tiroler Kinderbildungs- und Kinderbetreuungsgesetz, LGBl 48/2010 idF LGBl 138/2019; § 11 Abs 3 Vorarlberger Kindertageseinrichtungsgesetz, LGBl 52/2008 idF LGBl 45/2019.

Hauptes verbunden ist“, für Kinder in Kindergärten zu verbieten ist, wortwörtlich übernommen haben, und die beiden übrigen Länder (Burgenland und Wien), auch wenn sie vom Originalwortlaut etwas abgewichen sind, das Verbot ganz sinngemäß übernommen haben. Die letzteren beiden Länder übernahmen lediglich ein Element mehr, dass sich zwar nicht im Art 3 Abs 1 der 15a-Vereinbarung, aber in den zugehörigen Erläuterungen findet,⁴⁰² und bestimmen, dass für Kinder das Tragen von weltanschaulich oder religiös geprägter Kleidung, durch die „das gesamte Haupthaar oder große Teile dessen verhüllt“ werden, verboten ist.⁴⁰³

Unterschiede bestehen allerdings im Hinblick auf die Höhe der angedrohten Verwaltungsstrafe. Diese beträgt im Burgenland (§ 34 Abs 3), der Steiermark (§ 52 Abs 5), in Tirol (§ 48 Abs 2 lit d), Vorarlberg (§ 24 Abs 2) und Wien (§ 13 Abs 4) bis zu 110 Euro; in Salzburg (§ 69 Abs 2 Z 4) 110 Euro; in Kärnten (§ 57 Abs 2), Niederösterreich (§ 37 Abs 2) und Oberösterreich (§ 39 Abs 2) bis zu 440 Euro, wobei in Niederösterreich und Oberösterreich im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu zwei Wochen angeordnet ist.⁴⁰⁴

3.1.1 Der Wortlaut des Verbotes

Die 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik bezweckt, „für Kinder in elementaren Bildungseinrichtungen einen bestmöglichen Start ihrer Bildungslaufbahn sicherzustellen und ihre Bildungschancen zu verbessern“ (Art 1 Abs 1), und erhebt hierzu ausdrücklich auch „die Anerkennung und Vermittlung der grundlegenden Werte der österreichischen Gesellschaft in geeigneten elementaren Bildungseinrichtungen“ (Art 1 Abs 2 Z 6) zum Ziel.

Unter dieses Ziel ist (unter anderem) das Verbot der „Verhüllung des Hauptes“ für Kinder in Kindergärten des Art 3 Abs 1 der 15a-Vereinbarung zu subsumieren. Dieses Verbot, das in der 15a-Vereinbarung den „Bildungsaufgaben“ zugeordnet ist, lautet wie folgt:

Artikel 3

Bildungsaufgaben [...]

(1) [...] Um die bestmögliche Entwicklung und Entfaltung aller Kinder sicherzustellen, ist in elementaren Bildungseinrichtungen Kindern das Tragen weltanschaulich oder religiös geprägter Bekleidung zu verbieten, die mit der Verhüllung des Hauptes verbunden ist. Dies dient der erfolgreichen sozialen Integration von Kindern gemäß den lokalen Gebräuchen und Sitten, der Wahrung der

⁴⁰² Vgl die ErlRV 331 BlgNR XXVI. GP, 5 (zu Art 3 / Bildungsaufgaben). Herzu noch Kapitel 3.1.2.

⁴⁰³ Vgl § 3a Burgenländisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz, LGBl 7/2009 idF 70/2019 und § 4 Abs 6 Z 1 Wiener Kindergartengesetz, LGBl 40/2003 idF 35/2019.

⁴⁰⁴ In Kärnten ist die Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe hingegen ausdrücklich ausgeschlossen. Für die Einzelnachweise zu den einschlägigen Landesgesetzen siehe Fn 401 und 403.

verfassungsrechtlichen Grundwerte und Bildungsziele der Bundesverfassung sowie der Gleichstellung von Mann und Frau. [...]

Der Gesetzeswortlaut ist mithin neutral formuliert und untersagt es Kindern – unabhängig von der konkret vertretenen Weltanschauung oder Religion und ohne nach dem Geschlecht zu differenzieren – weltanschaulich oder religiös geprägte Kleidung zu tragen, mit der eine Verhüllung des Hauptes verbunden ist.

3.1.2 Die Erläuterungen

Nach den Erläuterungen zur 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik⁴⁰⁵ zielt das Verbot der Verhüllung des Hauptes darauf ab, Kindern die bestmögliche geistige, seelische und körperliche Entwicklung zu ermöglichen, sie zu selbstständigem Urteilen zu befähigen sowie eine erfolgreiche soziale Entwicklung und Integration der Kinder sicherzustellen. Sodann wird darauf hingewiesen, dass das Tragen des islamischen ‚Kopftuches‘ von Kindern in elementaren Bildungseinrichtungen zu einer frühzeitigen geschlechtlichen Segregation führen kann, welche mit den österreichischen Grundwerten von Bildungseinrichtungen (das wären Demokratie, Humanität, Solidarität, Friede und Gerechtigkeit sowie Offenheit und Toleranz gegenüber den Menschen) und gesellschaftlichen Normen nicht vereinbar sei und im Falle eines „negativen Integrationsbemühens [sic]“ mit Verwaltungsstrafe als *ultima ratio* zu ahnden sei. Denn die Orientierung an religiösen Werten dürfe nicht im Widerspruch zu den Zielen der staatsbürgerlichen Erziehung stehen, die sich an den genannten Grundwerten orientiert und die auch die Gleichstellung von Mann und Frau sicherstellen soll. Hiernach folgt eine wichtige Klarstellung: „Das Verbot des Tragens weltanschaulicher und religiös geprägter Bekleidung bezieht sich lediglich auf Bekleidung, welche das gesamte Haupthaar oder große Teile dessen verhüllt.“⁴⁰⁶

Der Hinweis auf das „Tragen des islamischen Kopftuches“ und jener, dass lediglich Bekleidung umfasst ist, die zumindest „große Teile des Haupthaars“ verhüllt, lassen vermuten, dass sich das Verbot der Verhüllung des Hauptes spezifisch gegen das Kopftuch muslimischer Mädchen richtet. Damit erklärt sich auch, warum Art 3 Abs 1 nicht etwa das Tragen von religiös oder weltanschaulich geprägten Kopfbedeckungen (oder ‚Symbolen‘) untersagt, sondern von der „Verhüllung des Hauptes“ spricht. Die jüdische Kippa, die nur einen kleinen Teil des Hauptes verbirgt und die von Männern oder auch Knaben getragen wird, ist entlang der Erläuterungen

⁴⁰⁵ ErlRV 331 BlgNR XXVI. GP. Die Erläuterungen zu Art 3 finden sich auf den Seiten 4 f.

⁴⁰⁶ Sämtliche Zitate in diesem Absatz entstammen den ErlRV 331 BlgNR XXVI. GP, 4 f (zu Art 3 / Bildungsaufgaben).

nicht umfasst. Etwas fraglich könnte die Patka sein, die von jüngeren männlichen Sikhs (bis zum Alter von etwa 12 bis 16 Jahren) anstelle des Turbans der erwachsenen Männer getragen wird. Denn sie verdeckt – je nachdem, wie sie zurechtgerückt ist – womöglich eher nur zwei Drittel des Haupthaars. Da die Patka kein Symbol des sogenannten politischen Islam, sondern einer in Indien begründeten Religion ist, ist zu vermuten, dass das Tragen einer Patka, solange sie nicht allzu ‚üppig‘ ausfällt, nicht geahndet werden will. Und tatsächlich, auch wenn sich dies nicht aus den Materialien zur 15a-Vereinbarung selbst, sondern erst aus jenen zum gleichlautenden Verbot des § 43a SchUG ergibt, sollen nach ausdrücklicher Rechtsansicht des Unterrichtsausschusses die jüdische Kippa und auch die Patka nicht unter dieses Verbot fallen, da sie die Bedingung, „das gesamte Haupthaar oder große Teile dessen“ zu verhüllen, nicht erfüllen.⁴⁰⁷

Den genannten österreichischen Grundwerten sind somit zwei weitere hinzuzufügen. Erstens werden Knaben und Mädchen unterschiedlich behandelt, denn nur Mädchen ist das Tragen der traditionellen religiösen Kopfbedeckung (und späterhin des Schleiers) verboten, wohingegen es Knaben erlaubt ist, ihre traditionelle religiöse Kopfbedeckung (und späterhin auch noch den Bart) zur Schau zu stellen. Knaben haben eben mehr Rechte. Dies gilt es, schon im Kindergarten klarzustellen. Genauer betrachtet kann auch auf Seiten der Knaben eine Diskriminierung gesehen werden. Denn sie genießen keinen Schutz, wenn ihnen religiöse Kopfbedeckungen aufgezwungen werden, respektive: Wie kann es sein, dass unterstellt wird, dass dem Mädchen das Kopftuch aufgezwungen wird, der Knabe seine Kopfbedeckung aber gerne und freiwillig trägt? Womöglich liegt dies in der frühzeitigen „geschlechtlichen Segregation“ begründet. Zweitens werden, wohl im Sinne einer abgestuften Toleranz, auch die verschiedenen Religionen unterschiedlich behandelt. Die jüdische Kippa oder auch das Kreuz als Symbol der abendländischen Geistesgeschichte⁴⁰⁸ bleiben in Kindergärten erlaubt.

Die Vertragsparteien der 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik stehen diesen Grundrechtseingriffen gelassen gegenüber: Denn „Grundrechtseingriffe sind zulässig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen. Zu diesen Zielen zählen ua. der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Gesundheit und der Moral“⁴⁰⁹. Diese lapidare Rechtfertigung ließe sich nun

⁴⁰⁷ Bericht des Unterrichtsausschusses AB 612 BlgNR XXVI. GP, 3.

⁴⁰⁸ Hierzu Kapitel 2.3.2.1.

⁴⁰⁹ ErlRV 331 BlgNR XXVI. GP, 4 f (zu Art 3 / Bildungsaufgaben).

unter jedes Gesetz, das einen Grundrechtseingriff vornimmt, schreiben – selbst wenn mit diesem Gesetz die Folter⁴¹⁰ erlaubt werden wollte.

3.1.3 Die Debatten im Nationalrat und im Bundesrat

Der Blick in die stenographischen Protokolle des Nationalrats (NR)⁴¹¹ und des Bundesrats (BR)⁴¹² erweist, dass mit dem Verbot der „Verhüllung des Hauptes“ gar nichts anderes gemeint ist als ein ‚Kopftuchverbot‘. Nirgendwo ist von einer Verhüllung des Hauptes die Rede, an keiner einzigen Stelle wird das Verbot anders als ein spezifisches ‚Kopftuchverbot‘ für muslimische Mädchen verstanden. Besonders deutlich wird dies in dem Vortrag von *David Stögmüller* (Grüne, BR), der in den Raum stellt, dass es an der Zeit wäre zu diskutieren, nicht nur das „Kopftuch“, sondern alle religiösen Symbole wie die muslimischen Kopftücher, die jüdische Kippa oder das christliche Kreuz aus Kindergärten, Grundschulen und allen weiterführenden Schulen zu verbannen, und vorbringt, dass mehr Aufklärung einem ‚Kopftuchverbot‘ vorzuziehen sei, sodass „Mädchen so stark und selbstbestimmt werden und so selbstbestimmt das Bildungssystem verlassen, dass das Kopftuch keine Ausgrenzung bewirkt, dass man sie feministisch stark macht“ [BR 91]. Dem hält *Christoph Steiner* (FPÖ, BR) prompt entgegen: „Es gibt nur eine Religion, die Frauen unterdrückt!“ [BR 91]. Dem sei wiederum entgegengehalten, dass in der römisch-katholischen Kirche jedes ordinierte Amt auf Männer beschränkt ist und katholische Nonnen vieler Ordensgemeinschaften ein Kopftuch tragen, woraus recht klar ersichtlich ist, dass nicht nur mit den muslimischen, sondern ebenso mit den katholischen „religiös-sittlichen Konventionen auch ein patriarchaler Herrschaftsanspruch abgesichert werden“⁴¹³ will.

Die Debatte im Bundesrat und stärker noch die Debatte im Nationalrat erinnern an die Nationalratsdebatte zum AGesVG.⁴¹⁴ Das ‚Kopftuchverbot‘ für Kinder in Kindergärten sei eine

⁴¹⁰ Tatsächlich wird für das (an sich absolute) Folterverbot vereinzelt vertreten, dass die Folter, soweit sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist (womit insbesondere die sogenannte „Rettungsfolter“ in Frage kommt), zulässig sein kann (oder gar geradezu geboten ist). Besonders vehement für die Zulässigkeit der Rettungsfolter argumentierend *Brugger*, Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter? APuZ 36/2006, 9. Derartige Relativierungen des Folterverbots scharf ablehnend *Holzleithner*, Freiheit und Sicherheit – Konkurrenz oder Synergie? Zeitschrift für Menschenrechte 2/2017, 7 (21) mit weiteren Nachweisen.

⁴¹¹ StProt zur 49. Sitzung des NR XXVI. GP (21.11.2018). Die 15a-Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern wurde unter Punkt 2 (73 ff) debattiert.

⁴¹² StProt zur 886. Sitzung des BR (06.12.2018). Die 15a-Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern wurde unter Punkt 8 (90 ff) debattiert.

⁴¹³ Entlehnt von *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (635).

⁴¹⁴ Siehe Kapitel 2.1.2.

notwendige Integrationsmaßnahme;⁴¹⁵ das Kopftuch ein Symbol der Unterdrückung,⁴¹⁶ der „Gewalt an Frauen“⁴¹⁷ und „auch Ausdruck des politischen Islams“⁴¹⁸. Nach der Abgeordneten *Andrea Michaela Schartel* (FPÖ) entstand das „Thema Kopftuch [...] aus dem Tatbestand der Diskriminierung der Frau“, „[w]eil muslimische Männer sich anscheinend nicht zurückhalten können, wenn sie das lange blonde oder gelockte schwarze Haar einer Frau sehen, deshalb müssen die das Kopftuch tragen“ [NR 107]. Womit das Kopftuch für Kinder in Kindergärten zu verbieten ist, da es gilt, Frauen und Mädchen vor der „wilden Männlichkeit“⁴¹⁹ der muslimisch Anderen zu schützen. Mit dem Kopftuchverbot geht es ja schließlich um „**unsere** Grundwerte und **unser** Gesellschaftsbild“⁴²⁰ und „um den Schutz der muslimischen Kinder vor religiöser Frühindoktrinierung, Sexualisierung, aber auch Stigmatisierung“⁴²¹ (hierzu der Zwischenruf bei der SPÖ: „Das ist so jenseitig!“ [NR 89]), denn „kleine Kinder in diesem Alter schon zu sexualisieren, ist ein Wahnsinn! Das hat und darf in unserer Gesellschaft keinen Platz haben!“⁴²². Ganz schlüssig ist das alles nicht.

Es finden sich jedoch auch Rednerinnen und Redner, die sich gegen das ‚Kopftuchverbot‘ für Kinder in Kindergärten aussprachen, wobei primär argumentiert wurde, dass das Kopftuch in der Kindergartenrealität kein Problem darstelle, da Mädchen unter sechs Jahren durchwegs sowieso kein muslimisches Kopftuch tragen und ein Verbot mithin lediglich polarisiere.⁴²³ Besonders ‚ehrlich‘ zeigte sich der Nationalratsabgeordnete *Christian Kovacevic* (SPÖ, NR), der darauf hinwies, dass die Diskussion über das Kopftuchverbot speziell in Kindergärten, wo es überhaupt keinen Anlass dazu gibt, da noch nicht einmal Zahlen darüber vorlägen, ob und wie viele Kinder im Kindergarten überhaupt ein Kopftuch tragen und bislang diesbezüglich keine Probleme bekannt geworden seien, „eigentlich schon so sinnbefreit“ ist; dem Antrag aber dennoch zugestimmt werden müsse, weil „[wir] nicht wirklich eine andere Wahl [haben], wir brauchen diese Vereinbarung“ [NR 85]. Immerhin legt Art 14 der 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik die Zweckzuschüsse des Bundes (die für das Kindergartenjahr 2018/19

⁴¹⁵ So *Georg Schuster* / FPÖ [BR 105]; *Peter Wittmann* / SPÖ [NR 69]; *Peter Schmiedlechner* / FPÖ [NR 86].

⁴¹⁶ So *Georg Schuster* / FPÖ [BR 105]; *Edith Mühlberghuber* / FPÖ [NR 79]; *Ricarda Berger* / FPÖ [NR 89].

⁴¹⁷ *Wendelin Mölzer* / FPÖ [NR 92].

⁴¹⁸ *Ricarda Berger* / FPÖ [NR 89].

⁴¹⁹ Entlehnt von *Kreisky/Löffler*, Maskulismus und Staat, in: *Ludwig/Sauer/Wöhl*, Staat und Geschlecht (2009) 75 (86).

⁴²⁰ *Peter Schmiedlechner* / FPÖ [NR 86] [Hervorhebung im Original]; so aber auch *Ricarda Berger* / FPÖ [NR 89], allerdings ohne Hervorhebung.

⁴²¹ *Ricarda Berger* / FPÖ [NR 89].

⁴²² *Efgani Dönmez* / ohne Klubzugehörigkeit [NR 95].

⁴²³ IdS *David Stögmüller* / Grüne [BR 92]; *Daniela Gruber-Pruner* / SPÖ [BR 96]; *Birgit Silvia Sandler* / SPÖ [NR 74].

dringend anstanden)⁴²⁴ fest. Dieses Druckmittel hätte es aber (wie auch die spätere Novelle des SchUG nahelegt) vermutlich gar nicht gebraucht. Denn, wie *Wendelin Mölzer* (FPÖ, NR) einwendet: „Selbst wenn es keinen einzigen oder nur einen einzigen [*unter den Kindern im Kindergarten*] gäbe, ist es eine symbolische Frage, dass wir dieses Kopftuchverbot hier beschließen“ [NR 91 f]. Auch hier geht es also um Symbolpolitik, nur die maskuline Form irritiert ein wenig.

Hervorzuheben sind auch die Wortmeldungen von *Selma Yildirim* (SPÖ, NR) und *Daniela Holzinger-Vogtenhuber* (JETZT, NR). *Yildirim* machte darauf aufmerksam, dass, indem das Kopftuch in der Debatte als Symbol der Unterdrückung vorgeführt wird, das ‚unsichtbare Kopftuch‘ (bzw die unsichtbare Unterdrückung) ausgeblendet bleibt. Dieser Hinweis führte aber lediglich zu einem unqualifizierten Zwischenruf bei der ÖVP: „Die habe ich noch gar nicht gesehen!“ [NR 113]. *Holzinger-Vogtenhuber* wies darauf hin, dass Bevölkerungsgruppen gegeneinander aufgehetzt würden [NR 158 f], und zeigte folgendes, von der FPÖ im Wahlkampf 2018 um Niederösterreich auf Instagram eingesetzte Wahlwerbe-Fotosujet vor, auf welchem die Landeshauptfrau *Johanna Mikl-Leitner* mit Kopftuch und vor dem Hintergrund eines Minarets (eine Fotomontage) abgebildet ist:



Abbildung 4: Wahlwerbung FPÖ (NÖ 2018)⁴²⁵

Auch dieser Vorhalt fruchtete nicht. „Beifall bei JETZT und SPÖ sowie bei Abgeordneten von NEOS. – Rufe bei der FPÖ: Das nach der Rede von Pilz! Schämen Sie sich!“ [NR 159].

⁴²⁴ Das waren 125 Millionen Euro für das Kindergartenjahr 2018/19 und jeweils 142,5 Millionen Euro für die Kindergartenjahre 2019/20 und 2020/21 (Art 14 Abs 1 der 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik).

⁴²⁵ Quelle: Wahlwerbung FPÖ (NÖ 2018), abgerufen unter: https://www.kleinezeitung.at/politik/innenpolitik/5328865/Wahlkampf-in-Niederoesterreich_FPOe-verspottet-MiklLeitner-als.

3.1.4 Resümee

Da mit dem neuen § 43a SchUG mittlerweile eine zu Art 3 Abs 1 der 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik nahezu wortgleiche Regelung für Kinder an Grundschulen besteht, kann die gesonderte Betrachtung des ‚Kopftuchverbots‘ für Kinder in Kindergärten hier abgebrochen und die weitere Analyse und Diskussion mit jener zu § 43a SchUG gemeinsam geführt werden. Es ist zu resümieren, dass die 15a-Vereinbarung mit der „Verhüllung des Hauptes“ – ganz nach Vorbild des AGesVG („Verhüllung der Gesichtszüge“) – nichts anderes als ein ‚Kopftuchverbot‘ (AGesVG: ‚Burkaverbot‘) im Sinn hat.

Zudem ist zu kritisieren, dass sich die gesetzgebende Instanz hier mit viel Aufwand und Enthusiasmus einer Angelegenheit widmet, die in der Realität, wie einige Rednerinnen und Redner in den Debatten einwandten, kein ernsthaftes Problem darstellt. Es will ein Symbol gesetzt werden, wobei bewusst ethnische Polarisierung betrieben und Formen der unsichtbaren Unterdrückung und Gewalt an Frauen und Kindern ausgeblendet werden. Obwohl es bei genauem Hinschauen ernsthafte Probleme gibt, die dringend anzugehen wären. So wurde jüngst, im November 2019, in Niederösterreich eine private Kinderbetreuungseinrichtung wegen schweren Vorwürfen des sexuellen Missbrauchs und der psychischen und physischen Gewalt an Kindern geschlossen.⁴²⁶

3.2 „Verhüllung des Hauptes“ des Kindes an Grundschulen

Das Verbot der „Verhüllung des Hauptes“ für Kinder an Grundschulen bis zum Ende des Schuljahres, in welchem sie das 10. Lebensjahr vollenden (§ 43a Abs 1 SchUG), ist jenem des Art 3 Abs 1 der 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik nachgebildet und geht auf einen am 22. November 2018 von den Abgeordneten *Walter Rosenkranz* (FPÖ), *Karl Nehammer* (ÖVP), *Rudolf Taschner* (ÖVP) und *Wendelin Mölzer* (FPÖ) eingebrachten Initiativantrag zurück.⁴²⁷

Obwohl der im Initiativantrag vorgeschlagene Gesetzestext unverändert übernommen wurde, erfolgte der Beschluss des Nationalrats erst am 15. Mai 2019⁴²⁸ (und somit zwei Tage vor

⁴²⁶ Vgl zB ORF Landesstudio NÖ, Missbrauchsvorwürfe: Kindereinrichtung geschlossen, 21.11.2019, <https://noe.orf.at/stories/3022710/>.

⁴²⁷ Initiativantrag 495/A BlgNR XXVI. GP.

⁴²⁸ Beschluss des Nationalrates vom 15.05.2019 betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Schulunterrichtsgesetz geändert wird, 612 BlgNR XXVI. GP. Der entsprechende Beschluss des Bundesrates folgte am 29.05.2019, 612 BlgNR XXVI. GP. Am 28.05.2019 wurde die Koalitionsregierung ÖVP/FPÖ unter *Sebastian Kurz* (ÖVP) vom Bundespräsidenten ihres Amtes enthoben (vgl Fn 20).

Bekanntwerden der sogenannten „Ibiza-Affäre“⁴²⁹). Der Grund in der zeitlichen Verzögerung dürfte primär darin zu suchen sein, dass der Initiativantrag für das Verhüllungsverbot eine Verfassungsbestimmung vorsah,⁴³⁰ die nötige Verfassungsmehrheit aber nicht erreicht werden konnte.⁴³¹ Im Mai 2019 wurde das Verbot sodann als einfaches Bundesgesetz beschlossen. Das Verhüllungsverbot, das mit dem neuen § 43a in das SchUG eingefügt wurde, trat am 26. September 2019 in Kraft.⁴³²

3.2.1 Der Wortlaut des Verbotes

Der Wortlaut des § 43a Abs 1 SchUG formuliert das Verhüllungsverbot wie folgt:

§ 43a. (1) Um die bestmögliche Entwicklung und Entfaltung aller Schülerinnen und Schüler sicherzustellen, ist diesen bis zum Ende des Schuljahres, in welchem sie das 10. Lebensjahr vollenden, das Tragen weltanschaulich oder religiös geprägter Bekleidung mit der eine Verhüllung des Hauptes verbunden ist, untersagt. Dies dient der sozialen Integration von Kindern gemäß den lokalen Gebräuchen und Sitten, der Wahrung der verfassungsrechtlichen Grundwerte und Bildungsziele der Bundesverfassung sowie der Gleichstellung von Mann und Frau.

Bei Verstoß gegen das Verbot sind die Erziehungsberechtigten unverzüglich (jedenfalls innerhalb von vier Schultagen) zu einem verpflichtenden Gespräch zu laden, in welchem die Gründe für den Verstoß zu erörtern und die Erziehungsberechtigten über ihre Verantwortung aufzuklären sind (§ 43a Abs 2 SchUG). Im Falle eines weiteren Verstoßes ist eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 440 Euro (im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu zwei Wochen) zu verhängen (§ 43a Abs 3 SchUG).

3.2.2 Der Initiativantrag und der Bericht des Unterrichtsausschusses

Der Initiativantrag widmet der Begründung des Verhüllungsverbots für Kinder an Grundschulen etwas mehr Aufmerksamkeit. Ähnlich wie die Erläuterungen zur 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik⁴³³ hält der Initiativantrag einleitend fest, dass es Ziel der Erziehung in österreichischen Bildungseinrichtungen sei, Kindern die bestmögliche geistige, seelische und körperliche Entwicklung zu ermöglichen und diese zu selbstständigem Urteilen zu befähigen. Dann fügte er jedoch einige weitere Argumente hinzu. Namentlich, dass das Kopftuch das Erreichen der Geschlechtsreife anzeige und damit für jeden den Stand der

⁴²⁹ Hierzu die freie Enzyklopädie Wikipedia unter dem Eintrag „Ibiza-Affäre“, <https://de.wikipedia.org/wiki/Ibiza-Affäre>.

⁴³⁰ Initiativantrag 495/A BlgNR XXVI. GP, 2.

⁴³¹ So (mit Stand Dezember 2018) auch *Holzleithner/Rössl*, Ein Trojanisches Pferd? In: *Blaustrumpf ahoi!* (Hg), „Sie meinen es politisch!“ (2019) 361 (375).

⁴³² Bundesgesetz, mit dem das Schulunterrichtsgesetz geändert wird, BGBl I 54/2019 vom 25.06.2019.

⁴³³ Vgl Kapitel 3.1.2.

körperlichen Reife, die Konfession, die Einhaltung von bestimmten religiösen Regelungen und die innerfamiliäre Situation öffentlich erkennbar mache. Daher diene die vorliegende Regelung ebenso dem Schutz „von Musliminnen und Muslimen“, welche die „Verhüllung“ nicht praktizieren (was eine erfolgreiche Integration ermögliche). Darüber hinaus könne „[d]as Tragen des islamischen Kopftuches bis Vollendung des 10. Lebensjahres“ zu einer frühzeitigen „geschlechtlichen Segregation“ führen, welche mit den österreichischen Grundwerten und gesellschaftlichen Normen nicht vereinbar sei. Ziele des Verbots seien mithin „die Einhaltung des Schutzes der öffentlichen Ordnung durch Vermeidung einer Segregation nach Geschlecht und damit der Gleichberechtigung von Mann und Frau⁴³⁴ [...], der Schutz der Information über den persönlichen körperlichen Entwicklungsstand von Kindern [...] bzw. die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ausrichtung des Islam und damit der Schutz der Rechte Dritter sowie die bestmögliche Integration“. Zudem habe der Staat seine besondere Schutzfunktion wahrzunehmen, um sozialen Druck auf Mädchen hintanzuhalten und deren freie Selbstbestimmung zu gewährleisten.⁴³⁵

Zum Begriff „weltanschaulich und religiös geprägter Bekleidung“ erörtert der Initiativantrag, dass nicht auf die persönliche Absicht des Trägers, sondern darauf abzustellen sei, wie eine Bekleidung von einem objektiven Betrachter gesehen wird bzw wie diese von Dritten rezipiert wird. Genauso wie die Erläuterungen zur 15a-Vereinbarung stellt der Initiativantrag sodann klar, dass das Verbot jede Art von Bekleidung, welche das gesamte Haupthaar oder große Teile dessen verhüllt, umfasst, und fügt hiernach hinzu, dass andere Verhüllungen des Hauptes, wie zB Verbände aus medizinischen Gründen oder Kopfbedeckungen aus Witterungsgründen und Ähnliches nicht umfasst seien.⁴³⁶

Der Unterrichtsausschuss erleichterte sich seine Berichterstattung, indem er einfach die Begründung des Initiativantrags eins zu eins in seinen Bericht kopierte und lediglich zwei kurze Ergänzungen vornahm. Es sei angemerkt, dass *Wendelin Mölzer* (FPÖ) zu diesem Zeitpunkt zugleich als Obmann des Unterrichtsausschusses fungierte. Zum einen weist der Bericht darauf hin, dass der Unterrichtsausschuss den von den Abgeordneten *Rudolf Taschner* (ÖVP) und *Wendelin Mölzer* (FPÖ) eingebrachten Abänderungsantrag, wonach es keiner Verfassungsbestimmung bedürfe, da bereits im Rahmen der Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Elementarpädagogik eine entsprechende, beinahe wortgleiche Regelung erlassen

⁴³⁴ Wobei der Wortlaut offen lässt, ob die „Gleichberechtigung von Mann und Frau“ auf „die Einhaltung des Schutzes“ oder auf die „Vermeidung“ zu beziehen ist.

⁴³⁵ Sämtliche Zitate in diesem Absatz entstammen dem Initiativantrag 495/A BlgNR XXVI. GP, 2.

⁴³⁶ Initiativantrag 495/A BlgNR XXVI. GP, 2.

wurde und beide Bestimmungen neutral formuliert seien, mit Stimmenmehrheit angenommen hat.⁴³⁷ Die Erstreckung der Regelung auch auf Grundschulkinder ändert nun aber nichts an der Qualität der Norm. Zum anderen traf der Unterrichtsausschuss mit Stimmenmehrheit folgende Feststellung, da es, so der Ausschuss, zum vorgeschlagenen § 43a Abs 1 SchUG missverständliche Interpretationen gibt: „[U]nter weltanschaulich oder religiös geprägter Bekleidung mit der eine Verhüllung des Hauptes verbunden ist, [wird] jede Art von Bekleidung verstanden, die das gesamte Haupthaar oder große Teile dessen verhüllt. Daher fallen beispielsweise die jüdische Kippa und auch die Patka, die von Sikhs in diesem Alter getragen wird, nicht unter diese Regelung“⁴³⁸. Hierzu kann nur wiederholt werden,⁴³⁹ dass mit der vom Ausschuss beschlossenen Auslegung erneut eine „frühzeitige geschlechtliche Segregation“ vorgenommen wird, die aber den „österreichischen Grundwerten und gesellschaftlichen Normen“ zu entsprechen scheint, indem es Schulbuben (anders als Schulmädchen) gestattet wird, ihre traditionelle religiöse Kopfbedeckung zu tragen. Es ist aber nicht einzusehen, warum die gesetzgebende Instanz nicht auch bemüht ist, den „sozialen Druck“ auf Knaben hintanzuhalten und sie vor der Sichtbarkeit ihrer „Konfession“ und ihrer „innerfamiliären Situation“ zu schützen. Ebenso wenig ist einzusehen, warum nichtpraktizierende Kinder nicht generell und konfessionsunabhängig zu schützen sind. Auch mutet es seltsam an, dass mit dem Kopftuchverbot an Grundschulen bezweckt werden will, die „Geschlechtsreife“ von bis-zu-zehnjährigen Mädchen unsichtbar zu machen.

3.2.3 Die Debatte im Nationalrat

Es überrascht an dieser Stelle wohl nicht mehr, dass die Abgeordneten zum Nationalrat das Verhüllungsverbot des § 43a SchUG durchgängig als Kopftuchverbot für muslimische Mädchen verhandelten. Die Auswertung der Debatte im Nationalrat gestaltete sich allerdings etwas schwierig, da zum Auswertungszeitpunkt lediglich ein vorläufiges stenographisches Protokoll vorlag, das es erforderte, eine Vielzahl an Dokumenten zu den einzelnen Reden und Wortmeldungen zu öffnen. Aus diesem Grund wird im Folgenden jeweils unmittelbar auf die Beginn-Uhrzeit der jeweiligen Wortmeldung verwiesen. Der § 43a SchUG wurde unter TOP 5, das im vorläufigen stenographischen Protokoll tatsächlich mit „Kopftuchverbot an

⁴³⁷ Bericht des Unterrichtsausschusses AB 612 BlgNR XXVI. GP, 3.

⁴³⁸ Bericht des Unterrichtsausschusses AB 612 BlgNR XXVI. GP, 3.

⁴³⁹ Vgl Kapitel 3.1.2.

Volksschulen“ betitelt ist, verhandelt. Die Debatte startete um 19:45, die Abstimmung erfolgte um 21:00.⁴⁴⁰

Sonja Hammerschmid (SPÖ, 19:45) wies auf die „Verlogenheit“ und „Symbolhaftigkeit“ der Maßnahme „Kopftuchverbot“ hin, die zu einer Stigmatisierung beitrage, sowie darauf, dass diese in für die Bundesregierung bezeichnender Weise nicht einmal in Begutachtung geschickt wurde – und forderte zielgerechtere Integrationsmaßnahmen. Für die Aussage „verlogen“ wurde ihr von der Nationalratspräsidentin *Anneliese Kitzmüller* (FPÖ) ein Ordnungsruf erteilt. Da gab es doch wahrlich schon zweifelhaftere Aussagen im Zusammenhang mit Kopftuchverboten, die nicht sanktioniert wurden.

Rudolf Taschner (ÖVP, 19:51) räumt ein, dass es sich mit dem Kopftuchverbot tatsächlich um ein Symbol handle, und kontert sodann: „aber es ist ein Symbol mit Substanz“, nämlich ein Symbol der Aufklärung – und das „Einstehen für die Aufklärung ist gar nicht populistisch“. Nicht zuletzt sei das „Kinderkopftuch“ kein religiöses, sondern ein politisches Symbol der Unterdrückung. „Wer“ da (bei der Abstimmung) sitzen bleibe, deklariere sich als potenzieller Mitläufer des politischen Islam (kein Ordnungsruf). Fernerhin lobte sich *Taschner*, Mathematiker zu sein, der – anders als „diese Dame“ (*Hammerschmid*) – den Unterschied zwischen hinreichender und notwendiger Bedingung verstehe. Hinter dieser Anmerkung dürfte ein klein wenig „geschlechtliche Segregation“ stecken.

Irmgard Griss (NEOS, 19:58) hinterfragte, wie es dazu kommt, dass es immer wieder gelingt, die Menschen auseinanderzudividieren, Hass und Abneigung zwischen den Angehörigen verschiedener Religionen zu wecken und zu schüren, sodass fremde Gewohnheiten und Gebräuche abgelehnt, mit Hass verfolgt werden, und sie stellte das Integrationsziel des Kopftuchverbots in Frage. Zudem bestehe keine empirische Evidenz, dass durch das Kopftuchtragen Bildungsziele in der Volksschule gefährdet wären. *Nico Marchetti* (ÖVP, 20:14) konterte, dass *Griss* sich auf eine theoretische Ebene begeben, die mit der Praxis „ja überhaupt nichts“ zu tun habe.

Wendelin Mölzer (FPÖ, 20:04) konterte, dass Kollegin *Griss* in einem Elfenbeinturm lebe, unterstützte sodann die „präzisen und wohlgesetzten Worte“ *Taschners* und rückte das Integrationsziel wieder zurecht, das es erfordere, das Kopftuch zu verbieten, „damit sich diese jungen Mädchen in unsere Gesellschaft integrieren“, zumal „die“ das ja nicht freiwillig tun, sondern „quasi missbraucht werden, indem sie das Kopftuch tragen müssen“. Sodann forderte

⁴⁴⁰ Es handelt sich um die 74. Sitzung des NR XXVI. GP am 15.05.2019.

er auf, dem Kopftuchverbot, das ein starkes politisches Signal darstelle, zuzustimmen, und „sich nicht aus irgendwelchen Gründen zum Handlanger des politischen Islams“ zu machen (ohne Ordnungsruf).

Auch *Peter Wurm* (FPÖ, 20:24) sprach von „Missbrauch“, der zu psychischen Schäden und Ausgrenzung aus dem öffentlichen Raum führe, denn, so die Begründung, Kinder würden durch das Kopftuch auf ihre sexuelle Komponente reduziert. Auch für *Carmen Schimanek* (FPÖ, 20:45) „ist das Kopftuch für Kinder eindeutig eine Sexualisierung der Mädchen und deren Degradierung zu einem Sexualobjekt“. Sie begründete dies allerdings damit, weil in der islamischen Kultur das Kopftuch dazu dienen soll, Männer nicht sexuell zu provozieren und Mädchen vor sexuellen Übergriffen zu schützen, womit das Kopftuch sexualisiert. Zudem sei es „diskriminierend hoch zehn“, wenn ein Mädchen (durch das Tragen eines Kopftuchs) „ihre Geschlechtsreife offen zur Schau stellen muss“. Für *Robert Lugar* (FPÖ, 20:49) dient das Kopftuch übrigens dazu, Frauen möglichst unattraktiv zu machen.

Stephanie Cox (JETZT, 20:08 und 20:22) sprach sich sogar dafür aus, dass religiöse Symbole und die Rolle von Religion in öffentlichen Schulen generell, und nicht nur das Kopftuch zu diskutieren seien, und forderte „religionsfreie“ Schulen einschließlich des Abhängens von Schulkreuzen in Klassenzimmern und der Einführung eines verpflichtenden Ethikunterrichts anstelle des optionalen konfessionellen Religionsunterrichts. Dafür ertete sie zahlreiche „Buhrufe“ („Das versteht keiner!“, „Warum eigentlich?“, „Das ist nicht ‚Wünsch Dir was‘!“). Mit der Abgeordneten *Daniela Holzinger-Vogtenhuber* (JETZT, 20:30), die ihre Rede sehr bedacht formulierte, fand sich allerdings eine Unterstützerin dieser Forderung.

Nurten Yilmaz (SPÖ, 20:19 und 20:54) und *Martha Bißmann* (ohne Klubzugehörigkeit, 20:39) hoben hervor, dass selbstverständlich niemand gezwungen werden dürfe, ein Kopftuch zu tragen, ein Verbot des Kopftuchs oder andere „Bekleidungsvorschriften“ aber ebenfalls Zwang und Bevormundung bedeuten. Derartige Verbote und Vorschriften würden die Ressentiments oder die Segregation verstärken, und das zeige sich, wie *Bißmann* hinzufügte, nicht zuletzt darin, dass wir heute „sehen und hören [...], wie muslimische Frauen mit Kopftuch auf der Straße beleidigt, bespuckt und angegriffen werden“. Beide plädierten für das Gespräch, den Dialog und für individuelle Gegenstrategien, sodass Mädchen und Frauen, die tatsächlich Zwang erleben, Hilfestellung und soziale Unterstützung erhalten. Dies ist jedenfalls zu unterstützen, denn *de facto* ist Mädchen und Frauen, die Zwang oder Gewalt ausgesetzt sind, durch individuelle Hilfestellung und Unterstützung mehr geholfen als durch ein Kopftuchverbot – und zwar auch jenen Mädchen und Frauen, die gar kein Kopftuch tragen.

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit oder der Grundrechtskonformität des § 43a SchUG wurde in der Nationalratsdebatte nicht ernsthaft diskutiert. *Robert Lugar* (FPÖ, 20:49) führte allerdings, wenngleich beiläufig, ein ränkevolles Argument ins Rennen, namentlich dass durch ein Kopftuchverbot die Religionsausübung der Frau gar nicht eingeschränkt werde, denn es seien ja die Männer, die wollen, dass Frauen das Kopftuch tragen.

3.2.4 Resümee

Auch zum § 43a SchUG ist somit zu resümieren, dass das Verbot der „Verhüllung des Hauptes“ für Kinder an Grundschulen – ganz nach Vorbild des AGesVG – nichts und auch gar nichts anderes als ein Kopftuchverbot für muslimische Mädchen (AGesVG: ‚Burkaverbot‘) im Sinn hat und bewusst ein Symbol zugunsten der eigenen ‚Grundwerte‘ gesetzt werden will. Hierzu werden Mädchen im Grundschulalter für politische Agenden instrumentalisiert.

In der Nationalratsdebatte zeichnete sich zudem eine weitere bedenkliche Entwicklung ab. Diejenigen, die diese Symbolpolitik nicht unterstützen, werden denunziert und als potenzielle Mitläufer*innen und ‚Handlanger‘ des politischen Islam gehandhabt. *Elisabeth Holzleithner* und *Ines Rössl* dürften dies vorhergesehen haben, als sie zu Art 3 der damals gerade erst auf den Weg gebrachten 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik wie folgt festhielten: „Wie hier kompakte einheimische ‚Sitten und Gebräuche‘ postuliert werden, ist atemberaubend und verheißt für Abweichler_innen ganz generell nichts Gutes“⁴⁴¹. Für die meisten Nationalratsabgeordneten ist diese Ebene aber vermutlich viel zu theoretisch, wurde doch bereits die direkte, von *Irmgard Griss* (NEOS) gestellte Frage, wie es dazu kommt, dass es immer wieder gelingt, Hass und Abneigung zu schüren,⁴⁴² als zu theoretisch⁴⁴³ und dem Elfenbeinturm⁴⁴⁴ zugehörig abgetan.

3.3 Zur Grundrechtskonformität der Verbote der Verhüllung des Hauptes für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen

Für den verfassungsrechtlichen Rahmen sei auf die Ausführungen in Kapitel 2.3.1 und insbesondere auf das Urteil des VfGH in Sachen „Kreuze in Kindergärten“ (Kapitel 2.3.2.1) verwiesen. Unter diesen Prämissen kann, wie dies in der Lehre bislang auch einhellig vertreten

⁴⁴¹ *Holzleithner/Rössl*, Ein Trojanisches Pferd? In: *Blaustrumpfahoi!* (Hg), „Sie meinen es politisch!“ (2019) 361 (375 f).

⁴⁴² StProt zur 74. Sitzung des NR XXVI. GP (15.05.2019), *Irmgard Griss* (NEOS) 19:58.

⁴⁴³ StProt zur 74. Sitzung des NR XXVI. GP (15.05.2019), *Nico Marchetti* (ÖVP) 20:14.

⁴⁴⁴ StProt zur 74. Sitzung des NR XXVI. GP (15.05.2019), *Wendelin Mölzer* (FPÖ) 20:04.

wurde,⁴⁴⁵ außer Frage gestellt werden, dass ein gesetzliches Verbot, das sich spezifisch gegen das muslimische Kopftuch von Mädchen in Kindergärten und Schulen richtet, einen Eingriff in die Religionsfreiheit und in das Gleichheitsgebot darstellt, der sachlich nicht zu rechtfertigen ist, zumal das Kopftuch von Kindern in Kindergärten und an Grundschulen, wie sich in den parlamentarischen Debatten bestätigte, in der Praxis kein Problem darstellt und ihm folglich, wie *Silvia Ulrich* dies formuliert, „unter den derzeitigen Verhältnissen ein relevantes Störpotential für den Schulfrieden nicht zugesonnen werden [kann]“⁴⁴⁶. Auch stellt das Kopftuch keine größere Gefahr (oder Beeinträchtigung) dar als andere religiös konnotierte Kopfbedeckungen (wie die Kippa oder die Patka) oder sonstige religiös konnotierte Symbole (einschließlich dem Kreuz in Kindergärten und Klassenzimmern). Darüber hinaus wird, da Knaben das Tragen ihrer religiösen Kopfbedeckung erlaubt bleibt, eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bewirkt. Dies führt den vorgeblichen Zweck des Verbotes, namentlich, der Gleichstellung von Mann und Frau zu dienen, *ad absurdum*. Etwas eleganter formulieren dies *Elisabeth Holzleithner* und *Ines Rössl*, welche anmerken, dass die hinter diesen Verboten liegende Logik Grundgedanken des Antidiskriminierungsrechts auf den Kopf stelle, zumal Schutz vor Diskriminierung nicht dadurch bewirkt werde, dass Kleidungsstücke verboten werden, derentwegen jemand diskriminiert werden könnte.⁴⁴⁷

Der Fokus ist somit auf die Frage zu legen, ob es der gesetzgebenden Instanz gelungen ist, den Grundrechtseingriff ausreichend zu verschleiern, indem der Gesetzestext nicht von einem „Kopftuchverbot“ spricht, sondern von einem Verbot der „Verhüllung des Hauptes“. Das Kommunikationsargument, welches das tragende Element für das Verbot der Gesichtsverhüllung war, kann hier jedenfalls nicht geführt werden. Zudem beziehen sich die Gesetzestexte der Verbote des Art 3 Abs 1 der 15a-Vereinbarung über die Elementarpädagogik und des § 43a SchUG explizit auf das Tragen „weltanschaulich oder religiös geprägter

⁴⁴⁵ So *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rn 519 (die Neuauflage *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) nimmt hierzu, soweit ersichtlich, nicht Stellung); *Lienbacher*, Religiöse Rechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 12 Rn 39 mit weiteren Nachweisen; *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (659 f) mit weiteren Nachweisen; *Greiff/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 237 (letzter Absatz); *Palmstorfer*, Das Schulkreuz aus grundrechtlicher Perspektive, JRP 2013, 173 (181); *Schinkele*, Der „Streit“ um das islamische Kopftuch, RdW 2004, 30 (34); *Thienel*, Religionsfreiheit in Österreich, in: *Manssen/Banaszak* (Hg), Religionsfreiheit in Mittel- und Osteuropa zwischen Tradition und Europäisierung (2006) 35 (69).

⁴⁴⁶ So *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (660).

⁴⁴⁷ *Holzleithner/Rössl*, Ein Trojanisches Pferd? In: *Blaustrumpfahoi!* (Hg), „Sie meinen es politisch!“ (2019) 361 (376).

Bekleidung“, womit sie, anders als das AGesVG (oder das französische Gesichtsverhüllungsverbot), ausdrücklich auf religiöser Konnotation beruhen.⁴⁴⁸ Die Beschränkungen des Anwendungsbereichs, die das allgemeine Verbot der Verhüllung des Hauptes in ein spezifisches Kopftuchverbot verwandeln, ergeben sich allerdings erst aus den Gesetzgebungsmaterialien.

3.3.1 Das unveröffentlichte Kurzgutachten des Verfassungsdienstes

Es ist zu ergänzen, dass laut diverser Medienberichte ein dreiseitiges Kurzgutachten des Verfassungsdienstes zur Frage „der Zulässigkeit eines Verbotes religiöser Kopfbedeckungen für Kinder in Kindergärten und Volksschulen“⁴⁴⁹ vorliegen soll, das jedoch nicht publiziert wurde. Das Gutachten soll vom Justizministerium in Auftrag gegeben worden sein und dürfte auf Grundlage folgender Entwurfsversion des Verhüllungsverbots für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen erstellt worden sein:

„Um die bestmögliche Entwicklung und Entfaltung aller Kinder sicherzustellen, ist in elementaren Bildungseinrichtungen Kindern das Tragen weltanschaulich oder religiös geprägter **Bekleidung** zu verbieten, **die mit der Verhüllung des Hauptes eine frühzeitige Sexualisierung der Kinder und damit eine geschlechtliche Segregation bezwecken** [sic] und insofern mit verfassungsrechtlichen Grundwerten und Bildungszielen der Verfassung, insbesondere der Gleichstellung von Mann und Frau, nicht vereinbar sind [sic].“⁴⁵⁰

Den Medienberichten zufolge räumte dieses Gutachten zwar ein, dass eine Vorschrift, die das Tragen „weltanschaulich oder religiös geprägter Bekleidung“ verbietet, in das Recht auf Religionsfreiheit, das Recht auf Achtung des Privatlebens und das Diskriminierungsverbot gem der EMRK eingreift, es erachtete diese Eingriffe jedoch – bei kleinen textlichen Verbesserungsvorschlägen (die auf neutrale Ziele wie „geschlechtliche Segregation“ oder „Grundwerte“, statt auf „Zweck der religiösen Bekleidung“ abstellen⁴⁵¹) – als zulässig, da sie ein legitimes Ziel verfolgen und den EMRK-Vertragsstaaten – bei Verweis auf Fälle in der Türkei und in Frankreich – bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ein weiter

⁴⁴⁸ Vgl EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 151 (vgl aber auch Rn 135) bzw Kapitel 2.3.3.2.2.5.

⁴⁴⁹ So die Wiener Zeitung, Verbot in Volksschulen laut Verfassungsdienst zulässig, 06.04.2018, <https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/957161-Verbot-in-Volksschulen-laut-Verfassungsdienst-zulaessig.html>.

⁴⁵⁰ Vgl Der Standard, Kopftuchverbot im Kindergarten laut Experten zulässig, 15.07.2018, <https://www.derstandard.at/story/2000083498469/kopftuchverbot-im-kindergarten-laut-verfassungsdienst-zulaessig> [Hervorhebung durch den Autor, um die Unterschiede in den Textversionen sichtbar zu machen].

⁴⁵¹ So Der Standard (Fn 450).

Beurteilungsspielraum zustehe.⁴⁵² Der Verfassungsdienst soll in seinem Gutachten aber auch festgehalten haben, dass ein Gesetz, das nur auf eine Glaubensrichtung gemünzt ist, nicht möglich ist,⁴⁵³ und ein solches Verbot religiöser Kopfbedeckungen für alle Glaubensrichtungen gelten müsste.⁴⁵⁴ Ob der Verfassungsdienst hierbei eine Beschränkung auf Kopfbedeckungen, „die das gesamte Haupthaar oder große Teile dessen verhüllt“, vor Augen hatte und diese akzeptierte, erschließt sich aus den Medienberichten nicht.

Mehr noch als die Unzugänglichkeit des Gutachtens irritiert, dass das Sexualisierungsargument, das in den Nationalratsdebatten wiederholt auftauchte, kein sprachlicher Fehlgriff einzelner Abgeordneter zu sein scheint, sondern tatsächlich Bestandteil der Entwurfsfassung des Verbotes war. In einem Staat, in welchem den weiblichen Körper sexualisierende (und auch sexistische) Werbung gang und gäbe ist⁴⁵⁵ und diese auch für Kinder gut sichtbar von Plakatwänden herablacht, widerspricht ein Kopftuch der Gleichstellung von Mann und Frau? Welche Sexualisierung gesehen werden will, entscheidet eben der Betrachter. Hiermit wollte wohl ein kleiner, die Ungleichheit legitimierender Unterschied im Tatsächlichen gefunden werden,⁴⁵⁶ sodass religiös motivierte Kopfbedeckung von Knaben, wie Kippa oder Patka, vom Anwendungsbereich des Verbots ausgeschlossen werden kann. Aber auch das geht fehl, denn auch Kippa oder Patka sexualisieren. Der kleine Unterschied mag allenfalls darin gefunden werden, dass die weibliche Kopfbedeckung als unterdrückend und die männliche Kopfbedeckung als erhebend konstruiert wird – womit dann aber, will „insbesondere die Gleichstellung von Mann und Frau“ das Ziel sein, erst recht auch die männliche Kopfbedeckung zu verbieten wäre.

Die gesetzgebende Instanz tat jedenfalls gut daran, dem Anraten des Verfassungsdienstes zu folgen und das Konzept der Sexualisierung aus dem Entwurf zu streichen, denn es führt (genauso wie die dem muslimischen Mann unterstellte „wilde Männlichkeit“) zur

⁴⁵² Vgl. Tiroler Tageszeitung, Gutachten zum Kopftuchverbot in Kindergärten fällt positiv aus, 16.07.2018, <https://www.tt.com/artikel/14593251/gutachten-zum-kopftuchverbot-in-kindergaerten-faellt-positiv-aus>.

⁴⁵³ So die Wiener Zeitung (Fn 449).

⁴⁵⁴ So Die Presse, Verfassungsdienst hält Kopftuchverbot in Volksschulen für zulässig, 06.04.2018, <https://www.diepresse.com/5401233/verfassungsdienst-halt-kopftuchverbot-in-volksschulen-fur-zulässig>.

⁴⁵⁵ Allenfalls kann der Österreichische Werberat im Falle sexistischer Werbung, die gegen den auf freiwilliger Selbstbeschränkung beruhenden Ethik-Kodex des Österreichischen Werberates verstößt, die Aufforderung zum sofortigen Stopp der betreffenden Werbungskampagne oder des betreffenden Werbesujets aussprechen. Siehe zu dieser Problematik insb. Benke, Unsystematische Bemerkungen zu Sexismus in der Werbung, in: Feigl/Konstatzky (Hg.), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 310; und den Entschließungsantrag der Abgeordneten Schwentner, Freundinnen und Freunde betreffend Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes auf Medien und Werbung, 522/A(E) XXIV. GP.

⁴⁵⁶ Angelehnt an Holzleithner, Recht, Macht, Geschlecht (2002) 48.

Sexualisierung der ‚Anderen‘ bzw zur Rassisierung der Sexualität.⁴⁵⁷ Präsent waren diese Argumente im Nationalrat aber dennoch.

3.3.2 *Das Gutachten von Nettesheim (2019)*

In aller Kürze sei auch auf das von *Martin Nettesheim* im Auftrag des Vereins TERRE DES FEMMES und vor dem Hintergrund des deutschen Grundgesetzes erstellte Gutachten betreffend ein Verbot des Tragens des ‚Kinderkopftuchs‘ in der Schule⁴⁵⁸ eingegangen. Wie *Nettesheim* einleitend hervorhebt, befasst sich das Gutachten allein mit der Verfassungskonformität eines solchen Verbots und nimmt Fragen des internationalen Rechts (wie insbesondere die Vereinbarkeit mit der EMRK) nicht auf.⁴⁵⁹ Dennoch scheint es Wert zu sein, einen kurzen Blick in dieses Gutachten und insbesondere auf die Argumentation dort zu werfen. Um einen Überhang an Fußnoten zu vermeiden, wird die verwiesene Seitenzahl des Gutachtens jeweils in eckige Klammer unmittelbar in den Fließtext gesetzt.

Nettesheim setzt an der Konzeption von Freiheit an. Es ist vor auszuschicken, dass *Nettesheim* davon ausgeht, dass Kopftuchverbote jedenfalls dann verhängt werden können, wenn konkrete Konflikte im Schulablauf bestehen [6]. Daher legt er das Hauptaugenmerk auf die (auch für die österreichischen Verbote relevante) Frage, ob es – wenn keine solchen konkreten Konflikte vorliegen – zulässig ist, „die öffentliche Bekundung bestimmter partikularer Lebensformen“ aus dem Schulalltag herauszuhalten, um das Erziehungsziel einer „Erziehung zur Freiheit“ nicht zu gefährden [6]. „Erziehung zur Freiheit“ bedeutet für *Nettesheim*, „Gewissheiten in Frage zu stellen, Freiräume zu schaffen und offenzuhalten, Muster, die mit den unverhandelbaren Grundwerten (wie etwa der Gleichbehandlung von Mann und Frau) unvereinbar sind, einer Kritik zu unterziehen“ [20]. Insoweit könne dies bedeuten, dass erst aktiv ein Umfeld zu schaffen ist, in dem diese offene Behandlung ethischer, kultureller und politischer Fragen möglich ist [20].

Sodann setzt *Nettesheim* an den Konzeptionen von selbstbestimmter Freiheit an und kritisiert, dass religiös konnotierte Kleidung häufig auf das Element der Fremdbestimmung („Freiheitsbeeinträchtigung“) reduziert werde, sich eine gehaltvolle Freiheitskonzeption aber mit der Frage befassen müsse, inwieweit Freiheitsbeschränkungen erforderlich sein können, um

⁴⁵⁷ Hierzu zB *Dietze*, Das ‚Ereignis Köln‘, *Femina Politica* 1/2016, 93; *Keskinkılıç*, ›Der orientalische Mann‹ vor|nach Köln, in: *Römhild/Schwanhäüßer/Zur Nieden/Yurdakul* (Hg), *Witnessing the Transition* (2017) 61; *Mecheril/Messerschmidt*, Die Sexualisierung der Anderen, *Widersprüche: Zeitschrift für sozialistische Politik im Bildungs-, Gesundheits- und Sozialbereich*, Heft 141, 36. Jg 2016, 147.

⁴⁵⁸ *Nettesheim*, Grundgesetz und Verbot eines „Kinderkopftuchs“, 29.08.2019.

⁴⁵⁹ *Nettesheim*, Grundgesetz und Verbot eines „Kinderkopftuchs“, 29.08.2019, 6.

die Entwicklung einer genuin autonomen, zu einem freien und selbstbestimmten Leben befähigten Person zu ermöglichen und zu fördern [10]. Damit setzt er die Frage als relevant, ob das Grundgesetz die Staatsgewalt zwingt, den Gebrauch der äußeren Freiheit eines Kindes auch dann zu respektieren, wenn dieses Kind die Fähigkeit zur verantwortlichen, selbstbestimmten Entscheidung noch nicht hat [11].

Zur Religionsfreiheit hält *Nettesheim* fest, dass kein Zweifel bestehe, dass das Tragen des „islamischen Kopftuchs“ als glaubensgeleitete Handlung von Art 4 GG geschützt ist. Der Schutz greife allerdings *ratio personae* nur, wenn sich diese Handlung als selbstbestimmter Ausdruck der Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheit darstellt – und dies ist bei Kindern nun nicht notwendig der Fall [22 f]. Anschließend legt *Nettesheim* – gut nachvollziehbar – dar, dass Kinder eine bestimmte intellektuelle Reife entwickelt haben müssen, bevor ihre Handlungen als Ausdruck selbstbestimmter und verantwortlicher Ausübung der Religionsfreiheit angesehen werden können [24 ff].

Zur Frage, ab welchem Alter Kinder typischerweise die nötige Reife zu einem selbstbestimmten religiösen Leben besitzen, merkt *Nettesheim* an, dass vor dem Hintergrund des verfügbaren Wissens- und Kenntnisstands seines Erachtens keine verfassungsrechtlichen Einwände zu erheben wären, wenn der Gesetzgeber davon ausginge, dass eine verantwortliche Entscheidung über den Gebrauch religiöser oder weltanschaulich konnotierter Kleidung im Allgemeinen erst ab einem Alter von 14 Jahren anzunehmen ist [27]. Für Österreich sei hinzugefügt, dass § 5 des Bundesgesetzes über die religiöse Kindererziehung für den Fall, dass sich die Eltern über die religiöse Erziehung eines Kindes nicht einigen können, eine abgestufte Religionsmündigkeit des Kindes festlegt. Demnach ist das Kind zu hören, wenn es das zehnte Lebensjahr vollendet hat (§ 2 Abs 2); kann es, wenn es das Zwölfte vollendet hat, einen Wechsel des Bekenntnisses ablehnen (§ 5); und steht ihm ab Vollendung des vierzehnten Lebensjahres die freie Entscheidung über die Religionszugehörigkeit zu (§ 5).⁴⁶⁰ Diese Altersgrenzen werden auch zur Bestimmung der Grundrechtsmündigkeit herangezogen,⁴⁶¹ da der VfGH für die Betätigung der „eigenen vollen Freiheit auf dem Gebiete religiöser Überzeugungen“⁴⁶² voraussetzt, dass das Kind in ein Alter gekommen ist, das ihm die Urteilsfähigkeit und die Fähigkeit, die Lehre einer Religion geistig zu fassen, gegeben hat.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Hierzu *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 416 f.

⁴⁶¹ Siehe *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 417.

⁴⁶² VfSlg 799/1927, 96 und VfSlg 800/1927, 98 f.

⁴⁶³ Ebd.

Die logische Konsequenz: Die Religionsfreiheit „unreifer Kinder“ ist durch ein „Kinderkopftuchverbot“ nicht beeinträchtigt, da sie eben noch nicht die Reife haben, in Glaubens- und Weltanschauungsfragen selbstbestimmt entscheiden zu können [28 f].⁴⁶⁴ Eine Vertretungsmöglichkeit durch die Eltern lehnt *Nettesheim* zutreffenderweise ab, denn „[w]er nicht selbstbestimmt handeln kann, [...] nicht dadurch zum selbstbestimmten Subjekt [wird], dass andere Personen ihren Willen formulieren; es herrscht dann vielmehr Fremdbestimmung“ [28].

Soweit ist den Überlegungen von *Nettesheim* nun eigentlich voll und ganz zuzustimmen. Dem großen ‚Aber‘, namentlich dem Anspruch auf Gleichbehandlung (Art 3 GG), widmet er sich dann aber nur halbherzig. Gegen ein generelles Verbot, in der Schule religiöse oder weltanschauliche Bekleidung zu tragen, hat *Nettesheim* nichts einzuwenden [37 f]. „Gewichtigere Fragen“ wären hingegen aufgeworfen, wenn eine Differenzierung zwischen verschiedenen Formen religiös konnotierter Bekleidung (wie zB Kopftuch und Kippa) vorgenommen würde. Zwar komme dem Umstand gewiss Gewicht zu, dass das „Kinderkopftuch“ als geschlechtsspezifisches Kleidungsstück das Ziel einer Erziehung zur Gleichheit beeinträchtigt; aber, wie *Nettesheim* (korrekt) fortführt, gilt das für andere religiös konnotierte Bekleidung im gleichen Maße [38]. Dennoch schließt *Nettesheim* seine Überlegungen etwas vage dahingehend ab, dass ein Verbot des „Kinderkopftuchs“ in Schulen mit Blick auf Art 3 GG „problematisch“ [3] sei und viel für die Annahme spreche, dass sich aus Art 3 GG zwar kein Grund gegen die gesetzliche Anordnung eines solchen Verbots herleiten lässt, dass aber eine Gleichbehandlung aller hinreichend wahrnehmbarer religiös konnotierter Bekleidungsstücke geboten ist [38].

Das ist nun etwas wenig, denn ein Verbot, das sich spezifisch und ausschließlich gegen das muslimische Kopftuch richtet, wohingegen das Tragen anderer religiös konnotierter Kopfbedeckungen und Symbole erlaubt bleibt, verstößt ganz offensichtlich gegen den Gleichheitsgrundsatz. Es lässt sich schwerlich behaupten, dass die Kippa oder die Patka weniger wahrnehmbar sind oder ein weniger starkes religiöses Symbol darstellen oder weniger geschlechtsspezifisch sind. In Österreich kommt zudem das Schulkreuz hinzu, dessen verpflichtende Anbringung, anders als in Deutschland,⁴⁶⁵ nicht als Eingriff in die

⁴⁶⁴ *Nettesheim* ergänzt hilfsweise, dass selbst dann, wenn im Tragen eines Kinderkopftuchs eine grundrechtlich geschützte Handlung gesehen werden wollte, sich dieses Verbot rechtfertigen ließe [29].

⁴⁶⁵ Denn das BVerfG wertete die Anbringung eines Kreuzes oder Kruzifixes in den Unterrichtsräumen einer staatlichen Pflichtschule, die keine Bekenntnisschule ist, als Verstoß gegen Art 4 Abs 1 GG, BVerfG 16.05.1995, 1 BvR 1087/91.

Religionsfreiheit gewertet wird.⁴⁶⁶ Insoweit wäre in Österreich selbst ein generelles Verbot des Tragens von religiös konnotierter Bekleidung problematisch und stellt die ‚religionsfreie Schule‘, wie sie in der Nationalratsdebatte von *Stephanie Cox* (JETZT) und *Daniela Holzinger-Vogtenhuber* (JETZT) gefordert wurde,⁴⁶⁷ die einzige durchgängig verfassungskonforme Lösung dar.

Entlang der Freiheitskonzeption von *Nettesheim* wird eine weitere Problematik sehr deutlich, die in der Debatte nirgendwo angesprochen wurde. Denn auch für die Taufe von Kleinkindern oder die Beschneidung an männlichen Säuglingen aus religiösen Motiven kann mangels intellektueller Reife der betroffenen Kinder nicht von einer selbstbestimmten und verantwortlichen Ausübung der Religionsfreiheit die Rede sein. Es stellt sich somit erneut die Frage, warum der Staat gerade im Hinblick auf das muslimische Kopftuch von Mädchen seine Schutzpflichten wahrnehmen will und andere ‚Zwänge‘, seien dies nun die religiöse Kopfbedeckung oder die Beschneidung an Knaben oder sonstige glaubensgeleitete Handlungen, die das Kind nicht weniger prägen als ein Kopftuch, ausblendet. Mit der religiösen Konnotation der Kopfbedeckungen von Knaben scheint es sich ähnlich wie mit dem Bart zu verhalten: Sie ist unantastbar – vielleicht, weil sie als erhebend und als erwünschte ‚Sexualisierung‘ empfunden wird.

3.3.3 Das Gutachten von Schwarz (2020)

Kurz vor Fertigstellung der vorliegenden Arbeit wurde ein weiteres deutsches Gutachten zu einem „Kinderkopftuchverbot“ an Schulen veröffentlicht, das hier nicht vorenthalten werden soll, zumal es die Unsicherheiten, die *Nettesheim* im Hinblick auf den Gleichheitssatz bestehen ließ, auszuräumen versucht. Es handelt sich um das von *Kyrill-Alexander Schwarz* im Auftrag der Bundesarbeitsgemeinschaft der Immigrantenverbände erstellte „Gutachten zur Frage der Zulässigkeit eines Kopftuchverbotes für Minderjährige unter 14 Jahren“, das tatsächlich zur Frage hatte, ob in der Bundesrepublik Deutschland ein ‚Kopftuchverbot‘ an Schulen nach österreichischem Vorbild normativ verankert werden könnte.⁴⁶⁸

Es ist vor auszuschicken, dass in Deutschland ein einheitliches ‚Kopftuchverbot‘ an Schulen auf Bundesebene ausscheidet, da es dem Bund an einem entsprechenden

⁴⁶⁶ Vgl Kapitel 2.3.2.1.

⁴⁶⁷ Vgl Kapitel 3.2.3.

⁴⁶⁸ *Schwarz*, Gutachten zur Frage der Zulässigkeit eines Kopftuchverbotes für Minderjährige unter 14 Jahren, 3. Im Folgenden werden die Seitenzahlen wiederum in eckige Klammer gesetzt, um einen Überhang an Fußnoten zu vermeiden.

Kompetenztitel fehlt. *Schwarz* zieht daher die Kompetenz des Bundes im Bereich der elterlichen Sorge heran, formuliert sogleich einen an das österreichische Verbot angelehnten Entwurf eines § 1631e BGB (der sich aufgrund des Kompetenztatbestandes nicht auf Schulen beschränken kann, sondern sich auf öffentliche Einrichtungen insgesamt erstrecken muss) – und bejaht sodann die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Verbots.

Ganz nach Vorbild des österreichischen Gesetzgebers formuliert *Schwarz* seinen § 1631e BGB neutral und verbietet den Eltern „ihr zur religiösen Selbstbestimmung unmündiges Kind zum Tragen religiöser oder weltanschaulich geprägter Bekleidung in öffentlichen Einrichtungen zu bestimmen, die mit einer auch nur teilweisen Verhüllung des Hauptes verbunden ist“, wobei er die Fähigkeit zur religiösen Selbstbestimmung mit der Vollendung des vierzehnten Lebensjahrs ansetzt [9]. Und ebenfalls ganz nach Vorbild des österreichischen Gesetzgebers geht es im Gutachten ansonsten um nichts anderes, als um das ‚Kopftuch‘ der muslimischen Mädchen.

Den mit dem Verbot verbundenen Eingriff in die Religionsfreiheit (der Eltern und Kinder) rechtfertigt *Schwarz* damit, dass aufgrund der Schulpflicht keine Möglichkeit bestehe, dem „islamischen Kopftuch“ auszuweichen [19]; das Tragen eines „islamischen Kopftuchs“ von vorherein dazu angetan sei, die negative Glaubensfreiheit von Kindern zu beeinträchtigen [19 f], wobei „der entsprechende Nachweis“ dieser tatsächlichen und nicht rechtlichen Frage „auch durch entsprechende empirische Erhebungen geführt werden kann“ [20]; in Anbetracht der Integrationsaufgabe der öffentlichen Schulen keine Bedenken bestünden, „bestimmte, äußerlich sichtbare Manifestationen eines bestimmten Glaubens zurückzudrängen“ [24] und „der Gesetzgeber mitnichten an eine bestimmte Religion bestimmte Rechtsfolgen anknüpft“ [25; gemeint ist vermutlich die neutrale Formulierung]; das religiöse Symbol „Kopftuch“, da es zugleich eine dauerhafte Gruppenzuordnung ermöglicht, „einen sehr viel stärkeren Ein- und Ausgrenzungscharakter als jede andere religiös konnotierte Handlung [hat]“ [25]; und religiös geprägte Vorstellungen, „die von einem prinzipiell unterschiedlichen Rollenverständnis von Mann und Frau ausgehen“, aus dem öffentlichen Raum zu verweisen sind [27]. Den Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht rechtfertigt *Schwarz* mit dem „staatliche[n] Wächteramt“, zumal die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes „durch das Tragen eines Kopftuches durchaus in vielfacher Hinsicht gefährdet sein kann“ [32]; und dem kollidierenden, dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag entspringenden verfassungsrechtlichen Ziel „einer Heranziehung von jungen Menschen, die zu Toleranz und Respekt gegenüber anderen Überzeugungen fähig sind“ [33]. Die Fragen nach der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit eines Verbots des Tragens eines „islamischen Kopftuchs“ für Mädchen blendet *Schwarz* hierbei weitestgehend aus.

Dem ist nun – zumindest aus österreichischer Sicht – einiges entgegenzuhalten. Hier seien lediglich die stichhaltigsten (Gegen-)Argumente resümiert. Der bloße Anblick eines religiösen Symbols stellt keinen Eingriff in die negative Religionsfreiheit dar. Wollte dennoch ein Eingriff angenommen werden, weil bereits in der Sichtbarkeit des religiösen Symbols ein missionarisches Element gesehen werden will, so muss gleiches für andere religiöse Symbole wie die jüdische Kippa, die Patka der Sikhs oder das katholische Schulkreuz konstatiert werden, welchen aufgrund der Schulpflicht ebenso wenig ausgewichen werden kann und welche genauso eine dauerhafte Gruppenzuordnung ermöglichen, die im gleichen Maße ein- oder ausgrenzend sein kann. Soweit die Rede davon ist, dass das „islamische Kopftuch“ von vornherein dazu angetan sei, die negative Glaubensfreiheit von Kindern zu beeinträchtigen und die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes gefährde, so ist entgegenzusetzen, dass dies genauso auf die Taufe, die Erstkommunion (zu welcher Mädchen häufig weiße Kleider zu tragen haben), den Gang zur Sonntagsmesse oder zum Perchtenlauf, das Tragen einer Kippa oder eines anderen für Männer typischen, religiös konnotierten Kleidungsstücks und erst recht auf die Beschneidung an Knaben aus religiösen Motiven zutrifft. Auch dies ließe sich wohl mit „entsprechenden“ empirischen Studien nachweisen. Damit steht auch in Frage, ob ein Kopftuchverbot für unter vierzehnjährige Mädchen den Kindern Toleranz und Respekt gegenüber anderen Unterzeugungen lehrt oder nicht vielleicht doch das Gegenteil.

Zuzustimmen ist, dass es entlang der Rechtsprechung des EGMR möglich ist, „bestimmte, äußerlich sichtbare Manifestationen eines bestimmten Glaubens zurückzudrängen“, solange „der Gesetzgeber mitnichten an eine bestimmte Religion bestimmte Rechtsfolgen anknüpft“, sondern dies in einem formal neutralen Gesetz verhüllt. Auch ist dem Gedanken, religiös geprägte Vorstellungen, „die von einem prinzipiell unterschiedlichen Rollenverständnis von Mann und Frau ausgehen“, aus dem öffentlichen Raum zu verweisen, durchaus etwas abzugewinnen. Zu bedenken ist allerdings, dass auch die katholische Kirche, die durch das Schulkreuz repräsentiert wird, von einem prinzipiell unterschiedlichen Rollenverständnis von Mann und Frau ausgeht und Papst Franziskus gar ganz unverhohlen gegen die Gender-Theorie in den Krieg zieht.⁴⁶⁹

Genauso wie *Nettesheim* hält sich *Schwarz* mit seinen Ausführungen zum Gleichheitssatz, dem er ganz am Ende der Studie neun Zeilen widmet, sehr kurz. Diese neun Zeilen haben es jedoch

⁴⁶⁹ Vgl. zB Die Zeit, Vatikan kritisiert Gender-Theorie, 11.06.2019, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2019-06/katholische-kirche-vatikan-gender-theorie-geschlecht-papst-franziskus>.

in sich. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt nach Ansicht von *Schwarz* schon deswegen nicht vor, „weil das Kopftuch eine geschlechtsspezifische Diskriminierung darstellt“ und insoweit „eine strikte Gleichbehandlung aller hinreichend wahrnehmbaren religiösen Bekleidungsstücke gerade ein Gleichheitsverstoß [wäre], blendet dies doch den spezifischen Gleichheitsverstoß des Kopftuchs oder vergleichbarer Gesichtsverhüllungen gerade aus“ [33]. Das Tragen einer Kippa oder einer Patka (oder auch die Beschneidung) stellt demnach keine geschlechtsspezifische Diskriminierung dar, wohl weil männliche religiöse Kopfbedeckungen erheben und nicht diskriminieren. Und schon ist eine Differenzierung gefunden, die eine ungleiche Behandlung rechtfertigt, ja schlechtweg mit unvermeidlicher Konsequenz verlangt – und zugleich das traditionelle Rollenverständnis und die männliche religiöse Symbolik aufrechterhält. Der Gleichheitssatz ist eben hervorragend geeignet, um Gleiche gleich und die Anderen anders zu behandeln.

3.4 Einschlägige Rechtsprechung des EGMR

Da nicht auszuschließen ist, dass die österreichische gesetzgebende Instanz gewillt ist, auch den Rufen nach einem ‚Kopftuchverbot‘ im öffentlichen Dienst und in öffentlichen Gebäuden⁴⁷⁰ zu folgen, wurde die Rechtsprechungsanalyse etwas weiter angelegt und umfasst die gesamte Rechtsprechung des EGMR, die zur Frage der Grundrechtskonformität von Verboten des Tragens religiöser Symbole und insbesondere von Kopfbedeckungen in spezifischen Räumen aufgefunden werden konnte. Dies erschien auch deswegen angemessen, da die Anzahl der unmittelbar relevanten Urteile und Beschlüsse des EGMR gering ist und mehr Einblick gewonnen werden kann, wenn der Bogen etwas weiter gespannt wird. Für die Analyse wurden zwei Hauptkategorien gebildet: Das Tragen von religiösen Kopfbedeckungen (als Privatperson) im Gerichtssaal und das Tragen von religiösen Kopfbedeckungen an öffentlichen Bildungseinrichtungen. Im Hinblick auf Kopftuchverbote für Lehrende an staatlichen Bildungseinrichtungen wird zudem ein prominentes Urteil des deutschen BVerfG berücksichtigt.

⁴⁷⁰ Vgl. nur *Die Presse*, Integrationsexperte will Kopftuch-Verbot für Staatsdiener, 05.01.2017, <https://www.diepresse.com/5149817/integrationsexperte-will-kopftuch-verbot-fur-staatsdiener>; *Die Presse*, Kurz für Kopftuchverbot im öffentlichen Dienst, 06.01.2017, <https://www.diepresse.com/5150127/kurz-fur-kopftuchverbot-im-offentlichen-dienst>; *Wiener Zeitung*, Strache will Kopftuch-Verbot bis an die Unis, 06.04.2018, <https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/957164-Strache-will-Kopftuch-Verbot-bis-an-die-Unis.html>.

Der Diskussion der Urteile des EGMR sei vorausgeschickt, dass lediglich in den zwei europäischen Staaten Frankreich (Art 1 der Verfassung von 1958 der Französischen Republik⁴⁷¹) und Türkei (Art 2 der Verfassung von 1982 der Republik Türkei⁴⁷²) das Prinzip der Laizität des Staates verfassungsrechtlich verankert ist. Gegen diese beiden Staaten wurde im Zusammenhang mit dem Tragen religiöser Symbole im öffentlichen Raum besonders häufig Beschwerde geführt. Da in den englischen (und mitunter auch in den deutschen) Übersetzungen der Urteile des EGMR der Begriff der Laizität oder des Laizismus mit dem Begriff des Säkularismus übersetzt wird, sei darauf hingewiesen, dass es sich mit diesen Begriffen keineswegs um Synonyme handelt. Laizismus bedeutet eine strikte Trennung von Staat und Kirche und zielt auf die weitestmögliche Zurückdrängung der Religion und der Religiosität aus dem öffentlichen Raum in das Private.⁴⁷³ Besonders deutlich kommt dies in der Türkei zum Ausdruck, wo mittels des laizistischen Prinzips jede Einmischung der Religion in staatliche Angelegenheiten unterdrückt werden will.⁴⁷⁴ Säkularismus bedeutet hingegen lediglich, dass Staat und Wirtschaft von Religion losgelöst sind; Religion und Religiosität sind in der Öffentlichkeit wie auch im Handlungsbereich des Staates aber durchaus akzeptiert. Den Konzepten des Laizismus und des Säkularismus liegen somit unterschiedliche Auffassungen der konfessionellen Neutralität des Staates zugrunde.⁴⁷⁵ Dementsprechend sind die Urteile des EGMR, der den Vertragsstaaten im Hinblick auf die Regelung des Verhältnisses von Staat und Kirche einen weiten Ermessensspielraum einräumt, auch im Kontext der jeweiligen staatlichen Rechtsetzung gegenüber Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu lesen.

Die EMRK verlangt weder die strikte Trennung von Kirche und Staat im Sinne eines Laizismus noch ein bestimmtes staatskirchenrechtliches System.⁴⁷⁶ Keines der in Europa anzutreffenden Modelle zur Regelung des Verhältnisses von Staat und Kirche, die vom türkischen und französischen Laizismus über säkulare Staaten bis hin zu den Staatskirchen in Großbritannien, Skandinavischen Staaten oder Griechenland reichen, ist somit von vornherein mit der EMRK

⁴⁷¹ „*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale*“ (Frankreich ist eine unteilbare, laizistische, demokratische und soziale Republik).

⁴⁷² „*Türkiye Cumhuriyeti [...] demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir*“ (Die Republik Türkei ist ein demokratischer, laizistischer und sozialer Rechtsstaat).

⁴⁷³ Zum Laizismusprinzip siehe insb auch *Pabel*, Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus, EuGRZ 2005, 12 (14 ff).

⁴⁷⁴ Spezifisch zum Laizismusprinzip in der Republik Türkei siehe *Rumpf*, Das Laizismus-Prinzip in der Rechtsordnung der Republik Türkei, JöR 1987, 179.

⁴⁷⁵ Vgl hierzu *Bülow von*, Das Kopftuchurteil des EGMR (2008) 38 ff mit weiteren Nachweisen. Ausführlich zur Vielfalt der Säkularisierungsbegriffe (auch in Abgrenzung zum Laizismus) *Potz*, Religion im säkularen Staat, in: *Jablonek/Olechowski/Zeleny* (Hg), *Secular Religion* (2013) 59 (59 ff).

⁴⁷⁶ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2016) § 22 Rn 108; *Pabel*, Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus, EuGRZ 2005, 12 (14 f); *Ungern-Sternberg von*, in: *Karpenstein/Mayer* (Hg), EMRK (2015), Art 9 EMRK, Rn 45.

unvereinbar.⁴⁷⁷ Wie *Katharina Pabel* darlegt, laufen Systeme der Staatskirche, denen die Bevorzugung einer Religionsgemeinschaft inhärent ist, jedoch strukturell Gefahr, gegen Menschenrechtsgarantien zu verstoßen.⁴⁷⁸ Der Staat Österreich, der sich zwar als säkularer Staat versteht, aber dennoch die mit dem Vatikan-Staat geschlossenen völkerrechtlichen Verträge, die der katholischen Kirche eine gewisse Vorrangstellung einräumen, gleichsam als gelebtes Erbe aufrechterhält (*Pabel* spricht an dieser Stelle diplomatisch von einer „freundliche[n] Trennung“⁴⁷⁹ von Kirche und Staat),⁴⁸⁰ nähert sich nun eher einem Staatskirchensystem als einem laizistischen Staat.

3.4.1 Religiöse Kopfbedeckungen im Gerichtssaal

An erster Stelle sei die erst jüngst ergangene Rechtsprechung des EGMR zu religiösen Kopfbedeckungen im Gerichtssaal abgehandelt. In der Rechtssache *Hamidović gegen Bosnien und Herzegowina* (2017)⁴⁸¹ erachtete der EGMR die Verurteilung eines Mannes wegen Missachtung des Gerichts aufgrund seiner Weigerung, bei Gericht eine aus religiösen Gründen getragene (muslimische) ‚Kappe‘ abzunehmen, als nicht mit der Religionsfreiheit des Art 9 EMRK vereinbar. Mit Verweis auf die Rechtssache *Leyla Şahin gegen Türkei*⁴⁸² gelangte der EGMR zu dem Ergebnis, dass der Eingriff grundsätzlich ein legitimes Ziel verfolge, namentlich die Bewahrung säkularer und demokratischer Werte.⁴⁸³

Er verneinte vor dem Hintergrund der konkreten demokratischen Gesellschaft jedoch die Notwendigkeit dieses Eingriffs. An erster Stelle grenzte der EGMR die vorliegende Rechtssache gegen seine Rechtsprechung zum Tragen von religiösen Symbolen oder Kleidungsstücken am Arbeitsplatz ab, wo – vor allem im öffentlichen Dienst – Bediensteten gegebenenfalls Pflichten zur Neutralität und Unparteilichkeit auferlegt werden könnten; dies gelte nicht für Privatpersonen.⁴⁸⁴ Dann hob der EGMR hervor, dass die Behörden die Besonderheiten der verschiedenen Religionen jedoch nicht vernachlässigen dürfen.⁴⁸⁵ Der

⁴⁷⁷ Vgl. *Ungern-Sternberg von*, in: *Karpenstein/Mayer* (Hg), EMRK (2015), Art 9 EMRK, Rn 45.

⁴⁷⁸ *Pabel*, Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus, EuGRZ 2005, 12 (15).

⁴⁷⁹ *Pabel*, Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus, EuGRZ 2005, 12 (15).

⁴⁸⁰ Sehr kritisch im Hinblick auf die „nach Art 140a B-VG für unanwendbar zu erklärende“ völkervertragsrechtliche Festlegung, mit welcher die „Interessen der katholischen Kirche unter rechtlichen Schutz gestellt [werden]“ *Kneih/Rill*, Kreuze in Kindergärten, JRP 2013, 163 (171). Aber auch *Ennöckl* erachtet die Trennung von Kirche und Staat in Österreich als „eher schwach ausgeprägt“, siehe *Ennöckl*, "Nun sag, wie hast du's mit der Religion?" ZfV 2016, 395 (397).

⁴⁸¹ EGMR 05.12.2017, 57792/15 (*Hamidović gg Bosnien und Herzegowina*).

⁴⁸² EGMR 10.11.2005, 44774/98 (*Leyla Şahin gg Türkei*). Unterstützend wurde für das Vorliegende auch die im NLMR 2005, 285 abgedruckte (verkürzte) deutsche Übersetzung herangezogen.

⁴⁸³ EGMR 05.12.2017, 57792/15 (*Hamidović gg Bosnien und Herzegowina*) Rn 34 f.

⁴⁸⁴ EGMR 05.12.2017, 57792/15 (*Hamidović gg Bosnien und Herzegowina*) Rn 26 und 40.

⁴⁸⁵ EGMR 05.12.2017, 57792/15 (*Hamidović gg Bosnien und Herzegowina*) Rn 41.

Beschwerdeführer habe zwar auf Aufforderung seine Kappe nicht abgelegt, sich sonst aber in keiner Weise respektlos verhalten und selbst der Aufforderung, sich vor dem Gericht zu erheben, Folge geleistet; seine Weigerung, die Kappe abzunehmen, sei somit nicht als respektloses Verhalten gegenüber dem Gericht zu verstehen, sondern lediglich von seinem aufrichtigen religiösen Glauben inspiriert gewesen, dass er stets eine Kappe tragen muss.⁴⁸⁶ Die Rolle der Behörden bestehe nun aber nicht darin, die Ursache für Spannungen durch Beseitigung des Pluralismus zu beseitigen, sondern sicherzustellen, dass sich die konkurrierenden Gruppen gegenseitig tolerieren,⁴⁸⁷ womit indirekt auch die Pflicht des Staates zur konfessionellen Neutralität angesprochen ist.

Damit gelangte der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass der belangte Staat seinen ohnehin weiten Ermessensspielraum überschritten hätte und eine Verletzung von Art 9 EMRK vorliegt. Zum gleichen Ergebnis gelangte der EGMR kürzlich in der Rechtssache Lachiri gegen Belgien⁴⁸⁸ hinsichtlich des Ausschlusses einer Frau von einer Gerichtsverhandlung wegen ihrer Weigerung, im Gerichtssaal ihr muslimisches ‚Kopftuch‘ abzulegen.

Hingewiesen sei auch auf die Rechtssache Zoubida Barik Edidi gegen Spanien.⁴⁸⁹ Beschwerde führte in dieser Rechtssache eine Rechtsanwältin, die wegen ihres aus religiösen Gründen getragenen Kopftuchs vom vorsitzenden Richter aufgefordert worden war, den für die Parteien vorgesehenen Bereich zu verlassen und sich in den Publikumsraum zu begeben. Der EGMR wies die Beschwerde, soweit sie eine Verletzung von Art 8 und 9 EMRK rüge, aber schon deswegen zurück, weil der innerstaatliche Rechtsweg nicht ausgeschöpft worden war.

Die Frage, wie sich dies im Hinblick auf eine Frau verhielte, die im Gerichtssaal einen Gesichtsschleier tragen will, ist seit dem Urteil in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich obsolet, denn ein Schleier ist für den EGMR – Pluralismus und konfessionelle Neutralität hin oder her – jedenfalls ein Zeichen für Respektlosigkeit gegenüber den Werten einer offenen demokratischen Gesellschaft,⁴⁹⁰ nicht nur vor Gericht.

Aber auch die beiden einschlägigen Entscheidungen des OGH sind mittlerweile obsolet. Es waren dies die Urteile, in welchen der OGH bestätigte, dass mit dem auf § 234 StPO („ungeziemendes Benehmen“) gestützte sitzungspolizeiliche Verbot, im Gerichtssaal einen (selbst durchsichtigen) Gesichtsschleier zu tragen, die grundrechtlichen Schranken nicht

⁴⁸⁶ EGMR 05.12.2017, 57792/15 (Hamidović gg Bosnien und Herzegowina) Rn 41 f.

⁴⁸⁷ EGMR 05.12.2017, 57792/15 (Hamidović gg Bosnien und Herzegowina) Rn 41.

⁴⁸⁸ EGMR 18.09.2018, 3413/09 (Lachiri gg Belgien).

⁴⁸⁹ EGMR 26.04.2016, 21780/13 (Zoubida Barik Edidi gg Spanien).

⁴⁹⁰ EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 121.

überschritten werden, zumal der Beschwerdeführerin die Möglichkeit eingeräumt wurde, bei Betreten und Verlassen des Gerichtssaals ihr Gesicht zu verschleiern und während der Verhandlung ein das Haar bedeckendes Kopftuch zu tragen.⁴⁹¹

Denn seit Inkrafttreten des AGesVG ist es auch bei Verlassen des Gerichtssaals und des Gerichtsgebäudes verboten, das Gesicht zu verhüllen.

Bärte sind in Gerichtssälen, selbst wenn sie das Gesicht verhüllten – vielleicht mehr noch als ein durchsichtiger Schleier – nicht verboten. Das war nicht immer so. Wie *Martin* hinweist, war im Frankreich des 16. Jahrhunderts Männern mit langen Bärten der Zutritt zum Gerichtssaal verwehrt und erhielten sie nicht eher anwaltlichen Beistand, als sie sich rasierten. Auch Angestellte der Sorbonne durften keine Bärte tragen.⁴⁹² So wandeln sich eben die Werthaltungen und die Vorstellungen von Respekt – ganz unabhängig davon, ob die Gesellschaft demokratisch ist oder nicht.

3.4.2 Religiöse Kopfbedeckungen an staatlichen Bildungseinrichtungen

3.4.2.1 Lehrende an staatlichen Bildungseinrichtungen

3.4.2.1.1 Einschlägige Rechtsprechung des EGMR

Zur Frage der Vereinbarkeit eines Verbots des muslimischen Kopftuchs für Lehrende liegen zwei markante Urteile des EGMR vor. In der Rechtssache Dahlab gegen Schweiz (2001)⁴⁹³ wehrte sich eine bei der Genfer Kantonsregierung angestellte Grundschullehrerin gegen die individuelle Weisung, im Unterricht kein Kopftuch zu tragen; in der Rechtssache Kurtulmuş gegen Türkei (2006)⁴⁹⁴ wehrte sich eine Universitätsprofessorin der staatlichen Universität Istanbul gegen eine Disziplinarstrafe, die auf Grundlage des Dienstrechts für Staatsbedienstete,⁴⁹⁵ das auch Bekleidungsvorschriften enthält, verhängt worden war. In beiden Fällen erachtete der EGMR das Verbot des Tragens des Kopftuchs für gerechtfertigt und verneinte eine Verletzung von Art 9 EMRK.

⁴⁹¹ OGH 27.08.2008, 13 Os 83/08t; OGH 27.08.2009, 13 Os 39/09y (RIS Rechtssatz RS0124163). Sehr kritisch hierzu, zumal die StPO keine Norm enthalte, die Angeklagten vor Gericht eine Gesichtsverhüllung ausdrücklich verbieten würde, *Pentz*, Verschleierung: ein „ungeziemendes Benehmen“? Juridikum 3/2008, 147.

⁴⁹² *Martin*, Der bärtige Mann (2010) 95.

⁴⁹³ EGMR 15.02.2001, 42393/98 (Dahlab gg Schweiz).

⁴⁹⁴ EGMR 24.01.2006, 65500/01 (Kurtulmuş gg Türkei).

⁴⁹⁵ *Devlet Memurları Kanunu*, Gesetz Nr 657 von 1965.

3.4.2.1.1.1 *Dahlab gegen Schweiz*

In der Rechtssache Dahlab gegen Schweiz⁴⁹⁶ schickte der EGMR seinen Erwägungen voraus, dass im Kanton Genf das Prinzip der konfessionellen Neutralität (anders als in den meisten anderen Kantonen) besonders stark ausgeprägt ist und die strenge Trennung von Kirche und Staat und damit auch die Laizität der Schule im kantonalen Recht ausdrücklich verankert sind. Wenngleich es schwierig einzuschätzen sei, ob und inwieweit sich ein Kopftuch auf sehr junge Kinder (die Beschwerdeführerin unterrichtete Vier- bis Achtjährige) auswirke, so sei das Kopftuch doch ein starkes äußeres Zeichen („*powerful external symbol*“), von dem ein gewisser Bekehrungseffekt („*some kind of proselytising effect*“) für Mädchen ausgehen könnte, der mit dem Grundsatz der Geschlechtergleichheit schwierig zu vereinbaren wäre. Daher erscheine es schwierig, das Tragen eines islamischen Kopftuchs mit der Botschaft der Toleranz, der Achtung vor anderen und vor allem der Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung in Einklang zu bringen, die alle Lehrenden in einer demokratischen Gesellschaft ihren Schülern vermitteln müssen.⁴⁹⁷

Bei der Übertragung dieser Urteile auf Österreich ist jedoch Vorsicht geboten, denn ein Prinzip der konfessionellen Neutralität besteht in dieser Form in Österreich nicht. Auch wurde von der Beschwerdeführerin nicht vorgebracht, dass das Tragen anderer religiöser Kopfbedeckungen (oder Kleidungsstücke) als des muslimischen Kopftuchs für Lehrende toleriert würde. Zudem ist hervorzuheben, dass das Schweizerische Bundesgericht bereits im Jahr 1990 – und zwar unabhängig von der jeweiligen kantonalen Handhabung der Trennung von Kirche und Staat – entschieden hatte, dass das Anbringen eines ‚Kruzifixes‘ (weshalb vereinzelt vertreten wird, dass ein einfaches Kreuz nicht umfasst sei) in den Schulzimmern einer Primarschule den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten auf Glaubens- und Gewissensfreiheit und Religionsneutralität des Religionsunterrichts widerspricht.⁴⁹⁸ In Österreich kann demgegenüber nicht behauptet werden, mit einem Kopftuchverbot für Lehrerinnen (oder einem generellen Verbot der Verhüllung des Hauptes) die konfessionelle Neutralität der Schulen wahren zu wollen.

⁴⁹⁶ EGMR 15.02.2001, 42393/98 (Dahlab gg Schweiz).

⁴⁹⁷ Hierzu auch Ulrich, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (638 ff).

⁴⁹⁸ BGE 26.09.1990, 116 Ia 252. Einblick in die diesbezügliche „Verfasstheit“ der Schweiz gibt Kley, Kutten, Kopftücher, Kreuze und Minarette, in: Pahud de Mortanges (Hg), Religion und Integration aus der Sicht des Rechts (2010) 229.

3.4.2.1.1.2 *Kurtulmuş gegen Türkei*

In der Rechtssache *Kurtulmuş gegen Türkei*⁴⁹⁹ stützte der EGMR sein Urteil auf das strikte Regelwerk der Grundsätze der Laizität und der Neutralität als Grundprinzipien der Republik Türkei. Diese Prinzipien befürwortet der EGMR ganz grundsätzlich, da sie die Unparteilichkeit des Staates gegenüber allen Glaubensrichtungen und Religionen implizieren und klar zum Ausdruck bringen, nach welcher Regel der Staat seine Beziehungen mit den Religionen zu gestalten versucht.⁵⁰⁰ Auch war der Sachverhalt etwas anders gelagert, denn das Verbot beruhte auf einer generellen Bekleidungsvorschrift, die, wie der EGMR hervorhob, für alle Staatsbediensteten gleichermaßen und unabhängig von ihren Funktionen oder religiösen Überzeugungen gilt. Tatsächlich legten diese Bekleidungsvorschriften nicht etwa nur ein Kopftuchverbot für Frauen fest, sondern verbieten Frauen wie Männern unterschiedslos das Tragen von Kopfbedeckungen („*no head covering shall be worn*“) – und Männern darüber hinaus das Tragen eines Bartes (und gebietet ihnen gar die tägliche Rasur).⁵⁰¹ Ähnliches galt in der Türkei, worauf im Zuge der Besprechung der Rechtssache *Leyla Şahin*⁵⁰² noch zurückgekommen wird, bis zum Jahr 2007 auch für Studierende. Nicht immer also wurden Bärte und Tücher ungleich behandelt.

Vor diesem Hintergrund kam der EGMR recht bündig zu dem Ergebnis, dass Bekleidungsvorschriften, die für alle Staatsbediensteten gleichermaßen gelten und die dazu dienen, den Grundsatz des Laizismus und seine Folge, den Grundsatz eines neutralen öffentlichen Dienstes, zu wahren, mit der in Art 9 EMRK verankerten Religionsfreiheit (und auch mit dem Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK) vereinbar sind. Für das nicht-laizistische Österreich hat dieses Urteil allerdings nur geringe Aussagekraft, denn der EGMR hatte hier gänzlich andere Umstände vor Augen, namentlich die Bedeutung des Laizismus für die staatliche Ordnung in der Republik Türkei im innerstaatlichen politischen Machtkampf zwischen säkularem Staatssystem und islamischer Verfassung. Zudem darf nicht aus den Augen verloren werden, dass in der Türkei die Mehrheit der Bevölkerung muslimisch ist.

⁴⁹⁹ EGMR 24.01.2006, 65500/01 (*Kurtulmuş gg Türkei*).

⁵⁰⁰ So der EGMR 26.11.2015, 64846/11 (*Ebrahimian gg Frankreich*) Rn 67.

⁵⁰¹ *Devlet Memurları Kanunu*, Gesetz Nr 657 von 1965, Abschnitt 19.

⁵⁰² EGMR 10.11.2005, 44774/98 (*Leyla Şahin gg Türkei*), Kapitel 3.4.2.2.1.

3.4.2.1.2 *Einschlägige Rechtsprechung des BVerfG*

In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des BVerfG zum Tragen des islamischen Kopftuchs für Lehrerinnen an einer öffentlichen Schule hervorzuheben.⁵⁰³ Die beiden Beschwerdeführerinnen richteten sich mit dieser Beschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen über arbeitsrechtliche Sanktionen (Abmahnung und Kündigung), die das Land Nordrhein-Westfalen gegen sie ausgesprochen hatte, weil sie sich weigerten, im Dienst das islamische Kopftuch bzw. eine als Ersatz hierfür getragene Wollmütze abzulegen. Die Rechtsgrundlage bildete § 57 Abs 4 des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen, wonach „Lehrerinnen und Lehrer [...] in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußere Bekundungen abgeben [dürfen], die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören“.

Das BVerfG gelangte zu dem Ergebnis, dass ein pauschales Verbot religiöser Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild schon wegen der bloß abstrakten Eignung zur Begründung einer Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität in einer öffentlichen bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule unverhältnismäßig sei und eine Verletzung der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art 4 Abs 1 und 2 GG) darstelle, wenn dieses Verhalten nachvollziehbar auf ein als verpflichtend empfundenen religiöses Gebot zurückzuführen ist.⁵⁰⁴ Denn die Interessensabwägung der Grundrechtspositionen verlange, dass zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für die Schutzgüter vorliegen müsse.⁵⁰⁵ Erst wenn in bestimmten Schulen oder Schulbezirken aufgrund substanzieller Konfliktlagen die Schwelle zu einer konkreten Gefährdung oder Störung erreicht ist, könne es gerechtfertigt sein, die religiöse Bekundung durch das äußere Erscheinungsbild etwa für bestimmte Schulen oder Schulbezirke über eine gewisse Zeit auch allgemein zu unterbinden.⁵⁰⁶ Sofern religiöse Bekundungen durch pädagogisches Personal untersagt werden, so der Hinweis des BVerfG, müsse dies für alle Glaubens- und Weltanschauungsrichtungen grundsätzlich unterschiedslos geschehen.⁵⁰⁷

⁵⁰³ Verbundene Rechtssachen BVerfG 27.01.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10. Vgl. aber auch bereits BVerfG 24.09.2003, 2 BvR 1436/02, in welcher das BVerfG feststellte, dass einer Lehrerin ohne hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage das Tragen eines Kopftuchs nicht verboten werden könne.

⁵⁰⁴ Verbundene Rechtssachen BVerfG 27.01.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn 101, 112 f.

⁵⁰⁵ Verbundene Rechtssachen BVerfG 27.01.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn 101.

⁵⁰⁶ Verbundene Rechtssachen BVerfG 27.01.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn 114.

⁵⁰⁷ Verbundene Rechtssachen BVerfG 27.01.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn 128.

Im Jahr 2016 bestätigte das BVerfG diese Rechtsauffassung auch für erzieherisches Personal an öffentlichen Kindertagesstätten.⁵⁰⁸ Es sei ergänzt, dass das BVerfG im Jahr 1995 jene Bestimmung der Bayerischen Volksschulordnung 1983 für verfassungswidrig und nichtig erklärte, nach welcher in jedem Klassenzimmer ein Kruzifix oder zumindest ein Lateinisches Kreuz anzubringen war.⁵⁰⁹ Dies hatte praktisch aber kaum Auswirkung, da ein Kreuz auch ohne Rechtsgrundlage angebracht werden kann und sich der Beschluss des BVerfG eben nur gegen das gesetzliche Gebot des Anbringens von Kreuzen in Klassenzimmern richtete. Für das BVerfG ist das Kreuz übrigens „Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung und nicht etwa nur Ausdruck der vom Christentum mitgeprägten abendländischen Kultur“⁵¹⁰.

3.4.2.2 Lernende an staatlichen Bildungseinrichtungen

Im Hinblick auf Verbote des Tragens von religiöser Bekleidung oder anderer religiöser Symbole konnten drei Rechtssachen ausgemacht werden. Die prominente Rechtssache Leyla Şahin gegen Türkei (2005),⁵¹¹ die Bekleidungsvorschriften für Studierende an staatlichen Universitäten betraf; und die beiden in der Literatur kaum beachteten Rechtssachen Şefika Köse et al gegen Türkei (2006)⁵¹² und Tuba Aktas et al gegen Frankreich (2009),⁵¹³ die Bekleidungsvorschriften für Schülerinnen und Schüler betrafen. Zudem wird auf das Urteil des EGMR in der Rechtssache Osmanoglu et Kocabaş gegen Schweiz⁵¹⁴ in Sachen des schulischen Schwimmunterrichts eingegangen, das sich zwar nur indirekt mit Bekleidungsvorschriften beschäftigt, aber in den österreichischen Gesetzgebungsmaterialien als Rechtfertigungsargument für die Verbote der Verhüllung des Hauptes für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen herangezogen wurde.

⁵⁰⁸ BVerfG 18.10.2016, 1 BvR 354/11.

⁵⁰⁹ BVerfG 16.05.1995, 1 BvR 1087/91.

⁵¹⁰ BVerfG 16.05.1995, 1 BvR 1087/91, Rn 42.

⁵¹¹ EGMR 10.11.2005, 44774/98 (Leyla Şahin gg Türkei). Unterstützend wurde für das Vorliegende auch die im NLMR 2005, 285 abgedruckte (verkürzte) deutsche Übersetzung herangezogen. Dieses Urteil in aller Ausführlichkeit und unter Einbeziehung der vorgängigen Rechtsprechung des EGMR diskutierend *Bülow von*, Das Kopftuchurteil des EGMR (2008). Siehe aber auch *Pabel*, Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus, EuGRZ 2005, 12 (12 ff); *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (640 ff).

⁵¹² EGMR 24.01.2006, 26625/02 (Şefika Köse et al gg Türkei).

⁵¹³ Verbundene Rechtssachen EGMR 30.06.2009, 43563/08, 14308/08, 18527/08, 29134/08, 25463/08, 27561/08 (Tuba Aktas et al gg Frankreich).

⁵¹⁴ EGMR 10.01.2017, 29086/12 (Osmanoglu et Kocabaş gg Schweiz).

3.4.2.2.1 *Leyla Şahin gegen Türkei*

Der Rechtssache Leyla Şahin gegen Türkei⁵¹⁵ lag ein im Februar 1998 ergangener Erlass des Vizerektors der (staatlichen) Universität Istanbul zugrunde, mit welchem Studierenden, die eine Kopfbedeckung (einschließlich das muslimische „Kopftuch“) oder einen Bart (einschließlich Studierende aus Übersee) tragen, der Zutritt zu Lehrveranstaltungen und die Teilnahme an Prüfungen untersagt wurden. Der Erlass war neutral formuliert und verzichtete auf eine religiöse Konnotation der Kopfbedeckung oder des Bartes. Auch dieser Erlass ist als Bestandteil des innerstaatlichen politischen Machtkampfes zwischen säkularem Staatssystem und islamischer Verfassung zu sehen. Beschwerde führte eine Studentin, die ihr Kopftuch weiterhin tragen wollte.

Der EGMR gelangte zu dem Ergebnis, dass die Einschränkung des Rechts der Beschwerdeführerin, ein Kopftuch zu tragen, keine Verletzung von Art 8 (Achtung des Privat- und Familienlebens), Art 9 (Religionsfreiheit), Art 10 (Freiheit der Meinungsäußerung), Art 14 (Verbot der Benachteiligung) EMRK oder Art 2 des 1. ZP zur EMRK (Recht auf Bildung) darstelle. Dies, weil dem Verbot des Tragens religiöser Symbole als oberste Überlegung das in der Verfassung der Republik Türkei verankerte Grundprinzip des Laizismus zugrunde liege,⁵¹⁶ das als Garantie für demokratische Werte den Staat zu religiöser Neutralität verpflichte,⁵¹⁷ und weil das Verbot ganz offensichtlich bezwecke, den laizistischen Charakter von Bildungseinrichtungen zu wahren.⁵¹⁸ Diese Auffassung von Säkularismus sei mit den Werten der Konvention vereinbar und könne als notwendig betrachtet werden, um das demokratische System der Türkei aufrechtzuerhalten.⁵¹⁹

Auch dieses Urteil hat für Österreich, wo die Situation gänzlich anders gelagert ist und auch von einem laizistischen Charakter von Bildungseinrichtungen nicht die Rede sein kann, mithin geringe Aussagekraft.⁵²⁰ Leider wurde die Beschwerde nicht von einem bärtigen Mann geführt, denn dies hätte Aufschluss darüber gegeben, ob und inwieweit der EGMR eventuell doch zwischen natürlich gewachsenem Bart und aufgesetztem Tuch unterscheidet. Zudem ist zu ergänzen, dass die Bekleidungsvorschriften in der Türkei nach dem Regierungsantritt der AKP

⁵¹⁵ EGMR 10.11.2005, 44774/98 (Leyla Şahin gg Türkei).

⁵¹⁶ EGMR 10.11.2005, 44774/98 (Leyla Şahin gg Türkei) Rn 116.

⁵¹⁷ EGMR 10.11.2005, 44774/98 (Leyla Şahin gg Türkei) Rn 39, 113.

⁵¹⁸ EGMR 10.11.2005, 44774/98 (Leyla Şahin gg Türkei) Rn 158.

⁵¹⁹ EGMR 10.11.2005, 44774/98 (Leyla Şahin gg Türkei) Rn 114.

⁵²⁰ IdS auch *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (659); und – mit Blick auf Deutschland – auch *Pabel*, Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus, EuGRZ 2005, 12 (16).

im Jahr 2002 gelockert und im Jahr 2007 das Kopftuchverbot an Universitäten und weitere fünf Jahre später auch jenes für den öffentlichen Dienst aufgehoben wurde.⁵²¹

3.4.2.2.2 Şefika Köse et al gegen Türkei

Dem Rechtsstreit Şefika Köse et al gegen Türkei⁵²² lagen die von den zuständigen Ministerien im Juli 1981 erlassenen Kleidungs Vorschriften für das Personal und die Schülerinnen und Schüler an staatlichen Schulen (Grund-, Sekundar- und höhere Schulen) zugrunde. Diesem Erlass zufolge hatten Schülerinnen und Schüler eine Schuluniform zu tragen und ist ihnen das Tragen von Kopfbedeckungen auf dem Schulgelände verboten (*Rule 11 und 12*). Darüber hinaus war ihnen generell das Tragen von Symbolen, die zu Diskriminierung führen können,⁵²³ verboten (*Rule 17*). Darüber hinaus ist auf das türkische Grundgesetz über die staatliche Bildung zu verweisen, das den Laizismus als Eckpfeiler des türkischen staatlichen Bildungssystems setzt.⁵²⁴

Gegen die Bekleidungs Vorschriften wurde von einer Mehrzahl an Personen Beschwerde geführt, womit erreicht werden wollte, dass Schülerinnen ab Eintreten der Pubertät in der Schule ein Kopftuch tragen dürfen. Geltend gemacht wurden insbesondere ein Verstoß gegen das Recht auf Bildung des Art 2 des 1. ZP zur EMRK und gegen die Religionsfreiheit des Art 9 EMRK. Der EGMR erteilte diesem Anliegen eine klare Absage, indem er erneut die Laizität des Staates und den laizistischen Charakter der Bildungseinrichtungen betonte und hervorhob, dass es sich bei diesen Schulregeln um generelle Regeln handle, die für alle Schülerinnen und Schüler („*pupils*“) unabhängig von ihren religiösen Überzeugungen gelten, und die unter anderem dem legitimen Ziel dienen, den neutralen Charakter der Sekundarschulbildung zu erhalten und Jugendliche in einem Alter, in dem sie beeinflussbar sind, zu schützen. Die nationalen Höchstgerichte hätten festgestellt, so der Hinweis des EGMR, dass es mit dem Grundsatz der Laizität unvereinbar sei, Schülerinnen das Tragen des islamischen Kopftuchs zu gestatten, da das Kopftuch im Begriff sei, zum Symbol einer Vision zu werden, die der Freiheit der Frau und den Grundprinzipien der Republik zuwiderläuft.

⁵²¹ Vgl Die Zeit, In Turban und Talar, 12.08.2017, <https://www.zeit.de/2017/33/kleiderordnung-tuerkei-kopftuch-can-duendar>.

⁵²² EGMR 24.01.2006, 26625/02 (Şefika Köse et al gg Türkei).

⁵²³ Genauer: „[S]ymbols that are liable to result in discrimination or for acting with intent to isolate, rebuke or show contempt for a person or group of persons on account of their language, sex, political ideas or philosophical beliefs, race, religion or branch of a religion“; vgl EGMR 24.01.2006, 26625/02 (B.3., letzter Absatz).

⁵²⁴ *Milli Eğitim Temel Kanunu*, Gesetz Nr 1739 von 1973.

3.4.2.2.3 Tuba Aktas et al gegen Frankreich

Sehr ähnlich zum Rechtsstreit Şefika Köse et al gegen Türkei war die Rechtssache Tuba Aktas et al gegen Frankreich⁵²⁵ gelagert. Streitgegenständlich war hier ein im März 2004 verabschiedetes Gesetz, welches das Tragen auffälliger Symbole oder Kleidungsstücke religiöser Zugehörigkeit durch Schülerinnen und Schüler an öffentlichen Grund- und weiterführenden Schulen verbietet.⁵²⁶ Aus dem Runderlass vom 18. Mai 2004 zur Durchsetzung dieses Grundsatzes, der im Beschluss des EGMR auszugsweise wiedergegeben ist, geht ausdrücklich hervor, dass dieses Verbot für alle Religionen gleichermaßen gilt und unter auffälligen Symbolen oder Kleidungsstücken daher nicht etwa nur das Kopftuch, sondern, so die Beispiele im Rundschreiben, auch die Kippa oder ein Kreuz von offensichtlich übermäßiger Größe („*de dimension manifestement excessive*“) zu subsumieren sind. Generell bleibe das Recht, diskrete religiöse Zeichen („*signes religieux discrets*“) zu tragen, unberührt.

Gegen dieses Verbot wurden mehrere Beschwerden geführt, die allesamt den Schulverweis wegen des Tragens auffälliger Symbole religiöser Zugehörigkeit betrafen. Darunter waren jedoch nicht nur Schülerinnen, die wegen des Tragens eines Kopftuchs von der Schule verwiesen wurden, sondern auch Schüler, welchen das gleiche Schicksal zuteilwurde, weil sie einen Keski oder eine Patka trugen. Das Verbot wird in Frankreich somit tatsächlich konfessionsunabhängig wie auch geschlechtsneutral angewandt.

Der EGMR erinnerte an seine Feststellung aus vorangegangenen Entscheidungen, dass das Prinzip der Laizität in Frankreich wie auch in der Türkei und in der Schweiz ein Verfassungsprinzip und ein Fundament der Republik ist, und stellte – nach dem Bisherigen wenig überraschend – fest, dass unter Berücksichtigung der Umstände und des Ermessensspielraums die angefochtene Einmischung des Staates gerechtfertigt und verhältnismäßig ist und die Beschwerden als offensichtlich unbegründet abzuweisen sind.

3.4.2.2.4 Osmanoğlu et Kocabaş gegen Schweiz

Kurz ist auch auf das Urteil des EGMR in der Rechtssache Osmanoğlu et Kocabaş gegen Schweiz⁵²⁷ einzugehen, wenngleich es sich nicht mit Kopfbedeckungen, sondern mit der

⁵²⁵ Verbundene Rechtssachen EGMR 30.06.2009, 43563/08, 14308/08, 18527/08, 29134/08, 25463/08, 27561/08 (Tuba Aktas et al gg Frankreich).

⁵²⁶ LOI n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

⁵²⁷ EGMR 10.01.2017, 29086/12 (Osmanoğlu et Kocabaş gg Schweiz). Für das Vorliegende wurde auch die im NLMR 2017, 32 abgedruckte (verkürzte) deutsche Übersetzung herangezogen. Zu dieser Rechtssache auch Langer, EGMR, Affaire Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse, AJP 3/2017, 410; Progin-Theuerkauf, Zur obligatorischen Teilnahme von muslimischen Schülerinnen am gemischten Schwimmunterricht, sui-generis

Teilnahmepflicht muslimischer Mädchen am schulischen Schwimmunterricht beschäftigt.⁵²⁸ Denn die Materialien zu den österreichischen Verboten der Verhüllung des Hauptes des Kindes in Kindergärten und in Schulen verweisen auf dieses Urteil des EGMR und heben zwecks Rechtfertigung der Verbote heraus, dass in diesem Urteil „die besondere Rolle von Bildungseinrichtungen im Integrationsprozess hervorgehoben wurde“⁵²⁹.

In diesem Rechtsstreit wehrten sich die Eltern zweier Töchter gegen eine Geldstrafe, die gegen sie von der Schulbehörde verhängt worden war, weil sie sich – mit der Begründung, dass ihr (muslimischer) Glauben es ihnen verbiete, ihre Kinder am gemischten Schwimmkurs teilnehmen zu lassen – geweigert hatten, ihre Töchter in den als Pflichtkurs geführten koedukativen Schwimmunterricht zu schicken. Die Mädchen waren zu dem Zeitpunkt, als die Behörden die Geldstrafe verhängten, sieben und neun Jahre alt. Die beschwerdeführenden Eltern rügten, durch die Pflicht, ihre Töchter in den koedukativen Schwimmunterricht zu schicken, in ihrer Religionsfreiheit (Art 9 EMRK) verletzt zu sein.⁵³⁰ Sie brachten ua vor, dass ihre Kinder private Schwimmkurse belegen (also die entsprechende körperliche Aktivität ausüben und Schwimmen lernen) und auch die Sozialisierung oder Integration ihrer Kinder durch das Fehlen im Schwimmkurs nicht beeinträchtigt sei, da diese primär außerhalb des Schwimmunterrichts stattfinde.⁵³¹ Die diesbezügliche Sichtweise der betroffenen Mädchen geht aus dem Urteil nicht hervor.⁵³²

Der EGMR führte in seinen Erwägungen ua aus, dass es das Argument der nationalen Gerichte teile, wonach die Schule einen besonderen Platz im Prozess der Integration einnehme, der umso entscheidender sei, wenn es sich um Kinder ausländischer Herkunft handle.⁵³³ Angesichts der Bedeutung des Pflichtunterrichts für die Entwicklung der Kinder sei auch zu akzeptieren, dass die Gewährung von Befreiungen für bestimmte Kurse nur in außergewöhnlichen Fällen und unter klar festgelegten Voraussetzungen sowie unter Achtung der Gleichbehandlung aller religiösen Gruppen gerechtfertigt ist; zumal der Ansatz nicht von übermäßiger Strenge sei und

2017, 31; *Seppelt*, Obligatorischer Schwimmunterricht (gemischtgeschlechtlich) für muslimische Schülerinnen konventionskonform, EuGRZ 2017, 249.

⁵²⁸ Mit der Frage nach der Vereinbarkeit der religiösen Überzeugung mit dem öffentlichen Schul- und Erziehungswesen hatte sich der EGMR bereits mehrfach auseinanderzusetzen; siehe insb die Rechtssachen EGMR 04.12.2008, 27058/05 (*Dogru* gg Frankreich) und EGMR 04.12.2008, 31645/04 (*Kervanci* gg Frankreich) [Sportunterricht]; sowie EGMR 13.09.2011, 319/08, 2455/08, 7908/10, 8152/10, 8155/10 (*Willi, Anna and David Dojan* gg Deutschland) [Sexualkundeunterricht].

⁵²⁹ Initiativantrag 495/A BlgNR XXVI. GP, 2; Bericht des Unterrichtsausschusses AB 612 BlgNR XXVI. GP, 1; ErlRV 331 BlgNR XXVI. GP, 5 (zu Art 3 / Bildungsaufgaben).

⁵³⁰ EGMR 10.01.2017, 29086/12 (*Osmanoğlu et Kocabaş* gg Schweiz) Rn 33.

⁵³¹ EGMR 10.01.2017, 29086/12 (*Osmanoğlu et Kocabaş* gg Schweiz) Rn 56 bis 62.

⁵³² Auch nicht aus dem vorgängigen Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 18.06.1993, 119 Ia 178.

⁵³³ EGMR 10.01.2017, 29086/12 (*Osmanoğlu et Kocabaş* gg Schweiz) Rn 96.

die zuständigen Behörden eine Befreiung vom Schwimmkurs aus medizinischen Gründen erlauben.⁵³⁴

Daraus geht nach Ansicht des EGMR hervor, und dies ist eine höchst missverständliche Aussage, dass das Interesse der Kinder an einem vollständigen Schulbesuch, der eine erfolgreiche soziale Integration nach den örtlichen Sitten und Gebräuchen („*according to local customs and mores*“) erlaube, gegenüber dem Wunsch der Eltern auf Befreiung vom koedukativen Schwimmkurs überwiege.⁵³⁵ Wie *Lorenz Langer* scharf kritisiert, geht der EGMR mit dem Rechtfertigungstopos „Integration nach den örtlichen Sitten und Gebräuchen“ deutlich über die bloße Respektierung von Gesetzesvorschriften hinaus und verweist auf den kulturellen Bereich, ja vielleicht sogar auf ein System von akzeptierten Verhaltensregeln, das teilweise mit dem umstrittenen Begriff „Leitkultur“ umschrieben wird.⁵³⁶ Jedenfalls aber werde der Schwimmunterricht mit einem symbolischen Gehalt aufgeladen, der ihm außerhalb der kulturellen Konfliktzone gar nie zukam.⁵³⁷

Vermutlich wollte der EGMR aber keinen allrechtfertigenden Topos „Integration nach den örtlichen Sitten und Gebräuchen“ vorstellen, er traf auch andere Erwägungen. So hob er ua hervor, dass es den Mädchen gestattet worden sei, im Schwimmunterricht einen „Burkini“ zu tragen – die Eltern aber auch diese, die strittigen Auswirkungen reduzierende Option ablehnten (da ein Burkini stigmatisierenden Effekt habe)⁵³⁸ – und zudem sichergestellt war, dass sich die Mädchen außerhalb der Gegenwart von Burschen umkleiden und duschen können.⁵³⁹ Darüber hinaus war ab dem sechsten Schuljahr (das entspricht der Altersstufe der Elf- bis Zwölfjährigen) ein nach Geschlechtern getrennter Unterricht vorgesehen, womit gewährleistet ist, dass sich die Mädchen nach Eintritt der Pubertät nicht einem koedukativen Schwimmunterricht aussetzen müssen.⁵⁴⁰

Unter diesen Prämissen, ein koedukativer Schwimmunterricht für Kinder unter zwölf Jahren, getrennte Garderoben und das Angebot, einen Burkini zutragen, erscheint der Schwimmunterricht durchaus zumutbar und verursacht wohl selten mehr Unbehagen, als andere Kinder bei anderen Sportarten im Rahmen des Pflichtsportunterrichts verspüren. Sind

⁵³⁴ Ebd.

⁵³⁵ EGMR 10.01.2017, 29086/12 (Osmanoğlu et Kocabaş gg Schweiz) Rn 97.

⁵³⁶ *Langer*, EGMR, Affaire Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse, AJP 3/2017, 410 (419).

⁵³⁷ Ebd.

⁵³⁸ Dieses Argument ist im Übrigen nicht von der Hand zu weisen, denn anderenorts (zB an den Stränden von *Villeneuve-Loubet*) wollte gar der Burkini verboten werden (hierzu *Conseil d'État* 26.08.2016, 402742, der das Burkini-Verbot an öffentlichen Stränden für unrechtmäßig erklärte).

⁵³⁹ EGMR 10.01.2017, 29086/12 (Osmanoğlu et Kocabaş gg Schweiz) Rn 101.

⁵⁴⁰ EGMR 10.01.2017, 29086/12 (Osmanoğlu et Kocabaş gg Schweiz) Rn 27, 30, 47.

psychische Beeinträchtigungen durch den Zwang zum Schwimmunterricht oder den Konflikt um den Schwimmunterricht zu erwarten, kommt gegebenenfalls eine Befreiung vom Schwimm- oder sonstigen Sportunterricht aus medizinischen Gründen in Frage. Aus diesem Blickwinkel erscheint das Urteil des EGMR – der zu dem Schluss kam, dass die innerstaatlichen Behörden den beträchtlichen („*considerable*“) Ermessensspielraum,⁵⁴¹ der ihnen im vorliegenden Fall zustehe, nicht überschritten haben und es daher zu keiner Verletzung von Art 9 EMRK gekommen ist⁵⁴² – ungleich weniger rigide.

Die österreichische Gesetzgebungsinstanz zog das Urteil des EGMR in Sachen Schwimmunterricht indessen bewusst heran, um Assimilation an die „Leitkultur“ unter dem Deckmantel von Integration durchzusetzen. Die aus dem Kontext gerissene Formulierung, dass der Schulbesuch die „Integration nach den örtlichen Sitten und Gebräuchen“ erlaube, bedeutet aber keinesfalls einen Freibrief für grundrechtswidrige Assimilation, sie bezieht sich auf die Teilnahme an einem schulischen Pflichtgegenstand und rechtfertigt mitnichten die Beseitigung kultureller und religiöser Diversität im schulischen Umfeld *per se*. Auch dieser Versuch der Rechtfertigung eines Verbotes, wonach es Kindern in Kindergärten und an Grundschulen untersagt ist, ihr Haupt mit weltanschaulich oder religiös geprägter Bekleidung zu verhüllen, geht somit fehl. Auf die oben besprochenen Rechtssachen Şefika Köse et al gegen Türkei, Tuba Aktas et al gegen Frankreich und Leyla Şahin gegen Türkei, die vorliegend einschlägiger wären, nehmen die Gesetzesmaterialien indes nicht Bezug.

3.4.3 *Resümee*

Es ist augenfällig, dass der EGMR seine, einen Eingriff in die Religionsfreiheit verneinenden, Urteile in Sachen religiöse Kopfbedeckungen in staatlichen Schulen oder Universitäten allesamt vor einer spezifischen, nämlich der laizistischen Auffassung der Trennung von Kirche und Staat traf, wobei er die Laizität des Staates (bzw des Kantons Genf) jeweils als zentrales Argument zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Religionsfreiheit heranzog.⁵⁴³ Augenfällig ist auch, dass der EGMR dem jeweiligen nationalen Kontext besondere Bedeutung beimisst. Dabei kann für den EGMR bereits die Verteidigung der Laizität der staatlichen Ordnung ein rechtfertigendes Argument sein. Diese Rechtsprechung kann somit auf Staaten, die eine

⁵⁴¹ Es ist zu ergänzen, dass der Art 2 des 1. ZP zur EMRK die *lex specialis* zu Art 9 EMRK darstellt, die Schweiz das 1. ZP zur EMRK aber nicht ratifiziert hat, EGMR 10.01.2017, 29086/12 (Osmanoğlu et Kocabaş gg Schweiz) Rn 90. Aus diesem Grund hat der EGMR der Schweiz einen noch größeren Ermessensspielraum zugestanden, EGMR 10.01.2017, 29086/12 (Osmanoğlu et Kocabaş gg Schweiz) Rn 95.

⁵⁴² EGMR 10.01.2017, 29086/12 (Osmanoğlu et Kocabaş gg Schweiz) Rn 105 f.

⁵⁴³ So auch *Pabel*, Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus, EuGRZ 2005, 12 (insb 14 ff).

weniger strikte Trennung von Kirche und Staat vertreten, nicht unbesehen übertragen werden und stellt keine generelle Freigabe dafür dar, das Tragen von religiösen Symbolen an staatlichen Bildungseinrichtungen zu untersagen.⁵⁴⁴

Tatsächlich ist in Österreich die Situation eine gänzlich andere. Österreich ist kein laizistischer Staat, womit eine Gefährdung oder Bedrohung des laizistischen Prinzips nicht behauptet werden kann. Der österreichische VfGH erachtete selbst die aus einem Konkordat mit dem Heiligen Stuhl resultierende gesetzliche Anordnung, dass in Kindergärten (*ergo* in Schulen), an denen die Mehrzahl der Kinder christlichen Glaubens ist, in allen Gruppenräumen (*ergo* in allen Klassenzimmern) verpflichtend Kreuze anzubringen sind, als mit der Religionsfreiheit vereinbar. Dies, wie auch der Umstand, dass der Staat Österreich mit dem Vatikan-Staat völkerrechtliche Verträge unterhält, die der katholischen Kirche eine Vorrangstellung einräumen, zeigt, dass selbst das Prinzip des Säkularismus nicht allzu stark ausgeprägt ist. Auch kann nicht behauptet werden, dass ein Kopftuch den guten Sitten (Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain) widerspricht.⁵⁴⁵ Dies ließe sich nach dem Urteil in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich allenfalls für den Gesichtsschleier behaupten – und selbst das ist bedenklich. Auch sei erinnert, dass in Österreich selbst das rituelle Schächten von Tieren⁵⁴⁶ und die Beschneidung an männlichen Säuglingen aus religiösen Motiven⁵⁴⁷ als vereinbar mit den ‚guten Sitten‘ gelten.

Schließlich würde es in Österreich für ein allfälliges pauschales Verbot des Tragens von religiösen Symbolen an staatlichen Bildungseinrichtungen auch an der Notwendigkeit der Maßnahme, am zwingenden sozialen Bedürfnis („*pressing social need*“), fehlen.

Wie auch *Ulrich* konstatiert, ist ein Gefährdungszusammenhang im Sinne einer empfindlichen Störung der schulischen Ordnung bzw ein relevantes Störpotential für den Schulfrieden unter

⁵⁴⁴ Anderer Ansicht allerdings *Wiese*, Religionsfreiheit in Europa stärken, in: *Fürlinger* (Hg), Die Freiheit der Religion (2017) 93 (104), die vermutet, dass der EGMR entsprechende Verbote an staatlichen Bildungseinrichtungen wohl auch in nicht-laizistischen Ländern wie Deutschland billigen würde.

⁵⁴⁵ So auch *Lienbacher*, Religiöse Rechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 12 Rn 37; *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (649, 660).

⁵⁴⁶ VfGH 17.12.1998, B 3028/97 (II.2.8.).

⁵⁴⁷ „[D]ie Beschneidung an männlichen Säuglingen israelitischer und muslimischer Konfession [verstößt] nicht gegen die guten Sitten, sofern diese nicht gegen den Willen der Eltern durchgeführt wird“. ErlRV 1807 BlgNR XXIV. GP, 11 (zu § 7 Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen); und Erlass des BM für Justiz vom 31. Juli 2012 zur Frage der strafrechtlichen Relevanz der Vornahme einer Beschneidung an Knaben aus religiösen Motiven, BMJ-S120.001/0003-IV/2012, Punkt 2.10.

den gegebenen Verhältnissen nicht anzunehmen.⁵⁴⁸ Auch ist den Protokollen zu den parlamentarischen Debatten klar zu entnehmen, dass das Kinderkopftuch in Kindergärten und an Grundschulen in der Praxis kein Problem darstellt und die gesetzgebende Instanz vielmehr ein Symbol setzen wollte.⁵⁴⁹ Auch *Lienbacher* gelangt vor dem Hintergrund der österreichischen verfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Religionsfreiheit sehr klar zu dem Ergebnis, dass „[a]usgehend von der engen Möglichkeit von Beschränkungen der Kultusfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und wegen der guten Sitten sowie unter Berücksichtigung des Gebotes der weltanschaulichen Neutralität des Staates [...] ein ‚Kopftuchverbot‘ nicht als verfassungskonform angesehen werden [kann]“⁵⁵⁰. Zumal das Tragen einer Kopfbedeckung allein, sei dies nun ein Kopftuch, eine Kippa oder eine Ordenstracht (wie das Schulkreuz auch), nicht als aktives Werben für die betreffende Religion gewertet werden kann und niemand vor der Konfrontation mit religiösen Symbolen geschützt ist.⁵⁵¹

Am ehesten zu vergleichen sind die diesbezüglichen österreichischen Verhältnisse mit jenen in Deutschland, womit der Beschluss des BVerfG in Sachen ‚Kopftuch und Lehrende‘⁵⁵² für Österreich richtungsweisend sein sollte.⁵⁵³ Das BVerfG differenzierte und argumentierte in diesem Beschluss sehr genau und in lehrbuchmäßiger Weise. Es erachtete das pauschale Verbot vor dem Hintergrund des konkreten nationalen und lokalen Kontextes für nicht notwendig und für unverhältnismäßig, da eine konkrete Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität bzw eine substantielle Konfliktlage nicht gegeben sind. Und selbst wenn eine substantielle Konfliktlage an einer bestimmten Schule oder in einem bestimmten Schulbezirk bestünde, so rechtfertigt dies noch nicht ein bundesweites Verbot des Tragens von religiösen

⁵⁴⁸ *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (660) mit Nachweisen auf Literaturmeinungen, die die Zulässigkeit eines Kopftuchverbots für Schülerinnen verneinen.

⁵⁴⁹ Vgl Kapitel 3.1.3 (Kindergärten) und 3.2.3 (Grundschulen).

⁵⁵⁰ *Lienbacher*, Religiöse Rechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 12 Rn 39 mit weiteren Nachweisen. Aus der jüngeren Literatur sei ergänzt um *Palmstorfer*, der im Zuge der Diskussion um das Schulkreuz unbeirrt festhält, dass Regelungen, die das Tragen eines religiösen Symbols am Körper der Schülerinnen und Schüler untersagt, „zweifellos“ als Eingriff in die Religionsfreiheit zu werten wäre; vgl *Palmstorfer*, Das Schulkreuz aus grundrechtlicher Perspektive, JRP 2013, 173 (181).

⁵⁵¹ Vgl *Lienbacher*, Religiöse Rechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 12 Rn 40 f. IdS aber auch *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (658).

⁵⁵² Verbundene Rechtssachen BVerfG 27.01.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn 101.

⁵⁵³ IdS auch *Ennöckl*, der die die Argumentation des BVerfG als „überzeugend“ und „auf Österreich übertragbar“ erachtet; siehe *Ennöckl*, "Nun sag, wie hast du's mit der Religion?" ZfV 2016, 395 (399).

Kopfbedeckungen in staatlichen Bildungseinrichtungen. Auch berücksichtigte das BVerfG die Besonderheiten der verschiedenen Religionen und formulierte selbst dort sehr behutsam, wenn es von einem „nachvollziehbar als verpflichtend empfundenen religiösen Bedeckungsgebot“⁵⁵⁴ spricht und die Entscheidung darüber der einzelnen Person überlässt.

Darüber hinaus präzisiert das BVerfG, dass die dem (säkularen) Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen sei, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung.⁵⁵⁵ In diesem Sinne argumentiert auch *Bielefeldt*, der festhält, dass die religiös-weltanschauliche Neutralität es gerade nicht rechtfertige, von Staats wegen religionsfreie Räume zu schaffen und zB die öffentliche Schule generell von der Präsenz des Religiösen freizuhalten. Vielmehr stehe das Prinzip der staatlichen Neutralität und des Säkularismus, recht verstanden, auch im Dienst der Religionsfreiheit.⁵⁵⁶

Kurzum, will ein ‚Kopftuchverbot‘ an Österreichs Schulen erreicht werden, müssten – so auch die *Conclusio* bei *Silvia Ulrich* – „sämtliche religiöse Bekleidungskonventionen [...] und auch staatlich angebrachte Symbole wie das Schulkreuz untersagt werden“⁵⁵⁷. Damit müsste sich Österreich zuerst seines Vertrages mit dem Heiligen Stuhl zur Regelung von mit dem Schulwesen zusammenhängenden Fragen⁵⁵⁸ entledigen. Hierzu böte sich übrigens Art 140a B-VG an.⁵⁵⁹ Alsdann müsste es auf gesetzlichem Wege eine Laizierung der Schulen und Universitäten vornehmen. Das ist möglich – aber aktuell nicht sehr wahrscheinlich. Zumal, wie *Ulrich* moniert, die Verwirklichung einer derart strikten schulischen Neutralität das Verhältnis von Schule und Kirche wohl so weit tangieren wird, dass die gesetzliche Bestimmung nach Art 14 Abs 10 B-VG mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden müsste.⁵⁶⁰

⁵⁵⁴ Verbundene Rechtssachen BVerfG 27.01.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn 113.

⁵⁵⁵ Verbundene Rechtssachen BVerfG 27.01.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, Rn 110.

⁵⁵⁶ *Bielefeldt*, Die Religionsfreiheit, in: *Karl* (Hg), Religionsfreiheit im Zeichen der Globalisierung und Multikulturalität (2013) 3 (22).

⁵⁵⁷ *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (656).

⁵⁵⁸ BGBl 273/1962 idF BGBl 289/1972.

⁵⁵⁹ So auch *Kneihs/Rill*, Kreuze in Kindergärten, JRP 2013, 163 (171).

⁵⁶⁰ *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich/Schnedl/Pirstner-Ebner* (Hg), Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft (2007) 633 (656). Gem Art 14 Abs 10 B-VG können in den Angelegenheiten des Verhältnisses der Schule und Kirchen Bundesgesetze vom Nationalrat nur mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden. Das Gleiche gilt für die Genehmigung der in vorstehenden Angelegenheiten abgeschlossenen Staatsverträge (iSd Art 50 B-VG).

Bleibt noch die heikle Frage, ob die österreichischen Kopftuchverbote für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen ausreichend ‚verhüllt‘ sind, um vor dem EGMR bestehen zu können. Denn dem Gesetzeswortlaut selbst, wonach Kindern „das Tragen weltanschaulich oder religiös geprägter Bekleidung, mit der eine Verhüllung des Hauptes verbunden ist“, untersagt wird, ist nicht zu entnehmen, dass spezifisch ein Kopftuchverbot verhängt wurde. Dies ergibt sich erst aus den Materialien, welchen klar zu entnehmen ist, dass es sich um nichts anderes handelt als um ein Kopftuchverbot für muslimische Mädchen, was durch die Feststellung erreicht wird, dass hierunter lediglich Bekleidung fällt, die das gesamte Haupthaar oder große Teile dessen verhüllt, womit, so der Bericht des Unterrichtsausschusses ganz ausdrücklich, die jüdische Kippa und auch die Patka der Sikhs nicht unter diese Regelung fallen.⁵⁶¹

Das gesetzliche Verbot macht vielleicht den Fehler, ausdrücklich auf „weltanschaulich und religiös geprägte Bekleidung“ Bezug zu nehmen und nicht einfach sämtliche Kopfbedeckungen (aus welchen Gründen auch immer) zu verbieten. Denn soweit es um religiöse Symbole geht, kann damit auch das Kreuz in Kindergärten und Schulen nicht mehr vorgeführt werden. Auch stellt sich die Frage, warum sich die „Bekleidung“ im gleichen Satz zu „Kopfbedeckungen“ (die das Haupt verhüllen) verwandelt. Denn damit werden indirekt Kinder, die Konfessionen angehören, in welchen religiöse Kopfbedeckungen üblich sind, gegenüber Kindern, die Konfessionen angehören, in welchen andere Symbole als Kopfbedeckungen üblich sind, benachteiligt. Das französische Verbot⁵⁶² ist in dieser Hinsicht konsistenter und verbietet generell das Tragen auffälliger Symbole oder Kleidungsstücke religiöser Zugehörigkeit durch Schülerinnen und Schüler an öffentlichen Schulen. Die Schulkreuz-Problematik stellt sich im laizistischen Frankreich sowieso nicht.

Als größtes Hindernis entpuppt sich mithin das Kreuz, dessen Anbringung in öffentlichen Schulen, an denen die Mehrzahl der Schüler*innen einem christlichen Religionsbekenntnis angehört, nach § 2b Abs 1 Religionsunterrichtsgesetz verpflichtend ist. In der Rechtssache Lautsi gegen Italien akzeptierte die Große Kammer des EGMR die verpflichtende Anordnung, in Klassenzimmern Kreuze anzubringen und argumentierte, dass hierdurch zwar der Mehrheitsreligion überwiegende Sichtbarkeit in der schulischen Umgebung verliehen werde, jedoch die schulische Umgebung in Italien auch für andere Religionen offen sei und nichts darauf hindeute, dass die Behörden intolerant gegenüber anders- oder nichtgläubigen

⁵⁶¹ Bericht des Unterrichtsausschusses AB 612 BlgNR XXVI. GP, 3; hierzu Kapitel 3.2.2.

⁵⁶² Vgl Kapitel 3.4.2.2.3.

Schülerinnen und Schülern wären.⁵⁶³ Das verhält sich in Österreich anders – wozu es lediglich eines kurzen Blicks in die Gesetzgebungsmaterialien bedarf.

4 Verbote des Tragens von religiösen Symbolen am Arbeitsplatz

In diesem Kapitel steht die Zulässigkeit von Verboten, am Arbeitsplatz religiöse Kopfbedeckungen oder andere religiöse oder weltanschauliche Symbole zu tragen, auf dem Prüfstand. Generelle gesetzliche Regelungen, die spezifisch das Tragen von religiösen Symbolen am Arbeitsplatz verbieten oder solche Verbote ausdrücklich gestatten würden, bestehen in Österreich bislang nicht,⁵⁶⁴ womit unmittelbar mit der Analyse der einschlägigen Rechtsprechung begonnen werden kann.

Für die Rechtsprechungsanalyse wird in die zwei Bereiche ‚Staatsdienst‘ (außer Lehrende, die im Kapitel 3.4.2.1 mitabgehandelt wurden) und ‚privatrechtliche Arbeitsverhältnisse‘ getrennt. Für den Bereich ‚Staatsdienst‘ wird neben der Analyse der relevanten Rechtsprechung des EGMR auch die prominente, im Jahr 2017 ergangene Entscheidung des deutschen BVerfG betreffend das Tragen von religiösen Symbolen im Rechtsreferendariat⁵⁶⁵ abgehandelt. Nationale Rechtsprechung zum Tragen religiöser Symbole im Staatsdienst liegt bislang nicht vor. Im Bereich ‚privatrechtliche Arbeitsverhältnisse‘ wird die einschlägige Rechtsprechung des EGMR, des EuGH und des österreichischen OGH aufgearbeitet.

⁵⁶³ EGMR 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi gg Italien) Rn 71 und 74; hierzu Kapitel 2.3.3.1.

⁵⁶⁴ Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass bei Arbeitsverhältnissen innerhalb von Kirchen und anderen nicht-kirchlichen Tendenzbetrieben gem § 20 GIBG (der sich auf eine entsprechende Ermächtigung in Art 4 Abs 2 der Richtlinie 2000/78/EG stützt) Besonderes gilt. Auf Grundlage dieser ‚Kirchenklausel‘, die bestimmt, dass keine Diskriminierung in Bezug auf die berufliche Tätigkeit vorliegt, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt, können Kirchen und sonstige Tendenzbetriebe bei der Einstellung, der Beschäftigung wie auch bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen spezifische Loyalitätsbindungen und -pflichten erwarten und durchsetzen, ohne dass ihnen deswegen eine Diskriminierung vorgeworfen werden könnte; vgl *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (258).

⁵⁶⁵ BVerfG 27.06.2017, 2 BvR 1333/17.

4.1 Staatsdienst (außer Lehrende)

4.1.1 Einschlägige Rechtsprechung des EGMR

Mit den Urteilen in den Rechtssachen Shirley Chaplin gegen Vereinigtes Königreich⁵⁶⁶ und Ebrahimian gegen Frankreich⁵⁶⁷ liegen zwei richtungsweisende Entscheidungen hinsichtlich des Tragens von religiösen Symbolen im Staatsdienst vor.

In der Rechtssache Shirley Chaplin gegen Vereinigtes Königreich⁵⁶⁸ führte eine Krankenschwester, die in einem staatlichen Krankenhaus tätig war, Beschwerde. Streitgegenständlich war ihre Halskette mit Kreuzanhänger, wobei hinzuzufügen ist, dass dem Pflegepersonal des Krankenhauses das Tragen von Halsketten generell (also unabhängig davon, ob ein religiöses Symbol damit verbunden ist) verboten war, um Infektionen vorzubeugen bzw. um Verletzungen des Personals durch verwirrte zu Pflegende möglichst zu vermeiden. Der EGMR erachtete das Verbot mit der Begründung, dass der Schutz der Gesundheit und Sicherheit in einem Krankenhaus mehr wiege als das Interesse der Beschwerdeführerin an der sichtbaren Bekundung ihres Glaubens, als mit Art 9 EMRK vereinbar. Auch liege keine Verletzung von Art 14 (Verbot der Benachteiligung) iVm Art 9 EMRK vor, da auch andere Pflegebedienstete (unterschiedlicher Glaubensrichtungen) aufgefordert worden waren, auf Schmuck, sei er traditionell oder religiös, zu verzichten. In dieser Rechtssache wird sehr deutlich, dass der EGMR ein generelles Verbot des Tragens von religiösen Symbolen für Staatsbedienstete ausschließt und für jeden konkreten Einzelfall eine sachliche Rechtfertigung des Eingriffs verlangt.

Die zweite Rechtssache, Ebrahimian gegen Frankreich,⁵⁶⁹ wurde im Zusammenhang mit dem Entschließungsantrag der FPÖ betreffend ein „Kopftuchverbot“⁵⁷⁰ bereits angesprochen. Gegenstand dieser Beschwerde war die Ablehnung der Verlängerung eines (öffentlich-rechtlichen) Dienstvertrages einer Krankenhausmitarbeiterin aufgrund ihrer Weigerung, ihr (muslimisches) Kopftuch im Dienst abzunehmen. Hierzu stellte der EGMR fest, dass im konkreten Fall kein Verstoß gegen Art 9 EMRK vorliege, begründete dies aber mit dem in Art 1 der französischen Verfassung verankerten Prinzip der Laizität des Staates und dem

⁵⁶⁶ Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich).

⁵⁶⁷ EGMR 26.11.2015, 64846/11 (Ebrahimian gg Frankreich).

⁵⁶⁸ Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich).

⁵⁶⁹ EGMR 26.11.2015, 64846/11 (Ebrahimian gg Frankreich).

⁵⁷⁰ Entschließungsantrag 858/UEA XXV. GP; vgl Kapitel 2.1.2.2.

daraus abgeleiteten Prinzip der Neutralität des öffentlichen Dienstes, wonach es Staatsbediensteten nicht gestattet ist, im Zuge der Ausübung ihres Dienstes ihren religiösen Glauben zu bekunden.⁵⁷¹

Damit erstreckte der EGMR seine Rechtsprechung, wonach sich die Staaten auf die Prinzipien der Laizität und Neutralität berufen dürfen, um Einschränkungen betreffend das Tragen religiöser Kleidungsstücke für öffentlich Bedienstete zu rechtfertigen, die er im Zusammenhang mit Lehrenden an öffentlichen Einrichtungen entwickelte, auch auf den öffentlichen Spitalsdienst.⁵⁷² Dies, da die von der Spitalsleitung verlangte konfessionelle Neutralität darauf abziele, dass alle, die diese Einrichtung nutzen, ohne Unterschied der Religion gleiche Behandlung erfahren und kein Anlass zu Zweifel an der Unparteilichkeit der Bediensteten gegeben wird.⁵⁷³

Zudem sei auf das derzeit beim EGMR anhängige Verfahren Nilgün Türk gegen Deutschland⁵⁷⁴ aufmerksam gemacht, das im Auge zu behalten ist, da es dem EGMR Gelegenheit geben könnte, seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Verboten des Tragens religiöser Symbole am Arbeitsplatz weiter auszudifferenzieren. Antragstellerin in diesem Verfahren ist eine Krankenschwester, die in einem privaten evangelischen Krankenhaus tätig war. Ihre Weiterbeschäftigung wurde abgelehnt, als sie ihrem Arbeitgeber mitteilte, aus religiösen Gründen während der Arbeitszeit ein muslimisches Kopftuch tragen zu wollen. Sie macht geltend, in ihrer von Art 9 EMRK garantierten Religionsfreiheit verletzt zu sein.

4.1.2 *Einschlägige Rechtsprechung des deutschen BVerfG: Rechtsreferendariat*

In diesem Zusammenhang sei auch auf einen höchst umstrittenen⁵⁷⁵ Beschluss des deutschen BVerfG⁵⁷⁶ betreffend das Tragen von religiösen Symbolen im Rechtsreferendariat hingewiesen. Beschwerdeführerin war eine Rechtsreferendarin, welcher untersagt worden war, mit ihrem aus religiösen Gründen getragenen Kopftuch bei Verhandlungen im Gerichtssaal auf der Richterbank zu sitzen, Sitzungsleitungen oder Beweisaufnahmen durchzuführen etc. Im Hintergrund stand ein Erlass des Hessischen Ministeriums der Justiz, der das Tragen von

⁵⁷¹ EGMR 26.11.2015, 64846/11 (Ebrahimian gg Frankreich) Rn 64 ff.

⁵⁷² EGMR 26.11.2015, 64846/11 (Ebrahimian gg Frankreich) Rn 64.

⁵⁷³ EGMR 26.11.2015, 64846/11 (Ebrahimian gg Frankreich) Rn 53 und 64.

⁵⁷⁴ Antrag 61347/16, eingebracht am 18.10.2016, mitgeteilt am 12.09.2018. Zum Stand des Verfahrens siehe <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186735>.

⁵⁷⁵ Zur (kritischen) Diskussion in Deutschland vgl insb *Mangold*, Für sichtbare demokratische Vielfalt in deutschen Gerichten! djbZ 1/2018, 10; *Schwanenflug von/Szczerbak*, Das Tragen eines Kopftuches im Lichte des Neutralitätsgebots im Öffentlichen Dienst, NVwZ 2018, 441; sowie die Beiträge in der djbZ 1/2018, 1 ff zum Fokusthema „Kopftuch der Richterinnen und Rechtsreferendarinnen“.

⁵⁷⁶ BVerfG 27.06.2017, 2 BvR 1333/17.

„Kleidungsstücke[n], Symbole[n] oder andere[n] Merkmale[n] [...], die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden“⁵⁷⁷, im juristischen Vorbereitungsdienst untersagte.

Fraglich ist, wie der EGMR diese Sachlage einschätzen würde. Für Richterinnen und Richter würde der EGMR eine solche Neutralitätspflicht mit Blick auf die Neutralität der Justiz sehr wahrscheinlich befürworten. Zwar steht der EGMR generellen Verboten des Tragens von religiösen Symbolen sehr kritisch gegenüber und prüft die sachliche Rechtfertigung in jeden Einzelfall sehr genau,⁵⁷⁸ jedoch wird er – ist er doch selbst Gericht und darüber hinaus Wächter des Rechts auf ein unparteiisches Verfahren (Art 6 EMRK) – der Neutralität der Justiz wohl eine sehr hohe Bedeutung beimessen und als sachliche Rechtfertigung für ein Verbot des Tragens von religiösen Symbolen bei Ausübung des Richteramts akzeptieren.

Ein pauschales Verbot des Tragens von religiösen Symbolen für Auszubildende im Rechtsreferendariat, das zur Erreichung des zweiten juristischen Staatsexamens absolviert werden muss, würde aber – zumindest solange die auszubildende Person nicht in Amt und Würden auftritt und beispielsweise am Richtertisch sitzt – eher doch an der Notwendigkeit des Eingriffs scheitern. Auch sei erinnert, dass der EGMR in den Rechtssachen Hamidović gegen Bosnien und Herzegowina (2017)⁵⁷⁹ und Lachiri gegen Belgien (2018)⁵⁸⁰ im Hinblick auf die Weisung des Gerichts, die muslimische ‚Kappe‘ oder das ‚muslimische Kopftuch‘⁵⁸¹ im Gerichtssaal abzunehmen, die Notwendigkeit des Eingriffs verneinte.

Genau hier setzte das BVerfG auch an und erörterte, dass das Verbot in zeitlicher wie örtlicher Hinsicht begrenzt sei und etwa den Zeitraum einer mündlichen Verhandlung und das Platznehmen hinter der Richterbank umfasse, die übrigen, weit überwiegenden Ausbildungsinhalte hingegen unberührt blieben; zudem werde die Beschwerdeführerin nicht gezwungen, ihr Kopftuch abzunehmen, sie könne vielmehr den gerichtlichen Verhandlungen im Zuschauerbereich des Gerichtssaals folgen.⁵⁸² Das Verbot ist somit auf Tätigkeiten beschränkt, in welchen die Auszubildenden „als Repräsentanten staatlicher Gewalt auftreten und als solche wahrgenommen werden“⁵⁸³. Damit – und mit dem Hinweis, dass es

⁵⁷⁷ Erlass „Neutralitätspflicht im juristischen Vorbereitungsdienst“ vom 28.06.2007, 2220-V/A3-2007/6920-V.

⁵⁷⁸ Vgl Kapitel 4.1.1.

⁵⁷⁹ EGMR 05.12.2017, 57792/15 (Hamidović gg Bosnien und Herzegowina).

⁵⁸⁰ EGMR 18.09.2018, 3413/09 (Lachiri gg Belgien).

⁵⁸¹ Vgl Kapitel 3.4.1.

⁵⁸² BVerfG 27.06.2017, 2 BvR 1333/17 Rn 44 f.

⁵⁸³ BVerfG 27.06.2017, 2 BvR 1333/17 Rn 50.

nachvollziehbar erscheine, „wenn sich Prozessbeteiligte in ihrem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG [*Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses*] verletzt fühlen, wenn sie dem für sie unausweichlichen Zwang ausgesetzt werden, einen Rechtsstreit unter der Beteiligung von Repräsentanten des Staates zu führen, die ihre religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen erkennbar nach außen tragen“ – lehnte das BVerfG den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab.⁵⁸⁴

Erst kürzlich, mit Beschluss vom 14. Jänner 2020, bestätigte das BVerfG diese Rechtsansicht. Den Anlass gab die Verfassungsbeschwerde genau jener Rechtsreferendarin, deren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung es abgelehnt hatte und die hiernach Verfassungsbeschwerde gegen die an sie gerichtete Untersagung, während bestimmter Ausbildungsabschnitte ein Kopftuch zu tragen, führte. Auch hier hob das BVerfG hervor, dass für die Verfassungsmäßigkeit des streitgegenständlichen Verbots spreche, dass sich das Verbot auf wenige einzelne Tätigkeiten beschränkt, die einen vergleichsweise kurzen Zeitraum der Ausbildungsdauer umfassen⁵⁸⁵ und nur gilt, „soweit Referendare mit richterlichen Aufgaben betraut werden, bei der Wahrnehmung des staatsanwaltschaftlichen Sitzungsdienstes und bei der Übernahme justizähnlicher Funktionen wie hier der Leitung einer Anhörungsausschusssitzung während der Verwaltungsstation“⁵⁸⁶.

4.1.3 Resümee

Auch das Urteil des EGMR in der Rechtssache Ebrahimian gegen Frankreich⁵⁸⁷ kann nicht unesehen auf nicht-laizistische Staaten übertragen werden.⁵⁸⁸ Zudem ist zu beachten, dass der EGMR selbst laizistischen Staaten keine ‚Freigabe‘ für ein generelles Verbot des Tragens von religiösen Symbolen im öffentlichen Dienst erteilt, sondern – wenngleich er hier das Prinzip der Laizität als anleitendes Argument führt – in jedem Einzelfall erneut die Legitimität und Notwendigkeit des Eingriffs prüft. Damit hält sich der EGMR selbst im Hinblick auf laizistische Staaten offen, in Fällen, in welchen die öffentlich Bediensteten nicht in so engen Kontakt mit den Nutzenden der jeweiligen Einrichtung treten, wie dies bei Lehrenden oder bei

⁵⁸⁴ BVerfG 27.06.2017, 2 BvR 1333/17 Rn 53.

⁵⁸⁵ BVerfG 14.01.2020, 2 BvR 1333/17 Rn 104 und 105.

⁵⁸⁶ BVerfG 14.01.2020, 2 BvR 1333/17 Rn 104.

⁵⁸⁷ EGMR 26.11.2015, 64846/11 (Ebrahimian gg Frankreich).

⁵⁸⁸ Darauf hinweisend, dass die Urteile des EGMR zu Verboten des Tragens des islamischen Kopftuchs im öffentlichen Dienst, die vor dem Hintergrund laizistischer Staaten getroffen wurden, nicht auf das säkulare Österreich übertragen werden können, auch die „Stellungnahme zu einem Kopftuchverbot im öffentlichen Dienst“ der Antidiskriminierungsstelle Steiermark vom 31.01.2017, zugänglich unter: <http://antidiskriminierungsstelle.steiermark.at/cms/beitrag/12563361/135494057>. IdS auch *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (255).

Pflegepersonal der Fall ist, oder wenn ein persönlicher Parteienkontakt gar nicht erst besteht, die Notwendigkeit des Eingriffs zu verneinen.

Zwar gelangte der EGMR auch in der Rechtssache Shirley Chaplin gegen Vereinigtes Königreich⁵⁸⁹ zu dem Ergebnis, dass der Eingriff in die Religionsfreiheit gerechtfertigt ist, die Argumentation ist hier jedoch eine gänzlich andere. Es ist zuzustimmen, dass Kopfbedeckungen oder Schmuck, seien sie religiös motiviert oder nicht, je nach Art der Tätigkeit eine Verletzungsgefahr oder ein Hygienierisiko etc auslösen und diesfalls eine sachliche Rechtfertigung für den Eingriff in die Religionsfreiheit bilden können.⁵⁹⁰ Ein pauschales Verbot des Tragens von religiösen Symbolen im öffentlichen Dienst scheidet aber aus, es bedarf vielmehr einer sachlichen Rechtfertigung entlang der jeweils ausgeübten Tätigkeit. Dies ganz unabhängig davon, ob es sich um ein gesetzliches Verbot oder eine generelle oder individuelle Weisung von Vorgesetzten handelt; das Verbot ist stets am Gesetzesvorbehalt des Art 9 Abs 2 EMRK zu messen.⁵⁹¹ Für das Weitere sei auf die obigen Ausführungen zur Zulässigkeit eines Verbotes von religiösen Kopfbedeckungen an staatlichen Bildungseinrichtungen verwiesen.⁵⁹²

Die Beschlüsse des deutschen BVerfG betreffend das Rechtsreferendariat stehen im Grunde mit der Argumentation des EGMR im Einklang. Zwar kann hier nicht die Laizität des Staates, doch aber die vom Gericht einzufordernde Neutralität der Justiz ins Feld geführt werden. Zumal sich das beanstandete Verbot auf das zu rechtfertigende „Notwendige“, die Repräsentation des Gerichts, zu beschränken scheint und der Beschwerdeführerin die Ausbildung nicht verwehrt worden war, sondern ein Weg gefunden wurde, wenngleich unter Einschränkungen, das Referendariat – ohne das Kopftuch abnehmen zu müssen – zu absolvieren.⁵⁹³ Gleiches muss dann aber auch für religiöse (oder geistesgeschichtliche oder weltanschauliche) Symbole gelten, die etwa an der Wand hinter dem Richtertisch angebracht sind oder auf dem Richtertisch

⁵⁸⁹ Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich).

⁵⁹⁰ So auch *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (256, 258).

⁵⁹¹ So auch *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (258).

⁵⁹² Vgl Kapitel 3.4.3. Ferner sei hingewiesen auf Art 3 StGG, demzufolge „die öffentlichen Ämter [...] für alle Staatsbürger gleich zugänglich“ zu sein haben; sowie Art 66 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain, demzufolge alle „österreichischen Staatsangehörigen“ ohne Unterschiede in Religion, Glauben oder Bekenntnis zu öffentlichen Ämtern und Würden oder bei den verschiedenen Berufs- und Erwerbstätigkeiten zuzulassen sind. Diese Bestimmungen betreffen allerdings nur die Zugänglichkeit zu öffentlichen Ämtern, nicht etwa auch die Aberkennung bzw Beendigung eines solchen Amtes; vgl *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1 (2014) § 14 Rn 92.

⁵⁹³ Der Neutralität des Staates ein höheres Gewicht als der Religionsfreiheit von Amtsträgerinnen wie Richterinnen, Staatsanwältinnen oder Polizistinnen beimessend (nicht so für die religiös konnotierte Bekleidung einer Lehrerin, soweit nicht versucht wird, die Schülerinnen und Schüler direkt religiös zu beeinflussen) *Ennöckl*, "Nun sag, wie hast du's mit der Religion?" ZfV 2016, 395 (399).

präsentiert werden – sie wären ebenso zu entfernen. Tatsächlich mag es einer Person, die vor Gericht steht, etwas unbehaglich werden, wenn das Gericht eine Bischofsmütze, eine Spitzmütze oder einen Turban trägt. Ein Kopftuch hat eine solche Vorgeschichte aber eigentlich gar nicht. Ganz grundsätzlich ist, wie *Anna Katharina Mangold* dies (mit Hinweis auf den Verfassungsrichter *Ernst-Wolfgang Böckenförde*) auch tut, in Frage zu stellen, warum „eine gläubige Muslima als nicht neutral eingeordnet [wird], ein gläubiger Katholik hingegen sehr wohl“⁵⁹⁴. Insoweit wäre ein „offenes, zugewandtes, pluralistisches Neutralitätsverständnis“⁵⁹⁵ zu befürworten, damit ist in Anbetracht der (rechts-)politischen Lage in Österreich aber eher nicht zu rechnen.

Außerhalb dieser konkreten Entscheidung ist bei der Übertragung der Rechtsprechung des deutschen BVerfG zum Tragen von religiösen Symbolen im öffentlichen Dienst auf Österreich jedoch durchaus Vorsicht geboten – denn in Deutschland ist die staatliche Neutralitätspflicht im öffentlichen Dienst stärker ausgeprägt.⁵⁹⁶ Wie *Holzleithner* aufmerksam macht, wird das Neutralitätsgebot für bestimmte Bereiche des öffentlichen Dienstes im Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 jedoch bereits ausbuchstabiert.⁵⁹⁷ Denn dort steht zu lesen: „Der Staat ist verpflichtet, weltanschaulich und religiös neutral aufzutreten. In den jeweiligen Ressorts wird bei uniformierten ExekutivbeamtenInnen sowie RichterInnen und StaatsanwältInnen darauf geachtet, dass bei Ausübung des Dienstes dieses Neutralitätsgebot gewahrt wird“⁵⁹⁸.

Fraglich ist allerdings, ob sich hierin eine stärkere Trennung von Kirche und Staat andeutet, denn diese Maßnahme steht (genauso wie das Vollverschleierungsverbot auch)⁵⁹⁹ unter dem Titel der „Integration“⁶⁰⁰ und dürfte daher eher nur das Verbot „fremdartiger“ religiöser Symbole im Sinne haben.

⁵⁹⁴ *Mangold*, Für sichtbare demokratische Vielfalt in deutschen Gerichten! djbZ 1/2018, 10 (12). Zur sehr kritischen Diskussion in Deutschland siehe insb auch *Schwanenflug von/Szczerbak*, Das Tragen eines Kopftuches im Lichte des Neutralitätsgebots im Öffentlichen Dienst, NVwZ 2018, 441; sowie die Beiträge in der djbZ 1/2018, 1 ff zum Fokusthema „Kopftuch der Richterin und Rechtsreferendarin“.

⁵⁹⁵ *Mangold*, Für sichtbare demokratische Vielfalt in deutschen Gerichten! djbZ 1/2018, 10 (12).

⁵⁹⁶ So auch *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (255). Für einen kompakten Überblick zu den staatlichen Neutralitätspflichten im öffentlichen Dienst siehe zB *Hailbrunner*, Der öffentliche Dienst als „pouvoir neutre“. ZaöRV 69/2009, 267.

⁵⁹⁷ *Holzleithner*, Mühen der Ebene, in: *Bargetz/Kreisky/Ludwig*, Dauerkämpfe (2017) 55 (57).

⁵⁹⁸ Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 „Für Österreich“, Jänner 2017, 27.

⁵⁹⁹ Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 „Für Österreich“, Jänner 2017, 26.

⁶⁰⁰ Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 „Für Österreich“, Jänner 2017, 25 (Punkt 4.5. Integration).

4.2 *Privatrechtliches Arbeitsverhältnis*

4.2.1 *Einschlägige Rechtsprechung des EGMR*

Hinsichtlich des Tragens von religiösen Symbolen im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses liegt bislang nur eine einzige, dafür aber sehr klare Entscheidung des EGMR vor, die in der Rechtssache Eweida et al gegen Vereinigtes Königreich⁶⁰¹ erging. Die Beschwerdeführerin war eine Angestellte der British Airways und rügte, dass ihr das Tragen eines Kreuzes an einer Halskette während der Arbeit untersagt worden war.

Es ist vor auszuschicken, dass in Fällen, in welchen ein privates Unternehmen ein solches Verbot ausspricht, womit der Eingriff dem Staat nicht unmittelbar zugerechnet werden kann, der EGMR prüft, ob das innerstaatliche Recht die betroffene Person ausreichend schützt, also der Staat seinen positiven Verpflichtungen nachgekommen ist.⁶⁰²

Die Sachlage in der Rechtssache Eweida et al gegen Vereinigtes Königreich bedarf einer genaueren Erörterung: British Airways band das Tragen von religiösen Kleidungsstücken oder Symbolen für ihre Bediensteten an einen Genehmigungsvorbehalt. Eine solche Genehmigung war pauschal für das Tragen des Turbans für männliche Angestellte, die der Sikh-Religion angehören, wie auch für das Tragen des ‚Hidschab‘ für weibliche muslimische Angestellte erteilt worden. Die Beschwerdeführerin wurde, da sie an einem Kettchen ein Silberkreuz als Zeichen ihres Glaubens trug, mehrfach verwarnet und schließlich im September 2006 vom Dienst suspendiert. Ihr wurde mitgeteilt, dass sie, solange sie sich nicht an die Kleidervorschriften hielte, kein Gehalt bekommen würde. Im Oktober 2006 wurde der Beschwerdeführerin ein Verwaltungsposten ohne Kundenkontakt angeboten, den sie aber ablehnte. In Folge änderte British Airways ihre Praxis und gestattete mit Wirkung vom 1. Februar 2007 pauschal auch das Tragen eines Kreuzes oder eines Davidsterns im Dienst. Die Beschwerdeführerin nahm daraufhin ihre Tätigkeit wieder auf. Da British Airways sich weigerte, Ersatz für das entgangene Gehalt in der Zeit zwischen September 2006 und Februar 2007 zu leisten, wandte sich die Beschwerdeführerin nach Ausschöpfung des innerstaatlichen

⁶⁰¹ Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich). Unterstützend wurde für das Vorliegende auch die im NLMR 2013, 23 abgedruckte (verkürzte) deutsche Übersetzung herangezogen.

⁶⁰² Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2016) § 22 Rn 132.

Rechtsweges an den EGMR und behauptete eine Verletzung von Art 14 (Verbot der Benachteiligung) und Art 9 (Religionsfreiheit) EMRK.⁶⁰³

Allein aus dem Umstand, so der Hinweis des EGMR, dass das nationale Recht in diesem Zusammenhang keine spezifische positivrechtliche Bestimmung trifft (wie dies in vielen Vertragsstaaten der Fall sei), bedeute noch nicht, dass die innerstaatliche Rechtsordnung nicht ausreichend Schutz biete, denn der notwendige Schutz könnte auch dadurch gegeben sein, dass die Rechte gem Art 9 EMRK vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden können.⁶⁰⁴ Die Gerichte hätten diesfalls einen fairen Ausgleich zwischen den Interessen des Unternehmens auf Vermittlung eines bestimmten Erscheinungsbildes und jenen der Beschwerdeführerin auf Bekundung ihres Glaubens zu finden. Im konkreten Fall hätten die nationalen Gerichte aber dem Interesse der Fluglinie, ein bestimmtes „*corporate image*“ zu schützen, was an sich ein legitimes Ziel sei, in unverhältnismäßigem Maße überbewertet.⁶⁰⁵ Denn das Kreuz sei diskret gewesen und vermochte nicht vom beruflichen Erscheinungsbild der Beschwerdeführerin abzulenken; auch bestünden keine Hinweise, dass das Tragen anderer religiöser Symbole wie Turban oder Hidschab, negative Auswirkungen auf Marke oder Image des Unternehmens genommen hätte; darüber hinaus zeige die Tatsache, dass British Airways ihre diesbezüglichen Vorschriften späterhin änderte, dass das frühere Verbot für das Unternehmen nicht von eminenter Wichtigkeit („*crucial importance*“) war.⁶⁰⁶

Damit stellte der EGMR eine Verletzung von Art 9 EMRK fest, womit sich für ihn eine separate Prüfung der Beschwerde unter Art 14 EMRK erübrigte.⁶⁰⁷ Ein höchst wichtiger Punkt, der in den vielen Elementen des Sachverhalts Gefahr läuft, übersehen zu werden, ist die Tatsache, dass der EGMR eine Verletzung von Art 9 EMRK bejahte, obwohl der Beschwerdeführerin ersatzweise eine gleichdotierte Stelle im administrativen Bereich angeboten worden war.⁶⁰⁸ Ein Unternehmen kann sich somit nicht des Rechts auf Bekundung der Religion seiner Angestellten

⁶⁰³ Zum Sachverhalt vgl Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich) Rn 9 bis 17.

⁶⁰⁴ Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich) Rn 92.

⁶⁰⁵ Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich) Rn 94.

⁶⁰⁶ Ebd.

⁶⁰⁷ Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich) Rn 95.

⁶⁰⁸ Vgl Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich) Rn 12 und 93. Auf diesen Punkt aufmerksam machend auch *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (723).

entledigen, indem es eine Versetzung auf eine andere Stelle (ohne ‚Kunden- oder Parteienkontakt‘) anbietet oder vornimmt.

4.2.2 *Einschlägige Rechtsprechung des EuGH*

Auch der EuGH hatte sich bereits mit Verboten des Tragens von religiösen Symbolen zu befassen; dies in den Rechtssachen Samira Achbita gegen G4S Secure Solutions (Belgien)⁶⁰⁹ und Asma Bougnaoui gegen Micropole SA (Frankreich)⁶¹⁰. Streitgegenständlich war in beiden Fällen die Untersagung des Tragens eines islamischen Kopftuchs durch ein privates Unternehmen. Die beiden Rechtssachen unterschieden sich allerdings dahingehend, als im Fall Samira Achbita eine unternehmensinterne Regelung, die das Tragen von religiösen Symbolen generell untersagte, in Frage stand; im Fall Asma Bougnaoui hingegen ein individuell gegenüber der Beschwerdeführerin ausgesprochenes Kopftuchverbot. Die Urteile in diesen beiden Rechtssachen ergingen am gleichen Tage.

4.2.2.1 *Der rechtliche Rahmen: Die Rahmengleichbehandlungs-RL 2000/78/EG*

Die Rechtsgrundlage für die beiden Urteile des EuGH bildete die Richtlinie 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.⁶¹¹ Die Auslegung des Unionsrechts obliegt nach Art 267 AEUV dem EuGH.⁶¹²

Gem Art 1 und Art 2 Abs 1 der Richtlinie darf es in Beschäftigung und Beruf keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung geben. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz gilt gem Art 3 Abs 3 der Richtlinie für alle Personen in öffentlichen oder privaten Bereichen, also auch im Rahmen privater Arbeitsverhältnisse.⁶¹³

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nach der Definition der Richtlinie vor, wenn eine Person wegen einem der oben genannten Diskriminierungsgründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder

⁶⁰⁹ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions).

⁶¹⁰ EuGH 14.03.2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA).

⁶¹¹ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI L 303/16.

⁶¹² Vgl hierzu zB Stotz, Die Rechtsprechung des EuGH, in: *Riesenhuber* (Hg), Europäische Methodenlehre (2015) 491 (509 ff).

⁶¹³ Diese Richtlinie wurde in Österreich mit dem Gleichbehandlungsgesetz (GlBG, privatrechtliche Arbeitsverhältnisse), BGBl I 66/2004 (idF BGBl I 40/2017); dem Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GlBG, öffentlicher Dienst im Bereich des Bundes), BGBl 100/1993 (idF BGBl I 60/2018) und den Landes-Gleichbehandlungsgesetzen (öffentlicher Dienst im Bereich der Länder) umgesetzt. Ausführlich zum unionsrechtlichen und nationalen Antidiskriminierungsrecht *Greif/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 182 ff.

erfahren würde (Art 2 Abs 2 lit a). Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung etc (obige Gründe) gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können (Art 2 Abs 2 lit b); es sei denn, diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich (Art 2 Abs 2 lit b Punkt i). Im Falle einer nur mittelbaren Diskriminierung ist der Rahmen des Erlaubten somit etwas weiter gesteckt.⁶¹⁴

Darüber hinaus steht es den Mitgliedstaaten gem Art 4 Abs 1 der Richtlinie frei, vorzusehen, dass im Zusammenhang mit einem der oben genannten Diskriminierungsgründe keine Diskriminierung besteht, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Zudem ist auf Art 10 Abs 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) hinzuweisen, der unter dem Titel der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit steht und auch die Freiheit jeder Person verbürgt, ihre Religion öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht, Bräuche und Riten zu bekennen. Eine unmittelbare Berufung auf diese Bestimmung schied in den vorliegenden Rechtssachen aus, da es sich bei den beanstandeten Verboten nicht um einen Rechtsakt oder eine sonstige Maßnahme des Mitgliedstaates handelte, sondern um von privaten Unternehmen vorgegebene Regelungen. Der EuGH zog Art 10 Abs 1 GRC lediglich heran, um (in Zusammenschau mit Art 9 EMRK) den Begriff der Religion zu präzisieren – mit dem Ergebnis, dass der Begriff der Religion in der Richtlinie dahin auszulegen sei, dass er auch die Bekundung des religiösen Glaubens in der Öffentlichkeit umfasst.⁶¹⁵

4.2.2.2 *Samira Achbita gegen G4S Secure Solutions (Belgien)*

Im Fall Samira Achbita bestand eine unternehmensinterne Regel, die, wenngleich sie vom Betriebsrat erst gebilligt worden war, nachdem Frau *Achbita* insistierte, ein muslimisches Kopftuch tragen zu wollen,⁶¹⁶ es allen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern verbot, „am

⁶¹⁴ Ausführlich zur Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (708 ff); *Schmahl*, in: *Grabenwarter* (Hg), Europäischer Grundrechtsschutz (2014) § 15 (Gleichheitsgarantien) Rn 146 ff.

⁶¹⁵ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 25 bis 28; EuGH 14.03.2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA) Rn 27 bis 30.

⁶¹⁶ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 14 f.

Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen zu tragen und/oder jeglichen Ritus, der sich daraus ergibt, zum Ausdruck zu bringen“⁶¹⁷. Frau *Achbita* stand mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag als Rezeptionistin im Dienst des Unternehmens G4S Secure Solutions. Aufgrund ihrer Weigerung, auf das Kopftuch zu verzichten, wurde sie zwei Wochen nach der diesbezüglichen Anpassung der Arbeitsordnung entlassen.⁶¹⁸

Die Klägerin brachte vor dem belgischen Kassationshof vor, dass das Arbeitsgericht die Begriffe der mittel- und der unmittelbaren Diskriminierung verkannt habe, indem es davon ausgegangen sei, dass die religiöse Überzeugung, auf die sich das Verbot des Unternehmens gründe, ein neutrales Kriterium sei.⁶¹⁹ Der Kassationshof legte in Folge dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art 2 Abs 2 lit a der Richtlinie 2000/78/EG so auszulegen sei, dass das Verbot, als Muslima am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen, keine unmittelbare Diskriminierung darstellt, wenn die bestehende Regel es allen Arbeitnehmern verbietet, äußere Zeichen ihrer religiösen Überzeugung zu tragen.⁶²⁰

Die Vorlagefrage beantwortete der EuGH sehr prompt. Da die in Rede stehende interne Regel unterschiedslos für jede Bekundung religiöser Überzeugungen gelte und zumal aus den Akten nicht hervorgehe, dass diese Regel auf Frau *Achbita* anders angewandt worden wäre als auf „jeden anderen Arbeitnehmer“, sei im Ergebnis festzustellen, dass die beanstandete Regel keine unmittelbar auf der Religion oder der Weltanschauung beruhende Ungleichbehandlung im Sinne des Art 2 Abs 2 lit a der Richtlinie 2000/78/EG begründe.⁶²¹

Hiermit verkannte jedoch auch der EuGH die Begriffe der mittel- und der unmittelbaren Diskriminierung. Es wirkt auf den ersten Blick verlockend einfach, aus der Neutralität der Regel zu schließen, dass keine Benachteiligung der einen gegenüber der anderen Person vorliegen kann, werden doch alle Betroffenen gleichermaßen diskriminiert. Unmittelbar ist die Diskriminierung aber dennoch, denn die beanstandete Regel stellt (anders als jene des AGesVG, die sich noch mehr verschleierte und auf die Verhüllung des Gesichts abstellt) ausdrücklich auf sichtbare religiöse Zeichen und somit unmittelbar auf den verbotenen Diskriminierungsgrund ‚Religion‘ ab. Sie ist also selbst dem Anschein nach nicht neutral und

⁶¹⁷ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 15.

⁶¹⁸ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 16.

⁶¹⁹ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 20.

⁶²⁰ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 21.

⁶²¹ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 30 bis 32.

daher als unmittelbare Diskriminierung aufgrund von Religion zu qualifizieren,⁶²² wobei unbeachtlich ist, dass die Regel nicht zwischen verschiedenen Religionen differenziert.⁶²³ Erst eine allgemein formulierte Regel (wie jene des AGesVG), die an kein Diskriminierungsmerkmal der Richtlinie anknüpft, kann eine dem Anschein nach neutrale Vorschrift sein und gegebenenfalls ‚nur‘ eine mittelbare Diskriminierung darstellen.⁶²⁴ Es sei an dieser Stelle kurz vorgegriffen und angemerkt, dass der OGH in diesem Sinne ein an eine Notariatsangestellte gerichtetes Verbot, bei Tätigkeiten im Klientenkontakt das islamische Kopftuch zu tragen, als unmittelbare Diskriminierung einstufte.⁶²⁵

Der Umstand, auf den die Generalanwältin *Juliane Kokott* hinwies, dass die beanstandete Regel nicht nur das Tragen von religiösen, sondern auch von politischen und philosophischen Zeichen verbietet,⁶²⁶ ändert daran nichts.⁶²⁷ Damit wird der unmittelbare Eingriff lediglich ausgedehnt. Nicht zufällig steht Art 9 EMRK unter dem Titel der „Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit“, anderenfalls womöglich findig argumentiert werden könnte, dass eine muslimische Kopfbedeckung ein verbotenes, weil religiöses; ein Kreuz hingegen ein erlaubtes, weil geistesgeschichtliches Symbol sei. Kommt doch *Kokott* gar zu dem Ergebnis, dass ein

⁶²² So auch *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (704) mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Hinzugefügt seien für Österreich *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rn 36; *Kalb/Wakolbinger*, Das Kopftuch am Arbeitsplatz im Lichte der EuGH-Judikatur, JAS 2017, 154 (160 f); *Schinkele*, Der "Streit" um das islamische Kopftuch vor dem EuGH, Ecolex 2017, 739 (741); *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (269). AA *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (254); und *Kovács*, Generelles Neutralitätsgebot versus Kopftuchverbot am Arbeitsplatz, ASoK 2017, 122 (123 f, 131), die sich in ihrem früheren Beitrag *Kovács*, Kopftuchverbot am Arbeitsplatz? ASoK 2016, 440 (445) allerdings noch für eine unmittelbare Diskriminierung aussprach. Eine ähnliche Kehrtwendung nahm *Windisch-Graetz*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund von Religion und Weltanschauung am Arbeitsplatz, in: *Brünner* (Hg), Diskriminierung aus religiösen Gründen (2009) 43 (49 f), wo sie sich ausdrücklich zu der von ihr früher vertretenen Meinung abgrenzt.

⁶²³ AA *Potz*, Die Gretchenfrage an Unternehmen, JAS 2017, 257 (261 f), die daraus, dass die beanstandete Regel auch politische Zeichen verbietet, jedoch nur „Religion und Weltanschauung“ als Diskriminierungsgründe genannt sind, auf eine nur mittelbare Diskriminierung schließt; wohingegen eine Regel, die ausschließlich auf Religion und Weltanschauung abstelle, eine unmittelbare Diskriminierung darstellen würde. Eine unmittelbare Diskriminierung, verwandelt sich aber, wie *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (704) treffend anmerken, nicht dadurch in eine mittelbare Diskriminierung, dass weitere kategoriale Anknüpfungen (iS eines „Religion plus X“) erfolgen.

⁶²⁴ So *Schinkele*, Der "Streit" um das islamische Kopftuch vor dem EuGH, Ecolex 2017, 739 (741). IdS auch das von der Generalanwältin *Eleanor Sharpston* als Beispiel geführte hypothetische Neutralitätsgebot, das jedes in irgendeiner Weise die Individualität zum Ausdruck bringende Kleidungsstück (also etwa auch Fan-Shirts) verbietet – erst dann könne von einer nur mittelbaren Diskriminierung gesprochen werden; vgl die Schlussanträge der Generalanwältin *Eleanor Sharpston* vom 13.07.2016 in der Rechtssache C-188/15 (*Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA*).

⁶²⁵ OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v; hierzu noch Kapitel 4.2.3.1.

⁶²⁶ Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* vom 31.05.2016 in der Rechtssache EuGH C-157/15 (*Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions*) Rn 61 bis 63.

⁶²⁷ So auch *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (704).

Anhänger an einer Halskette „im Zweifel eher statthaft“ sei, als eine „auffällige Kopfbedeckung“ wie „ein Turban oder ein Kopftuch“⁶²⁸. Die Symbole der ‚Anderen‘ stören sie eben mehr, womit sie auch stärker ins Auge fallen. Ein solches „hierarchisierende[s] Verständnis von Neutralitätsobliegenheiten“ ist, wie *Silvia Ulrich* reklamiert, strikt abzulehnen.⁶²⁹

Auch das ebenfalls von *Kokott* vorgebrachte Argument, dass es sich mit Bekleidung nicht um unabänderliche Körpermerkmale wie Hautfarbe, Geschlecht oder Alter handelt, die nicht wie die Kopfbedeckung an der Garderobe abgegeben werden könnten,⁶³⁰ geht bereits im Ansatz fehl.⁶³¹ Darauf stellt Art 2 Abs 2 lit b der Richtlinie 2000/78/EG nicht ab, auch die grundrechtlichen Gewährleistungen hängen hiervon nicht ab, anderenfalls alle Persönlichkeitsrechte gleich bei der Tür abgegeben werden könnten. Damit in engem Zusammenhang steht das von *Kokott* geführte Argument, dass es Unternehmen freistehe, „eine bunte und diversifizierte Belegschaft zu rekrutieren“ oder sich „für eine Politik der strikten religiösen und weltanschaulichen Neutralität [zu] entscheiden“⁶³². Ganz so frei steht das dem Unternehmen in Anbetracht der Richtlinie 2000/43/EG zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft⁶³³ nicht; es kann lediglich über die unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse hinwegtäuschen, indem es Bewerbungen von Personen anderer Hautfarbe unter Vorgabe anderer Gründe ablehnt. Das ist unschön – und keine Rechtfertigung für eine Entlassung.⁶³⁴ Auch übersieht *Kokott* wohl den in Art 22 GRC verankerten (objektiv-rechtlichen) Grundsatz der Vielfalt,⁶³⁵ wonach die Union die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen zu achten hat. Zwar bindet dieser Grundsatz nur die Organe

⁶²⁸ Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* vom 31.05.2016 in der Rechtssache EuGH C-157/15 (*Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions*) Rn 45 und 118.

⁶²⁹ *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (272).

⁶³⁰ Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* vom 31.05.2016 in der Rechtssache EuGH C-157/15 (*Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions*) Rn 45 und 116.

⁶³¹ In diesem Sinne auch *Kalb/Wakolbinger*, Das Kopftuch am Arbeitsplatz im Lichte der EuGH-Judikatur, JAS 2017, 154 (159 f); *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (710 f); *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (266).

⁶³² Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* vom 31.05.2016 in der Rechtssache EuGH C-157/15 (*Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions*) Rn 76.

⁶³³ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 180/22.

⁶³⁴ Sich ausführlicher mit den Schlussanträgen auseinandersetzend *Kalb/Wakolbinger*, Das Kopftuch am Arbeitsplatz im Lichte der EuGH-Judikatur, JAS 2017, 154.

⁶³⁵ Ähnliche Zielvorgaben finden sich auch in den Verträgen; vgl insb Art 3 Abs 3 (letzter Satz) EUV (der sich allerdings auf die kulturelle und sprachliche Vielfalt beschränkt) und Art 167 Abs 1 und 4 AEUV (Wahrung des gemeinsamen kulturellen Erbes und der nationalen und regionalen Vielfalt der Kulturen).

der Union und ist umstritten, inwieweit er subjektive Rechte enthält,⁶³⁶ jedenfalls aber kommt ihm eine „die Grundrechte bestärkende“⁶³⁷ Funktion zu, die bei ihrer Auslegung zu berücksichtigen ist.⁶³⁸

Die knappe Feststellung des EuGH zur Vorlagefrage hat jedenfalls entscheidende Konsequenzen. Denn im Falle einer unmittelbaren Diskriminierung kann eine Ungleichbehandlung allenfalls über den strengen Maßstab des Art 4 Abs 1 der RL 2000/78/EG gerechtfertigt werden, im Falle der mittelbaren Diskriminierung hingegen auch über Art 2 Abs 2 lit b Punkt i, wonach dem Anschein nach neutrale Vorschriften, die Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen, zulässig sind, wenn die Regel durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Mit der (fälschlichen) Qualifikation einer betrieblichen Neutralitätsregel als mittelbare Diskriminierung schwächte der EuGH somit, wie *Silvia Ulrich* zurecht beklagt, das Antidiskriminierungsrecht ganz massiv ab.⁶³⁹

Mit der Bejahung der Vorlagefrage wäre die Rechtssache eigentlich erledigt gewesen. Der EuGH gab aber zu bedenken, dass auch das allfällige Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung zu prüfen sei, also ob die dem Anschein nach neutrale Regel dazu führt, dass Personen mit einer bestimmten Religion in besonderer Weise benachteiligt werden.⁶⁴⁰ Sodann fühlte er sich bemüht, dem vorlegenden Gericht unabhängig von der Vorlagefrage alle zur Entscheidung nützlichen Auslegungshinweise zu geben.⁶⁴¹

Hierzu erörterte der EuGH erstens, dass „der Wunsch eines Arbeitgebers, den Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln“, grundsätzlich ein rechtmäßiges Ziel sei, dies insbesondere dann, „wenn der Arbeitgeber [...] nur die Arbeitnehmer einbezieht, die mit seinen Kunden in Kontakt

⁶³⁶ So *Greif/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 63; dies klar verneinend *Schmahl*, in: *Grabenwarter* (Hg), Europäischer Grundrechtsschutz (2014) § 15 (Gleichheitsgarantien) Rn 139. Weiterführend *Baumgartner*, Grundsätze und Grundrechte der Grundrechte-Charta, in: *Feik/Winkler* (Hg), Festschrift für Walter Berka (2013) 3.

⁶³⁷ So *Schmahl*, in: *Grabenwarter* (Hg), Europäischer Grundrechtsschutz (2014) § 15 (Gleichheitsgarantien) Rn 139.

⁶³⁸ Kritisierend, dass es den Diversitätszielen der EU widerspreche, betriebliche Neutralitätsregeln im Lichte des Antidiskriminierungsrechts als legitime Unternehmensziele anzuerkennen, auch *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (269). Grundlegend *Ulrich*, Diversity Management und Antidiskriminierungsrecht, in: *Genkova/Ringeisen* (Hg), Handbuch Diversity Kompetenz. Band 1: Perspektiven und Anwendungsfelder (2016) 251.

⁶³⁹ *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (265).

⁶⁴⁰ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 34.

⁶⁴¹ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 33.

treten sollen“⁶⁴². Zur Legitimierung des Ziels verwies der EuGH auf Art 16 der GRC („Unternehmerische Freiheit“). Die Auslegung, dass die Verfolgung eines solchen Ziels innerhalb bestimmter Grenzen eine Beschränkung der Religionsfreiheit erlaube, werde „im Übrigen“ (mit Verweis auf die Rechtssache Eweida et al gegen Vereinigtes Königreich⁶⁴³) durch die Rechtsprechung des EGMR zu Art 9 EMRK bestätigt.⁶⁴⁴

Zweitens könne eine solche interne Regel nur dann als angemessen gelten, wenn die Neutralitätspolitik in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werde. Hieran schien der EuGH in Anbetracht der zeitlichen Nähe der Anpassung der Arbeitsordnung zur Entlassung der Klägerin besonders zu zweifeln und trug auf zu prüfen, ob bereits vor Entlassung der Klägerin eine allgemeine und differenzierte Politik des Verbots bestanden habe.⁶⁴⁵

Drittens müsse sich eine solche Regel auf das unbedingt Erforderliche beschränken – und dies könne vorliegend nur dann der Fall sein, wenn sich das Verbot „nur an die mit Kunden in Kontakt tretenden Arbeitnehmer [...] richtet“⁶⁴⁶. In Bezug auf die Erforderlichkeit habe das nationale Gericht zudem zu prüfen, ob es „unter Berücksichtigung der unternehmensinternen Zwänge und ohne eine zusätzliche Belastung tragen zu müssen, möglich gewesen wäre, ihr [*der Klägerin*] [...] einen Arbeitsplatz ohne Sichtkontakt mit Kunden anzubieten, statt sie zu entlassen“⁶⁴⁷. Wobei der EuGH (anders als der EGMR) mit der „Versetzungspflicht“ zugleich neue Diskriminierungsstrukturen schafft.⁶⁴⁸

Dabei übersieht der EuGH jedoch, obwohl er sich ausdrücklich darauf bezieht, dass der EGMR eben nur innerhalb bestimmter Grenzen eine Beschränkung der Religionsfreiheit erlaubt. Zwar gelangte der EGMR in der Rechtssache Eweida et al gegen Vereinigtes Königreich zu dem Ergebnis, dass das „*corporate image*“ des Unternehmens an sich ein legitimes Ziel sei; er wies jedoch zugleich darauf hin, dass das *corporate image* des Unternehmens bei der Interessenabwägung nicht unverhältnismäßig überbewertet werden dürfe.⁶⁴⁹ Wie *Andrea Potz*

⁶⁴² EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 38.

⁶⁴³ Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich).

⁶⁴⁴ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 39.

⁶⁴⁵ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 40 f.

⁶⁴⁶ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 42. Hier widersprechend, da die interne und die externe Umsetzung der Neutralitätspolitik gleich zu behandeln wären, also ein generelles Neutralitätsgebot nicht nur gegenüber Mitarbeitenden mit Kundenkontakt, sondern gegenüber allen Mitarbeitenden durchsetzbar sein sollte, *Kovács*, Generelles Neutralitätsgebot versus Kopftuchverbot am Arbeitsplatz, ASoK 2017, 122 (126).

⁶⁴⁷ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 43.

⁶⁴⁸ *So Kalb/Wakolbinger*, Das Kopftuch am Arbeitsplatz im Lichte der EuGH-Judikatur, JAS 2017, 154 (162).

⁶⁴⁹ Verbundene Rechtssachen EGMR 15.01.2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 (Eweida et al gg Vereinigtes Königreich) Rn 94.

hinweist, entspricht zudem das *corporate image* oder das *branding*, das der EGMR in der Rechtssache Eweida vor Augen hatte, nicht der vom EuGH ins Feld geführten Politik der religiösen Neutralität. In der Rechtssache Eweida et al gegen Vereinigtes Königreich ging es vielmehr um das einheitliche Erscheinungsbild, um das einheitliche, ‚gebrandete‘ Auftreten der eine Uniform tragenden Bediensteten der British Airways.⁶⁵⁰ Das scheint in der Rechtssache Samira Achbita nun aber gerade nicht der Fall gewesen zu sein, vielmehr räumt der EuGH der Unternehmensfreiheit des Art 16 GRC *per se* einen Vorrang ein und unterlässt eine Interessensabwägung, womit sein Urteil quer zu jenem in der Rechtssache Eweida et al gegen Vereinigtes Königreich steht.⁶⁵¹

Zwar ist es korrekt, wie der EuGH hinweist, dass sich ein Verbot religiöser Symbole auf das Notwendige zu beschränken hat. Anders als der EuGH erachtet der EGMR aber nicht bereits den Kundenkontakt oder Kundensichtkontakt als Rechtfertigung für einen Eingriff in die Religionsfreiheit für ausreichend. Nach Rechtsansicht des EGMR kann eine Rechtfertigung allenfalls dann gefunden werden, wenn das Verbot religiöser Symbole in Relation zum Eingriff in die Religionsfreiheit für das Unternehmen von eminenter Wichtigkeit ist – was der EGMR für die British Airways verneinte. Dabei erachtete der EGMR selbst das Angebot der Versetzung auf eine Position ohne Kundenkontakt nicht als ausreichend, um den Eingriff zu rechtfertigen.

Der EuGH nimmt demgegenüber eine Rechtfertigung schon dann an, wenn Kundensichtkontakt gegeben ist und eine Versetzung aus „unternehmensinternen Zwänge[n]“ oder „ohne eine zusätzliche Belastung“ nicht möglich ist⁶⁵² und lässt es mithin für die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme genügen, wenn der betroffenen Person ersatzweise ein Arbeitsplatz angeboten wird,

⁶⁵⁰ Potz, Die Gretchenfrage an Unternehmen, JAS 2017, 257 (260 f).

⁶⁵¹ So auch Ulrich, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: Feigl/Konstatzky (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (270).

⁶⁵² Die Abweichung des EuGH von der Rechtsmeinung des EGMR in der Rechtssache Eweida et al gg Vereinigtes Königreich kritisierend Mangold/Payandeh, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (723); Ulrich, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: Feigl/Konstatzky (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (271). Kovács, Generelles Neutralitätsgebot versus Kopftuchverbot am Arbeitsplatz, ASoK 2017, 122 (128) gelangt zu dem Ergebnis, dass, da der EuGH die Argumente des EGMR nicht berücksichtigte, das zulässige Maß der Einschränkung der Religionsfreiheit für Art 10 der GRC ungeklärt bleibe. Wie der EuGH in selbiger Rechtssache selbst (Rn 27) festhielt, kommt nach Art 52 Abs 3 GRC der Religionsfreiheit des Art 10 Abs 1 GRC und jener des Art 9 EMRK die gleiche Bedeutung und Tragweite zu und steht es der Union lediglich frei, einen weitergehenden Schutz zu gewähren. Auch ist Frankreich Vertragsstaat der EMRK.

auf dem sie ‚unsichtbar‘ ist und nicht ‚stört‘. Es fällt schwer, in der „Eliminierung der Sichtbarkeit“⁶⁵³ bzw in der Zumutung der Unsichtbarkeit⁶⁵⁴ keine Diskriminierung zu sehen.

Es bedürfte somit in Abgrenzung zur Rechtssache Eweida et al gegen Vereinigtes Königreich einer sachlichen Begründung, warum im konkreten Einzelfall das Interesse des Unternehmens G4S Secure Solutions an seinem konfessionell neutralen Image die Interessen der Beschwerdeführerin an der Bekundung ihrer Religion überwiegen sollte. Der Wunsch des Unternehmens und der Kundensichtkontakt allein reichen hierzu nicht aus.

Wie *Silvia Ulrich* aufmerksam macht, mobilisiert der EuGH zudem ein Rechtfertigungstopos, den er im Asylrecht längst als diskriminierend verworfen hat, namentlich das Prinzip der Diskretion.⁶⁵⁵ Denn im Hinblick auf die Gewährung von Asyl stellte der EuGH im Jahr 2012 vor dem Hintergrund der RL 2004/83/EG über die Anerkennung als Flüchtlinge⁶⁵⁶ klar, dass bei der individuellen Prüfung eines Antrags auf Anerkennung als Flüchtling der antragstellenden Person nicht zugemutet werden kann, auf religiöse Betätigungen zu verzichten, um die Gefahr einer Verfolgung im Heimatland zu vermeiden.⁶⁵⁷ Der EuGH misst mithin mit zweierlei Maß – und einmal mehr bleibt er die sachliche Rechtfertigung schuldig.

4.2.2.3 Asma Bougnaoui gegen Micropole SA (Frankreich)

Etwas anders gelagert war der Sachverhalt in der Rechtssache Asma Bougnaoui gegen Micropole SA. Frau *Bougnaoui* wurde entlassen, da ein konkreter Kunde des Unternehmens, in dessen Räumlichkeiten die spätere Klägerin im Dienste des Unternehmens IT-Dienstleistungen erbracht hatte, am islamischen Kopftuch Anstoß nahm und darum bat, dass es „nächstes Mal keinen Schleier“ geben möge.⁶⁵⁸

⁶⁵³ Entlehnt von *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (270).

⁶⁵⁴ Vgl *Greif/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 420.

⁶⁵⁵ *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (271).

⁶⁵⁶ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl L 304/12; Neufassung: Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl L 337/9.

⁶⁵⁷ Verbundene Rechtssachen EuGH 05.09.2012, C-71/11, C-99/11 (Deutschland gegen Y und Z) Rn 80. Die Bedeutung dieses Urteils, mit welchem der EuGH die Religionsfreiheit als eines der Fundamente einer demokratischen Gesellschaft und als ein grundlegendes Menschenrecht anerkenne, hervorhebend auch *Waldhoff*, in: *Grabenwarter* (Hg), Europäischer Grundrechtsschutz (2014) § 11 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) Rn 15.

⁶⁵⁸ EuGH 14.03.2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA) Rn 14.

Die Klägerin brachte vor dem französischen Kassationsgerichtshof (in zutreffender Weise) vor, dass das bloße Tragen des islamischen Kopftuchs nicht die Rechte und Überzeugungen Dritter verletze und der bloße Anblick eines Zeichens religiöser Zugehörigkeit weder ein taugliches noch ein legitimes, diskriminierungsfreies Kriterium sei, das es rechtfertigen würde, wirtschaftlichen oder geschäftlichen Interessen des Unternehmens den Vorrang vor den Grundfreiheiten einer Angestellten einzuräumen. Darüber hinaus müssten Beschränkungen der Religionsfreiheit durch die Art der zu erledigenden Aufgabe gerechtfertigt sein und einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung entsprechen (hier mit Bezug auf Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2000/78/EG).⁶⁵⁹

Der Kassationsgerichtshof legte dem EuGH die Frage vor, ob Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2000/78/EG dahin auszulegen ist, dass der Wunsch eines Kunden einer Informatikberatungsgesellschaft, die informationstechnischen Leistungen künftig nicht mehr von einer Projektingenieurin, die ein islamisches Kopftuch trägt, ausführen zu lassen, eine aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.⁶⁶⁰

Da der Vorlageentscheidung nicht ganz eindeutig zu entnehmen war, ob die Vorlagefrage aus der Feststellung einer unmittelbar (unmittelbares Verbot) oder einer mittelbar auf der Religion (generelle unternehmensinterne Regel) beruhenden Ungleichbehandlung resultierte, hielt der EuGH an erster Stelle fest, dass, soweit sich die Entlassung der Klägerin auf eine unternehmensinterne Regel stützen sollte, die das Tragen jedes sichtbaren Zeichens religiöser Überzeugungen verbietet, im Sinne der Auslegungshinweise in der Rechtssache Samira Achbita (Rn 35 bis 43) vorzugehen wäre.⁶⁶¹

Damit wandte sich der EuGH der Frage zu, wie sich dies im Falle einer unmittelbaren Diskriminierung, welche die Fragestellung des vorlegenden Gerichts nahelege, verhält.⁶⁶² Es sei erinnert, dass, soweit ein Mitgliedstaat dies vorsieht, eine Ungleichbehandlung aufgrund einer der in der Richtlinie genannten Diskriminierungsgründe keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung

⁶⁵⁹ EuGH 14.03.2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA) Rn 17.

⁶⁶⁰ EuGH 14.03.2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA) Rn 19.

⁶⁶¹ EuGH 14.03.2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA) Rn 31 bis 33.

⁶⁶² EuGH 14.03.2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA) Rn 34 ff.

darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt (Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG).

Mit Verweis auf Erwägungsgrund 23 der Richtlinie 2000/78/EG stellte der EGMR fest, dass ein Merkmal, das unter anderem mit der Religion in Zusammenhang steht, nur unter sehr begrenzten Bedingungen eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen könne.⁶⁶³ Daraus und aus dem Wortlaut des Art 4 Abs 1 selbiger Richtlinie folge, dass der Begriff „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ auf eine Anforderung verweise, die von der Art der konkreten beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben ist und sich eben nicht auf subjektive Erwägungen wie „den Willen des Arbeitgebers, besonderen Kundenwünschen zu entsprechen“, erstreckt,⁶⁶⁴ womit die Vorlagefrage mit einem ‚Nein‘ zu beantworten war.

4.2.2.4 Diskussion und Resümee

Der Rechtsansicht des EuGH in der Rechtssache Asma Bougnaoui, dass ein Merkmal, das mit der Religion in Zusammenhang steht, keine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG darstellt, ist grundsätzlich beizupflichten. Es drängt sich jedoch sofort die Frage auf, warum dieses Argument in der Rechtssache Samira Achbita fehlt. Denn genau hierauf, auf die Art und die besonderen Erfordernisse der konkreten Tätigkeit, stellte ja auch der EGMR, auf den sich der EuGH in der Rechtssache Samira Achbita bezog, ab. So aber ergibt sich nun ein Widerspruch:⁶⁶⁵ In der Rechtssache Samira Achbita wertete der EuGH den Wunsch des Unternehmens, „im Verhältnis zu den Kunden“ eine Politik der religiösen Neutralität zum Ausdruck zu bringen, als legitim;⁶⁶⁶ in der Rechtssache Asma Bougnaoui wertete er den Wunsch des Unternehmens, „den Wünschen eines Kunden zu entsprechen“, als illegitim.⁶⁶⁷

Dieser Widerspruch ließe sich allenfalls dahingehend auflösen, dass der EuGH zum Ausdruck bringen wollte, dass eine Entlassung wegen des Tragens religiöser Symbole aufgrund von ‚Kundenwünschen‘ unzulässig ist; es sei denn, das Unternehmen erhebt selbige

⁶⁶³ EuGH 14.03.2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA) Rn 38.

⁶⁶⁴ EuGH 14.03.2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA) Rn 40.

⁶⁶⁵ Auf diesen Widerspruch hinweisend auch *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (706); *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (268). Vgl auch *Potz*, Die Gretchenfrage an Unternehmen, JAS 2017, 257 (264), die konstatiert, dass der „Neutralitätsidee“ zweifellos ebenso die Kundenerwartungen zugrunde lägen.

⁶⁶⁶ EuGH 14.03.2017, C-157/15 (Samira Achbita et al gg G4S Secure Solutions) Rn 37 (vgl auch Rn 38).

⁶⁶⁷ EuGH 14.03.2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui et al gg Micropole SA) Rn 41.

Kundenwünsche in Form einer dem Anschein nach neutralen generellen Regel zu seiner Unternehmenspolitik und zieht diese Neutralitätspolitik dann auch kohärent und systematisch durch. Das wäre nun aber höchst bedenklich, denn der Grundrechtseingriff ist hier wie dort der gleiche – und wirkt sich auf die betroffene Person gleich aus.⁶⁶⁸ Zumal, wie *Anna Katharina Mangold* und *Mehrdad Payandeh* hinweisen, die Berücksichtigung von Kundenerwartungen als Rechtfertigungsgrund „auf dem eigentümlichen Gedanken [fußt], dass eine diskriminierende Praxis einen Wettbewerbsvorteil darstellen kann“⁶⁶⁹. Tatsächlich läuft die Anrufung betrieblicher Neutralitätspolitik als pauschaler Rechtfertigungsgrundsatz, wie *Silvia Ulrich* vorhält, „auf einen Freibrief für Diskriminierung hinaus [und] eröffnet Umgehungsmöglichkeiten im Antidiskriminierungsrecht“⁶⁷⁰. Konsequenter Weise müsste der Kundenwunsch dann auch ein ‚Frauenverbot‘ rechtfertigen können, vorausgesetzt das Verbot wird in Form einer neutralen generellen Regelung formuliert,⁶⁷¹ wie dies in Österreich vor nicht allzu langer Zeit für einige Berufsgruppen noch der Fall war.

In den dogmatischen Erwägungen fehlt, wie auch *Walter Berka* hinweist, „ein nicht unwesentlicher Baustein – nämlich das Grundrecht der Religionsfreiheit“⁶⁷². Hierzu sei kurz resümiert: Bei der Beantwortung der Vorlagefrage in der Rechtssache *Samira Achbita* (mittel- oder unmittelbare Diskriminierung) stellte sich für den EuGH die Frage, ob die beanstandete Regel der Neutralitätspolitik denn nicht eine unzulässige Beschränkung der Religionsfreiheit darstellen könnte, nicht. In der Rechtssache *Asma Bougnaoui* musste sich der EuGH dieser Frage schon deswegen nicht stellen, weil er das religiöse Merkmal ‚Kopftuch‘ nicht als wesentliche und entscheidende Anforderung für subjektive Erwägungen des Unternehmens wertete.⁶⁷³

⁶⁶⁸ Ablehnend auch *Schinkele*, Der "Streit" um das islamische Kopftuch vor dem EuGH, *Ecolex* 2017, 739 (740 f), da der Spruch des EuGH in der Rechtssache *Asma Bougnaoui* damit ins Leere gehen würde. Siehe auch *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (268), die von einer „höchst ambivalent[en]“ Abgrenzung zwischen unzulässigen Wünschen der Kundschaft und legitimer unternehmerischer Neutralitätspolitik spricht; idS auch *Greif/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 420. Die Sichtweise des EuGH unterstützend hingegen *Kovács*, Generelles Neutralitätsgebot versus Kopftuchverbot am Arbeitsplatz, *ASoK* 2017, 122 (123 ff).

⁶⁶⁹ *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, *EuR* 2017, 700 (722).

⁶⁷⁰ *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (269, siehe aber 274).

⁶⁷¹ Hierauf aufmerksam machend *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, *DRdA* 2017, 247 (256).

⁶⁷² *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, *DRdA* 2017, 247 (257).

⁶⁷³ Es sei darauf hingewiesen, dass der EuGH ganz grundsätzlich sehr stark dazu neigt, auch Fälle, die einen klaren religiösen Bezug aufweisen, nicht über die Religionsfreiheit, sondern über andere Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot zu lösen; vgl. *Waldhoff*, in: *Grabenwarter* (Hg), Europäischer Grundrechtsschutz (2014) § 11 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) Rn 8 mit weiteren Nachweisen

Ins Grübeln geriet der EuGH erst bei seinen Auslegungshinweisen zur Frage der mittelbaren Diskriminierung in der Rechtssache Samira Achbita. Dort besann er sich dann auch kurz der Religionsfreiheit und versuchte sein Ergebnis, dass eine unternehmerische Neutralitätspolitik ein legitimes Ziel im Sinne des Art 16 GRC („Unternehmerische Freiheit“) sei, mit Verweis auf das Urteil des EGMR in der Rechtssache Eweida abzusichern. Bei der weiteren Prüfung der Rechtfertigungsgründe blendet der EuGH die Religionsfreiheit aber wieder aus und lässt damit auch die Argumente des EGMR zu den Grenzen der Beschränkung der Religionsfreiheit außer Acht. Genau an dieser Stelle hätte der EuGH jedoch eine Interessensabwägung vornehmen und in logischer Konsequenz (es sei darauf hingewiesen, dass die Zusammensetzung des Gerichts in den Rechtssachen Samira Achbita und Asma Bougnaoui ident war) zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass subjektive Erwägungen, wie der Wunsch, besonderen Kundenwünschen zu entsprechen, über das zwingend Erforderliche und Verhältnismäßige hinausgehen; es sei denn, das Image der konfessionellen Neutralität wäre in Anbetracht der konkreten Sachlage für das Unternehmen von so eminenter Bedeutung, dass es das Interesse an der Bekundung der Religion der Beschwerdeführerin überwiegt.⁶⁷⁴ Dies mag der EuGH, der nicht auf Grundrechte spezialisiert ist, übersehen haben.⁶⁷⁵ Womit Vorsicht bei der Etablierung einer Politik der religiösen Neutralität geboten ist, denn es gilt noch die Hürde der Religionsfreiheit des Art 9 EMRK und des EGMR zu nehmen.

Auch ist zu bedenken, dass der EuGH an dieser Stelle nur Auslegungshinweise gab und diese vielleicht nicht ganz vollständig sind, denn es finden sich auch andere Auslassungen. So hätte der EuGH, wollte er doch alle zweckdienlichen Auslegungshinweise vermitteln, zumindest darauf hinweisen müssen, dass ein solches Verbot gegebenenfalls nicht nur Personen mit einer

(siehe aber auch Rn 7 und die unter den Rn 14 ff geführten Beispiele aus der Rechtsprechung des EuGH). *Waldhoff* erklärt dies mit der allgemeinen Tendenz inter- und supranationaler Gerichte, Fragen der Religionsfreiheit wegen ihrer starken Verknüpfung mit der nationalen und kulturellen Identität der Einzelstaaten aus dem Weg zu gehen (Rn 8). Hierin kann durchaus eine Parallele zu dem vom EGMR den Vertragsstaaten zugestandenen weiten „margin of appreciation“ in Fragen, die das Verhältnis Staat und Religion betreffen (vgl Kapitel 2.3.3.1, letzter Absatz), gesehen werden.

⁶⁷⁴ Vgl auch *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (257), der kritisiert, dass der EuGH, indem er die Religionsfreiheit nur von der Seite ihrer Einschränkungen her behandelt, nicht aber von ihrer Substanz her denkt, eine „wertungsmäßige Schieflage“ entstehe. Darauf hinweisend, dass der EuGH es verabsäumt habe, Abwägungsaspekte zu benennen, die zugunsten der Betroffenen in Anschlag zu bringen sind, und so ohne Abwägung mit den Schutzgütern der Religionsfreiheit der Unternehmensfreiheit den Vorrang eingeräumt habe, auch *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (270).

⁶⁷⁵ Die „kupierte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ (718) kritisierend auch *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (717 f). IdS auch *Hopf*, Religiöse Symbole, ZAS 2018/20, 112 (119); *Kalb/Wakolbinger*, Das Kopftuch am Arbeitsplatz im Lichte der EuGH-Judikatur, JAS 2017, 154 (165).

bestimmten Religion in besonderer Weise benachteiligen kann, sondern auch Personen mit einem bestimmten Geschlecht, namentlich Frauen, liegt doch auch die Richtlinie zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen⁶⁷⁶ in seinem Bereich.⁶⁷⁷ Dennoch blendet der EuGH die intersektionale Perspektive gänzlich aus, womit er den „Blick auf geschlechtsspezifische Machtasymmetrien und Ungleichheit[en] [verstellt]“⁶⁷⁸ und ignoriert, dass eine Neutralitätspolitik, die sich auf verbotene Diskriminierungsgründe stützt, zum Ausschluss genau jener Personen führen kann, denen durch das Diskriminierungsverbot Schutz versprochen wurde.⁶⁷⁹

Ferner wäre auch eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft (wozu sich die Richtlinie 2000/43/EG zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft⁶⁸⁰ anböte) zu erwägen gewesen, zumal hinter dem auf religiösen Symbolen ausgetragenen Kräftemessen auch ein Kulturkampf gesehen werden kann. Den die Minderheiten schützenden Charakter der Grundrechte⁶⁸¹ übersieht der EuGH sowieso.⁶⁸² Darin unterscheidet er sich aber nicht vom österreichischen VfGH oder vom EGMR.

4.2.3 *Einschlägige Rechtsprechung des OGH*

In Österreich erging bislang nur eine einzige höchstgerichtliche Entscheidung zum Tragen von religiösen Symbolen am Arbeitsplatz. Es handelt sich um das vom OGH im Jahr 2016

⁶⁷⁶ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl L 204/23. Aber auch Erwägungsgrund 3 der Rahmen-RL 2000/78/EG mahnt an zu berücksichtigen, dass Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierung sind.

⁶⁷⁷ Diese Auslassung kritisierend auch *Kalb/Wakolbinger*, Das Kopftuch am Arbeitsplatz im Lichte der EuGH-Judikatur, JAS 2017, 154 (165); *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (711); *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (272 f).

⁶⁷⁸ *Ulrich*, Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 263 (272). Siehe aber auch die Kritik bei *Greif/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 420.

⁶⁷⁹ IdS auch *Schinkele*, Der "Streit" um das islamische Kopftuch vor dem EuGH, *Ecolex* 2017, 739 (742), die unter dem Schlussstrich konstatiert, dass der EuGH hiermit die Möglichkeit biete, den Diskriminierungsschutz auf einfache Weise weitgehend zu unterlaufen und damit die Intention des europäischen Antidiskriminierungsrechts auszuhöhlen.

⁶⁸⁰ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 180/22.

⁶⁸¹ Entlehnt von *Kneihs/Rill*, Kreuze in Kindergärten, JRP 2013, 163 (167).

⁶⁸² IdS auch *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (712). Vgl auch *Potz*, Die Gretchenfrage an Unternehmen, JAS 2017, 257 (262), die konstatiert, dass eine solche Neutralitätspolitik „an dem integrativ-inkludierenden Wesen des Antidiskriminierungsrechts im Bereich der Arbeitsverhältnisse grundsätzlich vorbei [geht]“.

getroffene Urteil betreffend die Kündigung einer Notariatsangestellten wegen ihrer Weigerung, auf ihre muslimische Kopfbedeckung zu verzichten.⁶⁸³ Im hiesigen Kontext von höchstem Interesse ist aber auch jenes Urteil des OGH, in dem das Tragen eines rosafarbenen Haarbandes durch einen im städtischen Linienverkehr beschäftigten Busfahrer in Frage stand.⁶⁸⁴ Denn wenn ein rosa Haarband für die Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit unabdingbar ist, muss dies ja eigentlich auch für ein Kopftuch gelten.

4.2.3.1 Kopftuch und Schleier einer Notariatsangestellten

Die Klägerin, eine Muslima, war von 2009 bis 2014 beim Beklagten, einem öffentlichen Notar, tätig. Ab Oktober 2010 entschied sie, ihr islamisches Kopftuch (samt Abaya) auch am Arbeitsplatz zu tragen. Im Dezember 2013 teilte sie ihrem Arbeitgeber mit, in Hinkunft statt des Kopftuchs einen Gesichtsschleier (Niqab) tragen zu wollen. Da die Klägerin nicht bereit war, auf letzteren zu verzichten, sprach der Beklagte im April 2014 die Kündigung aus. Kurz vor der Kündigung erhielt die Klägerin vom Beklagten eine E-Mail, welche neben dem Hinweis, dass das Tragen eines Gesichtsschleiers mit ihrer Beschäftigung in der Notariatskanzlei nicht vereinbar sei, auch abschätzige Bemerkungen wie „Dauerexperiment ethnischer Kleidung“ und „Vermummung“ enthielt.⁶⁸⁵ Und bereits im Vorfeld (2010 bis 2013), als die Klägerin nur ein Kopftuch trug, war sie wegen ihrer Kleidungsstücke im ‚Klientenkontakt‘ und bei der Ausübung der Tätigkeit als Testamentszeugin im Vergleich mit anderen Arbeitnehmerinnen des Beklagten zurückgesetzt worden.⁶⁸⁶

Es ist darauf hinzuweisen, dass das Urteil des OGH in dieser Rechtssache⁶⁸⁷ zeitlich *vor* den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen Samira Achbita und Asma Bougnaoui und *nach* dem Urteil des EGMR in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich erging.

Die Klägerin begehrte die Zahlung eines immateriellen Schadenersatzes für die erlittene persönliche Beeinträchtigung, weil sie vom Beklagten erstens aufgrund der Religion bei den sonstigen Arbeitsbedingungen und zweitens aufgrund der Religion und des Geschlechts bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses diskriminiert worden sei. Rechtsgrundlage bildete das

⁶⁸³ OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v.

⁶⁸⁴ OGH 24.09.2015, 9 Ob A 82/15x.

⁶⁸⁵ OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v, Entscheidungsgründe II.

⁶⁸⁶ OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v, Rechtliche Beurteilung II.7.

⁶⁸⁷ OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v.

Gleichbehandlungsgesetz (GlBG),⁶⁸⁸ das die Richtlinie 2000/78/EG für den Bereich der auf privatem Vertrag beruhenden Arbeitsverhältnissen umsetzt.

Der OGH verneinte in wenigen Sätzen das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, weil die Kündigung der Klägerin nicht wegen ihres Verstoßes gegen dem Anschein nach neutrale Vorschriften erfolgte, sondern wegen Verletzung einer individuellen Weisung des Beklagten an die Klägerin, am Arbeitsplatz keinen Gesichtsschleier zu tragen.⁶⁸⁹

Ausführlicher widmete sich der OGH der Frage, ob eine Diskriminierung aufgrund der Religion vorlag. Zuvorderst stelle er fest, dass sowohl im Hinblick auf die Kündigung wie auch auf die sonstigen Arbeitsbedingungen von einer unmittelbaren Diskriminierung auszugehen sei, weil religiöse Kleidungsstücke keine neutralen Unterscheidungskriterien darstellen.⁶⁹⁰ Sodann prüfte der OGH den Ausnahmetatbestand des § 20 Abs 1 GlBG (der Art 4 Abs 1 der RL 2000/78/EG entspricht), wonach keine Diskriminierung vorliegt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Die Anforderung, keinen Gesichtsschleier zu tragen, deren Verweigerung zur Kündigung führte, erachtete der OGH als eine wesentliche und entscheidende und auch zum angestrebten Zweck angemessene Voraussetzung, da der Gesichtsschleier die Klägerin an der Erbringung ihrer arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung als Notariatsangestellte hindere, indem er „die notwendige Kommunikation und Interaktion der Klägerin mit Parteien, Klienten, Mitarbeitern sowie mit dem Beklagten selbst beeinträchtigt und erschwert“⁶⁹¹. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, denn anders als in der Rechtssache S.A.S. gegen Frankreich ist das Kommunikationsargument im Bereich des Arbeitslebens berechtigt.⁶⁹²

⁶⁸⁸ Bekleidungs Vorschriften am Arbeitsplatz, welche die Religionsfreiheit tangieren, aus Perspektive des GlBG diskutierend *Windisch-Graetz*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund von Religion und Weltanschauung am Arbeitsplatz, in: *Brünner* (Hg), Diskriminierung aus religiösen Gründen (2009) 43 (48 ff). Ausführlich zum Diskriminierungsschutz des GlBG *Greif/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2019) Rn 195 ff; spezifisch zum Rechtsschutz gegen Diskriminierung aus religiösen Gründen *Ulrich*, Rechtsschutz gegen Diskriminierung aus religiösen Gründen, in: *Brünner* (Hg), Diskriminierung aus religiösen Gründen (2009) 57.

⁶⁸⁹ OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v, Rechtliche Beurteilung I.5.

⁶⁹⁰ OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v, Rechtliche Beurteilung I.3.2.

⁶⁹¹ OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v, Rechtliche Beurteilung I.4.2.5. (vgl auch I.4.2.8.).

⁶⁹² So auch *Holzleithner*, Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance (2015) 59; *Potz*, Die Gretchenfrage an Unternehmen, JAS 2017, 257 (267).

Im Hinblick auf das Tragen eines Kopftuchs, welches das Gesicht nicht verhüllt, gelangte der OGH, zumal das Kommunikationsargument hier nicht funktioniert, zum gegenteiligen Ergebnis. Es sei unstrittig, dass es sich bei Tätigkeiten im Klientenkontakt und als Testamentszeuge um bei Notariatsangestellten beliebte abwechslungsreiche Tätigkeiten handelt; wie auch, dass die Einschränkung einer Mitarbeiterin in diesem Bereich als Benachteiligung und Zurücksetzung gegenüber den anderen Mitarbeitern empfunden wird; also eine unmittelbare Benachteiligung der Klägerin bei den sonstigen Arbeitsbedingungen aufgrund der Religion vorliege.⁶⁹³ Hier sah der OGH den Ausnahmetatbestand nach § 20 Abs 1 GIBG nicht als erfüllt an. Das Nichttragen von Kopftuch und Abaya sei keine wesentliche oder entscheidende berufliche Voraussetzung für die Tätigkeit einer Notariatsangestellten, wobei aus den vom Beklagten vorgebrachten Erwartungen der ‚Klienten‘ (also Kundenwünschen) und deren diffusen Vorbehalten gegenüber Kopftuch und Abaya nichts zu gewinnen sei, zumal das Antidiskriminierungsrecht bezwecke, allfällige Vorurteile zu überwinden.⁶⁹⁴ Dem ist voll und ganz zuzustimmen.⁶⁹⁵

Damit steht das Urteil des OGH im Einklang mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Asma Bougnaoui: Der „Wille des Arbeitgebers, besonderen Kundenwünschen zu entsprechen“, rechtfertigt ein (individuell-konkretes) Kopftuchverbot nicht. Eine zulässige Anforderung im Sinne des Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2000/78/EG kann nur dann vorliegen, wenn sie von der Art der konkreten beruflichen Tätigkeit und den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben ist. Es muss also ein konkreter arbeitsplatzbezogener Grund vorliegen, wie etwa die tatsächliche Gefährdung von Personen (etwa Verletzungsgefahr, Hygienevorschriften).⁶⁹⁶ Für eine Notariatsangestellte liegt ein solcher Grund nicht vor.

Im Vergleich mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Samira Achbita zeigt sich aber eine interessante, allerdings nur scheinbare ‚Differenz‘. Der OGH erachtete die Versetzung (hier im engsten Wortsinn zu verstehen) auf einen Arbeitsplatz ohne ‚Kunden(sicht)kontakt‘ beim Kopftuchtragen als unmittelbare Diskriminierung. Der EuGH kam demgegenüber in seinen Auslegungshinweisen zur mittelbaren Diskriminierung durch eine dem Anschein nach neutrale Regel zu dem Ergebnis, dass die Möglichkeit einer Versetzung die Rechtfertigung einer Entlassung ausschließe, womit der EuGH neue Diskriminierungsstrukturen eröffnet. Mit der Frage einer mittelbaren Diskriminierung durch eine dem Anschein nach neutrale Regel hatte

⁶⁹³ OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v, Rechtliche Beurteilung II.5.

⁶⁹⁴ OGH 25.05.2016, 9 Ob A 117/15v, Rechtliche Beurteilung II.6.1.2.

⁶⁹⁵ So auch Potz, Die Gretchenfrage an Unternehmen, JAS 2017, 257 (267 f).

⁶⁹⁶ Vgl Berka, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (256).

sich der OGH jedoch nicht zu beschäftigen, aus dem Urteil lassen sich auch sonst keine Aussagen entnehmen.

Der Schluss von *Erika Kovács*, dass in Anbetracht des Urteils des EuGH in der Rechtssache Samira Achbita „die in der OGH-Entscheidung als diskriminierend angesehene Versetzung heute nicht mehr als unzulässige Diskriminierung qualifiziert werden könnte“⁶⁹⁷, geht demnach fehl. Denn soweit keine dem Anschein nach neutrale Regel vorliegt, geht wohl auch der EuGH im Falle einer Entlassung oder sonstigen Benachteiligung wegen des Tragens eines Kopftuchs von einer unmittelbaren Diskriminierung aus (Rechtssache Asma Bougnaoui!) – und damit stehen die Rechtfertigungsmöglichkeiten des Art 2 Abs 2 lit b Punkt i der Richtlinie 2000/78/EG, zu welchen er in seinem Urteil in der Rechtssache Samira Achbita Auslegungshinweise gab, gar nicht erst zur Verfügung. Insoweit ist auch der Vorwurf, dass der OGH gegen die Vorlagepflicht verstoßen habe,⁶⁹⁸ obsolet.

Auch mit der Rechtsprechung des EGMR steht das Urteil des OGH soweit im Einklang. Die Frage ist nur, ob er in einem der Rechtssache Samira Achbita vergleichbaren Fall eher der Rechtsansicht des EGMR oder jener des EuGH folgen würde. Vielleicht jedoch, und das ist ihm zuzutrauen, fände er eine Argumentation, die beide Gerichte überzeugt.⁶⁹⁹

4.2.3.2 Haar- und Barttracht und das rosa Haarband eines Busfahrers

Eine bemerkenswerte Entscheidung, in welcher sich der OGH mit betrieblichen Bekleidungsvorschriften unter der Perspektive des Persönlichkeitsschutzes zu beschäftigen hatte, ist schließlich auch jene in Sachen des rosafarbenen Haarbands eines (männlichen) Busfahrers.⁷⁰⁰ Nicht an einem religiösen Symbol, sondern an dem rosa Haarband, mit welchem der Busfahrer seine üppige Haartracht bändigte, wurde also Anstoß genommen. Der Busfahrer war im städtischen Linienverkehr beschäftigt und weigerte sich trotz ausdrücklicher Weisung, auf das Tragen des rosa Haarbandes zu verzichten. Daher begehrte die Arbeitgeberin beim Erstgericht die gerichtliche Zustimmung (gem § 10 Abs 4 Mutterschutzgesetz, da der Beklagte

⁶⁹⁷ *Kovács*, Generelles Neutralitätsgebot versus Kopftuchverbot am Arbeitsplatz, ASoK 2017, 122 (130).

⁶⁹⁸ So *Marhold*, Religiös motivierte Bekleidung und Schadenersatz bei Mehrfachdiskriminierung, ZAS 2017, 38 (42 f).

⁶⁹⁹ Hat er sich doch, wie *Smutny* anmerkt, mit dieser Entscheidung „ersichtlich um eine Kalmierung der oftmals erhitzen [sic] Debatte im Zusammenhang mit dem Tragen religiös konnotierter Kleidungsstücke bemüht“; vgl *Smutny*, Erste Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zur Kopftuchdebatte, Juridikum 4/2016, 420 (425).

⁷⁰⁰ OGH 24.09.2015, 9 Ob A 82/15x. Ausführlicher hierzu *Holzleithner*, Bekleidungsvorschriften und Genderperformance (2015) 23 ff.

in Elternteilzeit tätig war) zur beabsichtigten Kündigung. Der Busfahrer wandte Sittenwidrigkeit und Diskriminierung ein.⁷⁰¹

Der OGH wandte sich an erster Stelle der Haartracht des Busfahrers zu. Denn hierin liegt seines Erachtens wohl ein kleiner Unterschied zu seinem früheren Judikat betreffend einen im Kundenbereich tätigen Bankangestellten, welcher der Weisung seiner Vorgesetzten nicht Folge leisten wollte, während der Arbeitszeit seine massive, 65 cm lange Goldkette („Königskette“), ein Erbstück des kürzlich verstorbenen Bruders, abzulegen. Der OGH erachtete die Weisung, im allgemeinen Bankbereich eine auffallende Goldkette nicht sichtbar über dem Hemd zu tragen, als gerechtfertigt, „weil dies massiv dem Verständnis der Bevölkerung vom Erscheinungsbild eines männlichen Bankbeamten widerspricht“⁷⁰². Gerade der Hinweis auf das Erscheinungsbild des „männlichen Bankbeamten“ hätte vermuten lassen, dass der OGH mit dem rosa Haarband eines männlichen Busfahrers ebenso verfährt.

Hinsichtlich des Busfahrers erörterte der OGH aber, dass „der Arbeitnehmer“ auch im dienstlichen Bereich eine aus dem Persönlichkeitsschutz (§§ 16 f ABGB, Art 8 EMRK) abzuleitende Privatsphäre hat, die es ihm gestattet, zB Kleidung und Schmuck frei zu wählen. Sodann stellte er unter Verweis auf *Linda Kreil*⁷⁰³ fest, dass die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers durch Vorschriften bezüglich Haartracht, Piercings und Tätowierungen stärker eingeschränkt würden als durch Vorgaben bei der Dienstkleidung, weil erstere auch in der Freizeit nachwirken.⁷⁰⁴

Dem verwiesenen Aufsatz von *Kreil* lag eine recht interessante Entscheidung des deutschen Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) betreffend einen Polizisten zugrunde, der entgegen der Anordnung des Leiters der Polizeiinspektion, die sich auf ein Rundschreiben des Innenministeriums stützte, das für die Haarlänge die Hemdkragengrenze vorgab, sein Haar im Dienst in Form eines ‚Pferdeschwanzes‘ trug, der ungefähr 15 cm über den Hemdkragen

⁷⁰¹ Es sei angemerkt, dass – solange nicht jede sachliche Rechtfertigung fehlt – eine arbeitsvertragliche Vereinbarung von Bekleidungsvorschriften oder anderen Beschränkungen der Selbstdarstellung durchaus zulässig ist. Liegt keine vertragliche Vereinbarung vor, so bleibt immer noch die Weisung, die entlang der §§ 17 (rechtliche Vermutung zugunsten der „angeborenen Rechte“) und 879 (Sittenwidrigkeit) ABGB zu prüfen ist. Ähnlich verhält sich dies mit einer nachträglichen Betriebsvereinbarung. Vgl *Holzleithner*, Bekleidungsvorschriften und Genderperformance am Arbeitsplatz, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung (2018) 251 (257).

⁷⁰² OGH 11.02.1999, 8 Ob A 195/98d. Ausführlicher hierzu *Holzleithner*, Bekleidungsvorschriften und Genderperformance (2015) 21 ff, mit weiteren Nachweisen.

⁷⁰³ *Kreil*, Haar- und Barttracht: Persönlichkeitsschutz contra Weisungsrecht, RdW 2006, 703 (704).

⁷⁰⁴ OGH 24.09.2015, 9 Ob A 82/15x.

reichte.⁷⁰⁵ Das BVerwG gelangte zu dem Ergebnis, dass heutzutage eine derartige Haartracht, solange sie gepflegt ist und nicht überspannt anmutet (wobei offenbleibt, ob das BVerwG ein rosa Haarband als ‚überspannt‘ werten würde), nicht geeignet sei, das Ansehen des Staates herabzusetzen oder die Neutralitätsfunktion der Uniform zu beeinträchtigen und sich ein solches Verbot nur für Erscheinungsformen rechtfertigen ließe, die nach den herrschenden gesellschaftlichen Anschauungen als unkorrekt oder unseriös gelten.⁷⁰⁶ Zumal Regelungen für die Gestaltung der Haar- und Barttracht zwangsläufig die private Lebensführung beeinflussen und Beamten die Möglichkeit nehmen, eigenverantwortlich darüber zu bestimmen, wie sie als Privatpersonen wahrgenommen werden wollen; zudem springe die Haar- und Barttracht anderen sofort ins Auge und könne deren Eindruck prägen und ihr Verhalten bestimmen.⁷⁰⁷ Damit beurteilte das BVerwG die Anordnung als rechtswidrig.

Mit dem Verweis schloss der OGH indirekt aus, dass vom Busfahrer ein Stutzen der Haartracht verlangt werden könnte. Womit er sich dem Haarband zuwandte und feststellte, dass es unstrittig sei, dass der Beklagte aufgrund seiner langen, dichten und buschigen Haare einen Haargummi, einen Haarreifen oder Ähnliches tragen muss. Auch gehe es lediglich darum, dass er im Dienst kein *rosafarbenes* Haarband trägt, zumal es auch Kraftfahrerinnen gestattet wurde, selbige Utensilien zu tragen, sofern diese unauffällig und dezent sind.⁷⁰⁸

Zwar gestand der OGH der Klägerin ein berechtigtes Interesse an einem möglichst einheitlichen Erscheinungsbild im Fahrdienst, das aber ohnehin bereits durch die Uniform gewährleistet sei, zu. Er verneinte jedoch das Überwiegen der betrieblichen Interessen der Klägerin gegenüber den Persönlichkeitsrechten des Beklagten, da nicht ersichtlich sei, weshalb die Fahrgäste an der Professionalität und Seriosität eines Buslenkers zweifeln sollten, nur weil dieser ein farblich *auffallendes* Haarband trägt. Die Vorstellungen der Gesellschaft von der „angemessenen Bekleidung“, so der OGH abschließend, unterlägen eben naturgemäß dem Wandel der Zeit – womit es schon „sehr gute Gründe“ bräuchte, um einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte zu rechtfertigen.⁷⁰⁹ Da der OGH ein Überwiegen der Persönlichkeitsrechte des Beklagten

⁷⁰⁵ BVerwG 02.03.2006, 2 C 3.05. Zwar handelte es sich hier um öffentliches Dienstrecht, jedoch ist die Interessenlage die gleiche; zumal sich über das deutsche Neutralitätsgebot im öffentlichen Dienst eher weitergehende Einschränkungen als in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen argumentieren ließen.

⁷⁰⁶ BVerwG 02.03.2006, 2 C 3.05, Rn 29 f.

⁷⁰⁷ BVerwG 02.03.2006, 2 C 3.05, Rn 22.

⁷⁰⁸ OGH 24.09.2015, 9 Ob A 82/15x.

⁷⁰⁹ OGH 24.09.2015, 9 Ob A 82/15x.

bejahte, musste er auf die vom Beklagten ebenfalls behauptete Diskriminierung (wegen des Geschlechts) nicht weiter eingehen.⁷¹⁰

Wenn das rosa Haarband und die Haartracht ein schutzwürdiger Ausdruck der Persönlichkeit eines Mannes ist, so muss gleiches auch für die Haartracht oder das die Haartracht verbergende Kopftuch einer Frau gelten,⁷¹¹ sei es nun rosa oder nicht. Zumal die Haartracht, wie das BVerwG feststellte, ins Auge springt und das Verhalten anderer bestimmen kann. Nichts anderes kann also für ein islamisches Kopftuch gelten, denn hier kommt neben dem Eingriff in die Persönlichkeitsrechte erschwerend ein Eingriff in die Religionsfreiheit dazu. Will nur das Kopftuch (und nicht etwa auch Kippa oder andere männliche Kopfbedeckungen) untersagt werden, kommt eine Diskriminierung wegen des Geschlechts hinzu. Richtet sich das Verbot nur spezifisch gegen islamische Kopfbedeckungen und nicht auch gegen andere, weltanschaulich oder religiös motivierte die Kopfbedeckungen, kommt noch eine ethnische Diskriminierung hinzu.

4.2.4 *Resümee*

Die Rechtsprechungsanalyse zum Tragen von religiösen Symbolen am Arbeitsplatz ergibt ein etwas diffuses Bild. In der Rechtssache Eweida et al gegen Vereinigtes Königreich gelangte der EGMR zu dem Ergebnis, dass das Interesse einer Fluglinie, ein bestimmtes *corporate image* im Sinne eines einheitlichen Erscheinungsbildes der diese Fluglinie repräsentierenden Personen, an sich ein legitimes Ziel im Sinne des Gesetzesvorbehalts des Art 9 EMRK (Religionsfreiheit) sei, verlangte aber einen fairen Ausgleich zwischen den Interessen des Unternehmens auf Vermittlung eines einheitlichen Erscheinungsbildes und dem Interesse der Mitarbeitenden auf Bekundung ihres Glaubens durch das Tragen von religiösen Symbolen. Im konkreten Fall (British Airways) gelangte der EGMR zu dem Ergebnis, dass die Gerichte das Interesse des Unternehmens überbewertet hätten, und stellte eine Verletzung der Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Religionsfreiheit fest. Geht die Interessensabwägung zugunsten der Religionsfreiheit (oder des Persönlichkeitsrechts) aus, so erübrigt sich die Prüfung einer allfälligen Diskriminierung.

Der EuGH, dessen Rechtsgrundlage das EU-Antidiskriminierungsrecht bildet, geht die Thematik ganz anders an. Er lässt die Religionsfreiheit außen vor und differenziert an erster

⁷¹⁰ Vgl hierzu *Holzleithner*, Bekleidungsvorschriften und Genderperformance am Arbeitsplatz, in: *Feigl/Konstatzky* (Hg), *Auf dem Weg zur Gleichbehandlung* (2018) 251 (259 ff).

⁷¹¹ IdS auch *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (250); *Potz*, Die Gretchenfrage an Unternehmen, JAS 2017, 257 (269).

Stelle zwischen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung. Soweit der EuGH eine unmittelbare Diskriminierung annimmt, steht die bisherige Rechtsprechung des EuGH dann auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR. Im Hinblick auf eine „dem Anschein nach neutrale Regel“ geht der EuGH allerdings davon aus, dass nur eine mittelbare Diskriminierung vorliegen könne. Dass der EuGH damit die Begriffe der mittelbaren und der unmittelbaren Diskriminierung verkannte, wurde an dieser Stelle⁷¹² ausführlich erörtert. Erst bei seinen Auslegungshinweisen zur mittelbaren Diskriminierung durch eine dem Anschein nach neutrale Regel geriet die Argumentation des EuGH in Widerspruch mit der Rechtsprechung des EGMR. Zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung führte der EuGH Art 16 GRC („Unternehmerische Freiheit“) ins Feld, Erwägungen zum fairen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Grundrechtsinteressen fehlen aber. Indem der EuGH weder die Religionsfreiheit noch die Richtlinie 2000/78/EG „von ihrer Substanz her liest“⁷¹³, kommt es jedoch dazu, dass das EU-Antidiskriminierungsrecht die Position der von einer Diskriminierung Betroffenen nicht stärkt, sondern verschlechtert.

Die bisherige Rechtsprechung des OGH steht soweit im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR. Mit der Problematik einer „dem Anschein nach neutralen Regel“ hatte sich der OGH bislang allerdings noch nicht auseinanderzusetzen. Beiden der besprochenen Rechtssachen lag eine Weisung der Vorgesetzten zugrunde. Da der OGH ein auffallendes, rosa Haarband als schutzwürdigen Ausdruck der Persönlichkeit eines Mannes erachtete, kann ein generelles Kopftuchverbot für Frauen jedenfalls nicht schlüssig argumentiert werden, zumindest solange das Verbot nicht als generelle, neutrale Regelung getarnt wird – und bei der Tarnung ist Vorsicht geboten, da es noch die Hürde des EGMR zu nehmen gilt.

Das Urteil des OGH bezüglich des ‚rosa Haarbands‘ führt allerdings zu einer weiteren Differenzierung. Die Haar- und Barttracht genießen einen höheren persönlichkeitsrechtlichen Schutz, weil sie, anders als Bekleidungsvorschriften, auch in der Freizeit nachwirken. Demgegenüber kann das ‚Kopftuch‘ an der Garderobe abgegeben werden – das rosa Haarband übrigens auch.

⁷¹² Kapitel 4.2.2.2.

⁷¹³ Entlehnt von *Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 247 (257).

5 Schleier, Tücher und Bärte: Eine Reflexion

Wie sich im Zuge der vorliegenden Arbeit herausstellte, muss die anfänglich gestellte Frage, warum Schleier verboten und Bärte erlaubt sind, um die Relation des Tuches, das nur das Haupt verhüllt, zu anderen Kopfbedeckungen erweitert werden. Wie sich zeigte, waren – nebst des Symbols, welches gegen das Symbol des politischen Islam gesetzt werden wollte – der ‚Zwang‘ und mehr noch die ‚Unterdrückung‘, da sie der Gleichstellung von Mann und Frau und der Integration entgegenstünden, zentrale Argumente in den parlamentarischen Debatten rund um die Kopfbedeckung muslimischer Frauen (und Mädchen). Die Frage nach der Autonomie oder Selbstbestimmung der betroffenen Frauen (und Mädchen), die durch das Verbot, bestimmte Kleidungsstücke zu tragen, ja erneut gezwungen, unterdrückt und, zumal Bärte und religiös konnotierte Kopfbedeckungen für Männer (und Knaben) unangetastet bleiben, ‚ungleichgestellt‘ werden, wurde hingegen ausgeblendet.

Meine Ansicht ist in diesem Punkt ganz klar: Eine Frau sollte sich weder dazu gezwungen sehen, den Schleier oder das Kopftuch zu tragen, noch dazu, den Schleier oder das Kopftuch nicht tragen zu dürfen. Allerdings besteht das Dilemma, dass nicht alle Frauen in der (autonomen) Situation sind, frei über Schleier oder Tuch zu entscheiden, sondern direktem, indirektem oder doch zumindest subtilem Zwang ausgesetzt sind.⁷¹⁴ Insoweit lässt sich – im Sinne der doppelten Negation von *Immanuel Kant* (Freiheit durch Zwang)⁷¹⁵ – argumentieren, dass durch ein Verhüllungsverbot die Autonomie dieser Frauen gestärkt wird, da erst durch das Verbot die Option geschaffen wird, das Tuch abzulegen. Für diejenigen, die frei von Zwang sind, bedeutet ein Verhüllungsverbot jedoch einen gravierenden Eingriff in ihre individuelle Autonomie, frei über die Kopfbedeckung zu entscheiden, sodass auch die Berufung auf die Geschlechtergleichheit fehlläuft, es sei denn, es wollte davon ausgegangen werden, dass Frauen vor der Ausübung ihrer eigenen Grundrechte und Grundfreiheiten geschützt werden müssen.⁷¹⁶

⁷¹⁴ Hierzu auch *Holzleithner*, Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), Der Stoff, aus dem Konflikte sind (2009) 341 (353 f).

⁷¹⁵ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten in zwey Theilen (1797), Erster Theil, Einleitung, § D („Nun ist alles, was Unrecht ist, ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen: der Zwang aber ist ein Hindernis oder Widerstand, der der Freiheit geschieht. Folglich: wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d.i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend, d.i. recht“).

⁷¹⁶ Angelehnt an EGMR 01.07.2014, 43835/11 (S.A.S. gg Frankreich) Rn 119.

Es stellt sich mithin zuvorderst die Frage, ob durch ein Verhüllungsverbot die Autonomie eingeschränkt oder vielmehr befördert wird. Sodann ist die Frage nach der hinter den sich verhüllenden Gesetzen stehenden Symbolpolitik aufzunehmen.

5.1 Überlegungen zum Prinzip der Autonomie

Elisabeth Holzleithner schlägt zur vertieften Analyse von Praktiken und Situationen auf ihre Zuträglichkeit für autonomes Handeln vor, das Prinzip der Autonomie, das als zentrales Prinzip des menschlichen Zusammenlebens gilt,⁷¹⁷ in Anlehnung an *Joseph Raz*⁷¹⁸ und *Marilyn Friedman*⁷¹⁹, als Frage nach jenen Bedingungen zu verstehen, unter denen eine Person über die Angelegenheiten ihres Lebens selbstbestimmt zu entscheiden vermag.⁷²⁰ In diesem Sinne setzt *Holzleithner* drei Voraussetzungen relevant: Erstens einen adäquaten Bereich von Lebensmöglichkeiten; zweitens entsprechende emotionale und intellektuelle Fähigkeiten, um eine Wahl zu treffen; und drittens die (relative) Abwesenheit von Zwang und Manipulation.⁷²¹ Dieses Konzept wird im Folgenden kurz vorgestellt und sodann auf die religiös konnotierte Kopfbedeckung von (erwachsenen) Frauen und von Mädchen (bzw Kindern) übertragen.

5.1.1 Die Voraussetzungen von Autonomie

5.1.1.1 Adäquater Bereich von Lebensmöglichkeiten

Das Ideal einer Autonomie im Sinne eines völlig frei gewählten Lebens⁷²² wird sich schon in Anbetracht der vielfach unveränderbar vorgegebenen Umgebungsbedingungen (beginnend mit dem Vorhandensein von Trinkwasser, Nahrung oder Lebensraum) nie gänzlich realisieren lassen. Auch Gesellschaft und Kultur verlangen gewisse Abstriche von der individuellen Autonomie zugunsten des kollektiven Zusammenlebens. Zu hinterfragen ist mithin, wie eine Gesellschaft Autonomie gestaltet und welche autonomen Lebensentwürfe sie zulässt, also inwieweit sie ‚autonomiefreundlich‘ ist und ob sie dem Individuum einen adäquaten Bereich von Lebensmöglichkeiten bietet, sodass es all seine Fähigkeiten entwickeln und seine

⁷¹⁷ *Holzleithner*, Autonomie im Recht, in: *Baer/Sacksofsky* (Hg), Autonomie im Recht (2018) 251 (252).

⁷¹⁸ *Raz*, The Morality of Freedom (1986) 369 ff.

⁷¹⁹ *Friedman*, Autonomy, Gender, Politics (2003) 3 ff.

⁷²⁰ Vgl. *Holzleithner*, Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), Der Stoff, aus dem Konflikte sind (2009) 341 (348).

⁷²¹ Vgl. *Holzleithner*, Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), Der Stoff, aus dem Konflikte sind (2009) 341 (348) und *dies*, Herausforderungen des Rechts in multikulturellen Gesellschaften, in: *Sauer/Strasser* (Hg), Zwangsfreiheiten (2008) 28 (30).

⁷²² Vgl. *Raz*, The Morality of Freedom (1986) 371.

Interessen und Wünsche realisieren kann.⁷²³ Es bedarf mithin eines adäquaten Bereichs an Möglichkeiten („*an adequate range of choices*“⁷²⁴). Eine Person, die lediglich zwischen dem einen oder dem anderen Zwang wählen kann (zB fliehen oder kämpfen⁷²⁵), ist nicht autonom.

5.1.1.2 Emotionale und intellektuelle Fähigkeiten

Autonomes Handeln setzt entsprechende emotionale und intellektuelle Fähigkeiten, um eine Wahl zu treffen, voraus. Dies bedeutet nun keinesfalls, wie *Elisabeth Holzleithner* klarstellt, dass nur ‚Intellektuelle‘ autonom sein könnten; wesentlich sei vielmehr, dass die Gesellschaft dazu aufgerufen ist, die Umstände für die Kultivierung von Fähigkeiten möglichst ideal zu gestalten und das Recht auf Bildung zu realisieren.⁷²⁶ Es geht mithin um die Fähigkeiten, die vorhandenen Optionen (samt ihrer Folgen) hinreichend erkennen, verstehen und reflektieren zu können, um eine selbstbestimmte Wahl zu treffen.

5.1.1.3 Abwesenheit von Zwang und Manipulation

Weiters setzt autonomes Handeln Unabhängigkeit bzw die (relative) Abwesenheit von Zwang und Manipulation voraus. Auch hier ist zu konstatieren, dass es eine absolute Freiheit im Sinne einer völligen Freiheit von Zwang und Manipulation (etwa auch vom Zwang, sich überhaupt anzuziehen) nicht geben kann.⁷²⁷ Die Schwierigkeit liegt vielmehr bei der Frage, wo legitimer Zwang endet und illegitimer Zwang beginnt.⁷²⁸ Neben der Staatsgewalt und rechtlichen Sanktionen ist insbesondere auch an tradierte Sozialnormen, die durch gesellschaftliche Zwänge sanktioniert sind, zu denken. Solche Zwänge engen die faktischen Wahlmöglichkeiten ein und können bis hin zum Verlust der Autonomie führen.

5.1.2 Autonomie und religiöse Kopfbedeckung der Frau

An erster Stelle ist zu hinterfragen, ob der betroffenen Frau ein adäquater Bereich an Optionen offensteht. Hat eine Frau zB lediglich die Wahl, entweder der Heirat zuzustimmen oder als

⁷²³ *Holzleithner*, Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind* (2009) 341 (349 f); *Raz*, *The Morality of Freedom* (1986) 373 ff.

⁷²⁴ *Raz*, *The Morality of Freedom* (1986) 373.

⁷²⁵ So eines der Beispiele von *Raz*, *The Morality of Freedom* (1986) 374.

⁷²⁶ Vgl *Holzleithner*, *Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus*, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind* (2009) 341 (351).

⁷²⁷ So *Holzleithner*, *Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus*, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind* (2009) 341 (353).

⁷²⁸ IdS auch *Holzleithner*, *Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus*, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind* (2009) 341 (353); *Raz*, *The Morality of Freedom* (1986) 378.

unverheiratete Frau von der Gesellschaft ausgestoßen zu sein, so kann von adäquaten Lebensoptionen und folglich von einer autonomen Entscheidung nicht die Rede sein.⁷²⁹ Ebenso fehlt es an der Autonomie, wenn es Frauen verboten ist, aus religiösen Motiven Schleier oder ‚Kopftuch‘ (oder andere Bedeckungen) zu tragen, genauso aber, wenn es ihnen verboten ist, ohne diese Bedeckung die privaten Räumlichkeiten zu verlassen. Um Autonomie herzustellen, bedarf es somit der Schaffung von gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die es Frauen ermöglichen, tatsächlich frei zu wählen, ob sie aus religiösen Motiven eine Kopfbedeckung (oder andere Bedeckungen) tragen oder nicht. Wollte bereits das Tragen eines Kopftuchs an sich als inakzeptable Lebensweise (oder im juristischen Sinn als Verstoß gegen die guten Sitten) gewertet werden, so wäre damit wiederum ausgesagt, dass Frauen, die eine religiös motivierte Kopfbedeckung tragen, vor der Ausübung ihrer eigenen Grundrechte und Grundfreiheiten geschützt werden müssen – und würde ihnen ausdrücklich ihre Autonomie abgesprochen.

Autonomie setzt mithin voraus, dass sowohl das Tragen wie auch das Nicht-Tragen der religiös motivierten Kopfbedeckung (sei dies nun der muslimische Schleier, das muslimische „Kopftuch“ oder der Schleier und die Haube einer römisch-katholischen Nonne) eine adäquate Option darstellt und nicht mit Zwang belegt ist.

Soweit eine Frau Sanktionen zu erwarten hat (seien diese nun familiärer, gesellschaftlicher oder rechtlicher Art) wenn sie die von ihr geforderten religiösen Bekleidungsvorschriften *nicht* einhält, liegt aber ganz offensichtlich Zwang vor. Hat eine Frau Sanktionen zu erwarten, weil sie aus religiösen Motiven eine Kopfbedeckung trägt, liegt allerdings genauso Zwang vor. Die Problematik liegt mithin darin, dass für die Beurteilung, ob Zwang vorliegt, die Außensicht nicht ausreichend ist.

Im Falle von subtilen Zwängen wird die Beurteilung etwas heikler. Subtilen Zwängen sind wir alle und in vielfältiger Weise ausgesetzt. Dies macht subtile Zwänge zwar nicht weniger verwerflich, soweit die beiden anderen Bedingungen für Autonomie erfüllt sind, darf aber eher doch (wenn auch nicht gänzlich situationsunabhängig) angenommen werden, dass es möglich und zumutbar ist, sich solcher Zwänge zu erwehren. Anderes ist allerdings für Kinder anzunehmen, da sie in extrem starker Abhängigkeit von Eltern und Familie stehen und nicht die nötige intellektuelle Reife und das nötige Wissen besitzen, um ihnen allenfalls suggerierte

⁷²⁹ Dieses Beispiel wurde von jenem bei *Holzleithner*, Herausforderungen des Rechts in multikulturellen Gesellschaften, in: Sauer/Strasser (Hg), *Zwangsfreiheiten* (2008) 28 (30 f) motiviert.

Meinungen reflektieren und gegen andere Meinungen abwägen sowie subtile Zwänge abwehren zu können.

Im Hinblick auf die religiös motivierte Kopfbedeckung von Frauen stellt sich mithin die Frage, ob das Interesse, durch ein ‚Verhüllungsverbot‘ von dem Zwang, Schleier oder Tuch tragen zu müssen, befreit zu werden, das individuelle Interesse, Schleier oder Kopftuch tragen zu dürfen, überwiegt. Das ist, zumindest für Österreich, zu verneinen. Denn wie *Silvia Ulrich* zum Gesichtsverhüllungsverbot des AGesVG festhält, ist dieses Verbot „[a]us einer gendersensiblen gleichheitsrechtlichen Perspektive [...] ein ungeeignetes Mittel zur Zielerreichung, denn die Strafnorm begünstigt die Verdrängung der Frauen aus dem öffentlichen Raum und fördert darüber hinaus Übergriffe durch Privatpersonen“⁷³⁰. Letzteres dürfte sich, wie der Bericht der „DOKUSTELLE Islamfeindlichkeit & antimuslimischer Rassismus“⁷³¹ nahelegt, für Österreich bereits bestätigt haben. Zudem ist mit einem Verbot, ‚Symbole der Unterdrückung‘ zu tragen, nicht die Unterdrückung selbst beseitigt – die Unterdrückung bzw der Zwang sind dann einfach nur unsichtbar. Hinzu tritt, dass, soweit ein spezifisches Verbot für Frauen ausgesprochen wird, aus religiösen Motiven eine Kopfbedeckung zu tragen, die betroffenen Frauen erneut gezwungen und unterdrückt werden, indem ihnen etwas verboten wird, was Männern gestattet ist.

Dies ist auch zum Verbot der „Verhüllung der Gesichtszüge“ des österreichischen AGesVG zu konstatieren, wenngleich dieses nicht als spezifisches Verhüllungsverbot für muslimische Frauen formuliert ist. Denn die traditionsvollen Perchten, die typischerweise von Männern getragen werden, und der Vollbart, der ebenso geeignet ist, die Gesichtszüge (will von der Nasenspitze abgesehen werden) zu verbergen, sind bereits vom Gesetzeswortlaut her nicht von dem Verbot betroffen, wobei noch nicht einmal ausgeschlossen ist, dass Männer durchaus zumindest subtilen Zwängen und Manipulationen unterliegen, sich diesen Bräuchen anzuschließen. Auch was den Bart betrifft.

5.1.3 Autonomie und religiöse Kopfbedeckung des Kindes

Auch für Mädchen und Kinder insgesamt kann nur dann von adäquaten Optionen zu sprechen sein, wenn ihnen das Tragen einer religiös konnotierten Kopfbedeckung (oder anderer religiös konnotierter Symbole etc) weder verboten noch geboten ist. In Frage zu stellen ist allerdings, ob bei Kindern die entsprechenden intellektuellen Fähigkeiten (bzw die erforderliche

⁷³⁰ *Ulrich*, Gleichberechtigung, *Ariadne Forum für Frauen- und Geschlechtergeschichte* 2019, 143 (154).

⁷³¹ DOKUSTELLE Islamfeindlichkeit & antimuslimischer Rassismus, *Antimuslimischer Rassismus Report* 2018, Wien 2019. Hierzu bereits Kapitel 2.3.4.

intellektuelle Reife) vorliegen, um die hinter dem Symbol stehende Lehre und die Tragweite ihres Handelns zu erkennen und zu verstehen.

Damit ist das Recht eines Kindes auf eine „offene Zukunft“⁷³² („*The Child's Right to an Open Future*“) angesprochen, was voraussetzt, dass der Bereich seiner Lebensmöglichkeiten nicht in unzulässiger Weise frühzeitig eingeschränkt wird, sodass ihm wertvolle Lebensoptionen nicht von vornherein vorenthalten werden und seine zukünftige Autonomie geschützt wird.

Dies führt zu dem Gutachten von *Martin Nettesheim* zurück, in welchem der Autor prüft, ob ein ‚Kinderkopftuchverbot‘, wie es in Österreich in Kraft gesetzt wurde, vor dem Hintergrund des deutschen Grundgesetzes zulässig sein könnte, und argumentiert, dass die Religionsfreiheit unreifer Kinder durch ein Kinderkopftuchverbot nicht beeinträchtigt sei, da Kinder eben noch nicht die Reife haben, in Glaubens- und Weltanschauungsfragen selbstbestimmt entscheiden zu können.⁷³³ Diese Rechtsmeinung kann in Österreich zudem mit § 5 des Bundesgesetzes über die religiöse Kindererziehung, der eine abgestufte Religionsmündigkeit für Kinder im Hinblick auf die Wahl des Glaubensbekenntnisses vorsieht, unterstützt werden.

Soweit ein spezifisches Kopftuchverbot für muslimische Mädchen gesetzt werden will, wie dies mit den österreichischen Verboten der Verhüllung des Hauptes für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen der Fall ist, läuft diese Argumentation jedoch fehl. Denn hiermit werden Mädchen die nötigen intellektuellen Fähigkeiten und die nötige intellektuelle Reife, die sie zu der autonomen und selbstbestimmten Entscheidung befähigen, aus religiösen Motiven ein Kopftuch zu tragen, abgesprochen; und zugleich Knaben, die aus religiösen Motiven eine Kippa oder eine Patka tragen, die nötige intellektuelle Reife und die nötigen intellektuellen Fähigkeiten hierfür zugesprochen – angeblich zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Grundwerte der Gleichstellung von Mann und Frau, wie die Gesetzestexte der österreichischen ‚Verhüllungsverbote‘ für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen ausdrücklich versprechen. Auch ist es nicht das Kopftuch an sich, dass die „Lebensoptionen“ eines Mädchens einschränkt, sondern ist es vielmehr die Sicht der „Leitkultur“ auf das Kopftuch, das zum Verlust von Wahlmöglichkeiten und Chancen führt.

Ein ähnliches Bild ergibt sich bei der Prüfung der Bedingung „Abwesenheit von Zwang und Manipulation“. Zwar lässt sich im Hinblick auf ein Kopftuchverbot für Kinder eher

⁷³² *Feinberg*, *The Child's Right to an Open Future* (1980); zitiert *Holzleithner*, *Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus*, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), *Der Stoff*, aus dem Konflikte sind (2009) 341 (352).

⁷³³ *Nettesheim*, *Grundgesetz und Verbot eines „Kinderkopftuchs“*, 29.08.2019, 28 f. Hierzu Kapitel 3.3.2.

argumentieren, dass das Interesse der Mädchen, durch eine Verbotsnorm von dem Zwang, ein ‚(Kinder-)Kopftuch‘ tragen zu müssen, befreit zu werden, überwiegt und das Verbot, wie *Martin Nettesheim* vorbringt, erforderlich sein kann, „um die Entwicklung einer genuin autonomen, zu einem freien und selbstbestimmten Leben befähigten Person zu ermöglichen und zu fördern“⁷³⁴. Denn Zwang und Manipulation reduzieren Optionen und verzerren Entscheidungsprozesse und die Bildung von Präferenzen, indem sie soziale Konventionen unabhängig von ihren tatsächlichen Konsequenzen mit Bedeutung aufladen.⁷³⁵ Aufgrund des verpflichtenden Kindergartenjahrs und der Schulpflicht sowie des Umstandes, dass die österreichischen Verhüllungsverbote für Kinder nicht generell für den öffentlichen Raum gelten, sondern auf das Tragen des Kopftuchs an Schulen und in Kindergärten beschränkt sind, ist auch nicht die Gefahr gegeben, dass die betroffenen Mädchen durch das Verbot aus dem öffentlichen Raum verdrängt werden.

Dennoch gehen auch die österreichischen Verhüllungsverbote für Kinder fehl. Denn sie wollen, ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien, spezifisch das muslimische ‚Kopftuch‘ für Mädchen verbieten. Aber auch Knaben, die eine religiös motivierte Kopfbedeckung tragen, werden dies nicht stets frei von jeglichen Zwängen und jeglicher Manipulation, die den Willen unterwerfen, tun. Zudem wird Mädchen etwas verboten, was Knaben erlaubt ist – und dies doch gar, wie die Gesetzestexte ausdrücklich behaupten, zur Wahrung der ‚Gleichstellung von Mann und Frau‘. Wird mit Zwang argumentiert, so ist zudem einen Schritt weiter zu denken, denn auch andere religiöse Bekleidungsstücke oder Symbole als Kopfbedeckungen werden vielleicht nicht gänzlich freiwillig getragen und sind geeignet, den Weg zu einem genuin autonomen, freien und selbstbestimmten Leben zu verstellen. Aber auch mit religiösen Ritualen wie der Beschneidung an männlichen Säuglingen oder der Taufe von Kleinkindern wird Zwang ausgeübt.

Wollten das Recht des Kindes auf eine „offene Zukunft“ und seine (zukünftige) Autonomie voll und ganz gewahrt werden, so wäre jegliche religiös motivierte Beeinflussung von und jegliche religiöse Handlungen an Kindern, die noch nicht die erforderliche intellektuelle Reife zu einem selbstbestimmten religiösen Leben besitzen, zu verbieten. Hier kollidieren das religiöse Erziehungsrecht der Eltern, das Ausfluss der Religionsfreiheit der Eltern ist (und auf einfachgesetzlicher Ebene im Bundesgesetz über die religiöse Kindererziehung Ausdruck findet), mit den gegenläufigen Schutzgütern auf Seiten des Kindes. Denn durch die Ausübung

⁷³⁴ So *Nettesheim*, Grundgesetz und Verbot eines „Kinderkopftuchs“, 29.08.2019, 10. Hierzu Kapitel 3.3.2.

⁷³⁵ Vgl. *Raz*, *The Morality of Freedom* (1986) 378.

des religiösen Erziehungsrechts wird stets in die negative Religionsfreiheit und die religiöse Selbstbestimmung des Kindes eingegriffen und können dem Kind gegebenenfalls alternative Denkweisen und Lebensstile vorenthalten und Entwicklungsmöglichkeiten abgeschnitten werden, die dem Kindeswohl entgegenstehen.

Art 14 StGG bestimmt zwar ausdrücklich, dass niemand zu einer kirchlichen Handlung oder zur Teilnahme an einer kirchlichen Feierlichkeit gezwungen werden kann, trifft sodann jedoch die Einschränkung „in sofern er nicht der nach dem Gesetze hiezu berechtigten Gewalt eines Anderen untersteht“. Praktisch kommt hier nur die Befugnis der Eltern (bzw der Obsorgeberechtigten) in Betracht, im Rahmen der Erziehung auch über die Religionszugehörigkeit und die religiöse Erziehung ihrer Kinder zu entscheiden.⁷³⁶ Ähnliches gilt im Kontext der EMRK. Art 9 EMRK statuiert die Religionsfreiheit; Art 2 des 1. ZP zur EMRK, welches der EGMR in diesem Aspekt als *lex specialis* zu Art 9 EMRK erachtet,⁷³⁷ räumt den Eltern das Recht ein, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen, also über die Religion und Religionsausübung ihrer Kinder zu entscheiden.⁷³⁸

Die Grenzen des religiösen Erziehungsrechts und erst recht die Abgrenzung zwischen dem Erziehungsrecht der Eltern und dem Unterricht in öffentlichen Schulen ist eine gesellschafts- und rechtspolitisch sensible Angelegenheit, was sich nicht zuletzt darin zeigt, dass Art 14 Abs 10 B-VG eine Abänderung des Verhältnisses der Schule und Kirchen (Religionsgesellschaften) einschließlich des Religionsunterrichtes in der Schule erschwert, indem er für Bundesgesetze in diesen Angelegenheiten ein Präsenzquorum von 50 % und ein Konsensquorum von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen im Nationalrat verlangt.⁷³⁹

Offen bleibt schlussendlich die Frage, warum gerade das ‚Kopftuch‘ der Mädchen einen staatlichen Eingriff in die Religionsfreiheit und in das religiöse Erziehungsrecht der Eltern rechtfertigen soll, wohingegen die Kippa oder die Patka der Knaben, das Schulkreuz, die Beschneidung von Knaben aus religiösen Motiven und viele andere religiöse Symbole und Handlungen gegenüber Kindern aus Gründen der Religionsfreiheit eher zu tolerieren sind.

⁷³⁶ Vgl Berka/Binder/Kneihs, Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 416.

⁷³⁷ EGMR 10.01.2017, 29086/12 (Osmanoğlu et Kocabaş gg Schweiz) Rn 90.

⁷³⁸ Hierzu Hanschmann, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hg). EMRK (2017) 1. ZP zur EMRK, Rn 15 ff.

⁷³⁹ Vgl Berka/Binder/Kneihs, Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 884.

5.1.4 Conclusio

Die ‚Autonomie‘ als analytische Kategorie heranzuziehen, erwies sich als sehr nützlich, da die zahlreichen Argumente und Gedanken neu sortiert werden mussten und sie sich entlang der drei Bedingungen für Autonomie sodann auf andere Weise zusammenfügten als im Bisherigen. Der Perspektivenwechsel hat den (eigenen) Blick geschärft, wobei sich zeigte, dass die österreichischen Verhüllungsverbote nicht geeignet sind, die Autonomie der Frau zu stärken und sie zudem das Argument der ‚Gleichstellung von Mann und Frau‘ verkehren, indem sie Frauen und Mädchen etwas verbieten, was Männern und Knaben erlaubt ist. Insoweit kann dieses Kapitel mit den Worten von *Elisabeth Holzleithner* abgeschlossen werden: „Kopftuchverbote sind in den allermeisten Fällen keine adäquaten oder brauchbaren Maßnahmen. Sie behindern vielmehr Kopftuch tragende Frauen bei jener Emanzipation, die man durch das Verbot angeblich befördern möchte. Aus diesem Grund ist ganz im Gegenteil ein effizientes Antidiskriminierungsrecht gefragt, das Benachteiligungen auf Grund des Kopftuchtragens als Fälle intersektioneller Diskriminierung u.a. auf Grund des Geschlechts und der Religion wahrnimmt“⁷⁴⁰. Diese Forderung ist entlang der Ergebnisse der hier vorgenommenen Analysen voll und ganz zu unterstützen und ich hoffe, einen kleinen Beitrag zur Verdeutlichung der dahinterstehenden Problematik geleistet zu haben. Wie es scheint, ist „bei keinem anderen Freiheitsrecht [*gemeint ist die Religionsfreiheit*] [...] die Gefahr grösser, dass Mehrheitsüberzeugungen als neutrale und objektiv richtige Werte missverstanden, die abweichenden Bräuche und Traditionen von Minoritäten aber als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung qualifiziert werden“⁷⁴¹.

5.2 Überlegungen zur ‚Symbolpolitik‘

Es steht jedoch stark zu befürchten, dass die gesetzgebende Instanz der Forderung nach einem effizienten Antidiskriminierungsrecht, das Benachteiligungen aufgrund des Kopftuchtragens wahrnimmt, nicht nachkommen wird, denn um die Autonomie der Frau geht es mit den österreichischen ‚Verhüllungsgesetzen‘ nicht. Allenfalls kann von einer repressiven Autonomie gesprochen werden, ein Konzept, mit welchem *Sabine Strasser* auf die missbräuchliche Verwendung von feministischen Argumenten für Geschlechteregalität, Selbstbestimmung und sexuelle Freiheit hinweist, die weniger der egalitären Inklusion von minorisierten Frauen als

⁷⁴⁰ *Holzleithner*, Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind* (2009) 341 (355 f).

⁷⁴¹ *Langer*, EGMR, *Affaire Osmanoglu et Kocabaş c. Suisse*, AJP 3/2017, 410 (417).

der Abwertung, Ungleichbehandlung und Ausgrenzung von kulturell konstruierten und ethnisch segregierten Gruppen dient – und die, werden sie mit illiberalen Maßnahmen verknüpft, statt zu mehr Autonomie von minorisierten Frauen zu deren Einschränkungen und Unterordnungen führt.⁷⁴²

Während die Gesetzestexte der österreichischen Verbote vorgeben, generelle Verhüllungsverbote zu sein, ging aus den parlamentarischen Debatten ganz eindeutig hervor, dass nichts anderes gewollt war, als ein Burkaverbot an öffentlichen Orten und ein Kinderkopftuchverbot in Kindergärten und an Grundschulen, wobei sich die Gesetzgebungsmaterialien zum neuen § 43a SchUG kaum noch die Mühe machten, sich zu verhüllen. Es wollten mit den Verhüllungsverböten für muslimische Frauen und Mädchen nicht Probleme gelöst, sondern Zeichen gesetzt werden, und es wurde ganz bewusst Symbolpolitik betrieben, um klarzustellen, was in Österreich Platz hat und was keinen Platz hat, zur Bestätigung der eigenen Religion, Kultur und Traditionen und zur Auslöschung des sichtbaren Symbols der Gegengesellschaft. Denn mit Verhüllungsverböten für muslimische Frauen können, wie *Rouven Ertlschweiger* (ÖVP) dies auf den Punkt brachte, „starke Signale für unsere Leitkultur und gegen Parallelgesellschaften“⁷⁴³ gesetzt werden.

Hierzu werden alle denkbaren Argumente angerufen, von der Integration über die Gewalt an Frauen bis hin zur Sexualisierung von Mädchen und der muslimischen Männer, die „sich anscheinend nicht zurückhalten können, wenn sie das lange blonde oder gelockte schwarze Haar einer Frau sehen“⁷⁴⁴ (*Andrea Michaela Schartel*, FPÖ). Der vorliegenden Arbeit lag anfänglich die Erwägung zugrunde, dass traditionelle Männlichkeitsformen bekräftigt und stabilisiert werden,⁷⁴⁵ indem gerade der Schleier oder das Kopftuch der Frau (und nicht irgendein anderes Symbol) politisiert werden (Sexismus) und in subtiler Weise der weiße Mann zum Helden stilisiert werde, der Frauen und Mädchen vor der wilden Männlichkeit der muslimisch Anderen schützt (Sicherheitsdiskurs). Ich hätte am Beginn der Arbeit nicht gedacht, dass sich dies in dieser Ausdrücklichkeit in den stenographischen Protokollen bestätigt. Die Kombination von Sexismus und Rassismus, die, wie *Florian Kreutzer* darlegt, beide der Stabilisierung bestehender Macht- und Herrschaftsverhältnisse zuarbeiten, mag auch erklären, warum es, „wenn auch nicht ausnahmslos, gerade konservative und nationalistische

⁷⁴² *Strasser*, Post-Multikulturalismus und „repressive Autonomie“, in: *Nieswand/Drotbohm*, Kultur, Gesellschaft, Migration (2014) 41 (44).

⁷⁴³ StProt zur 179. Sitzung des NR XXV. GP (16.05.2017) 235.

⁷⁴⁴ StProt zur 49. Sitzung des NR XXVI. GP (21.11.2018) 107.

⁷⁴⁵ Vgl Kapitel 1.2 (letzter Absatz).

Politikerinnen und Politiker [sind], die auf den Zug der Kopftuchgegnerschaft aufgesprungen sind“⁷⁴⁶. *Kreutzer* untermauert diese These mit realen Beispielen; namentlich dass es möglich ist, zugleich die Entschleierung der (ägyptischen) Frau zu betreiben und Gründungsmitglied und Präsident der *Men's League for Opposing Women's Suffrage* zu sein; oder sich zugleich für „den Widerstand gegen eine frauenfeindliche gewaltbetonte politische Ideologie“ und gegen dieses „wahnwitzige ‚Gender Mainstreaming‘“ auszusprechen.⁷⁴⁷ Dabei bieten auch die Grundrechte, die jeder Person herrschaftsfreie Räume zugestehen, keine unüberwindbare Hürde, denn, wie *Silvia Ulrich* scharfsichtig feststellt, ist durch die Gesetzesvorbehalte „ein heteronomer Zugriff auf diese herrschaftsfreien Räume eröffnet“⁷⁴⁸, womit der gesetzgebenden Instanz und auch den Gerichten Raum gegeben ist, gesellschaftliche Macht- und Herrschaftsverhältnisse in das Recht einzuschreiben und „die Grenze für Autonomie und die Anerkennung des Andersseins“⁷⁴⁹ in diesem Sinne zu ziehen.

Die von *Irmgard Griss* (NEOS) gestellte Frage, wie es dazu kommt, dass es immer wieder gelingt, die Menschen auseinanderzudividieren, Hass und Abneigung zwischen den Angehörigen verschiedener Religionen zu wecken und zu schüren, sodass fremde Gewohnheiten und Gebräuche abgelehnt, mit Hass verfolgt werden,⁷⁵⁰ ist mithin sehr berechtigt und hätte nicht damit abgetan werden sollen, dass diese Ebene zu theoretisch sei⁷⁵¹ und dem Elfenbeinturm⁷⁵² zugehöre. Womöglich wollte damit die wohlbekannte Freund-Feind-Theorie von Carl Schmitt abgetan werden.

Schmitt setzte in seiner Schrift „Der Begriff des Politischen“ die irreduzible Differenzierung zwischen Freund und Feind als Ausgangspunkt allen Politischen. Ohne Feindbild fehlt der Wille zur Gemeinschaft, ohne Feindbild erschläft der Staat und verkommt die Demokratie zu einer Massendemokratie, die Gefahr laufe, sich im Problem der Willensbildung selbst aufzuheben.⁷⁵³ Die besagte Schrift wurde erstmals im Jahr 1927 in der Fachzeitschrift „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ veröffentlicht. Im Jahr 1932 wurde eine ergänzte und präzierte Version des Titels als Monografie herausgegeben, die heute als Referenzwerk gilt

⁷⁴⁶ *Holzleithner*, Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in: *Berghahn/Rostock* (Hg), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind* (2009) 341 (342).

⁷⁴⁷ *Kreutzer*, *Stigma »Kopftuch«* (2015) 15 f.

⁷⁴⁸ *Ulrich*, Kein „unschuldiges Außerhalb“ in der Dogmatik der Gleichheits- und Freiheitsrechte, in: *Baer/Sacksofsky*, *Autonomie im Recht* (2018) 71 (71).

⁷⁴⁹ Entlehnt von *Ulrich*, Kein „unschuldiges Außerhalb“ in der Dogmatik der Gleichheits- und Freiheitsrechte, in: *Baer/Sacksofsky*, *Autonomie im Recht* (2018) 71 (81).

⁷⁵⁰ StProt zur 74. Sitzung des NR XXVI. GP (15.05.2019), *Irmgard Griss* (NEOS) 19:58.

⁷⁵¹ StProt zur 74. Sitzung des NR XXVI. GP (15.05.2019), *Nico Marchetti* (ÖVP) 20:14.

⁷⁵² StProt zur 74. Sitzung des NR XXVI. GP (15.05.2019), *Wendelin Mölzer* (FPÖ) 20:04.

⁷⁵³ Hier angelehnt an *Schmitt*, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923) 36 f.

und die auch für das Vorliegende herangezogen wurde. Kurz später, im Jahr 1933, erschien in der (nationalistisch exponierten) Hanseatischen Verlagsanstalt eine weitere, verkürzte Fassung, die hier und dort opportunistische Zugeständnisse an das nationalsozialistische Regime enthielt. Im Jahr 1963 folgte ein ergänzter Nachdruck der Auflage von 1932.

Die Freund-Feind-Theorie wurde somit vor dem Hintergrund der Weimarer Republik entworfen, und in einer Zeit, in welcher die Zahl der Arbeitslosen beständig stieg, die Dauer der Reichsregierungen immer kürzer wurde und sich im Reichstag kaum noch Mehrheiten bilden ließen.⁷⁵⁴ Damit konnte *Schmitt* seine Theorie zugleich als Erklärung für die von ihm konstatierte schleichende Auflösung der souveränen politischen Einheit heranziehen, die er dem Liberalismus zuschrieb, der mit einem konsequenten Individualismus und einer überzogenen Rechtsstaatlichkeit einhergehe und das Politische neutralisiere, entpolitisiere und dem Ökonomischen unterwerfe.⁷⁵⁵ Kurzum, der einstige Feind, der absolutistische Staat und die Feudalaristokratie waren „längst erledigt“⁷⁵⁶ – und es bedurfte eines neuen Feindes, um das Volk wieder zu einer politischen Einheit und Homogenität herzustellen.

Für *Schmitt* ist die „spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, [...] die Unterscheidung von Freund und Feind“⁷⁵⁷. Sie sei höchstes und letztes Unterscheidungsmerkmal, gleichgültig, welche menschlichen Motive (religiöse, moralische, ökonomische, etc) stark genug sind, sie zu bewirken.⁷⁵⁸ Dementsprechend brauche der politische Feind nicht moralisch böse, nicht ästhetisch hässlich zu sein oder als wirtschaftlicher Konkurrent auftreten; „es genügt zu seinem Wesen, daß er in einem besonders intensiven Sinne existenziell etwas anderes und Fremdes ist“⁷⁵⁹, wobei zweckmäßigerweise alle verwertbaren anderen Unterscheidungen zur Unterstützung des Gegensatzes herangezogen (behauptet) werden können.⁷⁶⁰ Für die Feindbestimmung reichen somit das Dasein und das Anderssein des Fremden; einer bedrohlichen oder schändlichen Handlung bedarf es nicht.⁷⁶¹ Denn bereits das Anderssein stellt

⁷⁵⁴ IdS auch *Voigt*, Carl Schmitt: Der Begriff des Politischen, in: *Salzborn* (Hg), *Klassiker der Sozialwissenschaften* (2016) 112 (113).

⁷⁵⁵ *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (1932) 48 f, 58.

⁷⁵⁶ *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (1932) 62.

⁷⁵⁷ *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (1932) 14.

⁷⁵⁸ *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (1932) 24.

⁷⁵⁹ *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (1932) 15.

⁷⁶⁰ *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (1932) 15, 24.

⁷⁶¹ IdS auch *Holzleithner*, „Führung muss sein.“ Carl Schmitts Fiktion eines totalen Staates, in: *Kreisky/Löffler/Zelter* (Hg), *Staatsfiktionen: Denkbilder moderner Staatlichkeit* (2011) 103 (108); und *Ottmann*, Carl Schmitt, in: *Ballestrem/Ottmann*, *Politische Philosophie des 20. Jahrhunderts* (1990) 61 (69).

die „eigene seinsmäßige Art von Leben“⁷⁶² in Frage, wie etwa das Tragen eines muslimischen Schleiers oder Kopftuchs.

Bildet die Freund-Feind-Unterscheidung die zentrale Kategorie des Politischen, so setzt dies logisch das Bestehen einer (vorgängigen) politischen Einheit voraus,⁷⁶³ wozu gehöre, „daß nicht nur Gleiches gleich, sondern, mit unvermeidlicher Konsequenz, das Nichtgleiche nicht gleich behandelt wird“⁷⁶⁴, „also notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen“⁷⁶⁵. Folgerichtig kann wiederum jede beliebige Gleichartigkeit zur Bildung von Einheit, Identität und Homogenität herangezogen werden.⁷⁶⁶ Verwertbare Gegensätze, die sowohl geeignet sind, die politische Einheit zu stärken, wie auch den Feind zu markieren, sind für *Schmitt* insbesondere religiöse, moralische, ökonomische oder ethnische Gegensätze; als besonders geeignet befindet er jedoch, wie sich auch aus seinen Schriften zur politischen Theologie⁷⁶⁷ herauslesen lässt, die Religion bzw den gemeinsamen Glauben. „Dann hören die bisher ‚neutralen‘ Gebiete – Religion, Kultur, Bildung, Wirtschaft – auf, ‚neutral‘ im Sinne von nicht-staatlich und nicht-politisch zu sein“⁷⁶⁸.

Die Freund-Feind-Theorie (wie auch die Person *Carl Schmitt*) ist höchst umstritten.⁷⁶⁹ Wird sie aber schlicht als Theorie verstanden, die dazu dient, zumindest ausschnittsweise die Realität zu beschreiben, so liefert sie vielfach leider tatsächlich eine plausible Erklärung für Geschehnisse und Phänomene. Dazu muss auch gar nicht erst auf die Ära des Nationalsozialismus zurückgegriffen werden, wenngleich in dieser Zeit besonders deutlich wurde, wozu es führen kann, wenn der Feind als zentrale politische Kategorie gesetzt wird. Auch in der aktuellen Innenpolitik und in der Unionspolitik werden die Interessen der einen gerne in einer Manier gegen die Interessen der anderen gespielt, die einer Kampfansage gegen das Feindbild gleichkommt. Auch und erst recht die österreichischen Verhüllungsverbote könnten als Unterstützung einer Freund-Feind-Unterscheidung zu lesen sein, die zur Stabilisierung der

⁷⁶² *Schmitt*, Der Begriff des Politischen (1932) 15.

⁷⁶³ IdS leitete *Schmitt* seine Schrift Der Begriff des Politischen (1932) mit dem Satz „DER BEGRIFF des Staates setzt den Begriff des Politischen voraus“ ein.

⁷⁶⁴ Dies erinnert an den Gleichheitsgrundsatz, der nach heutiger Rechtsansicht (beginnend mit VfGH 14.03.1956, B 191/55 = VfSlg 2956/1956) der gesetzgebenden Instanz gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend seinen Eigenarten ungleich zu behandeln (in anderen Worten ihr verbietet, sachlich nicht zu rechtfertigende Unterscheidung zu treffen, indem Gleiches ungleich und Ungleiches gleich behandelt wird).

⁷⁶⁵ *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus (1923) 13 f.

⁷⁶⁶ Ab 1933 stand Homogenität allerdings (auch für *Schmitt*) nur noch für „Artgleichheit“.

⁷⁶⁷ Vgl *Schmitt*, Politische Theologie (1922) und Politische Theologie II (1970).

⁷⁶⁸ *Schmitt*, Der Begriff des Politischen (1932) 12.

⁷⁶⁹ Sehr kritisch zB *Mehring*, Vom Umgang mit Carl Schmitt, Geschichte und Gesellschaft 1993, 388; *Rüthers*, Altes und Neues von und über Carl Schmitt, NJW 1996, 896.

(eigenen) politischen Einheit den „muslimisch Anderen“⁷⁷⁰ als Feind setzt. Der alte Feind taugt nicht mehr, der Kalte Krieg ist längst beendet. Und die durch das Internet beförderte Massendemokratie greift um sich.

Religiös-kulturelle Differenzen eignen sich nun nicht nur zur Bestimmung des äußeren Feindes und zur Stärkung der Identität und inneren Einheit. Religiös-kulturelle Verhaltensvorgaben und Regeln (seien sie christlich, jüdisch, islamisch, etc) sind zugleich besonders geeignet, Frauen unterzuordnen, auszuschließen oder sonst in ihren Entfaltungsmöglichkeiten zu beschränken. So hält etwa *Saharso* fest, dass sich Gruppenidentität auch über Regeln ausdrücke, die für Frauen aufgestellt werden. Derlei Vorschriften (wie etwa auch Bekleidungsvorschriften) seien aber nicht lediglich Ausdruck von Frauenfeindlichkeit, sondern dienten auch der Erhaltung der Gruppe; sie zu beseitigen, würde die unverwechselbare Gruppenidentität gefährden.⁷⁷¹ Wird Gruppenidentität im Sinne der politischen Einheit bei *Schmitt* verstanden (und ist es der ‚Feind‘, der die Regel aufhebt), ergibt sich ein anderes Bild. Die politische Einheit würde auf beiden Seiten gestärkt, der Intensitätsgrad der Dissoziation erhöht. Die Frau gerät dabei zum Objekt von Politik; und ihr Schutzherr profitiert „kraft des ewigen Zusammenhangs von Schutz und Gehorsam“⁷⁷².

Das Verschleierungsverbot erscheint vor diesem Hintergrund besonders subtil. Ein direktes Verbot (alternativer) kulturell-religiös konnotierter Symbole hätte zur Folge, auch ‚eigene Symbolik‘ aufgeben zu müssen; zumindest solange der Staat von sich behaupten will, liberal zu sein. Mit dem Verschleierungsverbot kann hingegen das ‚eigentliche‘ Feindbild (das muslimisch Andere) unterstützt und zugleich die in den Staatsapparat historisch eingeschriebene, systemische Männlichkeit fortgeschrieben und stabilisiert werden.⁷⁷³ Bedenklich stimmt zudem, dass heute, ähnlich wie in der Zeit, als *Schmitt* seine Freund-Feind-Theorie entwarf, wirtschaftliche und politische Krisen an der Tagesordnung sind – und die Amtsperioden der österreichischen Regierung immer kürzer werden. Hinzu tritt die Migration. Dies macht eine Freund-Feind-Differenzierung zur Absicherung der eigenen Existenz und zur Überwindung des eigenen „sozioökonomische[n] Außenseitertum[s] und dessen Stigmatisierung“⁷⁷⁴ umso fruchtbarer, aus ihr kann neue Kraft geschöpft werden.

⁷⁷⁰ Entlehnt von *Kreutzer*, *Stigma »Kopftuch«* (2015) 9.

⁷⁷¹ *Saharso*, Gibt es einen multikulturellen Feminismus? In: *Sauer/Strasser* (Hg), *Zwangsfreiheiten* (2008) 11 (13).

⁷⁷² *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (1932) 29.

⁷⁷³ Vgl *Kreisky*, Das ewig Männerbündische? In: *Leggewie*, *Wozu Politikwissenschaft?* (1994) 191 (192 f.).

⁷⁷⁴ *Kreutzer*, *Stigma »Kopftuch«* (2015) 12.

Der Gesichtsschleier und das Kopftuch als sichtbarer Gegensatz sind nun hervorragend geeignet, um Differenzen zu verstärken und um Symbolpolitik zu betreiben – „mit Symbolen kann man Stimmung machen“⁷⁷⁵. Zugleich liefert die politische Theorie von *Schmitt* die Antwort auf die Frage, warum der Bart ‚unantastbar‘ ist: Er ist nicht Symbol des ‚Fremden‘, sondern ein Symbol von Männlichkeit – eine symbolische Politik eben, die auf den Köpfen der Frauen ausgetragen wird.

6 Fazit

Im Zuge der Ausarbeitung der vorliegenden Arbeit haben sich die Bedenken, die aus den vorläufigen Analysen resultierten, nicht nur bestätigt, sondern gar erhärtet. Während ich den Bildanalysen zu Clowns und Bärten, den Abenteuern von Hase Lesko und Haifisch McSHARK sowie den musizierenden Eseln durchaus noch Humor abgewinnen konnte, verflog dieser später zur Gänze. Die ‚Redekultur‘ in den parlamentarischen Debatten hat mich weniger beeindruckt, damit war zu rechnen. Nicht gerechnet habe ich allerdings damit, dass die Symbolpolitik, die hier betrieben wird, in den parlamentarischen Debatten so klar zum Ausdruck kam, dass *Carl Schmitt* diese Entwicklung ohne weiteres zur Stützung seiner Theorien hätte verwenden können. Ebenfalls nicht gerechnet habe ich damit, dass es mit der Gesetzgebungskultur so weit gekommen ist, dass Gesetze, die sich verschleiern und ihre wahre Absicht verhüllen, als opportun gelten und gar, obwohl sich die eigentlichen Zielsetzungen entlang der einschlägigen Gesetzgebungsmaterialien und der parlamentarischen Debatten bei bestem Willen nicht mehr leugnen lassen, vom EGMR akzeptiert werden. Mit diesem Schachzug lässt sich das Antidiskriminierungsrecht gut untergraben, denn was ob der neutralen Formulierung vorgeblich für alle gilt, diskriminiert sodann nicht. Aber auch die im Initiativantrag⁷⁷⁶ zur Einführung eines Verbots der „Verhüllung des Hauptes“ für Kinder an Grundschulen (§ 43a SchUG) geplante Vorgehensweise, nämlich die Grundrechtswidrigkeit des Verbots durch eine Verfassungsbestimmung glatt auszuhebeln, entsetzt – wenngleich es nicht dazu gekommen ist, da die notwendige Verfassungsmehrheit fehlte und das Verbot daher als einfaches Gesetz beschlossen werden musste. Dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit entspricht das alles nicht. Schlussendlich bleibt nur, mit *Rupert Wolff* laut zu rufen: „Wir brauchen

⁷⁷⁵ *Oebbecke*, Das „islamische Kopftuch“ als Symbol, in: *Muckel* (Hg), Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat (2003) 593 (595).

⁷⁷⁶ Initiativantrag 495/A BlgNR XXVI. GP.

dringend ein Anti-Gesetzesverhüllungs-Gesetz“⁷⁷⁷ – und ein effizientes Antidiskriminierungsrecht.

Am Ende dieser Arbeit wollte eine Prognose zu der Frage stehen, ob das Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz und die ‚Kopftuchverbote‘ für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen einer Anfechtung vor dem VfGH stand halten würden, die in etwa wie folgt lauten sollte: Wenngleich die Verfassungsmäßigkeit und Grundrechtskonformität des AGesVG höchst zweifelhaft sind, so steht zu erwarten, dass es einer Prüfung durch den VfGH standhält, zumal es neutral formuliert ist, sich der EGMR nicht daran stört, wenn die neutrale Formulierung lediglich der Verhüllung der wahren Absichten dient – und für den Gesichtsschleier ein Kriterium gefunden wurde, das auf andere religiöse Symbole nicht zutrifft und daher eine Differenzierung bzw Ungleichbehandlung ermöglicht, nämlich die Verhüllung des Gesichts, die die offene zwischenmenschliche Kommunikation, die vom Gesetzgeber im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR zum liberalen Grundprinzip erhoben wurde, stört.

Anderes wollte für die ‚Kopftuchverbote‘ für Kinder in Kindergärten und an Grundschulen prognostiziert werden. Denn wenngleich auch diese Verbote insoweit neutral formuliert sind, als sie generell das Tragen weltanschaulich oder religiös geprägter Bekleidung, die mit einer Verhüllung des Hauptes verbunden ist, untersagt, so tun sich hier weitere Untiefen auf. Zum einen wird auf die Weltanschauung und die Religion, deren Freiheit doch garantiert ist, ausdrücklich Bezug genommen. Zum anderen ist bereits dem Ausschussbericht zur Novelle des SchUG (und nicht erst der parlamentarischen Debatte) zu entnehmen, dass beispielsweise die jüdische Kippa und auch die Patka, die von Buben in diesem Alter getragen werden, oder auch das Schulkreuz, nicht von diesem Verbot betroffen sind. Zum Dritten – und dies schien das wichtigste Argument – kann für das schlichte ‚Kopftuch‘, welches das Gesicht nicht verhüllt und somit die offene Kommunikation nicht beeinträchtigt, kein Kriterium gefunden werden, das es von anderen religiösen Symbolen abhebt und damit eine im Verhältnis zu anderen religiösen Symbolen (sei dies nun die Kippa, ein sonstiges, sichtbar getragenes religiöses oder weltanschauliches Symbol oder das immer noch präsente ‚Schulkreuz‘) ungleiche Behandlung rechtfertigen könnte.

Kurz vor ‚Redaktionsschluss‘ wurde ich jedoch von jenem in Kapitel 3.3.3 besprochenen Gutachten von *Kyrill-Alexander Schwarz*⁷⁷⁸ eingeholt, das der Frage nachgeht, ob in der Bundesrepublik Deutschland ein ‚Kopftuchverbot‘ an Schulen nach österreichischem Vorbild

⁷⁷⁷ Wolff, Anwaltstag 2017, AnwBl 11/2017, 642 (643).

⁷⁷⁸ Schwarz, Gutachten zur Frage der Zulässigkeit eines Kopftuchverbotes für Minderjährige unter 14 Jahren, 3.

normativ verankert werden könnte. In diesem Gutachten vertritt *Schwarz*, dass ein Kopftuchverbot für Mädchen (unter 14 Jahren) nicht dem Gleichheitssatz widerspricht, sondern vielmehr eine strikte Gleichbehandlung aller hinreichend wahrnehmbarer religiöser Kleidungsstücke ein Gleichheitsverstoß wäre, da hierdurch der spezifische Gleichheitsverstoß des Kopftuchs (das eine geschlechtsspezifische Diskriminierung darstelle) ausgeblendet würde. Und schon wäre ein Spezifikum für das ‚Kopftuch‘ der Mädchen (oder Frauen) gefunden, auf das sodann eine ungleiche Behandlung gestützt wird, die zugleich das traditionelle Rollenverständnis und die männlich religiöse Symbolik aufrechterhält. Damit ziehe ich es vor, auf eine Prognose zu verzichten, meine Rechtsmeinung behalte ich allerdings bei.

Literaturverzeichnis

- Adamovich, Ludwig/Funk, Bernd-Christian/Holzinger, Gerhart/Frank, Stefan.* Österreichisches Staatsrecht Band 1: Grundlagen. Springer Verlag (2011)
- Alvarado-Dupuy, Flora.* Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz: Zwang zur Entschleierung. Juridikum 2/2017, 152-156
- Aziz, Sonja.* Kein Recht, Außenseiter_in zu sein. Die Entscheidung des EGMR zum französischen Burkaverbot. Juridikum 3/2014, 269-274
- Baumgartner, Gerhard.* Grundsätze und Grundrechte der Grundrechte-Charta, in: *Feik, Rudolf/Winkler, Roland* (Hg). Festschrift für Walter Berka. Jan Sramek Verlag (2013) 3-20
- Benke, Nikolaus.* Unsystematische Bemerkungen zu Sexismus in der Werbung, in: *Feigl, Susanne/Konstatzky, Sandra* (Hg). Auf dem Weg zur Gleichbehandlung. Festschrift für Ingrid Nikolay-Leitner. ÖGB Verlag (2018) 310-324
- Berka, Walter.* Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich. Springer Verlag (1999)
- Berka, Walter.* Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis. DRdA 2017, 247-261
- Berka, Walter/Binder, Christina/Kneihs, Benjamin.* Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich. Verlag Österreich (2019)
- Bielefeldt, Heiner.* Die Religionsfreiheit – ein vielfach missverstandenes Menschenrecht, in: *Karl, Wolfram* (Hg). Religionsfreiheit im Zeichen der Globalisierung und Multikulturalität. Jan Sramek Verlag (2013) 3-47
- Binder, Christina.* The Concept of Margin of Appreciation. JRP 2015, 56-66
- Brugger, Winfried.* Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter? APuZ 36/2006, 9-15.
- Bülow von, Evelyn.* Das Kopftuchurteil des EGMR. Trauner Verlag (2008)
- Bydlinski, Franz.* Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät. Springer Verlag (1988)
- Dietze, Gabriele.* Das ‚Ereignis Köln‘. Femina Politica 1/2016, 93-102
- Ennöckl, Daniel.* Der Status der Ausländer, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hg). Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1. Grundrechte in Österreich. C.F. Müller Verlag (2014) § 5 Rn 1-52, 163-185
- Ennöckl, Daniel.* "Nun sag, wie hast du's mit der Religion?" ZfV 2016, 395-400
- Epping, Volker.* Grundrechte. Springer Verlag (2017)
- Erkens, Harald.* Ende des Kruzifix-Streits vor dem EGMR. Das Urteil der Großen Kammer im Fall „Lautsi gegen Italien“. BRJ 1/2011, 46-48
- Feinberg, Joel.* The Child's Right to an Open Future, in: *Aiken, William/LaFollette, Hugh* (Hg). Whose Child? Children's Rights, Parental Authority, and State Power. Rowman and Littlefield (1980) 124-153
- Finke, Jasper.* Man bleibt halt gerne unter sich. Das französische Burka-Verbot und der Schutz von Rechten, die es nicht gibt. JuWiss.de, 02.07.2014 [abgerufen unter: <https://www.juwiss.de/84-2014/>]
- Friedman, Marilyn.* Autonomy, Gender, Politics. Oxford University Press (2003)
- Fürlinger, Ernst* (Hg). Die Freiheit der Religion. Ein klassisches Menschenrecht in der Kontroverse. Edition Donau-Universität Krems (2017)

- Grabenwarter, Christoph.* Europäischer Grundrechtsschutz. Enzyklopädie Europarecht Band 2. Nomos Verlag (2014)
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina.* Europäische Menschenrechtskonvention. C. H. Beck Verlag (2016)
- Grabenwarter, Christoph/Struth, Katharina.* Das französische Verbot der Vollverschleierung – Absolutes Verbot der Gesichtsverhüllung zur Wahrung der „Minimalanforderungen des Lebens in einer Gesellschaft“? EuGRZ 2015, 1-8
- Greif, Elisabeth/Ulrich, Silvia.* Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht. Manz Verlag (2019)
- Hailbronner, Kay.* Der öffentliche Dienst als “pouvoir neutre”. ZaöRV 69/2009, 267-274
- Hajek, Katharina/Sauer, Birgit.* Machen Frauen Frauenpolitik? Das Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz und die Quote für Aufsichtsräte, in: *Blaustrumpf ahoi!* (Hg). „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich: Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung. Löcker Verlag (2019) 317-328
- Hanke, Marcus.* Zinsverbot und islamische Bank. Von Datteln und Kreditkarten, in: *Aichhorn, Ulrike* (Hg). Geld- und Kreditwesen im Spiegel der Wissenschaft. Springer (2005) 157-175
- Hochhuth, Martin.* Kein Verstoß gegen EMRK durch Verbot der Gesichtverschleierung in Frankreich. NJW 2014, 2925-2935
- Holzleithner, Elisabeth.* Autonomie im Recht – der Fall von Pornografie, in: *Baer, Susanne/Sacksofsky, Ute* (Hg). Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen. Nomos Verlag (2018) 251-274
- Holzleithner, Elisabeth.* Bekleidungsvorschriften und Genderperformance. Gutachten für die Gleichbehandlungsanwaltschaft. Klosterneuburg, 21.10.2015 [abgerufen unter: <http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=61160>]
- Holzleithner, Elisabeth.* Bekleidungsvorschriften und Genderperformance am Arbeitsplatz, in: *Feigl, Susanne/Konstatzky, Sandra* (Hg). Auf dem Weg zur Gleichbehandlung. Festschrift für Ingrid Nikolay-Leitner. ÖGB Verlag (2018) 251-262
- Holzleithner, Elisabeth.* Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus: Eine Analyse entlang der Bedingungen für Autonomie, in: *Berghahn, Sabine/Rostock, Petra* (Hg). Der Stoff, aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Transcript Verlag (2009) 341-359
- Holzleithner, Elisabeth.* EU-rechtliche Bestimmungen zum Diskriminierungsverbot. Grundlagen und Anwendung, in: *Scherr, Albert/El-Mafaalani, Aladin/Yüksel, Gökçen* (Hg). Handbuch Diskriminierung. Springer Verlag (2017) 211-237
- Holzleithner, Elisabeth.* Feministische Menschenrechtskritik. Zeitschrift für Menschenrechte 1/2016, 110-120
- Holzleithner, Elisabeth.* Freiheit und Sicherheit – Konkurrenz oder Synergie? Zeitschrift für Menschenrechte 2/2017, 7-29
- Holzleithner, Elisabeth.* „Führung muss sein.“ Carl Schmitts Fiktion eines totalen Staates, in: *Kreisky, Eva/Löffler, Marion/Zelter, Sabine* (Hg). Staatsfiktionen: Denkbilder moderner Staatlichkeit. Facultas Verlag (2011) 103-121
- Holzleithner, Elisabeth.* Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierung. Herausforderungen für das Europarecht, in: *Arioli, Kathrin/Cottier, Michelle/Farahmand, Patricia/Küng, Zita* (Hg). Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Dike Verlag (2008) 305-320
- Holzleithner, Elisabeth.* Gerechtigkeit und Geschlechterrollen. Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts 2/2016, 133-151

- Holzleithner, Elisabeth.* Herausforderungen des Rechts in multikulturellen Gesellschaften. Zwischen individueller Autonomie und Gruppenrechten, in: *Sauer, Birgit/Strasser, Sabine* (Hg). Zwangsfreiheiten. Multikulturalität und Feminismus. Promedia Verlag (2008) 28-48
- Holzleithner, Elisabeth.* Menschenrechte in feministischer Kritik: Aktuelle Debatten und Umsetzungskrisen, in: *Leicht, Imke/Meisterhans, Nadja/Löw, Christine/Volk, Katharina* (Hg). Feministische Kritiken und Menschenrechte. Reflexionen auf ein produktives Spannungsverhältnis. Verlag Barbara Budrich (2016) 21-38
- Holzleithner, Elisabeth.* Mühen der Ebene: Rechtsfragen der Gleichstellung am Beispiel des Programms »Für Österreich«, in: *Bargetz, Brigitte/Kreisky, Eva/Ludwig, Gundula* (Hg). Dauerkämpfe. Feministische Zeitdiagnosen und Strategien. Campus Verlag (2017) 55-64
- Holzleithner, Elisabeth.* Recht, Macht, Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung. Wiener Universitätsverlag (2002)
- Holzleithner, Elisabeth.* Recht und Staat: Gegner oder Verbündete im Bemühen um Geschlechtergleichstellung? In: *Ludwig, Gundula/Sauer, Birgit/Wöhl, Stefanie* (Hg). Staat und Geschlecht. Grundlagen und aktuelle Herausforderungen feministischer Staatstheorie. Nomos Verlag (2009) 47-60
- Holzleithner, Elisabeth.* Subversion from within. Opposition to Gender Equality in the Court of Justice of the European Union, in: *Verloo, Mieke* (Hg). Varieties of Opposition to Gender Equality in Europe. Routledge (2018) 135-153
- Holzleithner, Elisabeth.* Toleranz und Menschenrechte, in: *Sedmak, Clemens* (Hg). Toleranz. Vom Wert der Vielfalt. Wissenschaftliche Buchgesellschaft (2015) 85-107
- Holzleithner, Elisabeth.* Zum Verbot der Gesichtshüllung in Österreich – eine rechtliche Farce. *Femina Politica* 1/2018, 127-133
- Holzleithner, Elisabeth/Rössl, Ines.* Ein Trojanisches Pferd? Zur Instrumentalisierung von Frauenpolitik in der Integrationsdebatte, in: *Blaustrumpf ahoi!* (Hg). „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich: Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung. Löcker Verlag (2019) 361-379
- Holzleithner, Elisabeth/Strasser, Sabine.* Multikulturalismus im Widerstreit: Debatten über kulturelle Diversität, Geschlechtergleichheit und sexuelle Autonomie, in: *Strasser, Sabine/Holzleithner, Elisabeth.* Multikulturalismus queer gelesen. Zwangsheirat und gleichgeschlechtliche Ehe in pluralen Gesellschaften. Campus Verlag (2010) 27-46
- Hopf, Herbert.* Religiöse Symbole. Diskriminierung wegen Religion am Arbeitsplatz. *ZAS* 2018/20, 112-122
- Hopf, Herbert/Mayr, Klaus/Eichinger, Julia.* GIBG. Gleichbehandlung – Antidiskriminierung. Manz Verlag (2009)
- Kalb, Herbert/Potz, Richard/Schinkele, Brigitte.* Das Kreuz in Klassenzimmer und Gerichtssaal. Plöchl-Druck (1996)
- Kalb, Herbert/Potz, Richard/Schinkele, Brigitte.* Religionsrecht. Wiener Universitätsverlag (2003)
- Kalb, Herbert/Wakolbinger, Doris.* Das Kopftuch am Arbeitsplatz im Lichte der EuGH-Judikatur. *JAS* 2017, 154-167
- Kant, Immanuel.* Die Metaphysik der Sitten in zwey Theilen. Friedrich Nicolovius (1797)
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz.* EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. C. H. Beck Verlag (2015)
- Keskinkılıç, Ozan.* »Der orientalische Mann« vor/nach Köln. Zur sexuell-kulturellen Dynamik des antimuslimischen Rassismus in der Fluchtdebatte, in: *Römhild, Regina/Schwanhäüßer, Anja/Zur Nieden, Birgit/Yurdakul, Gökce* (Hg). Witnessing the Transition: Moments in the Long Summer of Migration. Humboldt Universität (2017) 61-73

- Kley, Andreas.* Kutten, Kopftücher, Kreuze und Minarette – religiöse Symbole im öffentlichen Raum, in: *Pahud de Mortanges, René* (Hg). Religion und Integration aus der Sicht des Rechts. Grundlagen – Problemfelder – Perspektiven. Freiburger Veröffentlichungen zum Religionsrecht (2010) 229-257
- Kneihs, Benjamin.* Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hg). Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1. Grundrechte in Österreich. C.F. Müller Verlag (2014) § 9 Rn 1-78, 321-361
- Kneihs, Benjamin/Rill, Heinz Peter.* Kreuze in Kindergärten. Kritische Anmerkungen zum Erkenntnis des VfGH vom 9.3.2011, G 287/09. JRP 2013, 163-172
- Kopetzki, Christian.* Altes und Neues zur Präimplantationsdiagnostik. JRP 2012, 317-337
- Kovács, Erika.* Generelles Neutralitätsgebot versus Kopftuchverbot am Arbeitsplatz. Die Offenbarung des EuGH. ASoK 2017, 122-131
- Kovács, Erika.* Kopftuchverbot am Arbeitsplatz? Rechtfertigungsmöglichkeiten im Unionsrecht. ASoK 2016, 440-450
- Kreil, Linda.* Haar- und Barttracht: Persönlichkeitsschutz contra Weisungsrecht. RdW 2006, 703-705
- Kreisky, Eva.* Das ewig Männerbündische? Zur Standardform von Staat und Politik, in: *Leggewie, Claus.* Wozu Politikwissenschaft? Über das Neue in der Politik. Wissenschaftliche Buchgesellschaft (1994) 191-208
- Kreisky, Eva/Löffler, Marion.* Maskulinismus und Staat: Beharrung und Veränderung, in: *Ludwig, Gundula/Sauer, Birgit/Wöhl, Stefanie* (Hg). Staat und Geschlecht. Grundlagen und aktuelle Herausforderungen feministischer Staatstheorie. Nomos Verlag (2009) 75-88
- Kreutzer, Florian.* Stigma »Kopftuch«. Transcript Verlag (2015)
- Kucsko-Stadlmayer, Gabriele.* Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hg). Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1. Grundrechte in Österreich. C.F. Müller Verlag (2014) § 3 Rn 1-105, 77-137
- Kühling, Jürgen.* Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht. Duncker und Humblot (1999)
- Kühn, Peter.* Das Kopftuch im Diskurs der Kulturen. Verlag Traugott Bautz (2008)
- Langer, Lorenz.* EGMR, Affaire Osmanoglu et Kocabaş c. Suisse, Requête no 29086/12: Religionsfreiheit und obligatorischer Schwimmunterricht. AJP 3/2017, 410-421
- Lembke, Ulrike.* Burka-Verbot: Der EGMR verkürzt den menschenrechtlichen Diskriminierungsschutz in Europa. JuWiss.de, 09.07.2014 [abgerufen unter: <https://www.juwiss.de/87-2014/>]
- Lienbacher, Georg.* Religiöse Rechte, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hg). Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1. Grundrechte in Österreich. C.F. Müller Verlag (2014) § 12 Rn 1-66, 445-482
- Mangold, Anna Katharina.* Für sichtbare demokratische Vielfalt in deutschen Gerichten! djbZ 1/2018, 10-12
- Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad.* Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht. Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH v. 14.3.2017 in den Rs. C-157/15 (Achbita) und C-188/15 (Bougnanou). EuR 2017, 700-725
- Marhold, Franz.* Religiös motivierte Bekleidung und Schadenersatz bei Mehrfachdiskriminierung. ZAS 2017, 38-44
- Martin, Barbara.* Der bärtige Mann. Eine Skizze um ein erotisches Attribut. Theater der Zeit Verlag (2010)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter.* Grundgesetz. Loseblattsammlung 81. EL. C. H. Beck Verlag (2017)

- Mayer, Heinz.* Das Schulkreuz und die Grundrechte. JRP 1995, 222-227
- Mayer, Heinz/Kucsko-Stadlmayer, Gabriele/Stöger, Karl.* Bundesverfassungsrecht. Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts. Manz Verlag (2015)
- Mecheril, Paul/Messerschmidt, Astrid.* Die Sexualisierung der Anderen: Globale Kontexte und Perspektiven solidarischer Bildung. Widersprüche: Zeitschrift für sozialistische Politik im Bildungs-, Gesundheits- und Sozialbereich, Heft 141, 36. Jg 2016, 147-158
- Mehring, Reinhard.* Vom Umgang mit Carl Schmitt. Zur neueren Literatur. Geschichte und Gesellschaft 1993, 388-407
- Merten, Klaus.* Einführung in die Kommunikationswissenschaft. LIT Verlag (2007)
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/ Raumer von, Stefan* (Hg). EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar. Nomos Verlag (2017)
- Müller, Rudolf.* Über Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Schächtens, in: *Funk, Bernd-Christian/Adamovich, Ludwig* (Hg). Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag. Verlag Österreich (2002) 503-524
- Neisser, Heinrich.* Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit. ÖJZ 1983, 1-10
- Nettesheim, Martin.* Grundgesetz und Verbot eines „Kinderkopftuchs“. Zur Diskussion über Kopftuchverbote für Schülerinnen. Gutachten im Auftrag von TERRE DES FEMMES Menschenrechte für die Frau e.V. Tübingen, 29.08.2019 [abgerufen unter: <https://www.frauenrechte.de/images/downloads/presse/kinderkopftuch/Nettesheim-Gutachten-Kinderkopftuch-Endfassung.pdf>]
- Oebbecke, Janbernd.* Das „islamische Kopftuch“ als Symbol, in: *Muckel, Stefan* (Hg). Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag. Duncker und Humblot (2003) 593-606
- Öhlinger, Theo/Eberhard, Harald.* Verfassungsrecht. Facultas Verlag (2016)
- Oldstone-Moore, Christopher.* Of Beards and Men. The Revealing History of Facial Hair. University of Chicago Press (2015)
- Ottmann, Henning.* Carl Schmitt, in: *Ballestrem, Karl/Ottmann, Henning.* Politische Philosophie des 20. Jahrhunderts. Oldenbourg Verlag (1990) 61-87
- Pabel, Katharina.* Der Grundrechtsschutz für das Schächten. EuGRZ 2002, 220-234
- Pabel, Katharina.* Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus. Besprechung des EGMR-Urteils im Fall Leyla Şahin, EuGRZ 2005, 12-17
- Palmstorfer, Rainer.* Das Schulkreuz aus grundrechtlicher Perspektive. JRP 2013, 173-184
- Pentz, Eva.* Verschleierung: ein „ungeziemendes Benehmen“? Der Umgang der österreichischen Justiz mit einer verschleierte Angeklagten. Juridikum 3/2008, 147-149
- Pernthaler, Peter.* Braucht ein positivrechtlicher Grundrechtskatalog das Rechtsprinzip der Menschenwürde? In: *Akyürek, Metin/Schäffer, Heinz* (Hg). Staat und Recht in europäischer Perspektive. Festschrift für Heinz Schäffer. Manz Verlag / C. H. Beck Verlag (2006) 613-632
- Peters, Birgit.* Kruzifixe im Klassenraum: EGMR (GK) 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi/IT). ZÖR 2012, 573-586
- Pöschl, Magdalena.* Gleichheitsrechte, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hg). Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1. Grundrechte in Österreich. C.F. Müller Verlag (2014) § 14 Rn 1-123, 519-590
- Potz, Andrea.* Die Gretchenfrage an Unternehmen: Wie hast du's mit religiösen und weltanschaulichen Zeichen und Kleidungsstücken am Arbeitsplatz? JAS 2017, 257-269

- Potz, Richard.* Religion im säkularen Staat, in: *Jabloner, Clemens/Olechowski, Thomas/Zeleny, Klaus* (Hg). *Secular Religion. Rezeption und Kritik von Hans Kelsens Auseinandersetzung mit Religion und Wissenschaft.* Manz Verlag (2013) 59-72
- Progin-Theuerkauf, Sarah.* Zur obligatorischen Teilnahme von muslimischen Schülerinnen am gemischten Schwimmunterricht. *sui generis* 2017, 31-41
- Raz, Joseph.* *The Morality of Freedom.* Clarendon Press (1986)
- Rosenberger, Sieglinde.* Gesichtsverhüllung: In der Öffentlichkeit pauschal verboten, in: *Feigl, Susanne/Konstatzky, Sandra* (Hg). *Auf dem Weg zur Gleichbehandlung. Festschrift für Ingrid Nikolay-Leitner.* ÖGB Verlag (2018) 241-250
- Rumpf, Christian.* Das Laizismus-Prinzip in der Rechtsordnung der Republik Türkei. *JÖR* 1987, 179-217
- Rüthers, Bernd.* Altes und Neues von und über Carl Schmitt. *NJW* 1996, 896-904
- Sacksofsky, Ute.* "Freiwillige Unterwerfung"? Anmerkungen zu Recht, Religion und Gender. *Juridikum* 4/2016, 461-471
- Saharso, Sawitri.* Gibt es einen multikulturellen Feminismus? Ansätze zwischen Universalismus und Anti-Essenzialismus, in: *Sauer, Birgit/Strasser, Sabine* (Hg). *Zwangsfreiheiten. Multikulturalität und Feminismus.* Promedia Verlag (2008) 11-27
- Scharfe, Matthias.* In hoc signo... Erkenntniskritik zum Kreuz im niederösterreichischen Kindergarten, *VfSlg* 19.349/2011. *JRP* 2013, 185-197
- Schinkele, Brigitte.* Der „Streit“ um das islamische Kopftuch. Kommentar zu BVerfG 24.9.2003, 2 BvR 1436/02 (unter Berücksichtigung von BAG 10.10.2002, 2 AZR 472/01; BVerfG 30.7.2002, 1 BvR 792/03). *RdW* 2004, 30-36
- Schinkele, Brigitte.* Der "Streit" um das islamische Kopftuch vor dem EuGH. *Ecolex* 2017, 739-742
- Schinkele, Brigitte.* Glosse zu VfGH 11.3.2015, E 717/2014. *öarr* 2016, 388-406
- Schmitt, Carl.* Der Begriff des Politischen. Mit einer Rede über das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen. Duncker und Humblot (1932)
- Schmitt, Carl.* Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. Duncker und Humblot (1923)
- Schmitt, Carl.* Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Duncker und Humblot (1922)
- Schmitt, Carl.* Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie. Duncker und Humblot (1970)
- Schwanenflug von, Noreen/Szczerbak, Simone.* Das Tragen eines Kopftuches im Lichte des Neutralitätsgebots im Öffentlichen Dienst. *NVwZ* 2018, 441-447
- Schwarz, Kyrill-Alexander.* Gutachten zur Frage der Zulässigkeit eines Kopftuchverbotes für Minderjährige unter 14 Jahren. Rechtsgutachten im Auftrag der BAGIV. Würzburg, 5.3.2020
- Schwimmann, Michael/Neumayr, Matthias.* ABGB. Taschenkommentar mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG. LexisNexis Verlag (2017)
- Seppelt, Rosalie.* Obligatorischer Schwimmunterricht (gemischtgeschlechtlich) für muslimische Schülerinnen konventionskonform. *Osmanoğlu u.a. gegen Schweiz.* *EuGRZ* 2017, 249-259
- Smutny, Petra.* Erste Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zur Kopftuchdebatte. Der Schutz vor religiöser Diskriminierung am Arbeitsplatz durch das Gleichbehandlungsgesetz nach OGH 25.5.2016, 9 Ob A 117/15v. *Juridikum* 4/2016, 420-426
- Stotz, Rüdiger.* Die Rechtsprechung des EuGH, in: *Riesenhuber, Karl* (Hg). *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis.* De Gruyter Verlag (2015) 491-518

- Strasser, Sabine.* Post-Multikulturalismus und „repressive Autonomie“: sozialanthropologische Perspektiven zur Integrationsdebatte, in: *Nieswand, Boris/Drotbohm, Heike.* Kultur, Gesellschaft, Migration. Die reflexive Wende in der Migrationsforschung. Springer Verlag (2014) 41-67
- Sündhofer, Beate.* Konventionskonformität des Gesichtsbedeckungsverbots in der Öffentlichkeit. ALJ 1/2015, 88-98
- Teifke, Nils.* Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwärfähigkeit des Höchstrangigen. Mohr Siebeck Verlag (2011)
- Thienel, Rudolf.* Religionsfreiheit in Österreich, in: *Manssen, Gerrit/Banaszak, Boguslaw* (Hg), Religionsfreiheit in Mittel- und Osteuropa zwischen Tradition und Europäisierung. Lang Verlag (2006) 35-78
- Ulrich, Silvia.* Betriebliche Neutralitätspolitik ist keine Lizenz zur Geschlechterdiskriminierung, in: *Feigl, Susanne/Konstatzky, Sandra* (Hg). Auf dem Weg zur Gleichbehandlung. Festschrift für Ingrid Nikolay-Leitner. ÖGB Verlag (2018) 263-276
- Ulrich, Silvia.* Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in: *Ulrich, Silvia/Schnedl, Gerhard/Pirstner-Ebner, Renate* (Hg). Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft. Festschrift für Christian Brünner zum 65. Geburtstag. Böhlau Verlag (2007) 633-661
- Ulrich, Silvia.* Diversity Management und Antidiskriminierungsrecht. Fundierung durch internationale Menschenrechte und Unionsrecht, in: *Genkova, Petia/Ringeisen, Tobias* (Hg). Handbuch Diversity Kompetenz. Band 1: Perspektiven und Anwendungsfelder. Springer Verlag (2016) 251-264
- Ulrich, Silvia.* Gleichberechtigung. Frauenpolitik und Verfassung – Der Kampf um Gleichstellung in Österreich. Ariadne Forum für Frauen- und Geschlechtergeschichte 2019, 143-157
- Ulrich, Silvia.* Kein „unschuldiges Außerhalb“ in der Dogmatik der Gleichheits- und Freiheitsrechte, in: *Baer, Susanne/Sacksofsky, Ute* (Hg). Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen. Nomos Verlag (2018) 71-82
- Ulrich, Silvia.* Rechtsschutz gegen Diskriminierung aus religiösen Gründen, in: *Brünner, Christian* (Hg). Diskriminierung aus religiösen Gründen. Schriftenreihe Colloquium Band 19. Verlag Österreich (2009) 57-89
- Ungern-Sternberg von, Anje.* EGMR: S.A.S. ./ Frankreich – Burkaverbot. MRM 1/2015, 56-63
- Voigt, Rüdiger.* Carl Schmitt: Der Begriff des Politischen, in: *Salzborn, Samuel* (Hg). Klassiker der Sozialwissenschaften. 100 Schlüsselwerke im Portrait. Springer Verlag (2016) 112-115
- Walter, Christian.* Staat und Religionsgemeinschaften am Beispiel der Straßburger Kruzifix-Urteile, in: *Karl, Wolfram* (Hg). Religionsfreiheit im Zeichen der Globalisierung und Multikulturalität. Jan Sramek Verlag (2013) 97-110
- Wiederin, Ewald.* Schutz der Privatsphäre, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hg). Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VII/1. Grundrechte in Österreich. C.F. Müller Verlag (2014) § 10 Rn 1-145, 363-418
- Wiese, Kirsten.* Religionsfreiheit in Europa stärken. Zur Diskussion um Kopftuch- und Gesichtsschleierverbote in Europa, in: *Fürlinger, Ernst* (Hg). Die Freiheit der Religion. Ein klassisches Menschenrecht in der Kontroverse. Edition Donau-Universität Krems (2017) 93-111
- Windisch-Graetz, Michaela.* Das Diskriminierungsverbot aufgrund von Religion und Weltanschauung am Arbeitsplatz, in: *Brünner, Christian* (Hg). Diskriminierung aus religiösen Gründen. Schriftenreihe Colloquium Band 19. Verlag Österreich (2009) 43-56
- Wolff, Rupert.* Anwaltstag 2017 – Eröffnungsrede von ÖRAK-Präsident Dr. Rupert Wolff. AnwBl 11/2017, 642-645

Deutsche Zusammenfassung (Abstract)

Die vorliegende Dissertation befasst sich mit Österreichs Verboten der Verhüllung des Gesichtes und des Hauptes, namentlich dem am 1. Oktober 2017 in Kraft getretenen Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz (AGesVG), dem Art 3 Abs 1 der im Dezember 2018 kundgemachten Vereinbarung gem Art 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über die Elementarpädagogik (für Kindergärten) und dem in das Schulunterrichtsgesetz neu eingefügten und am 26. September 2019 in Kraft getretenen § 43a (für Grundschulen). Während das AGesVG ein neutrales und generelles Verbot statuiert, im öffentlichen Raum seine Gesichtszüge durch Kleidung oder andere Gegenstände zu verhüllen, untersagen die anderen beiden rechtlichen Maßnahmen Kindern in Kindergärten und an Grundschulen das Tragen weltanschaulich oder religiös geprägter Bekleidung, mit der eine Verhüllung des Hauptes verbunden ist. Den Ausgangspunkt der Arbeit bildete das AGesVG, genauer gesagt die Diskrepanz zwischen dem vorgeblichen Ziel des Gesetzes (neutrales und generelles Verbot der Verhüllung des Gesichts) und dem in der öffentlichen Debatte benannten Ziel („Burkaverbot“). Diese Diskrepanz wiederholt sich entlang der rechtlichen Maßnahmen in Kindergärten und an Grundschulen, indem die gesetzlichen Regelungen neutral von Bekleidung, „mit der eine Verhüllung des Hauptes verbunden ist“, sprechen, in der öffentlichen Debatte aber vermehrt von einem „Kopftuchverbot“ die Rede war. Aus der anleitenden Forschungsfrage „Warum Gesichtsschleier verboten, Bärte aber erlaubt sind“, resultierten die zentralen Zielsetzungen der Arbeit: Der benannten Diskrepanz aus verschiedenen Blickwinkeln auf den Grund zu gehen, die dahinterliegenden (hegemonialen) Denkmuster und Machterhaltungsmechanismen zu „enthüllen“ und die Bedingungen für Selbstbestimmtheit zu analysieren. Der Aufbau der Arbeit widmet sich zunächst dem Gesichtsverhüllungsverbot des AGesVG und beinhaltet eine Analyse der Gesetzgebungsmaterialien, des Gesetzestextes, der Anwendungspraxis sowie der Grundrechtskonformität. Analog dazu werden sodann die Verbote der „Verhüllung des Hauptes“ für Kinder an Grundschulen und in Kindergärten analysiert, gefolgt von einer Judikaturanalyse (EGMR, EuGH, OGH, deutsches BVerfG, etc) zur Frage der Zulässigkeit von Verboten, am Arbeitsplatz religiöse Kopfbedeckungen oder andere religiöse oder weltanschauliche Symbole zu tragen. Mit einer Reflexion wird schließlich zu der Frage zurückgekehrt, warum es Männern zusteht, ihr Gesicht (durch Bärte) und ihr Haupt (womit auch immer) zu verhüllen, nicht jedoch Frauen, ihr Gesicht mit einem Schleier und ihr Haupt durch ein Tuch zu verhüllen. Die Arbeit endet mit einem abschließenden Fazit.

Englische Zusammenfassung (Abstract)

This doctoral thesis deals with Austria's prohibition of covering the face and head, namely the Anti Facial Covering Act (AGesVG), which came into force on October 1, 2017, Article 3 Paragraph 1 of the agreement according to Article 15a B-VG between the federal government and the federal states on elementary education (for kindergartens), announced in December 2018, and the newly-added Paragraph 43a of the School Education Act (for primary schools), which entered into force on September 26, 2019. While the AGesVG stipulates a neutral and general ban on covering one's facial features with clothing or other objects in public spaces, the other two legal measures prohibit children in kindergartens and elementary schools from wearing ideological or religious clothing, which includes the covering of the head. The starting point of the thesis was the AGesVG, more precisely the discrepancy between the purported goal of the law (neutral and general ban on the covering of the face) and the goal cited in the public discourse ('burqa ban'). This discrepancy is repeated in the legal measures for kindergartens and at primary schools, in that the legal regulations speak neutrally of clothing "with which the head is covered", but in public debates there was increasing talk of a 'headscarf ban'. The guiding research question 'Why face veils are forbidden but beards are allowed' resulted in the main objectives of the work: To get to the bottom of the cited discrepancy from different perspectives, to 'reveal' the underlying (hegemonic) thought patterns and mechanisms of power retention and to analyse the conditions for self-determination. The structure of the thesis is initially devoted to the AGesVG's ban on face covering and includes an analysis of the legislative materials, the legal text, the implementation in practice and conformity with fundamental rights. Similarly, the prohibitions on "covering the head" for children in primary schools and kindergartens are then analysed, followed by a judicial analysis (EGMR, EuGH, OGH, German BVerfG, etc) on the question of the admissibility of prohibitions on wearing religious headgear or other religious or ideological symbols at work. The following section returns to and reflects on the question of why men are allowed to cover their faces (with beards) and their heads (with whatever), but women are not permitted to cover their faces with a veil and their heads with a headscarf. The thesis ends with a conclusion.