

Kaspar Ehrenzeller / Christina Müller / Benjamin Schindler

Ausgestaltung des Verhüllungsverbots durch den Bundesgesetzgeber

Bemerkungen zum Gesetzesentwurf des Bundesrats

Der vorliegende Beitrag beleuchtet den Vorschlag des Bundesrats zur Umsetzung des verfassungsrechtlichen Verhüllungsverbots auf Gesetzesebene. Die Autoren begrüßen, dass sich der Bundesgesetzgeber die Verwirklichung der Verfassungsnorm vornimmt und diese Aufgabe nicht den Kantonen überlässt. Sie kritisieren aber die Ausgestaltung des Verbots als Übertretung mit hohem Bussenrahmen sowie die dem Verfassungswortlaut zuwiderlaufende Ausweitung der Ausnahmetatbestände. Sie schlagen vor, das Verbot als bloße Ordnungswidrigkeit auszugestalten und sich bei der Formulierung des Tatbestandes möglichst am Wortlaut der Verfassung zu orientieren.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Übriges Verfassungsrecht, Grundrechte

Zitiervorschlag: Kaspar Ehrenzeller / Christina Müller / Benjamin Schindler, Ausgestaltung des Verhüllungsverbots durch den Bundesgesetzgeber, in: Jusletter 28. März 2022

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Problemaufriss: Religionsfeindlich motivierte Volksinitiativen
 - 2.1. Historische Perspektive: Verblüffende Parallelen zwischen Schächtverbot und Verhüllungsverbot
 - 2.1.1. Schächtverbot
 - 2.1.2. Verhüllungsverbot
 - 2.2. Funktionale Perspektive: Bedeutung von eidgenössischen Volksinitiativen
3. Wer: Warum ist der Bund zuständig?
 - 3.1. Kompetenzbegründender Charakter von Art. 10a BV
 - 3.2. Subsidiäre Berufung auf Strafrechtskompetenz (Art. 123 BV)
 - 3.2.1. Bussenandrohung als primärer Sanktionsmechanismus
 - 3.2.2. Warum der Bund von seiner Strafrechtskompetenz Gebrauch machen sollte
4. Wo: StGB oder ein eigenes Gesetz?
 - 4.1. Kantonale Regelungen
 - 4.2. Ausländische Regelungen
 - 4.3. Mögliche Regelungsgefässe auf Bundesebene
 - 4.3.1. Normierung im StGB
 - 4.3.2. Regelung in einem eigenen Gesetz
5. Wie: Wieso setzt die Verfassung der Relativierung von Art. 10a BV Grenzen?
 - 5.1. Der Vernehmlassungsentwurf
 - 5.2. Verfassungsrechtliche Grenzsteine für die Ausgestaltung von Art. 10a BV
 - 5.2.1. Normative Ebene: Unscharfe Vorstellungen über den Umsetzungsgegenstand
 - 5.2.2. Institutionelle Ebene: Einengung statt Erweiterung von Gestaltungsspielräumen
 - 5.2.3. Methodische Ebene: Ermächtigung durch Methode
6. Vier Wegweiser zur Ausgestaltung von Art. 10a BV
 - 6.1. Regelungsort: Ein eigenes Bundesgesetz zur Gesichtsverhüllung
 - 6.2. Rechtsfolge: Gesetzgeberischen Spielraum für eine Ordnungsbusse nutzen
 - 6.3. Anwendungsbereich: Auslegungsspielraum für eine Harmonisierung ausloten
 - 6.4. Ausnahmen vom Verbot: Eng begrenzte Möglichkeiten der Harmonisierung
7. Fazit

1. Ausgangslage

[1] Volk und Stände haben am 7. März 2021 die Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» angenommen und der Verfassung einen neuen Art. 10a (Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts) eingefügt. Auch wenn das Verbot in der Verfassung konkret umschrieben wird, bleibt es Aufgabe des Gesetzgebers, dem Verbot mittels einer Strafnorm durchsetzbare Konturen zu verleihen. Am 20. Oktober 2021 hat der Bundesrat einen Entwurf vorgestellt, wie er das Verhüllungsverbot mittels eines neuen Straftatbestands in das bestehende Strafgesetzbuch integrieren will (Art. 332a VE-StGB).

[2] Im vorliegenden Beitrag analysieren wir diesen Entwurf und stellen dabei drei Fragen, die uns zentral scheinen: *Wer* soll das verfassungsrechtliche Verhüllungsverbot auf Gesetzesstufe umsetzen: der Bund oder die Kantone? *Wo* soll eine solche Verbotsnorm innerhalb der Rechtsordnung angesiedelt werden: im allgemeinen Strafgesetzbuch oder in einem eigenen Erlass? Und *wie* soll die Norm umgesetzt werden: möglichst getreu dem Verfassungswortlaut oder unter «verfassungsharmonisierender» Ausweitung der von Art. 10a BV vorgesehenen Ausnahmetatbestände? Vorangestellt ist dieser Analyse ein historischer Rückblick, der die Diskussion um das verfassungsrechtliche Schächtverbot miteinbezieht. Dieses Verbot im tierfreundlichen Deckmantel und

antisemitischem Kernanliegen gelangte 1893 mittels Volksinitiative in die Vorgängerverfassung und weist erstaunliche Parallelen zum Verhüllungsverbot auf.

[3] Die Verfassenden dieses Beitrags lehnen das Verhüllungsverbot als unsinnig und islamophob ab. Solange solche Volksinitiativen verfassungsrechtlich zulässig sind, bleiben entsprechende Normen nach der hier vertretenen Auffassung allerdings ein von der Bundesverfassung in Kauf genommenes und die schweizerische Verfassungskultur prägendes Phänomen, das einen verfassungskonformen Umgang verlangt. Das in der Verfassung formulierte Verbot sollte daher möglichst «beim Wort» genommen werden. Zugleich sollte der Bundesgesetzgeber seinen Spielraum dort nutzen, wo er besteht, nämlich bei der Eingliederung des Tatbestands in die bestehende Strafrechtssystematik und damit einhergehend bei der Bestimmung der Bussenhöhe. Indem das Verbot in einem eigenen Bundesgesetz als Ordnungswidrigkeit mit einer vergleichsweise tiefen Maximalbusse von 300 Franken ausgestaltet wird, ist dies möglich. Das Ordnungsbussenverfahren öffnet den kantonalen Behörden gleichzeitig den Weg für eine einfache und ressourcenschonende Umsetzung.

2. Problemaufriss: Religionsfeindlich motivierte Volksinitiativen

2.1. Historische Perspektive: Verblüffende Parallelen zwischen Schächtverbot und Verhüllungsverbot

[4] Das neu in der Verfassung verankerte Verhüllungsverbot wirft zahlreiche Fragen auf, die sich scheinbar heute neu und erstmals stellen. Ein Blick in die Schweizer Verfassungsgeschichte macht indes deutlich, dass das 1893 in der Bundesverfassung verankerte Schächtverbot (Art. 25^{bis} BV 1848) bemerkenswerte Parallelen zu Art. 10a BV aufweist.¹ Dies gilt für die Entstehungsgeschichte, die mehr oder weniger unverhüllt vorgetragenen antireligiösen Motive hinter einem direkt in der Verfassung verankerten Verbot, und nicht zuletzt die Frage des kompetenzbegründenden Charakters der Norm aus bundesstaatlicher Sicht.

2.1.1. Schächtverbot

[5] Das Schächten eines Tieres, d.h. die rituelle Schlachtung ohne vorgängige Betäubung, kann man als tierquälerische Praxis einstufen, gleichwohl tangiert es den sachlichen Schutzbereich der Religionsfreiheit.² Je nach Perspektive ist diese Form der Tötung daher zu verbieten oder umgekehrt unter besonderen rechtlichen Schutz zu stellen. In der Vergangenheit ging es nicht bloss um eine Abwägung zwischen Interessen des Tierschutzes einerseits und dem Grundrechtsschutz von Menschen jüdischen Glaubens andererseits. Die Befürworter des Schächtverbots nutzten diese Diskussion, um mehr oder weniger unverhohlen antisemitische Symbolpolitik zu betreiben.³ Die Ursprünge des Streits um das Schächtverbot in der Schweiz haben ihre Wurzeln im Aargau. Vom 17. bis zum 19. Jahrhundert waren die beiden Dörfer Endingen und Lengnau im aargauischen

¹ BENJAMIN SCHINDLER, Keine Sittenmandate, in: Neue Zürcher Zeitung vom 13. September 2016, 9.

² Exemplarisch zur Dichotomie Votum v. Steiger, Sten Bull N 1892/1893 433; Votum Hilty, Sten Bull N 1893 446 ff.

³ Laut dem BGer richtet sich Art. 25^{bis} aBV «recht eigentlich gegen das Schächten der Juden» (BGE 33 I 723, E. 3). Hierzu eingehend PASCAL KRAUTHAMMER, Das Schächtverbot in der Schweiz 1854–2000, Diss., Zürich 2000 (zit. Schächtverbot), 60 ff.

Surbtal die einzigen Ortschaften der Eidgenossenschaft, wo jüdische Menschen sich dauernd niederlassen und Gemeinden bilden durften.⁴ Auslöser für den Streit um das Schächtverbot war das aargauische Tierschutzgesetz von 1887, mit dem das Schächten verboten wurde. Dagegen wehrten sich die israelitischen Ortsbürgergemeinden Neu-Endingen und Neu-Lengnau. Sie erhoben gegen das Gesetz zusammen mit den israelitischen Kultusgemeinden Baden und Bremgarten Rekurs beim Bundesrat. Parallel dazu sammelte die israelitische Gemeinde Basel Unterschriften für eine Petition, die dem Bundesrat eingereicht wurde. Im August 1889 erhoben schliesslich die israelitischen Kultusvereine des Kantons Bern Rekurs gegen das vom bernischen Regierungsrat mittels Verordnung erlassene Schächtverbot.⁵ Der Bundesrat behandelte diese Geschäfte gemeinsam und entschied im März 1890, dass «ein unbedingtes Verbot des Schächtens» durch die kantonale Gesetzgebung «mit Art. 50 Absatz 1 [Religionsfreiheit] der Bundesverfassung im Widerspruche» stehe und «daher nicht zu Recht bestehen» könne.⁶ Zu dieser Rechtsauffassung kam der Bundesrat nach Durchführung eines eingehenden Rechtsvergleichs. Die für die damalige Zeit aufwändige Methodik unterstreicht die Bedeutung, die der Frage damals beigemessen wurde.⁷

[6] In den zurechtgewiesenen *Kantonen* löste der Beschluss des Bundesrates Reaktionen aus. Bereits kurz nach der Einführung der ausformulierten Volksinitiative im Jahr 1891 formten Tierschutzvereine der Kantone Bern und Aargau zusammen mit antisemitischen Kräften ein Initiativkomitee und reichten am 30. August 1892 beim Bundesrat 83'159 gültige Unterschriften für die erste eidgenössische Volksinitiative in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs ein: die Volksinitiative «für ein Verbot des Schlachtens ohne vorherige Betäubung».⁸ Es dürfte kein Zufall sein, dass 44'882 der 50'000 vorausgesetzten Unterschriften aus den Kantonen Bern (25'071) und Aargau (22'811) zusammenkamen, womit 53.9% aller eingereichten Unterschriften aus den gemassregelten Kantonen stammten.⁹

[7] Der *Bundesrat und die Bundesversammlung* waren zum ersten Mal mit einer ausformulierten Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung konfrontiert. In den parlamentarischen Debatten wurde rege darüber diskutiert, inwiefern das Schächten als «Schlachtmethode eine Tierquälerei in sich schliesse und damit den bestehenden Tierschutzgesetzen, der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung widerspreche» oder nicht.¹⁰ Einig war man sich hingegen, dass «eine Staatsverfassung keine Bestimmungen aufzunehmen [habe], die, wie das Verfahren beim Töten von Schlachttieren, bloss polizeilich reglementarischer Natur sind und keine konstitutionelle Be-

⁴ FLORENCE GUGGENHEIM-GRÜNBERG, Vom Scheiterhaufen zur Emanzipation, Die Juden in der Schweiz vom 6. bis 19. Jahrhundert, in: Willy Guggenheim (Hrsg.), Juden in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 1983, 10 ff., 21 ff.

⁵ Bundesratsbeschluss über 1) den Rekurs der israelitischen Ortsbürgergemeinden Neu-Endingen und Neu-Lengnau und der israelitischen Kultusgemeinden Baden und Bremgarten im Kanton Aargau gegen die Massnahmen der aargauischen Staatsbehörden, betreffend die Art der Tötung der Schlachttiere (Schächtverbot); 2) die Petition der Israeliten in der Schweiz vom 25. Mai und 4. Juni 1888 in der Schächtangelegenheit; 3) den Rekurs der israelitischen Kultusvereine des Kantons Bern gegen Art. 13 der bernischen Regierungsverordnung vom 14. August 1889 über das Schlachten von Vieh und über den Fleischverkauf vom 17.03.1890, BBl 1890 I 639 ff. (zit. Bundesratsbeschluss Schächtverbot), 640 ff.

⁶ Bundesratsbeschluss Schächtverbot (Fn. 5), BBl 1890 I 662 f.

⁷ So äussert sich der Bundesratsbeschluss Schächtverbot (Fn. 5), BBl 1890 I 648 ff. zur Rechtslage in Bezug auf das Schächtverbot in Deutschland, Österreich-Ungarn, Italien, Frankreich, Nord-Amerika, Belgien, Russland und England.

⁸ Bericht des Bundesrates an die hohe schweizerische Bundesversammlung, betreffend das die Aufnahme des Schächtverbotes in die Bundesverfassung bezweckende Initiativbegehren vom 1. November 1892 (zit. Bericht Bundesrat Schächtverbot), BBl 1892 IV 762 ff.

⁹ Bericht Bundesrat Schächtverbot (Fn. 8), BBl 1892 IV 762 f.

¹⁰ Vgl. Merkle, Sten Bull N 1892/1893 419.

deutung haben».¹¹ Betont wurde auch, dass die vorgeschlagene Verfassungsrevision aus Respekt gegenüber kantonalen Hoheitsbefugnissen abzulehnen und die Sache bevorzugt auch künftig der kantonalen Gesetzgebung zu belassen wäre.¹² Neben der Verfassungswürdigkeit und dem Respekt vor kantonalen Zuständigkeiten blieb unbestritten, dass die Volksinitiative im Falle einer Annahme die Kompetenzen des Bundesgesetzgebers erweitern würde.¹³ Diskutiert wurde sogar das intertemporalrechtliche Problem, inwiefern im Falle einer Annahme neue oder bestehende kantonale Schächtverbote gelten, bis der Bund legiferiert habe.¹⁴ Am Ende unterbreitete die Bundesversammlung die Volksinitiative aber ohne Gegenentwurf Volk und Ständen zur Abstimmung und beantragte mit Beschluss vom 20.06.1893 ihre Ablehnung.¹⁵

[8] Am 20.08.1893 wurde die erste eidgenössische Volksinitiative «für ein Verbot des Schlachtens ohne vorherige Betäubung» mit 60,1%¹⁶ der Stimmberechtigten – in den Kantonen Aargau (90%) und Bern (80.1%) geradezu wuchtig¹⁷ – und 11 1/2 zu 10 1/2 Standesstimmen angenommen.¹⁸

¹¹ Votum Merkle, Sten Bull N 1892/1893 420; vgl. auch den abgelehnten Minderheitsantrag v. Steiger, Sten Bull N 1892/1893 418, wonach «polizeiliche Vorschriften über das Schlachten von Tieren im allgemeinen und über die Betäubung der Tiere vor dem Schlachten insbesondere zu denjenigen Verfügungen über die Ausübung von Gewerben gehören, zu welchen die Kantone laut Art. 31, litt. c der Bundesverfassung kompetent sind; und dass demnach keine Notwendigkeit vorliegt, über diesen Gegenstand eine neue Bestimmung in die Bundesverfassung aufzunehmen.»; nach Locher, Sten Bull N 1892/1893 431, sei «die Bundesverfassung [...] kein Schlachthausreglement»; vgl. hingegen Votum Zurbuchen, Sten Bull N 1892/1893 434: «Nun glaube ich, es ist unzutreffend, wenn man sagt, es handle sich hier um eine polizeiliche Vorschrift und deshalb dürfe man die Verfassung nicht damit behelligen. Es sind bereits polizeiliche Vorschriften in der Bundesverfassung enthalten. Ich verweise hier beispielhaft auf den vielbesprochenen Art. 25 [aBV].».

¹² Vgl. etwa Votum v. Steiger, Sten Bull N 1892/1893 433, sei es «noch heute das richtigste, wenn die Bundesversammlung erklärt, das Schlachten und die Vorschriften, Verordnungen, Reglement über das Schlachten sind Gegenstand der kantonalen Gesetzgebung»; vgl. auch Votum Holdener, Sten Bull N 1892/1893 429: «Ich halte es also aus diesem Gesichtspunkt allein [...] absolut nicht für richtig, ein Begehren an den Bund zu stellen, sondern das hätte Sache der Kantone bleiben sollen, indem wir ja über Polizeisachen in den meisten andern Artikeln auch nichts sagen. Man ist aber doch davon abgekommen und wünscht, dass der Bund einen bestimmten Grundsatz in die Verfassung aufnehme».

¹³ Vgl. Votum Merkle, Sten Bull N 1892/1893 419: «Die Kompetenz der Bundesgesetzgebung soll erweitert werden, indem sie bis anhin nach Art. 25 auf den Erlass von Bestimmungen über die Ausübung der Fischerei und Jagd, zur Erhaltung des Hochwildes, sowie zum Schutz der für die Land- und Forstwirtschaft nützlichen Vögel beschränkt war.» Und weiter: «In der Kommission besteht keine Meinungsverschiedenheit darüber, dass dieser Initiativvorschlag, so wie er lautet, zur Aufnahme in die Bundesverfassung nicht empfohlen werden könne. Ein organisatorisches Staatsgrundgesetz, eine Staatsverfassung, sei es nun des Bundes oder der Kantone, hat keine Bestimmungen aufzunehmen, die, wie das Verfahren beim Töten von Schlachttieren, bloss polizeilich reglementarischer Natur sind und keine konstitutionelle Bedeutung haben. Solche Bestimmungen gehören in die Spezialgesetzgebung. Dagegen ist es allerdings konstitutioneller Natur und daher in der Bundesverfassung zu behandeln, wenn es sich darum handelt, über eine bestimmte Materie die gesetzgeberische Kompetenz des Bundes auf der einen Seite und der Kantone auf der andern Seite auszuscheiden, zu regulieren und gegenüber dem Bund die Kompetenz zu erweitern, gegenüber den Kantonen zu beschränken, wie es mit dem jetzigen Art. 25 der Bundesverfassung in der That [sic] auch der Fall ist. Von diesem Standpunkt aus, wenn wir also sagen, eine derartige Bestimmung gehört nicht in die Bundesverfassung, stellt sich die Frage nun so, ob es notwendig oder auch nur wünschenswert sei, dass die gesetzgeberische Kompetenz des Bundes nicht auf Art. 25 der Bundesverfassung beschränkt bleibe, sondern eine Ausdehnung erhalte zum Schutz von Tieren gegen unnötige rohe Quälerei, sei es bloss bei der Tötung von Schlachtieren nach dem Initiativvorschlag, sei es überhaupt aus sittlichen und volkswirtschaftlichen Gründen behufs Verhütung von ungerechtfertigter, grausamer, quälerischer Behandlung sowie Tötung von Tieren.» S.a. Votum Sutter, Sten Bull N 1893 452: «Was wird herauskommen, wenn das Initiativbegehren in der Volksabstimmung die Mehrheit erhält? Alsdann wird das Schächten in der ganzen Eidgenossenschaft verboten werden müssen; es wäre das der schlimmste Fall für die Israeliten und ihre Freunde».

¹⁴ Vgl. Votum Brenner, Sten Bull N 1893 449.

¹⁵ Bundesbeschluss über das Initiativbegehren betreffend das Verbot des Schlachtens ohne vorherige Betäubung vom 20. Juni 1893, BBl 1893 III 745 f.

¹⁶ 191'527 Ja zu 127'101 Nein.

¹⁷ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die eidgenössische Volksabstimmung vom 20. August 1893 vom 13. Oktober 1893 (zit. Botsch. Volksabstimmung 20. August 1893), BBl 1893 IV 399 ff., 401.

¹⁸ Botsch. Volksabstimmung 20. August 1893 (Fn. 17), BBl 1893 IV 401.

Aufgrund eines Streits, ob bei 22 Standesstimmen das Ständemehr mit 11 1/2 bereits erreicht sei oder nicht, fasste der Bundesrat seinen Erwahrungsbeschluss erst am 13.10.1893 und bejahte das erreichte Ständemehr. Aus diesem Grund trat die neue Verfassungsnorm erst am 22.12.1893 mit folgendem Wortlaut in Kraft:¹⁹

«Art. 25^{bis}

Das Schlachten der Tiere ohne vorherige Betäubung vor dem Blutentzuge ist bei jeder Schlachtart und Viehgattung ausnahmslos untersagt.»

[9] Im Rahmen der Bestrebungen zur Schaffung einer verfassungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Tierschutzes im Jahr 1973 (neuer Art. 25^{bis} BV 1874) wurde das Schächtverbot von der Verfassungs- auf die Gesetzesstufe herabgestuft.²⁰ Die von der Bundesversammlung vorgeschlagene Verfassungsänderung wurde am 02.12.1973 deutlich angenommen.²¹ Auf Gesetzesstufe besteht das Schächtverbot bis heute. Widerhandlungen können mit Busse bis 20'000 Franken bestraft werden.²²

2.1.2. Verhüllungsverbot

[10] Mehr als ein Jahrhundert nach der Diskussion über ein Schächtverbot entflammte eine ähnlich gelagerte Auseinandersetzung über ein Gesichtsverhüllungsverbot in der Bundesverfassung. Auch hier ging es vordergründig um eine Massnahme zur «Stärkung der Freiheit und der Gleichberechtigung der Geschlechter», zur «Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung» sowie zur «Wahrung der Mindestvoraussetzungen für das gesellschaftliche Zusammenleben» – allesamt anerkannte öffentliche Interessen.²³ Bei näherer Betrachtung entpuppen sich diese Argumente aber als politisch korrekter Schleier zur Verhüllung der wahren Motive. Zentral für das Initiativkomitee war es, ein symbolisches Zeichen gegen «Anfänge des politischen Islams» zu setzen.²⁴ Der Weg, wie es zu einer Verfassungsinitiative auf Bundesebene kam, weist erstaunliche Ähnlichkeiten mit der Vorgeschichte des Schächtverbots auf. Auch hier waren es zuerst einzelne Kantone, die Verhüllungsverbote erliessen, derweil auf Bundesebene entsprechende Vorstösse zunächst

¹⁹ BB betreffend die Erwahrung der Volksabstimmung vom 20. Aug. 1893 über das [sic] die Aufnahme des Verbotes des Schlachtens ohne vorherige Betäubung in die BV postulierende Initiativbegehren, AS XIII 1020.

²⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrates über die Ersetzung des Schächtartikels der BV durch einen Tierschutzartikel (Art. 25^{bis} BV) vom 15. November 1972, BBl 1972 II 1478 ff.

²¹ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 2. Dezember 1973 (Dringliche Konjunkturbeschlüsse und Tierschutzartikel) vom 18. Januar 1974, BBl 1974 I 306 ff.; vgl. zum Ganzen auch CHRISTOPH ERRASS, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK-VERFASSER), Art. 80, Rz. 2.

²² Art. 21 und Art. 28 Abs. 1 Bst. f Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 (SR 455).

²³ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» und zum indirekten Gegenvorschlag (Bundesgesetz über die Gesichtsverhüllung) vom 15. März 2019 (zit. Botsch. Verhüllungsverbot), BBl 2019 2913 ff., 2935 ff.

²⁴ Exemplarisch Votum Glarner AB 2020 N 1023: «Was wollen denn die Initianten? Sie wollen den Anfängen des politischen Islams etwas entgegensetzen und wollen zugleich auch das Vermummungsverbot durchsetzen.» S.a. die Entgegnung in Votum Jositsch AB 2019 S 959: «Was mich an der Initiative auch noch stört, ist, dass sie einen antimuslimischen Unterton hat. Ich stelle fest, dass verschiedene Leute, die in der Gleichstellungsdiskussion sonst nicht unbedingt durch Engagement auffallen, sich hier besonders ins Zeug werfen. Das scheint mir kein Zufall zu sein, und in diese Reihen möchte ich mich eigentlich nicht eingliedern. Herr Caroni hat es erwähnt, dass in anderen Zusammenhängen Diskussionen, wie sie früher schon gegen andere Religionsgemeinschaften stattgefunden haben, immer damit beginnen, dass man sagt: Ich bin nicht gegen den Islam, aber ... Und dann kommen solche Argumente. Da möchte ich mich nicht einreihen. Aus diesen Gründen ist die Initiative das falsche Mittel».

scheiterten.²⁵ In den Kantonen Bern, Basel-Stadt, Zürich, Solothurn, Schwyz und Glarus blieben die Bestrebungen zur Einführung kantonaler Verhüllungsverbote aus verschiedenen Gründen ohne Erfolg.²⁶ Besonders hervorzuheben ist hierbei der *Kanton Basel-Stadt*, wo eine kantonale Volksinitiative der jungen SVP die Verankerung eines kantonalen «Vermummungsverbotes»²⁷ im öffentlichen Raum im kantonalen Übertretungsstrafgesetz verlangte. Laut dem Grossen Rat verursacht die Volksinitiative indes einen ungerechtfertigten Eingriff in durch die BV gewährleistete Grundrechte und verstosse damit gegen Bundesrecht,²⁸ weshalb er sie für ungültig erklärte.²⁹ Das Appellationsgericht in der Rolle als kantonales Verfassungsgericht bestätigte diese Rechtsauffassung in seinem Urteil vom 04.02.2014.³⁰ Erfolgreich waren Vorstösse für kantonale Verhüllungsverbote in zwei anderen Kantonen: Im *Kanton St. Gallen* beschloss der Kantonsrat 2017, das schon bestehende Vermummungsverbot in Art. 12^{bis} des kantonalen Übertretungsstrafgesetzes³¹ durch ein «Gesichtsverhüllungsverbot» zu ergänzen.³² Das dagegen erhobene Referendum scheiterte, womit der neue Art. 12^{ter} des Übertretungsstrafgesetzes mit einem Ja-Anteil von 66,65% am 23.09.2018 angenommen wurde.³³ Im *Kanton Tessin* forderte eine ausformulierte Volksinitiative die Verankerung eines Gesichtsverhüllungsverbots in der Kantonsverfassung.³⁴ Die Stimmberechtigten nahmen die Initiative am 22.09.2013 an. Im Rahmen der Gewährleistung dieser neuen Verfassungsbestimmung erachtete der Bundesrat eine bundesrechtskonforme Umsetzung für möglich.³⁵ Die Bundesversammlung folgte dieser Argumentation und gewährleistete den neuen Art. 9a KV-TI mit Beschluss vom 11.03.2015.³⁶ Umgesetzt wurde der neue Verfassungsartikel in drei Erlassen, wobei die «Legge sulla dissimulazione del volto negli spazi pubblici» (LDiss) vom

²⁵ Vgl. Interpellation Darbellay 06.3675; Interpellation Darbellay 09.4308; Motion Freysinger 10.3173; Standesinitiative Aargau 10.333; Motion Fehr 11.3043; Motion Fehr 13.3525; Motion Föhn 13.3520; Parlamentarische Initiative Wobmann 14.467.

²⁶ EJPD, Erläuternder Bericht vom 27.06.2018, 8, 17.

²⁷ Obschon die Initiative als «Vermummungsverbot» bezeichnet wurde, entsprach das Initiativbegehren nicht etwa einem Vermummungsverbot an öffentlichen Kundgebungen zur Verhinderung anonymer Straftaten, das bereits zuvor eine Mehrheit der Kantone kannte, sondern vielmehr einem Verhüllungsverbot für den ganzen öffentlichen Raum, wie die Kantone Tessin und St. Gallen später einführen würden.

²⁸ Namentlich «das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), das allgemeine Gleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) sowie die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 Abs. 1 BV)» (Regierungsratsbeschluss BS, 26.03.2013, P130006, 13).

²⁹ Initiative für ein «Kantonales Vermummungsverbot im öffentlichen Raum «Vermummungsverbots-Initiative» (13.0006)», abrufbar unter <https://www.grosserrat.bs.ch/ratsbetrieb/geschaefte/200105795> (besucht am 02.03.2022).

³⁰ Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verfassungsgericht, Geschäftsnummer VG.2013.1.

³¹ Übertretungsstrafgesetz vom 13.12.1984 (UeStG; sGS 921.1).

³² Amtsblatt des Kantons St. Gallen 2017, Nr. 51, 3660.

³³ Art. 12^{ter} UeStG: «Wer sich im öffentlichen Raum sowie an Orten, die öffentlich zugänglich sind, durch Verhüllung des Gesichts unkenntlich macht und dadurch die öffentliche Sicherheit oder den religiösen oder gesellschaftlichen Frieden bedroht oder gefährdet, wird mit Busse bestraft.»

³⁴ Vgl. Art. 9a KV-TI: «Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts: Niemand darf sein Gesicht im öffentlichen Raum und an Orten verhüllen oder verbergen, die allgemein zugänglich sind (ausgenommen Sakralstätten) oder der Erbringung von Publikumsdienstleistungen dienen (Abs. 1). Niemand darf eine Person zwingen, ihr Gesicht aufgrund ihres Geschlechts zu verhüllen (Abs. 2). Das Gesetz regelt die Ausnahmen von Absatz 1 und bestimmt die Sanktionen (Abs. 3).»

³⁵ Botschaft des Bundesrates zur Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Bern, Uri, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Tessin, Waadt und Jura vom 12.11.2014, BBl 2014 9091 ff., 9110 ff.

³⁶ Bundesbeschluss über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Bern, Uri, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Tessin, Waadt und Jura vom 11. März 2015, BBl 2015 3035 ff.

23.11.2015, in der die Ausnahmen vom Verhüllungsverbot geregelt wurden, im Zentrum stand.³⁷ Die Ausnahmeregel auf Stufe Gesetz erklärt die Verhüllung des Gesichts dann nicht für strafbar, «wenn sie aus Gründen der Gesundheit, der Sicherheit, des Berufs oder der sportlichen Tätigkeit gerechtfertigt ist oder wenn sie im Rahmen und für Zwecke von religiösen, traditionellen, künstlerischen oder Unterhaltungsanlässen getragen wird»³⁸. Die in den Kantonen Tessin und St. Gallen geltenden sowie im Kanton Basel-Stadt für verfassungswidrig erklärten Verhüllungsverbote sind, ungeachtet der abweichenden Begrifflichkeit im Kanton Basel-Stadt, aufgrund ihres sachlichen und räumlichen Anwendungsbereichs allesamt von den kantonalen *Vermummungsverboten*³⁹ zu unterscheiden. Sie gelten nicht im gesamten öffentlichen Raum, sondern sind auf öffentliche Kundgebungen, bewilligungspflichtige Versammlungen oder sonstige Menschenansammlungen beschränkt. Vermummungsverbote sollen einer anonymen Begehung von Straftaten entgegenwirken und die öffentliche Ordnung gewährleisten, nicht den öffentlichen Anstand.⁴⁰

[11] Gescheiterte Projekte in verschiedenen Kantonen bewogen das sog. «Egerkinger Komitee» im Jahr 2016 dazu, die eidgenössische Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» zu lancieren.⁴¹ Als Vorbild diente der Tessiner Verfassungsartikel. Aufgrund der Erfahrungen im Kanton Tessin im Zuge seiner Umsetzung auf Gesetzesstufe ging der ausformulierte Vorschlag des Initiativkomitees jedoch weiter. Anstatt eines umfassenden Gesetzgebungsauftrags zur Ausgestaltung der Ausnahmen zum Verhüllungsverbot sollten die Regelungsmotive für Ausnahmen zum Gesichtsverhüllungsverbot abschliessend in der Verfassung verankert werden (Abs. 1 u. 3). Am 15.09.2017 wurde die Initiative mit 105'553 gültigen Unterschriften eingereicht.⁴² Die aus dem Kanton Tessin stammenden Unterschriften waren dabei fast viermal so hoch wie bei vergleichbaren Initiativen der jüngeren Vergangenheit.⁴³

[12] Der *Bundesrat* lehnte die Volksinitiative ab. Er anerkannte zwar, «dass das Zeigen des Gesichts eine wichtige Rolle beim gesellschaftlichen Austausch spielt» und «nicht den Werten der

³⁷ Art. 4 LDiss (Übersetzung des italienischen Originaltextes: Pra 108 [2019] Nr. 85, 845); s.a. die «Legge sull'ordine pubblico» (LORP) vom 23.11.2015 und das «Regolamento sull'ordine pubblico e sulla dissimulazione del volto negli spazi pubblici» (ROrP) vom 06.04.2016.

³⁸ Art. 4 LDiss (Übersetzung des italienischen Originaltextes: Pra 108 [2019] Nr. 85, 845).

³⁹ Vgl. Art. § 9a des luzernischen Übertretungsstrafgesetzes, § 11 Abs. 1 Bst. e des basel-städtischen Übertretungsstrafgesetzes, Art. 17 Loi pénale vaudoise, Art. 6 Abs. 1 Bst. a Loi genevoise sur les manifestations sur le domaine public, Art. 12a Loi d'application fribourgeoise du code pénal, Art. 24 f. Loi neuchâteloise sur la prévention de la violence à l'occasion de manifestations sportives, Art. 20 des bernischen Gesetzes über das kantonale Strafrecht, Art. 108 Loi jurassienne sur la police cantonale, § 22^{bis} des solothurnischen Gesetzes über das kantonale Strafrecht und die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, § 47 des aargauischen Gesetzes über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, § 11a des Zürcher Gesetzes über das kantonale Strafrecht und den Vollzug von Strafen und Massnahmen, § 22a des Zuger Polizeistrafgesetzes sowie auch der Kanton St. Gallen in Art. 12^{bis} des st. gallischen Übertretungsstrafgesetzes, der später um das kantonale Verhüllungsverbot in Art. 12^{ter} ergänzt wurde.

⁴⁰ Näher dazu Kapitel 3.2.1.

⁴¹ Eidgenössische Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot», Vorprüfung, BBl 2016 1669 ff.

⁴² Eidgenössische Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot», Zustandekommen (zit. Zustandekommen Verhüllungsverbot), BBl 2017 6447 ff.

⁴³ Bei der Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» kamen 8'090 von insgesamt 105'553 (7.6%) aus dem Kanton Tessin (Zustandekommen Verhüllungsverbot [Fn. 42], BBl 2017 6447 ff.); bei der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» 2.77% aller Unterschriften (Eidgenössische Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», Zustandekommen, BBl 2012 3869 ff.); bei der Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» 2.08% aller Unterschriften (Eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)», Zustandekommen, BBl 2008 1927 f.); bei der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» gar nur 0.4% aller Unterschriften (Eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Zustandekommen, BBl 2008 2577 f.).

Offenheit und des Austauschs, wie sie unserer Demokratie zugrunde liegen», entspricht.⁴⁴ Ein «generelles Verbot auf Bundesebene» hätte jedoch «vor allem symbolische Bedeutung und wäre unverhältnismässig».⁴⁵ Ausserdem greife die Volksinitiative in die «kantonale Regelungsautonomie» ein. Seiner Ansicht nach «sollen diese wie bisher selbst entscheiden können, ob sie ein Verhüllungsverbot erlassen und insbesondere wie sie mit verhüllten Touristinnen aus dem arabischen Raum umgehen möchten».⁴⁶ Die «gemäss der Initiative tolerierten, abschliessend formulierten Ausnahmen vom Verbot» lassen es nicht zu, «touristische Interessen oder die Interessen von Personen zu berücksichtigen, die ohne Gewalt demonstrieren oder wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgehen wollen».⁴⁷ Zur Frage, inwiefern die Initiative eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes begründet, äusserte sich der Bundesrat unklar: Einerseits verwies er auf die Pflicht zur Umsetzung durch die Kantone und die Gefahr von Umsetzungsschwierigkeiten,⁴⁸ zugleich warnte er davor, dass ein schweizweit einheitliches Verbot den unterschiedlichen kantonalen Befindlichkeiten und Bedürfnissen zu wenig berücksichtige.⁴⁹ Um dem Rechnung zu tragen, präsentierte der Bundesrat einen indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative, der «die kantonalen Vorrechte wahren» sollte.⁵⁰ Ein neues «Bundesgesetz über die Gesichtsverhüllung» sollte dazu verpflichten, bei Behördengängen das Gesicht zu zeigen.⁵¹ Das Initiativkomitee liess sich von diesem Gegenvorschlag jedoch nicht zu einem Rückzug der Initiative bewegen.

[13] Das *Bundesgericht* hatte – noch vor der Beratung der eidgenössischen Volksinitiative in den Räten – am 20.09.2018⁵² im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle über die Bundesrechtskonformität der Ausführungsgesetzgebung zum Tessiner Verhüllungsverbot zu entscheiden. Es erachtete die Ausführungsgesetzgebung zum Tessiner Verhüllungsverbot nur dann für vereinbar mit dem Bundesrecht, wenn der kantonalrechtliche Ausnahmekatalog um weitere Bestimmungen ergänzt wird. Notwendig seien zusätzliche Ausnahmen auf kantonaler Ebene zur Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)⁵³ sowie zur Wahrung der Versammlungs- (Art. 22 BV) und der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) von Teilnehmern politischer Kundgebung.⁵⁴ Auf eine Prüfung der Vereinbarkeit des Verhüllungsverbots mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) verzichtete das Bundesgericht mangels Rüge.⁵⁵ Die etablierte Praxis, von einer Kontrolle von Bestimmungen einer von der Bundesversammlung gewährleisteten Kantonsverfassung grundsätzlich abzusehen, sofern sich die Rechtswidrigkeit nicht aus einer nachträglichen Änderung des

⁴⁴ Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2914.

⁴⁵ Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2914.

⁴⁶ Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2915.

⁴⁷ Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2915.

⁴⁸ Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2915: «Die Initiative begründet keine verfassungsmässige Kompetenz für den Bund und muss somit von den Kantonen und vom Bund gemäss ihren jeweiligen Zuständigkeiten umgesetzt werden. Wie mit allen Vorschriften, die die Bekleidung betreffen, sind auch mit einem Gesichtsverhüllungsverbot im öffentlichen Raum Umsetzungsschwierigkeiten verbunden».

⁴⁹ Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2938: «Wenn die Initiative angenommen wird, wird das im Kanton Tessin geltende Verbot auf die gesamte Schweiz übertragen. Die unterschiedlichen Befindlichkeiten und Bedürfnisse der Kantone könnten nicht mehr berücksichtigt werden».

⁵⁰ Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2942 f.

⁵¹ Entwurf des Bundesgesetzes über die Gesichtsverhüllung, BBl 2019 2953 f.

⁵² BGE 144 I 281.

⁵³ BGE 144 I 281, nicht publ. E. 7.1–7.4.

⁵⁴ BGE 144 I 281, nicht publ. E. 5.1–5.5.

⁵⁵ BGE 144 I 281, nicht publ. E. 1.7.

höherrangigen Rechts ergebe, komme vorliegend nicht zum Tragen, da die Kantonsverfassung Ausnahmen vom Gesichtsverhüllungsverbot ausdrücklich dem Ausführungsgesetz vorbehalte.⁵⁶

[14] In der *Bundesversammlung* wurden die Volksinitiative und der indirekte Gegenentwurf rege diskutiert. Dabei zeigen sich in den Argumentationslinien erstaunliche Parallelen zur parlamentarischen Debatte über ein verfassungsrechtliches Schächtverbot im Jahr 1893.⁵⁷ So stand auch hier der Schutz der öffentlichen Ordnung und des Anstandes zur Debatte.⁵⁸ Die Verfassungswürdigkeit der vorgeschlagenen Norm wurde hier wie dort in Frage gestellt: «Kleidervorschriften [gehören] in einem liberalen Staat nun einmal nicht in die Verfassung».⁵⁹ Ebenfalls betont wurde der Respekt gegenüber kantonalen Regelungsbefugnissen: «Das Verhüllungsverbot bedeutet einen Eingriff in die kantonale Hoheit. Bis jetzt hat es sich als richtig erwiesen, dass die Kantone solche Verbote aussprechen können, wenn diese tatsächlich einem Bedürfnis entsprechen. Dass nur wenige davon Gebrauch machten, zeigt, wie gering das Bedürfnis ist.»⁶⁰ Die Volksinitiative aber, würde im Falle einer Annahme die Kompetenzen des Bundesgesetzgebers erweitern.⁶¹

⁵⁶ BGE 144 I 281, nicht publ. E. 1.6.

⁵⁷ Siehe dazu Kapitel 1.1.1.

⁵⁸ Votum Bregy AB 2020 N 1026: «Egal, ob Chaoten, egal, ob angebliche Fussballfans, egal, ob Frauen, die dazu gezwungen werden, eine Burka zu tragen – in unserem Kulturkreis zeigt man sein Gesicht.» Vgl. auch Votum Rüegger AB 2020 N 1032: «In der Schweiz schaut man sich an»; Votum Hess AB 2020 N 1035: «Wir haben aber nicht das ganze Jahr über Fasnacht, wir sind uns gewohnt, dass wir den Leuten, wenn wir mit ihnen sprechen, ins Gesicht schauen können.» Votum Minder AB 2019 S 955: «Wir haben eine abendländische Kultur, und in dieser zeigt man sein Gesicht – so einfach ist das. Wenn das für die Hooligans am Fussballmatch und bei Demonstrationen gilt, so gilt das noch viel mehr im öffentlichen zwischenmenschlichen Leben. Bei uns in der Schweiz zeigt man seinem Gegenüber das Gesicht, so einfach ist das».

⁵⁹ So Votum Arslan AB 2019 N 2230; s.a. Votum Vincenz-Stauffacher AB 2020 N 1036; Votum Moser AB 2019 N 2229; Votum Kälin AB 2020 N 1021.

⁶⁰ So Votum Arslan AB 2019 N 2231, vgl. auch Votum Glättli AB 2020 B 1015: «Die Initiative beschneidet die Kantone in ihrer Kompetenz, polizeirechtlich Verhüllungsverbote zu beschliessen oder nicht. Die Kantone Tessin und St. Gallen haben, wie Sie wissen, bereits Verhüllungs- respektive Vermummungsverbote beschlossen. Umgekehrt haben sich die Parlamente von Zürich, Solothurn, Schwyz, Basel-Stadt und die Landsgemeinde von Glarus gegen ein solches Verbot ausgesprochen.» Votum Silberschmidt AB 2020 N 1023: «Weitergehende Massnahmen sind Sache der Kantone: Es gibt Kantone wie das Tessin, die ein umfassendes Verhüllungsverbot erlassen haben, und Kantone wie Glarus, die darauf verzichtet haben. Auch die Frage nach einem Verhüllungsverbot an Demonstrationen stellt sich auf Ebene der Kantone und nicht auf jener des Bundes»; s.a. Votum Vincenz-Stauffacher AB 2020 N 1036; Votum Fluri AB 2020 N 1021.

⁶¹ Vgl. Votum Burgherr AB 2020 N 1029: «Wir brauchen in diesem Bereich Rechtssicherheit, und da müssen in allen Kantonen die gleichen Rechte gelten.» Votum Streiff-Feller AB 2020 N 1020: «Wir sind prinzipiell für die Autonomie der Kantone, aber hier liegt auch ein Teil des Problems. Es ist für Touristen fast unmöglich, zu wissen, in welchen Kantonen was gilt, und unverständlich, dass in dem kleinen Land hier verschiedene Regelungen gelten. Gerne hätten wir die Problematik auf gesetzlicher Ebene gelöst, aber leider ist der indirekte Gegenvorschlag aus unserer Sicht viel zu wenig griffig.» S.a. Votum Salzmann AB 2020 S 23; Votum Geissbühler AB 2020 N 1026; Votum Glarner AB 2019 N 2229; a.M. indes Votum BR Keller-Sutter AB 2019 S 963: «Ich gebe Herrn Germann gerne noch eine Antwort. Es ist eben ein Missverständnis zu glauben, dass mit dieser Bundesverfassungsbestimmung, sollte sie angenommen werden, ein einheitliches Gesetz geschaffen würde. Die Kantone würden verpflichtet zu legiferieren, nicht der Bund. Der Bund würde nicht die Kompetenz erhalten, ein Gesetz zu schaffen. Das heisst, der Flickenteppich, den Sie angesprochen haben, würde bleiben. Sie können dann nicht gewährleisten, dass alle 26 Kantone dasselbe Gesetz machen. Ich habe es vorhin ausgeführt: Die Initiative und der Gegenvorschlag sind nicht vereinbar. Die Initiative beschlägt das friedliche Zusammenleben usw. Beim Gegenvorschlag geht es einfach darum, die Durchsetzungsfähigkeit dort zu verbessern, wo das Bundesrecht betroffen ist; das ist vor allem im öffentlichen Verkehr oder beim Zoll der Fall. Wir legiferieren aber nicht im kantonalen Zuständigkeitsbereich, das würde eine Verfassungsänderung bedingen; dies vielleicht zur Präzisierung.» Paradox auch Votum Glättli AB 2020 N 1015: «Hier müssen wir von der Mehrheit aber darauf verweisen, dass die Initiative, auch wenn sie angenommen würde, keine einheitliche Gesetzesbestimmung zum Vermummungs- und Verhüllungsverbot nach sich ziehen würde. Das ist wichtig zu wissen, wenn man argumentiert, dass in der ganzen Schweiz das gleiche Recht gelten soll. Die Initiative schafft keine entsprechende Bundeskompetenz, sondern sie verpflichtet einzig die Kantone, je einzeln gesetzgeberisch tätig zu werden. Das heisst, jeder Kanton müsste dann selbst ein solches Vermummungs- und Verhüllungsverbot einführen. Diese Verbote wären höchstwahrscheinlich weiterhin nicht einheitlich, sondern von Kanton zu Kanton anders ausgestaltet».

Am 19. Juni 2020 erklärten National- und Ständerat die Initiative für gültig und empfahlen Volk und Ständen ihre Ablehnung. Dem indirekten Gegenvorschlag, der im Falle einer Ablehnung der Volksinitiative in Kraft treten sollte, stimmten beide Räte zu.⁶²

[15] Im Rahmen der *öffentlichen Meinungsbildung* vor der Volksabstimmung wies das Initiativkomitee darauf hin, dass es «in aufgeklärten europäischen Staaten wie der Schweiz» zu den elementaren Grundwerten des Zusammenlebens gehöre, seine Standpunkte «mit offenem Angesicht» frei zu äussern; das Tragen einer Gesichtsverhüllung spreche den Frauen ihre Gleichwertigkeit in der Gesellschaft ab.⁶³ Ausserdem richte sich die Volksinitiative auch gegen Verhüllungen zur Begehung von Straftaten, da die bestehenden kantonalen Vermummungsverbote dem Initiativkomitee zu wenig weit gingen.⁶⁴ Nicht zuletzt sei es eine der wichtigsten Herausforderungen, so das Initiativkomitee, «bei einer Annahme der Initiative den Volkswillen dahingehend umzusetzen, dass Zuwiderhandlungen gegen das Verhüllungsverbot landesweit einheitlich geahndet werden».⁶⁵

[16] *Volk und Stände* nahmen die Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» am 7. März 2021 mit 51,2%⁶⁶ der Stimmberechtigten – im Kanton Tessin überaus klar, (60.4%)⁶⁷ und im Kanton St. Gallen etwas über dem eidgenössischen Median (53.1%)⁶⁸ – und 16 4/2 zu 4 2/2 Standesstimmen an.⁶⁹ Die Verfassungsänderung trat noch am selben Tag in Kraft.⁷⁰ Seitdem gibt die Bundesverfassung in Art. 10a BV und der zugehörigen Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 12 BV vor:⁷¹

«Art. 10a BV Verhüllung des eigenen Gesichts

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

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

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

⁶² Bundesbeschluss zur Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot», BBl 2020 5507 f.

⁶³ Argumentarium Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» 2020, abrufbar unter https://verhuellungsverbot.ch/wp-content/uploads/2020/12/Argumentarium_Verhuellungsverbot_lang.pdf (besucht am 02.03.2022) (zit. Argumentarium Verhüllungsverbot), 9 f.

⁶⁴ Argumentarium Verhüllungsverbot (Fn. 63), 14 f.

⁶⁵ Argumentarium Verhüllungsverbot (Fn. 63), 7 f.

⁶⁶ 1'427'344 Ja zu 1'360'750 Nein.

⁶⁷ Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 7. März 2021 (Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot»; Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste [E-ID-Gesetz, BGEID]; Bundesbeschluss über die Genehmigung des Umfassenden Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien) (zit. Bundesratsbeschluss Volksabstimmung 07.03.2021), BBl 2021 1185 f.

⁶⁸ Bundesratsbeschluss Volksabstimmung 07.03.2021 (Fn. 67), BBl 2021 1185 f.

⁶⁹ Bundesratsbeschluss Volksabstimmung 07.03.2021 (Fn. 67), BBl 2021 1185.

⁷⁰ Bundesbeschluss zur Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» (zit. Bundesbeschluss Verhüllungsverbot), AS 2021 310.

⁷¹ Bundesbeschluss Verhüllungsverbot (Fn. 70), AS 2021 310.

Art. 197 Ziff. 12 BV Übergangsbestimmung zu Art. 10a

(Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts)

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

2.2. Funktionale Perspektive: Bedeutung von eidgenössischen Volksinitiativen

[17] Zur Einordnung der Schächtverbots- und der Verhüllungsverbotsinitiative ist es hilfreich, sich die Funktion eidgenössischer Volksinitiativen zu vergegenwärtigen. Aus *Sicht der Akteure* stellt sich vor allem die Frage, weshalb eine Volksinitiative lanciert, unterschrieben und von Volk und Ständen angenommen wird (Akteursebene oder Mikroperspektive). Bei Volksinitiativen wie dem Schächt- oder dem Verhüllungsverbot sind taktische oder strategische Überlegungen nicht ausschlaggebend. Als Wahlhelfer und politisches Mobilisierungsinstrument dienten die beiden «Verbotsinitiativen» zwar auch.⁷² Im Vordergrund dürfte indes jeweils die politische Oppositions- oder Protestfunktion von Volksinitiativen gestanden haben, die ein die Demokratie am Leben erhaltendes Mindestmass anderer Meinungen und Dissens absichert.⁷³ Ein situativer Zusammenschluss aus Stimmberechtigten will als oppositionelle Kraft bestimmte Forderungen gegen die Behörden durchsetzen – hier religionsfeindlich motivierte Verbote – und hofft, dass Volk und Stände im Unterschied zu Bundesrat und Bundesversammlung ihrem Anliegen zustimmen.⁷⁴ Dementsprechend lässt sich das Initiativkomitee solcher Volksinitiativen von Gegenvorschlägen regelmässig nicht zum Rückzug ihrer Initiative bewegen.

[18] Aus einer *System- oder Makroperspektive*⁷⁵ besitzen Volksinitiativen wie das Schächt- oder das Verhüllungsverbot vordergründig vor allem eine *Kontroll- und Korrekturfunktion*. Unerwünschte Entscheide der eingesetzten Behörden oder ihre Inaktivität sollen durch verbindliche Verfas-

⁷² Vgl. SGK-B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 24 ff.; GABRIELA ROHNER, Die Wirksamkeit von Volksinitiativen im Bund 1848 – 2010, Diss., Zürich 2012 (zit. Wirksamkeit Volksinitiativen), 267 ff.

⁷³ Exemplarisch Votum Holdener, Sten Bull N 1892/1893 429 f.: «Die Initianten wollen von weiterem Tierschutz nichts wissen, sondern wollen nur über die Schlachtmethode einen Entscheid in der Bundesverfassung haben»; Votum Bregy AB 2020 N 1026: «Ja, es gäbe andere Möglichkeiten. Es gäbe vielleicht mindestens so gute Möglichkeiten wie das Festschreiben in der Verfassung. Aber nun – auch deshalb, weil man bis anhin keine politischen Mehrheiten gefunden hat – hat man eine Volksinitiative gestartet, und jetzt will man, dass das Volk klar sagt, ob es eine Verschleierung im öffentlichen Raum will oder nicht»; vgl. auch HANS KELSEN, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929, 127 ff.; CHANTAL MOUFFE, Das Demokratische Paradox, Wien 2013, 107 ff.

⁷⁴ So der Bericht der ständerätlichen Kommissionsmehrheit, betreffend Revision des III. Abschnittes der Bundesverfassung vom 17. Dezember 1890, BBl 1891 I 16 ff., 20, in Bezug auf das Instrument der ausformulierten Volksinitiative: «Damit und einzig damit ist jeder beträchtlichen Opposition im Lande der Weg an den Souverän geöffnet»; WOLF LINDER/SEAN MUELLER, Schweizerische Demokratie, Institutionen – Prozesse – Perspektiven, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. Demokratie), 321 f.; LEONHARD NEIDHART, Die politische Schweiz, Fundamente und Institutionen, Zürich 2002 (zit. Politische Schweiz), 384 f.; vgl. auch ROHNER, Wirksamkeit Volksinitiativen (Fn. 72), 43 f.; ADRIAN VATTER, Das politische System der Schweiz, Baden-Baden, 4. Aufl., 2020 (zit. System), 366 ff., spricht von einer «kompensatorischen power-sharing-Funktion»; s.a. Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate Hausammann (17.3149) und Müller Damian (17.4017) über Civic Tech und Vereinfachung des Vernehmlassungsverfahrens: Entwicklungen und Massnahmen vom 8. Mai 2020, 5.

⁷⁵ Zu weiteren Funktionen der Volksinitiative auf der Systemebene SGK-B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 19 ff.

sungsnormen übersteuert werden.⁷⁶ Zugleich erfüllen solche Initiativen, so paradox es auf den ersten Blick scheint, auch eine bedeutende *Integrationsfunktion*. Ihr gesellschaftliches Stabilisierungspotential ist in gewisser Weise das Gegenstück zur institutionalisierten Suche nach konkordanten Lösungen und wirkt der Radikalisierung am gesellschaftlichen Rand präventiv entgegen.⁷⁷

[19] *Instrumentell* lassen sich solche «Verbotsinitiativen» als *Recht auf Widerspruch* gegenüber bestehenden Formen politischer Gestaltung im Bundesstaat mit und durch Verfassungsrecht verstehen.⁷⁸ Eine «Bahn zur ewig friedlichen Revolution» soll «nach den sich praktisch fühlbar machenden Bedürfnissen neue Formen und Gesetze schaffen», sodass «das Volk [...] durch den Bleistift und nicht mehr durch die Feuerwaffe [...] seinen Willen zur Geltung bring[t]».⁷⁹ In einem verfassungsrechtlichen Kanal – dem Verfahren der Verfassungsrevision – sollen politische Konflikte mittels Volksinitiative in Widersprüche zwischen Verfassungsnormen transformiert werden. Die Bundesverfassung versteht eine Revolution⁸⁰ damit als wandlungsfähige gesellschaftliche Praxis, die durch Verfassungsrecht – allen voran Volksinitiativen – verhindert und in Verfassungstinte umgeformt werden kann.⁸¹ Oder mit CONDORCET: «Le grand art dans une Constitution libre est d’offrir au Peuple un moyen légal & régulier de faire tout ce dont on prévoit que la volonté de conserver les droits pourra lui inspirer le desir, afin que la violation évidente d’une loi constitutionnelle doit le seul cas où il puisse être obligé ou tenté de recourir à la force.»⁸²

[20] *Bundesstaatlich* besitzen eidgenössische Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung eine *Unitarisierungsfunktion*. Wer im Bundesstaat mittels Volksinitiative nach politischer Einheit durch rechtliche Ordnung sucht, will den kantonalen Gesetzgebern durch eine neue Bundeskompetenz Gestaltungsspielraum entziehen. Die beiden Verbotsinitiativen zeigen dies exemplarisch: Im schrittweise zusammenwachsenden Bundesstaat am Ende des 19. Jahrhunderts scheint das Bewusstsein für einen entsprechenden Anspruch ausformulierter Volksinitiativen im Rahmen ihrer Umsetzung noch ausgeprägt vorhanden gewesen zu sein. Umstrittener war diese Unitarisierungsfunktion im Kontext der Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot», als sie be-

⁷⁶ LINDER/MUELLER, Demokratie (Fn. 74), 297 ff.; SGK-B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 22; PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Habil., Basel/Frankfurt a.M. 1995, Rz. 285.

⁷⁷ VATTER, System (Fn. 74), 366 ff.; NEIDHART, Politische Schweiz (Fn. 74), 384 f.; aus hist. Sicht MARTIN SCHAFFNER, Direkte Demokratie «Alles für das Volk – alles durch das Volk», in: Manfred Hettling/Mario König/Martin Schaffner/Andreas Suter/Jacob Tanner (Hrsg.), Eine kleine Geschichte der Schweiz, Der Bundesstaat und seine Traditionen, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2020, 189 ff., 212 ff.; aus verfassungsrechtlicher Sicht STEFAN G. SCHMID, «Constitution semper reformanda»: permanente Verfassungsrevision als wahre Zauberformel der Schweiz, in: ZBl 12/2020 (zit. Verfassungsrevision), 639 ff., 660.

⁷⁸ KASPAR EHRENZELLER, Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch, Legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen, Diss., St. Gallen/Zürich 2020 (zit. Koordination), Rz. 55, 127; nun auch MATTHIAS KRADOLFER, Einheit und Konkordanz der Verfassung, Zur Entwicklung und Rezeption der Integrationslehre in der Schweiz, in: ZBl 1/2022, 4 ff., 24.

⁷⁹ KARL BÜRKLI, Direkte Gesetzgebung durch das Volk. Referat und Antrag der Sektion Zürich an den am 06.09.1869 in Basel zu eröffnenden Kongress der internationalen Arbeiter-Assoziation, Genf 1869, 4.

⁸⁰ Grundlegend zum Begriff der Revolution HANNAH ARENDT, Über die Revolution, 4. Aufl., München 1994, 183 ff.

⁸¹ S.a. den Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung vom 8. April 1848, erstattet von der am 16. August 1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, 76 wonach der Rahmen der Verfassungsrevision «die Revision sehr erleichtern» soll, da «die meisten Revolutionen ihre Ursache gerade darin fanden, dass Verfassungsänderungen zu viele Hindernisse in den Weg gelegt waren».

⁸² MARIE JEAN ANTOINE NICOLAS CARITAT, MARQUIS DE CONDORCET, Seconde lettre de M. de Condorcet, à M. le comte Mathieu de Montmorency, député du bailliage de Montfort-l’Amaury, 1789, abrufbar unter <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41733x/texteImage#> (besucht am 02.03.2022), 21 f.

reits vor der Abstimmung von gewichtigen Stimmen in den Behörden in Frage gestellt und diese Rechtsauffassung nach der Annahme unverändert weitervertreten wurde.⁸³

[21] Insgesamt scheint das Steuerungsproblem von Volksinitiativen wie dem Schächt- oder dem Verhüllungsverbot aus einer funktionalen Perspektive nur vordergründig auf Widersprüchen⁸⁴ zwischen der angenommenen Volksinitiative und Grundrechtsbestimmungen oder dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beruhen.⁸⁵ Die tieferliegende Ursache für solche Steuerungsprobleme liegt jedoch darin, dass die Gesellschaft im Bundesstaat in einer politisch umstrittenen Frage durch einen verbindlichen Entscheid des Verfassungsgebers geeint werden soll, indem ein verfassungsförmiges Verbot zum Schutz des öffentlichen Anstandes mit der höchstmöglichen Normautorität im Rechtsgefüge ausgestattet wird.⁸⁶ Soll die Befriedung eines politischen Konflikts im schweizerischen Bundesstaat, der mittels Volksinitiative zu diesem Zweck in die Bundesverfassung getragen wurde, gelingen, ist nach der integrativen Kraft einer angenommenen Volksinitiative zu suchen, ohne die Schutzfunktion der Bundesverfassung und der darin gewährleisteten Grundrechte vollständig in dieser aufzulösen.

3. Wer: Warum ist der Bund zuständig?

[22] Bei der Umsetzung von Art. 10a BV auf Stufe Gesetz stellt sich vorab die zentrale Frage, wer diese Umsetzung vornehmen soll: der Bund oder die Kantone? Während die Bundesbehörden in der Vergangenheit mehrfach die Ansicht äusserten, es handle sich hierbei um eine kantonale Aufgabe und vereinzelt auch in der Lehre die Forderung nach Umsetzung durch die Kantone laut wurde⁸⁷, sind wir der Ansicht, dass der Bund nicht nur befugt ist, die notwendigen Ausführungsbestimmungen zu erlassen, sondern von seiner Kompetenz auch Gebrauch machen sollte.

3.1. Kompetenzbegründender Charakter von Art. 10a BV

[23] Der Wortlaut von Art. 10a BV äussert sich zur Kompetenzfrage nicht ausdrücklich. Die im Singular gehaltenen Formulierungen «das Gesetz» in Absatz 3 bzw. «die Ausführungsgesetzgebung» in Art. 197 Ziff. 12 BV können zwar als Verweis auf den Bundesgesetzgeber gelesen werden, doch scheint diese Lesart nicht zwingend. Auch Art. 8 Abs. 4 BV verlangt, dass «das Gesetz» Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen Behinderter vorsehen soll, wobei mit dieser

⁸³ Vgl. die Medienmitteilung des BJ unmittelbar nach der Volksabstimmung, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm/msg-id-82630.html> (besucht am 28.02.2022); zur entsprechenden Position vor der Volksabstimmung vgl. Votum BR Keller-Sutter AB 2019 S 963, abgedruckt in Fn. 61.

⁸⁴ Grundlegend zur Rechtsfigur des Widerspruchs K. EHRENZELLER, Koordination (Fn. 78), Rz. 298 ff., 369.

⁸⁵ So z.B. Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) vom 26.06.2013 (zit. Botsch. Änderung StGB/MStG), BBl 2013 5975 ff., 5984 u. 5995; ANDREAS AUER, Dürfen eidgenössische Volksinitiativen Grundrechte verletzen? Überlegungen zur Grundsatzfrage und zum Verfahren, in: Reformbedürftige Volksinitiative, Verbesserungsvorschläge und Gegenargumente, Georg Kreis (Hrsg.), Zürich 2016, 55 ff., 60.

⁸⁶ SCHMID, Verfassungsrevision (Fn. 77) 652 ff. m.w.H. zum Integrationsfaktor der Bundesverfassung; vgl. auch Bericht Wahlen, Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1973, 26.

⁸⁷ Vgl. BENEDICT VISCHER, Wer ist zuständig für die Konkretisierung des Verhüllungsverbots? Art. 10a BV im Kontext der bundesstaatlichen Kompetenzordnung, in: Jusletter 22. November 2021 (zit. Verhüllungsverbot); s.a. DAVID ZANDIRAD, in: Commentaire romand Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. CR-BEARBEITER), Art. 10a Rz. 58.

Formulierung auch die kantonalen und kommunalen Gesetzgeber mit gemeint sind.⁸⁸ Die systematische Stellung des Verhüllungsverbots spricht eher gegen einen kompetenzbegründenden Charakter, werden Bundeskompetenzen seit der Totalrevision von 1999 doch in einem eigenen Kapitel der Bundesverfassung («Zuständigkeiten», Art. 54 ff.) aufgeführt. Dass die Verbotsnorm in den Grundrechtekatalog eingepflanzt wurde, deutet eher darauf hin, dass es sich um eine *lex specialis* zu den allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen (Art. 36 BV) für die Beschränkung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) handelt.⁸⁹

[24] In der parlamentarischen Debatte wie auch im Abstimmungskampf waren die Meinungen geteilt, ob Art. 10a BV im Falle der Annahme eine neue Bundeskompetenz begründen werde oder nicht. Von Seiten des Initiativkomitees wurde das Bedürfnis eines «landesweit einheitlichen» Verhüllungsverbots wiederholt in den Vordergrund gerückt, ohne freilich die Kompetenzfrage explizit oder eingehend anzusprechen.⁹⁰ Der Bundesrat äusserte sich in seinen Stellungnahmen widersprüchlich. Auf der einen Seite wurde auf die Umsetzungskompetenz der Kantone verwiesen⁹¹ – gleichzeitig war der Gegenentwurf des Bundesrats vom zentralen Bemühen getragen, die bestehende Kompetenzordnung zu wahren.⁹² Auch die Voten im Parlament gingen bezüglich des kompetenzbegründenden Charakters der Norm weit auseinander.⁹³ Ohnehin bleibt der Erkenntnisgewinn aus Materialien durch eine subjektiv-historische Auslegung bei Volksinitiativen spekulativ, da weder die Normurheberinnen und -urheber noch der Bundesrat oder die Bundesversammlung, sondern Volk und Stände über ihre Geltung als Verfassungsnorm entscheiden.⁹⁴ Im Rahmen einer objektiv-historischen Auslegung solcher Normen lässt sich anhand der Abstimmungsergebnisse zwar ohne weiteres einen Willen zur Verfassungsänderung seitens von Volk und Ständen ermitteln.⁹⁵ Die entsprechenden Beweggründe und das beabsichtigte Verständnis der neuen Bestimmung bleiben dabei jedoch im Dunkeln. Ungeachtet dessen verfolgen angenommene Volksinitiativen als normative Vorgaben Steuerungsabsichten.⁹⁶ Erfassen lassen sich diese, wenn im Rahmen der historischen Auslegung prozessuale und funktionale, anstatt objektive und subjektive Gesichtspunkte der Entstehung solcher Normen analysiert werden.⁹⁷

⁸⁸ Dennoch stützt sich das Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG) vom 13. Dezember 2002 (SR 151.3) im Ingress auch auf Art. 8 Abs. 4 BV und enthält Vorschriften zum Zugang von Bauten (Art. 2 Abs. 3) und zum Baubewilligungsverfahren (Art. 7 Abs. 1), die in den Kompetenzbereich der Kantone fallen.

⁸⁹ CR-ZANDIRAD, Art. 10 Rz. 10, 34.

⁹⁰ Argumentarium Verhüllungsverbot (Fn. 63), 7 f.

⁹¹ Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2939.

⁹² Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2942 («Im Gegensatz zur Initiative bleiben die kantonalen Vorrechte gewahrt.»).

⁹³ Vgl. Kapitel 1.1.2 und dort insb. Fn. 61.

⁹⁴ KARL-MARC WYSS, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg, Phänomen – Grundsätze – Gefahren, Diss., St. Gallen/Zürich 2020 (zit. Vorläufige Umsetzung), Rz. 137 ff.; GORAN SEFEROVIC, Volksinitiative zwischen Recht und Politik: die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Habil., Bern 2018, Rz. 221 ff.; a.M. wohl BERNHARD WALDMANN, Umsetzung von Volksinitiativen aus rechtlicher Sicht, in: LeGes 26 (2015) 3, 521 ff. (zit. Umsetzung), 524 f.; NAGIHAN MUSLIU, Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen, Diss., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Umsetzung), 21 ff.

⁹⁵ EVA MARIA BELSER, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-VERFASSTER), Einleitung, Rz. 62; MUSLIU, Umsetzung (Fn. 94), 21 ff.; für eine republikanische Kritik der historischen Verfassungsauslegung siehe ZACCARIA GIACOMETTI, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Antrittsrede gehalten am 11. Juli 1925, Tübingen 1925, 29.

⁹⁶ Vgl. Kapitel 1.2.

⁹⁷ So in Bezug auf Volksinitiativen Wyss, Vorläufige Umsetzung (Fn. 94), Rz. 142 ff.

[25] Trotz der wenig aussagekräftigen Materialien, der Positionierung im Grundrechtskatalog und des unklaren Wortlauts hat Art. 10a BV unserer Meinung nach daher kompetenzbegründenden Charakter. Hierfür spricht in erster Linie die unitarisierende Stossrichtung der Initiative. Zwar wurden von Seiten der Bundesbehörden Zweifel an diesem kompetenzbegründenden Charakter gesät, doch dürfen diese Äusserungen – die zudem keineswegs widerspruchsfrei waren⁹⁸ – beim oppositionellen Grundcharakter der Volksinitiative nicht überbewertet werden. Es entspräche gerade nicht dem Sinn und Zweck einer Volksinitiative, wenn deren Durchschlagkraft durch relativierende Aussagen von Seiten der Behörden im Abstimmungskampf präventiv abgeschwächt werden könnten. Auch aus der systematischen Stellung der Norm lassen sich nur begrenzt Rückschlüsse auf den Charakter der Norm ziehen. Verfassungsbestimmungen, die ihren Ursprung in einer Volksinitiative haben, nehmen traditionell in Kauf, dass «das juristische Ebenmass der Bundesverfassung»⁹⁹ gefährdet wird. Die Volksinitiative führt dazu, dass Rechtsvorschriften Eingang in die Verfassung finden, die normhierarchisch und systematisch «nicht dorthin gehören»¹⁰⁰, wo sie im idealtypisch gedachten Gebäude der Rechtsordnung eigentlich unterzubringen wären. Hinzu kommt, dass eine Norm von ihrer Regelungsabsicht her sowohl Grundrechte beschränken, zugleich aber auch eine Bundeskompetenz begründen kann. So wird das Minarettverbot im Kapitel über die Zuständigkeiten aufgeführt (Art. 72 Abs. 3 BV) und beschränkt gezielt den kantonalen Handlungsspielraum im Baupolizeirecht. Gleichzeitig stellt die Norm aber auch eine Relativierung der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) dar. Einen ähnlichen Doppelcharakter hat das Verhüllungsverbot und hatte seinerzeit auch das Schächtverbot. In allen drei Fällen handelt es sich um verfassungsunmittelbare Verbotsnormen, die ein unter den Schutzbereich der Religionsfreiheit fallendes Verhalten schweizweit einheitlich unterbinden wollen. Die Eigenart besteht hier darin, dass nicht zwischen Kompetenzzuweisungsnorm auf Verfassungsstufe und kompetenzausübender materieller Norm auf Gesetzesstufe unterschieden wird, sondern die Verfassungsnorm beides in einem sein will. Verfassungsrechtliche Verbotsnormen wirken damit unmittelbar kompetenzbegründend.¹⁰¹ Soweit für die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Verbots Ausführungsvorschriften auf Stufe Gesetz oder Verordnung notwendig sein sollten, drängt es sich daher auf, auch hierfür eine Bundeskompetenz zu bejahen. Im Falle des Minarettverbots erübrigt sich eine Umsetzung durch den Bundesgesetzgeber, da die Verfassungsnorm alleine ausreichend Handlungsanleitung für die zuständigen kommunalen und kantonalen Bewilligungsbehörden ist.¹⁰² Das Schächtverbot bedurfte demgegenüber einer strafrechtlichen Sanktionierung. Gewichtige Stimmen der damaligen Lehre attestierten vor diesem Hintergrund dem Schächtverbot kompetenzbegründenden Charakter. Es müsse dem Bund daher erlaubt sein, die notwendigen Ausführungsvorschriften zu erlassen.¹⁰³ Die Bundesbehör-

⁹⁸ Vgl. dazu insb. Fn. 61.

⁹⁹ FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (zit. Bundesstaatsrecht), 27.

¹⁰⁰ FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht (Fn. 99), 27.

¹⁰¹ Vgl. FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht (Fn. 99), 27.

¹⁰² SGK-KLEY, Art. 70, Rz. 31.

¹⁰³ WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29 Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931 (zit. Kommentar BV 1874), Art. 25^{bis}, 189; FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (zit. Bundesstaatsrecht), 597 f.; FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht (Fn. 99), 27. Die Umsetzungskompetenz der Kantone betonend dagegen DANY ROTHSCILD, Das Schächtverbot der Schweizerischen Bundesverfassung, Diss., Zürich 1955, 140 ff.; JAKOB SCHOLLENBERGER, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar mit Einleitung, Berlin 1905 (zit. Bundesverfassung), Art. 25^{bis}, 247.

den zeigten sich vorerst gegenüber einer Umsetzung auf Bundesebene zurückhaltend.¹⁰⁴ 1909 erliess der Bundesrat im Rahmen der Schlachtverordnung aber eine Übertretungsstrafnorm, die Verstösse gegen das Schächtverbot mit Haft bis zu drei Monaten und Busse bis zu 1'000 Franken bedrohte.¹⁰⁵

3.2. Subsidiäre Berufung auf Strafrechtskompetenz (Art. 123 BV)

[26] Der Bund ist somit bereits unmittelbar gestützt auf Art. 10a BV kompetent, die notwendige Ausführungsgesetzgebung zu erlassen. Sollte man ihm diese spezifische Kompetenz absprechen, kann er sich zudem auf seine vorbestehende und umfassende Gesetzgebungskompetenz im Strafrecht (Art. 123 Abs. 1 BV) berufen. Man mag zwar das Verhüllungsverbot als «sittenpolizeiliche» Verirrung verurteilen und ihm die Strafwürdigkeit absprechen. Mit Blick auf die Bundeskompetenz im Strafrecht ist dies aber nicht entscheidend, da diese Kompetenz immer angerufen werden kann, wenn eine Strafe als Sanktionsmechanismus in Frage kommt.¹⁰⁶ Und dies ist beim Verhüllungsverbot der Fall: Art. 10a BV ist – auch hier besteht eine Parallele zum alten Schächtverbot – eine «lex imperfecta», die es durch Ergänzung um eine Strafsanktion zu komplettieren gilt.¹⁰⁷ Dies ist der Unterschied zum Minarettverbot. Hier greift als Umsetzungsmechanismus die ohnehin bestehende Bewilligungspflicht für das Errichten von Bauten und Anlagen (Art. 22 Abs. 1 RPG). Beim Schächt- und Verhüllungsverbot stehen strafrechtliche Sanktionen deshalb im Vordergrund, weil andere Mechanismen zur zwangsweisen Durchsetzung des Verbots aus praktischen oder rechtlichen Überlegungen ausser Betracht fallen.

3.2.1. Bussenandrohung als primärer Sanktionsmechanismus

[27] Der Bundesrat stellte sich in seiner Botschaft auf den Standpunkt, die Kantone seien für die Umsetzung des Verhüllungsverbots zuständig, weil die Regelung der «Nutzung des öffentlichen Raums» in ihre Kompetenz falle.¹⁰⁸ Dass die Regulierung der Nutzung des öffentlichen Raums zu den angestammten Zuständigkeiten der Kantone gehört, dürfte unbestritten sein. Beim Verhüllungsverbot geht es indes in erster Linie nicht um eine zeitlich oder örtlich einzugrenzende «Nutzung» des öffentlichen Raums, sondern um ein unerwünschtes Verhalten im gesamten öffentlichen Raum wie auch an Orten, «die öffentlich zugänglich sind oder an denen grundsätzlich von jedermann beanspruchbare Dienstleistungen angeboten werden». Die üblichen Instrumente zur Nutzungssteuerung greifen daher weitgehend ins Leere. Die unterschiedlichen Nutzungsansprüche an den öffentlichen Raum werden typischerweise mithilfe von Bewilligungen und Konzessionen zeitlich und örtlich koordiniert. Diese Instrumente greifen dort nicht, wo kein gesteigerter

¹⁰⁴ Vgl. dazu KRAUTHAMMER, Schächtverbot (Fn. 3), 95 ff.

¹⁰⁵ Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 62 der Verordnung betreffend das Schlachten, die Fleischschau und den Verkehr mit Fleisch und Fleischwaren vom 29.01.1909 (AS XXV 203) i.V.m. Art. 41 Bundesgesetz betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 8. Dezember 1905 (BS 4 459). Die Verfassungsgrundlage des damaligen Lebensmittelpolizeirechts in Art. 69^{bis} BV vermittelte selber keine Grundlage für das mit der Sittenpolizei bzw. dem Tierschutz begründete Schächtverbot.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu näher hinten, bei Fn. 126.

¹⁰⁷ Zum Schächtverbot SCHOLLENBERGER, Bundesverfassung (Fn. 103), Art. 25^{bis}, 247.

¹⁰⁸ Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2939. Vgl. auch VISCHER, Verhüllungsverbot (Fn. 87), Rz. 11, 13; CR-ZANDIRAD, Art. 10a, Rz. 59.

Gemeingebrauch oder Sondernutzung vorliegt. Die schlichte Nutzung des öffentlichen Raums und das Betreten öffentlich zugänglicher Privaträumlichkeiten ist nicht bewilligungspflichtig.¹⁰⁹ Wenn sich Frauen mit verhüllten Gesichtern im öffentlichen Raum bewegen, dann dürfte dieses Verhalten in den allermeisten Fällen als schlichter Gemeingebrauch zu qualifizieren sein. Mit einer Bewilligungspflicht kann dieses Verhalten daher nicht sinnvoll unterbunden werden.

[28] Auch der Verweis auf die Zuständigkeit der Kantone zur Sicherstellung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit mit den Mitteln des Polizeirechts¹¹⁰ überzeugt mit Blick auf das Verhüllungsverbot nicht. Typische Massnahmen des Polizeirechts wie Wegweisungen, Fernhaltungen, Rayonverbote oder Zutrittskontrollen zielen auf eine räumliche Eingrenzung oder Verlagerung unerwünschten Verhaltens. Die eingrenzende Wirkung solcher Massnahmen hilft aber nicht weiter, wenn das Verbot möglichst lückenlos im gesamten öffentlichen und öffentlich zugänglichen Raum durchgesetzt werden soll. Der unmittelbare Zwang oder der Polizeigewahrsam als weitere polizeiliche Massnahmen wären demgegenüber zwar grundsätzlich geeignet, das Verbot durchzusetzen, dürften aber kaum verhältnismässig sein. Denn alleine von der Verhüllung des Gesichts geht keine Gefährdung zentraler Rechtsgüter aus, die physischen Zwang gegen eine Person oder gar polizeilichen Gewahrsam rechtfertigen würde. Mangels überzeugender Alternativen bleibt somit nur die Bewehrung des Verhüllungsverbots mit einer Bussenandrohung, um das Verhüllungsverbot durchzusetzen.¹¹¹ Dass die Busse das primäre Mittel zur Durchsetzung eines Vermummungs- oder Verhüllungsverbots ist, macht auch ein Blick in die kantonalen und ausländischen Rechtsordnungen deutlich, die ein solches Verbot bereits kennen.¹¹²

3.2.2. Warum der Bund von seiner Strafrechtskompetenz Gebrauch machen sollte

[29] Indem die Busse, und damit eine repressive Strafe¹¹³, in den Vordergrund rückt, besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz im Strafrecht Gebrauch macht. Die Eigenheit der umfassenden Strafrechtskompetenz des Bundes besteht darin, dass sie nicht auf einen mehr oder weniger bestimmbaren Sachbereich beschränkt ist, sondern daran anknüpft, mit welchem Mittel eine Rechtsnorm sanktioniert wird. Indem eine Rechtsnorm mit einer Strafe verknüpft wird, kann der Bund theoretisch jeden Lebensbereich strafrechtlich erfassen.¹¹⁴ Der Bund hat von seiner Strafrechtskompetenz mit dem Erlass des StGB für das sogenannte «Kernstrafrecht» grundsätzlich erschöpfenden Gebrauch gemacht, d.h. den Kantonen verbleibt hier kein Raum mehr.¹¹⁵ Das Kernstrafrecht kennzeichnet sich dadurch, dass es bestimmte klassische Rechtsgüter (wie Leib, Leben, Vermögen, Ehre oder die Privatsphäre) schützt und die Delikte vielfach als Verbrechen oder Vergehen ausgestaltet werden. Daneben verbleibt

¹⁰⁹ Vgl. BGE 135 I 302, E. 3 (Unterschriftensammlung in der Altstadt von St. Gallen).

¹¹⁰ Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2936 f.

¹¹¹ Vgl. BURCKHARDT, Kommentar BV 1874 (Fn. 103), Art. 64^{bis}, 593: «Wenn der Staat eine solche Norm aufstellt, deren Befolgung er nicht erzwingen kann (und das ist oft nicht möglich), muss er den Übertreter bestrafen; in dieser Rechtsfolge bewährt sich die Norm».

¹¹² Vgl. Kapitel 2.2.1 u. 2.2.2.

¹¹³ Vgl. zur Abgrenzung zwischen repressivem Strafrecht und prospektivem Polizei- bzw. Verwaltungsrecht auch MARCEL A. NIGGLI/STEFAN MAEDER, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, in: AJP 4/2011 443 ff. (zit. Strafrecht), 449 ff.

¹¹⁴ BURCKHARDT, Kommentar BV 1874 (Fn. 103), Art. 64^{bis}, 593; BSK-GöKSU, Art. 123 Rz. 4. Vgl. auch GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 123, Rz. 3.

¹¹⁵ BSK-GöKSU, Art. 123, Rz. 4.

den Kantonen in ihrem Bereich – d.h. vor allem im Bereich des Verwaltungs- und Übertretungsstrafrechts – eine Gesetzgebungskompetenz, soweit der Bund hiervon nicht selber Gebrauch gemacht hat (vgl. Art. 335 Abs. 2 StGB). Ausserhalb des Kernstrafrechts hat sich ein System der Aufgabenteilung durchgesetzt, das auf eine Parallelführung von materieller Gesetzgebungskompetenz und strafrechtlicher Bewehrung hinausläuft. Diese Aufgabenteilung erscheint sinnvoll, denn «eine folgerichtige Ordnung lässt sich nicht durchführen, wenn man die materielle Norm und die Strafnorm, die notwendig zusammengehören, auseinanderreisst und verschiedenen Instanzen zur Ordnung übergibt.»¹¹⁶ Nur in wenigen Bereichen wird dieses System der Parallelität durchbrochen, etwa dort, wo der Bund Falschaussagen im kantonally geregelten Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren unter Strafe stellt (Art. 307 i.V.m. Art. 309 StGB). Folgt man diesem Grundmuster der Parallelität, drängt sich eine Strafnorm des Bundes auf, da hiermit eine materielle Bundesnorm (Art. 10a BV) sanktioniert werden soll. Der Bund könnte den Kantonen zwar die Umsetzung im kantonalen Übertretungsstrafrecht überlassen, doch würde dies kaum zu einer sinnvollen Lösung führen. Denn den Kantonen verbliebe bei der Ausgestaltung der Strafnorm kaum Spielraum – der Tatbestand der Strafnorm wird weitgehend von Art. 10a BV vorgegeben und auch die Rechtsfolge muss mit Blick auf die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelten Vorgaben auf eine Busse von geringer Höhe beschränkt bleiben.¹¹⁷ Dass die Verfassungsnorm Verhüllungen aus Gründen des «einheimischen Brauchtums» vom Verbot ausnimmt, bedeutet nicht, dass der Brauchtumsbegriff von den kantonalen Gesetzgebern generell-abstrakt konkretisiert werden müsste.¹¹⁸ Es kann den kantonalen Behörden im Rahmen der Rechtsanwendung überlassen werden, dem Begriff des Brauchtums mit Blick auf die örtlichen Gegebenheiten – die auch innerhalb eines Kantons divergieren können¹¹⁹ – schärfere Konturen zu verleihen.¹²⁰ Das Bundesgericht trägt bei der Interpretation des Brauchtumsbegriffs lokalen Unterschieden zudem schon heute ausreichend Rechnung.¹²¹ Bei einer Umsetzung durch die kantonalen Gesetzgeber würden sich vielmehr schwierige Fragen der Bundesaufsicht stellen, sollten die Kantone nicht innert der von der Verfassung geforderten Übergangsfrist von zwei Jahren (Art. 197 Ziff. 12 BV) ihre Gesetzgebung anpassen. Besonders Kantone, deren Stimmvolk sich im Rahmen früherer kantonalen Abstimmungen oder im Rahmen der eidgenössischen Abstimmung gegen ein Verhüllungsverbot ausgesprochen haben, könnten sich einer Umsetzung im kantonalen Übertretungsstrafrecht verweigern. Der Bund sähe sich dann gezwungen, gegen die «renitenten» Kantone aufsichtsrechtlich vorzugehen, wodurch das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen einer schweren Belastungsprobe ausgesetzt würde. Das Bundesgericht könnte hier kaum korrigierend eingreifen, da es nicht als Ersatzgesetzgeber einspringen kann.¹²² Der Bundesgesetzgeber müsste daher wohl im Sinne einer «Ersatzvornahme» selber eine Strafnorm er-

¹¹⁶ BURCKHARDT, Kommentar BV 1874 (Fn. 103), Art. 64^{bis}, Rz. 594.

¹¹⁷ Näher Kapitel 3.2.2.

¹¹⁸ In diesem Sinne aber VISCHER, Verhüllungsverbot (Fn. 87), Rz. 11, 29.

¹¹⁹ So treten die komplett «verhüllten» Silvesterchläuse je nach Gemeinde in Appenzell Ausserrhoden zum Silvester des gregorianischen Kalenders (31. Dezember) oder aber des julianischen Kalenders (13. Januar) auf. Eine besondere Vielfalt an unterschiedlichen Brauchtumstraditionen besteht sodann im Kanton Graubünden.

¹²⁰ Das Bundesrecht kennt traditionell zahlreiche offene Normen, die es den kantonalen Rechtsanwendungsbehörden erlauben, örtlichen Unterschieden ausreichend Rechnung zu tragen: BENJAMIN SCHINDLER, Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, in: VVDStRL 78/2019, 167 ff., 194 f.

¹²¹ Zum Beispiel bei der Frage, ob frühmorgendliches Kirchengeläut lokal verwurzelt ist: BGE 126 II 366, E. 5b.

¹²² Zu den funktionellen Grenzen der Justiz bei Untätigkeit des Gesetzgebers BGE 117 V 318.

lassen.¹²³ Dieser Umweg mit erheblichem Potential für Flurschaden lässt sich mit einer bundesrechtlichen Regelung vermeiden.

[30] Grundsätzlich ist denkbar, dass neben einer bundesrechtlichen Strafnorm die Kantone in ihrem angestammten Kompetenzbereich ergänzende Vorschriften erlassen können, um dem Verhüllungs- bzw. Vermummungsverbot zusätzliche Nachachtung zu verschaffen. Etwa, indem die Erteilung von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch davon abhängig gemacht wird, dass an einer Veranstaltung keine Personen mit Gesichtsverhüllung teilnehmen und die Organisatoren entsprechende Vorkehrungen treffen müssen, oder, dass staatliche Leistungen verweigert werden können, wenn Personen im Umgang mit Behörden ihr Gesicht bedeckt halten.¹²⁴ Für die erfolgreiche Umsetzung des Verhüllungsverbots in der Praxis dürften diese flankierenden Massnahmen der Kantone aber kaum ausschlaggebend sein.

4. Wo: StGB oder ein eigenes Gesetz?

[31] Wenn der Bund zuständig ist, Art. 10a BV mit einer gesetzlichen Strafsanktion umzusetzen, stellt sich die Folgefrage, wo diese Norm in der bundesrechtlichen Rechtsordnung anzusiedeln ist. Da es sich um eine Strafnorm handelt, drängt sich eine Ergänzung des Strafgesetzbuches auf, wie sie der Bundesrat vorschlägt. Im Schrifttum wird eine Normierung im Kernstrafrecht vereinzelt kritisiert.¹²⁵ Daher sollte geprüft werden, ob sich für die Umsetzung ein eigenständiger Erlass eignet, wie es der indirekte Gegenvorschlag¹²⁶ zur Initiative vorsah. Um diese Frage beantworten zu können, lohnt sich vorab ein Blick in die kantonalen und ausländischen Rechtsordnungen.

4.1. Kantonale Regelungen

[32] Wie bereits erläutert,¹²⁷ kannten bis anhin nur die Kantone *Tessin* und *St. Gallen* Verhüllungsverbote. Beide regelten diese gestützt auf ihre kantonalen Gesetzgebungskompetenzen (vgl. Art. 335 Abs. 1 StGB) im kantonalen Übertretungsstrafrecht.¹²⁸ Im Kanton Tessin wurde in Umsetzung von Art. 9a KVTI das kantonale Verhüllungsverbot einerseits das bestehende Gesetz über die öffentliche Ordnung¹²⁹ ergänzt und andererseits ein neues Gesetz über das Gesichtsverhüllungsverbot¹³⁰ erlassen.¹³¹ Im Kanton St. Gallen wurde das Verhüllungsverbot demgegenüber in Art. 12^{ter} des (allgemeinen) kantonalen Übertretungsstrafgesetzes¹³² verankert. Darüber

¹²³ Vgl. den Vorschlag bei VISCHER, Verhüllungsverbot (Fn. 87), Rz. 37.

¹²⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 2 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Gesichtsverhüllung vom 19. Juni 2020.

¹²⁵ VISCHER, Verhüllungsverbot (Fn. 87), Rz. 25.

¹²⁶ Vgl. Fn. 51.

¹²⁷ Vgl. Kapitel 1.1.2.

¹²⁸ CORINA FUHRER, Die Umsetzung kantonalen Volksinitiativen, Diss, Zürich 2019, 193; STEPHAN ZLABINGER, Schleierhafte Gesetzgebung? – Das St. Galler Gesichtsverhüllungsverbot unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, in: ZBl 119/2018, 580 ff., 582; vgl. auch BGE 144 I 281, nicht publ. E. 4.3.

¹²⁹ «Legge sull'ordine pubblico» (LORP) vom 23.11.2015.

¹³⁰ «Legge sulla dissimulazione del volto negli spazi pubblici» (LDiss) vom 23.11.2015.

¹³¹ Ausführend dazu wurde zudem das «Regolamento sull'ordine pubblico e sulla dissimulazione del volto negli spazi pubblici» (RORP) vom 06.04.2016 verabschiedet.

¹³² Übertretungsstrafgesetz (UeStG) vom 13.12.1984.

hinaus verbieten 16 Kantone¹³³ die «Vermummung» anlässlich öffentlicher Kundgebungen, bewilligungspflichtiger Versammlungen oder sonstiger Menschenansammlungen. Entsprechende Regelungen sind überwiegend im kantonalen Übertretungsstrafrecht angesiedelt.¹³⁴

4.2. Ausländische Regelungen

[33] Im europäischen Vergleich kennen *Frankreich, Belgien, Dänemark* und *Österreich* Gesichtsverhüllungsverbote, die einen ähnlichen Anwendungsbereich wie Art. 10a BV aufweisen.¹³⁵

[34] In *Frankreich* trat am 11.04.2011 ein eigenes Gesetz¹³⁶ in Kraft, das die Verhüllung des Gesichts an öffentlichen Orten verbietet.¹³⁷ Vom Verbot ausgenommen ist die Gesichtsverhüllung, wenn sie durch Gesetz oder Verordnung vorgeschrieben oder erlaubt ist, wenn sie durch gesundheitliche oder berufliche Gründe gerechtfertigt ist oder wenn sie im Rahmen sportlicher Aktivitäten, Feierlichkeiten oder künstlerischer oder traditioneller Darbietungen getragen wird.¹³⁸ Unter letztere fallen auch religiöse Feierlichkeiten.¹³⁹ Obschon öffentlich zugängliche Sakralstätten grundsätzlich nicht vom Verhüllungsverbot ausgenommen sind, hat der französische Verfassungsrat festgestellt, dass die Ausübung der Religionsfreiheit an öffentlich zugänglichen Sakralstätten durch ein Verhüllungsverbot nicht übermässig eingeschränkt werden darf.¹⁴⁰ In *Österreich* trat das eigenständige «Bundesgesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit» (AGesVG) am 01.10.2017 in Kraft. Es verbietet die Gesichtsverhüllung an öffentlichen Orten und in öffentlichen Gebäuden.¹⁴¹ Erlaubt bleibt eine solche, wenn sie «durch Bundes- oder Landesgesetze vorgesehen ist, im Rahmen künstlerischer, kultureller oder traditioneller Veranstaltungen oder im Rahmen der Sportausübung erfolgt oder gesundheitliche oder berufliche Gründe hat».¹⁴² *Belgien* hat am 23.07.2011 ein Verbot, das Gesicht ganz oder teilweise an öffentlichen Orten zu verhüllen, in seinem allgemeinen Strafgesetzbuch verankert.¹⁴³ Ausgenommen vom Verbot ist die Verhüllung des Gesichts aus beruflichen Gründen, aufgrund einer

¹³³ Vgl. Fn. 39.

¹³⁴ Vgl. Art. 12a Loi d'application du code pénal fribourgeoise, Art. 20 des bernischen Gesetzes über das kantonale Strafrecht, § 22^{bis} des solothurnischen Gesetzes über das kantonale Strafrecht und die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, § 47 des aargauischen Gesetzes über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, § 11a des Zürcher Gesetzes über das kantonale Strafrecht und den Vollzug von Strafen und Massnahmen, Art. 12^{bis} des st. gallischen Übertretungsstrafgesetzes und § 22a des Zuger Polizeistrafgesetzes.

¹³⁵ So auch in BJ, Umsetzung des Verbots zur Gesichtsverhüllung (Art. 10a BV): Änderung des Strafgesetzbuches, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens (zit. Bericht Gesichtsverhüllung), 7.

¹³⁶ LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹³⁷ Art. 1 statuiert den Grundsatz des Gesichtsverhüllungsverbots, wobei der «öffentliche Raum» in Art. 2 Abs. 1 definiert wird.

¹³⁸ Art. 3.

¹³⁹ Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, Journal officiel «Lois et Décrets», JORF n° 0052 du 3 mars 2011 (zit. Circulaire du 2 mars 2011), abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000023654701#:~:text=Elle%20pose%20le%20principe%20d,tiers%20%C3%A0%20dissimuler%20son%20visage> (besucht am 02.03.2022).

¹⁴⁰ Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, E. 5; vgl. auch Circulaire du 2 mars 2011 (Fn. 139).

¹⁴¹ Art. 2 Abs. 1 AGesVG.

¹⁴² Art. 2 Abs. 2 AGesVG.

¹⁴³ Eingeführt mit dem Erlass des Gesetzes über die Gesichtsverhüllung (loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage du 1 juin 2011, Dossier no 2011-06-0108) am 23. Juli 2011.

polizeilichen Anordnung oder anlässlich von festlichen Veranstaltungen.¹⁴⁴ Seither ist das Gesichtsverhüllungsverbot im belgischen Strafgesetzbuch als Art. 563^{bis} unter dem 4. Titel («contraventions», dt.: «Übertretungen») eingegliedert. *Dänemark* kennt ebenfalls ein Verhüllungsverbot. Das allgemeine Strafgesetzbuch wurde am 01.08.2018 um ein Gesichtsverhüllungsverbot ergänzt.¹⁴⁵ Nach § 134c des Strafgesetzbuches, der bei den Verstössen gegen «die öffentliche Ordnung und den Frieden»¹⁴⁶ eingegliedert ist, wird die Gesichtsverhüllung an öffentlichen Orten mit Busse geahndet, sofern sie nicht einem «aner kennenswerten»¹⁴⁷ Zweck dient.¹⁴⁸

[35] Zusammenfassend kann festgehalten werden: Die genannten Staaten und Kantone sprechen dem Verhüllungsverbot mehrheitlich strafrechtlichen Charakter zu und normieren den entsprechenden Tatbestand als Übertretung. Zudem offenbaren sich zwei unterschiedliche Modelle zur strafrechtlichen Umsetzung des Verhüllungsverbots: Das Verhüllungsverbot kann in einem *Sondergesetz* geregelt werden. Diese Konzeption herrscht in Frankreich, Österreich und im Kanton Tessin vor. Diesbezüglich muss angemerkt werden, dass das Strafgesetzbuch Österreichs und der französische Code pénal generell keine Übertretungstatbestände aufführen, sondern solche stets in separaten Gesetzen regeln.¹⁴⁹ Auch der Kanton Tessin¹⁵⁰ kennt kein eigentliches «Übertretungsstrafgesetz», wie dies zahlreiche Kantone haben. Das Verhüllungsverbot kann aber auch im allgemeinen *Strafgesetzbuch* oder einem allgemeinen Übertretungsstrafrecht verankert werden, wie in Belgien, Dänemark oder im Kanton St. Gallen.

4.3. Mögliche Regelungsgefässe auf Bundesebene

4.3.1. Normierung im StGB

[36] Der Tatbestand der unerlaubten Gesichtsverhüllung könnte einerseits als Übertretung im Kernstrafrecht geregelt werden.¹⁵¹ Ob das Verhüllungsverbot, wie es der Vernehmlassungsentwurf vorschlägt, im 20. Titel «Übertretungen bundesrechtlicher Bestimmungen» des StGB geregelt werden soll, lässt sich mit Blick auf die dadurch geschützten Rechtsgüter beurteilen. Interessanterweise stellte sich der Bundesrat vor Annahme der Volksinitiative auf den Standpunkt, die Gesichtsverhüllung gefährde bzw. verletze kein konkretes Rechtsgut.¹⁵² Diese Annahme lässt

¹⁴⁴ Art. 563^{bis} Code pénal.

¹⁴⁵ Mit Inkrafttreten von Abs. 2 des «Lov om ændring af straffeloven» (dt. «Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches»), Nr. 717 vom 8. Juni 2018.

¹⁴⁶ Deutsche Übersetzung des dänischen: «forbrydelsen mod den offentlige orden og fred».

¹⁴⁷ Deutsche Übersetzung des dänischen «aner kendelsesvaerdigt» (§ 134c Stk. 2 Straffeloven).

¹⁴⁸ § 134c Straffeloven.

¹⁴⁹ BSK StGB-HEIMGARTNER, Vorbemerkungen zu Art. 3, Rz. 2 f.

¹⁵⁰ Wobei der Kanton Tessin das kantonale Übertretungsstrafrecht ohnehin nur in Spezialgesetze regelt und kein eigentliches «Übertretungsstrafgesetz», wie es zahlreiche Kantone haben, kennt.

¹⁵¹ Da Art. 10a Abs. 2 BV, das Verbot, jemanden aufgrund seines Geschlechts zu zwingen, sein Gesicht zu verhüllen, als unter die Nötigung in Art. 181 StGB subsumierbar und daher als bereits umgesetzt betrachtet wurde, argumentierte auch das BJ, dass es sich anbiete, den restlichen Teil der Initiative ebenfalls im StGB zu regeln (Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 7).

¹⁵² Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2939. Auch das BK hält im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung fest, ein Rechtsgut im Zusammenhang mit dem Verhüllungsverbot sei nicht leicht zu bestimmen (Botschaft zur Umsetzung des Verbots zur Gesichtsverhüllung (Art. 10a BV): Änderung des Strafgesetzbuches. Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 7).

ausser Acht, dass es neben Individualrechtsgütern¹⁵³ auch Tatbestände gibt, die «ohne Vermittlung über den Schutz von Rechtsgütern direkt bestimmte Normen und damit die allgemeine Orientierungssicherheit oder den sozialen Frieden schützen sollen».¹⁵⁴ GÜNTER STRATENWERTH¹⁵⁵ hält diesbezüglich treffend fest, dass die «Freiheitsrechte des Einzelnen [...] eben auch dem elementaren Bedürfnis, in einer gesellschaftlichen Ordnung zu leben, die unabhängig vom eigenen Wohlergehen für «richtig» gehalten wird», entsprächen. Und laut dem EGMR dient ein Gesichtsverhüllungsverbot der «Sicherstellung eines funktionierenden Gemeinschaftslebens, für das bestimmte Rahmenbedingungen als unentbehrlich betrachtet» würden¹⁵⁶; das Verbot schütze somit das Zusammenleben («vivre ensemble»)¹⁵⁷. Diese vage Definition wird in abweichenden Richtmeinungen des Entscheids zurecht kritisiert¹⁵⁸ und wurde im Rahmen der Abstimmung zur Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» auch von keiner Seite geltend gemacht. Auch das vom Initiativkomitee¹⁵⁹ geltend gemachte und im Rahmen der parlamentarischen Debatten¹⁶⁰ teilweise diskutierte Argument, das Verhüllungsverbot schütze die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit und damit die Gleichstellung der Frau, überzeugt nicht, zumal sich die angedrohte Sanktion diesfalls gegen das vermeintliche Opfer richten würde.¹⁶¹ Vielmehr lässt sich dem Argumentarium des Initiativkomitees entnehmen, was in den parlamentarischen Debatten¹⁶² offensichtlich wurde: Das Verhüllungsverbot verleiht einer gesellschaftlichen Vorstellung Ausdruck, dass man einander «in aufgeklärten europäischen Staaten wie der Schweiz»¹⁶³ mit offenem Gesicht begegne. Ähnlich wie das Verbot, sich nackt in der Öffentlichkeit aufzuhalten,¹⁶⁴ schützt das Verhüllungsverbot somit eine bestimmte, gesellschaftlich geprägte Auffassung von Anstand. Der

¹⁵³ Unter anderem das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit, etc. (GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 [zit. Strafrecht], § 3, Rz. 8).

¹⁵⁴ CHRISTOPHER GETH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Basel 2021, Rz. 3; vgl. auch STRATENWERTH, Strafrecht (Fn. 153), § 3, Rz. 9.

¹⁵⁵ STRATENWERTH, Strafrecht (Fn. 153), § 3, Rz. 9; siehe auch NIGGLI/MAEDER, Strafrecht (Fn. 113), 447 f.

¹⁵⁶ BIJAN FATEH-MOGHADAM, Dresscodes: Verhüllungsverbote im liberalen Rechtsstaat, recht 3/2017, 225 ff. (zit. Dresscodes), 229.

¹⁵⁷ Urteil (EGMR) vom 1. Juli 2014, S.A.S. gegen Frankreich, E. 121.

¹⁵⁸ Urteil (EGMR) vom 1. Juli 2014, S.A.S. gegen Frankreich, Joint partly dissenting opinion of judges Nussberger and Jäderblom, 61 ff.; ebenfalls kritisch: FATEH-MOGHADAM, Dresscodes (Fn. 156), 229; STEFAN SCHLEGEL, Verhüllungsverbot: Ein Grundsatzproblem schaffen, um ein Scheinproblem zu bekämpfen, in: Unser Recht 2021, https://unser-recht.ch/wp-content/uploads/2021/01/Burka_essay_def.pdf (besucht am 04.03.2022), 3; SASCHA SEBASTIAN, «Vivre ensemble» und das Recht ein Aussenseiter zu sein – Zur möglichen integrationspolitischen Bedeutung der Entscheidungen des EGMR zum Verbot der Vollverschleierung, in: ZAR 4/2017, 153 ff., 159 f.

¹⁵⁹ Vgl. Argumentarium Verhüllungsverbot (Fn. 63), 9.

¹⁶⁰ Vgl. bspw. Votum Steinemann AB 2020 N 1017; Votum Streiff-Feller AB 2020 N 1020; Votum Geissbühler AB 2020 N 1026; Votum Ruppen AB 2020 N 1030; Votum Rüegger AB 2020 N 1032; Votum Bircher AB 2020 N 1036.

¹⁶¹ FATEH-MOGHADAM, Dresscodes (Fn. 156), 227; SCHLEGEL, Verhüllungsverbot (Fn. 158), 2.

¹⁶² Exemplarisch Votum Schläpfer AB 2020 N 1029: «In unserem Land ist es selbstverständlich, dass wir in der Gesellschaft unser Gesicht zeigen und man daraus die Mimik und das Befinden des Gegenübers lesen kann. Ja, es ist bei uns anständig, dass wir sogar den Hut abnehmen, wenn wir mit jemandem am Tisch sitzen oder wenn wir uns in einem geschlossenen Raum befinden. Das ist eine Tradition und hat seinen Ursprung im Zeigen, dass wir in guter Absicht kommen und beim Gegenüber keine Waffen vermuten»; Votum BR Keller-Suter AB 2019 S 962: «Braucht es für eine gesellschaftliche Konvention in unserem Land, die nun einmal darauf beruht, dass wir anständig sind – und in der Schweiz, wie auch in anderen Ländern, gibt man sich die Hand und schaut sich dabei in die Augen –, ein Gesetz?»; siehe auch Votum Salzmann AB 2020 S 22; Votum Addor AB 2020 N 1018; Votum Zuberbühler AB 2020 N 1025; Votum Bregy 2020 N 1026; Votum Gugger AB 2020 N 1028.

¹⁶³ Argumentarium Verhüllungsverbot (Fn. 63), 8.

¹⁶⁴ Vgl. BGE 138 IV 13 wonach das öffentliche «Nacktwandern» im Kanton Appenzell A.Rh. unter Art. 19 des kantonalen Übertretungsstrafgesetzes («unanständiges Benehmen») subsummiert werden kann, da es «Sitte und Anstand grob verletzt» (E 4.2).

Schutz des öffentlichen Anstandes ist der schweizerischen Strafrechtsordnung zwar nicht fremd, doch wird dieser (bisher) ausnahmslos nicht im Kernstrafrecht, sondern in den kantonalen Übertretungsstrafgesetzen geregelt. So werden «unanständiges Benehmen» bzw. die Verletzung von «Sitte und Anstand»¹⁶⁵, aber auch ähnliche Tatbestände, wie das Erregen öffentlichen Ärgernisses durch Trunkenheit¹⁶⁶, in mehreren Kantonen mit Busse bzw. mit Ordnungsbussen bestraft. Diese am geschützten Rechtsgut orientierte Systematik der schweizerischen Strafrechtsordnung muss für die Umsetzung von Art. 10a BV unseres Erachtens nicht zwingend strapaziert werden durch ein Verbot zum Schutz des öffentlichen Anstands.

4.3.2. Regelung in einem eigenen Gesetz

[37] Die unerlaubte Gesichtsverhüllung könnte alternativ in einem Spezialerlass über die Gesichtsverhüllung als Übertretung oder als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet werden. In letzterem Fall wäre das Ordnungsbussenverfahren anwendbar und der Katalog in Art. 1 Abs. 1 Bst. a OBG müsste entsprechend ergänzt werden. Das Bundesamt für Justiz (BJ) spricht sich in seinem erläuternden Bericht vor allem deshalb gegen den Erlass eines Spezialerlasses aus, da dies «aufgrund der beschränkten Regelungsmaterie unverhältnismässig»¹⁶⁷ wäre. Dies, obschon der indirekte Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» den Erlass eines «Gesetzes über das Gesichtsverhüllungsverbot»¹⁶⁸ mit gerade einmal fünf Artikeln vorgesehen hatte. Ein anderes Gesetz, in das sich das Verhüllungsverbot thematisch gut integrieren liesse, besteht auf Bundesebene nicht.¹⁶⁹

[38] Die Umsetzung des Verhüllungsverbots in einem eigenen Bundesgesetz wurde unserer Ansicht nach vorschnell verworfen. Erstens zählt das geschützte Rechtsgut des Verhüllungsverbots – der öffentliche Anstand – nicht zu den Schutzanliegen des Kernstrafrechts. Zweitens könnte das Verbot in einem separaten «Bundesgesetz über die Gesichtsverhüllung» ohne weiteres als *Ordnungswidrigkeit* ausgestaltet werden,¹⁷⁰ was mehrere Vorteile hätte: Die Konzeption des Verhüllungsverbots als Ordnungswidrigkeit würde den Zugang zum vereinfachten Verfahren im

¹⁶⁵ Art. 12 Bst. b des bernischen Gesetzes über das kantonale Strafrecht; § 23 Abs. 2 des solothurnischen Gesetzes über das kantonale Strafrecht; Art. 10 des Glarner Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches; § 18 Abs. 2 des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Luzern; § 18 Abs. 2 des Schwyzer Gesetzes über das kantonale Strafrecht; Art. 6 Ziff. 2 des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Nidwalden.

¹⁶⁶ § 19 des luzernischen Übertretungsstrafgesetzes; § 23 Abs. 2 des solothurnischen Gesetzes über das kantonale Strafrecht; Art. 37 Code pénal neuchâtelais.

¹⁶⁷ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 5.

¹⁶⁸ Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung, Bundesgesetz über die Gesichtsverhüllung vom 19. Juni 2020, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/centerseparcuria2019201900233/schlussabstimmungstext%202%20SN%20D.pdf> (besucht am 02.03.2022).

¹⁶⁹ Das BJ zog ebenfalls die Regelung des Verhüllungsverbots im BWIS (Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997, SR 120) in Erwägung. Dabei handelt es sich um einen polizeirechtlichen Bundeserlass der sich auf die Bundeskompetenz für auswärtige Angelegenheiten (Art. 54 Abs. 1 BV) sowie zur Koordination der Anstrengungen im Bereich der inneren Sicherheit (Art. 57 Abs. 2 BV) stützt. Die Regelung im BWIS wurde vom Bundesamt für Justiz unter anderem abgelehnt, weil das Verhüllungsverbot, im Unterschied zu den bestehenden kantonalen Vermummungsverboten, eben nicht nur die Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung bezwecke, sondern primär auf ein Verbot der Gesichtsverhüllung im gesamten öffentlichen Raum zum Schutz des «vivre ensemble» abziele. Damit falle das Verbot nicht in den Anwendungsbereich des BWIS (BJ, Bericht Gesichtsverhüllung [Fn. 135], 6). Dieser Argumentation kann im Grundsatz gefolgt werden. Die Umsetzung im BWIS scheint daher nicht passend.

¹⁷⁰ Nach Ansicht des BJ sprechen «schwerwiegende rechtsstaatliche Bedenken gegen eine Ausdehnung des Ordnungsbussenverfahrens auf StGB-Delikte» (BJ, Bericht Gesichtsverhüllung [Fn. 135], 5 f.). Durch einen Spezialerlass würden sich diese erübrigen.

Ordnungsbussengesetz eröffnen, was verfahrensökonomische Vorteile mit sich brächte. Das Ordnungsbussenverfahren sorgt im Regelfall für einen unkomplizierten Vollzug direkt durch die Polizeiorgane (Abs. 2 Abs. 1 OBG). Zugleich bleibt der Zugang zum ordentlichen Strafverfahren offen, falls die gebüsste Person das vereinfachte Verfahren ablehnt (Art. 13 Abs. 2 OBG). Dadurch können die ordentlichen kantonalen Strafverfolgungsbehörden und die Strafjustiz entlastet und öffentliche Ressourcen geschont werden.¹⁷¹ Waren es doch dieselben praktischen Überlegungen, aufgrund derer die Verletzung der Maskenpflicht im Rahmen der Covid-19-Pandemie – in gewisser Weise eine Norm mit umgekehrten Vorzeichen, aber denselben Vollzugsproblemen – als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet wurde.¹⁷² Sodann kommt das Ordnungsbussenverfahren nach Art. 4 Abs. 3 Bst. a OBG nicht zur Anwendung, wenn «die beschuldigte Person anlässlich der Widerhandlung jemanden gefährdet oder verletzt oder Schaden verursacht hat». Eine differenzierende Handhabung des Gesichtsverhüllungs- bzw. Vermummungsverbots bei gewalttätigen Kundgebungen oder Sportveranstaltungen würde dadurch erleichtert. Schliesslich besteht eine Spezialvorschrift für beschuldigte Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz (Art. 10 OBG), womit eine effiziente Durchsetzung des Gesichtsverhüllungsverbots gegenüber Touristinnen oder Veranstaltungsteilnehmenden aus dem Ausland ermöglicht wird. Neben diesen verfahrensökonomischen Überlegungen unterscheidet sich die Ordnungsbusse von der Busse nach StGB im Wesentlichen durch ihre Höhe. Die Maximalbusse von CHF 300 (Art. 1 Abs. 4 OBG) trägt dem Unrechtsgehalt des unerwünschten Verhaltens wie auch dem Rechtsgut des öffentlichen Anstands besser Rechnung als eine Busse von bis zu CHF 10'000 (Art. 106 StGB).¹⁷³ Die Beschränkung der Sanktion auf maximal CHF 300 ermöglicht darüber hinaus die Wahrung völkerrechtlicher Vorgaben. So war die Milde der Sanktion für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ein entscheidendes Kriterium, als er die Rechtmässigkeit von Gesichtsverhüllungsverboten in Frankreich und Belgien beurteilte. In Frankreich war die Höhe der Busse auf 150 Euro beschränkt, in Belgien auf 200 Euro.¹⁷⁴ Gleichzeitig hielt der Gerichtshof in einer jüngst ergangenen Entscheidung fest, dass eine Busse von CHF 500 für einen Verstoss gegen das Genfer Bettelverbot zu schwer (frz. «grave») und somit als unverhältnismässig einzustufen sei, wobei die prekären finanziellen Verhältnisse der bestraften Person bei dieser Beurteilung mit eine Rolle spielten.¹⁷⁵

¹⁷¹ Botschaft zum Ordnungsbussengesetz vom 17.12.2014, BBl 2015 959 ff., 992.

¹⁷² So stützt sich auf Art. 40 Abs. 2 Bst. b EpG (Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [EpG] vom 28. September 2021, SR 818.101) und wird bei Verstoss mit Ordnungsbusse bestraft, die nach den Bestimmungen Ordnungsbussenverfahren vollzogen wird (Art. 1 Abs. 1 Bst. 12a OBG i.V.m. Art. 83 Abs. 1 Bst. j EpG).

¹⁷³ Auch im internationalen Vergleich zeigt sich, dass die angedrohten Bussen für Verstösse gegen das Verhüllungsverbot durchwegs von geringer Höhe sind: In Frankreich (Art. 521 Code de procédure pénal française) und in Österreich (Art. 2 Abs. 1 des österreichischen Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz) beträgt die Busse höchstens 150 Euro, in Belgien höchstens 200 Euro (Urteil [EGMR] vom 11. Juli 2017, *Belcacemi und Oussar gegen Belgien*, Nr. 37798/13, § 17).

¹⁷⁴ Urteil (EGMR) vom 1. Juli 2014, *S.A.S. gegen Frankreich*, Nr. 43835/11, § 152 («Il faut cependant prendre en compte la circonstance que les sanctions retenues par le législateur figurent parmi les plus légères qu'il pouvait envisager, puisqu'il s'agit de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe (soit actuellement 150 EUR au maximum [...]).»); Urteil (EGMR) vom 11. Juli 2017, *Belcacemi und Oussar gegen Belgien*, Nr. 37798/13, § 17.

¹⁷⁵ Urteil (EGMR) vom 19. Januar 2021, *Lacatus gegen die Schweiz*, Nr. 14065/15, § 109.

5. Wie: Wieso setzt die Verfassung der Relativierung von Art. 10a BV Grenzen?

[39] Neben der Frage, wer das Verhüllungsverbot gesetzgeberisch umzusetzen hat und in welchem Erlass dies zu geschehen hat, stellt sich schliesslich die Frage nach dem *Wie*. Mit Blick auf die Rechtsfolge – eine Ordnungsbusse von geringer Höhe – wurde diese Frage bereits weitgehend beantwortet. Jede Strafnorm braucht aber auch einen Tatbestand, der das strafbare Verhalten umschreibt. Einen solchen enthält die Verfassungsnorm bereits in ausformulierter Form. Zu klären ist, ob der Gesetzgeber diesen Tatbestand möglichst unverändert in eine Strafnorm überführen soll oder er sich um einen harmonisierenden Ausgleich mit dem vorbestehenden Verfassungsrecht – insbesondere den durch das Verhüllungsverbot tangierten Grundrechten – bemühen soll und, falls ja, wie?

5.1. Der Vernehmlassungsentwurf¹⁷⁶

[40] Der Vernehmlassungsentwurf will Art. 10a BV durch eine neuen Art. 332a VE-StGB betreffend die «Übertretung des Gesichtsverhüllungsverbots» wie folgt umsetzen:

«Art. 332 a VE-StGB – Übertretung des Gesichtsverhüllungsverbots

¹ Wer sein Gesicht an öffentlichen oder an privaten Orten verhüllt, die der Allgemeinheit zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Nutzung offenstehen, wird mit Busse bestraft.

² Nicht strafbar sind Gesichtsverhüllungen:

- a. in Sakralstätten;
- b. zum Schutz und zur Wiederherstellung der Gesundheit;
- c. zur Gewährleistung der Sicherheit;
- d. zum Schutz vor klimatischen Bedingungen;
- e. zur Pflege des einheimischen Brauchtums sowie bei künstlerischen und unterhaltenden Darbietungen;
- f. bei Auftritten zu Werbezwecken;
- g. bei Einzelauftritten und Versammlungen im öffentlichen Raum, wenn die Gesichtsverhüllung zur Ausübung der Grundrechte der Meinungsäusserungsfreiheit oder der Versammlungsfreiheit notwendig ist oder wenn es sich dabei um eine bildliche Meinungsäusserung handelt, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht beeinträchtigt.»

[41] Der Vorschlag des Bundesrates übernimmt den verfassungsrechtlich abschliessend geregelten Tatbestand des verfassungsförmigen Verhüllungsverbot im Grundsatz, konkretisiert indes dessen *Anwendungsbereich*, und erweitert die nichtstrafbaren *Ausnahmen* davon. Der *räumliche*

¹⁷⁶ Abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dambjdedatagesellschaftgesetzgebungverhuellungsverbotvorentw-stgb.pdf.download.pdfvorentw-stgb.pdf> (besucht am 03.01.2022).

Anwendungsbereich des Verbots umschreibt Art. 332a Abs. 1 VE-StGB leicht anders als die Verfassungsnorm. Laut dem BJ stellt Art. 10a Abs. 1 BV die «Zugänglichkeit für die Allgemeinheit» ins Zentrum.¹⁷⁷ Massgeblich sei also die Zweckbestimmung eines Ortes; «privater Grund, den die Allgemeinheit nutzen darf [...]», werde genauso vom Verhüllungsverbot erfasst «wie private Geschäfte oder Betriebe, in denen das Publikum Waren oder Dienstleistungen entgeltlich oder unentgeltlich erwerben kann».¹⁷⁸ Die in Abs. 3 der Verfassungsbestimmung vorgespurte *Ausnahmekonzeption* des Verhüllungsverbots konkretisiert der Vernehmlassungsentwurf, indem er tatbestandsmässiges Verhalten in Einzelfällen für «nicht strafbar» erklärt. Der vorgesehene Ausnahmekatalog orientiert sich in den Buchstaben a-d sowie im ersten Halbsatz von Buchstabe e trotz gewisser sprachlicher Abweichungen weitgehend an den verfassungsrechtlich vorgegebenen Regelungsmotiven (Art. 10a Abs. 3 BV). Strafflos bleibt etwa die Gesichtsverhüllung «in Sakralstätten» – die Verfassung enthält indes eine Ausnahme «für Sakralstätten»¹⁷⁹ (Art. 332a Abs. 2 Bst. a VE-StGB). Damit schliesst der Entwurf voreilig aus, dass allenfalls auch ein offener Vorplatz oder eine Zugangstreppe zur Sakralstätte gehören kann.

[42] Ergänzt werden diese von der Verfassung vorgespurten Ausnahmen durch besondere Regeln für künstlerische und unterhaltende Darbietungen¹⁸⁰ (Bst. e und g), für Auftritte zu Werbezwecken¹⁸¹ (Bst. f) sowie zur Gewährleistung der Grundrechtsausübung bei Einzelauftritten und Versammlungen im öffentlichen Raum¹⁸² (Bst. g). Laut dem BJ tangiere das angedachte Verbot in Art. 332a Abs. 1 VE-StGB, wie schon in der Botschaft zur Volksinitiative erläutert,¹⁸³ «verschiedene Grundrechte, namentlich die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV), die Meinungsfreiheit (Art. 16 BV), die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Diese Grundrechte können im Rahmen der Schranken von Artikel 36 BV eingeschränkt werden.» Die vorgeschlagenen zusätzlichen «Ausnahmen [...] stellen sicher, dass diese Schranken eingehalten werden».¹⁸⁴ Schliesslich habe auch das Bundesgericht Ausnahmen zur Wahrung der Wirtschaftsfreiheit sowie der Versammlungs- und der Meinungsfreiheit für notwendig erachtet, damit das Verhüllungsverbot im Kanton Tessin im Einklang mit der Bundesverfassung stehe.¹⁸⁵ Unbeachtet blieb dabei, dass Normrelationen zwischen Bestimmungen der Bundesverfassung sich entscheidend von jener zwischen Bundesverfassungsrecht und kantonalem Gesetzesrecht unterscheiden. Erstere sind einer Normenkontrolle per se nicht zugänglich, bei der zweiten kann das Bundesgericht eine abstrakte Normenkontrolle vornehmen.¹⁸⁶ Während das Bundesgericht im zitierten Entscheid¹⁸⁷ darüber hinaus durch das

¹⁷⁷ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 11 ff.; gleich bereits Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2933 ff.

¹⁷⁸ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 11.

¹⁷⁹ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), Ziff. 5.2.2.

¹⁸⁰ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), Ziff. 5.2.6.

¹⁸¹ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), Ziff. 5.2.7.

¹⁸² BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), Ziff. 5.2.8.

¹⁸³ Zur Beeinträchtigung von Grundrechten im Falle einer Annahme der Volksinitiative vgl. Botsch. Verhüllungsverbot (Fn. 23), BBl 2019 2939. Interessanterweise erachtete man dort die Grundrechtsbeeinträchtigungen weitaus weniger dramatisch (2948).

¹⁸⁴ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 24.

¹⁸⁵ So BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 19 ff.: Zur Wirtschaftsfreiheit (19 f.), zur Versammlungs- und Meinungsfreiheit (21 f.); s.a. Kapitel 1.1.2.

¹⁸⁶ So auch CR-ZANDIRAD, Art. 10a Rz. 52 f.

¹⁸⁷ BGE 144 I 281.

Rügeprinzip zu einer selektiven Wahrnehmung gezwungen war (Art. 106 Abs. 2 BGG), muss der Gesetzgeber die Grundrechte ausnahmslos alle zur Geltung bringen (Art. 35 Abs. 1 BV).

5.2. Verfassungsrechtliche Grenzsteine für die Ausgestaltung von Art. 10a BV

[43] Der Vernehmlassungsentwurf bemüht sich um einen harmonisierenden Ausgleich zwischen Art. 10a BV und den durch das Verhüllungsverbot tangierten Grundrechten, obwohl die sprachliche Formulierung der Ausnahmen in Art. 10a Abs. 3 BV («ausschliesslich») auf eine abschliessende Aufzählung hindeutet.¹⁸⁸ Hierfür hat sich in Lehre und Praxis ein argumentatives Muster eingebürgert, das sich in der Argumentation des BJ exemplarisch widerspiegelt. «Die Verfassungsbestimmung ordnet sich [...] in die geltende Bundesverfassung ein. Sie ist im Rahmen des geltenden Methodenpluralismus auszulegen und steht nicht über anderen Verfassungsnormen. Überdies ist die Bundesverfassung mit Blick auf ihre Einheit zu interpretieren (verfassungsharmonisierende Auslegung): Dabei gilt in der harmonisierenden Auslegung der Verfassung der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen, wobei dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz besondere Bedeutung zukommt. Der Gesetzgeber muss bei der Umsetzung einer Verfassungsnorm alle von der Sache berührten Verfassungsanliegen mitbedenken, um sicherzustellen, dass die Rechtsordnung möglichst widerspruchsfrei bleibt.»¹⁸⁹ Eine solche Rechtsauffassung bleibt durchdrungen von der Vorstellung von 10a als «mangelhafte»¹⁹⁰ Norm, die in den «Reparaturwerkstätten der Gesetzgebung» nach einem präexistenten Bauplan der Bundesverfassung nachjustiert werden muss.¹⁹¹ Wenn man hingegen dem oppositionellen Charakter von Volksinitiativen wie dem Verhüllungsverbot im Rahmen einer zugespitzten Auslegung Rechnung trägt, scheint Art. 10a BV indes trotz der nicht geregelten Rechtsfolge sowie trotz der bloss punktuell normierten Anwendungsbereiche in sachlicher¹⁹² und räumlicher¹⁹³ Hinsicht in erster Linie eindämmend auf die Behördenpolitik des Bundes in Sachen Gesichtsverhüllung einwirken zu wollen.¹⁹⁴ Dass diese hemmende Steuerungsabsicht angenommener Verbotsinitiativen einem harmonisierenden Ausgleich mit gegenläufigen Grundrechtsansprüchen zum Opfer fällt, lässt sich in normativer, institutioneller und methodischer Hinsicht kritisieren.

¹⁸⁸ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 16.

¹⁸⁹ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 16.

¹⁹⁰ In der jüngeren Verfassungspraxis sprechen Botschaften zu Volksinitiativen wertend immer wieder von Mängeln einer Volksinitiative; vgl. exemplarisch die Botschaft des zur Volksinitiative «Für ein gesundes Klima (Gletscher-Initiative)» und zum direkten Gegenentwurf (Bundesbeschluss über die Klimapolitik) vom 11. August 2021, BBl 2021 1972 ff., 1994 ff.; zur Volksinitiative «Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer (Korrektur-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kriegsmaterialgesetzes) vom 5. März 2021, BBl 2021 623 ff., 645 ff. und zur Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» vom 7. Juni 2019 (zit. Botsch. Begrenzungsinitiative), BBl 2019 5027 ff., 5058.

¹⁹¹ Yvo HANGARTNER, Unklarheiten bei Volksinitiativen, Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV, in: AJP 4/2011 471 ff. (zit. Unklarheiten), 472 f.; WALDMANN, Umsetzung (Fn. 94), 528 f.; vgl. auch GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 212 ff.

¹⁹² «Gesicht [...] verhüllen».

¹⁹³ «Orten [...], die öffentlich zugänglich sind oder an denen grundsätzlich von jedermann beanspruchbare Dienstleistungen angeboten werden».

¹⁹⁴ Vgl. Kapitel 1.2.

5.2.1. Normative Ebene: Unscharfe Vorstellungen über den Umsetzungsgegenstand

[44] Auf der Suche nach einem harmonisierenden Ausgleich von Art. 10a BV und bestehendem Verfassungsrecht markieren «sprachlich unausgeglichene und mangelhafte Normtexte»¹⁹⁵ oder diffuse Begriffe wie «einheimisches Brauchtum»¹⁹⁶ bloss gewisse Anhaltspunkte für die Umsetzung einer angenommenen Volksinitiative.¹⁹⁷ Auftretende Widersprüche zwischen der angenommenen Volksinitiative und verschiedenen Grundrechtsansprüchen bilden unerwünschte Zustände im Verfassungsgefüge, die zu beheben seien, damit die gegensätzlichen Bestimmungen ihre Steuerungskraft entfalten können.¹⁹⁸ Eine solche Argumentation misst angenommene Volksinitiativen an überkommenen Idealvorstellungen einer Verfassung, die den Steuerungsabsichten von Revisionsanträgen aus dem Volk, die durch das Volk angenommen wurden,¹⁹⁹ nicht gerecht werden. Der von einem Initiativkomitee ausgearbeitete Normtext ist primär ein politisches Angebot, das im Rahmen einer Abstimmung möglichst viele Stimmbürger hinter die angestrebte Verfassungsänderung scharen soll.²⁰⁰ Die möglichst einheitliche und präzise Verwendung rechtlicher Begriffe steht dementsprechend nicht im Vordergrund. Die Urheber einer Volksinitiative wollen primär, «dass» ihre Anliegen durch eine Abstimmung Verfassungsautorität erlangen. Wie bereits angetönt,²⁰¹ scheren sie sich dementsprechend wenig darum, «wo» und «wie» die Norm in die Systematik der Bundesverfassung integriert und ihr normativer Kontext geregelt wird.

[45] Art. 10a BV vermag seine transformative Kraft erst dann zu entfalten, wenn man ihn als Ausdruck von Opposition in der Konkordanzdemokratie versteht; als Artikulation von okkasionellem Widerspruch gegen die Behördenpolitik im Bundesstaat in Sachen Gesichtsverhüllung. Soll der Bedeutung einer Volksinitiative als Recht auf Widerspruch Rechnung getragen werden, sind offene oder unklare Formulierungen in Art. 10a BV sowie Konfliktlagen mit anderen Verfassungsnormen nicht als Steuerungsdefizite, sondern als Normierungstechniken zu deuten, um politische Gestaltung via Verfassung punktuell zu übersteuern. Die einzelnen Stichworte der angenommenen Volksinitiative wirken eher als verfassungsrechtliche «Grenzsteine». Ohne scharfe Trennlinien zu ziehen, setzt der Wortlaut von Art. 10a BV der politischen Gestaltung also Grenzen, «dass», «bis wann» und «wie» ein angenommene Verhüllungsverbot einzuführen und auszugestalten ist.

5.2.2. Institutionelle Ebene: Einengung statt Erweiterung von Gestaltungsspielräumen

[46] Institutionell leitet eine ausgleichssuchende Interpretation angenommener Volksinitiativen aus diagnostizierten Steuerungsdefiziten hinter Art. 10a erweiterte Gestaltungskompetenzen der gesetzgebenden Organe zur Einpassung der neuen Bestimmung im Verfassungsgefüge ab. Impli-

¹⁹⁵ WALDMANN, Umsetzung (Fn. 94), 524; ähnlich HANGARTNER, Unklarheiten (Fn. 191), 472; vgl. auch die Botsch. Begrenzungsinitiative (Fn. 190), BBl 2019 5058, in der ausdrücklich von «Mängel der Initiative» die Rede ist.

¹⁹⁶ Zu den Unklarheiten BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 18.

¹⁹⁷ So HANGARTNER, Unklarheiten (Fn. 191), 471 ff.; die Botsch. Begrenzungsinitiative (Fn. 190), BBl 2019 5058, spricht ausdrücklich von «Mängel der Initiative»; ähnlich WALDMANN, Umsetzung (Fn. 94), 524; vgl. in Bezug auf Art. 10a BV auch CR-ZANDIRAD, Art. 10a Rz. 62.

¹⁹⁸ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 18.

¹⁹⁹ FLEINER, Bundesstaatsrecht (Fn. 103), 398, bezeichnet die Volksinitiative als «Antrag aus dem Volk an das Volk».

²⁰⁰ FLORIAN C. ROTH, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative als Lehrstück der Verfassungsauslegung, in: Jusletter vom 12. September 2016, Rz. 8; WALDMANN, Umsetzung (Fn. 94), 524.

²⁰¹ Vgl. Kapitel 2.1.

zit werden Steuerungsdefizite dadurch mit einer umfassenden Delegation von Regelungsbefugnissen des Verfassungsgebers an andere Verfassungsorgane gleichgesetzt. Auch wenn hinter der neuen Verfassungsnorm punktuell – etwa in Bezug auf die Rechtsfolgen – solche Regelungsabsichten stehen mögen: Im Grundsatz vermitteln solche Delegationskonstrukte über die Rollenverteilung bei der näheren Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen ein Zerrbild. Bestimmungen wie Art. 10a BV artikulieren ein institutionelles Misstrauen des Verfassungsgebers gegenüber den eingesetzten Organen und wollen deren Autonomie auf der Handlungsebene durch verfassungsrechtliche Grenzsteine beschränken, nicht erweitern. Nach der Annahme einer Volksinitiative sind die Deutungen des Bundesrates, der Bundesversammlung oder das zuweilen kurz vor der Abstimmung noch modifizierte Normverständnis des Initiativkomitees somit nicht massgeblich.²⁰² Entscheidend sind allein die Steuerungsabsichten des Verfassungsgebers.²⁰³ Soll der Oppositions- und Unitarisierungsfunktion einer angenommenen Volksinitiative im schweizerischen Bundesstaat in adäquater Weise Rechnung getragen werden,²⁰⁴ sind der Erlass von Verfassungsbestimmungen wie Art. 10a BV und ihre nähere Ausformung auf der Handlungs- und der Kontrollebene so miteinander zu verknüpfen, dass (vermeintliche) Steuerungsdefizite nicht zwangsläufig als Systemfehler erachtet werden, die erweiterte Gestaltungskompetenzen der gesetzgebenden Organe begründen.

5.2.3. Methodische Ebene: Ermächtigung durch Methode

[47] Die durch das Errichten von «Grenzsteinen» erzeugten Steuerungsprobleme werden durch eine harmonisierende Interpretation angenommener Volksinitiativen unter Verweis auf allgemeine methodische Überlegungen zur Verfassungsauslegung beiseitegeschoben. In den Ausführungen des BJ bildet der Ausgangspunkt dafür die in einer Fussnote versteckte Annahme, dass «die Auslegung des Verfassungsrechts [...] grundsätzlich denselben methodischen Regeln [folgt], wie sie für die Auslegung von Gesetzes- und Verordnungsrecht gelten». Dass ein verfassungsförmiges Verbot grundsätzlich gleich auszulegen ist wie eine Norm des StGB, mag auf den ersten Blick einleuchten. In einem weiteren Schritt weist die Lehre dann aber auf den begrenzten Erkenntniswert der tradierten Auslegungsmethodik im Kontext angenommener Volksinitiativen hin. Die *grammatikalische Auslegung* angenommener Volksinitiativen scheitere an mangelhaften Normtexten aus den Federn von Laien.²⁰⁵ Die *systematische Auslegung* angenommener Volksinitiative versage ebenfalls. Angenommene Volksinitiativen seien von punktuellen Interessen geprägt, die der Bundesverfassung nachträglich hinzugefügt wurden, weshalb sich aus ihrer Position und ihrem normativen Kontext wenig Erkenntnisse ergäben.²⁰⁶ Und die *historische Auslegung* einer angenommenen Volksinitiative bleibe spekulativ, weil der massgebliche Wille von Volk und Ständen kaum bestimmbar sei.²⁰⁷ Der Auslegungsgegenstand einer angenommenen Volksinitiative un-

²⁰² Vgl. KATHRIN ALDER, Die «Burka-Initiative» gefährdet Globis und SVP-Sünneli, NZZ vom 16. Februar 2021, 9.

²⁰³ Vgl. Kapitel 2.1.

²⁰⁴ Zu den Funktionen vgl. Kapitel 1.2.

²⁰⁵ WALDMANN, Umsetzung (Fn. 94), 524 f.; ALAIN GRIFFEL, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, in: ZBl 115/2014 59 ff., 60, diagnostiziert in Bezug auf Art. 75b BV einen «überaus unprofessionell und unpräzise formulierten Initiativtext».

²⁰⁶ Wyss, Vorläufige Umsetzung (Fn. 94), Rz. 150 ff.; WALDMANN, Umsetzung (Fn. 94), 525 f.; s.a. bei MUSLIU, Umsetzung (Fn. 94), 16 ff.

²⁰⁷ M.w.H. Kapitel 2.1.

terscheidet sich von einem Grundrecht oder einer Bundeskompetenz wie auch einer kantonalen Volksinitiative²⁰⁸, über deren Gültigkeit das Bundesgericht vor der Abstimmung zu entscheiden hat. So richtig die Diagnose eines beschränkten Erkenntnisgewinns der klassischen Auslegungselemente ist, wird sie im Kontext unliebsamer Volksinitiativen vor allem als Rechtfertigung für eine therapeutische Anpassung solcher Verfassungsnormen nach ihrer Annahme genutzt. Gemeinhin wird dafür auf die Methode der verfassungsharmonisierenden Auslegung mit Blick auf die Einheit der Verfassung und die Gleichwertigkeit von Verfassungsnormen verwiesen;²⁰⁹ zuweilen wird auch von der «Herstellung praktischer Konkordanz»²¹⁰ gesprochen. Relativ unproblematisch sind diese im Detail verschiedenartigen, im Grundsatz dann aber doch sehr ähnlichen methodischen Argumente, sofern sie eine reine Harmonisierungsfunktion verfolgen.²¹¹ Voraussetzung dafür ist eine gewisse Offenheit der fraglichen Anlassnorm, die Raum für den Ausgleich mit anderen Verfassungsnormen belässt. Problematisch werden diese methodischen Argumente indes, wenn sie als Minimumsmaxime verstanden werden, gemäss der eine Verfassungsnorm so lange zu modifizieren sei, bis ein Minimum an Einheit oder Harmonie innerhalb des Normgefüges wiederhergestellt ist. Ein solches Verständnis schiebt die Steuerungsabsichten hinter einer angenommenen Volksinitiative methodisch beiseite, ebnet einer ungebundenen «Abwägungsakrobatik»²¹² den Weg und führt zu einer Umsetzung entgegen ihrem Normsinn. Die Wahrung verfassungsrechtlicher Grenzsteine bei der verfassungsharmonisierenden Auslegung angenommener Volksinitiativen setzt unseres Erachtens jeweils eine Begründung voraus, weshalb es trotz ihres oppositionellen Charakters im Einklang mit den Steuerungsabsichten des Verfassungsgebers steht, die neue und weitere Verfassungsnormen partiell anstatt die neue Verfassungsnorm vollständig zu verwirklichen, andere hingegen gar nicht.

[48] Pauschale Verweise auf die «Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen»²¹³, die besondere Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes²¹⁴ oder die Einschränkung von Grundrechten nach Art. 36 BV²¹⁵ begründen das Tun der Behörden im vorliegenden Fall nicht. Eher wird dadurch eine Selbstermächtigung über methodische (Schein)Argumente verschleiert. Denn: Der Wortlaut («ausschliesslich») und mehr noch die Oppositions- und Kontrollfunktion von Art. 10a BV,²¹⁶ sprechen gerade nicht für Öffnungsabsichten gegenüber anderen Verfassungsnormen. Die Entstehungsgeschichte²¹⁷ von Art. 10a Abs. 3 BV deutet auf eine ausgleichsresistente Konzeption

²⁰⁸ Exemplarisch BGer 1C_105/2019 vom 16.09.2020, E. 6.2; m.w.H. GORAN SEFEROVIC, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Habil., Bern 2018, Rz. 217 ff.

²⁰⁹ So explizit BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 16.

²¹⁰ Exemplarisch BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.2; Botsch. Änderung StGB/MStG (Fn. 85), BBl 2013 5983 f.; Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 123c BV) vom 3. Juni 2016, BBl 2016 6115 ff., 6144.

²¹¹ Grundlegend zu den einzelnen Argumenten zur Anreicherung und Modifikation des normativen Kontexts von Verfassungsnormen K. EHRENZELLER, Koordination (Fn. 78), Rz. 322 ff., spezifisch zu den Derogationssätzen (Rz. 323 ff.), zur völkerrechtskonformen Auslegung (Rz. 333 ff.), zum Prinzip der Einheit der Verfassung (Rz. 340 ff.), zur Herstellung praktischer Konkordanz (Rz. 345 ff.).

²¹² Zum Begriff GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsauslegung, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Zürich 2020, 235 ff., Rz. 17 unter Verweis auf MATTHIAS HERDEGEN, Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, JZ 2004, 873 ff., 874.

²¹³ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 16.

²¹⁴ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 16.

²¹⁵ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 24.

²¹⁶ Dazu Kapitel 1.2.

²¹⁷ Grundlegend Kapitel 1.1.2; s.a. Kapitel 2.1.

des Absatzes hin, die den Absatz aufgrund von Erfahrungen im Kanton Tessin gegenüber einer Überdehnung durch die Behörden abdichten soll. Für die Herstellung praktischer Konkordanz bleibt somit kein Raum.²¹⁸ In Frage käme höchstens eine «freiheitssichernde Koordination»²¹⁹ von Art. 10a BV und ihr entgegenstehender Grundrechtsansprüche. Solch eine staatsleitende Zuordnung von Verfassungsnormen zum Schutz eines Mindestmasses an Differenzierung, ohne die Individuen zum reinen Objekt demokratischer Mehrheitsentscheide verkämen, grenzt sich als *ultima ratio* von der Verfassungsauslegung durch einen zusätzlichen Rechtfertigungsbedarf ab. Die drei nicht von den abschliessenden Regelungsmotiven der neuen Verfassungsnorm gedeckten Ausnahmen zum Verhüllungsverbot in Art. 332a Abs. 2 Bst. e-g VE-StGB stehen dementsprechend bloss im Einklang mit dem Verfassungsrahmen, wenn den dahinterstehenden Grundrechtsansprüchen gegenüber Art. 10a Abs. 3 BV trotz seiner Ausgleichsresistenz eine verdrängende Kraft zukäme.

[49] Der Verfassungsgeber hat mit Art. 10a Abs. 3 BV die hinter der Ausnahme für Auftritte zu Werbezwecken i.S.v. Art. 332a Abs. 2 Bst. f VE-StGB)²²⁰ stehende Wirtschaftsfreiheit entgegen den Ratschlägen von Bundesrat und Bundesversammlung punktuell eingeschränkt. «Ob diese Regelung sachlich sinnvoll oder allenfalls zu ändern ist, hat [...] der Verfassungsgeber zu entscheiden» bzw. entschieden.²²¹ Da die Wirtschaftsfreiheit nicht durch die EMRK geschützt ist, erübrigt sich die Frage des Schutzes residualer Völkerrechtsansprüche im Kontext der Bundesverfassung. Die Berufswahlfreiheit bleibt durch das verfassungsförmige Gesichtsverhüllungsverbot unangetastet und auch von einem Berufsverbot kann keine Rede sein. Mangels einer verdrängenden Kraft der Wirtschaftsfreiheit gegenüber dem ausgleichsresistenten Art. 10a Abs. 3 BV, ist die Ausnahme für Auftritte zu Werbezwecken eindeutig nicht vereinbar mit dem Verfassungsrahmen für Ausnahmen des Verhüllungsverbots.

[50] Weniger klar ist die Lage bei den vorgeschlagenen *Ausnahmeregeln für künstlerische und unterhaltende Darbietungen* (Art. 332a Abs. 2 Bst. e VE-StGB)²²² und für die *Gewährleistung der Grundrechtsausübung bei Einzelauftritten und Versammlungen im öffentlichen Raum* (Art. 332a Abs. 2 Bst. g VE-StGB)²²³. Auch hier spricht kaum etwas für eine verdrängende Kraft der betroffenen Grundrechte der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), der Kunstfreiheit (Art. 21 BV), der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) oder der Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) gegenüber der Ausgleichsresistenz von Art. 10a Abs. 3 BV.²²⁴ Im Unterschied zur Wirtschaftsfreiheit sind diese Grundrechte allerdings auch durch die EMRK geschützt.²²⁵ Zur Zulässigkeit von Verhüllungsverboten für künstlerische und unterhaltende Darbietungen hat sich der EGMR bisher, soweit ersichtlich, nicht geäussert. Ein gesetzliches Vermummungsverbot für bewilligungspflichtigen Demonstrationen und grösseren Menschenansammlungen erachtete das Bundesgericht bereits im Jahr 1991 für verfassungs- und EMRK-konform anwendbar,²²⁶ wenn Ausnahmen von einem

²¹⁸ So aber BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 16 f.

²¹⁹ Vgl. K. EHRENZELLER, Koordination (Fn. 78), Rz. 745 ff.

²²⁰ M.w.H. BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), Ziff. 5.2.7.

²²¹ So BGer 2C_1051/2016 vom 24.08.2017, E. 3.3 f. in Bezug auf das Verhältnis von Art. 59 u. Art. 8 Abs. 3 BV.

²²² BJ, Ber. Gesichtsverhüllung (Fn. 135), Ziff. 5.2.6.

²²³ M.w.H. BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), Ziff. 5.2.8.

²²⁴ So aber BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 19.

²²⁵ So die persönliche Freiheit nach Art. 8 EMRK, die Versammlungsfreiheit nach Art. 11 EMRK und die Kunstfreiheit als Teil der Meinungsäusserungsfreiheit nach Art. 10 EMRK.

²²⁶ BGE 117 Ia 472, 486, E. 3.

solchen aus legitimen Gründen möglich bleiben; etwa aus überwiegenden «Interessen des Persönlichkeitsschutzes» existieren oder wenn das Motiv und der Zweck einer Demonstration «nur durch Unkenntlichmachung des Gesichts in optimaler Weise dargestellt werden könnten».²²⁷ Seither entwickelte der EGMR aber eine insgesamt eher zurückhaltende Praxis in Bezug auf die Kontrolle von Kopftuchverboten in Mitgliedsstaaten.²²⁸ Durch das Inkrafttreten des 15. ZP am 01.08.2021 ist diese den Staaten gewährte «marge d'appréciation» explizit in der Konvention enthalten.²²⁹ «Namentlich dort, wo die Anwendung der EMRK Wertungs- oder Abwägungsentscheidungen bedingt,» so der Bundesrat in der Botschaft zur Genehmigung des 15. ZP, «sind nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR die nationalen Instanzen in aller Regel besser in der Lage, solche Entscheidungen zu treffen, und ist es nicht seine Aufgabe, sich bei seiner Überwachung an die Stelle der staatlichen Gerichte und Behörden zu setzen.»²³⁰ In seinem Urteil zum Tessiner Verhüllungsverbot hat das Bundesgericht ein kantonales Verhüllungsverbot, das weder eine Bewilligungsklausel noch ein System allgemeiner Ausnahmen kennt, als unvereinbar mit der Versammlungs- (Art. 22 BV) und Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) qualifiziert.²³¹ Ein bundesrechtliches Verhüllungsverbot kann das Bundesgericht hingegen höchstens dann aufheben, wenn aufgrund einer klaren Rechtslage der EMRK einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR höchststrichtrichterlich zuvorgekommen werden muss, weil die EMRK für das Bundesgericht aufgrund von Art. 190 BV «massgeblich» ist. Die Bundesversammlung ist als oberste Gewalt im Bund hingegen auf andersgeartete Weise an die EMRK gebunden.²³² Nach Art. 5 Abs. 4 BV hat sie das Völkerrecht zu «beachten», nach Art. 5 Abs. 1 BV setzen ihr sowohl die EMRK wie auch die Bundesverfassung «Schranken». Und nach Art. 148 Abs. 1 BV übt sie die oberste Gewalt im Bund unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen – dem Verfassungsgeber – aus. Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage dürfte der Gesetzgeber in der vorliegenden Konstellation gut beraten sein, den direktdemokratischen Entscheid hinter den Regelungsmotiven für Ausnahmen des Verhüllungsverbots in Art. 10a Abs. 3 BV zu respektieren und auf Ausnahmen für künstlerische und unterhaltende Darbietungen (Art. 332a Abs. 2 Bst. e VE-StGB)²³³ und für die Gewährleistung der Grundrechtsausübung bei Einzelauftritten und Versammlungen im öffentlichen Raum zu verzichten. Denn eine Grundrechts- und EMRK-konforme Anwendung von Art. 10a BV scheint zwar schwierig, aber grundsätzlich möglich zu sein.²³⁴

[51] Zusammengefasst scheint es fast, als bewahrheiteten sich im Vernehmlassungsentwurf zur Umsetzung von Art. 10a BV die Befürchtungen GUSTAV VOGTS aus dem Jahr 1873 in Bezug auf in Kraft getretene Verfassungsnormen: «Um so emsiger machen sich nunmehr [hinzugefügt: nach dem Inkrafttreten einer Verfassungsnorm] die Secirkünste [sic] der Juristen und Staatsmänner über den ehrwürdigen Text her. Nun wird interpretirt, die «Doctrin» ausgebildet, das ursprüngliche Gefüge zertrennt und die zerstreuten Glieder wieder zusammenconstruiert, und mit alledem

²²⁷ BGE 117 Ia 472, 486, E. 3.bb.

²²⁸ Urteil (EGMR) vom 1. Juli 2014, *S.A.S. gegen Frankreich*, Nr. 43835/11; Urteil (EGMR) vom 11. Juli 2017, *Belcacemi und Oussar gegen Belgien*, Nr. 37798/13.

²²⁹ Botschaft zur Genehmigung des Protokolls Nr. 15 über die Änderung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 06. März 2015 (zit. Botsch. EMRK), BBl 2015 2347 ff., 2352 ff.

²³⁰ Botsch. EMRK (Fn. 229), BBl 2015 2353.

²³¹ BGE 144 I 281, 294 ff., E. 5.3.3–5.4.5.

²³² Vgl. dazu K. EHRENZELLER, Koordination (Fn. 74), Rz. 575 ff.

²³³ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), Ziff. 5.2.6.

²³⁴ Siehe Kapitel 5.3.

unmerklich ein anderer Geist hineingelegt, ein Geist, der nicht mehr frisch aus dem Volke geboren, sondern vorläufig nur erst das Erzeugnis der Behörden, von ihrer Wissenschaft und Praxis, ist.»²³⁵ Vor dem Hintergrund der geäusserten Kritik am Umsetzungsvorschlag sollen zum Schluss vier Wegweiser skizziert werden, wie eine verfassungsmässige Umsetzung von Art. 10a BV de lege ferenda aussehen könnte. Neben dem Bundesgesetzgeber wird es aber vor allem auch die wenig beneidenswerte Aufgabe der kantonalen Behörden und des Bundesgerichts sein, dem Verhüllungsverbot künftig Konturen zu verleihen.

6. Vier Wegweiser zur Ausgestaltung von Art. 10a BV

6.1. Regelungsort: Ein eigenes Bundesgesetz zur Gesichtsverhüllung

[52] Aufgrund der unitarisierenden Stossrichtung der Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» hat Art. 10a BV nach der hier vertretenen Auffassung trotz der wenig aussagekräftigen Materialien, des unklaren Wortlauts und seiner Positionierung im Grundrechtskatalog kompetenzbegründenden Charakter. Darüber hinaus kann sich der Bund zur Umsetzung aber auch auf seine vorbestehende Kompetenz im Strafrecht (Art. 123 BV) berufen.²³⁶ Dies bedeutet indes nicht, dass die neue Strafnorm zwingend im allgemeinen Strafgesetzbuch anzusiedeln wäre. Die bestehenden Verhüllungsverbote in den Kantonen und in anderen europäischen Staaten finden sich teilweise in eigenen Spezialerlassen. Der Vernehmlassungsentwurf schlägt vor, das Gesichtsverhüllungsverbot im Strafgesetzbuch zu integrieren. Im Unterschied zum indirekten Gegenvorschlag des Parlaments wurde die Variante eines Spezialerlasses vorschnell verworfen. Dies ist bedauerlich, da das Verhüllungsverbot im Lichte des dadurch geschützten Rechtsgutes nicht zum Kernstrafrecht gehört und ein Spezialerlass mit Blick auf die Regelung der Rechtsfolgen und des Verfahrens mehr Spielraum böte.²³⁷

6.2. Rechtsfolge: Gesetzgeberischen Spielraum für eine Ordnungsbusse nutzen

[53] Die Rechtsfolge bei einem Verstoss gegen das verfassungsrechtliche Verhüllungsverbot muss der Gesetzgeber regeln. Aus den Materialien sowie den in- und ausländischen Vorbildern des Verbots geht hervor, dass hierfür eine Sanktionierung mittels Busse im Vordergrund steht. Keine Anhaltspunkte finden sich zur Höhe einer solchen Strafe. Mit der im Vernehmlassungsentwurf vorgesehenen Verankerung des Gesichtsverhüllungsverbots als Übertretungstatbestand ergibt sich die Strafe aus den allgemeinen Bestimmungen des StGB. Nach Art. 103 StGB sind Übertretungen mit «Busse» zu bewehren, die maximal 10'000 Franken betragen (Art. 106 Abs. 1 StGB). Damit würde den Strafbehörden ein sehr grosser Ermessensspielraum eingeräumt. Auch wenn dieser Spielraum voraussichtlich kaum je ausgeschöpft würde, erscheint die theoretisch mögli-

²³⁵ GUSTAV VOGT, Veto und Initiative in den neueren schweizerischen Kantonsverfassungen, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 29/1873, 350 ff., 351.

²³⁶ Vgl. Kapitel 2.2.

²³⁷ Der Regierungsrat des Kantons Genf kam im Rahmen der im Rahmen der Vernehmlassung zur Ausführungssetzung von Art. 10a BV, deren Frist am 03.02.2022 auslief, im Grundsatz zum gleichen Ergebnis: «Seule une loi fédérale autonome sera en mesure de traiter la diversité et la complexité de son champ d'application.» (Stellungnahme vom 02.02.2022, S. 2).

che Höchstbusse mit Blick auf den Unrechtsgehalt der Tat und den «chilling effect» der Bussenandrohung als zu hoch angesetzt. Es ist fraglich, ob eine solche Busse im Streitfall vor dem EGMR standhalten würde. Im Zusammenhang mit den Verhüllungsverboten in Frankreich (zulässige Maximalbusse 150 Euro) und Belgien (zulässige Maximalbusse 200 Euro) sowie mit Blick auf das Genfer Bettelverbot (unzulässige Busse von 500 Franken) betonte der Gerichtshof, dass die Höhe der Busse für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit eines Verbots entscheidend sei.²³⁸ Dort, wo die Verfassungsbestimmung dem Gesetzgeber Spielraum für eine grundrechtsschonende Umsetzung belässt – und dies ist bei der Festlegung der Maximalbusse der Fall – sollte er diesen ausschöpfen und die Obergrenze deutlich tiefer ansetzen. Die Ausgestaltung des Verhüllungsverbots als Ordnungswidrigkeit hätte zudem den positiven Nebeneffekt, dass das Ordnungsbussenverfahren eine einfachere Durchsetzung des Verbots erlaubt – insbesondere gegenüber Widerhandlungen, die von Personen mit Wohnsitz im Ausland begangen werden.²³⁹

6.3. Anwendungsbereich: Auslegungsspielraum für eine Harmonisierung ausloten

[54] Die Umschreibung des Anwendungsbereichs der Norm wirft vor allem in räumlicher Hinsicht viele Fragen auf. Wann ist ein Ort «öffentlich zugänglich» und wo werden «grundsätzlich von jedermann beanspruchbare Dienstleistungen angeboten»? Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre eine Konkretisierung durch den Gesetzgeber zwar wünschenswert. Doch könnte sich der Gesetzgeber auch darauf beschränken, die Formulierungen der Verfassung in eine Strafnorm wörtlich zu übernehmen und die Konkretisierung den rechtsanwendenden Behörden zu überlassen. Überliesse man die genaue Definition des Anwendungsbereichs den rechtsanwendenden Behörden, könnten diese den konkreten Umständen des Einzelfalls besser Rechnung tragen und zudem eine (eng) begrenzte Harmonisierung mit Blick auf die Grundrechte herbeiführen. Das Bundesgericht musste sich auch in anderem Zusammenhang verschiedentlich mit dem Begriff der Öffentlichkeit auseinandersetzen und hat dabei je nach Regelungsmaterie und mit Blick auf die konkret zu beurteilenden Umstände einen differenzierten Öffentlichkeitsbegriff entwickelt.²⁴⁰ Zudem nutzte das Bundesgericht die begriffliche Unschärfe des Schächtverbots bereits 1907 für eine grundrechtskonforme Interpretation seines sachlichen Anwendungsbereichs. Die Aargauer Justiz hatte einen jüdischen Religionslehrer wegen des «Schächtens» von Hühnern verurteilt. Das Bundesgericht stellte sich auf den Standpunkt, der von der Verfassung verwendete Begriff «jede Viehgattung» sei mit Blick auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit «im Zweifel nicht ausdehnend, sondern eher eng auszulegen»²⁴¹. Ein Huhn sei Geflügel und nicht Vieh und dessen «Schächtung» daher straflos. Eine extensive Auslegung des Öffentlichkeitsbegriffs, wie ihn in die Erläuterungen des BJ nahelegen, scheint demgegenüber die Möglichkeiten einer Harmonisierung nicht im nötigen Masse auszuloten. Wenn etwa Kreuzfahrtschiffe unter Schweizer Flagge «zwei-

²³⁸ Vgl. Hinweise vorne, Kapitel 3.2.

²³⁹ Auch die Regierungsräte der Kantone Basel-Landschaft (Stellungnahme vom 25.01.2022), Glarus (Stellungnahme vom 25.01.2022) und Zug (Stellungnahme vom 11.01.2022) im Rahmen der Vernehmlassung zur Ausführungsgesetzgebung von Art. 10a BV, zum Schluss, dass das Verhüllungsverbot aufgrund des vereinfachten Verfahrens und der geringeren Bussenhöhe als Ordnungswidrigkeit normiert werden soll.

²⁴⁰ Vgl. mit Blick auf die Antirassismustrafnorm BGE 126 IV 176, E. 2c; 130 IV 111, E. 5; 140 IV, E. 2.2.5. Mit Blick auf die Observation im Sozialversicherungsrecht Urteil BGE 8C_837/2018, E. 5.

²⁴¹ BGE 33 I 723, E. 3.

fellos» unter den Anwendungsbereich des Verbots fallen sollen, dann kann wohl kaum von einer grundrechtsfreundlichen Auslegung gesprochen werden.²⁴²

6.4. Ausnahmen vom Verbot: Eng begrenzte Möglichkeiten der Harmonisierung

[55] Art. 10a BV ist unserer Ansicht nach eine völlig unnötige Norm und der Ausnahmekatalog in Abs. 3 trägt dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht ausreichend Rechnung. Volk und Stände haben mit diesem Verbot der Verfassung aber eine Bestimmung eingepflanzt, die sich nicht nach Belieben «wegharmonisieren» lässt. Diesen Entscheid des Verfassungsgebers muss auch der Gesetzgeber respektieren. Das verfassungsrechtliche Verhüllungsverbot nennt die Ausnahmen vom Verbot abschliessend, was mit dem Wort «ausschliesslich» («esclusivamente») unterstrichen wird.²⁴³ Neben dem Wortlaut legt auch eine Berücksichtigung der prozessualen und funktionalen Entstehungsgeschichte von Art. 10a BV nahe, die in der Verfassung genannten Ausnahmen in eine gesetzliche Strafnorm zu überführen. Auch hier kann die Konkretisierung der einzelnen Ausnahmetatbestände den rechtsanwendenden Behörden überlassen werden. Der Umsetzungsentwurf geht aber über die in die Verfassung genannten Ausnahmen hinaus und schafft zusätzliche Ausnahmetatbestände, um die Verbotsnorm mit den Grundrechtsgarantien «möglichst widerspruchsfrei in Einklang zu bringen»²⁴⁴. Potenzielle Konflikte mit der Versammlungsfreiheit, der Meinungsfreiheit, der Kunstfreiheit und der Wirtschaftsfreiheit werden dadurch weitgehend vermieden. Damit korrigiert der Bundesrat das redaktionelle Unvermögen des «Egerkinger Komitees» und beseitigt unerwünschte Nebenwirkungen der Initiative. Verhaltensweisen, die vermutlich gar nicht verboten werden sollten, bleiben straflos. Das kann man begrüßen. Gleichzeitig muss sich der Bundesrat aber auch vorwerfen lassen, sich zum Gehilfen der Initiantinnen und Initianten zu machen und das verfassungsrechtliche Verbot so zu verwässern, dass es einer überwältigenden Bevölkerungsmehrheit nicht mehr «weh» tut.²⁴⁵ Damit schwindet aber auch der Anreiz, sich künftig für eine Änderung der Verfassung einzusetzen. Was übrigbleibt, ist in erster Linie die antireligiöse Stossrichtung und damit das Kernanliegen der Initianten.²⁴⁶ Wer sich zu Unterhaltungs- oder Werbezwecken verhüllt, verstösst zwar gegen Art. 10a BV, doch bleibt dieses Verhalten straflos. Wer sein Gesicht hingegen aus religiöser Überzeugung verhüllt, macht sich strafbar. Diese unterschiedliche Gewichtung der Grundrechte findet in der Initiative selber keine Grundlage und dürfte auch nicht der eigenen Wertung des Bundesrats entsprechen. Das macht die diametral andere Gewichtung während der COVID-19-Pandemie deutlich. Während

²⁴² BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 14 f.

²⁴³ CR-ZANDIRAD, Art. 10a Rz. 30 f., 51 ff.

²⁴⁴ BJ, Bericht Gesichtsverhüllung (Fn. 135), 19.

²⁴⁵ Die Ausweitung der in Art. 10a BV «abschliessend» genannten Ausnahmen auf Ausnahmen für künstlerische Darbietungen (Art. 332a Abs. 2 lit. e VE-StGB), für Auftritte zu Werbezwecken (Art. 332a Abs. 2 lit. f VE-StGB), sowie zur Ausübung der Meinungs- oder Versammlungsfreiheit (Art. 332a Abs. 2 lit. g VE-StGB) wird im Rahmen der Vernehmlassung zur Ausführungsgesetzgebung von Art. 10a BV insbesondere vom Regierungsrat des Kantons Zürich (Stellungnahme vom 26.01.2022), von der FDP. Die Liberalen (Stellungnahme vom 07.02.22) sowie von der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (Stellungnahme vom 17.01.2022) kritisiert.

²⁴⁶ Vgl. auch die Stellungnahme vom 02.02.2022 der Operation Libero im Rahmen der Vernehmlassung zur Ausführungsgesetzgebung von Art. 10a BV: «Aufgrund der weitergehenden Ausnahmen wären islamische Schleier im Alltag nahezu der einzige Anwendungsfall. Eine solche Sonderregelung und die damit verbundene Ungleichbehandlung liessen sich noch weniger begründen.» (3).

im Januar 2021 zur Pandemiebekämpfung Menschenansammlungen von mehr als fünf Personen im öffentlichen Raum verboten wurden und zahlreiche Kultur- und Restaurationsbetriebe ihre Türen schliessen mussten, durften religiöse Veranstaltungen mit bis zu 50 Personen weiter durchgeführt werden.²⁴⁷ Auch bei Einführung der Zertifikatspflicht wurden religiöse Veranstaltungen ausgenommen.²⁴⁸ Der Bundesrat gewichtete die Glaubens- und Gewissensfreiheit offensichtlich höher als die Versammlungsfreiheit, die Kunstfreiheit und die Wirtschaftsfreiheit.²⁴⁹ Der Umsetzungsvorschlag zum Verhüllungsverbot kehrt diese Wertung um. Will der Gesetzgeber vom Wortlaut einer angenommenen Volksinitiative abweichen, so braucht es hierfür gewichtigere Argumente als die «Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen». Solche Gründe könnten dort bestehen, wo zentrale Grundrechtspositionen in Gefahr sind oder ein offensichtlicher Widerspruch zur klaren Rechtsprechung des EGMR besteht und eine «Verurteilung» durch den Gerichtshof unausweichlich scheint.²⁵⁰ Das Maskieren zu Werbezwecken dürfte aber weder die Wirtschaftsfreiheit in ihrem Kern betreffen noch fällt ein solches Verhalten unter den Schutzbereich der EMRK.²⁵¹ Selbst bei potentiellen Widersprüchen zur EMRK – wie sie im Anwendungsbereich von Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit bestehen²⁵² – ist der Bundesgesetzgeber nicht gehalten, alle potentiellen Konflikte in vorauseilendem Gehorsam aus dem Weg zu räumen. Der EGMR belässt den Mitgliedstaaten durchaus Spielräume, speziell wenn in ethisch oder kulturell sensiblen Bereichen ein Entscheid des demokratisch legitimierten Verfassungsgebers vorliegt. Bevor diese Spielräume nicht ausgelotet sind, sollte sich aber auch der innerstaatliche Gesetzgeber zurückhalten und eine Entscheidung des Verfassungsgebers nicht vorschnell in Frage stellen.

7. Fazit

[56] Der Bundesrat hat mit dem Entwurf eines neuen Art. 332a VE-StGB einen Vorschlag vorgelegt, wie das in der Verfassung verankerte Verhüllungsverbot (Art. 10a BV) umgesetzt werden soll. Es ist zu begrüßen, dass der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machen will und damit für eine bundesweit einheitliche Umsetzung des Verbots sorgt. Auch die Sanktionierung des Verbots mit einer Strafe ist naheliegend und zielführend. Kritisch sehen wir allerdings den Umstand, dass der Bundesrat die Umsetzung in einem eigenen Bundesgesetz vorschnell verwirft. Ein eigenes Gesetz böte mehr Flexibilität und liesse eine Ausgestaltung als blosser Ordnungswidrigkeit mit geringer Bussenandrohung zu. Damit könnte das Verbot grundrechtschonend umgesetzt werden, ohne den Wortlaut von Art. 10a BV in Frage zu stellen. Methodisch fragwürdig ist indes der Versuch, das Verbot durch Schaffung weiterer Ausnahmetatbestände und über den Text der Verfassungsbestimmung hinausgehend auszuhöhlen, wie dies der Entwurf tut. Damit wird die Norm auf ihren islamophoben Gehalt reduziert, was wohl ganz im Sinne der Initi-

²⁴⁷ Art. 3c Abs. 1, Art. 5a Abs. 1, Art. 5d Abs. 1 und Art. 6 Bst. d der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020 (Stand 18. Januar 2021; AS 2021 379).

²⁴⁸ Art. 15 Abs. 2 der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020 (Stand 19. Januar 2022; AS 2022 21).

²⁴⁹ Zu «preferred freedoms» in Zeiten der Pandemie siehe auch MATTHIAS HERDEGEN, Das Grundgesetz im Gefüge des westlichen Konstitutionalismus, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, § 1, Rz. 26.

²⁵⁰ Vgl. auch CR-ZANDIRAD, Art. 10 Rz. 53.

²⁵¹ CR-ZANDIRAD, Art. 10 Rz. 53.

²⁵² CR-ZANDIRAD, Art. 10 Rz. 53.

antinnen und Initianten sein dürfte. Denn dadurch entfaltet die Initiative keine unerwünschten Nebenwirkungen mehr für die überwiegende Bevölkerungsmehrheit. Ohne diesen «Stachel im Fleisch» dürfte die Mehrheit von Volk und Ständen künftig nur schwer von einer Verfassungsänderung zu überzeugen sein. Der Gesetzgeber sollte den Verfassungstext unserer Ansicht nach aber möglichst wortgetreu in ein eigenes Bundesgesetz überführen und Verstösse gegen das Verbot als Ordnungswidrigkeit ausgestalten. Dadurch wird die Initiative (und nicht deren Urheber) «beim Wort» genommen und gleichzeitig werden die betroffenen Grundrechte wegen der milden Sanktionierung nicht übermässig strapaziert. Ein positiver Nebeneffekt des Ordnungsbussenverfahrens ist schliesslich, dass auch die Ressourcen der kantonalen Vollzugsbehörden geschont werden können.

Dr. iur. KASPAR EHRENZELLER ist Lehrbeauftragter für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Universität St. Gallen.

B.A. in Rechtswissenschaften mit Wirtschaftswissenschaften CHRISTINA MÜLLER ist Assistentin am Lehrstuhl Schindler.

Prof. Dr. iur. BENJAMIN SCHINDLER ist Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen.

Die Autoren danken Dominic Fierz, Julia Koch und BLaw Damian Wyss für Ihre tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung und Bereinigung des Textes.