

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 8/2015

Das verschleierte Gesicht – Grund für strafrechtliche Verbote?

Tatjana Hörnle^{*}

Erschienen in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. (Hrsg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, S. 703-728

Zitiervorschlag: Hörnle, Das verschleierte Gesicht – Grund für strafrechtliche Verbote?, Arbeitspapier des Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 8/2015, Rn.

Zusammenfassung: Untersucht wird aus verfassungsrechtlicher und kriminalpolitischer Sicht, ob auch in Deutschland das Tragen einer Vollverschleierung (Burka, Niqab u.ä.) im öffentlichen Raum mit strafrechtlichen Mitteln verboten werden könnte. Obwohl derartige Praktiken mit dem Grundsatz der Geschlechtergleichheit und den Grundlagen einer offenen Bürgergesellschaft kollidieren, spricht sich die Verf. im Ergebnis gegen ein strafrechtliches Verbot aus.

^{*} Prof. Dr. iur., Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, tatjana.hoernle@rewi.hu-berlin.de.

A. EINLEITUNG

- 1 Sollte das Tragen von Bekleidung im öffentlichen Raum, die nicht nur den Körper verhüllt, sondern auch das Gesicht unkenntlich macht, unter Androhung von strafrechtlichen Sanktionen (oder einer Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht) verboten werden? Für eng umgrenzte Umstände gibt es ein solches Verbot im deutschen Recht, nämlich bei öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel, wenn die Aufmachung „geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet ist, die Feststellung der Identität zu verhindern“.¹ Meine Untersuchung gilt Konstellationen jenseits eines solchen spezifischen Kontextes: die Verhüllung des Gesichts von Frauen durch den Niqab (Gesichtsschleier aus transparentem Stoff oder mit Sehschlitz, vor allem auf der Arabischen Halbinsel weit verbreitet, in den letzten Jahren aber auch in anderen islamisch geprägten Ländern zunehmend zu sehen)² oder durch eine Burka (Ganzkörperverhüllung, die im Gesichtsbereich nur durch gitterartigen Stoff begrenzte Sicht ermöglicht).
- 2 Gibt es hinreichende Gründe, das Tragen von Niqab und Burka zu verbieten, wenn Frauen sich in alltäglichen Kontexten im öffentlichen Raum aufhalten, etwa zum Einkaufen gehen, Spielplätze besuchen oder öffentliche Verkehrsmittel benutzen? Die Fragestellung betrifft einen Teilausschnitt aus einem größeren Thema, nämlich die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen eines Verbots von religiös oder weltanschaulich definierten Verhaltensweisen. Für das übergreifende Großthema ergeben sich allerdings keine einheitlichen Antworten. So erfordert eine praktisch wichtige Fallgruppe eine anders strukturierte Herangehensweise, nämlich wenn es um Verhalten von *Beamten oder Richtern* während ihrer Dienstausbübung geht. Insoweit ist die entscheidende Frage, inwieweit Beamtenpflichten Grundrechte überlagern und welche Eignungsanforderungen an die Repräsentanten des Staates im Öffentlichen Dienst bestehen (Art. 33 Abs. 2 GG), insbesondere, welche Anforderungen an Neutralität für die spezifische Tätigkeit bestehen. Auch im Übrigen sind die entscheidenden Parameter, *was getan wird und in welchem Kontext* (so kann etwa wegen der besonderen

Der Beitrag beruht auf einem am 21.5.2014 im Rahmen der Ringvorlesung „Rechtswissenschaft in Frankfurt vor den Herausforderungen der nächsten 100 Jahre“ gehaltenen Vortrag.

¹ § 17a Versammlungsgesetz.

² S. dazu *L. Ahmed, A Quiet Revolution*, 2011.

Kommunikationsanforderungen begründet werden, dass Schülerinnen im Unterricht keine Vollverschleierung tragen dürfen³). An einer fallgruppenspezifischen Analyse führt kein Weg vorbei.

- 3 Im Hinblick auf Vollverschleierung sehen einige europäische Rechtsordnungen Verbote vor. Seit dem Jahr 2011 ist in Frankreich die Verschleierung des Gesichts im öffentlichen Raum verboten,⁴ in den ersten zwei Jahren nach Verhängung wurden in 830 Fällen deshalb Geldbußen verhängt.⁵ Ein ähnliches Gesetz gilt in Belgien.⁶ Eine Volksabstimmung im Schweizer Kanton Tessin ergab 2013 eine Mehrheit von 58 % für ein Verschleierungsverbot.⁷ Allerdings haben nicht alle politischen Anläufe dieser Art im Ergebnis zu einer entsprechenden Rechtsnorm geführt: Ein Gesetzentwurf der niederländischen Regierung aus dem Jahr 2012 wurde nicht Gesetz, und Versuche spanischer Städte, auf dem Verordnungswege Verschleierung zu verhindern, scheiterten am Obersten Gerichtshof, der im Frühjahr 2013 derartige Vorhaben auf kommunaler Ebene für unzulässig erklärte.⁸ Vor der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ist die Beschwerde einer Französin anhängig.⁹ Ein Urteil war für Frühjahr 2014 angekündigt, ist aber, soweit dies den Pressemitteilungen zu entnehmen ist, noch nicht ergangen.¹⁰
- 4 Warum lohnt es sich, dem Thema Aufmerksamkeit zu schenken? Auf den ersten Blick spricht einiges dagegen. Man riskiert, schon bei vorsichtigen kriti-

³ S. dazu Bayer, Verwaltungsgerichtshof, Beschluss v. 22.4.2014, Az. 7 CS 13.2592; M. Pottmeyer, Religiöse Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland und England, 2011, 175.

⁴ LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public; in Kraft seit dem 11.4.2011. S. zu den vorangegangenen Deliberationsprozessen (insbesondere auch Kommissionsbeschlüssen, die sich gegen ein Verbot aussprachen): C. Joppke/J. Torpey, Legal Integration of Islam. A Transatlantic Comparison, 2013, 21 ff.; C. Joppke, Islam in Europa – Integration durch Recht und ihre Grenzen, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 65 (2013), 409, 421 ff., und zu der aktuellen Diskussion U. Spohn, Sisters in Disagreement: The Dispute Among French Feminists About the "Burqa Ban" and the Causes of Their Disunity, Journal of Human Rights 12 (2013), 145 ff.

⁵ Elvire Camus, in: Le Monde online v. 2.8.2013.

⁶ Code Penal: Art. 563bis, in Kraft seit dem 23.7.2011.

⁷ S. NZZ online v. 22.9.2013.

⁸ Urteil des span. Tribunal Supremo v. 9.2.2013, Recurso casacion Num.: 4118/2011.

⁹ S.A.S v. France, application no. 43835/11.

¹⁰ S. zum Kopftuchtragen durch eine Lehrerin: Dahlab/Schweiz, EGMR, Entscheidung vom 15.2.2001, Beschwerde Nr. 42393/98, NJW 2001, 2871: Beschwerde unbegründet. Zur These der Unvereinbarkeit des französischen Burka-Verbots mit der Europäischen Menschenrechtskonvention J. Finke, Warum das „Burka-Verbot“ gegen die EMRK verstößt, NVwZ 2010, 1127 ff.

schen Bemerkungen als islamophob oder kulturell unsensibel eingeordnet¹¹ oder innerhalb des politischen Spektrums rechten Rändern zugewiesen zu werden. Außerdem liegt, wenn man das Phänomen (bezogen auf Deutschland) in quantitativer Hinsicht betrachtet, nicht nahe, dass es sich um ein besonders drängendes Problem handelt. Selbst in Vierteln mit vielen Migranten sind Begegnungen mit vollverschleierten Frauen selten, und Frauen mit Niqab, die in den Einkaufsstraßen deutscher Großstädte gelegentlich zu sehen sind, sind oft wohlhabende Touristinnen aus arabischen Ländern. Aber es ist nicht auszuschließen, dass mit einer gewissen Zeitverzögerung der Anstieg der Vollverschleierung in vormals insoweit toleranteren islamischen Ländern sich auch in Deutschland zeigen wird. Und vor allem ist das Thema aus rechtswissenschaftlicher Sicht von besonderem Interesse. Es handelt sich zum einen um einen Anwendungsfall für das allgemeine Phänomen, dass eine Wiederkehr von Religion auch für das Straf- und Verfassungsrecht neue Fragen aufwirft.¹² Zum anderen lassen sich anhand des Beispiels „Burka-Verbot“ abstraktere Überlegungen veranschaulichen, die unter das Stichwort „allgemeine Kriminalisierungslehre“¹³ zu fassen sind. Außerdem möchte ich einige verbreitete Argumente kritisch beleuchten. Dazu gehört zum einen die Tendenz zur Überbetonung der subjektiven Hintergründe, so etwa im sog. Kopftuchurteil aus dem Jahr 2003.¹⁴ Es sollte darauf ankommen, welche Aussage aus der Sicht eines Beobachters mit einem bestimmten Symbol verbunden ist, nicht auf die Motive des individuell Handelnden. Darauf wird zurückzukommen sein. Zum anderen wird verschiedentlich das Gewicht der Religionsgrundrechte überbewertet, indem das Argument „Religionsfreiheit“ in undifferenzierter Weise als simple Lösung des Problems präsentiert wird. Für die Religionsausübungsfreiheit überzeugt die Annahme eines sich stets durchsetzenden Grundrechts nicht: Auch auf der Basis der sehr religionsfreundlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist unstreitig, dass Religionsausübung nicht uneingeschränkt

¹¹ Vgl. z.B. *K.M. Hübsch*, Zwischen Gewaltopfer und Haremsphantasie, in: B. Stollberg-Rilinger (Hrsg.), „Als Mann und Frau schuf er sie“. Religion und Geschlecht, 2014, 227 ff.

¹² S. dazu *C. Waldhoff*, Gutachten D zum 68. Deutschen Juristentag, 2010; *T. Hörnle*, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, 2014.

¹³ Dazu *T. Hörnle*, Theories of Criminalization, in: M. Dubber/T. Hörnle (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Law, 2014, Chap. 30.

¹⁴ BVerfGE 108, 282.

geschützt wird, sondern auf verfassungsimmanente Grenzen stößt.¹⁵ Und bei einem kritischeren Blick auf den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1, 2 GG ist noch weniger evident, dass sich *daraus* umstandslos „darf keinesfalls verboten werden“ ergibt.

B. IN WELCHES GRUNDRECHT WÜRDE EINGEGRIFFEN?

- 5 Beurteilt man diese Frage anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Literatur, die diese Linien nachzeichnet, ist die Antwort schnell zu geben: Das Verbot der Verschleierung würde in das Religionsgrundrecht aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG eingreifen.¹⁶ Im bereits erwähnten Kopftuchurteil war Entscheidungsgegenstand nicht das Tragen eines Kopftuches im öffentlichen Raum, sondern das Tragen durch eine Lehrerin in der Schule. Aber in der abweichenden Meinung durch drei Richter des 2. Senats findet sich, beiläufig eingestreut, ein für unser Thema relevanter Satz: „Verbietet der Staat jemandem das zumindest auch religiös motivierte Tragen des Kopftuches *auf einem öffentlichen Platz*, greift er *zweifello*s in das Grundrecht der Religionsfreiheit ein“.¹⁷ In diesem Punkt ist nicht von einer Diskrepanz zur Senatsmehrheit auszugehen, und diese Beurteilung müsste auf religiös begründete Vollverschleierung ausgedehnt werden.
- 6 Das Bundesverfassungsgericht hat schon vor Jahrzehnten eine ständige Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1, 2 GG begründet, die auf folgenden Festlegungen basiert: erstens begründeten Absatz 1 und Absatz 2 des Art. 4 GG ein einheitliches Grundrecht;¹⁸ zweitens geht das Gericht von einem sehr weit ausgedehnten Schutzbereich aus. In der Entscheidung „Aktion Rumpelkammer“ aus dem Jahr 1968 wurde die Sammlung von Altpapier und Altkleidung

¹⁵ S. die Nachweise unten Fn. 24.

¹⁶ So z.B. *M. Germann*, Der menschliche Körper als Gegenstand der Religionsfreiheit, FS für G. Fischer, 2010, 35, 38 ff.; *T. Barczak*, „Zeig mir dein Gesicht, zeig mir, wer du wirklich bist“. Zur religionsverfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines Burka-Verbots unter dem Grundgesetz, DÖV 2011, 54, 55 ff.; *Pottmeyer* (Fn. 3) 113 ff.; *M. Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 78.

¹⁷ BVerfGE 108, 282, 319; Hervorhebung durch die Verf.

¹⁸ BVerfGE 24, 236, 245 f.; 32, 98, 106. Gegen das „Zusammenschmelzen“ der Absätze wird vorgebracht, dass die im Verfassungstext vorgegebene Differenzierung zwischen „einen Glauben haben und sich dazu zu bekennen“ (Abs. 1) und „ungestörter Religionsausübung“ (Abs. 2) sinnvoll sei, s. dazu *R. Herzog* in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 27. Lfg. 1988, Art. 4 Rn. 64, 99; *S. Muckel* in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, 2013, Art. 4 Rn. 6; *K.-H. Kästner*, Über die Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit, JZ 1998, 974, 979 f.; *S. Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, 376 ff.

durch eine katholische Jugendgruppe als Religionsausübung gedeutet und in diesem Zusammenhang postuliert, dass der Begriff „Religionsausübung“ extensiv ausgelegt werden müsse.¹⁹ Aber hält eine solche extensive Auslegung kritischer Nachfrage stand?²⁰ Unumstritten fallen unter Religionsausübung die Handlungen, Riten und Zeremonien, die nach den Glaubensinhalten der jeweiligen Religionsgemeinschaft *kultische* Handlungen sind, also etwa Gottesdienste und ähnliche Zeremonien sowie die Gruppen- und Einzelanbetung metaphysischer Inhalte (Religionsausübung *i.e.S.*). Ein klarer Eingriff würde bei einem Kopfbedeckungsverbot vorliegen, falls sich dies auf Zeremonien und religiösen Aktivitäten gewidmete Räume bezöge, für die eine Religionsgemeinschaft eine Kopfbedeckung vorschreibt. Zu debattieren ist aber, wieweit von Religionsausübung die Rede sein kann, wenn *alltägliche Lebenspraktiken* zu beurteilen sind. Es ist fraglich, ob das Bundesverfassungsgericht in den sechziger Jahren bedacht hat, welche Konsequenzen eine „extensive Auslegung“ haben könnte. Je stärker eine Religion Lebensführung nicht nur mit allgemeinen ethischen Regeln, sondern auch in lebenspraktischen Details reguliert, umso größer wird der Bereich der Handlungen, die herausgehobenen Schutz genießen könnten. Dies ergibt sich auch deshalb, weil Strömungen, die *innerhalb* einer Religion stark umstritten sind, den Schutzbereich für Art. 4 Abs. 1, 2 GG noch weiter ausdehnen.²¹ Das Bundesverfassungsgericht sieht nämlich von Versuchen ab, aufzuklären, ob eine Handlung *wirklich* zum Verhaltensnormenbestand einer Religionsgemeinschaft gehört. In gesellschaftlichen wie innerislamischen Debatten, aber auch in juristischen Abhandlungen²² taucht zwar die Frage auf: „Ist das Tragen eines Kopftuches zwingendes Verhaltensgebot für eine Muslima?“ (noch mehr liegt nahe, dies für Vollverschleierung zu hinterfragen). Für eine Untersuchung von *rechtlichen* Verbotsnormen liegen solche Bedenken aber neben der Sache. Es wäre keine Option, bei Religionsgelehrten Gutachten in Auftrag zu geben. Abgesehen von praktischen Problemen bei der Gutachterauswahl, besteht ein zwingendes Hindernis: Staatliche Gerichte und andere

¹⁹ BVerfGE 24, 236, 246.

²⁰ S. zu krit. Stimmen Herzog (Fn. 18) Art. 4 Rn. 105; U. Preuß in Alternativkommentar Grundgesetz, 3. Aufl. 2001, Art. 4 Abs. 1, 2 Rn. 26; U. Mager in: v. Münch/Kunig (Hrsg.) GG-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 41; Kästner (Fn. 18) 974 ff.; Huster (Fn. 18) 376 ff.; Waldhoff (Fn. 12) D 73 f.

²¹ S. zu diesem Punkt auch Muckel (Fn. 18).

²² Finke (Fn. 10) 1128; Barczak (Fn. 16) 56.

staatliche Instanzen sind nicht befugt, innerreligiöse Streitfragen autoritativ zu entscheiden. Das bedeutet zwangsläufig, dass der Schutzbereich von Art. 4 GG mit jeder nicht vollkommen abwegigen Stellungnahme wächst, in der vorgebracht wird, dass eine bestimmte Verhaltensweise religiös vorgeschrieben sei.

7 Gegen die extensive Auslegung ist mit einer in der Verfassungslehre zu findenden Ansicht²³ für eine *Zurückführung des Schutzbereichs von Art. 4 GG* auf Religionsausübung i.e.S. zu plädieren, also auf kultische Handlungen und Zeremonien unter Ausgrenzung von alltagspraktischen Verhaltensanweisungen. Der erste Grund, der sich aus der Perspektive des Strafrechts aufdrängt, ist: Das erweiterte Religionsverständnis wird problematisch, wenn es nicht um etablierte Glaubensrichtungen geht, sondern um Sekten und fundamentalistische Gruppen, die es an den Rändern *aller* Weltreligionen gibt. Ausdehnungen des Schutzbereichs haben zur Folge, dass absonderlich-sozial-schädliches oder sogar offensichtlich kriminelles Verhalten Religionsausübung sein könnte. Das bedeutet zwar nicht im Ergebnis, dass der Staat Witwenverbrennungen oder Gewalttätigkeiten unter der Flagge „Krieg den Ungläubigen“ zu akzeptieren hätte. Es ist in Verfassungsrechtsprechung und Lehre wohl etabliert, dass „die Grundrechte Dritter sowie Gemeinschaftsgüter von Verfassungsrang“ der Religionsfreiheit Grenzen setzen.²⁴ Aber bereits die Verwendung des Etiketts „Religionsausübung“ mit den damit verbundenen Implikationen des Wohlwollens ist unter solchen Umständen problematisch.

8 Zweitens: Auch wenn man sich von den Extremen weg zu den etablierten, sozialverträglichen Religionsgemeinschaften und deren lebenspraktischen Vorschriften bewegt, ist die Abgrenzung zum allgemeinen Selbstbestimmungsrecht zu thematisieren, das in Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird. Für jeden von uns dürfte es Verhaltensweisen geben, die für Lebensführung und Selbstwertgefühl von herausragender Bedeutung sind (dazu können auch Bekleidungsgewohnheiten gehören). Trotzdem ist für diejenigen, bei denen kein religiöser Hintergrund besteht (oder eine religiöse Bindung, die nicht alle Details des alltäglichen Lebens erfasst), nur der Verweis auf das allgemeine Selbstbestimmungsrecht als betroffenes Grundrecht einschlägig. Gibt es gute Gründe

²³ S. Kästner (Fn. 18) 974 ff.; Huster (Fn. 18) 376 ff.

²⁴ BVerfGE 108, 282, 297 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG; ferner statt vieler: Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 4 Abs. 1, 2 Rn. 84; Morlok (Fn. 16) Art. 4 Rn. 127.

dafür, mit Blick auf Bekleidungsgebräuche u.ä. zwischen „einfacher Selbstbestimmung“ und „religiös verstärkter Selbstbestimmung = Religionsausübungsfreiheit“ zu differenzieren? Eine naheliegende Erklärung ist, dass religiöse Verhaltensnormen besondere Bedeutung hätten: zum einen, weil Religion in herausgehobener Weise identitätsprägend wirke,²⁵ wobei dieser Aspekt der Identität oft als unentrinnbar gelte, zum anderen, weil aus der Sicht von Gläubigen bei Missachtung von Geboten drastische Konsequenzen drohten (entweder durch unmittelbare Reaktionen einer überweltlichen Kontrollinstanz oder in einer über das irdische Leben hinausreichenden Existenz). Es scheint deshalb auf den ersten Blick vertretbar zu sein, Verhalten nach religiös begründeten Präferenzen gegenüber Verhalten aufgrund von anders begründeten Präferenzen zu privilegieren. Aber auf den zweiten Blick lässt sich dies hinterfragen,²⁶ wenn man (*nur*) *kulturell* fest verankerte Verhaltensnormen vergleichend heranzieht, die nicht nach Art. 4 GG privilegiert werden. Auch kulturelle Normen können von herausragender Bedeutung für Individuen sein: Stichworte wie „zentral für die eigene Identität“ und „als unentrinnbare Identität empfunden“ passen hier ebenso wie der Verweis auf Sanktionen bei Missachtung. Für die Fälle des Kopftuchs und der Vollverschleierung dürfte es für die betroffenen Frauen keinen Unterschied machen, ob sie selbst die Vorschrift, der sie folgen möchten, als religiöses Gebot beschreiben oder ob sie von Bildern ihres Kulturkreises zum korrekten Verhalten einer „anständigen“ Frau ausgehen. Eine Sonderstellung nur für religiöse Verhaltensvorschriften ist schwer zu begründen.

- 9 Und schließlich eine dritte Überlegung: Ob der Begriff der Religionsausübung extensiv ausgelegt wird oder nicht, hat strukturelle Folgen für die politischen Gestaltungsmöglichkeiten in einer Gesellschaft, die angesichts von unterschiedlichen Modellen des Verhältnisses von Religion und Staat zu Entscheidungen kommen muss. Die weite Ausdehnung des Schutzbereichs bedeutet, dass der Vorwurf „erheblicher Grundrechtseingriff“ schnell im Raum steht und damit ein enges verfassungsrechtliches Korsett zur Anwendung kommt, das es (etwa im schulischen Bereich) erschweren kann, zu vernünftigen Kompromisslösungen

²⁵ S. z.B. U. Sacksofsky, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009) 7, 16.

²⁶ Krit. bereits Huster (Fn. 18) 378 f.; zur Vergleichbarkeit von religiöser und kultureller Identität G. Britz, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 265.

für das Zusammenleben in multikulturellen Gesellschaften zu kommen.²⁷ Die Umsetzung flexibler Modelle unter Berücksichtigung konkreter lokaler Verhältnisse wird eher erschwert, wenn Versuche der Regulierung vom verfassungsrechtlichen Paukenschlag „schwerer Grundrechtseingriff“ begleitet werden.

- 10 Im Folgenden nehme ich die Freiheit der Wissenschaftlerin in Anspruch, dem Bundesverfassungsgericht im extensiven Verständnis von Religionsausübung nicht zu folgen und Angelegenheiten der Bekleidung im Alltag und Vollverschleierung im Besonderen als Ausübung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu behandeln.

C. WÄRE EIN GRUNDRECHTSEINGRIFF ZULÄSSIG?

I. Eine Bemerkung zur Terminologie

- 11 Nach einer in der deutschen Strafrechtswissenschaft verbreiteten Denkschule wäre die erste zu stellende Frage: Was könnte das zu schützende Rechtsgut sein? Es ist nach wie vor eine weit verbreitete Annahme, dass Abhandlungen zu Kriminalisierungsfragen in dieser Terminologie zu verfassen sind.²⁸ Unstreitig hat die Rede vom Rechtsgut eine heuristische Funktion: Wenn komplexere Überlegungen *abgeschlossen* sind, kann der Schutzzweck schlagwortartig mit „das Rechtsgut ist: ...“ wiedergegeben werden. Für den Einstieg in und die Strukturierung einer kritischen Debatte über eine konkrete Kriminalisierungsfrage hat der Begriff „Rechtsgut“ aber keinen analytischen Mehrwert. Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn zunächst die Frage des Grundrechts zu klären ist, in das eingegriffen wird. Würde ein Eingriff in die Religionsausübungsfreiheit bejaht, wäre an dieser Stelle nachzufragen, ob „Grundrechte Dritter“ oder „Gemeinschaftsgüter von Verfassungsrang“ identifiziert werden können. Aber auch für Verbotsnormen, die „nur“ in das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit eingreifen, liefert das Bundesverfassungsgericht eine erste Richtungsvorgabe, die (etwas) gehaltvoller ist als der bedeutungsoffene und deshalb im Kontext einer Kriminalisierungstheorie verzicht-

²⁷ S. *Huster*, Warum die Lehrerin (k)ein Kopftuch tragen darf. Zum Verhältnis von gesellschaftspolitischen Zielen und verfassungsrechtlicher Argumentation, FS für Tsatsos, 2003, 215, 224 ff.

²⁸ S. statt vieler *W. Hassemer/U. Neumann* in: *Nomos Kommentar StGB*, 4. Aufl. 2013, Vor § 1 Rn. 110 ff.; *Roxin*, *Strafrecht AT*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2; *R. Hefendehl/A. v. Hirsch/W. Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003; *S. Swoboda*, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, *ZStW* 122 (2010) 24 ff.

bare Begriff „Rechtsgut“.²⁹ Strafnormen müssen „dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit“³⁰ dienen. Ausgehend davon, ist zu fragen: Dient das Verbot des Tragens einer Gesichtsverschleierung dem Schutz anderer oder Schutzanliegen der Allgemeinheit? Die Entwicklung eines solchen Arguments ist nur der erste Schritt, der noch nicht zur Befürwortung eines Verbots führen könnte. Vielmehr ist in einem zweiten Schritt zu erwägen, ob es entgegenstehende Erwägungen gibt, die das Bundesverfassungsgericht im Einklang mit der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung in die Prüfungsstufen „Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit einer Verbotsnorm“ fasst.³¹ Zunächst ist aber die Frage zu beantworten: Würde ein Verbot der Vollverschleierung dem Schutz anderer oder Schutzanliegen der Allgemeinheit dienen?

II. Schutz für Passanten und andere Personen im öffentlichen Raum?

1. Unbehagen, das der Anblick einer vollständig umhüllten Frau auslöst

12 Auf der deskriptiven Ebene kann man davon ausgehen, dass der Anblick einer vollkommen verhüllten Frau auch dann, wenn man ihm nicht zum ersten Mal ausgesetzt ist, bei vielen Personen Reaktionen wie Befremden oder Erschrecken auslöst. Dies dürfte auch auf ein zufälliges Zusammentreffen mit bildlichen Vorprägungen zurückzuführen sein. Eine Burka oder Niqab plus wallende Körperverhüllung tragende Frau kommt in ihrer optischen Erscheinung der Figur nahe, die (vermittelt durch Kindergeschichten und deren visuelle Umsetzung) bei Erwähnung des Begriffs „Gespenst“ in den Sinn kommt. Ein derart durch bildliche Assoziationen zu erklärendes Unbehagen oder Erschrecken würde allerdings als Grund für eine Verbotsnorm nicht ausreichen. Ernster zu nehmen ist der Aspekt „Verhüllung des Gesichts“ in den Konsequenzen, die über eine

²⁹ Manche Kollegen aus der Strafrechtswissenschaft würden bestreiten, dass „Rechtsgut“ ein inhaltsleerer Begriff sei – aber nur, weil sie zuvor eine Kriminalisierungstheorie in den Begriff hineingelesen haben. Kriminalisierungstheorie bedeutet vor allem auch kritische Reflektion von möglichen Schutzanliegen, deren Einpassung in staatsphilosophische und verfassungstheoretische Hintergründe zu untersuchen ist. Die Verwendung des Begriffs „Rechtsgut“ ist dafür aber in keiner Weise notwendig, sondern fördert nur Missverständnisse. Unhaltbar ist die These einer *verfassungsrechtlichen Bindung* des Gesetzgebers an „vorgegebene Rechtsgüter“ (dagegen zu Recht BVerfGE 120, 224, 241 f.; K.F. Gärditz, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 49 –2010–, 331 ff.). Kriminalisierungstheorien erlauben (bestenfalls, aber immerhin) eine strukturierte, Prämissen reflektierende und hinterfragende Kritik politischer Entscheidungen – die Anmaßung eines verfassungsrechtlichen Vorrangs vor dem Demokratieprinzip ist damit nicht zu verbinden.

³⁰ BVerfGE 90, 145, 172; 120, 224, 239.

³¹ Dazu BVerfGE 90, 145, 172 f.; 120, 224, 240 f.

emotional-assoziative Reaktion hinausgehen. Die Unsichtbarkeit des Gegenübers, oder genauer: die Unsichtbarkeit von Augen und Gesichtsausdruck bedeutet nämlich auch, dass man selbst unsichtbarer Beobachtung ausgesetzt ist. Die Heimlichkeit einer solchen Beobachtung kann Unbehagen hervorrufen. An dieser Stelle bedarf es einer Differenzierung. Auf die Frage, ob es ein *Allgemeininteresse* an bestimmten Formen des öffentlichen Umgangs gibt, wird noch zurückzukommen sein (unten IV.). Hier ist zu thematisieren, ob es ein *Individualrecht* geben könnte, im öffentlichen Raum nicht von selbst unsichtbar bleibenden Personen beobachtet zu werden.³² Man könnte erwägen, ob sich eine Parallele zu anderen Maßnahmen der heimlichen Überwachung, nämlich Überwachungskameras im öffentlichen Raum, ziehen lässt. Aber wie auch immer eine solche Kameraüberwachung und der damit verbundene Eingriff in die Privatsphäre zu beurteilen ist:³³ Relevante Besonderheiten liegen in der vollkommenen Anonymität, Lückenlosigkeit und Permanenz einer mit *technischen Mitteln* durchgeführten Beobachtung (und Aufzeichnung). Auf ein Zwei-Personen-Verhältnis, in dem es um flüchtig-punktuelle Blicke geht, lässt sich das nicht übertragen. Jenseits von systematischer Ausspähung ist gegenüber einer anderen Person ein Individualrecht auf nur offene Beobachtung schwerlich zu begründen – auch verspiegelte Sonnenbrillen u.ä. müssen in Kauf genommen werden.

2. Negative Religionsfreiheit

- 13 Eine andere Beurteilung wäre auch dann nicht zu erreichen, wenn das Unliebsame des Anblicks vollverschleierter Frauen auf die *religiöse Bedeutung*, d.h. die Konfrontation mit fundamentalistischen Strömungen der Weltreligion Islam, zurückzuführen wäre. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, dass der Einzelne „kein Recht darauf [hat], von fremden Glaubensbekundungen, kulturellen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben“.³⁴ Das ist nach der klaren Entscheidung einer Verfassung, die eine Pluralität von Religionen zulässt, folgerichtig, wenn es um die Nutzung des öffentlichen Raumes geht. Das Recht, sich zu seiner Religion zu bekennen, bringt in unvermeidbarer

³² Für diesen Hinweis in der Frankfurter Diskussion danke ich Herrn Kollegen *Georg Hermes*.

³³ S. A. v. *Hirsch*, *The Ethics of Public Television Surveillance*, in: A. v. *Hirsch/D. Garland/A. Wakefield* (Hrsg.), *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, 2000, 59 ff.

³⁴ BVerfGE 93, 1, 16; 108, 282, 302; ebenso *Huster* (Fn. 18) 175 f.

Weise mit sich, dass andere jedenfalls gelegentlich ein solches Bekenntnis wahrnehmen müssen. Mit dem Bezug auf negative Religionsfreiheit wäre ein Verschleierungsverbot im öffentlichen Raum nicht zu begründen.³⁵ Inwieweit dies auch für permanentere, aufdringlichere Konfrontationen gilt, insbesondere beim nicht frei wählbaren Aufenthalt in schulischen und anderen Institutionen,³⁶ ist eine andere Frage, auf die hier nicht eingegangen werden kann.

3. Schutz der Menschenwürde von Passanten

- 14 Im Minderheitsvotum zum Kopftuchurteil des Bundesverfassungsgerichts findet sich ein weiterer beiläufiger Satz, der unmittelbar unserem Thema gilt: „Schon ein weiterer Schritt hin zur gänzlichen Verhüllung des Gesichts, der ebenfalls in der islamischen Glaubensgemeinschaft praktiziert wird, könnte aus deutschem Verfassungsverständnis heraus als unvereinbar mit der *Würde des Menschen* angesehen werden: Der freie Mensch zeigt dem anderen sein Antlitz.“³⁷ Ist damit gemeint, dass zum Schutz anderer, zum Schutz von deren Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, ein Verbot zulässig wäre? Aber von wessen Menschenwürde ist die Rede? Dass die Menschenwürde der Passanten im öffentlichen Raum tangiert würde, ist nicht zu begründen, und zwar mit keiner der verschiedenen Möglichkeiten, Menschenwürde und Menschenwürdeverletzung zu definieren, sei es mit der sog. Objektformel oder mit einem Ansatz, der auf erhebliche Demütigung abstellt:³⁸ Für Passanten bedeutet der Anblick einer vollverschleierte Frau weder, dass sie selbst dadurch als „bloßes Objekt“ behandelt würden, noch werden sie dadurch gedemütigt.

³⁵ Ebenso *Barczak* (Fn. 16) 57 f.; *B. Fateh-Moghadam*, Religiös-weltanschauliche Neutralität und Geschlechterordnung. Strafrechtliche Burka-Verbote zwischen Paternalismus und Moralismus, in: B. Stollberg-Rilinger (Hrsg.), „Als Mann und Frau schuf er sie“. Religion und Geschlecht, 2014, 181, 203.

³⁶ S. zur insoweit durchschlagenden negativen Religionsfreiheit BVerfGE 93, 1.

³⁷ BVerfGE 108, 282, 334; Hervorhebung durch die Verf.

³⁸ S. *P. Schaber*, Instrumentalisierung und Würde, 2010; *T. Hörmle*, Zur Konkretisierung des Begriffs „Menschenwürde“, in: J.C. Joerden u.a. (Hrsg.), Menschenwürde und moderne Medizintechnik, 2011, 57 ff.; *dies.*, Das Würdekonzept Margalits und seine Rezeption in Deutschland, in: E. Hilgendorf (Hrsg.), Menschenwürde und Demütigung. Die Menschenwürdekonzeption Avishai Margalits, 2013, 91 ff.

III. Schutz der verschleierten Frau?

1. Schutz ihrer Menschenwürde

- 15 Unter der Rubrik „Menschenwürde als Individualrecht“ wäre an folgende Konstruktion zu denken: das Recht der sich verschleiernden Frau auf die Achtung ihrer eigenen Menschenwürde sei relevant. Wichtig wird an dieser Stelle der Unterschied zwischen Menschenwürde als objektivem Wert und dem subjektiven Recht auf Achtung der eigenen Menschenwürde. Zum Inhalt eines subjektiven Rechts gehört, dass man auf dessen Geltendmachung verzichten kann. Selbst wenn man von der These ausgeht, dass Vollverschleierung eine erhebliche Selbstdemütigung bedeute, bleibt der Einwand, dass der Verweis auf ein Abwehrrecht blockiert ist, wenn die Frau in selbstbestimmter Weise handelt.³⁹ Es wäre perfide, Verbot und Sanktionen damit zu begründen, dass dies zum Schutz *ihrer eigenen* Grundrechte erforderlich sei. Allerdings dürfte es kein Zufall sein, dass im vorstehend zitierten Minderheitsvotum⁴⁰ in abstrakterer Weise von „Würde des Menschen“ die Rede ist und nicht von der Würde der betroffenen Frauen: Bezug genommen wird damit auf Menschenwürde als Wert. Aber auch der Verweis auf einen „objektiven Wert“ ist problematisch, wenn dieser ausschließlich durch selbstbestimmtes Verhalten gefährdet wird. Diesen Einwand hat *Ulfrid Neumann* mit dem Aufsatztitel: „Die Menschenwürde als Menschenwürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet“⁴¹ prägnant zusammengefasst. Man sollte zwar darüber nachdenken, ob es ein Allgemeininteresse daran gibt, dass „der freie Mensch sein Antlitz zeigt“ (dazu unten IV. 2.) – ein solches Allgemeininteresse ist zu begründen. Eine Begründung mit „Menschenwürde“ verortet das Problem jedoch an der falschen Stelle, wenn das „Unwürdige“ nur den selbstbestimmten Handelnden träfe.⁴² Allerdings führt das unmittelbar zur nächsten Frage: Ist von einer selbstbestimmten Entscheidung auszugehen?

³⁹ *Fateh-Moghadam* (Fn. 35) 196.

⁴⁰ Oben II 3.

⁴¹ In: Kettner (Hrsg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, 2004, 42 ff.

⁴² Zu dieser Debatte in Frankreich s. *Joppke/Torpey* (Fn. 4) 33 ff.

2. Verhinderung von Zwang

- 16 Verschiedentlich wird als Begründung erwogen, dass Verschleierungsverbote die betroffenen Frauen vor Zwang schützten, der auf sie ausgeübt werde.⁴³ Dies könnte auf das Argument hinauslaufen, dass *ihr eigenes Selbstbestimmungsrecht* (Art. 2 Abs. 1 GG) gegen Ehemänner und Angehörige geschützt werde. Würde das zutreffen, wäre auch das Argument „Menschenwürde“ wieder aufzugreifen. Der Verweis auf Zwang ist allerdings keine überzeugende Begründung. Es ist schon als empirische Beschreibung nicht plausibel, dass die Betroffenen immer oder jedenfalls regelmäßig in einem eindeutigen Sinn zum Tragen der Gesichtverschleierung gezwungen würden, also durch den *Einsatz nötiger Mittel* wie Gewaltanwendung oder Drohung.⁴⁴ Selbst bei jungen Frauen ist dies als Regelfallunterstellung nicht plausibel. Es wird solche Konstellationen geben, aber daneben stehen alternative Erklärungen. Letztere verweisen auf Konventionen im familiären Umfeld, die erlernt, aber nicht in nötiger Weise aufgezwungen wurden, oder auf eine eigenständige, die Familie überraschende religiöse Radikalisierung, etwa aus pubertärer Auflehnung oder unter dem Einfluss von anderen Jugendlichen.
- 17 Soweit auf *subtilere, längerfristig wirkende Formen der Willensbeeinflussung* durch Einübung vorgegebener kultureller und familiärer Verhaltensnormen oder auf ökonomische Abhängigkeiten verwiesen wird, wird dies vermutlich in vielen Fällen auf der *deskriptiven* Ebene zutreffen. Allerdings gibt es anders gelagerte Sachverhalte, etwa wenn junge Erwachsene zum Islam konvertieren und bewusst Gesichtsschleier als Zeichen von Protest gegen Staat und Gesellschaft nutzen. Und selbst wenn ein prägender Einfluss der unmittelbaren Umgebung der Frau sehr wahrscheinlich ist, darf sich das Recht dafür nicht interessieren. Als *rechtlich relevanter Zwang* ist dies nicht einzuordnen. Die Prägung von Verhaltensdispositionen durch kulturelle und familiäre Hintergründe ist der Normalfall. Im empirischen Zugriff kann von selbstbestimmter Lebensführung in einem starken Sinn kaum je die Rede sein, für fast niemanden – soziale und kulturelle Faktoren sind für die alltäglichen Entscheidungen der Lebensgestaltung in der Regel maßgeblich (und vorgefertigte, erprobte „kulturelle Bausätze“ sind für den

⁴³ S. z.B. A. Schwarzer, Exempel Frankreich, in: dies. (Hrsg.), Die große Verschleierung. Für Integration, gegen Islamismus, 2010, 228, 233: „die in ihren Stoffgefängnissen eingeschlossenen Frauen“.

⁴⁴ So auch *Fateh-Moghadam* (Fn. 35) 192 f.

Einzelnen, der nicht jederzeit *alles* neu erfinden kann, auch unverzichtbar)⁴⁵. Das Menschenbild des Grundgesetzes, das Erwachsenen Selbstbestimmung und Eigenverantwortung zuschreibt,⁴⁶ ist aber keine empirische Beschreibung, sondern ein normatives Menschenbild. Es wird durch die *jede Frau* und *jeden Mann* faktisch prägenden Umstände nicht entwertet oder bedeutungslos. Erwachsene gelten als selbstbestimmt handelnde Akteure, soweit keine Nötigung vorliegt. Diese zentrale verfassungsrechtliche Prämisse darf nicht im einfachen Recht dadurch ausgehebelt werden, dass verschleierten Frauen pauschal fehlende Autonomie bei der Gestaltung ihres öffentlichen Auftretens unterstellt wird. Es wäre deshalb nicht zulässig, ein rechtliches Verbot mit dem Argument „Schutz der Selbstbestimmung der betroffenen Frauen“ zu begründen.⁴⁷

3. Schutz von Lebensqualität und persönlicher Entwicklung

- 18 Es bleibt ein Gedankengang zu erörtern (der in der bisher geführten Diskussion keine große Rolle spielt). Es ist damit zu rechnen, dass das Tragen von Burka oder Niqab negative Auswirkungen auf die Lebensqualität hat. Wegen der erheblichen Kommunikationserschwernisse, die mit einer Vollverschleierung verbunden sind, handelt es sich um eine Form der Selbstexklusion, die vermutlich nicht nur mit sozialen, sondern auch mit psychologischen Nachteilen verbunden ist. Es liegt im Tragen der Vollverschleierung begründet, dass die Trägerin damit zum Ausdruck bringt, im öffentlichen Raum ihre Kommunikation mit Fremden beschränken zu wollen. Respektvolle Menschen akzeptieren derartige Entscheidungen – aber es liegt in der Natur der Sache, dass wegen der Asymmetrie in den Punkten Zugänglichkeit und Offenheit eine Kommunikation unter Gleichen (eine Kommunikation „auf Augenhöhe“) ausgeschlossen ist. Im besten Fall ist höfliche Distanz zu erwarten. Positive Anerkennung und die Erfahrung von Wertschätzung in den zwar meist im Einzelnen banalen, aber doch in ihrer Gesamtheit vielfältigen Interaktionen im öffentlichen Raum bleiben einer verschleierten Frau verwehrt. Welche Behandlung man von *anderen* Personen erfährt, hängt entscheidend von der *eigenen* verbalen und nonverbalen Kom-

⁴⁵ S. zu diesem Aspekt *J. Raz*, Multikulturalismus: eine liberale Perspektive, Dt. Zeitschrift für Philosophie 1995, 307, 312 ff.

⁴⁶ BVerfGE 41, 29, 50; 108, 282, 300.

⁴⁷ *Fateh-Moghadam* (Fn. 35) 192 ff., der auch noch weitere Argumente anführt (nämlich das Problem, dass die Sanktion sich gegen das Opfer der Nötigung richten würde).

munikation ab. Unsere sozialen Reaktionen beruhen auf Reziprozität. Wer selbst keine Mimik zeigen kann, wer nicht selbst andere anlächeln kann, muss damit rechnen, dass erwidrende Gesten wie ein Lächeln, ein Blick der Übereinstimmung, eine freundliche Bemerkung unter Fremden etc. ausbleiben. Das Fehlen solcher Interaktionen der Freundlichkeit und Vertrauensbildung wird Auswirkungen sowohl für das Selbstbild als auch für das Bild der anderen als gleichgültige Fremde haben, wobei ein negatives Fremdbild und ein mangels empathischer Reaktionen geschwächtes Selbstbild vermutlich interagieren. Selbst wenn man sich eine Gesellschaft ohne Fremdenfeindlichkeit und ohne abschätzige Pauschalurteile über „den Islam“ vorstellt: Auch unter solchen Umständen würden sich das konsequente Tragen einer Vollverschleierung und die damit verbundene Selbstexklusion wahrscheinlich negativ auf Wohlbefinden und Persönlichkeitsentwicklung auswirken.

- 19 Aber auch an dieser Stelle schließt sich die Frage an: Kann dies ein strafrechtliches Verbot tragen? Für *erwachsene Frauen* ist dies zu verneinen. Wenn das Bundesverfassungsgericht vom „Schutz anderer“ spricht, ist dies als Verweis auf Abwehrrechte zu verstehen. Es sollten in einem liberalen Staat rechtliche Verbote nicht in paternalistischer Weise damit begründet werden, dass Lebensqualität durch ein Verbot von selbstbestimmtem Verhalten gesteigert würde. Allerdings ist gegenüber *Minderjährigen* ein sog. weicher Paternalismus weniger problematisch.⁴⁸ Es ist zu bezweifeln, dass Minderjährige in der Lage sind, über die psychologischen und sozialen Konsequenzen einer Selbstexklusion kompetent zu urteilen und sich in eigenverantwortlicher Weise dafür zu entscheiden. Mit einer weich-paternalistischen Begründung wäre eventuell zu begründen, dass Minderjährige davor geschützt werden sollten, sich aus familiären Zwängen (oder aus pubertärem Trotz) in einer Weise zu verhalten, die sie ungünstigen sozialen und psychologischen Folgen aussetzt.⁴⁹

⁴⁸ S. zu der Differenzierung zwischen hartem und weichem Paternalismus z.B. B. Fateh-Moghadam, Grenzen des weichen Paternalismus, in B. Fateh-Moghadam/S. Sellmaier/W. Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, 21 ff.

⁴⁹ An dieser Stelle wären weitere Überlegungen anzuschließen (für die hier kein Raum bleibt), unter anderem zur Ausgestaltung von Verbotsnormen (die sich nicht gegen die Minderjährigen, sondern gegen für Fehlentwicklungen verantwortliche Erwachsene richten müssten) und vor allem auch zur Reichweite des elterlichen Erziehungsrechts (Art. 6 Abs. 2 GG).

IV. Schutz der Allgemeinheit

20 Der nächste zu klärende Punkt ist, ob Allgemeininteressen jedenfalls auf der ersten Prüfungsebene einen prima facie-Grund für eine Verbotsnorm ergeben. An diesem Punkt stößt man in der Literatur auf große Skepsis. *Bijan Fateh-Moghadam* schreibt in seiner sorgfältigen, von liberalen Prinzipien getragenen Analyse zu strafrechtlichen Burka -Verboten, dass ein „Straftatbestand der Verhüllung auf ein *moralistisches Gesinnungsstrafrecht* par excellence hinauslaufen würde“. ⁵⁰ An dieser Stelle ist darauf zu insistieren, dass es einer differenzierteren Analyse bedarf und dass Argumente zu entwickeln sind, für die die Einordnung als „*moralistisches Gesinnungsstrafrecht*“ nicht zutrifft. Ob dies auch nach weiteren Verhältnismäßigkeitsprüfungen letztlich für Verbots- und Sanktionsnormen ausreicht, ist eine zweite Frage. Aber es gibt jenseits von problematischen (und in der Tat moralistischen) Verweisen auf die „Würde des Menschen“ konkretere Interessen der Allgemeinheit, die es erfordern, sich kritisch mit Vollverschleierung auseinanderzusetzen.

1. Verhinderung verfassungsfeindlicher Stellungnahmen

21 Ein grundsätzlich legitimes Anliegen der Allgemeinheit kann es sein, auf zentrale Verfassungsprinzipien zu verweisen. Dazu gehört auch der Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG). ⁵¹ Die Anerkennung eines solchen Schutzanliegens ist nicht gleichzusetzen mit einem allgemeinen Bekenntnis zu Moral oder Werte schützenden Strafrechtsnormen. Der Prämisse ist beizupflichten, dass ein Moral schützendes Strafrecht kritisch zu beurteilen ist, das auf außerrechtliche Vorstellungen von einer „wahren Moral“ oder auf in der Mehrheitsbevölkerung verbreitete moralische Überzeugungen verweist. ⁵² Aber aus *zentralen Verfassungsprinzipien* ein Schutzanliegen der Allgemeinheit abzuleiten, setzt nicht den Rückgriff auf außerrechtliche Nor-

⁵⁰ *Fateh-Moghadam* (Fn. 35) 205; ebenso *Joppke* (Fn. 4) 421: „Das Burka-Verbot ist tatsächlich eine aus liberaler Perspektive problematische ‚legal enforcement of morality‘.“

⁵¹ *S. D. Grimm*, Multikulturalität und Grundrechte, in: R. Wahl/J. Wieland (Hrsg.), *Das Recht des Menschen in der Welt*, 2002, 135, 147; *U. Volkmann*, Kulturelles Selbstverständnis als Tabuzone für das Recht?, in: H. Dreier/E. Hilgendorf (Hrsg.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, 245, 259.

⁵² Dazu *T. Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten. Strafnormen zum Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, 53 ff.

mensysteme voraus und ist deshalb nicht mit den sich daraus ergebenden Legitimationsproblemen behaftet.

- 22 An dieser Stelle sind zwei Fragen aufzuwerfen: Steckt im Tragen einer Vollverschleierung *überhaupt* eine verallgemeinerbare Aussage, mit der Sollensnormen zum Ausdruck gebracht werden, oder handelt es sich lediglich um den Ausdruck einer persönlichen Präferenz? Und *welche Aussage* kann aus dem Tragen einer Vollverschleierung abgeleitet werden?
- 23 Zum ersten Punkt: An dieser Stelle ist nochmals auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2003 zurückzukommen. Die Senatsmehrheit führt aus, dass eine Lehrerin nicht allein durch das Tragen eines Kopftuchs ein den Wertvorstellungen des Grundgesetzes widersprechendes Frauenbild vermitteln würde.⁵³ Hinter dieser Folgerung stand der Verweis darauf, dass die Beschwerdeführerin *nicht beabsichtige*, sich gegen individuelle Selbstbestimmung und Emanzipation der Frau auszusprechen.⁵⁴ Derartige, auf Intentionen und Motive abstellende Argumente sind verbreitet,⁵⁵ aber sie sind zu kritisieren.⁵⁶ Wenn es darum geht, die Bedeutung einer durch Symbole und Praktiken vermittelten Aussage zu entschlüsseln, ist irrelevant, was die eine Botschaft nach außen Vermittelnden bewegt haben mag und genauso irrelevant ist, wie selbstbewusstemanzipiert oder untergeordnet die Trägerin eines Gesichtsschleiers als Individuum in ihrem persönlichen Umfeld lebt. Die entscheidende Frage ist vielmehr: Würde ein verständiger Beobachter, der den zeitgenössischen sozialen Kontext kennt, aus dem, was eine andere Person tut, eine verallgemeinerbare Aussage ableiten?⁵⁷ Bei vielen Kleidungsstücken ist dies nicht der Fall. Anders verhält es sich aber, wenn es um eine Variante des Themas „Uniform“ geht (Uniform nicht in einem auf militärische Kontexte verweisenden Sinn, sondern als Begriff für Bekleidung, die stark vereinheitlicht ist und Wiedererkennungswert hat). Das Tragen uniformierter Kleidung vermittelt in der Regel

⁵³ BVerfGE 108, 282, 305.

⁵⁴ BVerfGE 108, 282, 304.

⁵⁵ S. z.B. H. Bielefeldt, Menschenrechte in der Einwanderungsgesellschaft, 2007, 144 ff.; B. Ladwig, Das islamische Kopftuch, ‚Bayern München‘ und die Gerechtigkeit, in: S. Berghahn/P. Rostock (Hrsg.), Der Stoff, aus dem Konflikte sind, 2009, 315, 328 f.; Fateh-Moghadam (Fn. 35) 184 f.; T. Loenen, Women, Law and Religion, in: B. Stollberg-Rilinger (Hrsg.), „Als Mann und Frau schuf er sie“. Religion und Geschlecht, 2014, 215, 220; Mager (Fn. 20) Art. 4 Rn. 35.

⁵⁶ So zu Recht die Senatsminderheit: BVerfGE 108, 282, 328.

⁵⁷ Ähnlich K. Wiese, Kopftuchtragen im Widerspruch zum Erziehungsziel ‚Gleichberechtigung‘?, in: S. Berghahn/P. Rostock (Hrsg.), Der Stoff, aus dem Konflikte sind, 2009, 225, 226 ff.

eine von außen zu erkennende Botschaft. Die individuellen Motive der Träger können dabei sehr unterschiedlich sein: das widerwillige Sich-Konventionen-Unterwerfen oder das freudige Sich-Bekennen zu den transportierten Inhalten, vielleicht auch Auflehnung gegen soziale Zwänge oder eine Wette – aber darauf kommt es nicht an.

24 Welche Botschaft vermittelt Vollverschleierung? Es ist von einem Bündel sich überlagernder Aussagen auszugehen. Erstens signalisieren Burka und Niqab, einer besonders konsequenten oder strenggläubigen Strömung innerhalb des Islams verbunden zu sein. Diese Botschaft kollidiert als solche nicht mit Allgemeininteressen. Dem Thema „verfassungsfeindliche Aussage“ nähert man sich aber mit dem Stichwort „Protest gegen westliche Werte“. Berichte aus Frankreich deuten darauf hin, dass derartige Hintergründe nicht selten sind: Verschleierung als Symbol einer Ablehnung des „westlichen“ Staates, als Kampfzeichen eines politischen Islams.⁵⁸ Die nicht ganz einfach zu beantwortende Frage wäre, ob diese Komponente in die Praxis des Sich-Verschleierns soweit eingeschrieben ist, dass es sich um einen objektiv (mit-)transportierten Aussagegehalt handelt? Würden Beobachter, wenn befragt, was sie mit Burka verbinden, „Protest gegen westliche Werte“ nennen? Vielleicht ja – aber: das genügt ebenfalls noch nicht. Diese Aussage ist zu breit und zu diffus.

25 Dem Kern des Problems nähert man sich mit einer dritten, spezifischeren Aussage, die das Verhältnis von Männern und Frauen betrifft. Die Praxis ist eindeutig auf Segregation der Geschlechter ausgerichtet: Auch leidenschaftlichstes Engagement gegen „westliche Werte“ bewegt männliche Islamisten nicht dazu, bei alltäglichen Verrichtungen eine Burka überzuwerfen. Es fehlt zwar nicht an (teilweise absonderlichen) Versuchen in der Literatur, die geschlechterspezifische Bedeutung zu negieren. So argumentiert etwa *Martha Nussbaum*, dass in kalten Wintern wärmende Schals ins Gesicht gezogen würden und dass auch Chirurgen und Eishockeyspieler ihr Gesicht verhüllen.⁵⁹ Für einen mit sozialen Kontexten vertrauten Beobachter ist jedoch der Unterschied zwischen Funktionskleidung und dem Tragen von Burka und Niqab offensichtlich. Die Trägerin schützt ihr Gesicht nicht vor Kälte, Krankheitserregern oder

⁵⁸ S. *Joppke/Torpey* (Fn. 4) 26.

⁵⁹ *M. Nussbaum*, *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, 2012, 106.

aufprallenden Objekten, sondern verschleiert es, weil sie nicht als weibliches Individuum sichtbar sein will. Sie signalisiert ihrer Umwelt damit vor allem auch, dass für sie als Frau Kommunikation in der Öffentlichkeit auf das Dringlichste beschränkt sein soll und ein echter Austausch mit allen subtilen Konnotationen, wie er für ein persönliches Kennenlernen erforderlich wäre, unterbleiben soll. Bei der Bewertung des Aussagegehalts ist nur insofern Vorwissen erforderlich, als der Botschaftsempfänger erkennen muss, dass es sich um eine uniformierte, nur von Frauen getragene Kleidung handelt, und dass eine Aussage über einen für Frauen wünschenswerten Zustand vorliegt und nicht nur ein Ausdruck einer höchstpersönlichen Präferenz (welche lediglich verwundern würde). Debattieren könnte man, an wen sich die Sollensaussage richtet: an *alle* „anständigen“ Frauen oder nur an Muslimas? Aber auch, wenn nur letzteres der Fall ist: Drastische Beschneidung von Kommunikation in der Öffentlichkeit *nur für Frauen* ist eine mit zentralen normativen Festlegungen in der Verfassung (Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG) inkompatible Aussage. Dieses Zwischenfazit ist klar zu formulieren und gegen verharmlosende Interpretationen der Bedeutung von Vollverschleierung⁶⁰ zu verteidigen.

26 Damit ist allerdings nicht das Ende der Überlegungen erreicht. Die letztlich entscheidende Frage ist, ob bei einer Abwägung mit den Grundrechten Betroffener (vor allem Meinungsäußerungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) das Ergebnis sein sollte, den Einsatz verfassungsfeindlicher Symbole und Praktiken zu verbieten. Für einen Sonderfall der verfassungsfeindlichen Symbole (Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, darunter fallen vor allem nationalsozialistische Symbole) ist in § 86a StGB ein Verbot vorgesehen. Aber wenn überhaupt,⁶¹ sind Einschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit, die mit der

⁶⁰ S. etwa *Fateh-Moghadam* (Fn. 35) 204: Rückzug aus der Gesellschaft dürfe nicht unterstellt werden; ähnlich *S. Song*, *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, 2007, 172 f. Genauso wenig vermag der Verweis auf politischen Aktivismus weiblicher Anhänger islamistischer Strömungen oder auf sozialpolitische Betätigung in Moscheegemeinden (s. zu „islamischem Feminismus“ *S. Silvestri*, *Europe’s Muslim women: potential, aspirations and challenges*, 2008, 25 f.; *M. Gamper*, *Islamischer Feminismus*, 2011; *Ahmed*, Fn. 2, 265 ff.) die Tatsache zu ändern, dass im alltäglichen Leben das Tragen einer Vollverschleierung die Kommunikationsfähigkeit stark verringert und objektiv Kommunikationsunwilligkeit signalisiert. Betrachtungen, die zur Kritik an „westlichen“ Bekleidungsstandards ausschwenken, diese als sexistisch einordnen und deshalb offenbar annehmen, dass über Verschleierung zu schweigen sei (s. *C. v. Braun/B. Mathes*, *Verschleierte Wirklichkeit. Die Frau, der Islam und der Westen*, 2007, 153 ff.; *Nussbaum*, Fn. 59, 115), verkennen, dass Probleme nicht durch Gegeneinander-Aufrechnen zu erledigen sind.

⁶¹ S. zu meiner Kritik an § 86a StGB *T. Hörnle* (Fn. 52) 267 ff.

Verfassungswidrigkeit der vertretenen Ansicht begründet werden, nur beim Vorliegen *besonderer Umstände* zulässig, wobei für § 86a StGB der historische Hintergrund (Ablehnung des Nationalsozialismus als Fundament des zeitgenössischen gesellschaftlichen Selbstverständnisses) wie auch die potentiell größere Gefährlichkeit militanter Organisationen eine Rolle spielt. Unstreitig dürfte aber sein, dass vollkommene Verfassungskonformität aller Individuen in Tun und Äußern nicht vom Staat erzwungen werden kann. Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass Bürger „frei [sind], grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen, solange sie dadurch Rechtsgüter anderer nicht gefährden.“⁶² Zur Meinungsfreiheit gehört auch, dass Verfassungsgrundsätze in Frage gestellt werden dürfen.⁶³ Dass Frauen sich im öffentlichen Raum gegen Gleichberechtigung der Geschlechter aussprechen, indem sie Kommunikationsbeschränkungen nur für Frauen praktizieren, ist deshalb kein hinreichender Grund für eine Verbotsnorm.

2. Gefährdung der Grundlagen einer offenen Bürgergesellschaft

27 Es sind unter dem Stichwort „Schutz von Allgemeininteressen“ allerdings noch von der Gleichberechtigung der Geschlechter *unabhängige* Folgen zu erörtern, die die Praxis der Vollverschleierung zu einer potentiell schädlichen Praxis machen (die folgenden Überlegungen würden auch dann gelten, wenn sich sowohl Frauen als auch Männer verschleiern würden). Zu überlegen ist, was mit dem im Minderheitsvotum zum Kopftuchurteil auftauchenden Satz „Der freie Mensch zeigt dem anderen sein Antlitz“⁶⁴ gemeint ist. In dieser unbestimmten Form ist die Formulierung problematisch. Sie könnte so verstanden werden, dass damit auf Wertungen Bezug genommen wird, die schlicht die Überlegenheit einer kulturellen Ordnung als solche postulieren (was unter das Stichwort „öffentliche Ordnung“ gefasst werden könnte; in diese Richtung weisen Stellungnahmen in der französischen Debatte).⁶⁵ In Gesellschaften mit heterogener kultureller Zusammensetzung stoßen Überlegenheitsansprüche auf Widerspruch und in der liberalen politischen Philosophie wird auf die Unhinterfragbarkeit von kulturell

⁶² BVerfG, NJW 2001, 2069, 2070 (zu rechtsextremistischen Demonstrationen), a.A. für diesen Anwendungsfall OVG Münster, NJW 2001, 2986.

⁶³ H. Dreier, Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung, RW 2010, 11, 27 ff.

⁶⁴ BVerfGE 108, 282, 334.

⁶⁵ Joppke (Fn. 4) 423; Joppke/Torpey (Fn. 4) 43 f.

geprägten Lebensstilen und Vorstellungen vom „guten Leben“ gepocht.⁶⁶ Allerdings ginge die These, dass in multikulturellen Gesellschaften *ausnahmslos* auf kritische Vergleiche verzichtet werden sollte, zu weit. Sie ist jedenfalls dann nicht angemessen, wenn erstens statt schlichter Überlegenheitspostulate eine Begründung gegeben wird *und* wenn zweitens diese Begründung auf übergeordnete, alle Gruppen verbindende Allgemeininteressen gestützt werden kann. Die folgenden Überlegungen beruhen auf der Prämisse, dass ein Allgemeininteresse am Funktionieren der Staatsform „Demokratie“ (als der bestmöglichen Staatsform) besteht und dass aus diesem Grund das Modell einer offenen Bürgergesellschaft als Grundlage für funktionierende Demokratie gegen das Gegenmodell einer segmentierten Gesellschaft verteidigt werden darf.

28 Der Verweis auf eine „offene Bürgergesellschaft“ mag zunächst vage klingen, aber der Argumentationsgang wird hoffentlich klarer, wenn segmentierte Gesellschaften und die damit einhergehenden Einstellungen beschrieben werden. Eine segmentierte Gesellschaft im hier zugrunde gelegten Sinn bedeutet, dass soziale Bezüge entlang der Linien von Großfamilien, Clans oder Stämmen vorstrukturiert sind. Vertrauensgetragener Austausch ist auf die Einheit beschränkt, der man selbst angehört, während die Umgebung im Übrigen als feindlich und gefährlich erlebt wird. Sichtbarer Ausdruck segmentierter Gesellschaften sind städtebauliche Phänomene (hohe Mauern, Verlagerung des Lebens in abgeschlossene Innenhöfe), aber auch Kleidung wie die Vollverschleierung, die signalisiert: „Kontaktaufnahme unerwünscht“ und „wechselseitige Freundlichkeiten werden nicht erwartet“. Derartige Praktiken sind nicht nur Ausdruck von psychologischen Einstellungen, sondern tragen zu ihrer Reproduktion und Verstärkung bei. Nicht nur die Frauen selbst, sondern auch die Kinder einer Mutter, die im öffentlichen Raum keinen vertrauensbildenden freundlichen Austausch pflegen kann, werden dadurch geprägt. Eine offene Bürgergesellschaft beruht dagegen auf der Annahme, dass antagonistische Interessen zu bewältigen sind, ohne dass eine scharfe Grenzziehung zwischen „den Meinen“ und „den feindseligen Anderen“ Interaktionen vorstrukturiert. Zu vermuten ist, dass es einen *Zusammenhang* zwischen *psychologischen Grundeinstellungen* und dem *Funktionieren eines demokratischen Staates* gibt. Dass segmentierte Gesellschaften

⁶⁶ S. statt vieler Raz (Fn. 45) 315 ff.

oft (oder sogar in der Regel) nicht als stabile Demokratien reüssieren, dürfte (auch) mit dem Fehlen einer von einem Mindestmaß an wechselseitigem Vertrauen getragenen Bürgergesellschaft zusammenhängen. Die Einstellung von Menschen zum Staat und zum Gemeinwesen wird auch dadurch geformt, wie in alltäglichen Interaktionen „die Anderen“ wahrgenommen werden. Zu erwarten ist an dieser Stelle ein kritischer Einwand, nämlich dass für Misstrauen versus Vertrauen letztlich Sozialstrukturen und geschichtliche Entwicklungen entscheidend sind und nicht Banalitäten wie Kleiderordnungen. Aber plausibler scheint mir die Annahme zu sein, dass es zwischen makrosoziologischen Strukturen und im Alltag gelebten Einstellungen und Dispositionen wechselseitige Verstärkungen gibt.

- 29 Was ist hieraus abzuleiten? Soweit solche Aspekte überhaupt angedeutet werden, dann mit dem Hinweis, dass niemand zur Kommunikation mit Fremden gezwungen werden könne;⁶⁷ das muss dann auch für ein vertrauensbildendes Lächeln und andere Alltagsgesten gelten. Zudem: Menschenscheue und menschenfeindliche Personen gibt es in jeder Gesellschaft. Aber es macht einen Unterschied, ob *einzelne Individuen* das Ideal einer offenen Bürgergesellschaft nicht leben können oder wollen oder ob sich *soziale Praktiken* etablieren, die auch für die an sich Kommunikationsfähigen und -willigen Barrieren errichten. Ein Allgemeininteresse an der Verhinderung von sozialen Zuständen, in denen Personen jenseits der eigenen Gruppe als potentielle Belästiger und Gefahrenquelle eingestuft werden und vertrauensbildende Kommunikation mit Fremden durch Verhüllungen unmöglich geworden ist, ist zu begründen. Aber damit sind die Überlegungen zum Thema Verbotsnorm nicht abgeschlossen. Gegen ein Verbot sprechen Abwägungen, die in den Prüfungsstadien anzustellen sind, welche der Identifizierung eines Schutzgegenstandes nachfolgen. Die Bedeutung des Allgemeininteresses muss zum Eingriff in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 GG, in Relation gesetzt werden. Ob ein solcher Eingriff die Grenzen der Zumutbarkeit überschreitet und somit unverhältnismäßig i.e.S. ist,⁶⁸ hängt auch davon ab, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, dass das Allgemeininteresse tatsächlich beeinträchtigt wird, wenn das Tragen von Vollverschleierung weiterhin eine legale Verhaltensoption bleibt. Zwi-

⁶⁷ Finke (Fn. 10) 1130; *Fateh-Moghadam* (Fn. 35) 205.

⁶⁸ BVerfGE 90, 145, 173; 120, 224, 241.

schen der Existenz eines Allgemeininteresses und der Dringlichkeit einer Gefahr für eben dieses Interesse ist zu unterscheiden. Ein auf gesamtgesellschaftlicher Ebene spürbarer Effekt wäre nur dann zu erwarten, wenn Vollverschleierung von einer marginalen Randerscheinung zu einer (jedenfalls regional) verbreiteten sozialen Praxis würde. Das ist aber (für absehbare Zeit) keine realitätsnahe Prognose. Unter diesen Umständen ist nicht überzeugend zu begründen, dass sich das Schutzanliegen der Allgemeinheit gegenüber den Grundrechten Betroffener durchsetzt.

D. FAZIT

- 30 Letztlich sprechen gute Gründe gegen eine (mit welchen Sanktionen auch immer) durchzusetzende Verbotsnorm. Allerdings bedeutet dies nicht, dass Kritik an Vollverschleierung unterbleiben müsse. Ein typisches Problem der Debatte ist die starke Polarisierung: Entweder mündet Unbehagen in die unreflektierte Forderung: Verboten! Oder man findet die gegenteilige Position, verbreitet etwa im Bereich der Gender- und Kulturwissenschaften, die jegliche Kritik an außereuropäischen religiösen und kulturellen Gebräuchen als „Neokolonialismus“ oder Ähnliches⁶⁹ abweist. Jedenfalls in wissenschaftlichen Diskussionen ist aber Differenzierungsvermögen vorauszusetzen, das es erlaubt, Inkompatibilität mit dem Grundsatz der Geschlechtergleichheit und den Grundlagen einer offenen Bürgergesellschaft zu benennen, ohne dass dies in Verbotsnormen gegossen werden muss.

⁶⁹ Paradigmatisch das Buch von v. Braun/Mathes (Fn. 60); ebenso C. Barskanmaz, Das Kopftuch als das Andere. Eine notwendige postkoloniale Kritik des deutschen Rechtsdiskurses, in: S. Berghahn/P. Rostock (Hrsg.), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind*, 2009, 361 ff.