

Übungsklausur Schwerpunktbereich Völker- und Europarecht: Burka-Verbot

Von Wiss. Mitarbeiterin **Alix Schlüter**, Hamburg*

Sachverhalt

2011 wurde in Frankreich ein Gesetz erlassen, das das Tragen von Kleidung, die das Gesicht vollständig oder größtenteils verdeckt, im gesamten öffentlichen Raum untersagt. Ein Verstoß gegen dieses Verbot wird mit einer geringen Geldstrafe geahndet. Nicht unter das Verbot fällt das Tragen derartiger Kleidungsstücke aus gesundheitlichen oder beruflichen Gründen sowie als Teil von Sportveranstaltungen und traditionellen und kulturellen Festlichkeiten. Das primäre Anliegen der Gesetzesinitiative war – was die französische Regierung auch nach außen kommunizierte – die Burka und den Niqab aus dem öffentlichen Straßenraum zu verbannen, zwei muslimische Kleidungsstücke, die das gesamte Gesicht verdecken und nur über den Augen eine Art Netz bzw. einen Schlitz vorsehen. Das Tragen von Burka und Niqab stünde – so die Überzeugung der Regierung – mit einer freiheitlich demokratischen Ordnung und dem Prinzip des Laizismus in Konflikt und sei ferner mit der Gleichheit von Männern und Frauen unvereinbar. Nach Beratungen wurde das Verbot auf alle das Gesicht vollständig bedeckenden Kleidungsstücke ausgedehnt, um eine kohärente und effektive Anwendung zu ermöglichen.

Die Regierung begründet ihr Vorgehen zum einen mit Sicherheitsaspekten: Das Tragen von das Gesicht verhüllender Kleidung würde die Verbrechensbekämpfung erschweren sowie Identitätstäuschungen erleichtern und damit die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit behindern; immerhin trügen ca. 2000 Frauen in Frankreich aus religiösen Gründen Ganzkörperschleier. Das Gesetz diene ferner der Aufrechterhaltung des Wertestandards in einer offenen und demokratischen Gesellschaft. Dazu zähle das durch das Gesetz geförderte Prinzip der Geschlechtergleichheit. Ferner existiere ein Recht darauf, gemeinsam und miteinander in einer demokratischen Gesellschaft zu leben, diese zu gestalten und sich an einem Ideen- und Meinungsaustausch zu beteiligen. Dieses umfasse die Möglichkeit, jederzeit mit Mitmenschen in persönlichen Kontakt zu treten. Bekleidung, die das Gesicht als einen wesentlichen Bestandteil der Identität einer Person bedecke, erschwere dies erheblich.

Die Bf. B ist eine französische Staatsangehörige streng muslimischen Glaubens. Von den Vorgaben des Gesetzes provoziert, strengt sie nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs ein Individualbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz vor dem EGMR an. Sie trägt vor, aus eigenem Willen und religiöser Überzeugung – weder von Familie noch Glaubensgemeinschaft hierzu gedrängt – Burka und Niqab zu verschiedenen Gelegenheiten zu tragen. Das Gesetz schränke sie in ihrer freien Religionsausübung und Privatheit in unverhältnismäßiger Weise ein, ohne aus Gründen der Sicherheit erforderlich zu sein. Sie sei ohne Weiteres bereit, ihr Gesicht z.B. bei Sicherheits- und Identitätskontrollen zu entblößen. Das

Burkaverbot diskriminiere sie zudem aufgrund ihres Geschlechts und ihrer Religion. So sei das Tragen der Burka gerade Ausdruck ihrer Emanzipation und ermögliche ihr als Frau erst die Teilhabe am öffentlichen Leben. Ohne die Burka hingegen würde sie in einigen Situationen zögern, überhaupt das Haus zu verlassen. Das von der Regierung geltend gemachte Recht auf Zusammenleben und zwischenmenschliche Kommunikation entbehre einer Grundlage im Konventionstext, und von ihrer individuellen Betroffenheit abgesehen sei das Gesetz ohnehin eine nicht hinnehmbare Einschränkung der Pluralität in der französischen Gesellschaft. Die französische Regierung ist empört. Immerhin existiere auch in Belgien ein Gesetz, das das Tragen von das Gesicht vollständig oder teilweise bedeckenden Kleidungsstücken untersage, und in einigen anderen Mitgliedstaaten des Europarates seien derartige Gesetze ebenfalls in der Diskussion. Davon abgesehen stünde es B aber gar nicht zu, sich gegen das Gesetz zu wehren, da ihre Glaubensüberzeugung offensichtlich nur vorgeschoben sei; immerhin gebe sie zu, die Burka nur gelegentlich zu tragen.

Wie sind die Erfolgsaussichten einer form- und fristgerecht erhobenen Individualbeschwerde der B vor dem EGMR?

Bearbeitervermerk

Die Bearbeitungszeit beträgt drei Stunden.

Schwerpunkte und Bewertung der Klausur

Die Begründetheitsprüfung der Klausur wurde als Teil einer dreistündigen Abschlussklausur der Vorlesung „Europäischer und internationaler Menschenrechtsschutz“ im Schwerpunktbereich „Europäisches und Internationales Recht“ an der Bucerius Law School gestellt. Schwerpunkte der Klausur liegen in der Abgrenzung der konventionsrechtlichen Schutzbereiche und der Rechtfertigungsprüfung. Besonderes Gewicht wurde in der Bewertung auf die korrekte Einordnung aller im Sachverhalt angesprochenen Argumente und die Herausarbeitung des Rechtfertigungsmaßstabes unter Berücksichtigung des „margin of appreciation“ gelegt.

Lösungshinweise

Die Individualbeschwerde der B wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.¹

A. Zulässigkeit²

Die Individualbeschwerde müsste nach Art. 34, 35 EMRK zulässig sein.

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Claussen-Simon-Stiftungslehrstuhl für Internationales Recht (Prof. Dr. Doris König) an der Bucerius Law School, Hamburg. Die Autorin dankt Sarah Schadendorf für wertvolle Anmerkungen.

¹ Der folgende Lösungsvorschlag orientiert sich weitgehend an EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich).

² Zur Prüfung der Zulässigkeit einer Individualbeschwerde vor dem EGMR vgl. Peters/Altwickler, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2011, Anhang, S. 298 ff.

I. Zuständigkeit des EGMR, Art. 1 EMRK

Das angegriffene Gesetz wurde nach Inkrafttreten der EMRK von Frankreich, einem Konventionsstaat der EMRK, erlassen. Der EGMR ist daher in zeitlicher und örtlicher Hinsicht zuständig. B macht geltend, in ihrem Recht auf Privatsphäre und Religionsfreiheit verletzt sowie gegenüber Männern und Angehörigen anderer Religionsgemeinschaften benachteiligt zu werden. Sie bezieht sich daher auf Rechte, die prinzipiell von der Konvention verbürgt sind. Der EGMR ist daher auch sachlich zuständig.

II. Beschwerdeführer und Opfereigenschaft, Art. 34 S. 1 EMRK

Als natürliche Person ist B grundsätzlich taugliche Beschwerdeführerin gem. Art. 34 EMRK. Fraglich ist, ob sie die von Art. 34 S. 1 EMRK geforderte Opfereigenschaft besitzt, die eine mögliche gegenwärtige und unmittelbare Verletzung in eigenen Rechten aus der Konvention voraussetzt.³ Das Erfordernis einer unmittelbaren eigenen Beschwerde dient dem Ausschluss von Popularklagen⁴ und ist zumindest für den Fall erfüllt, dass sich der Beschwerdeführer gegen eine an ihn gerichtete staatliche Maßnahme wehrt. Die französische Regierung äußert Zweifel an Bs Beschwersein, da sie die Burka nur gelegentlich trägt und bislang keinen Sanktionen auf Grundlage des Gesetzes ausgesetzt war. Der EGMR hat verschiedentlich betont, dass die religiöse Motivation eines Verhaltens nicht vorgeschoben sein darf, sondern hinreichend plausibel geltend gemacht werden muss.⁵ Gleichzeitig schreibt die Konvention staatliche Neutralität und Nichteinmischung in weltanschaulichen Fragen vor.⁶ Dem Staat steht es deshalb nicht zu, über die Legitimität einer religiösen Überzeugung und die implizierten Verhaltensanforderungen zu befinden.⁷ Dass islamische Glaubensüberzeugungen z.T. das Tragen von gesichtsverhüllender Kleidung vorsehen, ist unbestritten. Über diese Feststellung hinaus ist es der Regierung verwehrt, die Aufrichtigkeit der Glaubensüberzeugung von B zu beurteilen. Die Opfereigenschaft der B ist deswegen nicht bereits wegen einer nur vorgeschobenen Glaubensüberzeugung ausgeschlossen.⁸ Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass B sich direkt gegen ein Gesetz, nicht gegen einen Vollzugsakt wendet. Eine unmittelbare Selbstbetroffenheit wird z.T. auch anerkannt, wenn

der Beschwerdeführer, ohne dass es bereits zu einer Verurteilung gekommen ist, gegen ein sanktionsbewehrtes Gesetz Beschwerde erhebt, das die Ausübung seiner durch die Konvention geschützten Rechte beeinträchtigt, indem es ihn zwingt, sein Verhalten zu ändern oder das Risiko einer Verurteilung auf sich zu nehmen.⁹ Eine Verurteilung zur Bußgeldzahlung hinzunehmen, kann dem Beschwerdeführer nicht zugemutet werden. Da B entweder gegen das Gesetz oder gegen ihre religiösen Überzeugungen verstoßen muss, ist sie unmittelbar selbst betroffen.

Das Gesetz ist bereits in Kraft und berührt B daher auch gegenwärtig. B besitzt die von Art. 34 S. 1 EMRK geforderte Opfereigenschaft.

III. Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs, Art. 35 Abs. 1 EMRK

Laut Sachverhalt hat B den französischen Rechtsweg erfolglos durchlaufen, sodass der in Art. 35 Abs. 1 EMRK kodifizierte „local remedies rule“ Genüge getan ist.¹⁰

IV. Unzulässigkeitsgründe nach Art. 35 Abs. 2, 3 EMRK

Für das Vorliegen eines der außergewöhnlichen Unzulässigkeitsgrundes nach Art. 35 Abs. 2 oder Abs. 3 EMRK liefert der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.¹¹

V. Frist, Art. 35 Abs. 1 EMRK, und Form der Beschwerde, Art. 45 Verfo

Laut Sachverhalt hat B die Beschwerde fristgerecht innerhalb von sechs Monaten, Art. 36 EMRK, in der von Art. 45 Verfo vorgesehenen Schriftform eingereicht.

B. Begründetheit

Die Beschwerde ist begründet, soweit B durch das angegriffene Gesetz in einem ihrer Konventionsrechte verletzt ist. In Betracht kommen eine Verletzung in Art. 8 und 9 EMRK sowie in Art. 14 EMRK in Verbindung mit den genannten Freiheitsrechten.

³ Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 34 EMRK Rn. 17 ff.

⁴ Meyer-Ladewig (Fn. 3), Art. 34 EMRK Rn. 17; Leach, Taking a Case to the European Court of Human Rights, 3. Aufl. 2011, Rn. 4.24.

⁵ Vgl. nur EGMR, Urt. v. 15.1.2013 – 4842/10 u.a. (Eweida u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 81.

⁶ Peters/Altwickler (Fn. 2), § 31 Rn. 21; Meyer-Ladewig (Fn. 3), Art. 9 EMRK Rn. 11 ff. Vgl. auch EGMR, Urt. v. 10.11.2005 – 44774/98 (Leyla Şahin v. Türkei), Rn. 107.

⁷ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 55; vgl. auch Dunlap, Fordham Int'l L.J. 35 (2011/2012), 968 (975 ff.).

⁸ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 56.

⁹ Vgl. nur EGMR, Urt. v. 13.6.1979 – 6833/74 (Marckx v. Belgien), Rn. 27; EGMR, Urt. v. 22.10.1981 – 7525/76 (Dudgeon v. Vereinigtes Königreich), Rn. 41; EGMR, Urt. v. 6.12.2012 – 12323/11 (Michaud v. Frankreich), Rn. 51.

¹⁰ In der dem Fall zugrundeliegenden Entscheidung war dies zwischen den Parteien umstritten. Der EGMR hielt die Erschöpfung des französischen Rechtswegs für entbehrlich, vgl. EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 61 ff.

¹¹ In der Originalentscheidung hatte die französische Regierung den Unzulässigkeitsgrund eines Missbrauchs des Beschwerderechts geltend gemacht, Art. 35 Abs. 3 EMRK, der vom Gerichtshof unter Verweis auf den eng auszulegenden Ausnahmecharakter dieser Vorschrift zurückgewiesen wurde, EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 62 ff.

I. Verletzung von Art. 8 und 9 EMRK

Hinweis: Art. 8 und 9 EMRK werden wie im S.A.S.-Urteil des EGMR gemeinsam geprüft. Eine getrennte Prüfung beider Rechte ist ebenso vertretbar. Vereinzelt werden derartige Bekleidungs Vorschriften am Maßstab von Art. 10 Abs. 1 EMRK geprüft,¹² Art. 9 EMRK ist aber als spezielleres Recht anzusehen.¹³

1. Eingriff in den Schutzbereich

B als natürliche Person ist vom persönlichen Schutzbereich des Art. 8 EMRK und des Art. 9 EMRK erfasst.

a) Art. 8 EMRK

Art. 8 EMRK schützt das individuelle Privatleben in einem umfassenden Sinne. In den Schutzbereich fallen alle Betätigungen des Einzelnen, die für die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit unabdingbar sind.¹⁴ Erfasst ist auch die Gestaltung des eigenen äußeren Erscheinungsbildes, nämlich von Haar- und Barttracht sowie Kleidungswahl.¹⁵ Das französische Gesetz macht es B unmöglich, Niqab und Burka zu tragen, ohne Sanktionen zu befürchten, und greift daher in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK ein.

b) Art. 9 EMRK

Art. 9 Abs. 1 EMRK schützt mit der Freiheit der Wahl einer Religion oder Weltanschauung die individuelle spirituelle Entfaltung.¹⁶ Zumindest Weltreligionen sind vom Schutzbereich erfasst.¹⁷ Nicht nur innere Überzeugungen (forum internum), sondern auch deren Manifestation nach außen, das forum externum, sind erfasst.¹⁸ Sofern der Zusammenhang mit der Glaubensüberzeugung hinreichend plausibel dargelegt wird, fällt jegliches glaubensgeleitete Verhalten unter Art. 9 Abs. 1 EMRK.¹⁹ Das Tragen religiöser Kleidung, mithin auch von Burka und Niqab, ist als Befolgen einer Glaubensvorschrift des Islam von Art. 9 Abs. 1 EMRK unabhängig davon umfasst, ob nur eine Minderheit innerhalb der muslimischen Gemeinschaft das Tragen dieser Kleidungsstücke für ein verbindliches

religiöses Gebot hält.²⁰ Auf Grundlage des französischen Gesetzes muss B entweder gegen das Verbot, gesichtsverhüllende Kleidungsstücke in der Öffentlichkeit zu tragen, verstoßen, oder ihren persönlichen Glaubensüberzeugungen bezüglich des Tragens religiöser Kleidungsstücke zu wider handeln.²¹ Das Gesetz greift daher in Art. 9 Abs. 1 EMRK ein.

c) Verhältnis von Art. 8 und Art. 9 EMRK

Mit ihrer Individualbeschwerde rügt B im Wesentlichen Aspekte der Verletzung ihrer Privatsphäre nach Art. 8 EMRK, die sich als Ausprägungen ihrer religiösen Persönlichkeitsentfaltung nach Art. 9 Abs. 1 EMRK darstellen. Art. 9 EMRK ist daher vorrangig zu prüfen.²² Da die Schrankenregelungen in Art. 8 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 2 EMRK weitgehend vergleichbar, die von Art. 9 Abs. 2 EMRK gestellten Rechtfertigungsanforderungen allenfalls etwas strenger²³ sind, gelten die folgenden Überlegungen zur Prüfung der Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 9 Abs. 1 EMRK für beide genannten Rechte.

2. Rechtfertigung

Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn er gesetzlich vorgesehen und zur Verfolgung eines der in Art. 9 Abs. 2 EMRK genannten Ziele notwendig ist.

a) Gesetzliche Grundlage

Die französische Rechtsnorm erfüllt als formelles Parlamentsgesetz die Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 9 Abs. 2 EMRK.²⁴

b) Legitimes Ziel

Die legitimen Ziele sind in Art. 9 Abs. 2 EMRK abschließend aufgezählt.²⁵ Diese sind angesichts des engen Bezugs von Art. 9 Abs. 1 EMRK zur Menschenwürde eng auszulegen.²⁶

¹² Vgl. nur *McCrea*, HRLR 2013, 57 (65 ff.).

¹³ *Grote/Wenzel*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMKR/GG, Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 18 Rn. 144.

¹⁴ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 22 Rn. 1; *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 13), Kap. 16 Rn. 26.

¹⁵ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 107, mit Verweis auf EGMR, Entscheidung v. 18.6.2013 – 4233/09 (Papa v. Romania), Rn. 32 f.

¹⁶ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 22 Rn. 95; *Peters/Altwicker* (Fn. 2) § 31 Rn. 2.

¹⁷ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 22 Rn. 100.

¹⁸ EMGR, Urt. v. 25.5.1993 – 14307/88 (Kokkinakis v. Griechenland), Rn. 31.

¹⁹ Vgl. dazu schon oben bei der Prüfung der Opfereigenschaft von B. Siehe *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 22 Rn. 103 m.w.N. aus der Rspr.; *Walter*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 13), Kap. 17 Rn. 56 ff.

²⁰ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 16, 56, 108. Schon früher hat der EGMR die Frage, ob ein religiöses Gebot vorliegt, nach dem Vortrag des Beschwerdeführers beurteilt, vgl. EGMR, Urt. v. 10.11.2005 – 44774/98, (*Şahin v. Türkei*), Rn. 78. Allgemein vgl. *Pabel*, EuGRZ 2005, 12 (13); *McCrea*, HRLR 2013, 57 (70).

²¹ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 110.

²² EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 109. Auch im Urteil *Şahin v. Türkei*, Urt. v. 10.11.2005 – 44774/98, hat der EGMR nur Art. 9 Abs. 1 EMRK und nicht zusätzlich den ebenfalls von der Beschwerdeführerin gerügten Art. 8 Abs. 1 EMRK mit der Begründung geprüft, unter Art. 8 Abs. 1 EMRK werfe die Beschwerde keine gesondert zu behandelnden Probleme auf, Rn. 164.

²³ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 22 Rn. 114.

²⁴ Zu den Anforderungen an das Schrankengesetz vgl. *Marauhn/Merhof*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 13), Kap. 7 Rn. 23 ff.

²⁵ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 113; *Peters/Altwicker* (Fn. 2), § 31 Rn. 20.

²⁶ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 113; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 22 Rn. 115.

aa) Die französische Regierung macht zum einen geltend, das Verhüllungsverbot erleichtere die Verbrechensbekämpfung. Als legitimes Ziel kommt der Schutz der öffentlichen Sicherheit, Art. 9 Abs. 2 EMRK, in Betracht.

bb) Ferner nennt die französische Regierung die Förderung der Geschlechtergleichheit als Ziel des Gesetzes. Diese lässt sich möglicherweise unter den „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ in Art. 9 Abs. 2 EMRK fassen. Fraglich ist, ob die Förderung der Geschlechtergleichheit bzw. die Verhinderung einer Diskriminierung von Frauen legitimes Ziel des Gesetzes sein kann, obschon das Burkatragen von Frauen befürwortet, mehr noch, im Gegenteil das französische Burkaverbot von der Beschwerdeführerin als nicht gerechtfertigte Diskriminierung von muslimischen Frauen gegenüber muslimischen Männern angesehen wird.²⁷ Zweifel insofern bestehen insbesondere, als der EGMR nicht allgemein die Konventionsvereinbarkeit von staatlichen Gesetzen überprüft, sondern sich auf die Untersuchung konkret vorgetragener individueller Verstöße beschränkt.²⁸ Einem pejorativen Verständnis des Diskriminierungsbegriffs folgend²⁹ kann das Bestehen einer Diskriminierung ggf. mit dem Argument angezweifelt werden, dass sich die ungleich behandelte Personengruppe gegenüber der Vergleichsgruppe nicht als benachteiligt erlebt. Ob ein staatlicher Eingriff ein legitimes Ziel, etwa die Förderung der Geschlechtergleichheit, verfolgt, wird aber durch den EGMR objektiv unter Berücksichtigung des Vorbringens sowohl von staatlicher Partei als auch von Beschwerdeführer überprüft und nicht ausschließlich von der Einschätzung des Beschwerdeführers abhängig gemacht.³⁰ Durch den Vortrag der Beschwerdeführerin ist mitnichten ausgeschlossen, dass muslimische Bekleidungs Vorschriften von betroffenen Frauen vereinzelt auch als diskriminierend empfunden werden.³¹ Da im Islam keine entsprechende Bekleidungs Vorschriften bzw. -gebräuche für Männer existieren, kann die Verschleierungsverpflichtung für Frauen in Einzelfällen durchaus Manifestation weiblicher Subordination sein, sodass die Förderung der Geschlechtergleichheit legitimes Ziel des Burkaverbots ist.

cc) Schließlich will die Regierung durch das Vermummungsverbot die für das Zusammenleben in einer demokratischen Gesellschaft, „le vivre ensemble“, unverzichtbare Möglichkeit sicher stellen, jederzeit mit Mitbürgern in kommunikativen Kontakt zu treten, was durch ein verhülltes Gesicht erschwert werde. Fraglich ist, ob dies ein legitimes Ziel darstellt. Angesichts der ebenfalls erheblichen tatbestandlichen

Weite von in der Konvention nummerierten Zielen wie „öffentliche Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“ kann gegen die Anerkennung dieses Ziels zumindest nicht vorgebracht werden, dass es zu vage formuliert bzw. sein Inhalt nicht hinreichend konturiert sei.³² Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung handhabt der EGMR die Prüfung des legitimen Ziels großzügig. Von Regierungen vorgebrachte Ziele ihrer Eingriffe werden in der weit überwiegenden Zahl der Fälle als legitim anerkannt.³³ Das angeführte Recht auf kommunikativen Austausch in einer demokratischen Gesellschaft lässt sich möglicherweise unter den „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ in Art. 9 Abs. 2 EMRK subsumieren. Dies setzt ein entsprechendes „Recht anderer“ auf Kommunikation voraus. Es lässt sich argumentieren, dass unter die „Rechte und Freiheiten anderer“ in Art. 9 Abs. 2 EMRK nicht nur solche Rechte fallen, die in der Konvention vorgesehen sind.³⁴ Zumindest würde ein derartiges Recht eine korrespondierende Verpflichtung des Gegenübers zur Kommunikation implizieren, die aus der Konvention nicht nur nicht ableitbar, sondern mit dieser möglicherweise sogar unvereinbar ist.³⁵ Zwar hat der EGMR ein Recht auf negative Äußerungs- bzw. Meinungs-freiheit, das einer derartigen Verpflichtung direkt entgegenstehen würde, bislang nicht ausdrücklich anerkannt.³⁶ Gegen ein Recht auf Kommunikation spricht aber aus dogmatischen Gründen, dass die Kommunikationsfreiheiten der Konvention, verankert in Art. 10 Abs. 1 EMRK, nicht als Leistungsrechte konzipiert sind, sondern die abwehrrechtliche Dimension klar im Vordergrund steht.³⁷ Erst recht begründet die Konvention keine Leistungsrechte im weiteren Sinne gegen Privatpersonen in der Form einer unmittelbaren Drittwirkung der EMRK.³⁸

³² *Lemmens*, European Law Review 39 (2014), 47 (66).

³³ *Kempees* (Fn. 30), S. 660.

³⁴ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Dissenting Opinion, Rn. 5. Im Rahmen etwa von Art. 10 Abs. 2 EMRK, der ebenfalls die Formulierung „Rechte anderer“ enthält, hat der EGMR bereits solche Rechte anerkannt, die nicht in der Konvention verankert sind, so z.B. das Interesse an einem fairen Wettbewerb, vgl. *Grote/Wenzel* (Fn. 13), Kap. 18 Rn. 91.

³⁵ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Dissenting Opinion, Rn. 8.

³⁶ Vgl. *Grote/Wenzel* (Fn. 13), Kap. 18 Rn. 39.

³⁷ *Grote/Wenzel* (Fn. 13), Kap. 18 Rn. 91; in diese Richtung argumentiert auch *Finke*, Beitrag auf dem juwiss-Blog v. 2.7.2014, abrufbar unter <http://www.juwiss.de/84-2014/#more-8783> (zuletzt abgerufen am 16.9.2014).

³⁸ Vgl. *Krieger*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Fn. 13), Kap. 6 Rn. 81 ff. Ablehnend speziell zu der Frage, ob aus der Formulierung „Rechte anderer“ in den Art. 8 bis 11 Abs. 2 EMRK eine unmittelbare konventionsrechtliche Verpflichtung Privater abgeleitet werden kann, *Wiesbrock*, Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private, 1999, S. 39 ff. Das Anerkennen eines „Rechts auf Zusammenleben in einer demokratischen Gesellschaft“ als legitimes Ziel des Gesetzes ist nicht nur von der Dissenting Opinion heftig kritisiert worden. Nach dem Vorbringen der französischen

²⁷ Der EGMR hat dies abgelehnt, vgl. EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 119.

²⁸ Vgl. nur EGMR, Urt. v. 27.9.1995 – 18984/91 (McCann u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 153; *Leach* (Fn. 4), Rn. 5.49.

²⁹ Vgl. *Peters/König*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Fn. 13), Kap. 21 Rn. 52 ff.

³⁰ Vgl. *Kempees*, in: *Mahoney/Matscher u.a.* (Hrsg.), *Protecting Human Rights: the European Perspective*, Gedächtnisschrift für Rolv Ryssdal, 2000, S. 659 (660).

³¹ Ähnlich unter Verweis auf die Vielzahl von muslimischen Frauen, die sich für ein Burkaverbot in der Öffentlichkeit eingesetzt haben *Lemmens*, European Law Review 39 (2014), 47 (52).

Viel mehr als Ausdruck eines individuellen Rechts auf Kommunikation lässt sich das Ziel der Wahrung des „vivre ensemble“ als Schutz eines Minimalstandards an gesellschaftlichen Werten und sozialen Normen verstehen.³⁹ So formuliert kann es unter den „Schutz der Moral“ oder „Schutz der öffentlichen Ordnung“ gefasst werden. Dem konventionsrechtlichen Verständnis des gesellschaftlichen Zusammenlebens in einer demokratischen Gesellschaft, an dessen Aufrechterhaltung das Ziel des „Schutzes der Moral“ anknüpft,⁴⁰ liegt zwar, so kann argumentiert werden, ein Recht auf Privatsphäre, nicht aber auf soziale Isolation⁴¹ zugrunde. Im Interesse der mehrheitlich anerkannten Grundbedingungen des Zusammenlebens ist es daher legitim zu verlangen, von bestimmten Formen des individuellen Nonkonformismus und der Persönlichkeitsentfaltung Abstand zu nehmen.⁴² Auch mit dem Schutz des „Zusammenlebens in einer demokratischen Gesellschaft“ wird daher ein legitimes Ziel im Sinne von Art. 9 Abs. 2 EMRK verfolgt.

c) „Notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“

Der Eingriff müsste „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ sein, was der EGMR in der Form einer Verhältnismäßigkeitsprüfung untersucht. Der Eingriff muss mithin geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne zur Verfolgung der Ziele im Sinne von Art. 9 Abs. 2 EMRK sein.

aa) Öffentliche Sicherheit

Das Verbot, sich im öffentlichen Straßenraum verhüllt zu bewegen, erleichtert die jederzeitige (optische) Identifizierbarkeit

Regierung werde weniger das unter dogmatischen Gesichtspunkten zweifelhafte Recht auf Kommunikation als vielmehr ein aus der Furcht vor fremden Lebensweisen resultierendes diffuses Sicherheitsbedürfnis des Gros der französischen Gesellschaft geschützt, argumentiert etwa *Finke*, Beitrag auf dem juwiss-Blog vom 2.7.2014, abrufbar unter <http://www.juwiss.de/84-2014/#more-8783> (zuletzt abgerufen am 16.9.2014); ähnlich auch *McCrea*, HRLR 2013, 57 (58); *Leane*, 33 HRQ 2011, 1032 (1051). Die Dissenting Opinion betont, dass gerade kein Recht existiere, nicht mit fremden und abweichenden Meinungen konfrontiert zu werden, Rn. 7.

³⁹ Dahingehend etwa *Lemmens*, European Law Review 39 (2014), 47 (79). Dieser Lösungsansatz weicht von der Mehrheitsmeinung des EGMR ab, der den „Schutz des Zusammenlebens“ unter den Schutz der „Rechte und Freiheiten anderer“ gefasst hat.

⁴⁰ Vgl. *Kempees* (Fn. 30), S. 669.

⁴¹ Vgl. *McCrea*, HRLR 2013, 57 (94).

⁴² In der Literatur wurde in diesem Zusammenhang vergleichend auf in Mitgliedstaaten existierende Verbote, sich in der Öffentlichkeit nackt zu zeigen, verwiesen, vgl. *McCrea*, HRLR 2013, 57 (80 ff.) und *Lemmens*, European Law Review 39 (2014), 47 (67), die ebenfalls mit der Rücksichtnahme auf verbreitete Moralvorstellungen begründet werden. Ähnliche Argumentation wie hier bei *Dunlap*, Fordham Int'l L.J. 35 (2011/2012), 968 (1025 f.).

von Personen und ist daher zur Verbrechensprävention und -verfolgung, mithin zum „Schutz der öffentlichen Sicherheit“, geeignet. Das französische Gesetz erlegt den Betroffenen allerdings eine erhebliche Beschränkung ihrer individuellen (religiösen) Entfaltung auf, ohne dass eine konkrete Bedrohungslage dargelegt werden müsste. Als milderer Mittel als ein vollständiges Verbot einer Bedeckung des Gesichts im öffentlichen Raum käme eine anlassbedingte Verpflichtung zum Entblößen des Gesichts in Betracht, z.B. für Sicherheitskontrollen oder für offizielle Photographien. Das vollständige Verhüllungsverbot des französischen Gesetzes ist zur Verfolgung des Ziels der öffentlichen Sicherheit nicht erforderlich.⁴³

bb) Geschlechtergleichheit

Erkennt man die Förderung der Geschlechtergleichheit als Ziel im Sinne von Art. 9 Abs. 2 EMRK an,⁴⁴ ist die Geeignetheit des Gesetzes zur Förderung der Geschlechtergleichheit fraglich. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Vermummungsverbot im öffentlichen Raum nicht den (angenommenen) Zwang auf Frauen, sich in der Öffentlichkeit nur verschleiert zu zeigen, beseitigen, sondern unter einem derartigen Zwang stehende Frauen vielmehr gänzlich in den privaten Raum verdrängen würde.⁴⁵ Das Gesetz ist daher zur Verfolgung des genannten Ziels nicht geeignet.⁴⁶

Hinweis: Die gegenteilige Auffassung ist ebenso gut vertretbar, etwa mit dem Argument des Beurteilungsspielraums, der der französischen Regierung bei der Beurteilung der Geeignetheit der Maßnahme zusteht.

cc) Zusammenleben in einer demokratischen Gesellschaft

Das gesetzliche Vermummungsverbot könnte aber zur Förderung des Zusammenlebens in einer demokratischen Gesellschaft verhältnismäßig sein. Erkennt man dieses Ziel prinzipiell an, ist es nahe liegend, dass eine Kommunikationsauf-

⁴³ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 139 f. So auch *Howard*, Law and the Wearing of Religious Symbols, European bans on the wearing of religious symbols in education, 2013, S. 40.

⁴⁴ Insofern abweichend von der Mehrheitsmeinung des EGMR im S.A.S.-Urteil, vgl. oben, B. I. 2. b).

⁴⁵ So etwa auch die Stellungnahme der Parlamentarischen Versammlung des Europarates und der Menschenrechtskommissar des Europarates, vgl. EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 35. Vgl. auch *Radacic*, EJIL 19 (2008), 841 (855). Vgl. ferner *Finke*, NVwZ 2010, 1127 (1129), der darauf verweist, ein Verschleierungsverbot in der Öffentlichkeit würde nichts an dem Umstand ändern, dass einzelne Frauen durch ihre Familie zum Burka-Tragen gezwungen werden.

⁴⁶ Prägnant dazu das Sondervotum von Richter *Tulkens* zu EGMR, Urt. v. 10.11.2005 – 44774/98 (*Leyla Şahin v. Türkei*), Rn. 12: „Finally, if wearing the headscarf really was contrary to the principle of equality between men and women in any event, the State would have a positive obligation to prohibit it in all places, whether public or private.“

nahme mit einem unverhüllten Gegenüber zumindest erleichtert ist.⁴⁷ Andererseits ist nicht auszuschließen, dass einzelne Frauen, um dem Konflikt zwischen staatlichem Verbot und glaubensgeleiteter Kleidungs Vorschrift auszuweichen, ihren häuslichen Lebensraum gar nicht mehr verlassen werden, um sich nicht unverschleiert in der Öffentlichkeit zeigen zu müssen. Dieser Umstand lässt bereits an der Geeignetheit der Regelung zur Erreichung des Ziels zweifeln. Darüber hinaus ist die Erforderlichkeit der Regelung zu prüfen, d.h. ob keine milderen gleich geeigneten Mittel in Betracht kommen. Mildere Mittel als ein vollständiges Verbot wurden im Gesetzgebungsprozess diskutiert. Zu denken wäre an eine (praktisch freilich kaum durchsetzbare) gesetzliche Verpflichtung, eine Verschleierung zu entfernen, wenn andere Personen im öffentlichen Raum einen Kommunikationswunsch äußern, oder aber an eine räumliche Beschränkung des Vermummungsverbot auf im weiteren Sinne staatliche Einrichtungen.⁴⁸

Schließlich ist die Verhältnismäßigkeit des Gesetzes im engeren Sinne fraglich. Abzuwägen ist die Religionsfreiheit der Gläubigen mit dem „Schutz der öffentlichen Ordnung“. Das Vermummungsverbot stellt auf Grund seines umfassenden Anwendungsbereichs einen erheblichen Eingriff in Art. 9 Abs. 1 EMRK dar. Angesichts der bußgeldlichen Sanktionierung von Verstößen gegen das Verbot befinden sich Gläubige in einem essentiellen Gewissenskonflikt, die Gebote ihres Glaubens oder die staatliche Anordnung zu befolgen. Ferner treten laut Sachverhalt nur ca. 2000 Frauen in Frankreich gänzlich verschleiert auf. Vor diesem Hintergrund erscheint das alle Räume des öffentlichen Lebens umfassende Verbot als überproportional intensiv.⁴⁹ Auch die vom Gerichtshof geforderte Neutralität des Staates in weltanschaulichen Fragen, die zur Gewährleistung eines friedlichen Zusammenlebens verschiedener Glaubensgemeinschaften notwendig sei, steht der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs entgegen, da anzunehmen ist, dass das französische Vermummungsverbot den Pluralismus in der französischen Gesellschaft möglicherweise weniger fördert als dass es einzelne Bevölkerungsgruppen von der Teilnahme am öffentlichen Leben ausschließt und islamophobe Einstellungen schürt.⁵⁰

Allerdings könnte Frankreich mit dem Erlass des Gesetzes den staatlichen Einschätzungs- bzw. Beurteilungsspielraum eingehalten haben. Diesen sog. „margin of appreciation“ leitet der EGMR aus der vermuteten größeren Sachnähe der nationalen Instanzen (better-placed-Argument) ab. Dessen Weite wird u.a. in Abhängigkeit vom einschlägigen Konventionsrecht und dem (Nicht-)Bestehen eines europäischen Konsenses bestimmt. Es gilt, den Umfang des französischen Einschätzungs-

spielraums im konkreten Fall zu ermitteln. Dem engen Zusammenhang zwischen Religionsfreiheit und Menschenwürde und der fundamentalen Bedeutung der Religionsfreiheit für eine demokratische Gesellschaft Rechnung tragend wird für Eingriffe in Art. 9 EMRK prinzipiell ein strenger Kontrollmaßstab angewandt. Für einen weiten „margin of appreciation“ Frankreichs im konkreten Fall spricht unter dem Gesichtspunkt der vertikalen Gewaltenteilung, dass der französische Gesetzgeber mit dem Vermummungsverbot eine gesellschaftspolitische Grundsatzentscheidung getroffen hat, die der internationalen gerichtlichen Kontrolle durch den Gerichtshof weitgehend entzogen ist.⁵¹ Der staatliche Beurteilungsspielraum könnte allerdings durch das Vorliegen eines europäischen Konsenses hinsichtlich nationaler Vermummungsverbote eingeschränkt sein. Den europäischen Konsens bestimmt der EGMR, indem er rechtsvergleichend nationales Recht der (Konventions-)Staaten sowie internationale Übereinkommen und soft law rezipiert.⁵² Außer Frankreich hat lediglich Belgien als einziger weiterer Mitgliedstaat des Europarates ein vergleichbares Gesetz erlassen, was gegen einen europäischen Konsens für ein Verschleierungsverbot spricht. Auch die Eingaben der Parlamentarischen Versammlung des Europarates und des Menschenrechtskommissars des Europarates, die explizit von der Einführung eines entsprechenden Gesetzes abraten, lassen sich gegen einen solchen europäischen Konsens anführen. Auf der anderen Seite sind in verschiedenen Staaten des Europarates, in denen eine vollständige Verschleierung im öffentlichen Straßenraum bislang legal ist, derartige Verbotsgesetze in der Diskussion. In Anbetracht der zugrundeliegenden gesellschaftspolitischen Entscheidung, die die originäre Eigenstaatlichkeit Frankreichs berührt, sowie des Fehlens eines europäischen Konsenses gegen ein Vermummungsverbot kommt Frankreich ein weiter Einschätzungsspielraum zu, angesichts dessen der Eingriff in Art. 9 Abs. 1 EMRK noch verhältnismäßig ist.

Hinweis: An dieser Stelle folgt die Lösung dem Mehrheitsvotum des EGMR, das allerdings insbesondere für die Bestimmung des „margin of appreciation“ heftig kritisiert worden ist. Einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 9 Abs. 1 EMR anzunehmen, ist ebenso gut vertretbar.

II. Verletzung von Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 9 EMRK⁵³

1. Anwendbarkeit von Art. 14 EMRK

Eine Verletzung von Art. 14 EMRK als akzessorischem Diskriminierungsverbot kann nur geltend gemacht werden, wenn

⁴⁷ Vgl. *McCrea*, HRLR 2013, 57 (83).

⁴⁸ *McCrea*, HRLR 2013, 57 (70, 75); zu gesellschaftlichen Strategien, eine Integration Andersgläubiger zu fördern, vgl. *Leane*, HRQ 33 (2011), 1032 (1052).

⁴⁹ Vgl. *Leane*, HRQ 33 (2011), 1032 (1060).

⁵⁰ Vgl. *McCrea*, HRLR 2013, 57 (94); *Leane*, HRQ 33 (2011), 1032 (1060). Gegen eine Unterstellung von islamophoben Einstellungen auf Seiten von Befürworter von Burka-Verboten hingegen *Dunlap*, Fordham Int'l L.J. 35 (2011/2012), 968 (993 ff.).

⁵¹ Ähnlich bereits EGMR, Urt. v. 10.11.2005 – 44774/98 (*Leyla Şahin v. Türkei*), Rn. 131.

⁵² *Nußberger*, in: Roland/Mansel/Matusche-Beckmann (Hrsg.), Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft, Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner, 2012, S. 717 (721); v. *Ungern-Sternberg*, AVR 51 (2013), 312 (319).

⁵³ Zum Prüfungsschema des Art. 14 EMRK vergleiche *Peters/Altwickler* (Fn. 2), § 33 Rn. 3 ff.

zumindest der Regelungsbereich⁵⁴ (ambit) eines anderen Konventionsrechts eröffnet ist.⁵⁵ Für die Anwendbarkeit von Art. 14 EMRK ist ausreichend, dass der sachliche und persönliche Schutzbereich der Religionsfreiheit für B eröffnet ist, unabhängig von einer möglichen Rechtfertigung des Eingriffs.⁵⁶

2. Ungleichbehandlung

a) Vergleichbare Situation als Vorbedingung

Die Beschwerdeführerin muss darlegen, sich in einer vergleichbaren Situation wie die Personengruppe zu befinden, auf deren Andersbehandlung sie verweist.⁵⁷ Der Vergleichsaspekt liegt hier in der (Un-)Möglichkeit für Gläubige, sich ihren religiösen Überzeugungen entsprechend zu kleiden. B macht geltend, sich in einer vergleichbaren Situation wie muslimische Männer einerseits und wie Angehörige der christlichen Glaubensgemeinschaften andererseits zu befinden.⁵⁸

b) Differenzierungsgründe

Ein Verstoß gegen Art. 14 EMRK liegt nur vor, wenn die Ungleichbehandlung wegen eines der in Art. 14 EMRK nicht abschließend⁵⁹ genannten Differenzierungsgründe erfolgt. Hier entfaltet das Gesetz nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin faktisch unterschiedliche Auswirkungen⁶⁰ für Personen unterschiedlichen Geschlechts und unterschiedlicher Religionszugehörigkeit, mithin für Träger von in Art. 14 EMRK genannten Differenzierungsmerkmalen.

c) Andersbehandlung/mittelbare Diskriminierung

Art. 14 EMRK setzt voraus, dass die staatliche Maßnahme Merkmalsträger, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden, ungleich behandelt. Das französische Gesetz ist neutral

formuliert, d. h. formal ist es gleichermaßen anwendbar auf die Merkmalsträger in vergleichbaren Situationen, sprich muslimische Frauen und muslimische Männer einerseits, Muslime und Christen andererseits. Der EGMR erkennt seit einigen Jahren die Figur der mittelbaren Diskriminierung an.⁶¹ Die Anerkennung des Verbots auch mittelbarer Diskriminierungen als Ausprägung eines folgenbezogenen Konzepts des Gleichheitsschutzes⁶² dient der Verwirklichung substantieller Gleichbehandlung und der Verhinderung von Umgehungen des Verbots direkter Diskriminierungen.⁶³ Unter mittelbaren oder indirekten Diskriminierungen versteht man Maßnahmen, die formal nicht an ein verbotenes Merkmal anknüpfen, faktisch aber Merkmalsträger überproportional stark belasten.⁶⁴ B macht geltend, dass die neutral formulierte Regelung tatsächlich fast ausschließlich Burka- und Niqab-Trägerinnen, sprich muslimische Frauen im Gegensatz zu muslimischen Männern und Nicht-Muslimen, v.a. Christen, trifft.

Für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung könnten der Gesetzgebungsprozess und eine darin zu Tage tretende Diskriminierungsabsicht zu Lasten von muslimischen Frauen sprechen. Die französische Regierung hatte zunächst eine Regelung nur für Burka und Niqab geplant, d.h. eine Ungleich- bzw. Andersbehandlung von muslimischen Bekleidungsvorschriften intendiert und von diesem Gesetzesvorhaben aus Effektivitätsgründen Abstand genommen. Erlassen wurde schlussendlich eine Regelung mit identischen Auswirkungen ohne direkte Anknüpfung an Burka und Niqab. Allerdings ist allgemein anerkannt, dass eine Diskriminierungsabsicht keine notwendige Voraussetzung einer Diskriminierung ist.⁶⁵ Der

⁵⁴ Der Begriff des Regelungsbereichs ist weiter als der des Schutzbereichs: Der Regelungsbereich eines Konventionsrechts umfasst auch Ausnahmen vom Schutzbereich, vgl. *Peters/Altwickler* (Fn. 2) § 33 Rn. 3.

⁵⁵ Die Konvention sieht in Art. 1 ZP 12 auch ein nicht-akzessorisches Diskriminierungsverbot vor, mit dem nicht-gerechtfertigte Ungleichbehandlungen unabhängig von Eingriffen in Freiheitsrechte gerügt werden können. Da in der vorliegenden Individualbeschwerde aber der Schutzbereich eines Freiheitsrechts eröffnet ist, würden sich für die Prüfung keine Unterschiede ergeben.

⁵⁶ *Peters/Altwickler* (Fn. 2), § 33 Rn. 3.

⁵⁷ *Peters/Altwickler* (Fn. 2), § 33 Rn. 5. Für die Vergleichbarkeit der Situation legt der EGMR keinen strengen Maßstab an, vgl. *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 26 Rn. 6.

⁵⁸ EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 80.

⁵⁹ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 26 Rn. 7; *Arnardóttir*, in: Schiek/Chege (Hrsg.), *European Union Non-Discrimination Law, Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, 2009, S. 53 (55).

⁶⁰ So der Vortrag der Beschwerdeführerin in EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 80. Zum Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung siehe unten, B. II. 2. c).

⁶¹ Diese ist ursprünglich aus dem Unionsrecht und dem US-amerikanischen Recht bekannt. Zur nur zögerlichen Anerkennung des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung durch den EGMR vgl. *Peters/König* (Fn. 29), Kap. 21 Rn. 76. Der erste Fall, in dem der EGMR eine mittelbare Diskriminierung festgestellt hat, war EGMR, Urt. v. 20.9.2006 – 17209/07 (Zarb Adami v. Malta).

⁶² *Altwickler*, *Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz*, 2011, S. 46 f.

⁶³ *Altwickler* (Fn. 62), S. 46 f.; *Peters/König* (Fn. 29), Kap. 21 Rn 77; *Schiek/Waddington/Bell*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, 2007, S. 25. Zu neueren Urteilen, in denen der EGMR nunmehr von der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung Gebrauch macht, vgl. *Peters/König* (Fn. 29), Kap. 21 Fn. 276.

⁶⁴ *Peters/König* (Fn. 29), Kap. 21 Rn. 76; *Fehling*, in: Heckmann/Schenke/Sydow (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel*, Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, 2013, S. 669 (699).

⁶⁵ Die Rechtsprechung des EGMR zur Notwendigkeit einer Diskriminierungsabsicht, insbesondere im Fall behaupteter mittelbarer Diskriminierungen, ist nicht völlig kohärent, vgl. einerseits EGMR (GK), Urt. v. 13.11. 2007 – 57325/00 (D.H. and others v. The Czech Republic), § 184, andererseits EGMR (GK), Urt. v. 6.7.2005 – 43577/98 (Nachova and others v. Bulgaria), § 157. Richtig scheint festzuhalten, dass rassistisch motivierte Gewaltakte eine Sonderkonstellation darstellen, in der der EGMR ausnahmsweise eine Diskriminierungsabsicht

Gesetzgebungsprozess kann daher nicht als alleiniges Argument für eine mittelbare Diskriminierung herangezogen werden. Entscheidend ist vielmehr die ganz überwiegende Betroffenheit von muslimischen Frauen durch die Regelung. Nur muslimische Frauen, nicht auch muslimische Männer und ferner keine Angehörigen christlicher Glaubensgemeinschaften, sind durch religiöse Bekleidungs Vorschriften zur Verschleierung verpflichtet, sodass sich das Gesetz faktisch fast ausschließlich auf muslimische Frauen auswirkt. Eine mittelbare intersektionelle⁶⁶ Diskriminierung von muslimischen Frauen im Vergleich zu muslimischen Männern und Christen liegt demnach vor.⁶⁷

3. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Es ist anerkannt, dass Ungleichbehandlungen mit der Konvention vereinbar sein können, obwohl Art. 14 EMRK keine Schrankenregelung enthält.⁶⁸ Der EGMR wendet die von den Freiheitsrechten bekannte Verhältnismäßigkeitsprüfung an und verlangt, dass die Ungleichbehandlung zur Erreichung eines legitimen Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁶⁹ Die Prüfungsintensität variiert je nach betroffenem Differenzierungsgrund. Insbesondere bei Ungleichbehandlungen, die (faktisch) an personenbezogene Merkmale anknüpfen, werden höhere Rechtfertigungsanforderungen verlangt.⁷⁰ Eine Recht-

fordert, während diese ansonsten zwar nicht notwendig ist, aber als Indiz herangezogen werden kann, vgl. *Peters/Altwickler* (Fn. 2), § 33 Rn. 14

⁶⁶ Auf den Aspekt der Intersektionalität der Diskriminierung weisen *Schadendorf*, Beitrag auf dem juwiss-Blog vom 9.7.2014, abrufbar unter

<http://www.juwiss.de/88-2014/#more-8819>

(zuletzt abgerufen am 16.9.2014), und

Lembke, Beitrag auf dem juwiss-Blog vom 9.7.2014, unter

<http://www.juwiss.de/87-2014/#more-8821>

(zuletzt abgerufen am 16.9.2014), hin.

Zum Begriff der intersektionellen Diskriminierung vgl. *Schiek/Waddington/Bell* (Fn. 63), S. 170 ff. Der EGMR hat bislang noch in keinem Fall eine intersektionelle Diskriminierung festgestellt, vgl. *Peters/König* (Fn. 29), Kap. 21 Rn. 134.

⁶⁷ Der EGMR verweist zwar darauf, dass die Regelung neutral formuliert sei, vgl. Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (*S.A.S. v. Frankreich*), Rn. 151. Daraus folgt nicht, dass der EGMR deswegen eine (mittelbare) Diskriminierung abgelehnt hat; vielmehr erkennt der EGMR an, dass sich die gerügte Regelung überwiegend auf muslimische Frauen negativ auswirkt, Rn. 161; er hält diese Ungleichbehandlung unter Verweis auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei den Freiheitsrechten aber für gerechtfertigt, Rn. 161.

⁶⁸ St. Rspr. des EGMR seit dem Urt. v. 23.7.1968 – 1474/62 (Belgischer Sprachenfall), vgl. *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 26 Rn. 9.

⁶⁹ Ausführlich *Altwickler* (Fn. 62), S. 222 ff.

⁷⁰ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 26 Rn. 12. Die entsprechenden Merkmale werden in der Literatur z.T. als „verdächtige Merkmale“ bzw. „suspect categories“ bezeichnet, vgl. *Peters/Altwickler* (Fn. 2), § 33 Rn. 25; *Arnardóttir* (Fn. 59), S. 57. *Arnardóttir* zur Folge variiert der EGMR seine Prü-

fertigung der Ungleichbehandlung auf Grund des Geschlechts und der Religion könnte einen strengeren Rechtfertigungsmaßstab als den im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 9 Abs. 1 EMRK erfordern, nämlich, nach der bisherigen Rechtsprechung des EGMR, das Vorliegen von „compelling reasons“ oder „very weighty reasons“.⁷¹

Zur Verfolgung des Ziels „nationale Sicherheit“ ist die Ungleichbehandlung zumindest nicht erforderlich, zur Verfolgung des Ziels der Geschlechtergleichheit nicht geeignet.⁷² Mithin kann dahinstehen, ob diese Gründe als legitime Ziele zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung herangezogen werden können. Zu prüfen bleibt, ob das „Recht auf Zusammenleben in einer demokratischen Gesellschaft“ als legitimes Ziel im Rahmen der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung auf Grund des Geschlechts angesehen werden kann. In der Rechtsprechung des EGMR finden sich kaum Fälle, in denen der EGMR das Vorliegen von „very weighty reasons“ anerkannt hat; vielmehr lehnt der EGMR, sofern er besonders wichtige Gründe für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung fordert, die staatlicherseits vorgebrachten Ziele in der Regel als nicht hinreichend gewichtig ab.⁷³ Ob das „Recht auf Zusammenleben“ als ein solcher besonders wichtiger Grund anzusehen ist, ist zweifelhaft. Allerdings hat der EGMR das Erfordernis besonders gewichtiger Gründe im Fall der „besonders sensiblen Differenzierungsmerkmale“ in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht konsequent verfolgt, sondern auch in Fällen der Ungleichbehandlung auf Grund des Geschlechts z.T. keine verschärfte Prüfungsintensität angewandt.⁷⁴ Auch bei behaupteten Diskriminierungen ist, ebenso wie bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Freiheitsrechten, die Kontrolldichte bzw. der staatliche „margin of appreciation“ einzel-fallbezogen und unter Berücksichtigung des (Nicht-)Bestehens eines europäischen Konsenses zu bestimmen.⁷⁵ Vorbehaltlich der bereits oben geäußerten Kritik an der Bestimmung des

funksintensität auch je nachdem, ob es sich um eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung handelt, S. 57.

⁷¹ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 26 Rn. 13. Zu einem strengen Rechtfertigungsmaßstab bei Ungleichbehandlungen auf Grund der Religion EGMR, Urt. v. 12.2.2013 – 29617/07 (*Vojnity v. Ungarn*), Rn. 36.

⁷² Dazu bereits oben, B. I. 2. c) aa).

⁷³ Vgl. nur EGMR, Urt. v. 28.5.1985 – 9214/80, 9473/81, 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales und Balkandali v. Vereinigtes Königreich*), Rn. 78 ff.; EGMR, Urt. v. 24.6.1993 – 14518/89 (*Schuler-Zgraggen v. Schweiz*), Rn. 7; EGMR, Urt. v. 20.6.2006 – 17209/02 (*Zarb Adami v. Malta*), Rn. 80 ff.

⁷⁴ Vgl. nur EGMR, Urt. v. 28. 11. 1984 – 8777/79 (*Rasmussen*), Rn. 38 ff., sowie die Analyse bei *Radacic*, EJIL 19 (2008), 841 (849), und *Howard* (Fn. 43), S. 115 f.

⁷⁵ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 14), § 26 Rn. 12. In diese Richtung deutet auch die Formulierung in EGMR, Urt. v. 12.2.2013 – 29617/07 (*Vojnity v. Ungarn*), Rn. 35. Zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen auf Grund des Geschlechts, die die Sozial- und Wirtschaftspolitik betrafen, hat der EGMR bereits verschiedentlich einen weiten Beurteilungsspielraum zugestanden, vgl. *Radacic*, EJIL 19 (2008), 841 (845 ff.).

Beurteilungsspielraums im konkreten Fall⁷⁶ kann daher auf die Bestimmung des „margin of appreciation“ im Rahmen von Art. 9 Abs. 1 EMRK verwiesen werden. Die Ungleichbehandlung der B ist gerechtfertigt.

Hinweis: Auch hier ist ein abweichendes Ergebnis ebenso gut vertretbar.

C. Ergebnis

Die Beschwerde der B ist zulässig, aber unbegründet.

⁷⁶ Zum „margin of appreciation“ im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen vgl. *Arnardóttir* (Fn. 59), S. 59 (63 f.), die darauf verweist, dass eine Prüfungsintensität, die maßgeblich von Konsenserwägungen abhängig gemacht wird, Gefahr läuft, Interessen von (religiösen) Minderheiten zu vernachlässigen. Kritisch zur z.T. nur oberflächlichen Prüfungsintensität bei geschlechtsbezogenen Diskriminierungen auch *Radacic*, EJIL 19 (2008), 841 (850 f.).