



XVI<sup>e</sup> Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes  
XVI<sup>th</sup> Congress of the Conference of European Constitutional Courts  
XVI. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte  
XVI Конгресс Конференции европейских конституционных судов

**Rapport national / National report / Landesbericht /  
национальный доклад**

CONFÉDÉRATION SUISSE / SWISS CONFEDERATION /  
SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT /  
ШВЕЙЦАРСКАЯ КОНФЕДЕРАЦИЯ

Tribunal fédéral suisse / The Swiss Federal Supreme Court /  
Schweizerisches Bundesgericht / Tribunale federale svizzero

Allemand / German / Deutsch / немецкий

**Bundesgericht**

**Tribunal fédéral**

**Tribunale federale**

**Tribunal federal**



CH - 1000 Lausanne 14

## **Antworten der Schweiz zum Fragebogen**

**"Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa –  
Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven"**

**XVI. Kongress  
der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte  
2014 in Wien**

# Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa — Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven

## Vorbemerkungen

### Das Bundesgericht

Das Schweizerische Bundesgericht ist **die oberste rechtsprechende Behörde** des Bundes (Art. 188 der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft [BV, SR 101]1). Es nimmt eine Doppelfunktion wahr. Als letztinstanzliche oberste Behörde wacht es über die Einhaltung der Bundesgesetzgebung in allen Rechtsgebieten. Als **Verfassungsgericht** schützt es die Verfassungs- und Grundrechte der Bürger. Der Länderbericht behandelt im Folgenden einzig die Funktion des Bundesgerichts als Verfassungsgericht.

Gegenstand der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts sind – im abstrakten Normenkontrollverfahren – **kantonale Erlasse** (Gesetze und Verordnungen) **und** im Rahmen einer Beschwerde gegen einen konkreten Anwendungsakt **kantonale oder eidgenössische Entscheide**. Die Kontrolle ist immer nachträglich. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ermöglicht es Privaten, kantonale Regelungen direkt im abstrakten Normenkontrollverfahren oder indirekt anlässlich ihrer Anwendung im Einzelfall (konkrete Normenkontrolle) durch das Bundesgericht auf ihre Verfassungsmässigkeit und ihre Übereinstimmung mit dem Bundesrecht überprüfen zu lassen. Auch die Prüfung der Verfassungsmässigkeit einer untergeordneten Norm erfolgt **nachträglich**, d.h. nach der Annahme der umstrittenen Norm. Dem Bundesgericht steht eine vorgängige Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren nicht zu. Die Normenkontrolle durch das Bundesgericht ist zudem nicht automatisch. Das Bundesgericht muss durch Private mit Beschwerde angerufen werden und zwar unter Erschöpfung des kantonalen und eidgenössischen Instanzenzuges innert dreissig Tagen nach Veröffentlichung des Erlasses oder Eröffnung des angefochtenen Entscheides. Der Beschwerdeführer hat die gerügten Grundrechte in der Beschwerdeschrift anzugeben und deren Verletzung zu begründen.

Die Bundesrichter sind in der Regel an die **Sachverhaltsfeststellungen** in den ihnen unterbreiteten Fällen gebunden und überprüfen keine Tatfragen. Der Sachverhalt kann vom Bundesgericht nur dann berichtigt werden, wenn er einen schwerwiegenden Fehler aufweist oder auf einer Rechtsverletzung beruht. Das Bundesgericht beschränkt sich auf die Kontrolle von Rechtsfragen.

---

<sup>1</sup> Die vollständige schweizerische Gesetzessammlung kann mit Eingabe der SR-Nummer im Feld «Suche» unter der Adresse <http://www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html> konsultiert werden.

Zudem können – im Gegensatz zu den meisten anderen Staaten – **die Bundesgesetze** keiner abstrakten Verfassungskontrolle durch das Bundesgericht unterzogen werden. Artikel 190 BV bestimmt, dass «Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind», auch wenn ein Gesetz verfassungswidrig sein sollte. Diese beschränkte Kontrolle der Verfassungsmässigkeit in Bezug auf Bundesgesetze ist eines der **Hauptmerkmale des schweizerischen Verfassungssystems**. Die Strenge von Artikel 190 BV wird jedoch durch das Prinzip der **verfassungskonformen Auslegung** relativiert, wonach bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten einer Gesetzesbestimmung diejenige zu bevorzugen ist, welche am besten mit der Verfassung übereinstimmt.

Artikel 190 BV hindert das Bundesgericht zudem nicht, die Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen: Es ist berechtigt, die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes **festzustellen**. Es kann aber nicht die Rechtsfolge einer Aufhebung oder Nichtanwendung daran knüpfen.

Abgesehen von den Bundesgesetzen sind die **anderen Rechtssätze des Bundes**, etwa die Verordnungen des Parlaments und der Regierung, von Artikel 190 BV grundsätzlich nicht erfasst. Ihre Verfassungsmässigkeit kann somit im Prinzip vom Bundesgericht überprüft werden.

Gemäss Artikel 190 BV ist das Bundesgericht nicht nur an die Bundesgesetze, sondern auch an das **Völkerrecht** gebunden. Beschliesst der schweizerische Gesetzgeber aber bewusst eine spätere vom Staatsvertragsrecht abweichende Gesetzesnorm, so ist das Bundesgericht an diesen Entscheid des Gesetzgebers gebunden (Schubert-Praxis<sup>2</sup>). Eine Ausnahme im Sinne des Vorrangs des Völkerrechts besteht, soweit der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht verankert ist (z.B. EMRK, UNO-Pakt II)<sup>3</sup>. Dieser geht abweichendem Bundesrecht immer vor.

## **Das Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union**

Seit jeher pflegt die Schweiz sehr enge politische und wirtschaftliche Beziehungen mit der Europäischen Union (EU), aber sie ist nicht Mitglied derselben. Das Gemeinschaftsrecht ist somit nicht direkt auf die Schweiz anwendbar. Die Schweiz hat den bilateralen Weg mit der EU gewählt. Es sind viele Abkommen unterzeichnet worden; davon sind im Folgenden die wichtigsten aufgeführt:

- Die sieben bilateralen Abkommen I (vom Volk im Jahre 2000 angenommen) über die Personenfreizügigkeit, die Forschung, das öffentliche Beschaffungswesen, die technischen Handelshemmnisse, die Landwirtschaft, den Land- und

---

<sup>2</sup> BGE 99 Ib 39 vom 2. März 1973

<sup>3</sup> BGE 133 V 367 vom 9. Mai 2007, BGE 131 II 352 vom 14. April 2005

Luftverkehr. Es handelt sich vorab um klassische zur gegenseitigen Marktöffnung bestimmte Staatsverträge.

- Die neun bilateralen Abkommen II (vom Volk im Jahre 2005 angenommen), die politische Fragen, wie die innere Sicherheit, das Asylwesen (Schengen/Dublin), die Umwelt oder die Kultur thematisieren.

Das in der Schweiz im Rahmen der bilateralen Abkommen anwendbare Europarecht ist **Staatsvertragsrecht** und nicht supranationales Recht, wie es für die EU-Mitgliedstaaten gilt. Die bilateralen Verträge enthalten eigenständige materielle Bestimmungen und EU-Recht, das in den Abkommen erwähnt wird. Die Abkommen als solche sind internationale Verträge zwischen der Schweiz und der EU. Es handelt sich um Völkerrecht im engeren Sinn, das nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts ausgelegt, angewendet und allenfalls auch geändert werden muss. Im Unterschied dazu sind die in den Abkommen erwähnten EU-Rechtsakte durch EU-Organe formuliert worden. Sie sind für die Schweiz nur von Bedeutung, soweit sie in den bilateralen Abkommen eine hinreichende Grundlage haben.

Die bilateralen Verträge stützen sich hauptsächlich auf den Grundsatz der **Gleichwertigkeit** der Gesetzgebung beider Vertragspartner. Deren Gesetze müssen zwar nicht identisch sein, sich jedoch in ihrer Wirkung und Tragweite entsprechen. Der Grundsatz der Gleichwertigkeit der verschiedenen Gesetzgebungen führt zu einer Annäherung, nie aber zu einer ganzheitlichen Rechtsidentität. Im Hinblick auf diese Annäherung sind in der Schweiz vor oder gleichzeitig mit Inkrafttreten der bilateralen Verträge zahlreiche Gesetze und Verordnungen abgeändert, erlassen oder aufgehoben worden. Das Luftverkehrsabkommen, das eine Teilintegration vorsieht und eine Rechtsharmonisierung anstrebt, entfernt sich dagegen vom Grundsatz der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung. Das in den bilateralen Abkommen erwähnte EU-Recht wird insoweit auch in der Schweiz angewendet.

Die unmittelbare Anwendbarkeit der in den bilateralen Verträgen erwähnten EU-Rechtsakte entspricht den allgemeinen Regeln für die Anwendbarkeit des Völkerrechts. Somit ist das EU-Recht in der Schweiz **unmittelbar anwendbar**, sofern die Bestimmungen inhaltlich hinreichend klar und bestimmt formuliert sind, um als Grundlage für einen Entscheid im Einzelfall zu dienen. Dies trifft auf die EU-Verordnungen grundsätzlich zu.

## I. Die Verfassungsgerichte zwischen Verfassungsrecht und Europäischem Recht

1. *Besteht eine rechtliche Verpflichtung für das Verfassungsgericht, europäisches Recht bei der Wahrnehmung seiner Kompetenzen zu berücksichtigen?*

Wie oben erwähnt ist das Gemeinschaftsrecht nicht direkt auf die Schweiz anwendbar.

Artikel 190 BV bestimmt jedoch, dass «Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind.» Diese Bestimmung verpflichtet das Bundesgericht, das gesamte auf unser Land anwendbare Völkerrecht, d.h. alle von der Schweiz ratifizierten Staatsverträge, anzuwenden. Die mit der EU abgeschlossenen bilateralen Verträge sind Staatsverträge für die Schweiz (siehe oben das Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union). Das Bundesgericht muss das Europarecht – d.h. das Gemeinschaftsrecht, das die Schweiz im Zusammenhang mit der Unterzeichnung der bilateralen Verträge mit der EU übernommen hat – nur in diesem beschränkten Umfang berücksichtigen.

2. *Gibt es Beispiele der Bezugnahme auf internationale Rechtsquellen, wie*
  - a) *die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)*

Das Bundesgericht verweist in seiner Rechtsprechung sehr häufig auf die EMRK. Hier sei ein aktueller Entscheid unter vielen anderen zitiert:

In seinem Entscheid BGE **138 I 367** vom 22. Juni 2012 hält das Bundesgericht fest (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«Nach dem Wortlaut von Art. 7 EMRK darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war.

Art. 7 EMRK erfasst die in Art. 6 Ziff. 1 EMRK erwähnten strafrechtlichen Anklagen (...). Der Wortlaut von Artikel 7 Ziff. 1 2. Satz EMRK bestimmt, dass bei der Beurteilung, ob eine Strafe gemäss Art. 7 EMRK vorliegt, als Erstes zu bestimmen ist, ob die Massnahme im Anschluss an eine Verurteilung wegen einer Straftat ausgesprochen worden ist. Dabei handelt es sich aber nicht um das einzige wesentliche Element der Begriffsbestimmung. Gemäss EGMR sind insbesondere auch Natur und Zweck der strittigen Massnahme, ihre Qualifikation im innerstaatlichen Recht, das Verfahren zu deren Anordnung und Vollstreckung sowie die Schwere der Massnahme massgebend (Urteil des EGMR vom 17. September 2009 Scoppola gegen Italien [Nr. 2], Nr. 10249/03, § 97; Urteil des EGMR vom 9.. Februar 1995 Welch gegen Grossbritannien, Nr. 17440/90 oben erwähnt, § 28). Der EGMR hat daher entschieden, die einer Transportfirma beim Warenimport im Wert von DM 15'050 wegen Nichtbeachtung international anwendbarer Handelsbestimmungen auferlegte Busse von 500'000 Drachmen als Straftat im Sinne von Art. 6 EMRK zu werten; dies aufgrund der Bedeutung dieser Busse für die Firma, die eine Höchstbusse im Wert der Handelsware, d.h. das Dreifache der auferlegten Busse, riskiert hat (Urteil des EGMR vom 24. September 1997 Garyfallou Aebe gegen Griechenland, Nr. 8996/91, § 32 und 33).

Obwohl es sich vorliegend um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit handelt (...), rechtfertigt der der Beschwerdeführerin auferlegte Bussenbetrag von CHF 61'219, dessen Höchstbetrag sich auf CHF 1'137'899 hätte belaufen können, die [durch das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Waadt] definierte Tat als Straftat im Sinne von Art. 6 und 7 EMRK zu qualifizieren. Die vorgebrachte Rüge der Verletzung von Art. 7 EMRK (...) ist hinlänglich begründet und somit zulässig.

Art. 7 Ziff. 1 EMRK verbietet nicht nur die rückwirkende Anwendung des Strafrechts zum Nachteil des Angeklagten, sondern enthält, allgemeiner, den Grundsatz, dass nur das Gesetz Straftaten definiert und Strafen vorsehen kann (nullum crimen, nulla poena sine lege) sowie den Grundsatz, dass das Strafrecht nicht extensiv zum Nachteil eines Angeklagten ausgelegt werden darf. Er verbietet insbesondere die Anwendung von geltenden Straftatbeständen auf Tatsachen, die zu einem früheren Zeitpunkt noch keine Straftatbestände waren. Aus diesen Grundsätzen folgt, dass eine Straftat und die daraus folgenden Strafen gesetzlich klar definiert sein müssen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Einzelne dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmung, gegebenenfalls mit Hilfe ihrer Auslegung durch die Gerichte entnehmen kann, durch welche Handlungen oder Unterlassungen er sich strafbar macht. Art. 7 EMRK kann nicht dahingehend verstanden werden, dass er die allmähliche Präzisierung

der Strafbarkeitsregelung durch die von Fall zu Fall erfolgende gerichtliche Auslegung verbietet, vorausgesetzt, das Ergebnis dieser Entwicklung steht mit dem Kern der Straftat im Einklang und war vernünftigerweise vorherzusehen. Der Umfang des Begriffs der Vorhersehbarkeit hängt in einem beträchtlichen Ausmass vom Inhalt des fraglichen Textes ab, vom Bereich, den er abdecken soll, und von der Anzahl und dem Status derer, an die er sich richtet. Ein Gesetz kann auch dann noch das Erfordernis der Vorhersehbarkeit erfüllen, wenn der Betroffene geeignete Rechtsberatung in Anspruch nehmen muss, um die Umstände, die ein bestimmtes Handeln nach sich ziehen kann, nach den Umständen ausreichend abzuschätzen (Urteil Scoppola, oben erwähnt, § 93 ff. mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung des EGMR).»

*b) die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*

Da die Schweiz nicht Mitglied der Europäischen Union ist, ist die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in der Schweiz nicht anwendbar. Dies ist auch der Grund, weshalb in der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine Hinweise auf diese Charta zu finden sind.

*c) andere völkerrechtliche Instrumente auf europäischer Ebene*

Wir können insbesondere erwähnen:

*ca) Das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 26. November 1987*

In BGE **124 I 231** vom 5. Juni 1998 schreibt das Bundesgericht (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«Die Schweiz hat (...) am 7. Oktober 1988 das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe ratifiziert.(...) Es wird ein 'europäischer Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe' errichtet, (...) der über die Behandlung von Gefangenen in den Signatarstaaten wacht.»

*cb) Das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten vom 1. Februar 1995*

In BGE **138 I 205** vom 15. März 2012 hält das Bundesgericht Folgendes fest (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«Mit Beitritt der Schweiz zum Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten vom 1. Februar 1995 hat sich die Schweiz verpflichtet, jeder Person, die einer nationalen Minderheit angehört, das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz und auf gleichen Schutz durch das Gesetz zu gewährleisten und jede Diskriminierung aus Gründen der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit zu verbieten (Art. 4 Abs. 1). Sie hat sich auch verpflichtet, die Bedingungen zu fördern, die es Angehörigen nationaler Minderheiten ermöglichen, ihre Kultur zu pflegen und weiterzuentwickeln und die wesentlichen Bestandteile ihrer Identität, nämlich ihre Religion, ihre Sprache, ihre Traditionen und ihr kulturelles Erbe, zu bewahren (Art. 5 Abs. 1). Bei der Ratifizierung dieses Rahmenübereinkommens hat die Schweiz folgende Erklärung abgegeben:

Die Schweiz erklärt, dass in der Schweiz nationale Minderheiten im Sinne des Rahmenübereinkommens die Gruppen von Personen sind, die dem Rest der Bevölkerung des Landes oder eines Kantons zahlenmässig unterlegen sind, die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen, seit Langem bestehende, feste und dauerhafte Bindungen zur Schweiz pflegen und von dem Willen beseelt sind, zusammen das zu bewahren, was ihre gemeinsame Identität ausmacht, insbesondere ihre Kultur, ihre Traditionen, ihre Religion oder ihre Sprache.

In seiner Botschaft vom 19. November 1997 hat der Bundesrat dazu ausdrücklich betont, dass das Rahmenübereinkommen in der Schweiz auf nationale sprachliche Minderheiten angewendet werden kann, aber auch auf andere schweizerische Bevölkerungsgruppen, wie (...) die Fahren- den. Jedoch enthält das Übereinkommen keine direkt anwendbare Bestimmung, verpflichtet aber die Mitgliedstaaten zur Verabschiedung von Massnahmen, namentlich gesetzgeberischer Natur, zum Schutz der Existenz von nationalen Minderheiten.»

- cc) Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 15. Oktober 1985

Die französische Zusammenfassung des Urteils **1C\_41/2008** vom 26. Mai 2009 gibt an, dass die vom Grossen Rat beschlossene Zwangsfusion der Tessiner Gemeinden keine Verletzung von Artikel 5 der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung darstellt, wonach vor jeder Änderung kommunaler Gebietsgrenzen die betroffenen Gebietskörperschaften anzuhören sind. Im Tessin können sich die Stimmberechtigten in der Tat im Rahmen einer Konsultativabstimmung zur geplanten Fusion äussern, welche ihrerseits wiederum Gegenstand eines Referendums oder zumindest eines Finanzreferendums sein kann.

- d) *andere völkerrechtliche Instrumente auf internationaler Ebene?*

Wir können insbesondere anführen:

- da) Den Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte

In BGE **138 I 205** vom 15. März 2012 hält das Bundesgericht Folgendes fest (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«Gemäss Art. 27 des Internationalen Paktes vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) darf in Staaten mit ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten den Angehörigen solcher Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen. Art. 27 UNO-Pakt II stellt keinen kollektiven Anspruch für die – ethnischen, religiösen oder sprachlichen – Minderheiten als Gruppe, sondern lediglich ein den einzelnen Mitgliedern dieser Gruppen zustehendes – vor Schweizer Gerichten direkt anrufbares – Individualrecht dar, um ihre charakteristischen Eigenheiten respektiert und berücksichtigt zu sehen (...). In Anbetracht dessen, dass die Schutzbereiche beider Normen identisch und deren Einschränkung unter den gleichen Bedingungen zulässig sind, hat das Bundesgericht gleichwohl festgehalten, dass Art. 27 UNO-Pakt II keine über die Garantien des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK hinausgehende Bedeutung hat, soweit diese Bestimmung die Lebensweise der Fahren- den schützt (BGE 129 II 321 E. 3.4 S. 329).»

- db) Den Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

In BGE **136 I 290** vom 4. Mai 2010 führt das Bundesgericht aus:

«Der UNO-Pakt I beinhaltet in Art. 6 – 15 einen Katalog von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten; gemäss Art. 2 Abs. 1 verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, einzeln und durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Massnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen

geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen. Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, dass die Bestimmungen dieses Paktes **programmatischer Natur** seien, die sich an den Gesetzgeber richteten und dem Einzelnen in der Regel keine gerichtlich rügbaren, subjektiven Rechte einräumten (vgl. BGE 135 I 161 E. 2.2 S. 163; 130 I 113 E. 3.3 S. 123; 126 I 240 E. 2c S. 242 f.; 123 II 472 E. 4d S. 478; 122 I 101 E. 2a; 121 V 246 E. 2a und 2c; 120 Ia 1 E. 5c S. 11 f.; vgl. auch Botschaft vom 30. Januar 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes, BBl 1991 I 1189 ff., insb. S. 1202 Ziff. 431). Das Bundesgericht hat es gleichwohl als nicht ausgeschlossen angesehen, dass **einzelne Bestimmungen** des UNO-Pakts I als **unmittelbar anwendbar** oder 'self-executing' erachtet werden können (vgl. BGE 121 V 246 E. 2e in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 lit. a zum Recht eines jeden, Gewerkschaften zu bilden oder einer Gewerkschaft seiner Wahl beizutreten, sowie BGE 125 III 277 E. 2e in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 lit. d zum Streikrecht, welche beide die Frage offenlassen). Ob dies zutrifft, ist eine Frage der Auslegung (BGE 121 V 246 E. 2b S. 249), wobei festzuhalten ist, dass eine Norm dann direkt anwendbar ist, wenn sie hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können (vgl. BGE 126 I 240 E. 2b; 125 III 277 E. 2d/aa S. 281; 121 V 246 E. 2b S. 249; 120 Ia 1 E. 5b).»

dc) Das Internationale Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD)

In BGE **131 IV 78** vom 20. Januar 2005 führt das Bundesgericht aus (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«In Anbetracht der vom Beschwerdeführer angezeigten Straftat ist noch die allfällige Auswirkung des Internationalen Übereinkommens vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD), für die Schweiz am 29. Dezember 1994 in Kraft getreten, auf die Opferstellung und folglich auf die **Beschwerdelegitimation** des angeblich durch eine solche Straftat Geschädigten zu prüfen. Das Übereinkommen bezieht sich auf jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhender Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung (Art. 1 Abs. 1 CERD). Man kann sich deshalb fragen, ob es auf einen Fall anwendbar ist, wo der Beschwerdeführer, wie hier, ausschliesslich eine religiöse Diskriminierung und nicht eine Rassendiskriminierung im engeren Sinne geltend macht. Die Frage kann jedoch offenbleiben. Gemäss der Rechtsprechung des Ausschusses der Vereinten Nationen für die Beseitigung der Rassendiskriminierung begründet Art. 6 des Übereinkommens – betreffend Pflicht der Vertragsstaaten zur Gewährleistung eines wirksamen Schutzes und wirksamer Rechtsbehelfe gegen rassistisch diskriminierende Handlungen – "keine Verpflichtung der Vertragsstaaten, bei Fällen mutmasslicher Rassendiskriminierung einen Instanzenzug bis zum höchsten Gericht vorzusehen" (CERD/C/36/D/1/1984 Dogan gegen Niederlande, Bericht Nr. 1/1984 vom 10. August 1988 § 9.4; CERD/C/63/D/27/2002 Quereshi gegen Dänemark, Bericht Nr. 27/2002 vom 19. August 2003 § 7.5). Das Übereinkommen, genauer sein Art. 6, der in diesem Zusammenhang massgeblich ist, führt demnach **weder** zu einer **Erweiterung** der Beschwerdelegitimation noch zu einer weitergehenden Auslegung von Art. 2 OHG [des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten] im Bereich der Rassendiskriminierung.»

dd) Das Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe

In BGE **138 IV 86** vom 27. März 2012 erkennt das Bundesgericht (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, abgeschlossen in New York am 10. Dezember 1984, verpflichtet die Vertragsstaaten insbesondere ein Gesetz zu erlassen, welches die unter-sagten Behandlungen unter Strafe stellt, und für die Anwendung dieses Gesetzes zuständige Gerichte einzurichten. Der erste Satz von Art. 13 des Übereinkommens verpflichtet die Vertragsstaaten, den Personen, die behaupten Opfer verbotener Behandlungen zu sein, einerseits das Recht auf Strafanzeige zuzugestehen, und andererseits das Recht auf

umgehende unparteiische Prüfung, die gegebenenfalls zur Verurteilung der Verantwortlichen führen muss (BGE 131 I 455 E. 1.2.5 S. 462). Gemäss Rechtsprechung kann das **Opfer** verbotener Behandlung sein **Beschwerderecht** auf die vorerwähnten Bestimmungen stützen (Urteile 6B\_364/2011 vom 24. Oktober 2011 E. 2.2; 6B\_274/2009 vom 16. Februar 2010 E. 3.1.2.1).»

de) Das Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK)

In BGE **136 I 297** vom 31. August 2010 führt das Bundesgericht aus, dass Artikel 7 Abs. 1 der Verordnung über die Familienzulagen Artikel 3 Abs. 1 und Artikel 26 KRK nicht verletzt, soweit die Ausrichtung von Familienzulagen für Kinder mit Wohnsitz in einem ausländischen Staat davon abhängig gemacht wird, ob dieser mit der Schweiz ein entsprechendes Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat. Das Bundesgericht hält Folgendes fest:

«Art. 3 Abs. 1 KRK statuiert die **vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls** bei allen staatlichen Massnahmen. Dabei handelt es sich um einen Leitgedanken, eine Interpretationsmaxime, die bei Erlass und Auslegung der Gesetze zu beachten ist (...). Allerdings ermöglicht Art. 3 Abs. 1 KRK lediglich die vorrangige, nicht aber die ausschlaggebende resp. ausschliessliche Massgeblichkeit des Kindeswohls, sondern andere Interessen der Sorgeberechtigten und des Staates sind mitzuberücksichtigen.»<sup>4</sup>

df) Das Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)

Die materiellrechtliche Zusammenfassung (Regeste) von BGE **137 I 305** vom 21. November 2011 lautet wie folgt:

«Auftrag zur **tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann** gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV und § 5 Abs. 2 KV/ZG (E. 3.1) sowie dem UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW; E. 3.2). Ein Ermessensspielraum steht Bund und Kantonen bei der Frage zu, wie sie diesen Auftrag erfüllen, dagegen ist das Ob verfassungs- und völkerrechtlich vorgegeben, solange das Ziel noch nicht erreicht ist (E. 4). Der Kanton Zug ist verpflichtet, einen Ersatz für die bisherige Kommission vorzusehen, indem er regelt, von wem, wie und mit welchen Mitteln der Gleichstellungsauftrag künftig umgesetzt werden soll. Dagegen ist er nicht verpflichtet, eine Gleichstellungskommission weiterzuführen oder eine Fachstelle zu schaffen (E. 5). Nichts anderes ergibt sich aus Art. 2 CEDAW i.V.m. den Allgemeinen Empfehlungen und Abschliessenden Bemerkungen des CEDAW-Ausschusses (E. 6).»

3. *Gibt es eigene verfassungsrechtliche Bestimmungen, die zu einer Berücksichtigung von Entscheidungen europäischer Gerichtshöfe **rechtlich** verpflichten?*

Das schweizerische Verfassungsrecht verlangt im Prinzip nicht, die Entscheidungen europäischer Gerichtshöfe zu beachten.

Die Schweiz ist allerdings gemäss Art. 46 Ziff. 1 EMRK dazu verpflichtet, die Rechtsprechung des EGMR zu berücksichtigen<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Betrifft nur die französische Fassung des Landesberichts.

<sup>5</sup> Zur Veranschaulichung dieser Pflicht siehe BGE 139 I 16 vom 12. Oktober 2012

Dagegen finden sich in unseren Staatsverträgen einzelne Bestimmungen, welche vorsehen, die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zu berücksichtigen. Artikel 16 Abs. 2 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) sieht beispielsweise vor, dass «Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, [...] hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt [wird]. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz unterrichtet.» Das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr enthält eine ähnliche Bestimmung (Art. 1 Abs. 2, SR 0.748.127.192.68).

4. *Wie wird die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts **faktisch** durch die Rechtsprechung europäischer Gerichtshöfe beeinflusst?*

Die EMRK und die Rechtsprechung der Strassburger Organe haben einen bedeutenden Einfluss auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts. Nach der Ratifizierung der EMRK durch die Schweiz im Jahre 1974 fand die Menschenrechtskonvention rasche Aufnahme in die Rechtsprechung des Bundesgerichts und damit bald auch Verbreitung und Anerkennung in der ganzen Schweiz. Die Aufnahme wurde durch das Grundrechtssystem begünstigt, welches sich durch seine Offenheit, durch die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen sowie die Gleichheit der Verfahrensgarantien der EMRK und der Grundrechte der Bundesverfassung charakterisiert. Dies ermöglichte, die Verletzungen der EMRK im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zu rügen. Das Bundesgericht hat seine verfassungsrechtliche Rechtsprechung mit den Grundrechten der EMRK und der Rechtsprechung der Strassburger Organe abgestimmt und im Hinblick auf die nationalen Verhältnisse angepasst. Das Bundesgericht hat sich immer bemüht, seine Urteile im Einklang mit der EMRK zu treffen, die in der Schweiz unmittelbar anwendbares Recht bildet. In erster Linie ging es dabei um Verfahrensfragen, insbesondere in Bezug auf die formellen Anforderungen an das Verfahren gemäss Artikel 5, 6 und 13 EMRK. Das Bundesgericht hat sich aber auch mit materiellen Garantien gemäss Artikel 8-12 EMRK befasst. Somit werden heute wichtige Menschenrechtsfragen immer unter Berücksichtigung des nationalen Verfassungsrechts und der EMRK-Garantien behandelt.

Die Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) sind verbindlich und seine Rechtsprechung ist von allen Mitgliedstaaten zu befolgen. Da die Schweiz jedoch kein Mitgliedstaat der EU ist, können die Urteile des Bundesgerichts nicht vom EuGH überprüft werden. Es ist allerdings festzuhalten, dass die Urteile des EuGH sowohl bei der Auslegung europäischen Rechts, das freiwillig ins Schweizer

Recht übernommen worden ist<sup>6</sup> (sogenannter autonomer Nachvollzug des europäischen Rechts) als auch bei der Auslegung der Staatsverträge berücksichtigt werden. Es liegt jedenfalls im Interesse der Schweiz, dass die gleichen Bestimmungen in den bilateralen Abkommen überall den gleichen Sinn haben. Da die EU ein räumlich und bevölkerungsmässig wesentlich grösseres Gebiet als die Schweiz umfasst, entspricht es langjähriger gängiger Praxis des Bundesgerichts – im Rahmen des Möglichen – der Weiterentwicklung der Luxemburger Rechtsprechung in den von den bilateralen Abkommen betroffenen Bereichen Rechnung zu tragen. Das Bundesgericht schafft in autonomer Weise im Inland eine parallele Rechtslage zur EU und berücksichtigt in diesem Rahmen auch Änderungen der Rechtsprechung des EuGH (siehe z.B. BGE 136 II 65 E. 3.1 vom 5. Januar 2010).

5. *Nimmt das Verfassungsgericht in seiner Judikatur regelmässig Bezug auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union bzw. des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte? Welches sind die markantesten Beispiele?*

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts enthält zahlreiche Beispiele, die den Einfluss der EMRK und der Strassburger Organe auf die nationale verfassungsrechtliche Rechtsprechung belegen sowie die Harmonisierungsbemühungen des Bundesgerichts mit dem europäischen System der Menschenrechte aufzeigen. Das Bundesgericht zitiert regelmässig die Rechtsprechung des EuGH.

#### EGMR

- Im Fall von BGE **138 I 425** vom 30. August 2012 hat das Bundesgericht die Frage geprüft, ob der Entscheid des Präsidenten des Berufungsgerichts, während der Berufungsverhandlung die in Haft zu setzende Person vorführen zu lassen, einen Grund darstellt, beim Sachentscheid in den Ausstand zu treten. Das Bundesgericht hält Folgendes fest (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«Gleich wie die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat diejenige des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) die **Personalunion von Haft- und Sachrichter** nie generell als mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK unvereinbar und den Richter somit als ausstandspflichtig betrachtet, und kürzlich bestätigt, dass der Umstand, dass ein Richter bereits vor dem Verfahren Anordnungen, insbesondere bezüglich der Untersuchungshaft, getroffen habe, noch keine Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit begründe (vgl. Urteil des EGMR Alony Kate gegen Spanien vom 17. Januar 2012, vgl. § 52; siehe auch Urteile des EGMR Hauschildt gegen Dänemark vom 24. Mai 1989 § 50 und Sainte-Marie gegen Frankreich vom 16. Dezember 1992 § 32). Die Frage der Anordnung der provisorischen Untersuchungshaft unterscheidet sich von der Schuldfrage der Partei. Ein Tatverdacht lässt sich nicht mit der förmlichen Feststellung der Schuld vergleichen, selbst wenn im Einzelfall möglicherweise spezielle Umstände vorliegen, die zu einer anderen Schlussfolgerung Anlass geben (Urteil des EGMR Cardona Serrat gegen Spanien vom 26. Oktober 2010 § 31). Der EGMR hat in einem Fall mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK unvereinbare Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Gerichts bei einem dänischen Richter angenommen, der als mit der Strafsache betrauter Sachrichter zuvor bereits Untersuchungshaft angeordnet hatte, was gemäss Gesetz das Bestehen 'besonders starker Verdachtsindizien' für die Tatbegehung durch den Beschuldigten voraussetzte (Urteil des EGMR Hauschildt gegen Dänemark vom 24. Mai 1989 § 50-52).»

---

<sup>6</sup> vgl. Bemerkungen zu I.3.

- In BGE **138 I 475** vom 10. Oktober 2012 befasste sich das Bundesgericht mit dem Fall eines Rollstuhlfahrers, dem ein Genfer Kino den Zugang zum Filmsaal unter Hinweis auf die Sicherheit verweigert hatte, da der Saal nicht auf Rollstuhlfahrer zugeschnitten sei. Der Betroffene rügte eine Verletzung des Diskriminierungsverbots von Artikel 14 EMRK in Verbindung einerseits mit Artikel 10 EMRK, welcher die Freiheit der Meinungsäusserung garantiert, und andererseits mit Artikel 8 EMRK, welcher das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gewährleistet. Er machte geltend, dass das Recht auf Zugang zu einem Kinosaal, einer Hochburg der Verbreitung von kulturellen Produktionen, von Artikel 10 EMRK in Verbindung mit Artikel 14 EMRK gedeckt und ihm dieses Recht ohne stichhaltige Begründung verweigert worden sei. Zudem stelle die Weigerung des Kinobetreibers, soweit sie eine schwere Verletzung der psychischen Integrität der betreffenden Person bewirke, mangels objektiver Begründung eine Verletzung von Artikel 8 EMRK in Verbindung mit Artikel 14 EMRK dar.

Das Bundesgericht ruft in seinem Urteil Folgendes in Erinnerung (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«In einem Urteil (...) betreffend Personen mit eingeschränkter Mobilität und fehlendem **Zugang zu öffentlich zugänglichen Bauten** (Zehnalová und Zehnal gegen Tschechische Republik vom 14. Mai 2002, Recueil CourEDH 2002-V p. 317), hat der Gerichtshof entschieden, dass die staatlichen Eingriffsmöglichkeiten und der progressive Begriff des Privatlebens nicht immer mit dem eingeschränkteren Inhalt der positiven Verpflichtungen des Staates übereinstimmen würden. Er erwog, dass Art. 8 EMRK nicht in der Regel und jedes Mal zur Anwendung gelange, wo das alltägliche Leben einer behinderten Person in Frage stehe, sondern nur in Ausnahmefällen, wenn das Fehlen des Zugangs zu den öffentlichen, dem Publikum zugänglichen staatlichen Einrichtungen die betreffende Person daran hinderten, ihr Leben so zu führen, dass ihr Recht auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit und ihr Recht, Kontakte zu anderen Menschen und zur Aussenwelt aufzubauen und aufrechtzuerhalten, in Frage gestellt würden; der Gerichtshof hat zudem, ohne dem massgebende Bedeutung beizumessen, festgestellt, dass die nationalen Behörden nicht untätig geblieben seien.»

- Im Urteil BGE **137 I 363** vom 26. September 2011 wird geprüft, ob die im Strassenverkehrsgesetz verankerte Parallelität von Straf- und Verwaltungsverfahren vereinbar ist mit der Auslegung von Artikel 4 Ziff. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK, wie sie aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte Zolotoukhine gegen Russland vom 10. Februar 2009 hervorgeht. Das Bundesgericht führt aus (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«In seiner Begründung hält der Europäische Gerichtshof fest, dass das Bestehen verschiedener Ansätze, um zu prüfen, ob ein Beschwerdeführer gestützt auf einen Straftatbestand erneut strafrechtlich verfolgt wird, für dessen Verletzung er bereits verurteilt worden ist, eine rechtliche Unsicherheit zur Folge habe, welche mit dem grundlegenden Anspruch unvereinbar sei, nicht zweimal für dieselbe strafbare Handlung verfolgt zu werden. Er entschied, die Interpretation des Begriffs "dieselbe Straftat" zu harmonisieren – idem-Element des **ne bis in idem**-Grundsatzes – im Sinne von Art. 4 des 7. Protokolls (...). Der Gerichtshof stellte diesbezüglich fest, dass der Ansatz, bei welchem die rechtliche Qualifikation der beiden strafbaren Handlungen im Vordergrund stehe, die Rechte des Einzelnen zu stark einschränke. Denn wenn sich der Gerichtshof darauf beschränke festzustellen, dass der Betroffene wegen strafbaren Handlungen verfolgt worden sei, welche rechtlich unterschiedlich zu qualifizieren seien, laufe er Gefahr, die durch Art. 4 des 7. Protokolls gewährleistete Garantie abzuschwächen, statt sie den Anforderungen der Konvention entsprechend zu konkretisieren und wirksam zu machen (...). Daher müsse Art. 4 des 7. Protokolls als Verbot verstanden werden, eine Person wegen einer zweiten "strafbaren Handlung" zu verfolgen, wenn diese auf einem identischen Sachverhalt beruhe oder auf Tatsachen, die im Wesentlichen dieselben seien (...). Es gehe demnach

darum, einen Ansatz anzuwenden, der strikte auf der **Identität der Tatsachen** beruhe und nicht die rechtliche Qualifikation dieser Tatsachen als ausschlaggebendes Kriterium erachte.»

Das Bundesgericht hält schliesslich fest, dass kein Anlass bestehe, von der bisherigen Rechtsprechung (BGE 125 II 402) abzuweichen, wonach die erwähnte Verfahrensparallelität den Grundsatz "ne bis in idem" nicht verletze.

## EUGH

- Das Bundesgericht prüfte in BGE **138 V 197** vom 15. März 2012 die Frage, ob es gegen Gemeinschaftsrecht (insbesondere gegen die Verordnung Nr. 1408/71) verstosse und im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes stehe, wenn eine in der Schweiz wohnhafte französische Staatsangehörige, die eine Rente der französischen Sécurité sociale (staatliches Basissystem) und Renten aus der französischen obligatorischen beruflichen Zusatzvorsorge bezieht, nicht von der Unterstellung unter die schweizerische AHV befreit wird. Es führt aus (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«Der Europäische Gerichtshof hat sich bis heute noch nicht dazu geäußert, welche Tragweite und welchen Sinn er Art. 17<sup>bis</sup> der Verordnung Nr. 1408/71 einräumen will. Er hat jedoch festgehalten, diese Verordnung stehe dem Umstand nicht entgegen, dass eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine unselbständige Arbeit ausgeübt hat und die daher eine Altersrente bezieht und die in der Folge ihren Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt habe, ohne dort erwerbstätig zu sein, fortan dem Recht dieses Wohnsitzstaates unterstellt werde. Es bestehe allerdings ein allgemeiner Grundsatz, der sich aus der Auslegung der Verordnung Nr. 1408/71 ergebe, wonach ein **Renten- oder Pensionsbezüger** nicht aus Gründen seines neuen Wohnsitzes dazu angehalten werden könne, **obligatorische Versicherungsbeiträge** zu bezahlen für Leistungen, die bereits von einer Versicherung eines anderen Mitgliedstaates gedeckt werden (vorerwähnter Entscheid Noij Randnrn. 14 und 15). Später hat der Gerichtshof präzisiert, dieser Grundsatz stehe dem entgegen, dass ein Mitgliedstaat, in dessen Gebiet eine pensions- oder rentenberechtigte Person ihren Wohnsitz hat, von derselben Beiträge oder entsprechende Abzüge verlangen könne zur Deckung von Leistungen für die Risiken Alter, Erwerbsunfähigkeit und Arbeitslosigkeit, wenn diese Person bereits in den Genuss von Leistungen mit analoger Zielrichtung von einer Pensions- oder Rentenversicherung des zuständigen Mitgliedstaates komme und wenn die von ihr geforderten Beiträge nicht in dem Sinne für sie vorteilhaft seien, dass sie ihr Leistungen versprechen würden zusätzlich zu dem, was sie bereits erhält (Urteil des EuGH vom 10. Mai 2001 C-389/99 Rundgren, Slg. 2001 I-3760 Randnrn. 55-57).»

- Im Fall BGE **138 II 251** vom 13. April 2012 ging es um die Frage der subjektiven Mehrwertsteuerpflicht eines Sammlers von Kunstwerken. Das Bundesgericht erwog, dass die vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelte und fortgeführte Wellcome-Praxis, wonach sich der unternehmerische Charakter der Tätigkeit einer natürlichen Person mit Blick darauf beurteile, ob sie sich insgesamt «ähnlicher Mittel wie ein Erzeuger, Händler oder Dienstleistender» bediene, sei im schweizerischen Recht analog anwendbar. Ein Kunstsachverständiger, der seiner namhaften Privatsammlung mehrere Dutzend Werke entnehme, sie im Auktionshaus, an welchem er beteiligt sei, an Dritte veräussere und in den folgenden Jahren weitere Verkäufe tätige, sei selbständig und nachhaltig tätig, sodass er subjektiv mehrwertsteuerpflichtig werde.
- Im Urteil **6B\_196/2012** vom 24. Januar 2013 hielt das Bundesgericht fest, gemäss Rechtsprechung des EuGH könne eine Gefängnisstrafe wegen illegalen Aufenthalts gegen eine ausländische Person nur verhängt werden, wenn das

Rückführungsverfahren erfolglos beendet worden sei und die betroffene ausländische Person ohne Rechtfertigungsgrund im Land verbleibe. Die Rechtsprechung des EuGH sei so zu verstehen, dass sie sowohl die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von ausländischen Personen erlaube, die definitiv nicht hätten ausgeschafft werden können als auch von jenen, die ausgeschafft worden seien und danach wieder illegal zurückgekommen seien.

6. *Gibt es Beispiele von Judikaturdivergenzen zwischen dem Verfassungsgericht und den europäischen Gerichtshöfen?*

Offensichtliche Beispiele für Divergenzen zwischen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und dem Bundesgericht sind jene Fälle, in denen die Schweiz verurteilt worden ist. Das Bundesgericht zieht die nötigen Schlussfolgerungen und ändert gegebenenfalls die Praxis, die zur Verurteilung geführt hat<sup>7</sup>.

Im Jahr 2012 stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in drei Fällen eine Konventionsverletzung durch die Schweiz fest:

- Die erste Verletzung betraf ein verwaltungsrechtliches Verfahren in Zusammenhang mit einem strafrechtlichen Verfahren wegen Steuerhinterziehung. Im Fall **Chambaz** (Urteil **11663/04** vom 5. April 2012) befand der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass die Steuerbehörden mit der Auferlegung einer Busse Druck auf den Betroffenen ausgeübt hätten, damit dieser ihnen im Hinblick auf seine Besteuerung Dokumente über sein Einkommen und Vermögen offenlege. Zum Zeitpunkt, als das Verwaltungsgericht die strittigen Verfügungen bestätigte, war bereits ein strafrechtliches Verfahren wegen Steuerhinterziehung hängig. Der Steuerpflichtige sah sich somit gezwungen, sich selbst zu belasten (Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK – Recht auf ein faires Verfahren). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellte zudem eine weitere Verletzung der gleichen Bestimmung fest, da dem Steuerpflichtigen die Einsicht in die Verfahrensakten verweigert worden war. Das Bundesgericht hatte erwogen, dass Artikel 6 EMRK nur auf Verfahren des Steuerstrafrechts und nicht auf reine Steuerverfahren und folglich weder auf das Ermessensveranlagungsverfahren noch auf die in diesem Verfahren verhängten Bussen anwendbar sei. Der Steuerpflichtige war deshalb im nationalen Verfahren verpflichtet worden, im Ermessensveranlagungsverfahren zu kooperieren und hatte sich nicht auf das Recht zur Aussageverweigerung berufen können (Urteil **2P.278/2002** vom 2. Oktober 2003).
- Im Fall **Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG** (Urteil **34124/06** vom 21. Juni 2012) wurde die Schweiz verurteilt, weil die zuständigen Behörden der SRG untersagt hatten, ein Fernsehinterview mit einer Gefängnisinsassin

---

<sup>7</sup> Siehe dazu BGE 139 I 16 E. 5.2.3 vom 12. Oktober 2012

durchzuführen (Verletzung von Art. 10 EMRK – Recht auf Freiheit der Meinungsäusserung). In seinem Urteil **1P.772/2005** vom 6. Februar 2006 hatte das Bundesgericht befunden, dass die SRG sich gegen die Abweisung des Gesuchs, eine Anstaltsinsassin in einer Strafvollzugsanstalt zu filmen, nicht auf die Informationsfreiheit berufen könne, da diese Anstalten nicht allgemein zugänglich seien.

- Im Fall **Nada** (Urteil **10593/08** vom 12. September 2012) untersagten die Schweizer Behörden einem in der italienischen Enklave Campione d'Italia wohnhaften Gesuchsteller, dessen Name auf der Terrorliste des UN-Sicherheitsrats stand, die Einreise, obwohl das gegen ihn in der Schweiz und Italien durchgeführte Ermittlungsverfahren zwischenzeitlich eingestellt worden war. Das Bundesgericht hielt fest, dass eine verfassungskonforme Auslegung des Einreiseverbots möglich sei (BGE **133 II 450** vom 14. November 2007). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte seinerseits erachtete das Einreiseverbot angesichts der Umstände im Einzelfall als konventionswidrig. Die Schweiz habe den besonderen Umständen des Falles nicht genügend Rechnung getragen und nicht die Möglichkeit einer EMRK-konformen Umsetzung der Sicherheitsratsresolutionen ergriffen. Zudem habe der Betroffene in der Schweiz nicht über eine wirksame Beschwerde verfügt (Verletzung von Art. 8 EMRK und von Art. 13 in Verbindung mit Art. 8 EMRK – Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und Recht auf wirksame Beschwerde).

7. *Wird die Rechtsprechung europäischer Gerichtshöfe als Folge der Berücksichtigung durch das Verfassungsgericht auch von anderen nationalen Gerichten in deren Rechtsprechung berücksichtigt?*

Die unteren Gerichte, sowohl die kantonalen Instanzen wie auch die erstinstanzlichen Gerichte des Bundes, berücksichtigen die Rechtsprechung der europäischen Gerichtshöfe und des Bundesgerichts, da auch sie gehalten sind, das internationale Recht zu beachten und anzuwenden (Art. 5 Abs. 4 und 190 BV), und weil sie vermeiden wollen, dass ihre Entscheide an das Bundesgericht weitergezogen werden.

Das Urteil PE.2012.0329 vom 17. Januar 2013 des Waadtländer Kantonsgerichts (Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois) dient zur Veranschaulichung der Praxis der unteren Gerichte, die in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zitierte Rechtsprechung der europäischen Gerichtshöfe zu berücksichtigen. In diesem Fall ging es um die Beschwerde einer brasilianischen Staatsangehörigen gegen eine Verfügung des Amtes für Bevölkerung (service de la population), in welcher ihr das im Rahmen eines Familiennachzugs erteilte Aufenthaltsrecht widerrufen wurde; das Kantonsgericht hält diesbezüglich fest (Übersetzung des französischen Originaltextes):

«Das Bundesgericht erwog, dass ein Zusammenleben von eineinhalb Jahren nicht genüge, um einen Anspruch auf Familiennachzug gemäss Art. 8 EMRK zu begründen (vgl. BGE 2C\_913/2010 vom 30. November 2010; BGE 2C\_300/2008 vom 17. Juni 2008). Eine hinreichende Stabilität der Beziehung wurde ebenfalls in einem Fall verneint, in dem die Betroffenen seit drei Jahren zusammengelebt hatten, keine Heiratsabsichten bestanden und die Beziehung kinderlos geblieben war (BGE 2C\_97/2010 vom 4. November 2010). In einem anderen kürzlich ergangenen Entscheid fand das Bundesgericht jedoch, bei einer mehr als zweijährigen Beziehung und einem gemeinsamen Kind sei der Nachweis eines tatsächlich gelebten Familienlebens erbracht (BGE 2C\_661/2010 vom 31. Januar 2011).

Gemäss kantonaler Rechtsprechung genügt ein Zusammenleben von zwei Jahren nicht, um eine stabile Beziehung zwischen Konkubinatspartnern nachzuweisen (Urteile PE.2010.0103 vom 4. November 2010 E. 2c; PE.2008.0420 vom 9. September 2009 E. 4c; PE.2008.0455 vom 30. Dezember 2009 E. 1cc). Im Urteil PE.2008.0455 vom 30. Dezember 2009 bestätigte das Kantonsgericht den Entscheid, einem Ausländer die Aufenthaltsbewilligung zu verweigern. Es hob insbesondere hervor, dass ein Zusammenleben von etwas weniger als drei Jahren mit der Konkubinatspartnerin noch keine Garantie für Stabilität in der Beziehung darstellte, dies umso mehr, als aus der Beziehung keine gemeinsamen Kinder hervorgegangen seien und während des Verfahrens keine Heiratsabsichten bestanden hätten.

Auf Beschwerde gegen den vorerwähnten Entscheid führte das Bundesgericht im Urteil 2C\_97/2010 vom 4. November 2010 aus, dass die Dauer des Zusammenlebens eine ausschlaggebende Rolle für die Beurteilung der Frage spiele, ob die Konkubinatspartner den Schutz von Art. 8 EMRK beanspruchen könnten. Denn dabei handle es sich in der Tat um ein objektives Kriterium, einer Beziehung ausreichende Stabilität und Intensität zuzubilligen, damit diese mit einem Familienleben verglichen werden könne (vgl. Vincent Coussirat-Coustère, *Famille et convention européenne des droits de l'homme, in: Protection des droits de l'homme, la perspective européenne*, Köln 2000, S. 281 ff., S. 285). Nach der Erklärung, dass sich der Begriff 'Familie' nicht nur auf eheliche Beziehungen beschränke, führe der EGMR in seiner jüngeren Rechtsprechung aus, dass der erwähnte Begriff auch andere, faktisch 'familiäre' Bindungen erfassen könne, falls die Partner ausserhalb einer Ehe zusammenleben würden. Damit von einem 'Familienleben' ausgegangen werden könne, müssten gemäss EGMR eine gewisse Anzahl von Kriterien, geprüft werden, wie ob das Paar sein Leben gemeinsam verbringe, wie lange das Zusammenleben dauere und ob gemeinsame Kinder vorhanden seien (Urteil des EGMR vom 20. Januar 2009 *Serife Yigit gegen Türkei*, Geschäftsnummer 3976/05 § 25 und 26 mit Hinw.). Wenn die Konkubinatspartner bei solchen Gegebenheiten keine Ehe in Erwägung ziehen würden, könnten sie aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK nur ein Aufenthaltsrecht ableiten, wenn besondere Umstände erfüllt seien, die ein stabiles und intensives Verhältnis belegen würden, z.B. dass gemeinsame Kinder vorhanden seien oder dass ihr Zusammenleben schon lange andauere. Das Bundesgericht habe auch erwogen, dass in dem vom Beschwerdeführer angerufenen Fall (Urteil des EGMR vom 26. Mai 1994 *Keegan gegen Irland*, Geschäftsnummer 16969/90) feststand, dass die Konkubinatspartner ein gemeinsames Kind geplant hätten und dass dieses in einem Zeitpunkt gezeugt wurde, als der Wille bestanden habe, eine Ehe einzugehen; es seien diese beiden Elemente (Zeugung eines Kindes und geplanter Eheschluss), die die Richter darauf schliessen liessen, die Beziehung der Konkubinatspartner stehe bereits vor der Geburt des Kindes unter dem Schutz des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK. Weil der Beschwerdeführer nicht plante, seine Freundin und Mutter des gemeinsamen Kindes zu heiraten, habe das Bundesgericht entschieden, allein das Zusammenleben, das im entscheidenden Zeitpunkt drei Jahre dauerte, erlaube es nicht, der Beziehung eine Stabilität und Intensität zuzugestehen, die mit einem Familienleben verglichen werden dürfe. Das Bundesgericht füge ergänzend an, dass der EGMR gemäss dem zitierten Urteil *Keegan* Konkubinatspaaren nur den Schutz der Konvention gewährte in Fällen von stabilen Beziehungen mit einer Dauer zwischen sechs und 18 Jahren. In allen Fällen hätten auch Kinder im Mittelpunkt gestanden, die die Konkubinatspartner gemeinsam gezeugt oder zumindest gemeinsam erzogen hätten.

Im vorliegenden Fall bringe die Beschwerdeführerin vor, seit ihrer Trennung im August 2011 und dem Einzug bei ihrem Partner führe sie mit diesem eine stabile Beziehung. Auch wenn man auf diesen Zeitpunkt abstellen würde, was angesichts der Registrierung bei der Einwohnerkontrolle zwischen Oktober und Dezember 2011 zweifelhaft erscheine, sei die Dauer der Beziehung zu kurz, um sie dem aus Art. 8 EMRK fließenden Schutz der Achtung des Familienlebens zu unterstellen; dies umso mehr, als die Konkubinatspartner nichts im Hinblick auf einen Eheschluss unternommen hätten und keine gemeinsamen Kinder vorhanden seien. Im Übrigen sei die Bestätigung, dass der Partner der Beschwerdeführerin für diese aufkommen wolle, wohl ein Element für den Schluss, die beiden würden in einer stabilen Beziehung leben. Dies ändere aber nichts daran, dass ihre gemeinsam verbrachte Zeit zu kurz sei, um als stabile Beziehung anerkannt zu werden.“

8. *Gibt es Beispiele aus der Rechtsprechung europäischer Gerichtshöfe, in denen ein Einfluss der Rechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte erkennbar ist?*

Es ist schwierig für uns zu beurteilen, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichts Einflüsse auf diejenige der europäischen Gerichtshöfe hat. Die schlichte Tatsache, dass der EGMR in konkreten Fällen im Wesentlichen der Sichtweise und Argumentation des Bundesgerichts folgt (z.B. im Fall des Verbots für eine Lehrerin, in der Schule den islamischen Schleier zu tragen, BGE **123 I 296** vom 12. November 1997 und Geschäftsnummer **42393/98** vom 15. Februar 2001), erscheint uns kein ausreichender Hinweis zu sein, der schweizerischen Rechtsprechung einen solchen Einfluss zuzuerkennen.

## II. Wechselwirkungen zwischen Verfassungsgerichten

1. *Nimmt das Verfassungsgericht in seiner Judikatur Bezug auf die Rechtsprechung anderer europäischer oder nichteuropäischer Verfassungsgerichte?*

Das Bundesgericht nimmt oft Bezug auf die Rechtsordnung, die Rechtsprechung und die Doktrin anderer Länder, namentlich von Deutschland, Frankreich und Italien<sup>8</sup>, mit denen die Schweiz die gleichen Sprachen und die gleiche Rechtstradition (römisch-germanische Tradition) teilt. Ganz besonders berücksichtigt wird die Rechtsprechung der deutschsprachigen Länder:

- In BGE **137 I 305** vom 21. November 2011 musste das Bundesgericht über eine Beschwerde gegen die Nichtfortführung der (zeitlich befristeten) Kommission für die Gleichstellung von Mann und Frau im Kanton Zug befinden. In diesem Zusammenhang legte es die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Deutschland zur unrechtmässigen Verweigerung oder Verzögerung eines Erlasses dar.
- In BGE **135 IV 6** vom 4. November 2008 untersuchte das Bundesgericht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Deutschland im Zusammenhang mit einem Dauerdelikt.
- In BGE **134 IV 121** vom 29. November 2007 erörterte das Bundesgericht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Deutschland im Hinblick auf die Frage, ob das Verbot der Rückwirkung auch für die Verwahrung gilt.

---

<sup>8</sup> S. z. B. BGE 137 V 210 vom 28. Juni 2011, in dem das Bundesgericht eine Frage zur Invalidenversicherung rechtsvergleichend untersucht; BGE 136 IV 97 vom 26. August 2010, in dem das Bundesgericht die verschiedenen Lösungen der Nachbarstaaten betr. die Zwangsernährung von Gefangenen im Hungerstreik untersucht, oder auch BGE 135 III 433 vom 23. April 2009 betr. die Qualifikation der Konventionalstrafe.

- Im Fall **5A\_840/2011** vom 13. Januar 2012 verwies das Bundesgericht vor allem auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des Obersten Gerichtshofs von Österreich zum Prinzip der raschen Rückführung von Kindern und zu den Ausnahmen davon gemäss dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.
- Im Fall **6B\_4/2011** vom 28. November 2011 musste das Bundesgericht prüfen, ob das Datenschutzgesetz verletzt wurde, als ein Bericht über den Therapieverlauf bei einem Gefangenen im Strafvollzug von der zuständigen Behörde in einem Kanton an diejenige in einem anderen Kanton weitergeleitet wurde. Es bezog sich auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum informationellen Selbstbestimmungsrecht.
- In BGE **123 I 152** vom 19. März 1997 beschäftigte sich das Bundesgericht mit der Solothurner Volksinitiative mit dem Titel "Für eine gleichberechtigte Vertretung der Frauen und Männer in den kantonalen Behörden – Initiative 2001", welche die Einführung einer Frauenquote für den Kantonsrat, den Regierungsrat und die Gerichte des Kantons verlangte. In diesem Rahmen untersuchte das Bundesgericht die Rechtsprechung des französischen Verfassungsrates und des italienischen Verfassungsgerichts zu den politischen Rechten der Frauen.

2. *Wenn ja, tendiert das Verfassungsgericht dazu, Rechtsprechung vornehmlich aus dem gleichen Sprachraum heranzuziehen?*

Da die Schweiz ein mehrsprachiges Land ist, dessen Nationalsprachen Deutsch, Französisch, Italienisch und Romanisch sind, bezieht sich das Bundesgericht tatsächlich vor allem auf die Rechtsprechung der Nachbarstaaten, vornehmlich auf diejenige der deutschsprachigen Länder.

3. *In welchen Rechtsgebieten (Zivilrecht, Strafrecht, öffentliches Recht) greift das Verfassungsgericht auf die Rechtsprechung anderer europäischer oder nichteuropäischer Verfassungsgerichte zurück?*

Das Bundesgericht befasst sich mit der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte sowohl im öffentlichen Recht<sup>9</sup>, als auch im Strafrecht<sup>10</sup> und im Zivilrecht<sup>11</sup>.

4. *Sind Einflüsse von Entscheidungen des Verfassungsgerichts auf die Rechtsprechung ausländischer Verfassungsgerichte feststellbar?*

Die Frage, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichts Einfluss auf diejenige der europäischen Gerichtshöfe hat, ist heikel. Letztlich können wir sie nicht beantworten.

<sup>9</sup> BGE 137 I 305 vom 21. November 2011; Urteil 6B\_4/2011 vom 28. November 2011

<sup>10</sup> BGE 135 IV 6 vom 4. November 2008; BGE 134 IV 121 vom 29. November 2007

<sup>11</sup> Urteil 5A\_840/2011 vom 13. Januar 2012

Die Teilnahme des Bundesgerichts an internationalen Vereinigungen begünstigt aber sicher den Austausch von Ideen und von gemeinsamen Erfahrungen unter den Verfassungsgerichten. Erwähnt sei vor allem die Mitwirkung der Schweiz in der Venedig-Kommission, die mit ihrem Bulletin zur verfassungsrechtlichen Rechtsprechung, mit der Datenbank CODICES und dem Venedig-Forum den Austausch zwischen den Gerichtshöfen sicherstellt sowie die rechtsvergleichende Tätigkeit der Praktiker erleichtert und diesen erlaubt, sich von Lösungen in anderen Ländern inspirieren zu lassen, vor allem auf dem Gebiet der Grundrechte. Durch diese drei Instrumente können die Mitgliedstaaten von der Rechtsprechung des Bundesgerichts Kenntnis nehmen und sich von ihr inspirieren lassen.

5. *Gibt es Formen der Kooperation jenseits der wechselseitigen Rezeption der Rechtsprechung?*

Ja, vor allem über zahlreiche internationale Beziehungen, die das Bundesgericht geknüpft hat, insbesondere mit den Nachbarstaaten und über diejenigen internationalen Organisationen, in denen es Mitglied ist.

Im Juli 2012 ist dem Bundesgericht in Marrakesch durch die Generalversammlung das erste Vizepräsidium der Vereinigung ACCPUF (Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français) übertragen worden, an der 46 französischsprachige Verfassungsgerichte beteiligt sind. Damit wird das Bundesgericht gemäss den Statuten im Jahre 2015 den Kongress und die nächste Generalversammlung organisieren.

2012 nahm das Bundesgericht an der Vorkonferenz der Europäischen Verfassungsgerichte in Wien und am Sechser-Treffen der deutschsprachigen Verfassungsgerichte und der europäischen Gerichte in Luxemburg teil, das vom Gerichtshof der Europäischen Union organisiert wurde. Bei dieser Gelegenheit hat es auch den EFTA-Gerichtshof besucht. Das Bundesgericht wirkte am Treffen der obersten, deutschsprachigen Verwaltungsgerichte in Wien mit und traf sich zu Fachgesprächen mit dem französischen Verfassungsrat in Paris und dem Bundesfinanzhof in München. Es empfing vom 29. März bis zum 1. April an seinem zweiten Standort in Luzern den österreichischen Verfassungsgerichtshof zu einem bilateralen Meinungsaustausch zu verschiedenen gerichtsorganisatorischen und verfassungsrechtlichen Fragen. Das Bundesgericht nahm an weiteren internationalen Tagungen teil. Der Vizepräsident vertrat das Bundesgericht an der 20-Jahr-Feier des Obersten Wirtschaftsgerichts von Russland und an der 50-Jahr-Feier des türkischen Verfassungsgerichts.

### **III. Wechselwirkungen zwischen europäischen Gerichten in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichte**

1. *Fliessen Bezugnahmen auf das Recht der Europäischen Union oder die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union, so wie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zitiert, in die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts ein?*

Siehe die Antworten zu den Fragen I.4. und I.5.

2. *Welchen Einfluss hat die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte auf das Verhältnis zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Union?*

Diese Frage können wir nicht beantworten.

3. *Haben Unterschiede in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte einerseits und des Gerichtshofes der Europäischen Union andererseits Auswirkungen auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts?*

Das Bundesgericht hat soweit ersichtlich noch in keinem seiner Urteile auf Diskrepanzen zwischen der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH hingewiesen. Aber es würde solche Unterschiede wahrscheinlich in der gleichen Weise berücksichtigen, wie es die Rechtsprechung der beiden Gerichte beachtet (siehe die Punkte I.4. und I.5. oben).

## Anhänge

Alle Urteile des Bundesgerichts können gratis auf der Internet-Seite des Gerichts mit der Adresse <http://www.bger.ch> unter "Rechtsprechung" abgerufen werden.

Zitierte BGE	Zitierte Urteile des Bundesgerichts	Zitierte Urteile des EGMR
139 I 16		
138 I 475	6B_196/2012	10593/08
138 I 425	5A_840/2011	34124/06
138 I 367	6B_4/2011	11663/04
138 I 205	1C_41/2008	42393/98
138 II 251	1P.772/2005	
138 IV 86	2P.278/2002	
138 V 197		
137 I 363		
137 I 305		
137 V 210		
136 I 297		
136 I 290		
136 II 65		
136 IV 97		
135 III 433		
135 IV 6		
134 IV 121		
133 II 450		
133 V 367		
131 II 352		
131 IV 78		
124 I 231		
123 I 296		
123 I 152		
99 Ib 39		