

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



Rechts- und Informationsdienst
Av. du Tribunal fédéral 29
CH - 1000 Lausanne 14
Tel. +41 (0)21 318 91 11
www.bger.ch
no dossier 201.1_08
DOCID 7874382

Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte (CECC)

XIX. Kongress in Chisinau

21.-24. Mai 2024

Bericht des Schweizerischen Bundesgerichts

Formen und Grenzen der richterlichen Ehrerbietung: der Fall der Verfassungsgerichte¹

¹ verfasst von: Alberta L'Eplattenier, Eldina Kurtic et Sonia Sanchez

Vorbemerkungen

Das Bundesgericht ist die oberste Recht sprechende Behörde der Schweizerischen Eidgenossenschaft². 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. Akte der Bundesversammlung (gesetzgebende Gewalt) und des Bundesrates (vollziehende Gewalt) können aber nicht vor das Schweizerische Bundesgericht gebracht werden, es sei denn, das Gesetz oder internationales Recht sehen Ausnahmen vor³. Das Bundesgericht ist ausserdem verpflichtet, die Bundesgesetze und das Völkerrecht anzuwenden⁴ auch wenn ein Bundesgesetz verfassungswidrig sein sollte. Gegenstand der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts sind somit ausschliesslich kantonale Erlasse (Gesetze und Verordnungen) oder Entscheide. 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. Insofern gilt für die Schweiz eine beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit. Dieses Grundprinzip wird in den Ausführungen zu den einzelnen Antworten näher erläutert werden. Die Antworten auf die gestellten Fragen müssen vor dem Hintergrund der beschränkten Zuständigkeit des Schweizerischen Bundesgerichts für die Prüfung der Verfassungsmässigkeit gesehen werden.

² Art. 188 der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft [BV, SR 101]. 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.

³ Art. 189 Abs. 4 BV; siehe auch BGE 134 V 443 E. 3.2: "Au regard des art. 29a et 189 al. 4 Cst., on doit déduire qu'il appartient au législateur fédéral d'examiner et de décider dans quelle situation il entend soumettre les actes du Gouvernement fédéral au contrôle du juge (...), sous réserve des cas dans lesquels le droit international imposerait l'accès juridictionnel".

⁴ Art. 190 BV

I. Nicht justiziable Angelegenheiten und Intensität der Präferenz

1. Berücksichtigt Ihr Gericht ein Spektrum von gerichtlichen Rücklegungen? Gibt es "unbekannte" Bereiche oder vorher festgelegte Bereiche, in denen keine rechtliche Verantwortlichkeit besteht, oder nicht justiziable Fragen für Ihren Gerichtshof (z.B. kontroverse moralische Fragen, politische Empfindlichkeiten, Kontroversen in der Gesellschaft, begrenzte Ressourcenzuweisung, erhebliche finanzielle Auswirkungen für die Regierung usw.)?

Ja, das Prinzip der richterlichen Zurückhaltung ist auch für das Schweizer Bundesgericht von Bedeutung und beeinflusst seine Arbeitsweise. Es findet seine Anwendung einerseits in der gesetzlichen Kognitionsbeschränkung, andererseits aber auch in der materiellrechtlich begründeten Kognitionsbeschränkung bei Vorliegen von ortsabhängigen oder sonstigen partikulären Besonderheiten (siehe dazu Antwort zu Frage 2). Ein Hauptgrund der gesetzlichen Kognitionsbeschränkung des Bundesgerichts ist dessen chronische Überlastung⁵ und damit die Befürchtung, dass das Bundesgericht seine Hauptaufgaben, nämlich die Gewährung des Rechtsschutzes im konkreten Fall, die schweizweite einheitliche Rechtsanwendung und die Weiterentwicklung der Rechtsfortbildung, nicht mehr erfüllen könnte. Gestützt auf Art. 29a Satz 2 in Verbindung mit Art. 191 Abs. 3 BV können Bund und Kantone die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen durch Gesetz ausschliessen. Ein solcher Ausschluss kann darin bestehen, dass gewisse Bereiche von der richterlichen Überprüfung gänzlich ausgenommen werden, oder auch darin, dass die richterliche Kognition für bestimmte Arten von Streitigkeiten auf Rechtsfragen oder gar nur auf eine Willkürprüfung beschränkt wird. Das Bundesgerichtsgesetz⁶ sieht folgende gesetzliche Kognitionsbeschränkungen des Bundesgerichts vor:

Sachverhaltsfeststellung: Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat.⁷ Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht.⁸

Rechtsanwendung von Amtes wegen: Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an.⁹ Es prüft aber die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist.¹⁰

Streitwertgrenzen: Das Bundesgesetz über das Bundesgericht¹¹ sieht Streitwertgrenzen vor - dies allerdings nur wenn nicht Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung geltend gemacht werden -, die den Zugang zum Bundesgericht begrenzen können¹².

⁵ BBI 2001 4211

⁶ Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110

⁷ Art. 105 Abs. 1 und Art. 118 Abs. 1 BGG

⁸ Art. 97, Art. 105 Abs. 2 und Art. 118 Abs. 2 BGG

⁹ Art. 106 Abs. 1 BGG

¹⁰ Art. 106 Abs. 2 BGG

¹¹ Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110

¹² Art. 74, 75 und 85 BGG

Ausnahmen vom Zugang zum Bundesgericht¹³. Besonders zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang der Ausnahmekatalog von Art. 83 BGG. Er sieht einen reichhaltigen Katalog von Sachgebieten vor, die vom Zugang zum Bundesgericht ausgeschlossen sind. Ausgeschlossen sind zum Beispiel Entscheide auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt, Entscheide zum Einbürgerungsrechts (lit. b), zum Ausländerrecht (lit. c) und zum Asylrecht (lit. d), um nur einige zu nennen. Eine abschliessende Auflistung findet sich in Art. 83 BGG. Der Ausschluss eines Sachgebietes hat zur Folge, dass die Verantwortung, letztinstanzlich die Einhaltung des Bundesrechts (einschliesslich der Grundrechte) zu gewährleisten, in diesen Gebieten beim Bundesverwaltungsgericht oder bei den kantonalen Gerichten liegt¹⁴. Zu bemerken ist aber, dass der Gesetzgeber solche Ausschlüsse von der richterlichen Beurteilung nur für "Ausnahmefälle" vorsehen darf¹⁵.

2. Gibt es Faktoren, die ausschlaggebend dafür sind, wie und wann Ihr Verfassungsgericht sich respektvoll verhalten sollte (z. B. die Kultur und die Bedingungen Ihres Landes; die historischen Erfahrungen Ihres Landes; der absolute oder eingeschränkte Charakter der fraglichen Grundrechte; die Frage, die vor dem Verfassungsgericht erörtert wird; ob die Umstände des Falles veränderte soziale Bedingungen und Einstellungen beinhalten)?

Neben der vom Gesetz vorgesehenen richterlichen Kognitionsbeschränkung hält sich das Bundesgericht auch immer wieder bei der Beurteilung von Entscheiden der Vorinstanzen zurück. Faktoren, die das Bundesgericht zu richterlicher Zurückhaltung bewegen können, sind vielfältig. Das Bundesgericht übt eine gewisse Zurückhaltung, wenn die Vorinstanzen über ein besonderes Fachwissen verfügen. Im Rahmen dieses "technischen Ermessens" belässt es der verfügenden Behörde bei der Bewertung von ausgesprochenen Fachfragen einen gewissen Beurteilungsspielraum, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat¹⁶. So bezeichnet es zum Beispiel die Tierversuchskommission, die Eidgenössische Elektrizitätskommission¹⁷, die Natur- und Heimatschutzkommission und Umweltschutzfachstellen als solche Fachbehörden¹⁸. Auch bei der materiellen Beurteilung von Prüfungsentscheiden übt das Bundesgericht Zurückhaltung, indem es erst einschreitet, wenn sich die Behörde von sachfremden oder sonst wie ganz offensichtlich unhaltbaren Erwägungen hat leiten lassen, so dass ihr Entscheid unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als nicht mehr vertretbar und damit als willkürlich erscheint¹⁹.

Bei Vorliegen von spezifischen örtlichen Besonderheiten, wie z.B. im Rahmen des Raumplanungsrechts der Kantone, welche die kantonalen Behörden besser kennen, übt das Bundesgericht eine gewisse Zurückhaltung²⁰.

¹³ Art. 73, 79 und 83 BGG

¹⁴ BBl 2001 4230

¹⁵ Art. 29a zweiter Satz BV

¹⁶ vgl. BGE 135 II 384 E. 2.2; die Rechtsprechung des Bundesgerichts kann auf der Webseite <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?type=start&lang=de> kostenlos konsultiert werden

¹⁷ BGE 142 II 451 E. 4.5.1

¹⁸ BGE 139 II 185 E. 9.2

¹⁹ BGE 136 I 229 E. 6.2: Überprüfung einer Prüfungsnote an einer Universität; BGE 131 I 467 E. 3.1: Rechtsanwalts- oder Notariatsprüfungen

²⁰ BGE 147 II 465 E. 4.3.2; Überprüfung der Schutzwürdigkeit einer Baute aus Gründen des Denkmalschutzes und des Landschaftsschutzes; Deponiestandort in Richtplan: BGE 147 I 433

Im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle kantonalen Rechts schränkt das Bundesgericht seine Kognition auch aus Gründen des Föderalismus und der Verhältnismässigkeit ein (für weitere Ausführungen siehe Antwort zu Frage 5).

3. Gibt es Situationen, in denen Ihr Verfassungsgericht aufgrund mangelnder institutioneller Zuständigkeit oder mangelnden Fachwissens Ehrerbietung geübt hat?

Siehe dazu Antwort zu Frage 2 und zu Frage 5.

4. Gibt es Fälle, in denen Ihr Verfassungsgericht eine Ausnahme gemacht hat, weil die Gefahr eines Justizirrtums bestand?

Wie in den Vorbemerkungen erwähnt, ist das Bundesgericht die oberste rechtsprechende Behörde der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Als letztinstanzliche oberste Behörde wacht es über die Einhaltung der Bundesgesetzgebung in allen Rechtsgebieten.

Es kann vom Grundsatz, dass es seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde legt, den die Vorinstanz festgestellt hat, abweichen²¹ und die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht²² (für weitere Ausführungen siehe Antwort zu Frage 1).

Des Weiteren kann das Bundesgericht vom Prinzip der richterlichen Zurückhaltung im Zusammenhang mit Fachwissen, spezifischen örtlichen Besonderheiten oder aus föderalistischen Überlegungen und zugunsten der Verhältnismässigkeit vom Prinzip der richterlichen Zurückhaltung abweichen, wenn der Entscheid der Vorinstanz offensichtlich unhaltbar und den Prinzipien eines Rechtsstaates entgegensteht (weitere Ausführungen dazu siehe Antwort zu Frage 2).

In Anbetracht der obigen Ausführungen ist die vom Bundesgericht vorgenommene richterliche Kontrolle im Gegenteil ein Mittel, um mögliche Justizfehler der unteren Instanzen zu korrigieren.

5. Gibt es Fälle, in denen sich Ihr Verfassungsgericht auf die institutionelle oder demokratische Legitimation des Entscheidungsträgers berufen hat?

Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist ein wichtiges Grundprinzip der schweizerischen Staatsordnung (zusammengesetzt aus Legislative, Exekutive und Judikative) und schützt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Einhaltung der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung²³. Aufgrund seiner demokratischen Legitimation (Bundesgesetze werden dem Volk zur Abstimmung vorgelegt, wenn 50'000 Bürger oder 8 Kantone dies verlangen [fakultatives Referendum]) steht das Parlament über der judikativen Gewalt²⁴. Die Schweizer Rechtsordnung verleiht also dem demokratischen Prinzip eine Vorrangstellung.

²¹ Art. 105 Abs. 1 und Art. 118 Abs. 1 BGG

²² Art. 97, Art. 105 Abs. 2 und Art. 118 Abs. 2 BGG

²³ vgl. z.B. BGE 147 I 478, BGE145 V 380

²⁴ Federica De Rossa Gisimundo, Die Rolle der Verfassungsgerichte in der "Multi-Level-Governance", 2016, S. 43ff.

Die Bundesverfassung gewährleistet mit einigen Bestimmungen, dass die Gewaltenteilung eingehalten wird und die Judikative sich nicht über die Legislative stellt. Wie in den Vorbemerkungen schon erwähnt, können Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates können beim Bundesgericht nicht angefochten werden (Art. 189 Abs. 4 BV); Ausnahmen bestimmt das Gesetz und das internationale Recht. Zudem bestimmt Artikel 190 BV, dass "Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind", auch wenn ein Bundesgesetz verfassungswidrig sein sollte.

Wie ebenfalls in den Vorbemerkungen erwähnt, können hingegen 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 werden. Im Rahmen der abstrakten Kontrolle der Verfassungsmässigkeit kantonaler Normen beruft sich das Bundesgericht jedoch auf die institutionelle oder demokratische Legitimation des Entscheidungsträgers. In diesem Fall überprüft das Bundesgericht den Erlass grundsätzlich mit freier Kognition, auferlegt sich aber aus Gründen des Föderalismus, der Verhältnismässigkeit und - bei der Überprüfung kommunalen Rechts - der Gemeindeautonomie eine gewisse Zurückhaltung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dabei massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigemessen werden kann, der sie mit dem angerufenen Verfassungs- oder Gesetzesrecht vereinbar erscheinen lässt. Das Bundesgericht hebt eine kantonale (oder kommunale) Norm nur auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen bzw. mit dem höherstufigen Bundesrecht vereinbarten Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist²⁵. Erscheint eine generell-abstrakte Regelung unter normalen Verhältnissen, wie sie der Gesetzgeber voraussetzen durfte, als verfassungsrechtlich zulässig, so vermag die ungewisse Möglichkeit, dass sie sich in besonders gelagerten Einzelfällen als verfassungswidrig erweisen könnte, ein Eingreifen des Verfassungsrichters im Stadium der abstrakten Normenkontrolle im Allgemeinen noch nicht zu rechtfertigen; den Betroffenen verbleibt die Möglichkeit, eine allfällige Verfassungswidrigkeit bei der Anwendung im Einzelfall geltend zu machen²⁶. Das Bundesgericht respektiert somit den politischen Spielraum des (kantonalen und kommunalen) Gesetzgebers und übt bei der Normenkontrolle eine gewisse Zurückhaltung.

Als Beispiel, in dem sich das Bundesgericht in seiner Entscheidungsfindung zurückhaltend geäussert hat, ist die Beurteilung des Veranstaltungsverbots des Kantons Schwyz zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie zu erwähnen. In diesem Fall hat sich das Bundesgericht ebenfalls auf die institutionelle Legitimation des Regierungsrats des Kantons Schwyz abgestützt und das Veranstaltungsverbot in Anbetracht des dem Regierungsrat zustehenden Ermessensspielraums als gesetzes- und verfassungskonform und namentlich als verhältnismässig erachtet. Es führte unter anderem aus: "Das Bundesgericht prüft bei Grundrechtseingriffen die Verhältnismässigkeit frei. Es auferlegt sich aber eine gewisse Zurückhaltung, wenn sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen oder besondere örtliche Umstände zu würdigen sind, welche die kantonalen Behörden besser kennen und überblicken als das Bundesgericht"²⁷. Gestützt auf den Grundsatz der freien Verhältnismässigkeitsprüfung hat das Bundesgericht die Rechtslage in einem Fall den Kanton Bern betreffend anders

²⁵ BGE 148 I 198 E. 2.2; BGE 147 I 308 E. 3; BGE 145 I 26 E. 1.4; BGE 143 I 272 E. 2.5; BGE 137 I 77 E. 2

²⁶ BGE 137 I 77 E. 2

²⁷ BGE 147 I 450 E. 3.2.5

beurteilt und sich nicht zurück gehalten die kantonale Praxis zu verwerfen²⁸. Es betrachtete die Beschränkung der Teilnehmerzahl an politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen auf 15 Personen als unverhältnismässig²⁹ und als verfassungswidrigen Eingriff in die Versammlungsfreiheit³⁰.

6. "Je mehr die Gesetzgebung ein breites sozialpolitisches Problem betrifft, desto weniger wird das Gericht bereit sein, einzugreifen". Ist dies ein gültiger Maßstab für Ihren Gerichtshof? Teilt Ihr Gerichtshof die Auffassung, dass Fragen der öffentlichen Ordnung durch demokratische Verfahren entschieden werden sollten, da die Gerichte nicht gewählt sind und nicht über das demokratische Mandat verfügen, über Angelegenheiten der öffentlichen Politik zu entscheiden?

Die Schweiz ist eine repräsentative Demokratie, die den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern direkt-demokratische Instrumente zur Verfügung stellt, die es ihnen erlauben, an der politischen Ausgestaltung der Schweiz teilzunehmen³¹. Die Präambel und Art. 2 der Bundesverfassung unterstreichen den Schutz und die Weiterentwicklung der Demokratie und der Rechte der einzelnen Bürgerinnen und Bürger. Der Demokratiegrundsatz ist in der Schweiz tief verankert. Dieses Demokratieverständnis ist auch vom Bundesgericht in seinen Urteilen zu beachten: "Die Bedeutung der Demokratie erfordert vom schweizerischen Richter, dass er mit notwendiger rationaler Sensibilität über demokratisch legitimierte Entscheidungen urteilt, um die nötige soziale Akzeptanz zu bekommen und damit den Rechtsfrieden zu fördern sowie dem sozialen Ungehorsam entgegen zu wirken"³². Das Bundesgericht übt in politisch heiklen Problemstellungen des öfteren richterliche Zurückhaltung. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang der Entscheid des Bundesgerichts in Sachen "Klimaseniorinnen"³³. Mit ihrer Klage wollten die Beschwerdeführerinnen die Schweizer Regierung dazu bringen, in der Problematik des Klimawandels mehr zu unternehmen und den rechtlichen Rahmen der Auswirkungen des Klimawandels zu regeln. In der Beantwortung dieses Anliegens verhielt sich das Bundesgericht zurückhaltend und betonte, dass Anträge auf eine bestimmte Gestaltung aktueller Politikbereiche nach dem schweizerischen Verfassungsrecht grundsätzlich auf dem Weg der demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten eingebracht werden könnten³⁴. Das Bundesgericht verwies die Beschwerdeführerinnen dabei auf die politischen Rechte, wie die Ergreifung einer Volksinitiative zur Total- oder Teilrevision der Bundesverfassung³⁵, das Petitionsrecht³⁶, das Initiativ- und Antragsrecht der Mitglieder der Eidgenössischen Räte, der Fraktionen, parlamentarischen Kommissionen und Kantone³⁷ und das Antragsrecht der Ratsmitglieder und des Bundesrats zu einem in Beratung stehenden Geschäfts³⁸ ³⁹. Es argumentierte: "Derartige Anliegen sind nicht auf dem Rechtsweg, sondern mit politischen Mitteln

²⁸ BGE 148 I 33

²⁹ BGE 148 I 33 E. 7.7

³⁰ BGE 148 I 33 E. 8

³¹ vgl. M. E. Looser, verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, 2011, S. 650 ff. Rz. 16 und 17

³² vgl. M. E. Looser, verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, 2011, S 65 Rz. 17

³³ BGE 146 I 145

³⁴ BGE 146 I 145 E. 4

³⁵ Art. 138 f. BV

³⁶ Art. 33 BV

³⁷ Art. 160 Abs. 1 BV

³⁸ Art. 160 Abs. 2 BV

³⁹ BGE 146 I 145 E. 4

durchzusetzen, wozu das schweizerische System mit seinen demokratischen Instrumenten hinreichende Möglichkeiten eröffnet⁴⁰.

Auch in sozialpolitisch brisanten Fragestellungen verhält sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung des öfteren zurückhaltend. So sind Entscheide im Bereich der Berechnung von Unfallversicherungsleistungen für Werkstudenten⁴¹, die Auseinandersetzung mit den Anspruchsvoraussetzungen für eine Witwen- und Witwerrente⁴² und im Bereich des Familiennachzugs für Schweizer Bürger⁴³ in diesem Zusammenhang erwähnenswert.

7. Akzeptiert Ihr Verfassungsgericht einen allgemeinen Grundsatz der Ehrerbietung gegenüber der Rechtsprechung im Bereich der Strafrechtspolitik und -philosophie?

Ja, das Bundesgericht respektiert bei der Beurteilung von Beschwerden in Strafsachen gemäss Art. 78 bis 81 BGG grundsätzlich die Rechtsprechung im Bereich der Strafrechtspolitik und -philosophie der unteren Gerichtsinstanzen. Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden in Strafsachen, die gegen letztinstanzliche kantonale Urteile und gegen Urteile des Bundesstrafgerichts erhoben werden⁴⁴. Der von der Vorinstanz als erwiesen angesehene Sachverhalt kann vom Bundesgericht aber nur sehr beschränkt überprüft werden. Gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG ist das Bundesgericht grundsätzlich an den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt gebunden. Als oberste Recht sprechende Behörde⁴⁵ hat das Bundesgericht die angefochtenen Entscheidungen auf die richtige Rechtsanwendung hin zu überprüfen. Für ergänzende Tatsachen- und Beweiserhebungen sind die Sachgerichte zuständig. Art. 105 Abs. 2 BGG verpflichtet das Bundesgericht somit nicht zur Sachverhaltsergänzung. Ist aber ein Sachverhalt lückenhaft, so ist gestützt auf Art. 107 Abs. 2 BGG das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur ergänzenden Tatsachenfeststellung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen⁴⁶. Die meisten Rechtsmittel sind reformatorisch. Wenn ein Fall spruchreif ist, soll das Gericht reformatorisch entscheiden. Das gilt grundsätzlich auch für die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts⁴⁷.

8. Es kann strengere Umstände geben, unter denen die Regierung keine Informationen an den Gerichtshof weitergeben darf, insbesondere im Zusammenhang mit Fällen der nationalen Sicherheit, die Verschlussachen betreffen. Hat der Gerichtshof Ihnen jemals aus Gründen der nationalen Sicherheit Nachsicht entgegengebracht?

Ja, das Bundesgericht kann aus Gründen der nationalen Sicherheit richterliche Zurückhaltung üben. Gemäss Art. 83 lit. a BGG sind Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen

⁴⁰ BGE 146 I 145 E. 5.5

⁴¹ BGE 148 V 84, dort E. 4.6.1 und 7.4; siehe dazu Antwort zu Frage 5

⁴² 9C_617/2011 vom 4. Mai 2012 E. 3.5; siehe dazu Antwort zu Frage 9

⁴³ BGE 136 II 120 E. 3.5.2; siehe dazu Antwort zu Frage 9

⁴⁴ Art. 80 BGG

⁴⁵ Art. 1 Abs. 1 BGG

⁴⁶ vgl. z.B. 133 IV 293 E. 3.4.2

⁴⁷ C. Hurni, Gerichte legen Regeln schärfer aus als nötig, plädoyer 5/2019 S. 11: "Doch diese Abteilung hat die Praxis – entgegen dem Wortlaut von Artikel 107 Absatz 2 BGG –, stets zu kassieren und nie reformatorisch zu entscheiden. Kommt diese Abteilung aber zum Schluss, dass die Strafzumessung unrichtig vorgenommen wurde, und kennt sie sämtliche Tatsachenelemente, dann gibt es keinen Grund, die Strafe nicht selbst festzulegen."; siehe auch z.B. 6B_146/2007 vom 24. August 2007 E. 7.2 (Erwägung nicht publiziert in BGE 133 IV 293)

Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt, die im Wesentlichen politische Fragen betreffen, vom Zugang zum Bundesgericht ausgeschlossen. Es handelt sich dabei um eigentliche Regierungsakte (sog. "actes de gouvernement") also Ermessensentscheide, für welche die Verantwortung allein bei der Regierung liegen muss⁴⁸. Das Bundesgericht betont in seiner Rechtsprechung, dass derartige Entscheidungen nicht oder kaum justiziabel sind und die Regierung für die getroffenen Entscheidungen allein verantwortlich bleiben muss, da die Massnahmen, welche den Schutz der staatlichen Integrität und die Aufrechterhaltung der guten Beziehungen mit dem Ausland betreffen, zu ihren wesentlichen Aufgaben gehören⁴⁹. Als Massnahmen zur Wahrung der nationalen Sicherheit gelten vorab Anordnungen des Bundesrates und der Bundesverwaltung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 oder Art. 185 Abs. 3 BV⁵⁰. Das Bundesgericht hat ebenfalls Art. 83 lit. a BGG angewendet, wenn polizeiliche Massnahmen in Frage stehen, welche unmittelbar auf eine Prävention vor Terrorismus, Spionage, gewalttätigem Extremismus, organisiertem Verbrechen oder politischer Agitation ausgerichtet sind. Die Entscheidungen des Sonderbeauftragten über die Einsicht in die Staatsschutzakten des Bundes⁵¹ oder die Beschlagnahme von Propagandamaterial der Kurdischen Arbeiterpartei PKK⁵² sind von der Rechtsprechung als die nationale Sicherheit i.S.v. Art. 83 lit. a BGG betreffend beurteilt worden. Gleich hat das Bundesgericht bezüglich eines Einreiseverbots entschieden, welches im Interesse der öffentlichen Ordnung und der nationalen Sicherheit gegen einen LPK- und UÇK-Aktivist⁵³ verhängt worden ist.

9. In Anbetracht der Rolle der Verfassungsgerichte als Hüter der Verfassung sollten sie in angeblich verfassungswidrige staatliche Massnahmen eingreifen, wenn die Regierungen bei der Umsetzung von Reformen zur Einhaltung der Grundrechte passiv sind?

Wie bereits mehrfach erwähnt, kennt die Schweiz nur eine partielle Verfassungsgerichtsbarkeit. Im Gegensatz zu den meisten anderen Staaten bestimmt Artikel 190 BV, dass "Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind", auch wenn das Bundesgesetz verfassungswidrig sein sollte. Artikel 190 BV verbietet es dem Bundesgericht aber nicht, die Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen. Es ist befugt, festzustellen, dass ein Bundesgesetz Verfassungsrecht verletzt. Es kann diese Feststellung hingegen nicht mit der Aufhebung oder der Nichtanwendbarkeit des betreffenden Gesetzes sanktionieren, und muss die gesetzliche Bestimmung trotzdem anwenden⁵⁴. Das Bundesgericht kann aber auch dem Gesetzgeber unter Umständen eine Gesetzesanpassung empfehlen⁵⁵. Weiter kann es den Gesetzgeber über Problemfelder bei der Gesetzesanwendung in Kenntnis setzen, die beim Erlass eines Gesetzes nicht ersichtlich waren. Das Bundesgericht kann also Impulse an den Gesetzge-

⁴⁸ T. Häberli, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2018, Art. 83 BGG Rz. 20

⁴⁹ z.B. BGE 132 II 342 E. 1: Interpol-Verordnung; BGE 137 I 371 E. 1.2: Intervention der Schweiz bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) mit dem Ziel, einer ausdrücklichen Zustimmung zu einem Arrest Vorschub zu leisten

⁵⁰ so z.B. 1A.157/2005: Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung von UNO-Sanktionen gemäss Art. 1 ff. des Bundesgesetzes vom 22. März 2002 über die Durchführung von internationalen Sanktionen, EmbG, SR 946.231

⁵¹ "Fichen-Affäre", BGE 117 Ia 202 E. 6b, BGE 117 Ia 221 E. 4 und BGE 118 Ib 277 E. 2b

⁵² BGE 125 II 417 E. 4

⁵³ BGE 129 II 193 E. 2.1

⁵⁴ Urteil des Bundesgerichts 9C_617/2011 vom 4. Mai 2012

⁵⁵ Artur Terekhov, Von der gebotenen Differenzierung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber kantonalem Recht und Bundesrecht im Lichte der Gewaltenteilung, in: ius.full 6/20 S. 163

ber geben⁵⁶.

Als Beispiel ist der Fall 9C_617/2011 zu erwähnen, in dem das Bundesgericht festgestellt hat, dass der Gesetzgeber mit der unterschiedlichen Regelung der Voraussetzungen für Witwen- und Witwerrente in Art. 24 Abs. 2 AHVG explizit eine geschlechtsspezifische Unterscheidung vorgenommen hat, die sich weder wegen biologischer noch wegen funktionaler Verschiedenheiten aufdrängt. Das ist eine mit dem heutigen Art. 8 Abs. 3 BV unvereinbare Verfassungswidrigkeit, die bis heute besteht. Das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden sind indes an die Bestimmung gebunden. Dieser Entscheid wurde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg weiter gezogen (siehe dazu auch Antwort zu Frage 30).

Das Bundesgericht hat als weitere Möglichkeiten, sich in den Gesetzgebungsprozess einzubringen, das Anfügen von obiter dicta⁵⁷, Hinweise an den Gesetzgeber in den jährlichen Geschäftsberichten, die Mitwirkung von einzelnen Mitgliedern des Bundesgerichts als besondere Sachverständige in den Expertenkommissionen oder die offizielle Einbindung des Bundesgerichts in Arbeitsgruppen zur Vorbereitung von Gesetzesprojekten.

II. Beschlussfassung

10. Schenkt Ihr Verfassungsgericht einem Rechtsakt des Parlaments mehr gerichtlichen Rücklegungen als einer Entscheidung der Exekutive? Gewährt Ihr Verfassungsgericht dem Grad der demokratischen Verantwortlichkeit des ursprünglichen Entscheidungsträgers Ehrerbietung?

Siehe Antwort zu Frage 5.

11. Welche Gewichtung weist Ihr Verfassungsgericht dem Gesetzgebungsverfahren zu? Welche rechtliche Bedeutung sollte die parlamentarische Analyse, wenn überhaupt, für die Prüfung der Kompatibilität mit den Grundrechten durch die Richter haben?

In diesem Zusammenhang ist auf die Gesetzesmaterialien und deren Auslegung durch das Bundesgericht hinzuweisen. Unter Gesetzesmaterialien verstehen wir die "amtlichen Dokumente der gesetzgeberischen Vorarbeiten und des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens (wie Vorentwürfe, Entwürfe, Gutachen, Motivenberichte, Botschaften, Weisungen, Kommissions- und Parlamentsprotokolle)"⁵⁸.

"Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, d.h. nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die

⁵⁶ Susanne Leuzinger, Hinweise des Bundesgerichts an den Gesetzgeber, in: Justice – Justiz – Giustizia, 2013/3

⁵⁷ z.B. BGE 139 I 16 E. 4 und 5

⁵⁸ Arthur Meier-Hayoz, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung: Artikel 1-10 ZGB (1966) Art. 1 ZGB

sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Das Bundesgericht befolgt einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (...). Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu (...)⁵⁹.

- 12. Prüft Ihr Verfassungsgericht, ob der Entscheidungsträger seine Entscheidung gerechtfertigt hat oder ob die Entscheidung eine ist, die das Gericht selbst getroffen hätte, wenn es der Entscheidungsträger wäre?**

Siehe Antworten zu Frage 5 und 9.

- 13. Achtet Ihr Verfassungsgericht darauf, inwieweit der Entscheidung oder Maßnahme eine umfassende Prüfung der Kompatibilität mit den Grundrechten vorausgegangen ist? Wie gründlich muss zum Beispiel die Analyse des Gesetzgebers sein, damit Ihr Verfassungsgericht ihrer Bedeutung beimisst?**

Siehe Antworten zu Frage 1 (in Verbindung mit der Rechtsanwendung von Amtes wegen), 5 und 9.

Es ist aber auch wichtig hier auf Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG⁶⁰ hinzuweisen. Aufgrund der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen (Art.190 BV) und der Tatsache, dass Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates beim Bundesgericht nicht angefochten werden können (Art. 189 Abs. 4 BV), ist es essenziell, dass die Verfassungskonformität der Entwürfe zu Erlassen der Bundesversammlung von der Verwaltung vorgängig gründlich begutachtet wird. Besonders wichtig ist es zu untersuchen, ob die Voraussetzungen für die Grundrechtsbeschränkung erfüllt sind⁶¹. So sieht Art. 141 Abs. 2 lit a ParlG die Verpflichtung des Bundesrates vor, in der Botschaft zu einem Erlassentwurf die Auswirkungen der neuen Regelung auf die Grundrechte zu erläutern. Damit soll den Räten ein verfassungswidriger Erlassentwurf erspart bleiben.

- 14. Analysiert Ihr Verfassungsgericht, ob bei der Verabschiedung einer Maßnahme die gegensätzlichen Standpunkte in der parlamentarischen Debatte umfassend vertreten waren? Reicht es aus, dass eine breite Debatte über den allgemeinen Inhalt der Rechtsvorschriften stattgefunden hat, oder muss den Auswirkungen auf die Rechte besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden?**

Siehe Antworten zu Frage 5 und 9.

- 15. Ist die Tatsache, dass die Entscheidung vom Gesetzgeber getroffen wurde oder dass sie nach einer öffentlichen Anhörung oder einer öffentlichen Debatte getroffen wurde, ein schlüssiger Nachweis für die demokratische Legitimität der Entscheidung?**

Siehe Antwort zu Frage 5.

⁵⁹ BGE 148 IV 96 E. 4.4.1, BGE 146 II 201 E. 4.1

⁶⁰ Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10

⁶¹ GESETZGEBUNGSLFITFADEN, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 2019, S. 180

III. Geltungsbereich der Rechte, Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit

16. Hat Ihr Gerichtshof die gerichtliche Rücklegung in der Phase der Definition von Rechten gezeigt und der Definition von Rechten durch die Regierung oder ihrer Anwendung auf den fraglichen Sachverhalt Gewichtung verliehen?

Aufgrund der Gewaltenteilung hat das Bundesgericht nur eine unwesentliche Bedeutung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und folglich auch in der Definition von Rechten bzw. in der Gestaltung von neuem Recht. In seltenen Fällen wird das Bundesgericht als zusätzlicher Adressat in die Ämterkonsultation einbezogen⁶². Im Vernehmlassungsgesetz⁶³ wird das Bundesgericht nicht einmal erwähnt. Wenn es jedoch in Frage kommt, fällt es in die Kategorie der "weiteren, im Einzelfall interessierten Kreise" (Art. 4 Abs. 2 lit. e VIG). In solchen Fällen übt es mit Rücksicht auf die Gewaltenteilung Zurückhaltung und enthält sich rechtspolitischer Wertungen.

Eine der Besonderheiten des schweizerischen Verfassungsrechts besteht jedoch darin, dass unter der alten Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (1874) die Entstehung eines ungeschriebenen Verfassungsrechts erlaubt war. So hat das Bundesgericht zur Entwicklung der heutigen Verfassung beigetragen, die zuvor noch als "lückenhaft und in gewissen Teilen karg"⁶⁴ galt. Von der Doktrin ermutigt, haben die Bundesrichter so eine innovative Rechtsprechung aufgebaut, indem sie bereits etablierte Verfassungsgrundsätze erweiterten oder neue Grundrechte anerkannten. Auf diese Weise entstand die Mehrheit der sozialen Rechte, die nunmehr durch die aktuelle Bundesverfassung (1999) garantiert werden. Das neue Verfassungsrecht orientierte sich neben dem Verfassungstext der Schweizerischen Eidgenossenschaft, am Wunsch den sich verändernden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Umständen Rechnung zu tragen. So konnte das Bundesgericht dem Willen des Verfassungsgebers treu bleiben und gleichzeitig eine zeitgemässe Anpassung gewährleisten. Die aktuelle Bundesverfassung, die am 18. April 1999 von Volk und Ständen angenommen wurde, hatte zum Ziel, das geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nach zu führen, verständlich zu machen, systematisch zu ordnen und die Sprache sowie die Regelungsdichte zu vereinheitlichen⁶⁵. Die neueste Fassung unserer Bundesverfassung sollte nun alle Grundrechte kodifiziert haben, die zuvor nur in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und in der Lehre erwähnt wurden. Sie erhebt jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit⁶⁶ und es bleibt unbestritten, dass das Bundesgericht den Grundrechtsschutz weiterentwickeln kann, wenn der bestehende Katalog nicht ausreicht, um die elementarsten menschlichen Bedürfnisse nach Achtung und Schutz der individuellen Rechte und Freiheiten zuverlässig zu gewährleisten⁶⁷.

Das Bundesgericht kann auch im Rahmen der Gesetzesauslegung "indirekt" die Definition eines Rechtes beeinflussen. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung heisst es, dass den Anfang jeder Gesetzesauslegung zunächst der Wortlaut einer Bestimmung (grammatikalisches Element) ausmacht. "Ist dieser klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich, so darf davon nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund

⁶² Paul Tschümperlin, Die Rolle des Bundesgerichts im Gesetzgebungsprozess, LEGES 2016/3 S. 450

⁶³ Vernehmlassungsgesetz, VIG, SR 172.061

⁶⁴ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 44

⁶⁵ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 9, 26, 45, 46 und 117

⁶⁶ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 45 und 138

⁶⁷ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 117

für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am "wahren Sinn" - am Rechtssinn - der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), deren Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisch) geben, so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, welches der Gesetzgeber so nicht gewollt haben kann⁶⁸.

17. Hat eines der anwendbaren Rechte Auswirkungen auf die Intensität der Befolgung? Ist Ihr Gericht der Ansicht, dass einige Rechte oder Aspekte von Rechten wichtiger sind und dass Eingriffe in ihre Ausübung daher strenger geprüft werden müssen als andere? Gibt es Faktoren, die den Charakter des fraglichen Grundrechts begründen?

Gemäss Art. 36 BV sind Einschränkungen von Grundrechten erlaubt, wenn sie über eine gesetzliche Grundlage verfügen, im öffentlichen Interesse stehen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzen. Das Bundesgericht beurteilt in freier Kognition, ob das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit hinsichtlich einer bestimmten Massnahme gegeben sind. Ob eine kantonale Vorschrift eine genügende gesetzliche Grundlage aufweist, überprüft das Bundesgericht nur auf Willkür hin, ausser es handle sich um einen schweren Eingriff in das betreffende Grundrecht. Die Schwere eines Eingriffs wird nach objektiven Kriterien begutachtet⁶⁹. Eine wichtige Rolle nimmt die Garantie der Menschenwürde ein (Art. 7 BV). Der Kerngehalt ist gewöhnlich nicht mit dem Anwendungs- oder Schutzbereich des Grundrechts identisch. Bei Grundrechten, deren Schutzbereich und Kerngehalt sich decken, sieht es anders aus. Dies ist der Fall für das Verbot der Todesstrafe und das Folterverbot (Art. 10 BV), sowie auch für das Recht auf Leben (Art. 10 BV), das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) und das Zensurverbot (Art. 17 BV)⁷⁰.

18. Haben Sie einen Maßstab für die Klarheit bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes? Wie entscheiden Sie, wie klar ein Gesetz ist? Wann wenden Sie die Regel *In claris non fit interpretatio*?

Wie anfangs in den Vorbemerkungen festgehalten, ermöglicht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten 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 beurteilen zu lassen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines kantonalen Erlasses im Rahmen der abstrakten Normkontrolle massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der mit den angerufenen Verfassungs- oder EMRK-Garantien vereinbar ist. Das Bundesgericht hebt eine kantonale Norm nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt. Es ist grundsätzlich vom Wortlaut der Gesetzesbestimmung auszugehen und der Sinn nach den überkommenen Auslegungsmethoden zu bestimmen. Eine verfassungs- und konventionskonforme Auslegung ist namentlich zulässig, wenn der Normtext lückenhaft,

⁶⁸ BGE 148 V 162 E. 5.2

⁶⁹ BGE 128 II 259 E. 3.3

⁷⁰ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 36, N 24-25

zweideutig oder unklar ist. Der klare und eindeutige Wortsinn darf indes nicht durch eine verfassungskonforme Interpretation beiseite geschoben werden. Im Einzelnen wird auf die Tragweite des Grundrechtseingriffs, die Möglichkeit eines hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutzes bei einer späteren Normkontrolle, die konkreten Umstände der Anwendung und die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit abgestellt. Der blosser Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen in verfassungswidriger Weise angewendet werden könnte, führt für sich allein noch nicht zu deren Aufhebung⁷¹.

19. Wie intensiv ist die Prüfung Ihres Verfassungsgerichts in der Phase der Feststellung des rechtmäßigen Ziels?

Das Bundesgericht hat eine unwesentliche Bedeutung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (siehe Antwort zu Frage 16). Im Zusammenhang mit der Auslegung kann das Bundesgericht auch die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes untersuchen; dies - wie schon geschildert - auf eine pragmatische Art und Weise (siehe Antwort zu Frage 11).

20. Welche Verhältnismässigkeitsprüfung wendet Ihr Verfassungsgericht an? Wendet Ihr Gericht alle Schritte der klassischen Verhältnismässigkeitsprüfung an (d. h. Angemessenheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne)?

Das Verhältnismässigkeitsprinzip hatte seinen juristischen Durchbruch im Polizei- und Wirtschaftsrecht. Sukzessiv breitete sich der Geltungsbereich auf die umfassende staatliche Tätigkeit aus. Erst im Zusammenhang mit der Verfassungsrevision von 1999 wurde die Verhältnismässigkeit als "Maxime des rechtsstaatlichen Handelns" (Art. 5 Abs. 2 BV) und als Grundrechtsschranke (Art. 36 Abs. 3 BV) in den Verfassungstext eingeführt. Zuvor wurde sie als "ungeschiebener Grundsatz" wahrgenommen (Art. 4 aBV)⁷².

Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist umfassend anwendbar und alle drei Staatsgewalten sind daran gebunden. Der Geltungsbereich erstreckt sich auf hoheitliches wie auch auf nicht hoheitliches Handeln. Weiter ist das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Eingriffs- und in der Leistungsverwaltung zu berücksichtigen sowie auch im Rahmen des rechtlichen und tatsächlichen staatlichen Handelns. Praxisgemäss wird die Aufteilung der Prüfung in Geeignetheit (Angemessenheit), Erforderlichkeit (Notwendigkeit) und Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) umgesetzt⁷³. Für das Bundesgericht verlangt das Gebot der Verhältnismässigkeit, "dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen (oder privaten) Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung zumutbar und verhältnismässig erweist. Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann"⁷⁴.

⁷¹ BGE 140 I 2 E. 4, vgl. auch BGE 138 II 173 E. 8.1 oder BGE 134 I 293 E. 2

⁷² Markus Müller, Verhältnismässigkeit, Ein Verfassungsprinzip zwischen Rechtsregel und Metareel, in: Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, S. 10

⁷³ David Hofstetter, Schematisierungen und Verhältnismässigkeit, in: Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, S. 87

⁷⁴ BGE 134 I 49 E. 7.2

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit ergibt sich wie gesehen bereits aus Art. 5 BV. Im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit kann es allerdings nur mit einem besonderen Grundrecht beansprucht werden⁷⁵. Der in Art. 36 Abs. 3 BV enthaltene Grundsatz der Verhältnismässigkeit konkretisiert demnach das allgemeine Erfordernis von Art. 5 Abs. 2 BV für den Fall, dass die staatliche Tätigkeit, die im öffentlichen Interesse ausgeübt wird, ein Grundrecht verletzt. Art. 36 BV steht also in einer engen Beziehung zu Art. 5 BV und verdeutlicht zentrale Anliegen des Rechtsstaatsprinzips für die Frage nach der Zulässigkeit von Grundrechtsbeschränkungen. Die Verhältnis dieser beiden Artikel zu einander kann unter dem Aspekt der *lex specialis* festgestellt werden: Während Art. 5 BV generell das staatliche Handeln zum Inhalt hat, das die Grundrechtseinschränkung umfasst, ist in diesem Zusammenhang nur die letzte Bestimmung zu berücksichtigen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss das öffentliche Interesse das entgegenstehende Grundrechtsinteresse überwiegen, während im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 BV prinzipiell jedes Interesse ausreicht. Im Zusammenhang mit kantonalem Recht prüft das Bundesgericht die Einhaltung des Art. 5 Abs. 2 BV nur auf Willkür. Beim Art. 36 BV wird eine freie Prüfung vorgenommen. Dieser vom Gesetzgeber eingeräumte Gestaltungsspielraum bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer staatlichen Massnahme ist bei Art. 36 BV somit deutlich enger ausgestaltet als dies bei Art. 5 Abs. 2 BV der Fall ist. Der Grundrechtsgewährleistung wird demnach eine besondere Bedeutung verliehen⁷⁶.

21. Befolgt Ihr Verfassungsgericht alle anwendbaren Schritte der Verhältnismässigkeitsprüfung?

Siehe Antwort zu Frage 20.

22. Gibt es Fälle, in denen Ihr Verfassungsgericht annimmt, dass die angefochtene Maßnahme einen oder mehrere Schritte der Verhältnismässigkeitsprüfung erfüllt, auch wenn es offensichtlich keine ausreichenden Beweise gibt, um dies zu belegen?

Den zuständigen Staatsorganen wird bei der Abklärung der Verhältnismässigkeit ein gewisser Gestaltungsspielraum gewährt. Dank dieser Flexibilität des Verhältnismässigkeitsprinzips wird eine differenzierte Anwendung je nach Sachlage, Interessenkonstellationen, betroffenem Bereich und Adressaten ermöglicht. Dies gilt freilich für die Angemessenheit; hier geht es um ein eigentliches "Wiegen" verschiedener Anliegen, wenn die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen einzubeziehen sind, so dass eine Beeinträchtigung von Grundrechten schwerer lastet als eine Beeinträchtigung bloss privater Interessen. Bei der Geeignetheit und Erforderlichkeit gibt es auch Spielräume; vor allem in Konstellationen, in denen die Wirkung bestimmter Massnahmen nicht vorhergesagt werden kann, wie zum Beispiel im Umweltrecht. In solchen Situationen sind die Behörden aber verpflichtet die wesentlichen Umstände sorgfältig abzuklären⁷⁷.

Das Bundesgericht analysiert bei der Prüfung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit grundsätzlich die gesetzlichen Bestimmungen und macht eine gewisse Nachvollziehbarkeit geltend, wobei es diese weitgehend auf der Grundlage der allgemeinen Lebenserfahrung ermittelt und nur vereinzelt mit eigentlichen Gutachten belegt. Fest-

⁷⁵ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 36, N 23

⁷⁶ Astrid Epiney, in: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser, Asrid Epiney, BSK Bundesverfassung, 2015, N. 6-7

⁷⁷ Astrid Epiney, Kommentar zu Art. 5 Abs. 2 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, S. 111

zuhalten ist, dass die Prüfungsdichte umso intensiver ausfällt, je schwerwiegender der Grundrechtseingriff ist⁷⁸.

23. Fällt das Aufkommen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Rechtsprechung Ihres Gerichtshofs mit dem Aufkommen der Theorie der richterlichen Ehrerbietung zusammen?

Die Verhältnismässigkeitsprüfung kann in der Tat mit der richterlichen Ehrerbietung zusammenfallen. Wie bereits in Frage 2 und 5 erwähnt, schränkt das Bundesgericht seine Kognition auch aus Gründen der Verhältnismässigkeit ein. "Das Bundesgericht prüft bei Grundrechtseingriffen die Verhältnismässigkeit frei. Es auferlegt sich aber eine gewisse Zurückhaltung, wenn sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen oder besondere örtliche Umstände zu würdigen sind, welche die kantonalen Behörden besser kennen und überblicken als das Bundesgericht"⁷⁹. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass sich das Bundesgericht in Bezug auf kantonale Rechtsakte zurückhält, vorallem wenn örtliche Verhältnisse zur Debatte stehen und es vorrangig um kantonale Kompetenzen geht⁸⁰.

IV. Andere Besonderheiten

24. Wie oft stellt sich die Problematik der gerichtlichen Rücklegung in den grundlegenden Rechtssachen, mit denen Ihr Verfassungsgericht befasst ist?

--

25. Ist Ihr Gerichtshof im Laufe der Zeit ehrerbietiger geworden?

--

26. Hängt die gerichtliche Rücklegung von der Anzahl der beim Gerichtshof anhängigen Rechtssachen ab?

--

27. Kann Ihr Verfassungsgericht seine Beschlüsse auf Gründe stützen, die von den Parteien nicht vorgebracht wurden? Kann Ihr Gerichtshof die geltend gemachten Gründe auf eine andere als die vom Antragsteller angegebene Verfassungsbestimmung stützen?

Siehe Antwort zu Frage 1 in Verbindung mit der Rechtsanwendung von Amtes wegen.

28. Kann Ihr Verfassungsgericht seine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit auf ein anderes Gesetz ausdehnen, das nicht vor ihm angefochten wurde, das aber für die Situation des Antragstellers relevant ist?

Siehe Antwort zu Frage 1 in Verbindung mit der Rechtsanwendung von Amtes wegen.

⁷⁸ Astrid Epiney, Kommentar zu Art. 36 Abs. 3 BV, in: Waldmann/Belser/Einey (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, S. 767 f.

⁷⁹ BGE 147 I 450 E. 3.2.5

⁸⁰ Astrid Epiney, Kommentar zu Art. 36 Abs. 3 BV, in: Waldmann/Belser/Einey (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, S. 768

29. Hat die Rechtsprechung des EGMR den Ansatz Ihres Gerichtshofs in Bezug auf die gerichtliche Rücklegung beeinflusst? Ist die vom EGMR vertretene Theorie des Vertrauensschutzes das juristische Äquivalent zum Ermessensspielraum, den Ihr Gericht anerkennt? Wenn nicht, wie oft überschneiden sich die Erwägungen des EGMR zum Wertungsspielraum mit den Erwägungen Ihres Gerichtshofs in ähnlichen Fällen?

Der Beitrag, den die Rechtsprechung des EGMR leistet, ist für die Schweiz sehr wichtig. So können Entscheidungen des Bundesgerichts grundsätzlich an den EGMR weiter gezogen werden, der eine Verletzung der EMRK feststellen kann. Diese Feststellung zieht gemäss Artikel 46 EMRK die Verpflichtung zur Behebung dieser Konventionsverletzung nach sich. Die europäische Betrachtungsweise der Verfassungsgerichtsbarkeit prägt das Schweizer Recht nachhaltig. Ausserdem kann der EGMR die EMRK-Konformität von Entscheidungen der Schweizer Behörden überprüfen, ohne dass diese Überprüfung durch spezifische Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts eingeschränkt wird. Letztendlich wird die Bedeutung und Reichweite jedes Rechts vom EGMR auf eine unabhängige Weise bestimmt, die für unser Oberstes Gericht bindend ist. Das Bundesgericht beruft sich regelmässig auf die Strassburger Rechtsprechung und übernimmt diese häufig⁸¹. Die EMRK hat zur Folge, dass der Schutz der Grundrechte in der Schweiz gestärkt wird⁸².

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Menschenrechte in der Schweiz vorab von der Bundesverfassung gewährleistet werden. Zu erwähnen sind z.B. die unter dem Kapitel Grundrechte enthaltenen Menschenrechtsgarantien der Art. 7 ff. BV und der Art. 5 BV, der die Grundsätze des rechtlichen Handelns festhält. Diese Verfassungsartikel entsprechen grösstenteils den EMRK-Bestimmungen. Bei verfassungs- und konventionskonformer Anwendung dieser Bestimmungen sollte eine Verletzung der EMRK nur dann möglich sein, wenn die Schweiz und der EGMR in einem konkreten Einzelfall eine unterschiedliche Ermessens- und/oder Sachverhaltseinschätzung vorgenommen haben⁸³.

Gründe für die unterschiedlichen Beurteilungen einer Rechtsfrage durch das Bundesgericht oder den EGMR sind in der Verschiedenheit der Verfahrensbestimmungen und in der differenzierten Ausgestaltung der Kognitionsbefugnis der beiden Gerichtsinstanzen zu finden. Nach Art. 106 Abs. 2 BGG prüft das Bundesgericht die Verletzung von Grundrechten nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist. Zudem ist das Bundesgericht gemäss Art. 105 BGG grundsätzlich an den von der Vorinstanz festgelegten Sachverhalt gebunden. Der EGMR prüft demgegenüber gestützt auf Art. 38 EMRK Sachverhaltsfragen umfassender als das Bundesgericht. Für den EGMR ist der beschränkte Ermessensspielraum des Bundesgerichts nicht erheblich⁸⁴. Diese Rechtslage kann dazu führen, dass der EGMR in seiner Entscheidungsfindung gestützt auf die Theorie des Vertrauensschutzes von einem erweiterten Sachverhalt ausgeht als demjenigen, den das Bundesgericht als Grundlage für seinen Entscheid hatte⁸⁵. Zu erwähnen ist im diesem Zusam-

⁸¹ siehe z.B.: BGE 149 I 72, BGE 149 I 14 und BGE 148 I 233

⁸² vgl. dazu Regina Kiener, Der Einfluss der EMRK auf die BV 1999, in: 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, 2015, S. 72 ff.

⁸³ Heinz Aemisegger, Probleme der Umsetzung der EMRK im schweizerischen Recht, in: 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, 2015, S. 208

⁸⁴ Heinz Aemisegger, Probleme der Umsetzung der EMRK im schweizerischen Recht, in: 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, 2015, S. 210

⁸⁵ Stefan Schürer, in: Heinz Aemisegger, Probleme der Umsetzung der EMRK im schweizerischen Recht, in: 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, 2015, S. 211

menhang das Urteil des EGMR *Neulinger und Shuruk gegen Schweiz* vom 6. Juli 2010⁸⁶. Mit diesem Urteil wurde die Schweiz wegen Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens⁸⁷ verurteilt: Die Anordnung der Rückkehr eines siebenjährigen Kindes, das 2005 von seiner Mutter in die Schweiz entführt wurde, nach Israel, ist mit dem Kindeswohl nicht vereinbar. Auch wenn die Schweiz im Zeitpunkt des Bundesgerichtsurteils mit der Anordnung der Rückkehr ihren Ermessensspielraum nicht überschritten hat, müssen die inzwischen eingetretenen Entwicklungen - die durch die Anordnung von provisorischen Massnahmen zum Verbleib des Kindes in der Schweiz auch durch den Gerichtshof selber verursacht wurden - mitberücksichtigt werden. Namentlich der fünfjährige Aufenthalt des Kindes in der Schweiz, das eingeschränkte Besuchsrecht des Vaters in Israel sowie eine mögliche Gefängnisstrafe der Mutter in Israel führen, bei einer Rückführung des Kindes, zu einem ungerechtfertigten Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowohl des Kindes als auch der Mutter. Ist dem Bundesgericht durch innerstaatliches und EMRK-konformes Verfahrensrecht verwehrt eine auf der Grundlage eines vom EGMR erweiterten Sachverhalts basierenden Angelegenheit zu beurteilen, sollte der EGMR zurückhaltender sein und auf die Beurteilung solcher Fragen grundsätzlich verzichten, um damit den in Art. 35 Ziff. 1 EMRK festgelegten Grundsatz der Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges nicht zu vereiteln⁸⁸. Desweiteren ist in diesem Zusammenhang auch darauf hinzuweisen, dass die Richter und Richterinnen des EGMR nicht selten das Rechtsempfinden der Schweiz nicht oder zu wenig beachten⁸⁹ und den Geltungsbereich der Menschenrechte der EMRK vermehrt auf neue Gesellschaftsentwicklungen ausdehnen, so z.B. Fragestellungen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinflüssen⁹⁰.

30. Hat der EGMR Ihren Staat verurteilt, weil Ihr Gerichtshof in einem bestimmten Fall Nachsicht walten ließ, wodurch sein Rechtsbehelf unwirksam geworden ist?

Ja, der EGMR hat die Schweiz bezüglich der richterlichen Zurückhaltung bei der Urteilsfällung bereits verurteilt.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang der Fall 9C_617/2011 (siehe Antwort zu Frage 9). Die grosse Kammer des EGMR hat entschieden⁹¹, dass die unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Anspruch auf eine Witwen- und Witwerrente in der schweizerischen Alters- und Hinterlassenenversicherung diskriminierend sind. Nach Meinung des EGMR kann die ungleiche Behandlung, der der Beschwerdeführer ausgesetzt war, nicht gestützt auf eine vernünftige und objektive Rechtfertigung angenommen werden. Obwohl sich der Beschwerdeführer in einer ähnlichen Situation befand, was seine Notwendigkeit, seinen Lebensunterhalt zu sichern, betraf, wurde er nicht auf die gleiche Weise wie eine Witwe behandelt. Er erlitt daher eine Ungleichbehandlung. Die Regierung hat nicht nachgewiesen, dass es sehr stichhaltige Argumente oder besonders stichhaltige und überzeugende Gründe gibt, die eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts rechtfertigen könnten. Nach Ansicht des EGMR kann sich die Regierung nicht auf die Annahme berufen, dass der Ehemann

⁸⁶ Urteil des EGMR *Neulinger und Shuruk gegen Schweiz* vom 6. Juli 2010, 41615/07

⁸⁷ Art. 8 EMRK

⁸⁸ Stefan Schürer, in: Heinz Aemisegger, Probleme der Umsetzung der EMRK im schweizerischen Recht, in: 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, 2015, S. 212

⁸⁹ vgl. dazu Urteil des EGMR *Beeler gegen Schweiz* vom 11. Oktober 2022; 78630/12 und die Anmerkungen zu Frage 30

⁹⁰ vgl. dazu das Urteil des EGMR *Howald Moor u.a. gegen Schweiz* vom 11. März 2014, 52067/10 und 41072/11

⁹¹ 78630/12

seine Frau finanziell unterstützt (Konzept des versorgenden Ehemanns), um eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen, die Witwer gegenüber Witwen benachteiligt. In seinen Augen trägt diese Gesetzgebung vielmehr dazu bei, Vorurteile und Stereotypen über die Natur oder die Rolle der Frau in der Gesellschaft aufrecht zu erhalten, und stellt eine Benachteiligung sowohl für die Karriere von Frauen als auch für das Familienleben von Männern dar.

Ein aktueller und zurzeit beim EGMR hängiger Fall (bereits in der Antwort zu Frage 6 erwähnt) betrifft das Anliegen des Vereins "Klimaseniorinnen", die mit ihrer Klage an das Bundesgericht⁹² die Schweizer Regierung dazu bringen wollten, in der Problematik des Klimawandels mehr zu unternehmen und den rechtlichen Rahmen der Auswirkungen des Klimawandels zu regeln. Das Bundesgericht übt in politisch heiklen Problemstellungen des öfteren richterliche Zurückhaltung. In der Beantwortung dieses Anliegens verhielt sich das Bundesgericht zurückhaltend und betonte, dass Anträge auf eine bestimmte Gestaltung aktueller Politikbereiche nach dem schweizerischen Verfassungsrecht grundsätzlich auf dem Weg der demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten eingebracht werden könnten⁹³. Es bleibt abzuwarten, wie der Entscheid des EGMR zu dieser Rechtsfrage, die auch andere Staaten, die die EMRK ratifiziert haben, interessieren könnte, ausfallen wird.

31. Beeinflusst das Vorhandensein abweichender Meinungen die gerichtliche Rücklegungen, die Ihr Gericht zeigt?

Das Bundesgericht hat eine Tradition von qualitativen Entscheidungsbegründungen, in denen es sich mit den Argumenten der Lehre und Rechtsprechung sowie möglicherweise auch mit abweichenden Richtermeinungen in seinen Urteilen direkt auseinandersetzt⁹⁴. Das Bundesgericht ist als Kollegialbehörde konzipiert, wodurch eine Machtkonzentration bei einem Richter verhindert werden soll⁹⁵. Gemäss Art. 20 Abs. 1 BGG entscheiden die Abteilungen in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen (Spruchkörper). Wird keine Einstimmigkeit erzielt, berät das Bundesgericht in einer mündlichen Beratung und Abstimmung⁹⁶. Die Bekanntmachung der Meinungen der unterlegenen Richter und Richterinnen ist im Verfahrensablauf des Bundesgerichts nicht vorgesehen⁹⁷. Das Bundesgericht nimmt abweichende Meinungen nicht in seine Urteile auf⁹⁸. Diese Meinungen können als alternative Begründungen im Urteil erwähnt werden⁹⁹, oder auch als nichtamtliche Publikationen veröffentlicht werden¹⁰⁰.

Im Gegensatz zum Bundesgericht kennen einige Kantone (Zürich, Bern, Waadt, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Solothurn, Schaffhausen, Neuenburg und Luzern) die

⁹² BGE 146 I 145

⁹³ BGE 146 I 145 E. 4 und Antwort zu Frage 6

⁹⁴ Keller/Zimmermann, Dissenting opinions am Bundesgericht? Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2019 S. 151

⁹⁵ Heinrich Müller, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2018, Art. 2 BGG Rz. 29

⁹⁶ Art. 59 Abs. 1 lit. b BGG

⁹⁷ Arnold Marti, Offenlegen von Minderheitsmeinungen ("dissenting opinion") – eine Forderung von Transparenz und Fairness im gerichtlichen Verfahren, in: "Justice - Justiz - Giustizia" 2012/4 Rz. 8

⁹⁸ Peter Uebersax, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2018, Art. 24 BGG Rz. 57

⁹⁹ Keller/Zimmermann, Dissenting opinions am Bundesgericht? Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2019 S. 150 und Arnold Marti, Offenlegen von Minderheitsmeinungen ("dissenting opinion") – eine Forderung von Transparenz und Fairness im gerichtlichen Verfahren, in: "Justice - Justiz - Giustizia" 2012/4 Rz. 8; BGE 137 II 431 ff. insb. E. 4 S. 445 ff.

¹⁰⁰ so z.B. nichtamtliche Publikation einer Minderheitsmeinung in Zusammenhang mit BGE 137 II 431, ZBI 113/2012, S. 30 ff.: Das Urteil des Bundesgerichts erging mit drei gegen zwei Stimmen mit dem Ergebnis, dass die Zulässigkeit der Herausgabe der Kundendaten der UBS an die amerikanischen Behörden durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht gestützt auf die polizeiliche Generalklausel bejaht wurde. Der den Minderheitsstandpunkt vertretende Richter vertrat die Meinung, dass die Herausgabe der Bankdaten nicht gestützt auf die polizeiliche Generalklausel zulässig war.

Möglichkeit Minderheitsmeinungen in den Gerichtsurteilen ihrer Gerichtsinstanzen zu veröffentlichen¹⁰¹. Beim Weiterzug solcher kantonalen letztinstanzlicher Entscheide an das Bundesgericht, hat dieses sich bei der Beurteilung der Gerichtsfälle vereinzelt im Sinne der Minderheitsmeinungen der kantonalen Vorinstanzen entschieden. So z.B. im Fall 2C_48/2014 vom 9. Oktober 2014, in welchem das Bundesgericht der publizierten Minderheitsmeinung der Vorinstanz folgte und die Beschwerde guthiess¹⁰². Es ging um die Frage der Anerkennung einer ausländerrechtlichen Ehe, die in einem Grosshaushalt gelebt wurde. Das Verwaltungsgericht anerkannte in seinem Entscheid diese Ehe nach der Scheidung nicht an und verlängerte die Aufenthaltsbewilligung der ausländischen Ehefrau nicht. Ein Verwaltungsrichter und die Gerichtsschreiberin waren gegenteiliger Meinung und liessen dies auch im kantonalen Entscheid publizieren. In einem anderen Fall, in dem es ebenfalls um die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung geht, die einer kurdischen Türkin, die eine Scheinehe eingegangen war um in der Schweiz eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten, wurden im Verfahren vor den kantonalen Gerichtsinstanzen Hindernisse im Wegweisungsvollzug geltend gemacht und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangt. Beide Anliegen wurden von der kantonalen Gerichtsmehrheit abgewiesen, wobei der Entscheid eine abweichende Minderheitsmeinung enthielt, die besagt, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Beschwerdeführerin in der Türkei Repressionen zu erwarten und keine genügende medizinische Versorgung erhalten könnte. Die Überlegungen der Gerichtsmehrheit stützten sich einzig auf die Situation in der Türkei vor dem Putschversuch vom Sommer 2016 ab. Mit dem Weiterzug des Urteils verneinte das Bundesgericht zwar das Vorliegen von Hindernissen des Wegweisungsvollzugs, gewährte der Beschwerdeführerin aber die unentgeltliche Rechtspflege mit folgender Begründung: "Hingegen hat eine Minderheit der Vorinstanz im Wegweisungspunkt erwogen, das an das Verwaltungsgericht gerichtete Rechtsmittel sei nicht von vornherein chancenlos gewesen (...). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann von einer aussichtslosen Beschwerde zumindest dann nicht gesprochen werden, wenn - wie im vorliegenden Fall - innerhalb des vorinstanzlichen Spruchkörpers offensichtlich Uneinigkeit geherrscht hat (...). Daran ist auch hier festzuhalten. Die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin scheint unbestritten zu sein. Insoweit ist die unentgeltliche Prozessführung damit zu Unrecht verweigert worden"¹⁰³. Die abweichende Minderheitsmeinung zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde kurze Zeit später vom Bundesgericht erneut übernommen¹⁰⁴.

32. Gibt es an Ihrem Gerichtshof Richter, die mehr Ehrerbietung als andere nehmen?

Siehe Antwort zu Frage 31.

¹⁰¹ Arnold Marti, Offenlegen von Minderheitsmeinungen ("dissenting opinion") – eine Forderung von Transparenz und Fairness im gerichtlichen Verfahren, in: "Justice - Justiz - Giustizia" 2012/4 Rz. 8

¹⁰² Urteil des Bundesgerichts 2C_48/2014 E. 3.2.4: Vielmehr ist - zumindest im Grundsatz - der abweichenden Meinung der Minderheit der 4. Abteilung des Verwaltungsgerichts (vgl. angefochtenes Urteil S. 15 f.) zu folgen (...).

¹⁰³ Urteils des Bundesgerichts 2C_192/2017 vom 9. Januar 2018 E. 4.2

¹⁰⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_847/2017 vom 25. Mai 2018 E. 4: "Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege des bedürftigen Beschwerdeführers wird gutgeheissen, konnte doch die dem Bundesgericht eingereichte Beschwerde angesichts der abweichenden Meinung einer Minderheit der Gerichtspersonen der Vorinstanz nicht zum Vornherein als aussichtslos bezeichnet werden (Art. 64 Abs. 1 BGG)".