Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 21 (1902)

Artikel: Die Gleichheit vor dem Gesetz und die bundesrechtliche Praxis

Autor: Silbernagel, Alfred

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896630

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Die Gleichheit vor dem Gesetz und die bundesrechtliche Praxis.

Von Dr. Alfred Silbernagel in Basel.

I.

Artikel 4 der schweizerischen Bundesverfassung gehört nicht zu den in der Rechtslitteratur viel behandelten Gegenständen, und doch kommt ihm eine ganz aussergewöhnliche Bedeutung zu. Dies zeigt sich nicht bloss in Erklärungen, wie der der Redaktoren der Bundesverfassung von 1848, Kern und Druey (in ihrem bekannten Bericht): „Wenn man will, dass die Schweiz eine Nation, die Eidgenossenschaft eine Familie von Brüdern sei, so muss man die Gleichheit der Rechte der Eidgenossen als Prinzip aufstellen," das belehrt uns noch mehr ein Blick in die Geschäftsberichte des schweizerischen Bundesgerichts in den letzten Jahren, wonach im Jahre 1897 von 217 Rekursen wegen Verletzung der Bundesverfassung nicht weniger als 121 eine Verletzung von Artikel 4, und im Jahre 1898 von 229 solcher Rekurse sogar 166, endlich im Jahre 1899 von 199 Rekursen 136 eine Verletzung von Artikel 4 betrafen.

Ausserdem ist in neuerer Zeit ein rein wissenschaftliches Interesse an der Untersuchung dieser Rechtsfrage vielfach zu Tage getreten, vor allem seit dem Erscheinen des Werkes von Jellinek über „das System der subjektiven öffentlichen Rechte," 1892, worin der Heidelberger Gelehrte die Praxis des Bundesgerichts über Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz in scharfen Worten angreift und den Artikel 4 der Bundesverfassung für einen einfachen Programmpunkt erklärt.

Es möge mir gestattet sein, zunächst gerade diese von Jellinek aufgeworfene Frage nach dem formellrechtlichen Charakter des Artikels 4 der Bundesverfassung, ob die Rechtsgleichheit als subjektives öffentliches Recht oder als Reflexrecht aufzufassen sei, sowie ob überhaupt in dieser Verfassungsbestimmung geltendes Recht oder ob darin ein blosser Programmpunkt niedergelegt sei, einer kurzen kritischen Beleuchtung zu unterziehen.

Dogmatisch-historischer Teil.

II.

Woran erkennt man die Existenz eines subjektiven öffentlichen Rechts? Jene Theorie, die im Grunde alle Rechtsordnung negierte, indem sie keine Rechtssubjekte mit subjektiven öffentlichen Rechten, sondern bloss Objekte eines schrankenlosen Herrscherwillens anerkannte, kann wohl als endgültig widerlegt angesehen werden.[1]) Nehmen wir aber die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte an, so sehen wir uns vor die Frage nach ihrem rechtlichen Wesen gestellt. Zu einer klaren Erkenntnis desselben bedarf es einer Vergleichung mit dem Reflexrecht, der Reflexwirkung fremder Rechte, deren Klarlegung wir Ihering[2]) und Jellinek[3]) verdanken. Ihre Theorie findet das Merkmal für die Unterscheidung zwischen subjektivem öffentlichem Recht und einer Reflexrecht enthaltenden Bestimmung darin, ob sie vor allem zu Gunsten der einzelnen Individuen oder im Gemeininteresse erlassen

---

[1]) Bornhak, Preuss. Staatsrecht, I, S. 268; die Werke von Gumplowicz und Lingg; Gierke in Schmollers Jahrbuch f. Gesetzgeb. VII, 1101 und 1133; Merkel in Schmollers Jahrbuch V, 454; Jellinek, System d. subj. öffentl. Rechte 9 ff.; v. Stengel, Wörterbuch d. deutsch. Verwaltungsrechts, II, 179; v. Seydel, Bayrisches Staatsrecht, I, 576; vergl. auch die Bemerkungen über „Grundrechte" bei Laband, Staatsrecht d. deutsch. Reichs, I, 149 (2. Aufl.); v. Seydel, a. a. O., I, 301; Löning, Lehrbuch d. deutsch. Verwaltungsrechts, 13; Schulze, Lehrbuch d. deutsch. Staatsrechts, 367 f.; v. Stengel, a. a. O., II, 179.

[2]) Ihering, Jahrbücher für Dogmatik, X, 284 ff.; Geist des römischen Rechts, III. Teil, I. Abt. § 61, S. 352 f. (4. Aufl.); a. a. O. S. 339.

[3]) Jellinek, System S. 65; Allgem. Staatslehre 377 u. 380 f.

sei, ob die Verletzung eines Rechtsguts vor allem das Interesse der einzelnen Personen oder vor allem das Interesse der Gesamtheit treffe, ob die Förderung des Individualinteresses der selbständige Zweck staatlichen Handelns sei oder sich bloss als eine Folge der beabsichtigten Förderung des Gemeininteresses darstelle. Ihering selbst hat daneben auf die Bedeutung des Individualwillens bei der Wahrung der Interessen hingewiesen. Die neuere Rechtswissenschaft[4]) erblickt, unter Verwertung der Willenstheorie einerseits, der Zweck- und Interessentheorie anderseits, das sichere Merkmal des subjektiven Rechts (im Privatrecht wie im öffentlichen Recht) in der vom Staat anerkannten Fähigkeit (der rechtlichen Macht), bei der Durchführung eines privaten Zweckes „die Rechtsordnung im eigenen Interesse in Bewegung zu setzen" (Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 378). — Die Rechtsgleichheit des Artikels 4 der Bundesverfassung ist ohne Zweifel ein Rechtsgut und die Rechtsordnung schützt dieses Rechtsgut und damit die Interessen der einzelnen Individuen, und zwar diese wohl unmittelbar und vorherrschend. Irgend welche rechtlich anerkannte Einwirkung eines Individualwillens aber auf das Rechtsgut, die das subjektive Recht vom rechtlich geschützten Interesse abhebt, ergiebt sich aus der Fassung des Artikels 4 der Bundesverfassung nicht. — Eine Macht des Individualwillens, eine Erhebung eines rechtlich geschützten Interesses an rechtlicher Gleichstellung zum subjektiven öffentlichen Recht tritt uns dagegen bei der heutigen Geltendmachung des Art. 4 der Bundesverfassung entgegen.[5]) Das Bundesgericht ist hiebei durchaus nicht etwa willkürlich vorgegangen, es hat die schon von den Bundesbehörden von 1848[6])

---

[4]) Regelsberger, Pandekten 76, Bernatzik, Archiv für öffentl. Recht, V, 194 ff. und 233; Merkel, jurist. Encyklopädie, § 159; Tezner, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, XXI, 122 und 144; Jellinek, sub 3 u. System S. 42 (vergl. zu Jellinek die Kritik Tezners a. a. O. 107—254).

[5]) Vergl. auch Sarwey, d. öffentl. Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 406.

[6]) Ullmer, staatsrechtl. Praxis, I, No. 375, vergl. auch II S. 13.

als richtig erkannte Auffassung der Gleichheit vor dem Gesetz als subjektivem öffentlichen Recht des Bürgers weiter entwickelt, eine durch vieljährige herrschende politische Anschauung, wie durch vieljährige richterliche Uebung mit Rechtscharakter ausgestaltete Auslegung weiter ausgebildet. Die Bedeutung der politischen Ideen, die die Rechtsgleichheit, die die Grundrechte in einer der jeweiligen historischen und politischen Entwicklung entsprechenden Zahl und einem entsprechenden Umfang geschaffen, die die Rechtsgleichheit zum Grundrecht und zum subjektiven öffentlichen Recht erhoben haben, ist nicht zu verkennen. Dabei steht das Bundesgericht auch im Einklang mit weitaus den meisten Vertretern der schweizerischen Rechtslitteratur. Nicht nur sehen fast alle schweizerischen Publicisten in der Gleichheit vor dem Gesetz ein verfassungsmässiges Recht; einige wie Munzinger, Morel, Schollenberger stellen sie geradezu an die Spitze der verfassungsmässigen Rechte.[7])

(Es liegt beim staatsrechtlichen Rekurs wegen Verletzung des Artikels 4 auch keinerlei modernisierte Popularklage, sondern eine Aktion zur Wahrung des eigenen Interesses vor).[8])

Bei der langjährigen Anwendung des Art. 4 in der Praxis des Bundesgerichts und bei der herrschenden politischen Auffassung des Schweizervolkes müssen wir auch (mit Jellinek, in seinem jüngsten Werke) die normative Bedeutung dieses Faktischen, auch im Staatsrecht, besonders hervorheben.[9]) Dann kann aber auch einem früheren Vorwurf Jellineks gegenüber dem Bundesgericht und auch gegenüber den politischen als Richter funktionierenden Bundesbehörden, sie würden an die Stelle des Gesetzgebers treten und nach Willkür gesetzleeren Raum ausfüllen,[10]) nur ein akademischer Wert zu-

[7]) Munzinger, Studien über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit, 102; Blumer-Morel, Handbuch, I, 358 (3. Aufl.); Schollenberger, d. schweizer. Freiheitsrechte, 1, (anders freilich Joh. Meyer, Geschichte des schweizer. Bundesrechts, II, 360 ff.).

[8]) Ihering, Geist, I, § 14, S. 202.

[9]) Jellinek, Allgem. Staatslehre, 310 f.

[10]) Jellinek, System 92 (vergl. auch Carrard, Verhandlungen des schweizer. Juristenvereins 1886, Heft IV, S. 169).

kommen. Der Ruf nach Legalinterpretation des Art. 4 der Bundesverfassung wird sicher in absehbarer Zeit in den gesetzgebenden Behörden des Bundes kein Echo finden. Sollte damit der Art. 4 verurteilt sein, bis auf weiteres die Rolle eines Programmpunktes zu bilden, der im Gesetzestext steht, ohne eigentlich selbst Gesetz, ohne selbst ein Befehl staatlicher Herrschergewalt zu sein, ja sogar wohl ohne eine genügende Dienstinstruktion an untergebene Beamte bilden zu können?[11]) Sollte das Grundprinzip unseres demokratischen Staatswesens nur eine schönklingende Phrase sein gleich den Frankfurter Grundrechten von 1849, sollte es selbst, ohne weitere gesetzliche Ausgestaltung, der Anwendung auf den Einzelfall bei Vermeidung von Willkür sich ebenso unzugänglich zeigen, wie z. B. der zweite Artikel unserer Bundesverfassung? Freilich enthält der Art. 4 auch eine Weisung an den Gesetzgeber, allein darin kann sich seine Bedeutung nicht erschöpfen. Es fehlt dem Bundesgericht heute nicht an Mitteln der Auslegung, deren Berücksichtigung in freier richterlicher Thätigkeit den Vorwurf der Willkür ungerechtfertigt erscheinen lässt.

An eine Zurückweisung der staatsrechtlichen Rekurse wegen Verletzung von Art. 4 an die politisch-richterlichen Behörden, vor allem an die, gesetzgeberische und richterliche Kompetenzen in sich vereinigende Bundesversammlung, ist wohl heute aus Gründen, die u. a. Schoch dargelegt hat, nicht mehr zu denken.[12])

Ein grosses Rechtsprinzip steht da — freilich in einer unklaren Fassung — und will und soll mehr sein als ein blosser Programmpunkt, es verlangt dringend nach sofortiger Anerkennung und Anwendung. Wollen wir demgegenüber die Bedeutung der richterlichen Freiheit so beschränken oder

---

[11]) Hänel, Gesetz im formellen und materiellen Sinn, 170 f.; Jellinek, Gesetz und Verordnung, 232; Hiestand, Lehre von den Rechtsquellen im schweizer. Staatsrecht, 20 ff.

[12]) Schoch, Verhandlungen des schweizer. Juristenvereins, 1886; vergl. dazu auch BBl. 1870, II, 700 und BBl. 1874, I, 1188.

gar negieren, wie es Bentham[13]) unter einseitiger Hervorhebung des Gesetzeswortes gethan hat? Die Macht des Richters reicht weiter; der Gesetzgeber legt die Grundlagen, dem Richter gebührt der Ausbau. Was der Gesetzgeber entworfen und begonnen hat, vollendet der Richter.[14])

III.

Schwieriger als die Lösung der Frage nach der mehr formellrechtlichen Bedeutung des Art. 4 als subjektiv öffentlichem Recht und als Rechtssatz gestaltet sich wohl die nach der materiell rechtlichen Tragweite, nach der Ausdehnung oder Einschränkung der Gleichheit vor dem Gesetz. Immerhin hat die Auffassung des in Art. 4 der Bundesverfassung niedergelegten Rechtssatzes in der Entwicklung der Gesetzgebung und der politischen Verhältnisse der Schweiz und in der Entwicklung der bundesrechtlichen Praxis eine merkliche Klärung erhalten.

Die Entwicklungsgeschichte des Art. 4 ist zurückzuführen bis zur Helvetik.[15]) Nur von da an ist ein innerer lebendiger Zusammenhang mit unserem heutigen Rechtsgleichheitsprinzip, eine eigentliche Entwicklung erkennbar. Die Helvetik hat, ankämpfend gegen die Ständeprivilegierung früherer Zeit, unter vorzüglicher Hervorhebung des Moments der politischen Gleichheit das weite, allgemeine Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz geschaffen, zu seiner Klärung aber wenig beigetragen. Es war die Existenz von Unterthanenverhältnissen, von Unterthanenländern, die Fülle politischer Rechte bei wenigen, das Fehlen derselben bei den Massen, was die Umwälzungen um die Wende des Jahrhun-

---

[13]) Bentham, Traité de législation civile et pénale, p. 244 s.

[14]) Hugo, civilist. Magazin, IV, 123; Bülow, Gesetz und Richteramt, 3 und 46; Kohler, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, XXV, 271; Stintzing, Macht und Recht, 28; Speiser, Zeitschrift f. schweiz. Recht, III N. F. 642.

[15]) Bluntschli, Geschichte des Bundesrechts, II, 305; Curti, Das Princip der Gleichheit vor dem Gesetz, 21.

derts zur Folge hatte. Die Abschaffung dieser Gegensätze sollten die Verfassungen zu Ende des 18. und zu Anfang des 19. Jahrhunderts bewirken und bewirkten diese auch. Je mehr grosse Volksschichten nach eigener Mitbeteiligung am politischen Leben und an der Staatsleitung und nach Geltendmachung der bei ihnen herrschenden politischen Anschauungen strebten, um so mehr legten sie das Prinzip der Rechtsgleichheit aus im Sinne einer Beseitigung der politischen Vorrechte der Städter, hauptsächlich der Bürger der Hauptstädte (und hier wieder vorzugsweise der Patrizier und Reichen oder doch Vermöglichen), sowie der Vorrechte der Angehörigen einzelner Berufe und Stände etc. In einer (übrigens nicht ganz allgemein durchgeführten) Gleichheit der politischen Rechte ging bei den meisten das Prinzip der Rechtsgleichheit auf. Daran kann auch die formell weite Fassung des dritten Artikels des 20. Kapitels der Mediationsakte vom 19. Februar 1803[16]) nichts ändern. Das neue Rechtsgleichheitsprinzip hat immerhin dann in der Reaktionsperiode von 1813 die Wiederherstellung der vorrevolutionären Unterthanenverhältnisse zu hindern vermocht[17]) und eine, freilich sehr schwache, Anerkennung sich noch verschafft im § 7 des Bundesvertrags vom 7. August 1815, „dass die Eidgenossenschaft dem Grundsatz huldigt, es könne der Genuss der politischen Rechte nie das ausschliessliche Privilegium einer Klasse der Kantonsbürger sein.“[18]) — Die durch Conclusum vom 17. Heumonat 1832 mit der Revision des Bundesvertrags beauftragte Kommission der Tagsatzung verlangte in Art. 5 ihres Entwurfs einer Bundesurkunde als Voraussetzung für die Bundesgarantie der Verfassungen der Kantone, „dass sie die Ausübung der politischen Rechte nach repräsentativ-demokratischen Formen sichern, dieselben keiner Bürgerklasse aus-

---

[16]) Urkundenbuch zum Repertorium der Abschiede der eidgen. Tagsatzungen, 1803—1813, S. 65, vergl. auch Blumer-Morel, Handbuch, I, 60 ff.

[17]) Repertorium der Abschiede, 1814—1848, I S. 324; Blumer-Morel, a. a. O., 65.

[18]) Hilty, die Bundesverfassungen d. schweizer. Eidgenossenschaft, 431; Bluntschli, a. a. O. I, 495 ff.

schliesslich zuwenden und keine Unterthanenverhältnisse zwischen den einzelnen Teilen des Kantons dulden.“ [19]) Diese blosse Wiederholung der Bestimmungen von 1815 in etwas bestimmterer Form konnte 1830 nicht mehr genügen. Mehrere Stände nahmen infolgedessen in ihre eigenen Formulierungsvorschläge die Worte des dritten Artikels der Mediationsverfassung auf. Am konsequentesten ging der Kanton Thurgau vor, er verlangte, dass „sie (die kantonalen Verfassungen) die Ausübung der politischen Rechte nach repräsentativen oder demokratischen Formen sichern und zwar in dem Sinn, dass alle Bürger in politischen Rechten und bürgerlicher Freiheit vor dem Gesetz gleich seien und die Verfassungen auf der Souveränität des Volkes beruhen.“ [20])

Am 19. März 1833 beauftragte die Tagsatzung eine zweite Kommission mit einer neuen Durcharbeitung des Entwurfs. Am 13. Mai schritt die Tagsatzung zur Behandlung des Entwurfs. Der Rechtsgleichheitsartikel (6) erhielt die neue Fassung: „Der Bund übernimmt die Gewährleistung, insofern a) . . . . . b) sie (die Kantonsverfassungen) dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz huldigen und die Ausübung der politischen Rechte nach repräsentativen oder demokratischen Formen sichern, so dass einerseits die Unterthanenverhältnisse jeder Art zwischen einzelnen Teilen des Kantons untersagt, anderseits alle Staatsbürger, welche die durch das Gesetz vorgeschriebenen Bedingungen erfüllen, die politischen Rechte auszuüben befugt seien, und diese Ausübung nie zu einer unabänderlichen Ortsberechtigung oder zu einem Vorrecht der Geburt, von Personen oder Familien werden könne.“ [21]) Eine konsequente Durchführung der Gleichheit vor dem Gesetz auch nur als politische Rechtsgleichheit liegt auch hier noch nicht vor. Bloss in der neuen Fassung des Art. 35 zeigte sich ein Fortschritt: „Sämtliche Kantone verpflichten sich, die Angehörigen der andern

---

[19]) E. A. (Eidgenössische Abschiede), 1832, III, 133; E. A., 1833, I, 29.
[20]) E. A., 1833, I, 30.
[21]) E. A., 1833, I, S. 104.

Kantone in Absicht auf Gesetzgebung und gerichtliches Verfahren den Angehörigen des eigenen Kantons gleichzuhalten.“ [22])

An der Verwerfung des Verfassungsentwurfs von 1833 war die unklare, verklausulierte, ungenügende Gestaltung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit mit schuld. Die Bundesverfassung von 1848 hat zwar in ihrem Art. 4 den allgemein gehaltenen dritten Artikel der Mediationsakte wiederholt, in den Art. 41, 44 und 48 aber die Rechtsgleichheit auf die Angehörigen „einer der christlichen Konfessionen“ beschränkt.[23]) Die Partialrevision von 1866 hat dann bekanntlich das Vorrecht der Konfession, wie auch die rechtliche Zurücksetzung der naturalisierten Schweizer beseitigt.

Bei der Beratung des Entwurfs der neuen Bundesverfassung hatte 1848 die Gesandtschaft des Standes Solothurn folgende Formulierung des Art. 4 vorgeschlagen:

„Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es giebt in der Schweiz keine Unterthanenverhältnisse. Die Ausübung der politischen Rechte kann kein Vorrecht des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen sein.“ [24])

Dieser Antrag wurde in der Tagsatzung mit allen Stimmen gegen die von Baselstadt und Solothurn abgelehnt. Man hob schon damals in der Tagsatzung hervor, dass man nicht bloss oder vorzüglich eine Gleichheit der politischen Rechte, sondern eine Gleichheit vor dem Gesetz auf dem Gebiete „der allgemeinen bürgerlichen Stellung“ begründen wolle. Diese Tendenz, dem Art. 4 der Bundesverfassung einen möglichst grossen Wirkungskreis zu eröffnen, ist in der Folgezeit von der bundesrechtlichen Praxis noch gefördert worden.

---

[22]) E. A., 1833, S. 118, vergl. auch E. A., 1833, I, S. 144.

[23]) Vergl. das Protokoll über die Verhandlungen der am 16. August 1847 durch die h. eidgen. Tagsatzung mit der Revision des Bundesvertrags vom 7. August 1815 beauftragten Kommission, 27; E. A., 1847, IV, 52 f.; BBl. (Bundesblatt), 1850, II, 362 ff., 1856, II, 421 ff.; Ullmer, staatsrechtl. Praxis, I, 215, II, 152 (Juden).

[24]) E. A., 1847, IV, S. 52.

IV.

Die Geschichte des 19. Jahrhunderts zeigt in den meisten Kulturstaaten ein Ringen nach Rechtsgleichheit, und als Frucht dieses Ringens erscheinen in den meisten Staatsverfassungen Artikel, die entweder ein allgemeines Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz aufstellen oder wenigstens Gleichheit auf einzelnen Gebieten, wie im Steuerwesen, in der Aemterfähigkeit, in der Wehrpflicht etc. vorschreiben.[25]) Die Verfassungsvorschriften, die eine allgemeine Gleichheit vor dem Gesetz dekretieren, lassen es an Klarheit meist fehlen, oder sie stellen sie auch selbst wieder in Frage, indem sie dem Gesetzgeber volle Freiheit zu allen Einschränkungen der verfassungsmässigen Gleichheit geben, wie der Art. 24 der italienischen Verfassung.[26]) Bemerkenswert ist der von Rüttimann angeführte Art. I Sekt. 18 der Verfassung von Arkansas: „Die Gesetzgebung soll keinem Bürger und keiner Klasse von Bürgern Privilegien oder Immunitäten erteilen, welche nicht unter denselben Bedingungen allen Bürgern gleichmässig zukommen.“ [27]) Die Gleichheit vor dem Gesetz ist also hier beschränkt durch die Voraussetzung eines Vorliegens gleicher Bedingungen. Die Entwicklung der Verhältnisse, deren Ergebnis die Gleichheitsartikel der einzelnen Staatsverfassungen darstellen, ist so verschieden, die Anwendung dieser Verfassungsbestimmungen in den einzelnen Staaten so ungleich, dass der Wert einer sehr eingehenden rechtsvergleichenden Darstellung als fraglich erscheinen dürfte.

Den kantonalen Verfassungsbestimmungen über die Gleichheit vor dem Gesetz kommt, sofern sie bloss den Art. 4 der Bundesverfassung ganz oder in seinem ersten Teil wört-

---

[25]) Vauthier (Belgien) in Marquardsens Handbuch des öffentl. Rechts, IV. Band, I. Halbband, V. Abteilung, S. 30; Bluntschli, allgemeines Staatsrecht, II, 520 f.; Rüttimann, das nordamerikan. Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz II, § 475; Bluntschli, Deutsches Staatswörterbuch, VIII, 507 f.

[26]) L. Franchi, Codici e leggi del regno d'Italia, II, 4; vergl. auch bezüglich des österreich. Staatsgrundgesetzes Jellinek, System, 94.

[27]) Rüttimann, a. a. O.

lich gleich reproduzieren, oder das Wort „Schweizer“ durch „Waadtländer“ etc. wiedergeben, irgendwelche selbständige Bedeutung nicht zu. Das Bundesgericht geht sogar so weit, dass es erklärt, es könne in solchen Fällen „auch nur wegen Verletzung der betreffenden Bestimmungen der Bundes-, nicht der kantonalen Verfassung Beschwerde geführt werden.“ [27a]) Dass die Gleichheit vor dem Gesetz in der Schweiz nicht bloss eine Gleichheit der politischen Rechte bedeutet, steht bundesrechtlich fest. Bestimmungen, wie dem § 4 der Luzerner Verfassung von 1875, der der Gleichheit „an politischen Rechten“ noch die Worte „und vor dem Gesetz“ beifügt, kann eine selbständige Bedeutung somit nicht zukommen, und Verfassungsartikel, wie Art 6 der nidwaldischen Verfassung, die bloss eine Gleichheit der politischen oder staatsbürgerlichen Rechte hervorheben, haben vor dem weitergehenden Bundesrecht zu weichen. [28]) Die generalisierende Tendenz, die in der Anwendnng des Artikels 4 zu Tage tritt, will die Tragweite dieses Artikels nicht auf die in seinem zweiten Satz angegebenen Fälle beschränkt wissen. Dem entspricht auch die Formulierung einzelner kantonaler Verfassungen, welche die Abschaffung der Vorrechte der Konfession, des Standes und des Vermögens statuieren. (Glarus, Baselland.)

Der seiner politischen Vorrechte entkleidete Adel hat in der deutschen Rechtswissenschaft (vor allem bei von Seydel und Schulze) auch den Standescharakter verloren und ist zu einer „erblichen Titularauszeichnung von wesentlich gesellschaftlicher Bedeutung“ geworden. [29]) Auch hierin erblicken einzelne Kantone noch eine mit der Gleichheit vor dem Gesetz unverträgliche Bevorzugung und untersagen den Gebrauch adeliger Titel in öffentlichen Schriften und Verhandlungen

---

[27a]) Vergl. B.-Ger. (Amtl. Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts) XV, 733, Erw. 1; XII, 106, Erw. 2; V, 336; XI, 158; Zeitschrift für schweizer. Recht, N. F., V, 298 und 638.

[28]) Vergl. auch die Verfassungen von Zürich (Art. 2), Schwyz (§ 4), Glarus (Art. 4), Solothurn (Art. 12).

[29]) v. Seydel, Bayrisches Staatsrecht, I, § 81; Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, I, 393.

(so § 5 der Verfassung von Baselland von 1863, vergleiche auch die Verfassungen von Bern und Neuenburg). Der anlässlich der Revisionsberatungen von 1871 und 1873 gemachte Versuch, eine ähnliche Bestimmung in die Bundesverfassung aufzunehmen, scheiterte jedesmal am Widerspruch des Ständerats, der sich der Meinung Kappelers anschloss, dass „solche Bestimmungen eher in ein Kanzleireglement als in die Verfassung gehören und dass die Republik solcher Präservative nicht bedürfe.“ [30])

V.

Die grundfalsche kommunistische Auffassung, als handle es sich bei der Gleichheit vor dem Gesetz um eine allgemeine Zuteilung gleicher subjektiver Rechte auch auf dem Gebiete des Privatrechts, [31]) ist unter andern durch Rüttimann [32]) bekämpft worden. An ihre Stelle hat Rüttimann die Theorie von einer gleichen Rechtsfähigkeit [33]) eines jeden Menschen bei der Geburt gesetzt. Aber diese Beschränkung der Rechtsgleichheit auf gleiche Rechtsfähigkeit ist durchaus ungerechtfertigt; sie widerspricht der historischen Entwicklung der Rechtsgleichheit und konnte auch mit Recht in der Praxis nicht Wurzel fassen. [34]) Denn einerseits ist es mit unserer Rechtsanschauung ganz unvereinbar, dass der Gesetzgeber ruhig an alle möglichen Verhältnisse rechtliche Ungleichheiten knüpfen darf, insofern der Eintritt in ein solches Verhältnis vom Willen der Einzelnen abhängig ist. So liessen sich zum Beispiel mit der Zugehörigkeit zu einer Konfession, einem Beruf etc. alle möglichen Rechtsungleichheiten verbinden, inso-

---

[30]) Protokoll über die Verhandlungen des schweizerischen Nationalrats von 1871 betreffend Revision der Bundesverfassung, 20. Sitzung, S. 58; Anhang zum Protokoll des Nationalrats, 110; Protokoll über die Verhandlungen der am 18. Juni 1873 mit der Vorberatung der Revision der Bundesverfassung beauftragten Kommission des schweizerischen Ständerats, 6.

[31]) Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, II, 522; Stahl, Philosophie des Rechts, II. Bd, I. Abt. § 27, S. 263 ff., vergl. auch II. Teil § 9 S. 31.

[32]) Rüttimann, a. a. O., II § 479 S. 470; Jellinek, System 79 und 128.

[33]) Rüttimann, a. a. O., und BBl. (Bundesblatt) 1865 I, 12.

[34]) Blumer-Morel, Handbuch, I, 362; Curti, a. a. O., 95.

fern die Zugehörigkeit zu der Konfession, zum Beruf etc. vom freien Willen der Einzelnen abhängig ist. Andrerseits bedeutet die Rechtsfähigkeit nur die Fähigkeit, Subjekt von Rechten zu sein; die Gleichheit vor dem Gesetz soll sich aber auf das ganze Rechtsgebiet erstrecken, ohne Rücksicht auf die Existenz subjektiver Rechte. Uebrigens enthält schon der Wortlaut von Artikel 4 Satz 2 weitergehende Bestimmungen. So kann uns auch die Gleichheit der Fähigkeiten bei Jellinek[35]) nicht befriedigen. Ein ähnlicher Ausdruck stammt übrigens schon von Napoleon I. her. (Mémoires de St. Hélène von Las Cases.)[36]) — Anderseits ist eine absolute schrankenlose Gleichheit vor dem Gesetz eine politische und faktische Unmöglichkeit, die deshalb nicht Gegenstand einer ernsthaften öffentlich-rechtlichen Erörterung sein kann.[37]) Vergleiche auch Julians Satz L. 10 D. de legibus 1, 3.

Wie aber ist die Rechtsgleichheit relativ, beschränkt zu verstehen? „Gleichheit, das ist die Unabhängigkeit, nicht zu mehrerem von andern verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann," so drückt sich Immanuel Kant[38]) aus; dieses „wie du mir, so ich dir," kann uns natürlich nicht genügen. Die Rechtsordnung kennt nicht nur wechselseitige Beziehungen von Privatpersonen.

Ebenso ungenügend muss uns die Auffassung M. v. Seydels erscheinen, dass die Bestimmung über Gleichheit vor dem Gesetz in den modernen Verfassungen nur die Bedeutung habe, „dass die Grundlage der Rechtsordnung das allgemeine Staatsbürgertum, nicht die mittelalterliche Ständegliederung sein solle."[39]) Die Vorschrift der Gleichheit vor dem Gesetz enthält auch nicht bloss eine Gleichheit vor dem Gericht (Bluntschli).[40]) Sie wendet sich auch an den Gesetzgeber

---

[35]) Jellinek, a. a. O. 128.

[36]) Held, Staat und Gesellschaft, III, 481.

[37]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 15.

[38]) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung XLV.

[39]) v. Seydel, Bayrisches Staatsrecht, I § 80 S. 304 (2. Aufl.).

[40]) Allgemeines Staatsrecht, II, 520 f. und Deutsches Staatswörterbuch, 504.

und die Verwaltungsbehörden. „Wie könnte Gleichheit das höchste Gesetz und das Ziel der richterlichen Gewalt sein, wenn sie es nicht auch für die gesetzgebende wäre?“ (Ihering)[41]) Es ist hiebei zu bemerken, dass bezüglich der Gleichheit vor dem Gesetz unter „Gesetz“ nicht das Gesetz im streng formellen Sinne, sondern allgemein jeder Satz des objektiven Rechts zu verstehen ist.

Ebenso ungerechtfertigt ist die Beschränkung der Bedeutung der Rechtsgleichheitsvorschrift auf einen Auftrag an den Gesetzgeber, in seinen Erlassen keine Rechtsungleichheiten (ohne zwingende Gründe) zu statuieren. Die Gleichheit vor dem Gesetz gilt nicht bloss für den Gesetzgeber, wie Tezner (in Grünhuts Zeitschrift XXI S. 149) richtig bemerkt.

Nach Jellinek „besteht die Gleichheit nur in der gleichen Zuerkennung der Ansprüche auf Rechts- und Interessenschutz, sowie auf mögliche Berücksichtigung des individuellen Interesses durch den Staat.“[42]) (Vergleiche dazu die Kritik Tezners a. a. O.)

Mit der neueren Entwicklung der Gleichheit vor dem Gesetz in der Schweiz unvereinbar ist die Auffassung von Dubs,[43]) dass die Rechtsgleichheit im wesentlichen bloss eine Gleichheit der politischen Rechte bedeute. Wohl noch unrichtiger und einseitiger ist freilich die Meinung Bluntschlis,[44]) dass Gleichheit auf allen Rechtsgebieten möglich sei, nur nicht auf dem Gebiete des Staatsrechts, bei den politischen Rechten.

Schon grössere Schwierigkeiten treten uns entgegen, wenn wir den Begriff der Gleichheit vor dem Gesetz in Ausdehnung auf das ganze Rechtsgebiet in beschränktem Sinne fassen sollen. *δεῖν τοῖς ἴσοις ἴσον εἶναι φασίν.*[45]) Diesen Satz in der „Politik“ des Aristoteles,

---

[41]) Geist des röm. Rechts, II. Teil, I. Abteilung, 96; vergl. auch B.-Ger. VI, 173.

[42]) Jellinek, System, 128.

[43]) Dubs, Das öffentl. Recht der schweizer. Eidgenossenschaft, I, 154.

[44]) Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, II, 523; vergl. auch Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 661.

[45]) Aristoteles, Politik, III, 7.

Gleiches den Gleichen, ist zur Genüge oft citiert worden, und ihm haben sich auch bedeutende Autoren der neueren Zeit angeschlossen. Ob man es ausdrücke wie Volney[46]) („c'est une égalité proportionnelle"), wie Cousin[46]) („die wahre Gleichheit besteht darin, ungleiche Wesen ungleich zu behandeln") wie Held[46]) („der Gedanke einer proportionellen Gleichheit ist ein uralter und allgemeiner"), wie Walker[47]) („they [the laws] will escape the imputation of partiality, if they include all persons similarly situated"), wie Bluntschli[48]) („gleiches Recht unter gleichen Voraussetzungen"), wie Blumer[49]) („bei völlig gleichen faktischen Verhältnissen gleiches Recht"), wie Jellinek[50]) („dass unter gleichen objektiven und subjektiven Verhältnissen einem Individuum keine grössere Persönlichkeit zukommt als einem andern"), wie S. Kaiser[51]) („Gleichheit waltet da, wo unter gleichen faktischen Verhältnissen ohne Rücksicht auf den Träger die gleichen Rechte begründet sind"), wie Ulbrich[52]) (gleiche Anwendung des Rechtssatzes „auf alle Personen, bei denen diese Voraussetzungen zutreffen"), alles kommt auf das Gleiche hinaus: Bei faktisch gleichen Verhältnissen, unter gleichen Voraussetzungen gleiches Recht.[53])

Rüttimann gebührt bekanntlich das Verdienst, klar nachgewiesen zu haben, wie wenig eine solche Definition geeignet ist, der Rechtsgleichheit in praxi Anerkennung zu verschaffen.[54]) Da kaum mehrere Menschen sich in jeder Hinsicht gleich sind und in gleichen Verhältnissen leben, könnten Gegner des Prinzips der Rechtsgleichheit mit Leichtigkeit in den meisten Fällen das Vorhandensein faktisch ungleicher Verhältnisse

---

[46]) Held, Staat und Gesellschaft, III. Teil, 482.

[47]) Rüttimann, nordamerikanisches Bundesstaatsrecht, § 478.

[48]) Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, S. 523.

[49]) BBl. 1863 I, 408.

[50]) Jellinek, a. a. O., 79.

[51]) S. Kaiser, Schweizerisches Staatsrecht, I, 146.

[52]) Ulbrich, in Marquardsen's Handbuch des öffentl. Rechts, IV. Band, I. Halbband, I. Abteilung, S. 38.

[53]) Vergl. auch Leo Weber in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins XXIII, 319.

[54]) Rüttimann, a. a. O. II, § 479, S. 140.

und Voraussetzungen betonen und damit in praxi die allgemeine Rechtsgleichheit zu einer allgemeinen Rechtsungleichheit verkehren. Die Idee Rüttimanns ist so durchaus stichhaltig und klar, dass sie mit Recht in der heutigen Rechtswissenschaft und Praxis in der Schweiz dominiert. — Nach Artikel 4 der Bundesverfassung soll nicht die Rechtsungleichheit und Bevorrechtung, entsprechend den zahllosen faktischen Verschiedenheiten, sondern die Rechtsgleichheit die Regel sein, die freilich wie jede Regel notwendig auch Ausnahmen zulässt. Aber es soll nicht „an zufällige äussere faktische Verschiedenheiten eine ungleiche rechtliche Stellung angeknüpft werden.“ [55]) Nein, nicht alle faktischen Verschiedenheiten, sondern nur die erheblichen faktischen Unterschiede können rechtliche Ungleichheiten zur Folge haben, erklären die Juristen im Bundesgericht. Die Erheblichkeit aber soll sich ergeben aus „feststehenden Rechtsgrundsätzen.“ [56])

Jellinek, [57]) Carrard, [58]) Curti [59]) und andere haben darauf hingewiesen, dass solche allgemein feststehenden Rechtsgrundsätze für die Erheblichkeit oder Nichterheblichkeit einer Verschiedenheit nicht in jedem Fall vorhanden sind.

An Hand der „Politik“ des Aristoteles selbst erkennen wir die Mängel der bisher herrschenden Theorie von der Gleichheit unter gleichen Voraussetzungen. Die in einem Stück gleich sind, wollen es gleich in allem sein, und die in einem Stück (zum Beispiel Reichtum) ungleich sind, wollen in allem ungleich sein (Aristoteles). [60])

Aristoteles verteidigt die Lehre von der *ἰσότης κατ᾽ἀξίαν*. [61]) Es sollen Rechtsungleichheiten nur Folge sein von Verschieden-

---

[55]) Rüttimann in BBl. 1865 I, 13.

[56]) B.-Ger. VI, 174 und 481.

[57]) Jellinek, a. a. O., 93.

[58]) Carrard, du recours pour violation de l'égalité devant la loi, Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1886, S. 166 ff.

[59]) Curti, a. a. O., 93.

[60]) Politik VIII, 1 § 2 und III, 7.

[61]) Politik VIII, 1 § 7.

heiten in dem, was für das Bestehen des Staates erforderlich ist, in Tüchtigkeit, Tugend, Adel.

Die Kallokagatie gehört der antiken Weltanschauung an, für uns kommen demnach als Ausnahmen von der Regel der Rechtsgleichheit nur die Ungleichheiten in Betracht, die unser modernes Staatsinteresse erfordert, und zwar das öffentliche Interesse in unserm eigenen Staatswesen, in dem die Idee der Rechtsgleichheit ihre besondere historische Entwicklung hat.

Wenn der Artikel 4 der Bundesverfassung auch keineswegs eine absolute, schrankenlose Gleichheit vor dem Gesetz enthält und enthalten kann, so müssen wir doch diese absolute Gleichheit zum Ausgangspunkt unserer folgenden Untersuchung machen, und die rechtlich gebotenen Beschränkungen feststellen.

Die Bedeutung der Rechtsgleichheit ist verschieden, je nach der Verfassung, der politischen Geschichte, den herrschenden politischen Ideen und Rechtsanschauungen eines jeden Volkes.

Der Rechtsgleichheitsartikel 4 findet zunächst seine Begrenzung in einer Reihe einschränkender Bestimmungen des Bundesrechts, ferner in den Einrichtungen, die der notwendige Ausbau dieser Satzungen sind.[62]) Aber es ist natürlich wohl zu beachten, dass nicht alles Mögliche unter diesen Begriff der notwendigen Ausgestaltung der Bundesverfassung und Bundesgesetzgebung gebracht werden darf.

Beschränkungen ergeben sich auch bisweilen mit unabwendbarer Notwendigkeit aus der Natur der Dinge selbst. Es ist klar, dass Gesetzgeber und Gesetzesinterpreten mit Naturnotwendigkeiten rechnen und rechnen müssen und ihnen stillschweigend Geltung zuerkennen.[63]) (So bezüglich der Rechtsungleichheit, die sich aus den Altersunterschieden ergiebt, und dergleichen.)

---

[62]) Curti, a. a. O., 100.

[63]) Carrard, a. a. O., 168.

Wesen und Zweck eines Rechtsverhältnisses können, wie Tezner (a. a. O. S. 148/49) richtig bemerkt, Rechtsverschiedenheiten durchaus notwendig machen. Zu untersuchen ist dabei immer, ob die rechtliche Existenz derartiger Rechtsverhältnisse als geboten und zulässig erscheint.

Wenn Rüttimann[64]) auch alteingewurzelte, schon vor Erlass der Bundesverfassung bestehende Ungleichheiten ausnehmen möchte, so giebt er uns dabei kein genügendes Kriterium. Der Artikel 4 war ja gerade bestimmt, vielen alteingewurzelten Anschauungen entgegenzutreten und von Jahrhunderte alten Ungleichheiten nicht nur die aufzuheben, die direkte Ursache von revolutionären Bewegungen gewesen waren.

Dagegen müssen sehr wohl die jeweiligen Rechtsanschauungen des Schweizervolks als Interpretationsmittel in Betracht kommen. Weit wichtiger als jene Rechtsanschauungen, die den Willen des Gesetzgebers von 1848 (und 1874) beeinflussten, weit wichtiger sind die Rechtsanschauungen der Folgezeit und der Gegenwart; aus ihnen ergiebt sich die wahre Bedeutung der Verfassungsworte.

„Was dieser Zeit als eine durch innere und äussere Gründe gebotene rechtliche Verschiedenheit erscheint, darin findet eine folgende vielleicht eine schreiende Ungleichheit vor dem Gesetz (Ihering.[65])“ Im Lichte dieser Rechtsanschauungen erst gewinnt der tote Buchstabe Leben.

Aus der schweizerischen Litteratur und Praxis gewinnen wir den Eindruck, dass es der Rechtsanschauung der Behörden und der massgebenden Kreise entspricht, dass solche Rechtsungleichheiten und Verschiedenheiten im Inhalt von Rechtsnormen geduldet werden sollen, die im öffentlichen Interesse (der Schweiz oder einer Landesgegend speziell) als gerechtfertigt erscheinen.[66]) Freilich lässt sich, wenn man will, unter den Begriff des öffentlichen Interesses gar vieles

---

[64]) Rüttimann, d. nordamerikan. Bundesstaatsrecht, II, § 479.

[65]) Ihering, Geist, II. Teil, I. Abteilung, S. 96. Kohler, in Grünhuts Zeitschrift, XIII, 93.

[66]) Vergl. BBl. 1865 I, 14.

unterbringen. Nur das zwingende öffentliche Interesse sollte in Betracht fallen.

Das Gedeihen eines jeden Staatswesens aber erfordert die rechtliche Möglichkeit einer Berücksichtigung des zwingenden Gemeininteresses. Dies gilt in erster Linie für den Gesetzgeber. Aber auch für die Verwaltungsbehörden können Umstände sich gestalten, die eine Abweichung von allgemeinem Recht und eine ungleiche Anwendung geltenden Rechts erzwingen. So stimme ich auch mit Tezner (a. a. O.) überein: „Er (der Anspruch auf Gleichheit vor dem Gesetz) macht es dem Gesetzgeber zur Pflicht, Rechtsverschiedenheiten zwischen den Einzelnen nur soweit zu statuieren, als sie durch ein zwingendes Gemeininteresse geboten werden, oder als das Wesen eines publizistischen Rechtsverhältnisses es gebietet.“ Auch Ihering (a. a. O.) lässt Abweichungen von der Regel des Rechts zu, die „durch objektive Gründe, sei es durch das Staatswohl oder durch innerliche Verschiedenheiten, geboten sind.“

Gerade im Hinblick darauf aber werden wir bestärkt in der Ueberzeugung, dass die Rechtsgleichheit nicht schrankenlos sein soll, dass der Generalisierungstrieb des Rechts nicht rücksichtslos alles ergreifen darf; soll nicht summum jus zur summa injuria, „Vernunft Unsinn, Wohlthat Plage“ werden. Nein, soll die Rechtsordnung am besten den Zwecken des sozialen Lebens dienen und ein vollkommener Bau der Gerechtigkeit sein (soweit überhaupt Menschenwerk vollkommen sein kann), dann bedarf es, um die klassischen Worte Iherings zu gebrauchen, einer „Selbstkorrektur des Rechts auf dem Wege des Individualisierens.“ [67]) Aber die aequitas soll nicht zur Willkür werden. Ausnahmen von der Regel der Rechtsgleichheit sollen nur zugelassen werden, wenn sie objektiv begründet sind, und das sind sie in unserem jetzigen Staatswesen, wie wir gesehen haben, wenn sie sich auf das Bundesrecht, auf die Natur der Dinge, auf die allgemeine Rechtsanschauung und auf das zwingende öffentliche Interesse stützen können.

[67]) Ihering, Geist, (4. Aufl.) II. Teil I. Abteilung, 93.

Dem wichtigen Interpretationsmittel der bundesrechtlichen Praxis werden wir uns später zuwenden.

VI.

Es ist mir leider aus Raumrücksichten nicht möglich, auf die Frage nach der Rechtsgleichheit der Landesfremden in der Schweiz näher einzutreten. Auch hier zeigt sich eine weitgehende rechtliche Gleichstellung, wenn auch die naturrechtliche Theorie von der natürlichen Rechtsgleichheit der Menschen,[68]) die schon im Code civil (livre I Art. 11) bedeutend abgeschwächt erscheint, nach 1815 überall gegenüber dem vordrängenden Nationalitätsprinzip in den Hintergrund getreten ist, ohne freilich je ganz zu verschwinden.[69]) Dagegen hat die moderne Gesetzgebung, von andern als naturrechtlichen Gründen beeinflusst, den Landesfremden dem Landesangehörigen in den meisten Rechtsbeziehungen gleichgestellt. Auch ganz abgesehen von Staatsverträgen zwingt uns die Entwicklung des Verkehrs und des ganzen wirtschaftlichen Lebens der Gegenwart zur Anerkennung einer allgemeinen Rechtsgleichheit, die freilich Ausnahmen von der Regel zulässt.

So hat u. a. auch das Bundesgericht in dem bekannten Urteile in Sachen Obrist und Genossen vom 24. September 1881[70]) den Grundsatz aufgestellt, dass im allgemeinen die

---

[68]) Vergl. Jellinek, d. Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte; Rüttimann, das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, II, § 475; Rousseau, contrat social, Livre I chap. VI et Livre II chap. IV; L. Blanc, histoire de la révolution française (Ed. Lacroix 1878) III, 312 ff.; Chassin, Cahiers de 1789, II, 18.

[69]) Vergl. v. Bar, Theorie und Praxis des intern. Privatrechts, I, 281 ff.; Otto Mayr, Annalen des deutschen Reichs, 1896, XXIX, S. 329 ff., 332 und 376; Bornhak, Preussisches Staatsrecht, I, § 47; Arntz, Revue de droit international et de législation comparée, XIV, 488 f.; Huber, Schweizer. Privatrecht, I, 98 und 146.

[70]) B.-Ger. VII, 514; v. Orelli, in d. Revue de droit international, a. a. O., und in Marquardsens Handbuch des öffentl. Rechts, IV. Bd, I. HBd, II. Abt., 78; vergl. auch für Italien Codice civile, I, art. 3.

schweizerischen Verfassungsbestimmungen für alle Einwohner der Schweiz in gleichem Masse gelten, sofern nicht der klare Wortlaut oder der offenbare Sinn und Zweck der einzelnen Normierungen das Gegenteil fordern. Die bundesrechtliche Praxis ist noch weiter gegangen und hat sogar Ausländern im Auslande Rechte aus Art. 4 der Bundesverfassung zugestanden.[70a])

Die bundesrechtliche Praxis.

Die Praxis des Bundesrats und der Bundesversammlung bis 1874.

VII.

Ist schon bei weit klareren Rechtsnormen die Stellungnahme der Praxis nicht unbeachtet zu lassen, so gewinnt die Praxis geradezu eine hervorragende Bedeutung bei der Interpretation von Art. 4, angesichts der vielen Zweifel und Streitigkeiten. Die Praxis der schweizerischen Bundesbehörden seit 1848 ist es besonders gewesen, die der an sich unklaren Vorschrift über Gleichheit vor dem Gesetz für unser Land einen bestimmten Sinn und eine bestimmte Bedeutung verliehen hat. Freilich allgemein überzeugende Konsequenz dürfen wir bei dieser Praxis nicht suchen. Dabei muss aber auch immer in Betracht gezogen werden, dass das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz sich immer noch weiter fortentwickelt, immer weitere Gebiete ergreift.

Wenden wir uns zunächst der Praxis der Bundesbehörden von 1848 bis 1874 zu. Die Praxis lehnt sich vor allem an an die Kompetenz des Bundesrats (resp. in zweiter Instanz der Bundesversammlung),[71]) für die Beobachtung der Verfassung zu wachen und von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde hin die erforderlichen Verfügungen zu treffen. In Betracht kommen vor allem auch die Beschlüsse über Gewährleistung von Kantonsverfassungen.

[70a]) B.-Ger. (Entscheidungen des schweizer. Bundesgerichts, Amtliche Sammlung), IX, 12 und XIV, 493.

[71]) Bundesverfassung von 1848, Art. 74, Al. 7, 14, 15; Art. 90, Al. 2 und 4, (Art. 105, Bundesgericht).

Stellen wir die Frage: Was verstand die frühere Praxis (von 1848 bis 1874) im allgemeinen unter der Rechtsgleichheit?, so lautet die Antwort: eine Gleichheit unter gleichen Voraussetzungen, bei völlig gleichen Verhältnissen. Dieser Gedanke kehrt in allen möglichen Redewendungen wieder, in zahlreichen Kommissionalberichten der Räte, in Botschaften und Entscheidungen des Bundesrats.[72]) Eine andere Auffassung bedeute „nicht mehr blosse Gleichheit des Rechts, sondern Aufhebung aller individuellen Unterschiede, Egalisierung aller faktischen Verhältnisse, die Anwendung des Grundsatzes: „Es passt nicht in die Schablone, darum existiert es nicht.“[73]) Mit grösster Entschiedenheit wendet sich die Praxis gegen die Auffassung einer absoluten Bedeutung der Rechtsgleichheit. Das allgemeine Nivellierungssystem würde die völlige Vernichtung des Rechts bedeuten.[74]) Man erklärt, es sei, „wörtlich genommen, gar nicht wahr, dass alle Schweizer vor dem Gesetz gleich seien.“[75]) Verschiedene Verhältnisse fordern verschiedene rechtliche Behandlung. „Bei der Verschiedenheit der faktischen Verhältnisse ist eine billige Ausgleichung wohl begründet.“[76]) — Anfangs wird noch versucht, die Geltung des Gleichheitsprinzips auf das Gebiet der politischen Rechte zu beschränken. Da der Kampf der Verteidiger der Rechtsgleichheitsidee in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts hauptsächlich gegen die politischen Unterthanenverhältnisse gerichtet war, und da die Bundesbehörden des neu gegründeten Bundesstaats einer sehr ausgedehnten Anwendung des Gleichheitsprinzips abgeneigt waren und im Interesse der erst teuer errungenen Einigkeit die kantonalen Behörden nicht durch zahlreiche und tiefe

---

[72]) BBl. 1850 I, 269 ff.; 1861 II, 348 ff. und 782; 1862 I, 173; 1863 I, 402 und 408; 1864 III, 85; 1866 I, 81 ff.; 1870 II, 565 ff.; 1871 I, 491 und III, 573; Ullmer, staatsrechtl. Praxis I, 4 und 7.

[73]) BBl. 1871 I, 494.

[74]) BBl. 1861 II, 348 ff.; 1864 III, 80 ff.; 1866 , 81 ff.; 1871 I, 494; 1871 III, 573.

[75]) Ullmer I, 4.

[76]) BBl. 1870 II, 565 ff.

Eingriffe in die kantonale Machtbefugnis gegen sich aufbringen wollten, legte man anfangs bei den Entscheiden über Beschwerden wegen verletzter Rechtsgleichheit den Hauptnachdruck auf das Verbot der Unterthanenverhältnisse[77]) und den Ausschluss der „Privilegien in der politischen Rechtsstellung.“ [78]) Schon die Praxis der Bundesbehörden vor 1874 hat indessen eine solche Beschränkung der Gleichheit vor dem Gesetz hinweggeräumt.

Im Uebrigen wird konstatiert, dass die Vorschrift der Gleichheit vor dem Gesetz eine generelle Bestimmung ist, und dass in einer Reihe von Fällen Spezialvorschriften präzisierend an die Stelle treten.[79]) Selbstverständlich ist, dass, wenn ein Gesetz zufälligerweise auf einzelne ihm unterworfene Fälle nicht oder noch nicht zur Anwendung gekommen ist, daraus nur folgt, dass es eben auf diese Fälle noch zur Anwendung gelangen soll, nicht aber, dass es auf alle anderen Fälle nun auch nicht mehr angewendet werden darf.[80])

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen gehe ich über zur Erörterung der Anwendung, die Art. 4 durch die Praxis der Bundesbehörden bis 1874 in den einzelnen Rechtsmaterien gefunden hat. Doch will ich hier bemerken, dass ich in den folgenden Ausführungen sowohl die Anwendung des Art. 4 bei Rekursen wegen Rechtsverweigerung und Doppelbesteuerung als die Anwendung des speziellen Rechtsgleichheitsartikels 60 (der Bundesverfassung) noch bei Seite lassen werde.

Ein Beweis dafür, wie ängstlich man anfangs bedacht war, alt eingewurzelte Anschauungen der massgebenden Kreise, namentlich in den früheren Sonderbundsständen, zu schonen, ist ein bundesrätlicher Beschluss von 1850, wonach das Verbot gemischter Ehen, sowie der Ausschluss aller Nichtkatholiken vom Erwerb des Bürgerrechts mit der Vor-

---

[77]) BBl. 1858 II, 150 und 515 ff.
[78]) BBl. 1862 I, 377 ff.; Ullmer I, 11.
[79]) Ullmer I, 5; BBl. 1858 II, 155 und 1860 II, 5.
[80]) Ullmer II, 18—20.

schrift der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz vereinbar sein soll.[81])

Art. 4 Satz 2 bestimmt: „Es giebt in der Schweiz keine Unterthanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.“ Diese Bestimmung hat keine exklusive Bedeutung. Auch Vorrechte des Berufs,[82]) des Standes, des Vermögens[83]) etc. sind ausgeschlossen. Auf dem staatsrechtlichen Gebiet, das wir hier zunächst betreten wollen, zeigt sich dies darin, dass kantonalrechtliche Vorschriften, die die Ausübung politischer Rechte abhängig machen von der Führung eines eigenen Haushalts und selbständigen Berufs,[82]) oder auch vom Besitze eines bestimmten Vermögens, als unzulässig erklärt wurden im Hinblick auf Art. 4.

Dagegen ergiebt sich die willkürliche Auslegung des Art. 4 in Bezug auf den durchaus ungerechtfertigten Ausschluss der Geistlichen[84]) vom aktiven und passiven Wahlrecht, in kantonalen Gesetzen, im Gegensatz zu der Wählbarkeit der Geistlichen in den Ständerat, als politische „Nachgiebigkeit gegen Wünsche der Kantone, die da glaubten, nur mit diesem abnormen Verbot den Frieden erhalten zu können.“[85]) Die bundesrechtliche Praxis bezüglich der Zulassung von bestimmten Personenkategorien in den kantonalen Verfassungen zur Ausübung politischer Rechte ist überhaupt nicht ganz frei vom Vorwurf der Willkür. Wie auf der einen Seite die Zulassung offenbar abhängiger Leute, wie der Dienstboten, zu den Abstimmungen von Bundeswegen anbefohlen, auf der anderen Seite die Nichtzulassung der Geistlichen (der refor-

---

[81]) BBl. 1850 I, 269 ff.; vergl. aber auch BBl. 1856 I, 520.

[82]) BBl. 1854 III. 55 (Genfer Dienstboten); BBl. 1861 I, 359 (Zuger Dienstboten, Kostgänger); A. S. (Amtl. Sammlung der Bundesgesetze) IV, 388; VI, 113.

[83]) Curti, 56 f.; Ullmer II, 35 ff.; BBl. 1859 I, 411; 1863 II, 327; BBl. 1863 II, 328, 355, 358, 363; A. S. VII, 573; BBl. 1868 II, 505 f.; BBl. 1869 II, 219.

[84]) BBl. 1855 II, 473; BBl. 1857 II, 305; BBl. 1864 I, 1—8.

[85]) BBl. 1868 III, 297; Curti, 52 ff.; Ullmer II, 22.

mierten wie der katholischen) als abhängiger Leute erlaubt, wie auf der einen Seite die Zulassung der Analphabeten befohlen, auf der anderen Seite die Nichtzulassung der ohne eigenes Verschulden in Konkurs geratenen Cridare gebilligt wird, wie die Zulassung vermögensloser Leute den Kantonen anbefohlen, dafür ihnen die Nichtzulassung solcher erlaubt wird, die ein Jahr mit dem Steuerzahlen im Rückstand sind[86]) (vielleicht aus anderen Gründen als aus Böswilligkeit); der innere Grund zu all dem ist schwerlich aufzufinden. Ein Bundesgesetz, das die politischen Rechte der Schweizer einheitlich und vernünftig regeln würde, thäte da sehr not.

Gegen Vorrechte aus der Konfessionsangehörigkeit wurde anfangs wenig entschieden vorgegangen. Immerhin wurde dem Kanton Obwalden nicht gestattet, zu Abstimmungen in Schulangelegenheiten nur Katholiken zuzulassen, mit der Schulsteuer dagegen alle in der Gemeinde wohnenden Bürger und Niedergelassenen ohne Rücksicht auf die Konfession zu belasten;[87]) und 1872, zur Zeit des Kulturkampfes, wurde erklärt, die Privilegierung einer Religion durch Erhebung zur Staatsreligion dürfe niemals so weit gehen, „den vollen Umfang und die Gleichheit der Rechte der einer andern Konfession angehörenden Bürger zu beeinträchtigen.“ [88])

Längere Zeit beschäftigte der Rekurs der 71 katholisch-konservativen Grossräte von St. Gallen den Bundesrat und die eidgenössischen Räte.[89]) Da in den meisten Wahlkreisen des st. gallischen Landes katholisch-konservativen Mehrheiten starke liberale Minderheiten, den liberalen Mehrheiten dagegen nur kleine katholisch-konservative Minderheiten gegenüberstanden, und so bei dem Mehrheitsprinzip das Stärkeverhältnis der Vertreter der politischen Parteien im Grossen Rat und im Verfassungsrat des Kantons St. Gallen nicht dem Stärkeverhältnis der gesamten liberalen und der

---

[86]) BBl. 1874 I, 313–316; BBl. 1864 I, 323.
[78]) BBl. 1868 I, 101; A. S. IX, 226.
[88]) BBl. 1872 III, 842; BBl. 1874 II, 493 f.
[89]) BBl. 1858 II, 143 ff., 515, 533 ff., 549; A. S. VI, 110 f.; Curti 57 f.

gesamten katholisch-konservativen Partei des Kantons entsprach, wurde der liberalen Stadt St. Gallen eine grössere Zahl von Grossräten zugeteilt, als ihr gemäss ihrer Bevölkerungszahl nach der Volkszählung eigentlich gebührte. Die Bundesbehörden bestätigten das politische Vorrecht der Bürger der Stadt St. Gallen. Man sprach sogar im Ernst von der Zulässigkeit eines Vorrechts der gebildeten und wohlhabenden liberalen Stadtbevölkerung. Man brauche bei der Vertretung nicht auf die Kopfzahl abzustellen.[90]) — Die spätere Praxis der Bundesbehörden hat übrigens bereits einer anderen Auffassung zum Siege verholfen. Der Entscheid in Sachen der St. Galler Grossräte hat nur noch rechtshistorische Bedeutung.

Dem Kanton Uri wurde im Jahre 1873 nicht erlaubt, für die Ermittlung der Mitgliederzahl der Bezirksräte, „die für das Wohl des Bezirks und seiner gesamten Einwohner weit wichtigere Funktionen haben, als nur die materiellen Interessen der Kantonsbürger zu wahren," bloss die Zahl der Korporationsgenössigen zu Grunde zu legen, mit Ausschluss also der Niedergelassenen aus dem Kanton Uri sowohl als aus den andern Kantonen.[91])

Die Gleichheit der politischen Rechte schliesst, genau genommen, in sich nicht nur die gleiche aktive und passive Wahlfähigkeit, das gleiche Stimmrecht, sondern auch das Recht, bei Berechnung der Zahl der Abgeordneten des Wohnsitzbezirks in gleicher Weise berücksichtigt zu werden, wie andere Schweizerbürger.

Bezüglich der Vorrechte aus Aemtern endlich wurde bemerkt von der nationalrätlichen Kommission von 1865 (in Sachen Chevalier): „Es ist nicht zulässig, dass gewisse Aemter andere Vorteile gewähren, als durch den Dienst geboten sind."[92]) Amtszwang erklärte der Bundesrat als vereinbar mit Art. 4.[93])

---

[90]) BBl. 1858 II, 155.
[91]) BBl. 1873 IV, 253 ff., 258, 259; A. S. XI, 436.
[92]) BBl. 1865 I, 8.
[93]) BBl. 1873 II, 825.

Dass die Regel der Gleichheit vor dem Gesetz cessieren muss, wo das Staatswohl mit unabweisbarer Notwendigkeit eine Ausnahme fordert, erkannten die Bundesbehörden im Fall der Ausweisung des Bischofs von Hebron i. p., K. Mermillod.[94])

Gehen wir über zur Rechtsgleichheit in Steuersachen. Der Bundesrat erachtete es als mit Art. 4 der Bundesverfassung nicht vereinbar, dass infolge blosser Besteuerung des Einkommens aus Liegenschaften im Kanton Solothurn, die der Zehnt- und Bodenzinspflicht nicht unterworfen waren, ein kleiner Teil der Bevölkerung alle Lasten trage, während für ca. 70 Prozent der Einwohner mit einem grossen produktiven Liegenschaftswert gänzliche Befreiuung von dieser einzigen, direkten Steuer ausgesprochen sei.[95]) — Bezüglich eines Rekurses von Dr. Frey aus Arlesheim wurde bemerkt von der nationalrätlichen Kommission, dass die Steuerexemtionen der auswärts wohnenden Eigentümer von (zum Teil sehr stattlichen) Liegenschaften im Gemeindebann Arlesheim eine ungerechtfertigte Ausnahme von der Rechtsgleichheit bildeten.[96]) Bundesrat und Bundesversammlung aber wiesen den Rekurs ab. — Ungleichheiten in der Besteuerung, die im öffentlichen Interesse dringend geboten sind, werden als zulässig erklärt, so eine grössere Belastung der Wirte.[97])

Wenn auch die Existenz und das Gedeihen von grossen Korporationen und Anstalten, wie der Eisenbahngesellschaften, in gewissen Kantonsteilen für das ganze Verkehrsleben, für Gewerbe und Handel von grosser Bedeutung sind und ihre finanzielle und sonstige Unterstützung im öffentlichen Interesse liegt, so wird doch der Weg der Steuerexemtionen und Zollbegünstigungen als eine kaum zu billigende Ausnahme von der Rechtsgleichheit angesehen, besonders in Anbetracht der ausserordentlichen Auslagen, die derartige juristische Personen den Gemeinden verursachen.[98]) Das

---

[94]) BBl. 1873 I, 363, III, 301, 409—456.
[95]) BBl. 1872 II, 509 ff.
[96]) BBl. 1873 I, 111 f., II, 673 ff., III, 363.
[97]) BBl. 1859 I, 143 ff.; Ullmer I, 9—12.
[98]) BBl. 1871 II, 667 ff.; Curti, 110.

gleiche muss natürlich auch für andere grosse Institute gelten. — Die Steuerexemtion von kantonalen staatlichen Instituten speziell von den kantonalen Steuern muss zugegeben werden als in der Natur der Sache liegend. Für Bundesinstitute gilt der Art. 7 des Bundesgesetzes über die politischen und polizeilichen Garantien zu Gunsten der Eidgenossenschaft, vom 23. Dezember 1851 (auch gegenüber Gemeinden).[99] — Erwähnung verdient hier auch der Steuerrekurs Stüssy. Der Bundesrat erklärte eine hoheitliche Genehmigung eines Finanzplanes der Gemeinde Glarus von 1864, der für die „anwesenden Tagwenleute" und für die Niedergelassenen eine höhere Besteuerung einführte, als sie in den anderen glarnerischen Gemeinden bestand, für vereinbar mit der Vorschrift der Gleichheit vor dem Gesetz. Ein unzulässiges Vorrecht des Orts lag nicht vor, da infolge des grossen Brandes von Glarus das öffentliche Interesse eine solche zeitweise Ausnahme als gerechtfertigt und geboten erscheinen liess. Ein Rekurs von Niedergelassenen und von Alt-Gemeinderat Stüssy dagegen, gestützt auf die Erwägung, dass das glarnerische Niederlassungsgesetz eine gleiche Besteuerung der Niedergelassenen vorschreibe in allen Gemeinden des Kantons, wurde abgewiesen.[100]

Wenn verschiedene Gemeinden infolge Autonomie unter sich ungleiche Statuten aufstellen, so ist dadurch die Gleichheit vor dem Gesetz nicht verletzt, sofern nur auf alle, die der einzelnen Gemeindeordnung unterworfen sind, die Gleichheitsregel zur Anwendung kommt.

Schwieriger ist schon die Frage, ob ein kantonales Gesetz sich gegen die Gleichheitsvorschrift verstösst, wenn es selbst für verschiedene Gegenden des gleichen Kantons verschiedene Bestimmungen aufstellt.[101] Sofern eine solche Regelung durch die Natur der Verhältnisse geboten ist, und

---

[99]) BBl. 1867 I, 623; vergl. für die spätere Zeit BBl. 1884, IV, 555 f. und A. S. VIII (N. F.) 361; vergl. auch ein kleines Privileg von Bundesbeamten im gleichen Gesetz, A. S. III, 178, BBl. 1867 I, 622.

[100]) BBl. 1866 I, 81—85.

[101]) BBl. 1850 II, 336.

alle, die sich in den betreffenden Bezirken befinden, rechtlich gleich behandelt werden, kann von einer Verletzung von Art. 4, die ein Einschreiten des Bundes erforderlich macht, nicht die Rede sein. So wurde eine freiburgerische Gesetzesbestimmung für zulässig erklärt, wonach in vorwiegend katholischen Gegenden jedermann an katholischen Feiertagen, in vorwiegend protestantischen Gegenden jedermann an protestantischen Feiertagen sich aller den Kirchenkultus störenden Arbeit zu enthalten habe.[102])

Eine Verfügung des Landrats von Unterwalden ob dem Wald, dass der kantonalen Schützengesellschaft die Eröffnung eines kantonalen Schiessens an einem Sonn- oder Feiertage verboten sei, wurde vom Bundesrat aufgehoben, weil andere Schiessen und andere lärmende Anlässe, wie Aelplerkilben, an Sonntagen in Obwalden abgehalten werden dürfen.[103])

Wenn zur Abwendung vieler früheren Plackereien und im dringenden Interesse der Erhaltung und Hebung des Fremdenverkehrs nach dem Rigi (einer Haupterwerbsquelle der betreffenden Gegenden) die Kantone Luzern und Schwyz vorschrieben, dass alle, die das Gewerbe eines Rigiführers ausüben wollen, in eine obrigkeitlich geordnete Vereinigung eintreten müssen, dass sie das Gewerbe nach einer bestimmten Kehrordnung auszuüben haben, und dass nur Leute von einem unbescholtenen Ruf zuzulassen seien, so mochte das als durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt und geboten erscheinen.[104])

Zweifelhafter war das Recht dieser Kantone zur Beschränkung der Zulassung auf die Bürger und Niedergelassenen der am Fusse des Rigi befindlichen Gemeinden, bezw. auf jeden, der sich in diesen Gemeinden niederlassen wolle. In Berücksichtigung aber des Umstandes, dass so wie so naturnotwendig sich weitaus die meisten Rigiführer in der Nähe des Rigi niederlassen, und dass die Fremden die aus der Ferne mitgebrachten Führer beibehalten dürfen, liess man

[102]) BBl. 1861 II, 782; 1862 I, 377; A. S. VII, 124 f.

[103]) BBl. 1872 II, 477 f.

[104]) BBl. 1859 I, 209, 213, 229; A. S. VI, 215; Ullmer I, 66 ff.

die Ausnahme gelten. — Nicht aus Gründen der Gleichheit vor dem Gesetz, sondern der Gewerbefreiheit (in der kantonalen Verfassung) wurde aber bald darauf ein Rekurs gegen das Transportreglement über die Furka, das die freie Wahl der Reisenden unter den Pferdehaltern beschränkte, begründet erklärt.[105]) — Wiederholte Male sprach sich der Bundesrat gegen den Zunftzwang aus.[106])

Als nicht zulässig wurde es ferner erachtet, den Erwerb von Liegenschaften in einem Kanton an die Voraussetzung der thatsächlichen Wohnsitznahme in dem betreffenden Kanton zu knüpfen; eine solche Ausnahme sei nicht vereinbar mit der Gleichheit vor dem Gesetz und mit dem Grundsatz des freien internationalen Verkehrs.[107])

Die Gleichheit vor dem Gesetz erstreckt sich auch auf das Privatvermögen von Kantonen und Gemeinden, indem es nicht erlaubt erscheint, durch Rechtsvorschriften hinsichtlich der Verfügung dieses Vermögens rechtliche Begünstigungen oder Benachteilungen von Personen aufzustellen.[108]) — Dagegen dürfen z. B. Gemeinden solche Angehörige, die längere Zeit abwesend sind, von gewissen Gemeindenutzungen ausschliessen, insofern sich die Berechtigung einer solchen verschiedenen Behandlung aus der Natur der Sache ergiebt. „Einerseits sind jene Nutzungen gewöhnlich Nutzungen in natura, die nur in loco ausgeübt werden können, und anderseits ist es natürlich, dass nur derjenige, welcher mit seiner persönlichen Anwesenheit und seiner ökonomischen Beteiligung für die Anforderungen der Gemeinde voll einsteht, auch den Anspruch besitzt, an ihren Vorteilen zu partizipieren.[109])

Zum Schluss noch ein Entscheid des früheren Bundesgerichts.

---

[105]) BBl. 1859 II, 113 ff., 485 ff.; Ullmer I, 511, A. S. VI, 287.

[106]) BBl. 1862 III, 565; 1863 II, 36.

[107]) BBl. 1861 I, 358; Ullmer I, 561 ff.

[108]) BBl. 1861 II, 348 f.; Ullmer II, 50 ff.; vergl. auch BBl. 1863 II, 34, und dazu BBl. 1852 I, 397.

[109]) BBl. 1865 III, 381 f.

Das Bundesgericht erklärte 1852, dass der Erlass des Staatsrates von Freiburg vom 19. und 26. Juli 1849, wonach der Fallite J. Fr. Dupré wieder in seine bürgerlichen und politischen Rechte eingesetzt wurde und damit die Nutzniessung und Verwaltung des Frauenvermögens wieder erhielt, ein nicht zu rechtfertigendes Ausnahmedekret sei, das sich speziell auf den Falliten Dupré beziehe und Frau Dupré in ihrer Rechtsstellung unbegründeterweise benachteilige.[110])

Die Praxis des Bundesrats und der Bundesversammlung seit 1874.

VIII.

Die Stärkung des Bundes in der Verfassung von 1874 brachte auch eine Aenderung in der Durchführung verfassungsmässiger Grundsätze. In den ersten Jahren nach 1848 war die Sorge der neuen Bundesbehörden notwendigerweise nicht einer möglichst strikten Durchführung des Art. 4 der Bundesverfassung, sondern andern wichtigern Aufgaben zugewendet, die dem Bunde erst das rechte Leben und die Kraft verleihen sollten, die nötig war, um später gegenüber den Kantonen auch als Hüter der verfassungsmässigen Rechte der Bürger energisch auftreten zu können.[111])

Mit Erlass der Bundesverfassung von 1874, die dem Bundesgericht die Entscheidung über Verletzung verfassungsmässiger Rechte übertrug, ist freilich die Sorge für die Durchführung des verfassungsmässigen Grundsatzes der Rechtsgleichheit zum grösseren Teil den politischen Bundesbehörden genommen und dem Bundesgericht anvertraut worden.

Die Prüfung und Gewährleistung kantonaler Verfassungen und der Entscheid über die in Art. 59 des früheren und in Art. 189 des jetzt geltenden Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vorbehaltenen Streitigkeiten, über die die politischen Bundesbehörden als Richter zu urteilen haben, die sogenannten Administrativstreitig-

---

[110]) Ullmer I, 367—371; BBl. 1851 II, 133.

[111]) BBl. 1876 I, 110.

keiten, vor allem insofern sie die Gewerbefreiheit (Art. 31 der Bundesverfassung, speziell das Wirtschaftswesen) oder kantonale Wahlen und Abstimmungen betreffen, bilden jetzt das Gebiet, in dem Bundesrat und Bundesversammlung als Wahrer der Rechtsgleichheit noch in Aktion zu treten haben.

Auch die Praxis seit 1874 versteht unter der Gleichheit vor dem Gesetz nicht eine absolute Gleichheit.[112]) Die Rechtsgleichheit bedeute vielmehr eine Gleichheit bei gleichen (völlig gleichen oder doch wesentlich gleichen) faktischen Verhältnissen und Verumständungen;[113]) aber die Auffassung dieser gleichen Voraussetzungen ist nun eine weniger strenge, eine billigere, dem Rekurrenten weit günstigere.[114]) Daneben zieht der Bundesrat auch (besonders in neuerer Zeit) den Begriff der Willkür herbei, erklärt, dass eine Massnahme kantonaler Behörden die Gleichheitsvorschrift verletze, wenn sie willkürlich sei,[115]) das heisst, wenn sie in keiner Weise objektiv begründet sei; aber seine Praxis vermag nicht diesen Kautschuckbegriff „Willkür" klar und praktisch verwertbar zu gestalten. — Vollkommen richtig dagegen betonte der Bundesrat, dass nicht das, was eine frühere Zeit, sondern nur was die Gegenwart mit dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz vereinbar finde, massgebend sei für die Gegenwart.[116])

Nach Art. 85[7] der Bundesverfassung von 1874 gewährleistet die Bundesversammlung die Verfassungen der Kantone nach Begutachtung des Bundesrats hinsichtlich der Uebereinstimmung mit der Bundesverfassung.

Unter den Beschlüssen und Berichten der Bundesbehörden, die auf Art. 4 Bezug nehmen bei der Gewährleistung von

---

[113]) BBl. 1878 II, 506 und 1899 IV, 216; 1900 I, 1057 f.

[113]) BBl. 1878 II, 506; 1883 II, 377; 1891 I, 932; BBl. 1891 III, 1016; 1891 IV, 262; 1891 V, 552; 1893 III, 740; 1899 II, 539; 1899 IV, 217.

[114]) BBl. 1895 IV, 91 ff.

[115]) BBl. 1897 III, 878; 1897 IV, 1206; 1898 IV, 267; 1899 IV, 833; 1899 IV, 216 ff.; 1899 II, 529; 1899 IV, 216 und 1900 I, 105 ff.

[116]) BBl. 1875 IV, 1201 und 1203.

Kantonsverfassungen, will ich auch hier die vorausstellen, die eine Ungleichheit politischer Rechte betreffen. Die Praxis der politischen Behörden seit 1874 hält es für zulässig, bis zum Erlass des in Art. 66 der Bundesverfassung vorgesehenen Bundesgesetzes, dass Schweizer infolge Konkurses, vor allem infolge verschuldeten Konkurses, ferner infolge Zahlungsunfähigkeit,[117]) Bevormundung, Armenunterstützung,[118]) gerichtlicher Akkordierung,[119]) Rückstand in der Bezahlung der Steuern[120]) etc. ihrer bürgerlichen Rechte für verlustig erklärt werden.[121]) Dagegen erklärte es der Bundesrat für nicht zulässig, dass nach Erlass des die Einheit im Exekutionsverfahren schaffenden Bundesgesetzes betr. Schuldbetreibung und Konkurs und nach Erlass eines kantonalen Ausführungsgesetzes über die rechtlichen Folgen dieses Konkurses zugleich die in der kantonalen Verfassung niedergelegten Bestimmungen über die viel strengern Rechtsfolgen des frühern Geldstags für die früheren Vergeldstagten weiter in Geltung bleiben, obwohl Geldstag und Konkurs keine wesentlichen Verschiedenheiten aufweisen, die eine sehr verschiedene rechtliche Behandlung hinsichtlich der Rehabilitation rechtfertigen könnten.[122])

1876 erhielt die Bestimmung der Walliser Verfassung, die den Ausschluss der Geistlichen von bürgerlichen Aemtern festsetzte, die Gewährleistung des Bundes,[123]) indem man unrichtigerweise mit Art. 75 der neuen Bundesverfassung argumentierte. — 1890 wurde in der Neuenburger Verfassung erklärt: die Bekleidung eines geistlichen Amtes ist mit dem Mandat eines Abgeordneten im Grossen Rate unverträglich. Die Bestimmung wurde vom Bunde garantiert.[124]) Freilich

---

[117]) BBl. 1875 II, 601.
[118]) v. Salis, Bundesrecht, I, S. 189.
[119]) BBl. 1892 II, 492.
[120]) BBl. 1883 II, 833; BBl. 1899 IV, 489; v. Salis II, 632 ff.
[121]) BBl. 1886 I, 37—45, 45—62; v. Salis II, 540 ff.; BBl. 1883 II, 886.
[122]) BBl. 1895 II, 88—97.
[123]) BBl. 1876 I, 709; A. S. (N. F.) II, 364.
[124]) BBl. 1890 II, 134.

soweit Geistliche kantonale Staatsbeamte sind, hindert nichts den Kanton, Inkompatibilitätsgesetze aufzustellen, und den in den grossen Rat gewählten Geistlichen seines Staatsamtes verlustig zu erklären. Dies gilt für alle kantonalen Beamten und Angestellten.[125]) Einem Artikel eines tessinischen Verfassungsdekrets dagegen, das eine solche Inkompatibilitätsvorschrift auch auf die eidgenössischen Beamten ausdehnen wollte, bei Besetzung des Grossen Rats, wurde die Gewährleistung des Bundes versagt.[126])

Gegenüber den Tessiner Behörden hielt der Bundesrat streng an der Vorschrift der Gleichheit vor dem Gesetz fest bezüglich der Analphabeten und verbot deren Ausschluss vom politischen Stimmrecht.[127]) — Als zulässig, vereinbar mit Art. 4 wurde ein Artikel eines tessinischen Verfassungsdekrets von 1883 erklärt, der den Beginn der passiven Wahlfähigkeit für die Mitglieder des Staatsrats, der Gerichtsbehörden, der Gemeinderäte und aller übrigen verfassungsmässigen Behörden, mit Ausnahme des Grossen Rats, erst auf das zurückgelegte 25. Altersjahr festsetzte.[128])

Aus Artikel 6[b] der Bundesverfassung, wonach der Bund die Gewährleistung der kantonalen Verfassungen übernimmt, wenn sie die Ausübung der politischen Rechte der Bürger nach demokratischen Formen sichern, wird die rechtliche Zulässigkeit des alten Instituts der Landsgemeinde gefolgert. So wurde eine Beschwerde des gemeinnützigen Vereins von Andermatt, dass den Bewohnern des Urserenthals etc. infolge der grossen Distanz die Teilnahme an der Landsgemeinde bei Altorf und damit die Ausübung ihrer politischen Rechte faktisch sehr erschwert sei und so Art. 4 der Bundesverfassung verletzt werde, abgewiesen, weil rechtlich alle Urner

---

[125]) BBl. 1890 II, 134.

[126]) A. S. (N. F.) II, 559; BBl. 1877 I, 9—14; 1877 II, 508 und 1876 IV, 804.

[127]) BBl. 1886 I, 215 ff.; 1887 II, 703; v. Salis II, 621.

[128]) BBl. 1883 II, 375 ff.; vergl. noch BBl. 1882 II, 353 und 1878 II, 468.

an der Landsgemeinde gleiche politische Rechte geniessen und weil die faktische Ungleichheit lediglich aus den innern Verhältnissen hervorgehe, die Verschiedenheit der faktischen Verhältnisse aber immer Ungleichheiten erzeuge.[129])

Gleicherweise wurde zehn Jahre später ein Rekurs des Korporationsrats Ursern gegen die Urner Verfassung abgewiesen, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass infolge des Betriebs der Gotthardbahn die Teilnahme an der Landsgemeinde sehr erleichtert sei, und sich bei keinem Abstimmungssystem, auch bei der gemeindeweisen Abstimmung nicht, faktische Erleichterungen oder Erschwerungen in der Ausübung der politischen Rechte bei einzelnen Bürgern vermeiden lassen. Immerhin könnte von Verletzung von Art. 4 der Bundesverfassung die Rede sein, insofern durch die faktischen Verhältnisse, die Distanz, von vornherein einzelnen Bürgern oder einer Reihe von Bürgern die Teilnahme an der Landsgemeinde und damit die Ausübung politischer Rechte fast oder geradezu unmöglich gemacht wäre, was in casu nicht zutreffe.[130])

Dagegen fand der Bundesrat, gestützt auf das Bundesgesetz von 1872 über eidgenössische Wahlen und Abstimmungen, das Abstimmung am Wohnort vorschreibt, es wenigstens für die eidgenössischen Nationalratswahlen unzulässig, dass die Stimmberechtigten des ganzen Kantons Genf im Palais électoral der Stadt Genf zu stimmen haben, während doch z. B. die Gemeinde Céligny $17^1/_2$ km von Genf entfernt sei.[131])

Was die politische Repräsentation der Bürger, die Einteilung der Wahlkreise und die Bestimmung der Zahl ihrer Abgeordneten betrifft, so finden wir den Standpunkt verlassen, den 1858 die Bundesbehörden eingenommen hatten gegenüber dem Rekurs der St. Galler Grossräte. Die freie Bestimmung der Wahlkreiseinteilung und der Zahl der Wahlkreisabgeordneten durch die Kantone ist beschränkt, das Kopfzahlsystem ist obligatorisch erklärt. Aber natürlich nur soweit es möglich ist; denn

---

[129]) BBl. 1878 II, 506; v. Salis II, 614.

[130]) BBl. 1888 III, 558—568, v. Salis I, 153 f.

[131]) BBl. 1877 IV, 443 ff.; vergl. dazu auch 1879 III, 108.

bei der gemeindeweisen Abstimmung, die man aus praktischen Gründen beibehalten muss, bleiben gewöhnlich Bruchteile übrig, die bei Berechnung der Zahl der Abgeordneten entweder unberücksichtigt bleiben, oder eine vergleichsweise grössere Berücksichtigung finden, als ihnen sonst zahlengemäss zukommen würde. Die Bestimmung der Verfassung von Appenzell Ausser Rhoden, dass die Gemeinden auf je 1000 Einwohner und darunter ein Mitglied, auf 1001-2000 zwei Mitglieder etc. wählen sollten, erhielt die Bundesgarantie, obwohl in der Wirkung gewisse Ungleichheiten im Verhältnis von grossen Gemeinden zu mehreren kleinen Gemeinden nicht ausgeschlossen waren.[132]) — Dagegen wurde bei der Garantie der alten Tessiner Verfassung als unvereinbar mit Artikel 4 erklärt, dass jedem Kreise, ganz ohne Rücksicht auf seine Bevölkerungszahl, die Wahl einer gleich grossen Zahl von Abgeordneten in den Grossen Rat zuerkannt war, obwohl die Grössenverhältnisse der Gemeinden ausserordentlich verschiedene waren (Kreis Lugano ca. 6000 Einwohner, Kreis Lavizzara ca. 1000 Einwohner).[133]) — Zwei Paragraphen der Schwyzer Verfassung, die vorschrieben, dass drei Mitglieder des Regierungsrats aus dem Kreis Schwyz, die andern vier aus den übrigen fünf Kreisen, ein Ständerat, ein Kantonsschreiber etc. immer aus dem Kreis Schwyz, der andere aus einem der andern Kreise gewählt werden müsse, wurde die Bundesgewährleistung versagt, indem bemerkt wurde, dass es der Gleichheit vor dem Gesetz widerspreche, wenn nur einem einzigen, einzelnen Kreis eine bestimmte Repräsentation rechtlich zugesichert werde, während dies gegenüber keinem einzigen der übrigen Kreise einzeln geschehe. Ja natürlich umsomehr widerspreche dies der Gleichheit, falls das rechtlich garantierte Repräsentationsverhältnis des Kreises den gegenwärtigen Bevölkerungsverhältnissen nicht genau entspreche. Dagegen wurde es als zulässig befunden, dass rechtlich jeder der sechs schwyzerischen Wahlkreise (mit Berücksichtigung seiner Bevölkerungszahl)

---

[132]) BBl. 1876 IV, 175.

[133]) BBl. 1875 IV, 1189—1209; 1876 I, 106—114, 687 ff. und 848; A. S. (N. F.) II, 112 f.; v. Salis, I, 196—203.

einen oder mehrere Kantonsrichter in das neungliederige Kantonsgericht zu stellen hat.[134])

Gemäss einem schwyzerischen Verfassungsdekret von 1881 fielen auf den alten Kreis Schwyz 15 Mitglieder. Die Bundesbehörden erlaubten nicht, dass nach Trennung des alten Kreises in einen neuen Kreis Schwyz und einen Kreis Unter-Yberg diese alte Repräsentationsziffer 15 des früheren Kreises Schwyz (im alten Verfassungsdekret) fernerhin beibehalten werde (trotz konstitutioneller Aenderung eines Wahlkreises), und dem neuen Kreis Schwyz 13, dem neuen Kreis Unter-Yberg dagegen nur zwei Abgeordnete zuerkannt werden, während nach den allgemeinen für die Wahlen im Kanton geltenden Bestimmungen entsprechend der Bevölkerungszahl Unter-Yberg Anspruch auf die Wahl von drei Abgeordneten habe.[135])

Bei der Besprechung der Zahl der Abgeordneten kann die Seelenzahl, oder bloss die Zahl der schweizerischen Wohnbevölkerung, es kann aber auch bloss die Zahl der Stimmberechtigten in Berechnung gezogen werden.[136])

Art. 4 der Bundesverfassung schreibt die Gleichstellung der Bürger vor, nicht die Gleichstellung der politischen Parteien. Als die Freiburger Behörden mit einer Wahlkreisgeometrie (in einem Verfassungsdekret von 1874) durch Vereinigung von liberalen Mehrheiten in den Städten mit überlegenen katholisch-konservativen Mehrheiten des Landes den liberalen Einfluss im Kanton Freiburg möglichst lahm legen wollten, da bot Art. 4 der Bundesverfassung dem Bundesrat keine Handhabe zum Einschreiten dagegen. Art. 4 erklärt eben nicht das Proportionalsystem obligatorisch.[137])

Das Nebeneinanderbestehen von Einerwahlkreisen einerseits und grösseren Wahlkreisen mit mehreren Abgeordneten

---

[134]) BBl. 1876 III, 369 ff.; 1877 I, 72 f.; 1877 I, 521—532; BBl. 1878 II, 467; A. S. (N. F.) III, 66; v. Salis I, 157 ff.; Curti 62 f.

[135]) BBl. 1884 II, 223 ff.; 1885 II, 666; A. S. (N. F.) VII, 463; Curti, 61 f.; v. Salis I, 160 f.

[136]) BBl. 1895 II, 110; A. S. (N. F.) XIV, 694; v. Salis I, 165 und 220.

[137]) BBl. 1875 IV, 241 und 248.

und Listenskrutinium anderseits laut Schwyzer Verfassung verstösst nicht gegen Art. 4 der Bundesverfassung. Dagegen wurde als verfassungswidrig erklärt eine andere Bestimmung der Schwyzer Verfassung, wonach für die Wahlen der Bezirksbeamten, des Bezirksgerichts und der auf den Bezirk fallenden Kantonsrichter drei Bezirken (Küssnacht, Einsiedeln und Gersau), die nur aus einer Gemeinde bestehen, entsprechend ihrem kommunalen Wahlmodus das Recht auf Einführung des Urnensystems gewährt worden war, im Gegensatz zum gemeinen Recht der Bezirkswahlen in den andern Bezirken (B.Bl. 1899 IV. 483—523, besonders 518 ff. und B.Bl. 1900 I. 849—855).

1879 erklärte der Bundesrat gegenüber den tessinischen Behörden, dass gleich wie der Bürger nicht in mehreren Kantonen politische Rechte ausüben, er auch nicht in doppeltem Masse politisch repräsentiert, in mehreren Kantonen bei der Berechnung der Zahl der Abgeordneten in Berechnung gezogen werden dürfe.[138]) Damals, als die Gewährleistung verschiedener tessinischer Verfassungsdekrete in Frage stand, verlangten Bundesrat und Bundesversammlung, dass für die Ausrechnung der Zahl der Abgeordneten die Tessiner Bürger an ihrem Wohnort und nicht an ihrem Heimatort zu zählen seien, damit nicht eine künstliche, mit Art. 4 der Bundesverfassung nicht vereinbare Verschiebung im Repräsentationsverhältnis zu gunsten der ärmeren Gemeinden des Kantons stattfinde, deren Angehörige meistens ausserhalb der heimatlichen Gemeinden in den tessinischen Städten oder ausserhalb des Kantons niedergelassen sind.[139])

Unter dieser Rubrik der Gewährleistung kantonaler Verfassungen führe ich hier noch an die Garantie tessinischer Verfassungsdekrete, wonach für grössere Gemeinden (mit über 3000 Seelen) das Recht der Initiative und des Referendums

---

[138]) BBl. 1879 III, 1206.

[139]) BBl. 1879 III, 1190—1208; BBl. 1880 II, 584; 1880 III, 294 ff.; 1881 II, 650; A. S. (N. F.), V, 111; v. Salis I, 209—213; Curti, 61; vergl. auch BBl. 1897 I, 366.

in Gemeindeangelegenheiten, sowie die Wahl eines besondern grössern Gemeinderats eingeführt wurde.[140])

Den Amtszwang erklärt auch die neuere bundesrechtliche Praxis als vereinbar mit Art. 4 der Bundesverfassung.[141])

1878 erklärten die Bundesbehörden es für zulässig, dass von einem Kanton derjenigen Stadt, die der Sitz des Grossen Rats und des Staatsrats ist, dafür auch die Erstellungs- und Unterhaltskosten der Regierungsgebäude auferlegt werden.[142])

IX.

Wir gehen über zur Praxis auf dem Gebiet der Administrativstreitigkeiten. Art. 59[9] des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege von 1875 bestimmt: Gleichermassen sind dem Entscheide des Bundesrats, bezw. der Bundesversammlung unterstellt Beschwerden gegen die Gültigkeit kantonaler Wahlen[143]) und Abstimmungen. Den Bundesbehörden steht dabei ein Eingreifen zu bei Verletzung des Verfassungsrechts. Keine der Bundesbehörden ist ein allgemeiner Appellationsgerichtshof für kantonales Gesetzesrecht. Es ist nicht Sache der Bundesbehörden, zu untersuchen, ob die kantonalen Behörden die kantonalen Gesetze richtig oder falsch interpretieren.[144]) Die kantonalen Behörden dürfen von einer frühern Auffassung des kantonalen Gesetzes abgehen und in Zukunft dem Gesetz eine andere Bedeutung beilegen; gleichgültig ist, ob dabei in der Interpretation ein Fortschritt oder ein Rückschritt zu erkennen ist. Wenn dagegen die Interpretation eines kantonalen Gesetzes gegen den klaren Sinn des Gesetzes verstösst, so wird sie in der bundesrechtlichen Praxis als ein Akt der Willkür aufgefasst, und Willkür erscheint identisch mit Verletzung der verfassungsrechtlichen Gleich-

[140]) BBl. 1898 I, 253; BBl. 1899 I, 358.

[141]) BBl. 1876 III, 373; IV, 174; 1892 I, 494.

[142]) BBl. 1878 II, 717 ff.

[143]) Auch Bezirks- und Gemeindewahlen, v. Salis II, 511 ff.

[144]) BBl. 1882 I, 39; 1889 III, 563, und die dortigen Citate; 1893 IV, 854; 1897 III, 878; 1897 IV, 1206; 1899 II, 526—529; 1899 II, 246; 1899 IV, 216; v. Salis II, 517.

heit vor dem Gesetz. In einem neuern Entscheid erklärt der Bundesrat: „Ein Willkürakt liegt vor, wenn eine objektiv in keiner Weise gerechtfertigte Massnahme getroffen worden ist.“ [145]) Charakterisiert sich eine unrichtige Interpretation durch ihre Natur im speziellen Fall klar als eine Ausnahmemassregel, so liegt Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz vor. Bei dieser Auffassung stimme ich überein mit dem citierten bundesrätlichen Erkenntnis: „Eine Aenderung der Interpretation ist nicht ohne weiteres eine Willkürhandlung (vergl. Bundesgerichtl. Entscheidungen 1881, VII., S. 632 Ziff. 3); sie wird aber eine solche, wenn die zu ihrer Rechtfertigung vorgebrachten Gründe höchst fragwürdiger Natur sind, und wenn sie von einer politischen Behörde vorgenommen wird bei einer bis anhin nicht weniger als streitigen Frage.“ [146])

Streng genommen hatte vor 1893 der Bundesrat sich nur mit kantonalen Wahlen und Abstimmungen zu befassen, und auch da nur, wenn die Bundesverfassung verletzt war, wenn stimmberechtigte Bürger von der Stimmliste gestrichen, Unberechtigte zur Abstimmung zugelassen wurden.[147]) Sofern es sich aber nicht um das Stimmrecht des Einzelnen, sondern um kantonale Wahlen und Abstimmungen handelt, galt und gilt der Satz, dass ein Rekurs nur insofern begründet zu erklären ist, als durch die Rechtsverletzung im Einzelfall das Abstimmungsresultat selbst nach Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit in entscheidendem Sinne beeinflusst wurde. Stand aber nicht ein kantonales Wahl- oder Abstimmungsresultat in Frage, so hatte sich der Bundesrat eigentlich mit Stimmrechtsrekursen nicht abzugeben. Kompetente Behörde war da vielmehr das Bundesgericht seit 1874. Doch schon vor 1893 schlug die bundesrätliche Praxis einen andern Weg ein[148]) und 1893 wurde in den Art. 189 des neuen Organisationsgesetzes die weitreichende Bestimmung

---

[145]) BBl. 1899 IV, 216; 1900 I, 1057.

[146]) BBl. 1899 IV, 218; — vergl. im übrigen noch BBl. 1891 III, 817, 878, 999, 1016, 1109, 1146, 1215.

[147]) BBl. 1897 III, 879.

[148]) BBl. 1889 III, 560—575; v. Salis II, 503—508.

aufgenommen: „Im fernern hat der Bundesrat oder die Bundesversammlung zu beurteilen: Beschwerden betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürger und betreffend kantonale Wahlen und Abstimmungen auf Grundlage sämtlicher einschlägiger Bestimmungen des kantonalen Verfassungsrechts und Bundesrechts“ (also auch von Art. 4 der Bundesverfassung.[149])

Zugleich steht die Prüfung von kantonalen Wahlgesetzen und Verordnungen, Organisationsgesetzen etc., die das Stimmrecht ordnen, hinsichtlich ihrer Uebereinstimmung mit den Artikeln 4, 5 und 6 etc. der Bundesverfassung, dem Bundesrate, resp. in letzter Instanz der Bundesversammlung zu. Sehr instruktiv für die Kenntnis der neuern bundesrechtlichen Praxis sind die Ausführungen im Bundesratsbeschluss über den Rekurs des liberalen Comité der Stadt Romont betreffend die Gemeindewahlen in Romont.[150])

Die Bundesblätter der Jahre 1889—1891 enthalten eine Menge von Wahl- und Stimmrechtsrekursen aus dem Kanton Tessin, wegen Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz.[151]) Aus neuerer Zeit ist bemerkenswert die Rekursentscheidung bezüglich der Bezirksrichterwahlen in Sursee. Das betreffende luzernische Gesetz schreibt vor, die Stimmzettel verschlossen in die Urne zu legen. Der Bundesrat hielt es für unzulässig, dass, bei Bestehen dieses Gesetzes, in Oberkirch die in unverschlossenen Couverts abgegebenen Stimmzettel von den luzernischen Behörden als ungültig, in einer andern Gemeinde des gleichen Wahlkreises, in Sursee, dagegen solche unverschlossene Stimmzettel als gültig angesehen werden. Der Bundesrat erklärte infolge davon das Wahlresultat in Sursee für ungültig, weil die Anwendung des kantonalen Rechts durch die kantonalen Behörden in casu eine willkürliche sei.[152])

---

[149]) Vergl. bezüglich des Rekursrechts BBl. 1896 II, 780.

[150]) BBl. 1896 II, 83—129.

[151]) BBl. 1889 III, 361—583; BBl. 1891 III, 888, 1022, 1041, 1157, 1170; BBl. 1892 I, 92.

[152]) BBl. 1897 III, 255—266; 688 ff.; BBl. 1898 I, 461; BBl. 1899 I. 388; B.-Ger. (Entscheidungen des schweizer. Bundesgerichts) XXIV (I), 85 ff.

Das Bundesgericht bejahte die Kompetenz des Bundesrats zur Entscheidung der Beschwerde auf Grund von Art. 4 der B.-Verf.[153]) Im gleichen Entscheid erklärt das Bundesgericht, „dass der Bundesrat in Wahl- und Abstimmungsangelegenheiten, in denen er der Materie nach kompetent ist, auch über diejenigen Präjudizialfragen zu entscheiden hat, die sonst in der Regel vom Bundesgericht zu beurteilen sind (vergl. den Beschluss des Bundesgerichts in Sachen Romont, B. Bl. 1895, II, 86 f.).“ [154])[155])

Handel und Gewerbe finden ihre Regelung nicht in der generellen Bestimmung des Art. 4, sondern in der Spezialvorschrift von Art. 31 der Bundesverfassung, der die Handels- und Gewerbefreiheit proklamiert. Nach Art. 189 des Organisationsgesetzes fallen die diesbezüglichen Rekurse in die Kompetenz des Bundesrates, resp. der Bundesversammlung. Art. 31[e] behält den Kantonen vor „Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerbe, über Besteuerung des Gewerbebetriebs und über die Benützung der Strassen. Diese Verfügungen dürfen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen.“ Eine solche Beeinträchtigung ist aber möglich durch Begünstigung oder Benachteiligung einzelner Bürger oder einzelner Klassen von Bürgern im Inhalt von kantonalen Erlassen über Ausübung von Handel und Gewerbe oder bei der Anwendung solcher Bestimmungen; denn unter ungleicher rechtlicher Behandlung leidet in vielen Fällen die Konkurrenzfähigkeit in hohem Masse.

Der Bundesrat hat denn auch zu verschiedenen Malen erklärt, „dass die gleiche Behandlung der Bürger ein wesentliches Element der Handels- und Gewerbefreiheit bildet.“ „Ein Bürger, der unter gleichen Umständen ungünstiger als ein anderer behandelt würde, könnte sich mit Recht darüber

---

[153]) B.-Ger. XXIV (I), 94.

[154]) A. a. O. 95.

[155]) Vergl. noch BBl. 1897 IV, 1203 ff.; 1898 I, 462; 1898 II, 657 f.; 1899 I, 388; — 1899, II 245, 526, IV 205, 825.

beschweren, dass die Gewerbefreiheit zu seinen Ungunsten verletzt worden sei.“ [156])

Keiner Erläuterung bedarf die Unzulässigkeit von Verfügungen, wie der des Kantons Uri, wonach die Walliser Kutscher mit ihren Fuhrwerken sich immer hinter den Urner Fuhrwerken auf dem Stationsplatz von Göschenen aufzustellen haben.[157])

Eine unerlaubte Ungleichheit liegt nicht vor, wenn die Kosten der den Kantonen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fleischschautaxe den Metzgern allein aufgebürdet werden, vorausgesetzt, dass diese Taxe nicht durch ihre Höhe zu einem Hindernis des Gewerbebetriebs wird.[158])

In einem Entscheide von 1895 erklärte der Bundesrat den Rekurs eines Winterthurer Mosaikplattenfabrikanten gegen ein baselstädtisches Gesetz begründet, das eine Gewerbesteuer speziell solchen Gewerbetreibenden in Basel auferlegte, die zu den übrigen Steuern nicht herbeigezogen werden können, weil sie entweder nicht oder voraussichtlich nur ganz kurze Zeit in Basel selbst niedergelassen sind.[159]) — Dagegen erscheint, nach bundesrätlichem Beschluss, eine mässige Besteuerung des eigentlichen Hausierhandels durch die besonderen Auslagen etc. zu seiner Ueberwachung im öffentlichen Interesse als gerechtfertigt. Unerlaubt dagegen ist ein absolutes Verbot oder Unterdrücken des Hausierhandels.[160]) [161])

Gemäss Art. 31[c] dürfen „die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes

---

[156]) BBl. 1891 II, 588 f., IV 262; 1892 II, 558; 1893 III, 738; 1895 II, 928; 1896 II, 36; v. Salis II, 284; vergl. daneben auch BBl. 1893 IV, 446 und 1894, I, 6.

[157]) BBl. 1888, III, 768.

[158]) BBl. 1876, III, 136; v. Salis II, 221.

[159]) BBl. 1895 I, 220 ff. und 1896 II, 41.

[160]) BBl. 1895 I, 225; — vergl. über Hausierer, Trödler und über Handelsreisende ferner: v. Salis II, 221—248; BBl. 1887 I, 597; 1888 II, 785; B.-Ger. XIII, 172; ferner v. Salis II, 242 ff.

[161]) Ueber Verbot und Zulassung des Ausschlusses von der Zürcher Börse BBl. 1897, IV, 393 f.; 1898 I, 455; IV, 263 ff., V, 431 f.; ferner BBl. 1893, III, 740.

und des Kleinhandels mit geistigen Getränken den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen unterwerfen." Wenn der kantonale Gesetzgeber bestimmte Beschränkungen aufstellt, so fällt den Bundesbehörden die Prüfung zu, ob diese Beschränkungen als Forderungen des öffentlichen Wohls betrachtet werden können. Wo dagegen in ganz allgemein gehaltenen Ausdrücken der kantonale Gesetzgeber den administrativen Behörden die Befugnis erteilt, im Interesse des öffentlichen Wohls beschränkende Bestimmungen aufzustellen, die Erteilung von Wirtschaftspatenten von der Frage des vorhandenen Bedürfnisses abhängig zu machen, da sind die Bundesbehörden als Wahrer der Handels- und Gewerbefreiheit und der Gleichheit vor dem Gesetz in weit höherem Masse zur Prüfung und Vergleichung der einzelnen Entscheidungen, auf ihre Verfassungsmässigkeit, genötigt.[162]) Was die kantonalen Behörden in einer Reihe von Fällen erlauben, als mit dem öffentlichen Wohl vereinbar halten, das dürfen sie nicht in anderen Fällen lediglich mit Berufung auf öffentliches Wohl verweigern. So erklärte der Bundesrat: „Als feste, ohne Unterschied angewandte Regel ist der Zusatz der Bedürfnisfrage völlig zulässig, aber jede Neigung, denselben wie ein nach Belieben zu verwendendes Sicherheitsventil zu gebrauchen, muss als eine flagrante Verletzung des Wortlauts und des Geistes der Verfassung unterdrückt werden." [163]) Es soll nicht heute einem Bewerber die Erteilung eines Wirtschaftspatentes verweigert werden wegen mangelnden Bedürfnisses, bald daraut ohne wesentliche Veränderung der Verhältnisse das Patent einem anderen verliehen werden. So gewinnt die Frage nach der Gleichbehandlung der Bürger eine grosse Bedeutung in der bundesrechtlichen Praxis über die Erteilung und den Entzug von Wirtschaftspatenten.[164]) [165])

---

[162]) v. Salis II, 257 ff. und 284.

[163]) v. Salis II, 261 f.

[164]) BBl. 1899, I, 374.

[165]) Vergl. von Rekursfällen noch u. a. BBl. 1891 I, 932; 1899, II, 538 und 945 ff.; 1899 III, 278 f.

Sehr instruktiv ist der Bundesratsbeschluss betreffend die Rekurse von 48 Freiburgern betreffend Anwendung des Wirtschaftsgesetzes im Kanton Freiburg (B. Bl. 1890 I, 369—404, dazu Nachtrag 1890 IV, 69—105). Der Bundesrat erklärt darin: „Wenn eine Kantonsregierung, um eine Herabminderung der Zahl der Wirtschaften herbeizuführen, dies nicht anders thun kann als so, dass sie einer beschränkten Anzahl von Bewerbern ein Vorrecht einräumt, so muss diese Vergünstigung doch an bestimmte, thatsächliche, für jedermann gültige Voraussetzungen geknüpft werden, so dass ein Bürger, der trotz gleicher thatsächlicher Voraussetzungen und Verumständungen einem Konkurrenten geopfert würde, berechtigt sein muss, den in Art. 31 aufgestellten Grundsatz für sich anzurufen.“ [166]) Es wurde dabei den Freiburger Behörden verwehrt, alte, gut eingerichtete und in gutem Rufe stehende Wirtschaften aufzuheben, dagegen jüngere, schlechter eingerichtete und ungünstiger gelegene Wirtschaften fortbestehen zu lassen. — Die Behörde muss Gründe dafür anführen, dass die von ihr anbefohlene Beschränkung der Gewerbefreiheit im öffentlichen Interesse lag, dass ein Bedürfnis fehlte, sofern die Verwaltungsbehörde die gesetzliche Befugnis hatte, einfach allgemein aus Gründen des öffentlichen Wohls, gemäss vorhandenem Bedürfnis, Beschränkungen eintreten zu lassen. Sache des Rekurrenten dagegen ist es, wenn er sich auf eine ungleiche Behandlung beruft, nachzuweisen, dass die kantonalen Behörden ihm gegenüber ausnahmsweise, dass sie in anderen Fällen von nicht wesentlich verschiedener Beschaffenheit rechtlich anders verfahren seien. Den kantonalen Behörden steht der Gegenbeweis offen, dass in den anderen Fällen „besondere, beim Rekurrenten nicht zutreffende, der Patenterteilung günstige Verhältnisse obgewaltet haben.“ [167])

Zu den speziellen Verhältnissen, die eine Bevorzugung rechtfertigen nach bundesrechtlicher Praxis, gehört der bisherige Betrieb einer Wirtschaft in dem in Frage stehenden

---

[166]) BBl. 1890 I, 374.

[167]) BBl. 1892 II, 549.

Hause, das seinen Eigentümer gewechselt hat.[168]) — Im Rekurs Luginbühl[169]) erklärte der Bundesrat, dass von zwei Bewerbern derjenige zuerst Berücksichtigung verdiene, der zuerst nach gesetzlicher Vorschrift ein Gesuch um Bewilligung des Wirtschaftspatents eingereicht habe (es wäre denn, dass besondere Gründe seines persönlichen Verhaltens, oder der Einrichtung, der Lage etc. seiner Lokalität als Ausschlussgründe in Betracht kommen können). Eine blosse frühere faktische Zusicherung des Patents für spätere Zeiten an einen anderen Bewerber kommt nach bundesrätlichem Entscheid und Bericht gegenüber einem rechtlich angebrachten Gesuch um wirkliche Patenterteilung nicht in Betracht.

Es ist nach bundesrechtlicher Praxis zulässig, jungen ledigen Frauenzimmern die Erteilung eines Wirtschaftspatents zu verweigern;[170]) nicht zulässig dagegen ist es, weil nicht gefordert vom öffentlichen Wohl, jede alleinstehende Frauensperson von der Wirtschaftsführung auszuschliessen.[171]) — Körperliche Unfähigkeit,[172]) sowie Vermögenslosigkeit[173]) kann gemäss bundesrechtlicher Praxis nicht als ein die Verweigerung der Wirtschaftsbewilligung rechtfertigender Grund gelten. Dagegen ist es natürlich den Kantonen erlaubt, den Betrieb eines bestimmten Gewerbes als mit einer kantonalen Beamtung unvereinbar zu erklären.[174])

Die Praxis des Bundesgerichts.

X.

Das Bundesgericht fand 1874 bereits eine stattliche Praxis des Bundesrats und der Bundesversammlung bezüglich des Art. 4 der Bundesverfassung vor, die ihm als Wegweiser

---

[168]) BBl. 1898 III, 37 ff., 44.
[169]) BBl. 1898 III, 67 ff.; 1898 V, 121 ff.; 1899 I, 376 f.
[170]) v. Salis II, 274, Nr. 658.
[171]) BBl. 1888 II, 783; v. Salis II, 274, Nr. 659.
[172]) v. Salis II, 273, Nr. 654.
[173]) BBl. 1899 I, 375.
[174]) v. Salis II, 277 f.

dienen konnte und diente bei seiner Praxis. Wenn wir die bundesgerichtlichen Entscheide durchblättern, finden wir aber nicht nur, dass das Bundesgericht sich vielfach von Anschauungen, die schon in der Zeit vor 1874 sich geltend machten, leiten liess, wir finden daneben in der bundesgerichtlichen Praxis vielfach auch eine Fortbildung alter Rechtsideen. Die alte Auffassung, dass die Vorschrift der Gleichheit vor dem Gesetz nicht beschränkt sei auf das Verbot der im zweiten Satz von Art. 4 aufgezählten Vorrechte, sondern ein „allgemeines, die gesamte Rechtsordnung beherrschendes Prinzip" enthalte,[175]) beherrscht das Bundesgericht ebenso sehr, wie die Idee, dass die Gleichheit nicht in einer schrankenlosen, absoluten Bedeutung zu verstehen sei, die rechtliche Verschiedenheiten unmöglich machen solle.[176]) Solche rechtlichen Verschiedenheiten ergeben sich mit zwingender Notwendigkeit aus der Natur der Sache, aus den natürlichen Verschiedenheiten,[177]) wie auch aus Rechtsnormen, die im Bundesrecht enthalten sind,[178]) ferner aus Gründen des öffentlichen Wohls.[179]) Als ein Fortschritt im Vergleich zu der früheren Auffassung ist zu konstatieren, dass der Standpunkt, dass rechtliche Ungleichheiten zulässig seien, wenn sie sich aus verschiedenen thatsächlichen Verhältnissen ergeben, meist, wenn auch nicht durchaus, verlassen ist.[180]) Es wird erkannt, dass durch eine solche Auffassung die Rechtsungleichheit gefördert wird, da es wohl nie an einem unterscheidenden Merkmal fehlt.[181]) Rechtliche Verschiedenheiten sind darum nur zuzulassen, wenn die Verschiedenheit der zu Grunde liegenden faktischen Verhältnisse eine erhebliche ist.[182]) Ob aber diese thatsäch-

---

[175]) B.-Ger. (Entscheidungen des Bundesgerichts, Amtl. Sammlung) VI, 173; Curti, Entscheidungen des Bundesgerichts, I, Nr. 1.

[176]) B.-Ger. VI, 173 und 336; XIII, 4 f.; XVIII, 429.

[177]) B.-Ger. VI, 173; VIII, 8.

[178]) B.-Ger. VI, 173.

[179]) B.-Ger. VIII, 8.

[180]) Vergl. dagegen II, 182; XVIII, 429; VIII, 8.

[181]) B.-Ger. VI, 173 f.

[182]) B.-Ger. VI, 174; X, 318; XIII, 4 f., 172; XX, 267 und 335; XXIII, 447.

liche Verschiedenheit, die die beiden Verhältnisse von einander unterscheidet, eine erhebliche sei, die eine rechtliche Ungleichheit bewirkt, das wird „nach anerkannten Grundsätzen der geltenden Rechts- und Staatsordnung“ festgestellt.[183]) Dabei kann es sich nur handeln um die in unserem Lande, vor allem in unserer Bundesgesetzgebung und bundesrechtlichen Praxis geltenden Grundsätze, deren Anerkennung freilich durchaus nicht immer über allen Zweifel erhaben steht. — Es wird ferner die historische Interpretation des Art. 4 herbeigezogen, wonach Art. 4 u. a. nicht eine volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter im gesamten öffentlichen und Privatrecht postuliere.[184])

Ganz streng konsequent führt das Bundesgericht die Idee von der Regel der Rechtsgleichheit nicht durch; denn statt zu erklären, eine Rechtsungleichheit sei nur dann zulässig, wenn die zu Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse nach anerkannten Rechtsgrundsätzen eine erhebliche Verschiedenheit aufweisen und eine verschiedene rechtliche Behandlung notwendig machen, findet es, „dass eine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz nicht schon dann vorliegt, wenn ein Gesetz Rechtsverschiedenheiten von zweifelhaftem legislativem Wert aufstellt oder festhält, sondern nur dann, wenn die fraglichen Rechtsverschiedenheiten an thatsächliche Verschiedenheiten geknüpft sind, die nach feststehenden Rechtsgrundsätzen für die betreffenden Rechtsfolgen überall nicht in Betracht kommen können.“[185])

Das Bundesgericht hat aber auch an dem Grundsatz der Rechtsgleichheit bei Gleichheit der erheblichen zu Grunde liegenden Thatsachen nicht überall festgehalten, wenigstens im Wortlaut der Begründung seiner Rekursentscheidungen nicht. Die Idee kommt in der Mehrzahl der Fälle, besonders in jüngster Zeit, in einer andern Form zum Ausdruck, die für den Praktiker ohne Zweifel sehr handlich ist, die aber theoretisch zu einer klaren Erkenntnis der leitenden Ideen

---

[183]) B.-Ger. VI, 174 und 481; XIII, 5; Curti, a. a. O. I, Nr. 1, 2 und 3.

[184]) Curti Nr. 3, B.-Ger. XIII, 1 ff. (4).

[185]) B.-Ger. VI, 174.

und zu ihrer Ausbildung und Vertiefung eigentlich wenig geeignet erscheint. Nach dem Wortlaut solcher Begründung ist der Artikel 4 einfach gerichtet gegen willkürliche Verfügungen kantonaler Behörden.[186]) Die „Willkür" gehört wohl kaum zu den Begriffen, die durch allgemeine, feststehende und anerkannte Rechtsgrundsätze klargestellt sind. Das Bundesgericht versteht unter Willkür zunächst eine ausnahmsweise Behandlung eines Bürgers, die nicht auf bestimmte Grundsätze,[186a]) nicht auf sachliche Gründe zurückzuführen ist.[187]) Eine Massnahme muss „objektiv begründet sein." Jeder beliebige Grund kann nicht genügen. Das Bundesgericht selbst führt an die erhebliche Verschiedenheit der faktischen Verhältnisse, die Natur der Sache oder die innerliche Begründung.[188]) Die bundesgerichtliche Praxis dehnt sodann den sehr dehnbaren Begriff der Willkür noch weiter aus und versteht darunter auch jeden Akt einer kantonalen Behörde, der sich über klare Rechtsvorschriften hinwegsetzt, jede Gesetzesauslegung durch kantonale Behörden, die dem klaren Sinn des betreffenden Gesetzes offenbar widerspricht[189]) (où le sens réel évident de la loi aurait été manifestement méconnu ou ignoré), jede offenbar unrichtige Interpretation. Das Bundesgericht weist zwar ausdrücklich darauf hin, dass eine unrichtige Interpretation eines kantonalen Gesetzes an sich noch keine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz bedeute und die Bundesbehörde nicht zum Einschreiten berechtige.[190])

---

[186]) B.-Ger. VIII, 18; X, 30, 168 und 498; XI, 9; XII, 87; XIV, 427; XV, 5, 209, 559; XXI, 326; XXII, 993; XXIII, 469, 529, 537, 568, 1322, 1338, 1341; XXIV, (I), 32, 46 und viele andere Stellen.

[186a]) B.-Ger. XV, 209.

[187]) B.-Ger. VII, 205; VIII, 18; X, 30, 168; XIII, 172; XIV, 427.

[188]) B.-Ger. XIII, 5; XX, 335.

[189]) B.-Ger. VII, 633; XV, 5; XXI, 326; XXII, 993; XXIII, 1327, 469, 529; vergl. dazu auch die Bemerkungen Schochs (in der Zeitschrift f. schweizer. Recht, N. F., V, 567 ff.) und Grivets (in der Revue judiciaire VIII (1891), S. 321 ff.), die sich gegen diese bundesgerichtliche Praxis, speziell auf dem Gebiet der Rechtsverweigerung, richten und die die Kompetenzen des Bundesgerichts in dieser Hinsicht einschränken möchten; vergl. auch Curti I, Nr. 47.

[190]) B.-Ger. III, 442; VII, 246; XV, 120.

Soll es sich aber bei der offenbar unrichtigen Interpretation an sich anders verhalten als bei der bloss unrichtigen Interpretation? Auch ein Wechsel in der Interpretation eines kantonalen Gesetzes verstösst nicht gegen die Rechtsgleichheit, wie das Bundesgericht ebenfalls betont.[191]) Doch liegt eine sehr starke Vermutung für eine Rechtsungleichheit vor, wenn von einer richtigen Interpretation abgewichen und in dem konkreten Fall zu einer offenbar unrichtigen Interpretationsmethode übergegangen wird. Vollendet ist die Rechtsungleichheit, wenn anzunehmen ist, dass die kantonalen Behörden nicht zu einer neuen Interpretationsmethode übergehen, sondern nur im vorliegenden Fall anders entscheiden wollen. Das Wesentliche bei der Rechtsungleichheit ist eben weder die unrichtige, noch die offenbar unrichtige Interpretation, sondern einzig und allein die ausnahmsweise rechtliche Behandlung.[192]) Dieses ergiebt sich aus den besondern Umständen des Falles. Immerhin könnte Verletzung der Rechtsgleichheit wohl auch angenommen werden, wenn ein Entscheid gegen eine völlig unzweideutige Bestimmung verstösst in einem Fall, der erstmalig entschieden wurde und deshalb weder als Regel noch als Ausnahme gelten kann.

Wie, wenn auf einen unrichtig festgestellten Thatbestand das diesen Thatbestand betreffende Gesetz richtig angewendet wurde? Das Bundesgericht ist da, wie es auch in einem Entscheide selbst erklärt hat, nicht befugt zu prüfen, ob ein kantonales Gericht die thatsächlichen Voraussetzungen unrichtig angenommen hat. Dagegen hält es sich für befugt einzuschreiten, wenn die kantonalen Behörden „in offenbar willkürlicher Weise und ohne thatsächliche Anhaltspunkte angenommen hatten, die faktischen Voraussetzungen der Weisung treffen beim Rekurrenten zu.“ [193])

Natürlich kann jemand, auf den ein Gesetz sinngemäss angewendet wurde, nicht für sich ein Recht auf Nicht-

---

[191]) B.-Ger. VII, 633.

[192]) Curti I, Nr. 41.

[193]) B.-Ger. XI, S. 9.

anwendung daraus ableiten, dass das Gesetz in ein paar andern Fällen ausnahmsweise nicht oder unrichtig zur Anwendung gekommen ist.[194]) — Als formelles Moment ist hier endlich kurz noch zu erwähnen, dass ein staatsrechtlicher Rekurs wegen Verletzung von Art. 4 überhaupt nicht zuzulassen ist, wenn das Bundesgericht auf einem andern Wege, vor allem auf dem Wege der civilrechtlichen Berufung, angegangen werden kann.

Privilegien sind mit Art. 4 nicht schlechthin unvereinbar, sofern die allgemeinen für zulässige Ausnahmebestimmungen geltenden Voraussetzungen vorhanden sind. Das Bundesgericht erklärt in einem Entscheid Privilegien, insbesondere Steuerprivilegien für zulässig, „wenn die Befreiung nicht zum Zwecke persönlicher Begünstigung des Privilegierten, sondern aus sachlichen Gründen, namentlich zur Beförderung von gemeinnützigen oder sonst im öffentlichen Interesse liegenden Unternehmungen oder mit Rücksicht auf Leistungen des Privilegierten für Zwecke des Staats und der Gemeinden, erfolgt.“[195]) Indessen sollte mit der Erteilung von Privilegien nicht so freigebig verfahren werden, wie es häufig geschieht; sondern sie sollten nur zugelassen werden, wo sie, insbesondere durch das öffentliche Wohl, gerechtfertigt und geboten erscheinen.[196]) Neben den privilegia favorabilia finden sich in der bundesrechtlichen Praxis auch privilegia odiosa, indem z. B. Gemeinden eine höhere Steuerbelastung der Aktiengesellschaften und ähnlicher grosser Unternehmungen gestattet wird, in Anbetracht einer höhern Inanspruchnahme der Steuerkraft der Gemeinden durch das Bestehen solcher Unternehmungen. Im übrigen wird erklärt, Art. 4 beziehe sich nicht nur auf physische Personen, sondern auf Rechtssubjekte überhaupt, ein Satz, der jedenfalls höchstens auf vermögensrechtlichem Gebiet einigermassen durchgeführt werden kann, auf andern Gebieten dagegen bald viele Aus-

---

[194]) B.-Ger. VIII, 421; XIII, 173; Curti I, Nr. 19.

[195]) B.-Ger. X, 318.

[196]) Vergl. u. a. B.-Ger. XI, 125 ff., 130, Curti I, Nr. 16 und Nr. 20; B.-Ger. X, S. 313 ff., Curti I, Nr. 6; B.-Ger. XII, 720; B.-Ger. VIII, 7 ff.

nahmen zulässt, bald selbst als Ausnahme oder gar überhaupt als ausgeschlossen erscheint. Eine eingehende Erörterung dieser Frage ist an dieser Stelle aus Raummangel nicht möglich. — Von den Privilegien scheidet das Bundesgericht scharf die einfachen faktischen Vergünstigungen, die ein Ausfluss des freien Beliebens, des freien Dispositionsrechts von Staat und Gemeinden sind und keine subjektiven Rechte begründen; sie verstossen nicht gegen die Vorschrift von Art. 4 der Bundesverfassung.

In Anbetracht der Zusammenstellung der bundesgerichtlichen Praxis in Curti's Entscheidungen des Bundesgerichts, Band I, will ich hier auf eine ähnliche Darstellung, besonders auch aus Raumrücksichten, verzichten. Ich möchte hier nur einige Fälle herausgreifen, die sich auf die Gleichheit in der Besteuerung beziehen. Eine stattliche Zahl von Entscheidungen des Bundesgerichts über Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz betrifft das Gebiet des Steuerwesens. Art. 4 verlangt, dass ein jedes Steuergesetz gleichmässig Anwendung finde, dass es nicht ungerechtfertigter Weise die Steuerlast der einen leichter, die Steuerlast der andern schwerer gestalte. Aber er verlangt natürlich nicht und kann nicht verlangen ein einheitliches gleiches Steuergesetz für die ganze Schweiz.[197]) Auch verbietet er nicht, dass die Regelung des Steuerwesens nicht durch ein einheitliches kantonales Gesetz geschieht, sondern der Autonomie der Gemeinden überlassen ist.[198]) [199])

Sowohl das Prinzip der proportionalen als das der progressiven Besteuerung, wie auch das einer einheitlichen gleichen Kopfsteuer sind nach bundesgerichtlicher Praxis vereinbar mit Artikel 4.[200]) Allgemein gesprochen, ergiebt sich aus der bundesgerichtlichen Judikatur die Zulässigkeit einer Mehrbelastung des wirtschaftlich Leistungsfähigeren gegenüber dem

---

[197]) B.-Ger. VIII, 695.
[198]) B.-Ger. X, 434, Curti I, Nr. 14.
[199]) Vergl. hiezu auch B.-Ger. V, 220.
[200]) B.-Ger. X, 435; Curti I, Nr. 14.

wirtschaftlich Schwächern. Besondere Verhältnisse können eine besondere Besteuerung ausnahmsweise zur Folge haben (Wirtschaftstaxen, [201]) Börsensteuern, [202]) Besteuerung von Aktiengesellschaften). [203]) Als unzulässig und verstossend gegen die Gleichheit vor dem Gesetz wie gegen das Verbot der Doppelbesteuerung (in manchen Fällen einer eventuellen Steuerübertragung) erklärte dagegen das Bundesgericht eine Besteuerung der Gotthardbahngesellschaft in Bezug auf die in ihren Lagerhäusern eingelagerten fremden Güter. [204])

Es rechtfertigt sich, denjenigen, die aus der Ausführung eines staatlichen Werkes einen besondern Nutzen ziehen, eine besondere Gebühr aufzuerlegen bis zur Höhe des festzustellenden Nutzens und Gewinns, bis zur Höhe des Mehrwerts ihres Eigentums. [205]) Ebenso dürfen der Hauptstadt mit Rücksicht auf besondere Vorteile ihrer Stellung auch besondere finanzielle Lasten, wie der Unterhalt von Regierungsgebäuden, auferlegt werden, solange diese Lasten zu den Vorteilen nicht in einem Missverhältnis stehen und eine Ausnahme, eine ungerechtfertigte höhere Besteuerung darstellen. [206]) Dabei verlangt aber natürlich die Vorschrift der Gleichheit vor dem Gesetz, die sich einfach gegen ausnahmsweise Besteuerung richtet, nicht, dass das Gebührenprinzip und die Genusstheorie nun den ganzen Finanzhaushalt des Staats und der Gemeinden beherrschen. Das Bundesgericht erklärt es ausdrücklich für zulässig, dass zu Armensteuern auch solche beigezogen werden, die selbst keine direkten Vorteile daraus ziehen können, denn das Armenwesen gehört zu den allgemeinen Zwecken des Staates. [207])

---

[201]) B.-Ger. VIII, 18.

[202]) B.-Ger. X, 26.

[203]) B.-Ger. X, 168; XIII, 20; vergl. dagegen auch Curti, das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, S. 114.

[204]) B.-Ger. XVIII, 13 ff.

[205]) B.-Ger. IV, 380 ff., 394 f.; XI, 174; XII, 448; XVI, 22 f.; vergl. auch B.-Ger. XVIII, 429 und III, 295.

[206]) B.-Ger. IX, 407, Curti, Entscheidungen I, Nr. 25.

[207]) B.-Ger. XXI, 934; vergl. auch B.-Ger. XX, 337; vergl. dazu auch BBl. 1875 III, 947.

Die Vorschrift der Gleichheit verletzte ferner ein waadtländisches Steuergesetz, das der Gemeinde Ormond dessous die Erhebung einer ausserordentlichen Steuer in Form von centimes additionnels sur l'impôt militaire erlaubte.[208]) Denn zunächst behandelt der kantonale Gesetzgeber damit die Militärersatzsteuerpflichtigen der genannten Gemeinde nachteiliger als die übrigen Militärersatzsteuerpflichtigen des Kantons; sodann aber ist es durch nichts gerechtfertigt, eine Kommunalsteuer nicht gleichmässig auf die gesamte Einwohnerschaft, sondern nur auf die besondere Klasse der Militärsteuerpflichtigen zu verteilen, obwohl sie selbst ihrer Natur nach zum Militärdienst in keinerlei Beziehung steht.

Eine Frage, die das Bundesgericht mehrmals beschäftigte, war die: Darf ein Kanton bei Besteuerung des Grundeigentums den Kantonseinwohnern Schuldenabzug (défalcation des dettes) gestatten, den ausserhalb des Kantons Wohnenden (ohne Rücksicht auf Kantonsangehörigkeit) dagegen nicht? Das Bundesgericht bejahte diese Frage,[209]) von der Erwägung ausgehend, dass sowieso das gesamte Eigentum und das gesamte Vermögen der Kantonseinwohner der Steuerhoheit des Kantons unterliegen, dass dagegen bei Gestattung des Schuldenabzugs das im Kanton gelegene Grundeigentum von ausserhalb des Kantons wohnenden Grundeigentümern, obwohl es gleichfalls aller Wohlthaten staatlicher Fürsorge teilhaftig ist, steuerfrei ausgehen würde, wenn der Eigentümer es bis zu seinem Wert mit Hypotheken belastete. Das Bundesgericht beruft sich auf eine entsprechende konstante Praxis des frühern Rekursrichters, des Bundesrats,[210]) womit es sich um so weniger in Widerspruch setzen wolle, als ja keine evidenten Willkürakte kantonaler Behörden vorlägen. Zudem sei nun auch von den eidgenössischen Räten anlässlich der Beratungen über den Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Doppelbesteuerung diese Praxis gebilligt

---

[208]) B.-Ger. II, 381 ff.; vergl. bezügl. ausnahmsweiser Besteuerung auch B.-Ger. VIII, 385—398.

[209]) B.-Ger. III, 235; VII, 204 ff.; VII, 476; XIV, 153; Curti I. Nr. 21, 23 und 24; vergl. auch B.-Ger. VII, 206 ff.; B.-Ger. V, 217.

[210]) Blumer-Morel, Handbuch I, 412 und Carrard, a. a. O., 161 ff.

worden als vereinbar mit der Gleichheit vor dem Gesetz.[211]) — Gleichheit und Billigkeit ist immerhin in allen diesen Fällen nur möglich, wenn bei der Besteuerung die Gesamtschulden pro rata nach Verhältnis der in den verschiedenen Kantonen liegenden Aktivvermögensbestandteile auf diese Vermögensbestandteile verteilt und davon in Abzug gebracht werden können.[212])

Das Bundesgericht hat eine solche Verteilung verlangt bei der Erbschaftssteuer, nicht aber bei den periodischen Steuern. Sie hätte da überhaupt einen rechten Sinn nur dann, wenn die Kantone allgemein dem Prinzip der Subjektsteuer speziell der Vermögenssteuer, huldigten. Dem Bund fehlt aber unter gegenwärtigen Verhältnissen die Möglichkeit, der kantonalen Steuergesetzgebung bestimmte Steuersysteme aufzuzwingen. Zudem wollte man das Bundesgericht nicht zu einer Steuerrekursinstanz mit materieller Ueberprüfung des Vermögensbestandes der Steuerpflichtigen behufs Feststellung der einem Kanton zukommenden Steuerquote machen. (Vergleiche auch Brodtbeck, a. a. O., 220.)[213])

Der Zulässigkeit von Steuerprivilegien habe ich schon an anderer Stelle kurz Erwähnung gethan. Die Kantone dürfen im Gesetz bestimmen, dass das Vermögen des Staates oder staatlicher Institute der Gemeindesteuer nicht unterliege. Wenn auch die Vorschrift der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz in der Praxis Ausdehnung gefunden hat auf juristische Personen des Privatrechts, so lässt sich daraus noch nicht die notwendige Gleichstellung von Staat und Privatpersonen auf dem Gebiete des Steuerrechts folgern.[214])

---

[211]) Vergl. Art. 4 des Entwurfs eines Bundesgesetses betr. Verbot der Doppelbesteuerung von 1885, bei Brodtbeck, Unser Recht in Doppelbesteuerungssachen, S. 42 ff.

[212]) Vergl. Speiser, in der Zeitschr. f. schweizer. Recht, N.F., VI, 16; vergl. dazu auch die Ausführungen Leo Webers in der Zeitschr. des bernischen Juristenvereins XXIV, 317—324.

[213]) Vergl. diesbezüglich noch Schollenberger, Grundriss d. Staats- und Verwaltungsrechts d. schweizer. Kantone, Band III, S. 78; vergl. auch B.-Ger. VII, 235 ff.; VIII, 42.

[214]) B.-Ger. XI, 4 f.; XIX, 720; Curti I, 7; vergl. dazu auch B.-Ger. XXIV, 39 ff.

Das Bundesgericht erklärte für zulässig, dass von der waadtländischen Handänderungssteuer nur diejenigen gemeinnützigen Institute befreit seien, die der Oberaufsicht der waadtländischen Behörde unterstehen und im Kanton Waadt ihre Thätigkeit ausüben.[215] [216])

Bei Unterstützung eines unter staatlicher Garantie stehenden Instituts zur Ermöglichung von dessen Existenz und Gedeihen und damit auch zur Erreichung seines Zweckes, der Förderung des Hypothekarkredits der Bevölkerung des Kantons, darf ein Kanton diesem Institut ausnahmsweise die Forderung höherer Verzugszinse gestatten, als sie im allgemeinen kantonalen Civilgesetzbuch festgesetzt sind.[217]) Doch sollte ein solches Privileg eigentlich dann aufgehoben werden, als unvereinbar mit Artikel 4, wenn infolge eines längeren Gedeihens der Anstalt das Fortbestehen der Ausnahmebestimmung nicht mehr als im öffentlichen Interesse dringend geboten erscheint.[218])

Aus der grossen Zahl der übrigen Entscheidungen des Bundesgerichts betreffend Verletzung von Artikel 4 der Bundesverfassung möchte ich hier noch eine herausgreifen, die s. Zt. einiges Interesse erregt hat. Durften die appenzellischen Behörden von dem allgemeinen gesetzlichen Verbot des Tanzens an Sonntagen und Feiertagen eine Ausnahme zulassen zu Gunsten der sogen. „Alpstubeten," für die Thalwirte dagegen das strenge Tanzverbot fortbestehen lassen? Das Bundesgericht bejahte die Frage und rief dadurch, namentlich bei Jellinek,[219]) eine scharfe Kritik hervor, die es aber eigentlich im Grunde wohl nicht verdiente. Die appenzellischen Behörden stellten als allgemeine Regel das Tanzverbot auf. Nichts berechtigte das Bundesgericht diese Regel aufzuheben.

---

[215]) B.-Ger. XII, 34 ff.

[216]) Vergl. auch B.-Ger. XII, 9; Curti I, Nr. 17.

[217]) B.-Ger. VIII, 7 ff.

[218]) Vergl. endlich noch folgende Rekurse wegen ungleicher Besteuerung. B.-Ger. XXIV, 192; B.-Ger. VII, 251—257; B.-Ger. II, 177; B.-Ger. X, 469.

[219]) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 93 f., Anmerkung 2.

Die an sich richtige Bemerkung: „Weder die Bundes- noch die Kantonsverfassung statuieren ein Grundrecht des Bürgers, selbst zu tanzen oder Tanzvergnügungen bei sich abzuhalten," nimmt sich freilich etwas sonderbar aus. Das Bundesgericht wollte im konkreten Fall die Vorschrift von Art. 4 nicht rigoros handhaben und darum eine Ausnahme zu Gunsten gewisser althergebrachter Festlichkeiten, wie der Alpstubeten, nicht verbieten.[220]) Darüber, ob diese Interpretation die richtige sei, lässt sich freilich streiten. Jedenfalls aber fehlte dem Bundesgericht die Kompetenz, das Tanzverbot auch für die Thalwirte aufzuheben und so aus der Ausnahme eine Regel zu machen und im Effekt die allgemeine Aufhebung des Tanzverbots zu bewirken.

Anhang.

Ich will hiemit meine Arbeit begrenzen. Es blieben der Vollständigkeit wegen vielleicht noch zu erörtern zwei Rechtsfragen, die auf Art. 4 der Bundesverfassung Bezug nehmen, die aber, indem sie eine besondere Litteratur und Praxis aufweisen, auch hier eine Ausscheidung aus dem allgemeinen Gebiet der Gleichheit vor dem Gesetz und eine Separatbehandlung ermöglichen. Ich meine die Rechtsverweigerung und die Doppelbesteuerung.

Was zunächst die Rechtsverweigerung anbetrifft, so hat die diesbezügliche Litteratur und Praxis ihre Darstellung gefunden in der bei ihrer Kürze vorzüglichen Abhandlung von Soldan, Du déni de justice (im Journal des tribunaux, XXXII. Jahrgang, S. 465—480). Vergl. daneben in erster Linie Schochs Ausführungen (Der staatsrechtliche Rekurs nach Bundesrecht, in der Zeitschrift für schweizer. Recht, N. F., V (1889), S. 562—570). Rechtsverweigerung im eigentlichen Sinne ist die Verweigerung rechtlichen Gehörs, die Verletzung von Rechten der Bürger durch Verweigerung der Ausübung obliegender amtlicher Funktionen. So erklärt das Bundesgericht (im Falle Ott): „Eine Rechtsverweigerung,

---

[220]) B.-Ger. XIII, 106.

welche, als eine Verfassungsverletzung involvierend, das Bundesgericht zur Intervention berechtigt, liegt dann vor, wenn eine Behörde sich weigert, eine in ihren Geschäftskreis fallende Angelegenheit an die Hand zu nehmen und zu behandeln, sei es, dass sie die Behandlung ausdrücklich ablehnt, sei es, dass sie dieselbe stillschweigend unterlässt.“ [221]) Auch die Praxis der Zeit vor 1874 kennt einen Rekurs wegen Rechtsverweigerung (siehe die einzelnen Fälle bei Ullmer). Aber diese Rekurse werden begründet erklärt lediglich mit Rücksicht auf Art. 5 der Bundesverfassung, wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger. Die Auffassung der Rechtsverweigerung, die sich uns in jenen bundesrätlichen Entscheiden zeigt, entspricht im allgemeinen den obigen Definitionen. „Eine Rechtsverweigerung ist noch keineswegs vorhanden, wenn eine Entscheidung nicht nach dem Sinn einer Partei ausfällt, sondern nur dann, wenn entweder der Zutritt zur kompetenten Behörde nicht gestattet oder das richterliche Gehör verweigert wird.“ (Bundesrätlicher Entscheid vom 22. August 1853, Ullmer, II, S. 27, Nr. 707.) Daneben erwähne ich einen Entscheid von 1851: „Eine förmliche Verweigerung der Untersuchung oder eine doloser Weise nur zum Schein ausgeführte Untersuchung würde sich als Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger qualifizieren und müsste die Intervention der Bundesbehörden auf Grund von Art. 5 der Bundesverfassung nach sich ziehen. Wenn aber die kompetente kantonale Behörde, die hierüber letztinstanzlich zu entscheiden hat, auf Grundlage einer umfassenden Voruntersuchung beschliesst, ob die Prozedur abgebrochen oder fortgesetzt, und ob auf Anklage gegen jemand erkannt werden solle oder nicht, so kann von einer Rechtsverweigerung und daherigen Verfassungsverletzung nicht gesprochen werden, und es ist unter solchen Umständen ein Einschreiten der Bundesbehörden nicht hinreichend motiviert.“ [222]) Wenn eine wirkliche Untersuchung einer Rechtsfrage durch die kompetente

---

[221]) Verweigerung einer Antwort. Curti I, Nr. 85 und 86.
[222]) Ullmer I, 13.

kantonale Behörde auch zu einem Entscheide führt, der den Bundesbehörden offenbar unrichtig erscheint, und der auf schlechter und ungenügender Begründung beruht, so liegen doch die Thatbestandsmerkmale der Rechtsverweigerung noch nicht vor.

Dieser Auffassung huldigte anfangs auch das Bundesgericht; es dehnte aber den Begriff der Rechtsverweigerung und seine Kompetenz allmählich immer weiter aus; an die formelle Rechtsverweigerung reihte es die sogenannte materielle Rechtsverweigerung an. In seinen spätern Urteilen geht der Begriff der Rechtsverweigerung, die als Verletzung des Art. 4 der Bundesverfassung erscheint, immer mehr über in den der ungleichen Rechtsanwendung. Auch da bleibt die Praxis nicht stehen, sie zieht den Begriff Willkür herbei. Damit ist freilich die Möglichkeit zu einer Ueberschreitung der Schranken der bundesgerichtlichen Kompetenz gegenüber kantonalen Gesetzen gegeben. In einem Entscheid aus dem Jahre 1884 erklärt das Bundesgericht: „Il y a déni de justice, lorsque le juge ou toute autre autorité compétente se refuse à se nantir d'un objet de son ressort, ou fait, en se basant sur de vains prétextes, une application arbitraire du droit.“ [223]) Dagegen erklärte sich in andern Urteilen das Bundesgericht für inkompetent, rechtskräftige kantonale Entscheidungen wegen Aktenwidrigkeit oder anderer Fehler in procedendo vel judicando aufzuheben.[224])

Vollends weg von der alten Auffassung der Rechtsverweigerung führen uns Urteile aus neuester Zeit, wo einfach darauf abgestellt wird, ob ein kantonaler Entscheid mit dem klaren Wortlaut und Sinn des Gesetzes im Widerspruch stehe und ob nach Willkür oder nach Gründen entschieden worden sei.[225]) (B.-Ger. XXIV, 27.)

---

[223]) Vergl. Curti I, Nr. 50.

[224]) Curti I, Nr. 51 und 84.

[225]) Curti I, Nr. 51; vergl. auch Curti I, Nr. 113ff., vor allem Nr. 135, 136, 137.

Dr. G. Schoch meint dazu: „Diesem Vorgehen, erfolge es nun von seiten der eidgenössischen Räte oder des Bundesgerichts, steht aber, so gut es im Interesse des materiellen Rechts gemeint sein mag, das schwere Bedenken entgegen, dass dadurch eben der sichere Boden bestimmter Anhaltspunkte für die Ausscheidung der Kompetenzen verlassen und der unsichere bloss allgemeiner Erwägungen betreten wird. Die Begriffe „feststehender Rechtssatz," „offenbar klares Recht," etc. sind nun einmal relativer Natur, und es kann nach Konvenienz dies oder jenes darin eingeschlossen oder ausgenommen werden."

Eine rechte Sonderung von Rechtsverweigerung und ungleicher rechtlicher Behandlung, vor allem in der Rechtsanwendung, ist in den bundesgerichtlichen Entscheiden nicht mehr recht erkennbar. Wird die Rechtsverweigerung aber auf den weiten Boden von Artikel 4 gestellt und ihrer Eigenart allmählich entkleidet, so ist daran festzuhalten: Sofern nicht eine ausnahmsweise, benachteiligende rechtliche Behandlung durch die kantonalen Behörden von seiten des Rekurrenten dargethan ist, ist das Bundesgericht verpflichtet, den Rekurs wegen Inkompetenz abzuweisen.

Erforderlich ist zum Rekurs an das Bundesgericht, dass zuerst der kantonale Instanzenzug erschöpft worden ist.[226])

Als Rechtsverweigerung wird es u. a. angesehen, wenn einer Partei eine zu hohe Prozesskaution auferlegt,[227]) wenn armen Parteien bei einem nicht unbegründet erscheinenden Rechtsbegehren das Armenrecht nicht erteilt,[228]) wenn im Strafverfahren dem Verteidiger die Akteneinsicht verweigert wird,[229]) wenn eine Verurteilung oder eine Aufhebung eines Freispruchs erfolgt ohne vorherige persönliche Anhörung des Angeklagten in der Eigenschaft und mit den Rechten eines Angeklagten,[230]) wenn ein Urteil ohne Angabe von irgend

---

[226]) Curti I, Nr. 49 und 50.
[227]) Curti I, Nr. 76.
[228]) B.-Ger. VII, 302.
[229]) Curti I, Nr. 78.
[230]) Curti I, Nr. 70, 98, 99, 102, 103, 104.

welchen Erwägungen gesprochen wird,[231]) etc. Im übrigen wird verwiesen auf die Zusammenstellung der diesbezüglichen Urteile in E. Curti's Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, S. 19, Nr. 49 ff. —

Als eine Konsequenz der Gleichheit vor dem Gesetz, wie auch der Niederlassungs- und Gewerbefreiheit, ergiebt sich sodann das Verbot der Doppelbesteuerung (Art. 46 der Bundesverfassung). Alle hier einschlägigen Fragen sind an Hand der bundesrechtlichen Praxis von einer Reihe von berufenen schweizerischen Juristen bereits zur Genüge erörtert worden. Ich verweise bloss auf die Arbeit von Brodtbeck, Unser Bundesrecht in Doppelbesteuerungssachen, als einen Wegleiter durch die gesamte diesbezügliche schweizerische Litteratur und Praxis. —

Ich habe in meinen Ausführungen auch die Anwendung des Rechtsgleichheitsprinzips auf den interkantonalen Verkehr, die Gleichstellung von Angehörigen anderer Kantone mit den Bürgern des eigenen Kantons, bei Seite gelassen. Sie findet ihre Regelung in der Spezialbestimmung des Artikels 60 der geltenden Bundesverfassung (Artikel 48 der frühern). Jeder Kanton ist verpflichtet, die Angehörigen anderer Kantone nicht schlechter zu behandeln, als seine eigenen Bürger von ihm behandelt werden. Aber die bundesrechtliche Praxis hat ihm nicht verwehrt, Angehörige anderer Kantone in einzelnen Fällen rechtlich besser zu stellen als die eigenen Bürger (vergl. B.-Bl. 1863, I, 408). Dies mochte 1848 gerechtfertigt sein, als man einfach die grosse rechtliche Zurücksetzung aller Nichtkantonsbürger möglichst einzuschränken beabsichtigte. In Anbetracht der neuern Entwicklung der allgemeinen Gleichheit vor dem Gesetz auf Grund von Artikel 4 der Bundesverfassung lässt sich bei der Interpretation von Artikel 60 eine Begünstigung der Kantons-

---

[231]) Curti I, Nr. 53, 91, 92 und 94.

fremden ebensowenig rechtfertigen als eine Begünstigung der Kantonsangehörigen.

Artikel 60 ist bekanntlich vor allem gerichtet gegen den Vorbehalt des Gegenrechts.

Dem Artikel 60 fehlt die weittragende Bedeutung von Artikel 4. Er bezieht sich nicht auf die politischen Rechte. Diese betrifft der Artikel 43 der geltenden Bundesverfassung. Die Bundesbehörden sahen sich mehrmals veranlasst zu betonen, dass Artikel 43 auf alle Niedergelassenen, sowohl auf die Niedergelassenen aus andern Kantonen, als auf die Niedergelassenen aus andern Gemeinden des gleichen Kantons Bezug nehme.[232]) Artikel 43 schon zeigt, dass die Gleichstellung von Kantonsfremden und Kantonsbürgern nicht so weitgehend ist, wie die von Bürgern der gleichen Gemeinde des Kantons.

Im übrigen will ich auf die bundesrechtliche Praxis hinsichtlich des Artikels 60 des Raumes wegen hier nicht näher eingehen, sondern muss dafür einfach verweisen auf die Zusammenstellung bei Blumer-Morel, Handbuch, I, 369 ff., bei Curti, Prinzip der Gleichheit, S. 77—84, bei Ullmer, staatsrechtliche Praxis, und hauptsächlich, bezüglich der bundesgerichtlichen Urteile bei Curti, Entscheidungen des Bundesgerichts, I, Nr. 696 ff.

---

[232]) BBl. 1891 III, 815; v. Salis II, 515 und 532.