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: 96 (1977)

Artikel: Treu und Glauben im öffentlichen Recht : einige grundsätzliche Bemerkungen anhand der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts

Autor: Sameli, Katharina

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896327

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: 08.01.2026

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

Treu und Glauben im öffentlichen Recht

Einige grundsätzliche Bemerkungen anhand der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts

Referat von Dr. iur. KATHARINA SAMELI
Rechtsanwalt in Genf

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 291

Allgemeiner Teil

§ 1. Das Problem 293

§ 2. Treu und Glauben als Gebot, vom Recht einen loyalen Gebrauch zu machen. 294

§ 3. Das Prinzip von Treu und Glauben als ein für die Rechtsanwendung verbindlicher allgemeiner Rechtsgrundsatz. 297

§ 4. Der Grundsatz von Treu und Glauben im Privatrecht 299

§ 5. Der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht 302

I. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung von damals bis heute . . 302

II. Die Stellung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der Rechtsordnung und sein Verhältnis zur Gerechtigkeit sowie zu anderen Rechtsprinzipien 306

A. Die Stellung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der Rechtsordnung 306

B. Treu und Glauben und Gerechtigkeit 307

C. Treu und Glauben und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit . . . 310

1. Die Bedeutung des Legalitätsprinzips 310

2. Folgerungen für den Grundsatz von Treu und Glauben . . 312

Besonderer Teil

§ 1. Rechtsmißbrauch 315

I. Allgemeines 315

A. Das Wesen des Rechtsmißbrauchs und sein Verhältnis zum Legalitätsprinzip 315

B. Die besonderen Auslegungsprobleme beim Rechtsmißbrauch. 316

1. Das Wesen von Auslegung und Anwendung des Rechts . . 316

2. Rechtsmißbrauch als Fall der unechten Lücke im Gesetz . 318

3. Die Unmöglichkeit der klaren Grenzziehung zwischen Lückenfüllung und Interpretation 324

C. Folgerungen aus der Subsidiarität des Grundsatzes von Treu und Glauben 327

II. Das Problem des Rechtsmißbrauchs im Zusammenhang mit den politischen Rechten und der Gesetzgebung, insbesondere mit dem Initiativrecht 332
A. Begehren auf Wiederholung einer Abstimmung innert kurzer Frist 335
B. Die Unerheblichkeit der Motive bei der Ausübung der politischen Rechte 339
C. Begehren auf Wiedererwägung eines beschlossenen Bauwerkes 343
D. Die Unterlassung von Referendum oder Beschwerde gegen den früheren Beschluß 346

§ 2. Vertrauensschutz 347

I. Der Grundsatz von Treu und Glauben als Vertrauensschutz und sein Verhältnis zum Legalitätsprinzip 347

II. Das Erfordernis eines besonderen Vertrauensverhältnisses als Voraussetzung der Anwendung von Treu und Glauben 349
A. Treu und Glauben und Rechtssicherheit 350
B. Treu und Glauben ist keine Schranke der Gesetzesänderung . 351
C. Treu und Glauben ist keine Schranke der Praxisänderung . . 356

III. Die Natur des besonderen Vertrauensverhältnisses 364
A. Äußerungen der Verwaltung, die an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtet sind 365
B. Auskunft und Zusage der Behörde 366
1. Rechtsmittelbelehrung 366
2. Andere Auskünfte 367
C. Duldung eines rechtswidrigen Zustandes 368
D. Zusicherung durch einen früheren anderen Entscheid in derselben Sache 369

IV. Die Voraussetzungen des Schutzes des Vertrauens in eine Zusicherung 371
A. Identität des Tatbestandes 371
B. Identität der Rechtslage 371
C. Kompetenz der Behörde 375
D. Der gute Glaube des Betroffenen 380
E. Nachteilige Dispositionen aufgrund der Auskunft 383

V. Der Ausschluß des Vertrauensschutzes im Sozialversicherungsrecht 384

§ 3. Die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts bei staatsrechtlichen Beschwerden wegen Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben 386

Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis angegebenen Schriften werden in den Anmerkungen in abgekürzter Form zitiert. Weitere Literaturangaben sind in den Anmerkungen zu finden.

Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1955.

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967.

BAUMANN, MARCEL. Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 1952.

BOSSHARDT, OSKAR. Treu und Glauben im Steuerrecht, in: Archiv für schweiz. Abgaberecht, Bd. 13, 1944, S. 49ff., 97ff.

EGGER, AUGUST. Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2., unveränd. Aufl., Zürich 1950.

FLEINER, FRITZ/GIACOMETTI, ZACCHARIA. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949; Neudruck Zürich 1976.

GEERING, WALTER. Von Treu und Glauben im Steuerrecht, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Ernst Blumenstein, Zürich 1946, S. 125ff.

GIACOMETTI, ZACCHARIA. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.

GRISEL, ANDRÉ. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.

– Droit public non écrit, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972.

– L'application du droit dans le temps, in: Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (ZBl) 75, 1974, S. 233ff.

GUENG, URS. Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen, in: Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (ZBl) 71, 1970, S. 449ff., 497ff.

GYGI, FRITZ. Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Bern 1969; 2. Aufl. Bern 1975.

– Zur Auslegung des Verwaltungsrechts, in: ZSR 75, 1956, S. 129ff.

HANGARTNER, YVO. Widerruf und Änderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Diss. St. Gallen, Zürich und St. Gallen 1959.

HARTMANN, KARL. Treu und Glauben und Rechtsmißbrauch im öffentlichen Recht, in: SJZ 45, 1949, S. 229ff.

JÄGGI, PETER. Kommentar zu Art. 3 ZGB, Berner Kommentar, Bd. I, Bern 1962 (Nachdruck 1966), S. 189ff.

– Vertrauensprinzip und Gesetz, in «Aequitas und bona fides», S. 145ff.

IMBODEN, MAX. Der nichtige Staatsakt, Zürich 1944.

– Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 4., unveränd. Aufl., Basel 1971.

IMBODEN, MAX/RHINOW, RENÉ A. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5., neu bearb. und erw. Aufl., Basel 1976.

KISCH, GUIDO. Summum ius, summa iniuria, in: «Aequitas und bona fides», S. 195ff.

MAINKA, JOHANNES. Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bonn 1963.
MEIER-HAYOZ, ARTHUR. Kommentar zu Art. 1 und Art. 4 ZGB, Berner Kommentar, Bd. I, Bern 1962 (1966), S. 78 ff., S. 421 ff.
MERZ, HANS. Kommentar zu Art. 2 ZGB, Berner Kommentar, Bd. I, S. 213 ff.
NEF, HANS. Gleichheit und Gerechtigkeit, Zürich 1941.
– Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde, in: ZSR 69, 1950, S. 133a ff.
PLATTNER, JOSEF. Grundsätzliche Gesichtspunkte für die Fortentwicklung des Steuerrechts in Bund und Kantonen, in: ZSR 64, 1945, S. 97a ff.
REIMANN/ZUPPINGER/SCHAERRER. Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Bd. III und IV, Bern 1969.
RUCK, ERWIN. Treu und Glauben in der öffentlichen Verwaltung, in «Aequitas und bona fides», S. 341 ff.
SALADIN PETER. Grundrechte im Wandel, Bern 1970; 2., unveränd. Aufl. Bern 1975.
SCHINDLER, DIETRICH. Verfassungsrecht und soziale Struktur, 2., unveränd. Aufl., Zürich 1944.
WACKERNAGEL, JACOB. Über das Vertrauensprinzip im Steuerrecht, in «Aequitas und bona fides», S. 411 ff.

Allgemeiner Teil

§ 1. Das Problem

Das Prinzip von Treu und Glauben hat seinen Ursprung dort, wo Recht zu Unrecht wird. Mit diesem Satz ist alles und nichts gesagt. Alles, weil damit der Standort des Prinzips in der Rechtsordnung festgehalten ist, womit auch sein Zweck und Anwendungsbereich abgesteckt sind. Nichts, weil es sich um eine leere Formel handelt, die erst inhaltlicher Bestimmung bedarf.

Mit der Feststellung, daß Recht zu Unrecht werden kann und daß das Prinzip von Treu und Glauben an dieser Stelle einsetzt, ist sodann auf die Gerechtigkeit verwiesen und gesagt, daß Treu und Glauben Ausdruck des Gerechtigkeitsgebotes ist. Was aber gerecht oder ungerecht ist und wo das Recht zu Unrecht führen kann, zeigt sich erst an der Wirklichkeit, im Anwendungsfall.

Diese Überlegungen zeichnen den Weg vor, auf welchem Inhalt und Bedeutung des Grundsatzes Treu und Glauben zu erfassen sind. Auszugehen ist von seinem Zweck, seiner Stellung im System des Rechtes und seinem Verhältnis zu andern Rechtsprinzipien. Hierin liegen die Kriterien, welche für die Anwendung oder Nichtanwendung des Grundsatzes entscheidend und nach denen die konkreten Sachverhalte zu würdigen sind. Und die konkreten Sachverhalte ihrerseits sind der Stoff, aus dem der Inhalt des Prinzips von Treu und Glauben sich bildet. Entsprechend der besonderen Natur des öffentlichen Rechts, seiner Prinzipien und seiner Materie, wird der Grundsatz von Treu und Glauben auf diesem Gebiete auch seine besondere Ausprägung haben.

§ 2. Treu und Glauben als Gebot, vom Recht einen loyalen Gebrauch zu machen

Die Rechtsordnung ist abstrakt und allgemein, und die Wirklichkeit geht in ihr nicht auf. Der Rechtssatz enthält immer nur die typischen Elemente des von ihr geregelten Sachverhaltes, das, was an den konkreten Einzelfällen unter einem bestimmten Gesichtspunkt immer gleich ist. Was unter dem für die Rechtsnorm maßgebenden Gesichtspunkt nicht gleich ist, das Individuelle und Einzigartige des konkreten Falles, wird nicht erfaßt. Je nach der Natur des zu regelnden Sachbereiches, je nachdem, wieweit ein Sachgebiet sich rechtlich erfassen läßt und einer in die Einzelheiten gehenden Normierung zugänglich ist, klafft ein größerer oder kleinerer Raum zwischen Recht und Wirklichkeit. Und in diesem Raum liegt die Möglichkeit, daß vom Rechtssatz ein Gebrauch gemacht werden kann, der von seinem Zweck nicht mehr gedeckt ist oder diesem gar zuwiderläuft, oder daß der Anwendung des Rechtssatzes entgangen werden kann, obwohl nach seinem Zweck der in Frage stehende Sachverhalt erfaßt werden sollte. Die Diskrepanz zwischen Recht und Wirklichkeit kann sich auch dahin auswirken, daß in einem bestimmten Fall alle Voraussetzungen der Anwendung eines Rechtssatzes erfüllt sind, seine Durchsetzung wegen ganz besonderer Umstände jedoch stoßend wirkt. Das Recht ist daher darauf angewiesen, daß von ihm ein loyaler Gebrauch gemacht wird, daß es unverfälscht, seinem Zweck entsprechend, angewendet wird. Hier setzt das Gebot von Treu und Glauben ein, das von den am Rechtsverkehr Beteiligten gegenseitiges Vertrauen verlangt und verhindern soll, daß die Befugnisse und Kompetenzen bis zu ihren äußersten Möglichkeiten ausgenützt werden[1]. Es ist die ethische Komponente, ohne welche die Rechtsordnung nicht auskommt[2].

Im gleichen Sinne hat auch das Bundesgericht die Bedeutung des Gebotes von Treu und Glauben stets verstanden, wobei es in der Zeit nach der Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches aller-

[1] Hier haben auch die römische *aequitas* und die englische *equity* ihren Ursprung, ein besonderes Billigkeitsrecht, das neben dem starren Recht in die Rechtsordnung eingeführt wurde; vgl. dazu den Überblick bei KISCH, Summum ius, S. 195ff.

[2] Vgl. etwa SCHINDLER, Verfassungsrecht, S. 94f.; GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 221; MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art. 4 ZGB, N. 22, S. 428; HENRI MAZEAUD, Les notions de «droit», de «justice» et d'«équité», in: Aequitas und bona fides, S. 231; EGGER, Rechtsethik, S. 122f.

dings meinte, dies könne nur für das Privatrecht gelten[3]. So führte es in BGE 40 III 160 *(Zumthor)* aus, das Prinzip von Treu und Glauben beruhe «auf der Erkenntnis, daß das geschriebene Privatrecht dem Reichtum des Lebens nicht vollständig gerecht werden kann. Bei der unerschöpflichen Vielgestaltigkeit des Lebens, der Fülle der es beherrschenden verschiedenartigen und wechselnden Interessen ist es dem die Sätze des Privatrechts aufstellenden Gesetzgeber nicht möglich, alle Fälle zu übersehen und für jeden einzelnen Fall, wo es sich um Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Personen handelt, die beidseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen und danach genau zu bestimmen, welche Ansprüche aufgrund ihres Rechtes den andern gegenüber zustehen sollen. Er muß sich oft mit einem allgemeinen Grundsatz, mit einer Schablone begnügen, die sich im Leben bald zu eng und bald zu weit erweist. Diese Unebenheiten des geschriebenen Rechtes soll Art. 2 ZGB ausgleichen, indem er durch den Hinweis auf Treu und Glauben dem allgemeinen Grundsatz Ausdruck gibt, daß Ansprüche, die nicht zum Schutze eines berechtigten Interesses dienen und deren Befriedigung berechtigte Interessen verletzen würde, nicht bestehen können». Oder in BGE 72 II 42 *(Bieri* g. *Schneuwly)*: «Die Rechtsprechung anerkennt seit langem Art. 2 ZGB als ‹Schranke aller Rechtsausübung› (BGE 47 II 453). Ihm liegt die Erkenntnis zugrunde, daß das positive Recht unmöglich alle Streitigkeiten im menschlichen Zusammenleben einzeln erfassen und im voraus regeln kann. Wie sehr der Gesetzgeber sich um eine lückenlose Rechtsordnung bemühen mag, es wird immer Spezialfälle geben, in denen die starre Anwendung der gesetzlichen Prinzipien zu Ungerechtigkeiten führen müßte, die der Richter nicht dulden darf.»

Einige praktische Beispiele mögen zeigen, was mit diesen Ausführungen gemeint ist:

– In einer Gemeinde finden Wahlen statt. Gegen das Wahlergebnis führen einige Stimmbürger Beschwerde wegen Unregelmäßigkeiten, die bei der Wahl vorgekommen sein sollen. Die gerügten Formmängel erweisen sich in der Tat als so schwerwiegend und von solcher Tragweite, daß sie geeignet sind, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Die nach der Praxis des Bundesgerichts erforderlichen Voraussetzungen für die Kassation der Wahl sind somit gegeben. Es stellt sich jedoch heraus, daß die gerügten Unregelmäßigkeiten von den Beschwerdeführern selbst oder zumindest von der politischen

[3] Vgl. hinten S. 303.

Gruppe, der sie angehören, begangen worden sind. Es wäre daher stoßend und müßte als Ungerechtigkeit empfunden werden, wenn die Beschwerde gutgeheißen und die Wahl aufgehoben würde.

– Ein Walliser Weinbauer pflanzte auf seinem Grundstück außerhalb der Rebbauzone Reben, obwohl dies nach der eidgenössischen Rebbaugesetzgebung verboten war. Dem behördlichen Ausreutungsbefehl versuchte er sich durch Verpachtung von je 100 Rebstöcken an 11 Pächter zu entziehen, jedoch ohne Erfolg. Hierauf verfiel er auf die Idee, das für ihn verbotene Rebland in Parzellen zu 400 m^2 aufzuteilen und einzeln an verschiedene Leute zu verkaufen, die noch keine Reben besaßen und nach dem Gesetz eine Fläche von 400 m^2 für den Eigenbedarf mit Reben bepflanzen durften. Nach den Umständen war es jedoch offensichtlich, daß der Verkauf der Parzellen dem Weinbauern nur dazu dienen sollte, die für ihn verbotenen Reben weiterhin behalten zu können. Es scheint somit nur gerecht, wenn die neuen Eigentümer diese Reben trotzdem ausreißen müssen, obwohl sie nach dem Gesetz an sich berechtigt wären, sie zu behalten.

– Ein Grundeigentümer reicht der zuständigen kommunalen Baubehörde ein Bauprojekt ein, das der geltenden Zonenordnung entspricht und bewilligt werden müßte. Da jedoch bereits eine neue Baurechtsordnung in Vorbereitung ist, bittet die Baubehörde den Eigentümer, mit der Verwirklichung seines Bauvorhabens zuzuwarten und sein Projekt dem neu vorgesehenen Baurecht anzupassen, das eine etwas niedrigere, aber nicht unter einer bestimmten Ziffer sich bewegende Ausnützung vorsehe. Der Bauherr kommt der Behörde entgegen und wartet zu im Vertrauen darauf, daß er jedenfalls gemäß der nach der neuen Bauordnung vorgesehenen Ausnützungsziffer bauen können wird. In der Folge wird die Gemeinde von der kantonalen Genehmigungsbehörde jedoch angehalten, in der betreffenden Zone eine niedrigere Ausnützungsziffer festzusetzen. Für den Bauherrn heißt das, daß er nach dem neu geltenden Recht nicht mehr so bauen kann, wie ihm seitens der kommunalen Behörde zugesichert worden ist. Das empfindet man als stoßend, hat er doch sein früheres größeres Projekt nur aus Entgegenkommen zurückgestellt. Es erscheint deshalb als gerecht, wenn ihm die Bewilligung erteilt wird, wie sie ihm in Aussicht gestellt worden ist, obwohl dies dem nun geltenden Recht widerspricht.

– Im Rahmen eines Güterzusammenlegungsverfahrens wird einem Eigentümer zum Ersatz des von ihm eingeworfenen Baulandes eine mit Bäumen und Sträuchern bewachsene Parzelle zugeteilt.

Diese neue Parzelle wird dem Bauern als gleichwertiges Land zugeteilt, auf dem er ebensogut bauen könne wie auf dem eingeworfenen Grundstück. Als der Eigentümer einige Jahre später diese neue Parzelle überbauen will, muß er erfahren, daß wegen der inzwischen verschärften Praxis zum eidg. Forstpolizeigesetz die Rodungsbewilligung nicht erteilt werden kann. Er muß sich betrogen vorkommen. Es ist deshalb nur gerecht, wenn ihm die Rodungsbewilligung erteilt wird, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind.

§ 3. Das Prinzip von Treu und Glauben als ein für die Rechtsanwendung verbindlicher allgemeiner Rechtsgrundsatz

Solange das Prinzip von Treu und Glauben nur ein ethisches Gebot bleibt und nicht in die Rechtsordnung selbst aufgenommen wird, ist es im rechtlichen Sinne nicht verbindlich. Wohl ist es aufgrund der ihm innewohnenden ethischen Kraft und der auf moralischer Ebene für den Fall seiner Mißachtung vorhandenen Sanktionen wirksam, und seine Befolgung ist eine Frage menschlicher Haltung und politischer Klugheit. Die positive Rechtsordnung hat das Gebot des vertrauensvollen Verhaltens denn auch in verschiedenen einzelnen Sachnormen festgehalten. So schreibt zum Beispiel das private Vertragsrecht ausdrücklich vor, daß ein Vertrag nicht verbindlich ist, wenn der eine Partner vom andern durch absichtliche Täuschung zum Vertragsschluß verleitet worden ist (Art. 28 OR), oder es kann der Übervorteilte innert Jahresfrist erklären, daß er den Vertrag nicht halten will (Art. 21 OR). Auf verschiedenen Rechtsgebieten ist das Verbot des Rechtsmißbrauchs und der Gesetzesumgehung in einer Sachnorm verwirklicht, indem sie gewisse Tatbestände vom Schutz des in Frage stehenden Rechtsinstituts ausschließt oder dem von ihm erfaßten Sachverhalt gleichstellt. So ist zum Beispiel nach Art. 120 Ziff. 4 ZGB eine Ehe nichtig, wenn die Ehefrau nicht eine Lebensgemeinschaft gründen, sondern Vorschriften über die Einbürgerung umgehen will. Art. 2 Abs. 2 des Bundesbeschlusses über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23. März 1961/21. März 1973 setzt eine ganze Reihe von Rechtsgeschäften dem bewilligungspflichtigen Erwerb des Eigentums an einem Grundstück gleich, wie zum Beispiel den Erwerb von Kapitalanteilen einer Immobiliengesellschaft oder fiduziarische Rechtsgeschäfte, deren wirtschaftlicher Zweck der gleiche ist wie der Er-

werb des Eigentums oder von Eigentumsrechten. Das Gebot des vertrauensvollen Verhaltens der Behörden, dem der Schutz des Vertrauens des Einzelnen in eine behördliche Zusicherung entspricht, ist in der prozessualen Norm von Art. 107 Abs. 3 VwG verwirklicht, wonach den Parteien aus der mangelhaften Eröffnung eines Entscheides, insbesondere aus fehlender, unvollständiger oder unrichtiger Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen dürfen. In seiner Funktion des Ausgleichs, wo Rechtssatz und Wirklichkeit in nicht mehr tragbarem Maße auseinandergehen, ist das Prinzip von Treu und Glauben zum Beispiel im Institut des Steuererlasses verwirklicht, wonach einem vorab in Notlage geratenen Steuerpflichtigen die geschuldeten Steuern erlassen werden können[4].

Wo immer die Natur einer zu regelnden Materie es erwarten läßt oder bereits die Erfahrung gemacht worden ist, daß und wie ein Gesetz mißbraucht und umgangen werden kann, oder daß Anlaß zu einem besonderen Schutz des Vertrauens gewisser an einem Rechtsverhältnis Beteiligter besteht, werden die entsprechenden Sachnormen von vorneherein oder nachträglich ins Gesetz oder dessen Ausführungsbestimmungen aufgenommen. So hat zum Beispiel der Bundesrat am 14. Dezember 1962 einen Beschluß betreffend Maßnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes erlassen, dessen Art. 2 Abs. 2 die häufigsten Fälle mißbräuchlicher Inanspruchnahme eines Abkommens ausdrücklich festhält. Im Zusammenhang mit der Neuregelung der eidg. Arbeitslosenversicherung wird bereits ein ganzer Katalog von Mißbrauchstatbeständen aufgestellt, der in die Ausführungsverordnung aufgenommen werden soll. Nachträglich ins Gesetz aufgenommene Fälle von Rechtsmißbrauch sind die bereits erwähnten Art. 120 Ziff. 4 ZGB und zum Teil Art. 2 Abs. 2 des Bundesbeschlusses über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23. März 1961/21. März 1973. In all diesen Fällen, da der Grundsatz von Treu und Glauben in einer bestimmten Sachnorm verwirklicht worden ist, ist seine Funktion gleichsam erschöpft. In seiner Bedeutung als ein allgemeines Postulat, das sich an den Gesetzgeber richtet, ist er in einem bestimmten Sachzusammenhang in die Rechtsordnung aufgenommen worden und hat eine bestimmte Rechtsfrage in seinem Sinne gelöst.

Die eigentliche Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben

[4] z. B. § 123 des Zürcher Gesetzes über die direkten Steuern vom 8. Juli 1951; es handelt sich um einen Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus.

liegt jedoch nicht dort, wo er sich als Postulat an den Gesetzgeber wendet, sondern auf dem Gebiete der Rechtsanwendung. Sie liegt dort, wo immer zwischen einem Rechtssatz und dem von ihm zu erfassenden Sachverhalt eine Unstimmigkeit herrscht, die nach Korrektur ruft. Zur Korrektur, d.h. zu einer Abweichung von der vom Rechtssatz vorgezeichneten Lösung ist die rechtsanwendende Behörde jedoch nur befugt, wenn die Rechtsordnung selbst sie dazu ermächtigt. Um verbindlich zu sein, muß das Gebot von Treu und Glauben in der positiven Rechtsordnung enthalten sein, sei es als geschriebener oder ungeschriebener Rechtssatz. Nur so ist es ein Rechtsprinzip. Und wie alle allgemeinen Rechtsgrundsätze kann das Gebot von Treu und Glauben nur so weit Geltung beanspruchen, als es sich auf die rechtsstaatliche Verfassung zurückführen läßt[5]. Ob es dabei als selbständiger Rechtsgrundsatz zu betrachten ist, der zu den einzelnen Rechtsnormen hinzutritt, sie ergänzt und ihre Anwendung mitbestimmt, wie dies das Bundesgericht in BGE 83 II 349 meint, oder ob – nach ZACCHARIA GIACOMETTI – in ihm ein Bestandteil einer jeden Rechtsnorm zu sehen ist, scheint uns eine Frage des dogmatischen Standpunktes. Im Kern treffen sich die Auffassungen, indem beide einen rechtlich verbindlichen Grundsatz meinen, der auch einem ethischen Gebot entspricht. Das eine Mal ist das Prinzip von Treu und Glauben die «ethische Komponente» des Rechtssatzes[6], das andere Mal «eine aus ethischer Betrachtung geschöpfte Grundregel», die zu den einzelnen Rechtsnormen hinzutritt[7]. Und mit dem Hinweis auf die Ethik ist vor allem die Gerechtigkeit gemeint[8].

§ 4. Der Grundsatz von Treu und Glauben im Privatrecht

Im Privatrecht ist der Grundsatz von Treu und Glauben ausdrücklich im Gesetz festgehalten, und zwar in den Artikeln 2 und 3 ZGB. Wie der Wortlaut von Art. 2 ZGB zeigt, wonach jedermann in der

[5] GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 287.

[6] GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 221, der allerdings nur das Verwaltungsrecht behandelt und daher auch nur von Verwaltungsrechtssätzen spricht.

[7] BGE 83 II 349.

[8] GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 222; vgl. hinten S. 307ff. Mit BAUMANN, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, S. 27, der in Treu und Glauben ein Naturrechtsprinzip sieht, was heißt, daß sein Geltungsgrund im Außerrechtlichen liegt, können wir dagegen nicht einig gehen.

Ausübung seiner Rechte und der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat und der offenbare Mißbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz findet, erfährt das Prinzip mit seiner Aufnahme ins Gesetz keine nähere inhaltliche Bestimmung. Es bleibt der Rechtsgrundsatz allgemeinster Art, wie er sich auch beim Schweigen des Gesetzes schon aus dem Gehalt der rechtsstaatlichen Ordnung und dem Sinn der Normen über den Rechtsverkehr ergibt[9]. Das Bundesgericht hat denn auch anerkannt, daß das Gebot von Treu und Glauben nicht erst mit dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch geschaffen worden ist. In BGE 83 II 349 führt es aus: «Die Grundregel von Treu und Glauben war schon längst vor Erlaß des Schweiz. Zivilgesetzbuches als Bestandteil der allgemeinen Rechtslehre anerkannt und wurde gestützt auf Gewohnheitsrecht oder gestützt auf mehr oder weniger weit gefaßte gesetzliche Bestimmungen angewendet sowohl im Gebiete des Privatrechts wie auch auf andern Rechtsgebieten.» Eine Sachnorm, die ein bestimmtes Rechtsverhältnis in bestimmter Weise regelt, ist Art. 2 ZGB nicht. Er ist, wie das Bundesgericht in BGE 44 II 445 ausführt, «nicht ein selbständiger Rechtssatz, der ein bestimmtes Rechtsverhältnis regelt, sondern bloß eine Rechtsanwendungsnorm, die bei allen Rechtsverhältnissen zu beachten ist». Art. 2 ZGB ist die aus dem Gerechtigkeitsgebot sich ergebende ausdrückliche Ermächtigung an den Richter, dort ergänzend und allenfalls berichtigend einzugreifen, wo im konkreten Fall eine an sich sachgemäße gerechte Norm zu einem ungerechten Ergebnis führt. Der Inhalt des Grundsatzes, d. h. was gegen Treu und Glauben verstößt und rechtsmißbräuchlich ist, wird erst durch die jeweils in Frage stehenden Rechtsverhältnisse bestimmt. Aus der Natur der zivilrechtlichen Verhältnisse und der jeweiligen tatsächlichen Umstände ergibt sich die spezifische Bedeutung des Prinzips im Zivilrecht, die sich dann in praktikablen Maximen, Regeln, Leitsätzen und Untersätzen festlegen läßt[10].

Auch Art. 3 ZGB, der den Vertrauensschutz betrifft, ist Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben[11]. Der Forderung gegenseitigen Vertrauens im Rechtsverkehr entspricht, daß man sich darauf verlassen können soll, daß die rechtlichen Beziehungen im

[9] In diesem Sinne GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 221; GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 198.

[10] Siehe vor allem MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N. 30 ff., S. 234 ff.

[11] Daß Art. 3 ZGB ein Aspekt von Art. 2 Abs. 1 ZGB ist, zeigen besonders deutlich der französische und der italienische Gesetzestext, die nur den einen Begriff von «règles de la bonne foi» und «buona fede» kennen.

Einklang mit den tatsächlichen Verhältnissen und der Rechtsordnung gestaltet werden. Dieses Vertrauen wird geschützt, was bedeutet, daß der Einzelne, der einen Rechtsmangel nicht hat erkennen können, bzw. sich auf einen Rechtsschein verlassen hat, den für ihn daraus entstehenden Nachteil nicht zu tragen hat. Mit Rücksicht auf den guten Glauben des Benachteiligten sollen die aus dem Rechtsmangel sich ergebenden negativen Folgen abgeschwächt oder aufgehoben werden[12]. Das gilt jedoch nicht allgemein. Im Unterschied zu dem in Art. 2 ZGB festgehaltenen allgemeinen Gebot der loyalen Rechtsausübung gilt der Grundsatz des Vertrauensschutzes nur für ganz bestimmte Tatbestände, die in Einzelvorschriften festgehalten sind. Nach Art. 3 Abs. 1 ZGB ist der gute Glaube, d. h. das Abstellen auf einen Rechtsschein nur dort rechtserheblich, wo das Gesetz, sei es ausdrücklich oder nicht ausdrücklich, dies vorsieht. Was die subjektive Seite betrifft, so verdient das Vertrauen auf einen Rechtsschein nur dann Schutz, wenn es gerechtfertigt ist, d. h. wenn, nach den Worten von Art. 3 Abs. 2 ZGB, der Betroffene trotz der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit den Rechtsmangel nicht erkennen konnte.

Wie Art. 2 Abs. 2 ZGB, so stellt auch Art. 3 ZGB einen Aspekt des in Art. 2 Abs. 1 ZGB festgehaltenen allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben dar. Beide sind insoweit bereits Konkretisierung, als sie für eine bestimmte Art von Konflikt, in welchem Gesetz und Wirklichkeit auseinanderfallen, die Lösung vorschreiben. Nach dem Verbot des Rechtsmißbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) verdient ein an sich rechtmäßiges Verhalten wegen besonderer Umstände keinen Rechtsschutz. Nach dem Gebot des Vertrauensschutzes (Art. 3 ZGB) wird ein an sich unrechtmäßiges Verhalten wegen besonderer Umstände geschützt bzw. gleichsam wie ein rechtmäßiges behandelt[13]. Auch diese Lösung ist aber ganz allgemein gefaßt, ohne jede nähere inhaltliche Bestimmung. Der Inhalt und die besondere Bedeutung des Vertrauensschutzes im Zivilrecht ergeben sich auch hier erst aus den konkreten Rechtsverhältnissen.

[12] JÄGGI, Kommentar zu Art. 3 ZGB, N. 54.
[13] JÄGGI, Kommentar zu Art. 3 ZGB, N. 50.

§ 5. Der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht

I. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung von damals bis heute

Ist das Prinzip von Treu und Glauben ein aus dem Gerechtigkeitsgebot sich ergebender Grundsatz allgemeinster Art, der die rechtsanwendende Behörde zum Eingriff ermächtigt, wo eine an sich sachgerechte Norm zu einem ungerechten Ergebnis führt, so sollte es eigentlich selbstverständlich sein, daß es auch im öffentlichen Recht gilt. Überblickt man die Rechtsprechung des Bundesgerichts seit ihren Anfängen, so ergibt sich jedoch ein etwas anderes Bild.

Nachdem das Bundesgericht bei der Beurteilung öffentlicher Streitigkeiten zunächst ausdrücklich den Grundsatz von Treu und Glauben herangezogen[14], hatte es seit dem Jahre 1914 dessen Anwendung vorab im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie im Zivilprozeßrecht abgelehnt. An dieser Auffassung wurde in einer Reihe von Entscheiden bis zum Jahre 1934 festgehalten[15], wo im Entscheid 60 II 490 *(Perren)* noch der lapidare Satz steht: «Selbst mißbräuchliche Klage macht keine Ausnahme, da ja die Rechtsprechung die Anwendung von Art. 2 ZGB auf dem Gebiete des Prozeßrechtes ablehnt.» Im gleichen Jahr bestätigte die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts: «Diese Vorschrift (Art. 2 ZGB) findet nach der Rechtsprechung nur Anwendung auf materiellrechtliche Ansprüche; gegenüber der Ausübung der dem Gläubiger durch das Betreibungsrecht eingeräumten prozessualen Befugnisse kann sie nicht angerufen werden.» Im Jahre 1922 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage einer mißbräuchlichen Eheschließung zu befassen, deren Zweck offenbar einzig in der Wiedererlangung der gestützt auf das Miet- und Wohnungsnotrecht entzogenen Niederlassungsbewilligung lag. Das Bundesgericht sagte

[14] BGE 34 I 28, 34 I 625, 36 I 566, die alle aus dem Gebiete des Steuerrechts sind.

[15] BGE 40 III 159; 48 II 187; 41 II 189; 41 III 308; 42 III 85; 49 III 48; 54 III 170; 60 II 489; 60 III 8. In BGE 56 I 443 *(La Genevoise)*, wo es um die mißbräuchliche Berufung auf eine Gerichtsstandsklausel ging, hat das Bundesgericht bei auf Willkür beschränkter Überprüfungsbefugnis Treu und Glauben allerdings als Grundsatz des kantonalen Prozeßrechtes anerkannt, gleichzeitig aber betont, daß er im öffentlichen Bundesrecht nur für das materielle Recht gelte. Wenn das Bundesgericht in BGE 54 I 188 *(Thurgau* gegen *St. Gallen)* eine interkantonale öffentlichrechtliche Streitigkeit unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (clausula rebus sic stantibus) beurteilte, so geschah dies unter Hinweis auf das Völkerrecht und nicht in analoger Anwendung von Art. 2 ZGB.

dabei kategorisch, Art. 2 ZGB beziehe sich überhaupt nicht auf den Mißbrauch öffentlicher Rechte wie des Rechts zur Eheschließung (BGE 48 II 182ff., *Hänigsen*). Wie diesem Entscheid zu entnehmen ist, muß das Bundesgericht in dieser gleichen Sache, allerdings in anderem Zusammenhang, aber doch den Mißbrauch einer öffentlichrechtlichen Befugnis angenommen haben: knapp zwei Jahre zuvor hatte es nämlich einen Rekurs von Frau *Hänigsen* gegen den Entzug der Niederlassung durch die zürcherischen Behörden abgewiesen, der damit begründet worden war, daß sie mit ihrer Wohnsitznahme in Zürich keinen schutzwürdigen Zweck verfolgte[16].

Im berühmten Fall der Bürgerrechtsehe der *Ottilie Frick* hat das Bundesgericht im Jahre 1939 dann die Kehrtwendung gemacht und eine Eheschließung, die einzig zum Zwecke der Erlangung des schweizerischen Bürgerrechts erfolgte, als mißbräuchlich erklärt. Diesmal sagt es ebenso kategorisch: «Es trifft überhaupt nicht zu, daß Rechtsmißbrauch bei der Ausübung öffentlichrechtlicher Befugnisse belanglos sei» (65 II 139).

Der Anerkennung des Grundsatzes von Treu und Glauben als Rechtsmißbrauchsverbot folgte auch die Anerkennung des Vertrauensschutzes. So wurde in BGE 76 I 189 *(Veith)* die bereits durch den nicht publizierten Fall *Cabalzar* vom 22. Dezember 1945 eingeleitete Praxis zur fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung begründet. Ob ein Rechtsuchender die Folgen einer falschen Rechtsmittelbelehrung zu tragen hat, wird in diesem Entscheid unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben beurteilt, wobei richtigerweise nicht auf Art. 2 ZGB verwiesen, sondern auf die für den Schutz des guten Glaubens maßgebenden Kriterien abgestellt wird[17].

Daß das Bundesgericht im Jahre 1914 die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Recht ablehnte, geschah offensichtlich unter dem Einfluß des damals in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Die ausdrückliche Aufnahme des Grundsatzes ins Zivilgesetzbuch verleitete offenbar dazu, ihn nur noch als privatrechtliches Prinzip zu sehen, das auf öffentliche Rechtsverhältnisse eben weder unmittelbar noch analog angewendet werden könne[18]. Ein weiterer Grund war sicher auch die damals herrschende Lehre vom öffentlichen Recht, die von der

[16] Wörtlich heißt es: «indem sie ihren Unterhalt teilweise aus der Hingabe zum Geschlechtsverkehr, speziell an Kohlenhändler X und Redakteur Y ziehe».

[17] Vgl. noch statt vieler 78 I 296 *(Mommendey)*.

[18] HARTMANN, Treu und Glauben, S. 230; GUENG, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte, S. 452.

Lückenlosigkeit des Systems des öffentlichen Rechts überzeugt war, welches zu jener Zeit allerdings auch kaum gestaltend in den Lebensbereich der Bürger eingriff. So hatte das Bundesgericht im Fall *Hänigsen* (BGE 48 II 188) gefunden, die Umgehung von Vorschriften des Verwaltungsrechts zu verunmöglichen, sei Aufgabe des Verwaltungsrechts selbst und seiner Rechtsprechung. Von dieser Auffassung zeugt auch die Begründung, mit welcher in BGE 40 III 154ff. *(Zumthor)* die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Prozeß- und Zwangsvollstreckungsrecht abgelehnt wurde. Darnach ordne dieses Verfahrensrecht nicht, wie das Privatrecht, vom Leben vorgegebene Verhältnisse, sondern schaffe die von ihm geordneten Beziehungen und Interessen selbst, weshalb sie auch zum voraus erkennbar seien. Die vom Verfahrensrecht eingeräumten Ansprüche schützten deshalb stets ein berechtigtes Interesse und könnten somit im Einzelfall nicht mit dem Hinweis darauf, daß ein solches Interesse mangle, bestritten werden. Der Schuldner könne sich somit dem gesetzlichen Pfändungsanspruch des Gläubigers gegenüber niemals auf Art. 2 ZGB berufen, um den Ausschluß oder die Beschränkung der Pfändung zu erreichen[19]. Diese Begründung verdient aber nicht deshalb Beachtung, sondern weil darin dem Sinne nach gerade das gesagt wird, was unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs wesentlich ist: daß nämlich die Frage des Mißbrauchs eines Rechts sich aus dessen Inhalt ergibt. Der Anspruch auf Pfändung ist eben von Gesetzes wegen durchsetzbar ohne Rücksicht darauf, wie sehr der Schuldner dadurch geschädigt wird und wie groß dagegen der Vorteil des Gläubigers ist. Ein Rechtsmißbrauch unter dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Interessen kann somit gar nicht in Frage kommen[20]. Sowohl in diesem Falle wie auch in den weiteren Entscheiden, in denen das Bundesgericht die Anwendung von Treu und Glauben im Prozeß- und Zwangsvollstreckungsrecht ablehnte, stand eben jeweils eine Befugnis in Frage, die nach dem Sinn des Gesetzes ohne Rücksicht auf die Interessenlage der Beteiligten ausgeübt werden kann. So ging es auch im BGE 60 II 490 *(Perren)* um ein Klagerecht zur Abklärung eigentumsrechtlicher Verhältnisse[21], das seiner Natur nach unabhängig davon geltend gemacht werden kann, wie sehr dies den Beklagten stört und dem

[19] BGE 40 III 160.

[20] Vgl. hinten S. 315ff.

[21] Provokation zur Klage zur Geltendmachung eigentumsrechtlicher Ansprüche nach Walliser Recht, eine andere Möglichkeit der negativen Feststellungsklage.

Kläger nützt. Das Bundesgericht führte dazu aus, es stehe nach schweizerischer Auffassung eben jedem frei, den andern mit gerichtlicher Klage zu überziehen, wenn er die prozessualen Folgen der Abweisung, insbesondere der Kostenfolgen, riskieren wolle. Ein Rechtsmißbrauch ist in solchen Fällen eben abzulehnen, weil das in Frage stehende Recht das beanstandete Vorgehen umfaßt und nicht, weil Treu und Glauben bzw. Art. 2 ZGB im Prozeß- und Zwangsvollstreckungsrecht nicht angewendet werden darf.

Mit diesen Ausführungen will gesagt sein, daß das Bundesgericht den Grundsatz von Treu und Glauben trotz ausdrücklicher Ablehnung der Sache nach dennoch angewendet hat. Es hat die Fälle nach den gleichen Kriterien beurteilt, die auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben wesentlich gewesen wären. In diesem Sinne steht zum Beispiel die in Band 43 I 309 *(Kt. Zürich* gegen *Kt. Schaffhausen)* eingeleitete Praxis zum internationalen und interkantonalen Armenunterstützungsrecht, nach welcher ein Kanton sich damit, daß er einen offensichtlich in nächster Zukunft in Not geratenden Einwohner zum Verlassen seines Gebietes veranlaßt oder einen Doppelbürger zur Aufgabe des Bürgerrechts des betreffenden Kantons bewegt hatte, seiner Unterstützungspflicht nicht entheben konnte[22]. Ein solches Verhalten wurde als Verstoß gegen die zwischen den Kantonen herrschende Solidarität betrachtet, womit im Grunde nichts anderes als ein Handeln wider Treu und Glauben gemeint war. Auch dort, wo es um eine Frage des Vertrauensschutzes ging, hatte das Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV und insbesondere der Rechtsverweigerung nicht anders entschieden, als wenn, wie heute, der Sachverhalt nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gewürdigt worden wäre.

Um noch ein Beispiel zu nennen, hatte das Bundesgericht in einem geradezu aktuell anmutenden Entscheid aus dem Jahre 1915 die staatsrechtliche Beschwerde der *Dolderbahn AG* zu beurteilen, welche dem Zürcher Regierungsrat ein widersprüchliches Verhalten vorwarf, weil er ihr zunächst die Rodungsbewilligung für die projektierte und genehmigte Waldhausstraße erteilt und dann aber die von der Stadt Zürich aus Gründen des Heimatschutzes verfügte Enteignung des betreffenden Waldareals geschützt hatte (BGE 41 I 468 ff.). Heute würde in einem solchen Fall bestimmt der Grundsatz von Treu und Glauben herangezogen, doch blieben die für die Beurteilung maßgebenden Kriterien, wie sie sich aus der Eigentums-

[22] BGE 69 I 256.

garantie und Art. 4 BV ergeben, die gleichen[23]. Der Wandel des Bundesgerichts in seiner Einstellung zum Prinzip von Treu und Glauben vollzog sich denn eben weit mehr auf dogmatischer Ebene, als er es der Sache nach war[24].

So hat das Bundesgericht in BGE 94 I 520ff., wo es zum ersten Mal in seiner Geschichte in eingehender Begründung Wesen und Bedeutung des Prinzips von Treu und Glauben im öffentlichen Recht dargelegt hat, eigentlich nichts Neues gesagt. Es hat nur ausdrücklich bestätigt und in verschiedener Hinsicht verdeutlicht, was der Sache nach stets gemeint war: daß das Prinzip von Treu und Glauben, soweit es eine Norm für das Verhalten der Behörden bildet, ein «unmittelbar aus Art. 4 BV folgender, für die gesamte staatliche Tätigkeit geltender Grundsatz» ist und dem Bürger demnach einen verfassungsmäßigen Anspruch auf Wahrung von Treu und Glauben durch die Verwaltung verleiht. Ein neuer Schritt liegt nur darin, daß ein seit jeher erkannter Aspekt des in Art. 4 BV enthaltenen Gerechtigkeitsgebotes zum selbständigen Grundsatz im Rahmen dieses verfassungsmäßigen Rechtes verdichtet worden ist[25].

II. Die Stellung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der Rechtsordnung und sein Verhältnis zur Gerechtigkeit sowie zu anderen Rechtsprinzipien

A. Die Stellung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der Rechtsordnung

Soweit im Grundsatz von Treu und Glauben ein verfassungsmäßiges Recht im Sinne von Art. 4 BV gesehen wird, ist er nur zum Teil erfaßt. Wie alle verfassungsmäßigen Rechte steht auch Art. 4 BV zum Schutze des Bürgers gegenüber dem Staate da. Der Gleichheitssatz und das in ihm enthaltene Willkürverbot richten sich an die staatlichen Organe und nicht an den Einzelnen[26]. Als Ausdruck des Willkürverbotes kann Treu und Glauben somit nur die Bedeutung

[23] Vgl. hinten S. 352.

[24] In diesem Sinne auch HARTMANN, a.a.O., S. 231.

[25] GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 288 spricht von einem sekundär abgeleiteten Verfassungsgrundsatz, weil er bereits aus einem ausdrücklichen Verfassungsprinzip, nämlich dem der Rechtsgleichheit, abgeleitet ist.

[26] GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 289; FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 240ff.; AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Bd. II, S. 626 nº 1742.

eines an die staatlichen Organe sich richtenden Verhaltensgebotes haben. Treu und Glauben im Sinne von Art. 4 BV ist nur derjenige Aspekt des Grundsatzes, der sich unter dem Begriff des Vertrauensschutzes festhalten läßt.

Soweit sich das Gebot von Treu und Glauben an den Bürger richtet und von ihm eine loyale Ausübung seiner Rechte fordert, kann es nach dem Gesagten nicht den Sinn eines verfassungsmäßigen Rechtes haben. Treu und Glauben als Verbot des Rechtsmißbrauchs läßt sich daher nicht auf Art. 4 BV abstützen. Das heißt aber nicht, daß seine positivrechtliche Grundlage in Art. 2 ZGB gesucht werden müßte, was nicht nur unnötig, sondern auch unrichtig ist[27].

Das Prinzip von Treu und Glauben ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der seine Geltung unmittelbar auf die Verfassung stützt, ohne daß er in einem bestimmten verfassungsmäßigen Recht verkörpert zu sein braucht. Wenn es in seinem einen Aspekt, demjenigen des Vertrauensschutzes, mit dem Willkürverbot zusammenfällt, so heißt das jedoch nicht, daß es insoweit nur aufgrund des Art. 4 BV seine Geltung habe.

B. Treu und Glauben und Gerechtigkeit

Das Recht will – neben andern Werten, die Ausdruck ethischer Forderungen oder vitaler Notwendigkeiten und Bedürfnisse sind – Gerechtigkeit verwirklichen[28]. Die Gerechtigkeit ist Richtlinie für Rechtssetzung und Rechtsanwendung zunächst in dem Sinne, als sie fordert, daß «Gleiches gleich und Ungleiches ungleich» zu behandeln ist. Mit dieser Formel sind die beiden Prinzipien der absoluten und der verhältnismäßigen Gerechtigkeit gemeint[29]. Das erste verlangt durchgehende Gleichbehandlung, das zweite Behandlung des Ungleichen nach Maßgabe seiner Ungleichheit. Und beide Prinzipien schließen sich gegenseitig aus, indem eine Sachfrage immer nur im einen oder andern Sinne gelöst werden kann; entweder allen das Gleiche, oder dann Ungleiches, aber nach gleichem Maß. Was jedoch gleich oder ungleich ist und welche der beiden

[27] GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 289, insbes. Anm. 23; das hatte das Bundesgericht auch erkannt, als es die direkte oder analoge Anwendung von Art. 2 ZGB im öffentlichen Recht ablehnte. Der Verweis auf Art. 2 ZGB im Ingreß von BGE 101 Ia 328 mutet daher wie ein Relikt aus früherer Zeit an.

[28] NEF, Gleichheit und Gerechtigkeit, S. 124.

[29] Commutative und distributive Gerechtigkeit.

Arten von Gleichbehandlung im konkreten Fall zu wählen ist, sagt diese Gerechtigkeitsformel nicht, sondern hängt von Gesichtspunkten ab, die außerhalb ihrer liegen[30].

Die Gerechtigkeit erschöpft sich unseres Erachtens jedoch nicht in dem formalen Satz, daß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Sie hat darüberhinaus auch einen materiellen Gehalt, der sich allerdings nicht rational erfassen läßt. Die Wahl des einen oder andern Gerechtigkeitsprinzips ist ihrerseits entweder gerecht oder ungerecht. So ist es zum Beispiel im Zusammenhang mit der Stimm- und Wahlberechtigung nach der heute in der Schweiz herrschenden Auffassung gerecht, unter dem Gesichtspunkt der ökonomischen Verhältnisse alle Bürger durchgehend gleich zu behandeln, also allen ohne Rücksicht auf Arm und Reich das Stimmrecht zu gewähren. Unter dem Gesichtspunkt des Geschlechts wird heute ebenfalls die durchgehende Gleichbehandlung als gerecht erachtet und Männern und Frauen das Stimm- und Wahlrecht zuerkannt. Im Zusammenhang mit der Militärdienstpflicht dagegen besteht unter dem Gesichtspunkt des Geschlechtes keine durchgehende Gleichbehandlung der Bürger, sondern es wird mit Rücksicht auf den Unterschied zwischen Mann und Frau die Frau vom obligatorischen Militärdienst ausgenommen. Schon diese einfachen und altbekannten Beispiele zeigen auch, daß das, was materiell gerecht ist, nicht absolut feststeht. Der materielle Gehalt der Gerechtigkeit ergibt sich aus der Natur der Sache, d.h. aus den tatsächlichen Verhältnissen und dem ihnen innewohnenden Sinn sowie aus den herrschenden Wertvorstellungen. Und beides ist nur bis zu einem gewissen Grade rational erfaßbar[31].

Auch das Bundesgericht versteht unter der Gerechtigkeit eine *materielle Gerechtigkeit,* die über den formalen Gleichbehandlungssatz hinausgeht.

Im Gleichheitssatz von Art. 4 BV ist das Gebot der Gerechtigkeit verwirklicht. Das in ihm enthaltene Willkürverbot bedeutet, daß die einer Regelung zugrundeliegenden rechtlichen Unterscheidungen von der Sache her begründet, mit anderen Worten sachlich gerechtfertigt sein müssen[32]. Bei der Rechtsanwendung liegt Willkür dann vor, wenn eine Norm einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletzt oder in stoßender Weise dem

[30] NEF, a.a.O., S. 87, 107.
[31] FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 407, mit Hinweisen auf Literatur.
[32] BGE 96 I 456 mit Hinweis auf frühere Entscheide.

Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft[33]. Nach dieser Umschreibung des Willkürverbotes bezieht sich das Gerechtigkeitsgebot auch auf die Wahl der Kriterien zur Unterscheidung zwischen Gleich und Ungleich, welche eben von Wertungen abhängt, die rational nicht restlos faßbar sind. Noch deutlicher kommt dies zum Ausdruck im Hinweis auf den Gerechtigkeitsgedanken, womit anerkannt wird, daß Gerechtigkeit mehr als nur ein formaler Satz ist und auch über rationale Erkenntnisse hinausgeht, im Grunde eben ein weiter nicht erklärbares Gefühl ist.

Der aus den tatsächlichen Verhältnissen und Wertungen sich ergebende materielle Gehalt der Gerechtigkeit beruht letztlich auf dem Gerechtigkeitsgefühl. Man empfindet etwas als gerecht oder ungerecht. So verhält es sich beim Grundsatz von Treu und Glauben. In einem konkreten Fall sind die Voraussetzungen für die Anwendung des maßgebenden Rechtssatzes an sich zwar erfüllt, und dennoch «stimmt etwas nicht». Wegen ganz besonderer tatsächlicher Verhältnisse empfindet man es als ungerecht, den aus der Norm – oder einer von der Praxis aufgestellten Regel – sich ergebenden Rechtsfolgen stattzugeben. Man hätte ein ungutes Gefühl, wenn man eine Gemeindewahl aufheben müßte wegen Unregelmäßigkeiten, die von den beschwerdeführenden Stimmbürgern selbst begangen worden sind. Oder man empfände es als ungerecht, wenn dem Eigentümer, dem bei der Güterzusammenlegung als Ersatz für eingeworfenes Bauland ein anderes überbaubares Grundstück zugeteilt wurde, hinterher das Bauen aus forstpolizeilichen Gründen untersagt würde. Daß die Anwendung des maßgebenden Rechtssatzes zu einem stoßenden Ergebnis führt und zugunsten der als gerecht erscheinenden Lösung zurückgestellt werden soll, läßt sich wohl bis zu einem gewissen Grade aufgrund rational erfaßbarer Kriterien finden, beruht aber letztlich auf einer Wertung, die stets subjektiv gefärbt ist und sich nicht weiter erklären läßt.

Die Anwendung des Grundsatzes von *Treu und Glauben* ist also ein Gebot *der materiellen Gerechtigkeit*. Die materielle Gerechtigkeit fordert eine Entscheidung im Sinne der verhältnismäßigen Gleichbehandlung, indem den besonderen Umständen des konkreten Falles Rechnung getragen werden soll. Besondere Umstände rechtfertigen es, daß das Gesetz im konkreten Fall nicht nach seinem auf die Durchschnittsfälle zutreffenden Sinn oder überhaupt nicht angewendet wird.

[33] BGE 96 I 9 E.2, 627 E.4 mit Verweisungen.

Hiermit ist die Frage des Verhältnisses von Treu und Glauben zum Prinzip der durchgehenden Gleichbehandlung aufgeworfen. Denn Nichtanwendung eines Rechtssatzes in einem bestimmten Fall bedeutet einen Einbruch in das – gleichfalls in der Gerechtigkeit liegende – Gebot der durchgehenden Gleichbehandlung, wie es vor allem im Prinzip der Gesetzmäßigkeit verkörpert ist.

C. Treu und Glauben und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit

1. Die Bedeutung des Legalitätsprinzips

Der Grundsatz der durchgehenden Gleichbehandlung ist nicht bloß das charakteristische Ordnungsprinzip des Rechts und Wesensmerkmal der generell-abstrakten Norm. Es ist darüberhinaus im verfassungsmäßigen Prinzip der Gesetzmäßigkeit verwirklicht, welches die ausnahmslose Anwendung der Rechtssätze gewährleistet. So wird denn das Legalitätsprinzip nicht nur aus der Trennung der Gewalten im Staate abgeleitet, sondern auch aus dem Gleichheitssatz von Art. 4 BV, soweit er die ausnahmslose und nicht kraß unrichtige Anwendung der Rechtssätze fordert. Darüberhinaus ist das Prinzip der Gesetzmäßigkeit aber auch ein aus jedem verfassungsmäßigen Recht sich ergebender Grundsatz, indem Eingriffe in verfassungsmäßige Rechte auf gesetzlicher Grundlage beruhen müssen. In diesem Sinne ist es ein stillschweigender, in jedem verfassungsmäßigen Recht enthaltener Grundsatz, der verschiedentlich auch ausdrücklich festgehalten ist[34]. Das verfassungsmäßige Prinzip der Gesetzmäßigkeit bedeutet somit zweierlei. Als Grundsatz der formellen Gesetzmäßigkeit bedeutet es Bindung aller staatlichen Organe an das Gesetz. Als Grundsatz der materiellen Gesetzmäßigkeit bedeutet es, daß jeder staatliche Eingriff in ein verfassungsmäßiges Recht auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen muß, was auch mit dem Begriff des Gesetzesvorbehaltes ausgedrückt wird[35].

Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit ist die *Grundlage des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates.* Indem die staatlichen Eingriffe

[34] Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 22ter Abs. 2 BV, Art. 22quater Abs. 1 BV; weitere Beispiele bei GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 231, Anm. 21.

[35] GRISEL, Droit administratif suisse, S. 161 ff., mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung; FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 408; GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 7, 230f.; GRISEL, Droit public non écrit, S. 147.

rechtssatzmäßig bestimmt sein müssen, ist der dem Einzelnen zustehende Freiheitsraum verbindlich abgesteckt, und die Bindung der Behörden an das Gesetz bedeutet Schutz vor willkürlichen Maßnahmen. Durch seine Teilnahme am Gesetzgebungsverfahren kann der Einzelne auch – jedenfalls der Idee nach – die ihm aufzuerlegenden Freiheitsbeschränkungen mitbestimmen[36].

Gesetzesvorbehalt und Bindung der Behörden an das Gesetz bedeuten aber auch, daß die staatlichen Eingriffe für den Einzelnen voraussehbar und berechenbar sind. Darin liegt die Verläßlichkeit des Rechts. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit gewährleistet die *Rechtssicherheit*.

In seiner Bedeutung der ausnahmslosen und richtigen Anwendung der Rechtssätze dient das Legalitätsprinzip sodann der *Durchsetzung des objektiv richtigen Rechts,* welche ihrerseits im *öffentlichen Interesse* steht. Im Zusammenhang mit der Rechtsanwendung muß davon ausgegangen werden, daß das gesetzte Recht richtig ist, die sachgerechte Lösung eines bestimmten Interessekonfliktes enthält. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Gewaltentrennung[37]. Die rechtsanwendende Behörde muß daher eine vom Gesetzgeber getroffene Regelung als objektiv richtig annehmen und darf sie nicht durch die ihr gutscheinende Lösung ersetzen. Die vom Verfassungs- oder Gesetzgeber getroffene rechtliche Ordnung kann aber auch materiell gesehen als die sachgerechte, ja gerechte Lösung betrachtet werden, indem sie Ausdruck der herrschenden Auffassung ist von dem, was sachlich richtig bzw. gerecht oder ungerecht ist; denn eine Rechtsordnung, die der sozialen Wirklichkeit nicht entspricht, ist auf die Dauer nicht lebensfähig und auch nicht gewollt. Damit soll allerdings nicht der Auffassung gefolgt werden, daß das richtige Recht sich mit der Gerechtigkeit decke[38]. Denn das Recht hat viele Sachbereiche zu regeln, die der Gerechtigkeit gegenüber indifferent sind. Auf solchen Gebieten ist die vom Recht getroffene Regelung wohl als richtig, d. h. sachgerecht zu betrachten, doch muß in ihr nicht eine Verwirklichung des Gerechtigkeitsgedankens liegen[39]. Wo es aber um Dinge geht, deren richtige Lösung auch eine Frage der Gerechtig-

[36] Dazu NEF, Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung, S. 135a ff., 158a.

[37] BGE 49 I 301, *Einwohnergemeinde Bern.*

[38] So insbesondere WALTHER BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, Zürich 1935, S. 241 ff.; DERSELBE, Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939, S. 227 ff.

[39] NEF, Gleichheit und Gerechtigkeit, S. 85, mit Hinweis auf Autoren, welche die verschiedenen Meinungen vertreten.

keit ist, so läßt sich sagen, daß das Prinzip der Gesetzmäßigkeit auch der Durchsetzung der *materiellen Gerechtigkeit* dient.

Die *materielle Gerechtigkeit* ist zudem im *Gesetzmäßigkeitsprinzip als solchem* verwirklicht, und zwar in ihrer Bedeutung der *durchgehenden Gleichbehandlung*. Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit, daß alle Bürger vor dem Gesetze gleich sind und dieses ohne Unterschied auf alle gleich angewendet wird. Dies wird durch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit gewährleistet, welches die ausnahmslose Anwendung des gesetzten Rechts gebietet[40].

2. Folgerungen für den Grundsatz von Treu und Glauben

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit sichert die Werte von individueller Freiheit, Demokratie und Rechtsstaat, die der schweizerischen Rechtsordnung zugrundeliegen und in den verfassungsmäßigen Rechten verwirklicht sind. Er ist somit oberstes Prinzip von Rechtssetzung und Rechtsanwendung, und seine Verletzung bedeutet immer auch eine Verletzung dieser Werte.

Für den Grundsatz von Treu und Glauben folgt daraus, daß er keinesfalls herangezogen werden darf, um das gesetzte Recht zu ändern oder außer Kraft zu setzen, wo es der rechtsanwendenden Behörde unrichtig oder gar ungerecht erscheint. Die Korrektur eines sachlich unrichtigen oder ungerechten Gesetzes ist nicht Sache der rechtsanwendenden Behörde, sondern des Gesetzgebers. Treu und Glauben ermächtigt nicht zu einem sogenannten Billigkeitsrecht. Nach den Worten OSKAR BOSSHARDTS übertrifft das Gesetz an Stärke den Grundsatz von Treu und Glauben auch dann, wenn die rechtsanwendende Behörde findet, der Gesetzgeber habe eigentlich seine Sache nicht recht gemacht und hätte besser eine andere Ordnung schaffen sollen[41]. Von der in BGE 72 II 42 enthaltenen gefährlich weiten Umschreibung des Grundsatzes, wonach der Zweck von Art. 2 ZGB sei, «die formelle Gültigkeit positiver Rechtssätze zu beschränken oder aufzuheben, wo immer der Richter das im Interesse der materiellen Gerechtigkeit als geboten erachtet», hat das Bundesgericht denn auch mit Recht nie Gebrauch gemacht[42]. Das Prinzip von Treu und Glauben ermächtigt die rechtsanwendende Behörde nur dort zum Eingriff, wo ein an sich sachgerechter und von ihr jedenfalls nicht in Frage zu stellender Rechtssatz zu einem un-

[40] NEF, Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung, S. 157a.
[41] Treu und Glauben im Steuerrecht, S. 62.
[42] MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N. 23, S. 232.

gerechten Ergebnis führt. Die Rechtsverhältnisse sind stets zunächst aufgrund der maßgebenden Sondernormen zu beurteilen. Erst wenn diese Beurteilung angesichts ganz besonderer Umstände des konkreten Falles zu einem Ergebnis führt, das in offenem Widerspruch zum Zweck des in Frage stehenden Rechts steht oder aus einem bestimmten andern Grunde ungerecht ist, darf der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben herangezogen werden[43]. So ist zum Beispiel im Falle, da die Verweigerung einer in Aussicht gestellten Baubewilligung ungerecht erscheint, zunächst aufgrund der maßgebenden baurechtlichen Sondernormen und den aus der Eigentumsgarantie sich ergebenden Grundsätzen zu beurteilen, ob die Bewilligung erteilt werden kann. Erst wenn diese Prüfung zu einem negativen Ergebnis führt, darf auf den Grundsatz von Treu und Glauben gegriffen werden und je nachdem, ob die besonderen Umstände es rechtfertigen, wider das Gesetz die Bewilligung dennoch erteilt werden.

Das Prinzip von Treu und Glauben ist also ein *subsidiärer Rechtsgrundsatz*. Seine Anwendung darf erst dort in Frage kommen, wo die gewöhnliche Auslegung der maßgebenden Rechtssätze – die wesensgemäß auf den Regelfall zugeschnitten sind – versagt oder eine gesetzliche Regelung überhaupt fehlt. Und ein auf Treu und Glauben sich stützender Entscheid, der das Gesetz nicht nach seinem gewöhnlichen Sinn oder überhaupt nicht anwendet, muß immer die *Ausnahme* bleiben.

Die Subsidiarität und der Ausnahmecharakter des Grundsatzes von Treu und Glauben sind von der Lehre stets betont worden[44] und werden auch vom Bundesgericht anerkannt. So führt es in einem neueren Entscheid aus: «En droit public, il (le principe de la bonne foi) a cependant un caractère essentiellement subsidiaire en ce sens qu'il peut être invoqué dans la mesure seulement où, en raison de circonstances particulières, il vient s'opposer à l'application de normes de droit public qui régissent normalement un certain état de fait.»[45] Ob das Bundesgericht sich jedoch stets daran hält, wird sich noch erweisen.

Die aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit sich ergebende Folge,

[43] GUENG, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte, S. 463; BOSSHARDT, Treu und Glauben im Steuerrecht, S. 110; GEERING, Von Treu und Glauben im Steuerrecht, S. 139.

[44] Statt vieler GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 289f.; BOSSHARDT, a.a.O., S. 62f., 110ff., insbes. 113; GUENG, a.a.O., S. 462f.; GEERING, a.a.O., S. 139.

[45] Nicht publizierter Entscheid vom 28. Februar 1975 i.S. *A*.

daß der Grundsatz von Treu und Glauben nur in Ausnahmefällen, gleichsam als Notbehelf, herangezogen werden darf, stimmt mit seiner inhaltlichen Bedeutung überein, wie sie sich aus dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit ergibt. Nicht jedes Ergebnis der Auslegung und Anwendung eines Rechtssatzes, das in einem bestimmten Fall unbefriedigend oder gar hart erscheint, verstößt bereits gegen den Zweck der Norm oder das Gerechtigkeitsgefühl[46]. Jeder konkrete Fall weist mehr oder weniger seine Besonderheiten auf, die von dem auf den Durchschnittsfall zugeschnittenen normierten Sachverhalt abweichen, was manchmal zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen kann. Ein stoßendes bzw. ungerechtes Ergebnis liegt jedoch nur bei krasser Unstimmigkeit vor. Die Voraussetzungen für den ausgleichenden Eingriff sind somit die gleichen, wie sie für die Annahme der Willkür im Sinne von Art. 4 BV gelten[47]. In diesem Sinne ist die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auch *restriktiv* zu handhaben[48].

Wann die Voraussetzungen für die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben gegeben sind und gestützt darauf ein ausgleichender Entscheid geboten ist, ergibt sich erst im konkreten Falle, je nach dem in Frage stehenden Recht und den tatsächlichen Verhältnissen. Dem ist im folgenden nachzugehen. Dabei sollen nur die beiden wichtigsten Aspekte des Grundsatzes von Treu und Glauben, das *Verbot des Rechtsmißbrauchs* und der *Vertrauensschutz,* berücksichtigt werden.

Was die sogenannte *clausula rebus sic stantibus* betrifft, welche die rechtsanwendende Behörde zum ausgleichenden Eingriff ermächtigt, wo die Einhaltung einer Verpflichtung angesichts veränderter Verhältnisse unzumutbar geworden ist, sei hier nur so viel gesagt, daß ihre Anwendung bloß bei öffentlichrechtlichen Verträgen in Frage kommen kann. Im Zusammenhang mit der Einhaltung gesetzlicher Pflichten muß sie, wie zum Beispiel der Steuererlaß, in einer konkreten Sachnorm festgehalten sein, womit sie jedoch ihre Bedeutung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes für die Rechtsanwendung verliert. Für die Beurteilung öffentlichrechtlicher Verträge stellt sich das Problem grundsätzlich nicht anders als im Privatrecht[49].

[46] Zum Verhältnis von objektiv richtigem Recht zur Gerechtigkeit vgl. vorn S. 311.

[47] BGE 96 I 627 mit Hinweis auf frühere Entscheide.

[48] In diesem Sinne bereits BGE 56 I 443, *La Genevoise.*

[49] Statt vieler GRISEL, Droit administratif suisse, S. 226; BGE 49 I 194; 54 I 202 E. 3; 67 I 299 E. 7; MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N. 181 ff., S. 274 ff.

Besonderer Teil

§ 1. Rechtsmißbrauch

I. Allgemeines

A. Das Wesen des Rechtsmißbrauchs und sein Verhältnis zum Legalitätsprinzip

Die Ausübung eines jeden Rechts findet ihre Schranke am Rechtsmißbrauch. Mit dieser einfachen und einleuchtenden Feststellung ist der Kern des Problems des Rechtsmißbrauchs getroffen, das alles andere als einfach ist. Die Frage des Mißbrauchs eines Rechts ist nämlich eine Frage der Auslegung eben dieses Rechts. Wann ein Rechtsmißbrauch vorliegt, ergibt sich aus dem Zweck, aus Inhalt und Tragweite des betreffenden Rechtssatzes. Die in der Lehre zu findende Formel, daß der Grundsatz von Treu und Glauben als Rechtsmißbrauchsverbot nicht nur die Ausübung des Rechts beschränkt, sondern unmittelbar auch dessen Inhalt bestimmt[1], faßt das Problem nur von der andern Seite an, ohne jedoch daran etwas zu ändern, daß das, was mißbräuchlich ist, sich eben aus dem Rechte selbst ergibt. Das Bundesgericht umschreibt den Rechtsmißbrauch denn auch treffender als «die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Institut nicht schützen will»[2]. Daß diese Definition im öffentlichen Recht und im Privatrecht verwendet wird, ist nur richtig, denn das Problem ist dasselbe. Unterschiede ergeben sich erst auf der Ebene der Auslegung, aus der inhaltlichen Verschiedenheit öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Befugnisse und der die beiden Gebiete beherrschenden Grundsätze.

[1] MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N. 28, S. 233, und dort zitierte Literatur.
[2] BGE 94 I 667 mit Verweisungen.

Soll das Verbot des Rechtsmißbrauchs die zweckwidrige Ausübung eines Rechts verhindern oder dort, wo es umgangen werden will, seine Anwendung trotz scheinbar fehlender Voraussetzungen ermöglichen, so bedeutet dies nichts anderes, als daß es der Durchsetzung des positiven Rechts dient. Als Rechtsmißbrauchsverbot dient der Grundsatz von Treu und Glauben der Verwirklichung des gesetzten Rechts, wie es seinem Zwecke entspricht. Er wird herangezogen, um den Zweck eines Rechtsinstitutes durchzusetzen, obwohl im konkreten Fall die nach seiner gewöhnlichen Auslegung relevanten tatbeständlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind. Treu und Glauben ist die Auslegungsregel, auf die gegriffen wird, wo zu entscheiden ist, daß ein bestimmtes Vorgehen dem Zwecke eines Rechtsinstitutes widerspricht und die gewöhnliche, auf den Durchschnittsfall abstellende Auslegung diesen Schluß nicht zuläßt. Das Prinzip ist hier nicht ein Rechtsgrundsatz, der zur Durchsetzung der vom Gesetz bezweckten und gerechten Lösung der maßgebenden Sachnorm gegenübertritt und deren Anwendung im konkreten Falle ausschließt. Es dient vielmehr der Verwirklichung des objektiv richtigen Rechts in einem besonderen Einzelfall. *Als Verbot des Rechtsmißbrauchs steht der Grundsatz von Treu und Glauben nicht im Widerspruch zum Prinzip der Gesetzmäßigkeit, sondern erfüllt es*[3].

B. Die besonderen Auslegungsprobleme beim Rechtsmißbrauch

Ob Treu und Glauben im Sinne des Rechtsmißbrauchsverbots als selbständiger Rechtsgrundsatz, der den Inhalt eines Rechts begrenzt, oder bloß eine im Rahmen der Inhaltsbestimmung der Rechtssätze heranzuziehende unselbständige Auslegungsregel zu betrachten ist[4], ist eine Frage des dogmatischen Standpunktes, welche zur praktischen Lösung nichts beiträgt. So oder so kann das, was rechtsmißbräuchlich ist, nur über die Ermittlung des Sinnes des in Frage stehenden Rechtes gefunden werden. Und hier liegen die Schwierigkeiten.

1. Das Wesen von Auslegung und Anwendung des Rechts

Sinn und Tragweite einer Rechtsnorm werden mit ihrer Anwendung bestimmt, weshalb Rechtsanwendung stets eine schöpferische

[3] GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 221; GUENG, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte, S. 462, mit Hinweisen auf die deutsche Lehre; BGE 78 I 206.

[4] So vor allem GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 221.

Tätigkeit ist. Die Auslegung einer Rechtsnorm erfolgt stets im Hinblick auf den in Frage stehenden konkreten Sachverhalt, und dieser wiederum wird unter dem Gesichtspunkt der betreffenden Norm gewürdigt. Dieser Vorgang ist mehr als Deduktion und Subsumtion nach rational erfaßbaren Kriterien und ist immer auch Wertung. Auslegung und Anwendung der Rechte beruhen auf Wertvorstellungen und sind durch den konkreten Sachverhalt geprägt[5]. Auch die Wahl der «richtigen» Auslegungsmethode ist ein auf Wertung beruhender Entscheid, der von der angestrebten sachgerechten Lösung mitbestimmt wird. Das bringt zum Beispiel ZACCHARIA GIACOMETTI mit den Worten zum Ausdruck, ausschlaggebend sei nicht die gewählte Auslegungsmethode, sondern es komme auf die Güte des dabei erzielten Auslegungsresultates an[6]. Sodann ist auch die Feststellung, daß ein Rechtssatz klar und nicht auslegungsbedürftig ist, bereits das Ergebnis einer – auf Wertung beruhenden – Auslegung. Desgleichen verhält es sich mit der Frage, ob ein Rechtssatz ergänzender Auslegung bedarf oder ob gar eine Lücke im Gesetz vorliegt. Zudem sind die Grenzen zwischen bestätigender, ergänzender und lückenfüllender bzw. berichtigender Auslegung fließend[7].

Daß die Auslegung und Anwendung des Rechts immer auch wertende Tätigkeit ist, tritt nicht überall in gleichem Maße zutage. In der Regel, d.h. bei der Beurteilung von Durchschnittsfällen, auf die der Rechtssatz wesensgemäß zugeschnitten ist, wird dies kaum spürbar, und es ergeben sich denn auch keine besonderen Schwierigkeiten. Die Rechtsanwendung gestaltet sich auch einfacher, je mehr ein Sachgebiet bis in seine Einzelheiten geregelt ist und je weniger ein Rechtssatz durch ethische oder sonst verstandesmäßig schwer erfaßbare Wertvorstellungen bestimmt ist.

Das Anwendungsgebiet von Treu und Glauben liegt jedoch gerade beim Ausnahmefall. Der Rechtsmißbrauch fällt dort in Betracht, wo angesichts besonderer Umstände die vom Regelfall ausgehende Auslegung und Anwendung des Rechtssatzes zu einem Ergebnis führt, das dem Sinn des Rechtssatzes widerspricht und damit auch dem Sachverhalt nicht gerecht wird. Es sind dies die Fälle, in denen auf dem Wege der gewöhnlichen Auslegung dem Rechts-

[5] So z.B. IMBODEN, Der nichtige Staatsakt, S.68; GYGI, Zur Auslegung des Verwaltungsrechts, S.138ff.; JÄGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, S.159; GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S.215.

[6] GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S.215.

[7] MERZ, Kommentar zu Art.2 ZGB, N.26, S.233; GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S.206.

satz nicht zu entnehmen ist, was man ihm nach seinem Zweck und seiner aktuellen Bedeutung entnehmen können sollte. Das heißt mit andern Worten, daß der Gesetzgeber auch den besonderen, vom normierten Sachverhalt abweichenden Tatbestand erfassen wollte, dies jedoch nicht getan hat, weil er für eine Aufnahme in das stets allgemein gehaltene Gesetz nicht geeignet oder überhaupt nicht voraussehbar war. So konnte bei der Schaffung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches nicht vorausgesehen werden, daß dereinst Ehen einzig mit dem – vom Zweck des Rechtsinstitutes der Ehe nicht gedeckten – Ziele abgeschlossen würden, das Schweizerbürgerrecht zu erwerben, weshalb auch kein Anlaß bestand, einen entsprechenden Nichtigkeitsgrund ins Gesetz aufzunehmen; oder bei der Umschreibung der Berechtigung zum Bezug einer Witwenabfindung von der AHV brauchte der Gesetzgeber gewiß nicht an den außergewöhnlichen Fall zu denken, da eine Frau ihren Mann totschlägt und hernach die Witwenabfindung verlangt, was offensichtlich nicht im Sinne der Hinterlassenenversicherung stehen kann[8]. Die Annahme, daß ein Ausnahmefall vorliege, der nach dem Zweck und der aktuellen Bedeutung des in Frage stehenden Rechtsinstitutes von den betreffenden Sachnormen erfaßt sein müsse, ist jedoch ein Entscheid, der auf einer wertenden Beurteilung sowohl der Rechtsnorm als auch des Sachverhaltes beruht. Und diese Wertung ist durch das Gerechtigkeitsempfinden mitbestimmt. Bei diesen Beispielen fällt der Entscheid nicht schwer, denn der Rechtsmißbrauch ist offensichtlich. Es gibt aber Fälle, in denen sich nicht so eindeutig sagen läßt, ob ein bestimmtes Vorgehen mit dem Zweck des in Frage stehenden Rechtes noch vereinbar ist. So ist zum Beispiel die Grenze nicht leicht zu ziehen zwischen der noch zulässigen Vermeidung einer Steuer und der Steuerumgehung[9]. Es hängt von dem jeweils in Frage stehenden Recht ab, wie leicht sich ein Rechtsmißbrauch überhaupt erfassen und wieweit er sich rein methodisch begründen läßt.

2. Rechtsmißbrauch als Fall der unechten Lücke im Gesetz

Wo im konkreten Fall die dem Zweck des Rechtssatzes entsprechende Lösung ohne weiteres auf dem Wege der üblichen Auslegung gefunden werden kann, besteht kein Anlaß, den allgemeinen Rechts-

[8] Vgl. Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts vom 21. Juni 1951, zit. bei IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Nr. 241, S. 122ff.

[9] Vgl. hinten S. 331.

grundsatz von Treu und Glauben heranzuziehen. Wo der Gesetzgeber einen Sachverhalt nicht oder nicht in bestimmter Weise hat regeln wollen, also bei qualifiziertem Schweigen des Gesetzes, ist es der rechtsanwendenden Behörde verwehrt, unter Berufung auf die Gerechtigkeit bzw. den darin enthaltenen Grundsatz von Treu und Glauben berichtigend einzugreifen. Zwischen diesen beiden Extremen, da die Annahme eines Rechtsmißbrauchs überhaupt nicht in Frage kommen kann, liegt der Raum der Gesetzeslücken. Und hier ist zu unterscheiden zwischen der echten und der unechten Lücke im Gesetz.

Eine *echte* Lücke im Gesetz liegt dann vor, wenn es eine Frage, die sich der Sache nach stellen muß, nicht beantwortet, d.h. wenn das Gesetz unvollständig ist. So ist zum Beispiel eine echte Gesetzeslücke gegeben, wenn Vorschriften über die Verjährung von Abgaben oder Übergangsbestimmungen zu einem neuen Recht fehlen, oder wenn die Verzinsung von Entschädigungsleistungen für materielle Enteignung nicht geregelt ist[10]. Eine echte Lücke im Gesetz nimmt das Bundesgericht ferner beim eidg. Enteignungsgesetz hinsichtlich der Frage an, ob der Enteignete gemäß Art. 102 Abs. 1 lit. b dieses Gesetzes die Rückübertragung des vom Enteigner nicht verwendeten Grundstücks auch dann verlangen kann, wenn er Realersatz erhalten hat[11]. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist eine solche echte Lücke im Gesetz auch im öffentlichen Recht vom Richter zu schließen, und zwar in analoger Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB[12]. Der Richter hat die im Gesetz fehlende Regelung nach den Gesichtspunkten aufzustellen, die für die betreffende Sachfrage maßgebend sind und nach denen sich auch der Gesetzgeber richten würde. Wie er zum Beispiel die Verzinsung der Entschädigung für materielle Enteignung zu regeln hat, ist grundsätzlich eine Frage der Angemessenheit eines bestimmten Zinsfußes unter dem Gesichtspunkt der vollen Entschädigung. Ob einem Enteigneten das Recht auf Rückübertragung seines Grundstückes auch dann zusteht, wenn er Realersatz erhalten hat, beurteilt sich nach dem Zweck der im Enteignungsgesetz vorgesehenen Rückübertragung im Falle der Nichtverwendung des ent-

[10] BGE 99 V 203 *(Hemmi)*, 97 I 351 *(Erben der Anna Bader)*; IMBODEN/RHINOW, Bd. I, Nr. 23 B I a, S. 147f.

[11] BGE 99 I 267 *(Ciba-Geigy AG)*.

[12] Vgl. die in Anm. 10 u. 11 zitierten Fälle. Der konsequente Verfechter der Gewaltentrennung und des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit hält dagegen die Lückenfüllung durch die rechtsanwendende Behörde für schlechthin unzulässig; vgl. v.a. GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 207ff.

eigneten Grundstückes. Für eine Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben besteht somit kein Raum, und insbesondere stellt sich die Frage des Rechtsmißbrauches nicht. Wenn das Bundesgericht in dem in Band 99 V 203ff. veröffentlichten Entscheid *(Hemmi)*, in welchem es die in den Änderungserlassen zur 8. AHV-Revision fehlende Übergangsbestimmung hinsichtlich der Rentenansprüche für Witwen mit Pflegekindern zu finden hatte, dennoch auf Treu und Glauben verwies, so konnte das Prinzip nur in seinem Sinne als Postulat für die Gesetzgebung gemeint sein: nach den Erwägungen des Bundesgerichts sollte die vom Richter aufzustellende Übergangsregelung auch Witwen in den Genuß der neu vorgesehenen Rentenberechtigung bringen, die ihren Gatten bereits vor Inkrafttreten des revidierten Gesetzes verloren hatten, weil es als stoßend betrachtet werden müßte, wenn gerade in den Fällen, die Anlaß zur Gesetzesrevision gegeben hatten, die Leistungen weiterhin verweigert würden; auch so erscheint die Berufung auf Treu und Glauben übrigens fragwürdig, da sich die gleiche Lösung einfach aus dem Zweck der neuen Regelung hätte ableiten lassen[13].

Das Anwendungsgebiet des Grundsatzes von Treu und Glauben im Sinne des Rechtsmißbrauchsverbots kann somit nur im Raume der *unechten Gesetzeslücke* liegen, also im Rahmen des *vollständigen Gesetzes*. Wie sich schon aus seinem Verhältnis zum Legalitätsprinzip ergibt, ermächtigt der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben die Behörde nur dort zum ausgleichenden Eingriff, wo die Anwendung eines an sich richtigen und vollständigen Gesetzes angesichts besonderer Umstände zu einem stoßenden Ergebnis führt. Er kann nicht Ermächtigung zur gesetzesvertretenden Ergänzung einer unvollständigen rechtlichen Regelung sein.

Was das Privatrecht betrifft, so ist nach Lehre und Praxis die Ausfüllung einer unechten Lücke durch den Richter möglich, «wo der Gesetzgeber sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat, oder wo sich die Verhältnisse seit Erlaß eines Gesetzes in einem solchen Maße gewandelt haben, daß die Vorschrift unter gewissen Gesichtspunkten nicht, bzw. nicht mehr befriedigt und ihre Anwendung rechtsmißbräuchlich wird»[14]. Im öffentlichen Recht herrscht die Meinung vor, daß unechte Gesetzeslücken von den rechtsan-

[13] Fragwürdig vor allem auch deshalb, weil allfällige Erwartungen der Betroffenen auf Ausrichtung der Rente im Zusammenhang mit der Gesetzgebung keine Rolle spielen können.

[14] BGE 93 I 405 mit Hinweis auf MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art. 1 ZGB, N. 296.

wendenden Behörden nicht ausgefüllt werden dürfen[15]. Dem ist insoweit beizupflichten, als die Behebung eines rechtspolitischen Mangels des Gesetzes auf dem Wege der Lückenfüllung unzulässig sein muß. Das ist dort der Fall, wo wegen eines Irrtums des Gesetzgebers oder einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse die dem Gesetz zu entnehmende Lösung nicht zu befriedigen vermag. Zur Rechtfertigung eines ergänzenden Eingriffs der rechtsanwendenden Behörde bedarf es mehr. Eine unechte Lücke im Gesetz darf nur dann ausgefüllt werden, wenn die dem Gesetz durch gewöhnliche Auslegung entnommene Lösung zu einem stoßenden, ungerechten Ergebnis führt, das nicht im Sinne des Gesetzeszweckes liegen kann. Also dort, wo die auf den Durchschnittsfall zugeschnittene Rechtsnorm einem konkreten Sachverhalt wegen ganz besonderer Umstände nicht zu genügen vermag, wo die Diskrepanz zwischen Recht und Wirklichkeit ein solches Maß annimmt, daß ohne eine entsprechende Anpassung eine rechtliche Regelung ihren Zweck nicht erfüllen kann und auch dem Sachverhalt nicht gerecht wird. Und damit ist eben der Rechtsmißbrauch gemeint. Hier aber wird der ausgleichende Eingriff der rechtsanwendenden Behörde auch im öffentlichen Recht anerkannt, nur daß dabei nicht von einer unechten Gesetzeslücke gesprochen wird. Auf der andern Seite meint im Grunde auch die im Zivilrecht gebräuchliche Umschreibung der – vom Richter auszufüllenden – unechten Gesetzeslücke nur den Fall des Rechtsmißbrauchs, indem die Voraussetzung der «rechtsmißbräuchlichen Anwendung» der «nicht bzw. nicht mehr befriedigenden Norm» gegeben sein muß. Dementsprechend wird in der Lehre denn auch von einem «Verbot einer die Schranken von Art. 2 ZGB überschreitenden Berichtigung unbefriedigenden Rechts» gesprochen[16].

Beim Tatbestand des Rechtsmißbrauchs ist gerade charakteristisch, daß die in Frage stehende rechtliche Regelung an sich sachgerecht und befriedigend ist. So läßt sich zum Beispiel im Falle der sogenannten Bürgerrechtsehe[17] nicht sagen, der Gesetzgeber habe sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt, als er bei der Aufstellung der Ehenichtigkeitsgründe in Art. 120 ZGB die Möglichkeit einer Eheschließung zum einzigen Zwecke der Erlangung des schweizerischen Bürgerrechts nicht berücksichtigte. Man kann auch nicht

[15] BGE 95 I 510, 94 I 308 f. je mit Hinweisen auf frühere Entscheide und Literatur.
[16] Meier-Hayoz, Kommentar zu Art. 1 ZGB, N. 295 ff., insbes. N. 302, S. 154 ff.
[17] BGE 65 II 139 *(Ottilie Frick)*.

annehmen, es sei eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse gewesen, angesichts welcher die im Jahre 1907 aufgestellte Regelung der Ehenichtigkeitsgründe unvollkommen und mangelhaft geworden sei. Der Normalfall war immer noch, daß die Ehe im Hinblick auf die Begründung einer Lebensgemeinschaft geschlossen wurde. Was den Richter im Jahre 1939 zum ergänzenden Eingriff bzw. zum Ausfüllen der unechten Lücke ermächtigte, war, daß in einem bestimmten Einzelfall ganz besondere Umstände vorlagen, angesichts welcher die Eheschließung als Mißbrauch des Instituts der Ehe erscheinen mußte. Erst als solcher Mißbrauch sich wiederholte und noch weitere Fälle vorauszusehen waren, konnte von einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse gesprochen werden. Dieser trug dann richtigerweise der Gesetzgeber Rechnung, indem er die Eheschließung zum Zwecke der Umgehung der Vorschriften über die Einbürgerung als weiteren Ehenichtigkeitsgrund ins Gesetz aufnahm[18].

Auch beim Bundesbeschluß über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23. März 1961/21. März 1973[19] kann kaum gesagt werden, Bundesrat und Parlament hätten sich bei dessen Erlaß im Jahre 1961 in einem offensichtlichen Irrtum befunden, indem sie nicht erkannt hätten, daß der Bewilligungspflicht noch auf anderem Wege als über die ausdrücklich genannten Rechtsgeschäfte entgangen würde, wie zum Beispiel durch fiduziarische Rechtsgeschäfte, Kreditgeschäfte oder besondere Miet- und Pachtverträge. Um solche Umgehungsgeschäfte als mißbräuchlich zu erklären und der Bewilligungspflicht dennoch zu unterstellen, genügte aber schon ein einzelner Fall, ohne daß bereits von einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse gesprochen werden konnte. Erst mit der Häufung dieser Umgehungsgeschäfte ließ sich eine veränderte Situation annehmen, womit aber der Anlaß zu einer entsprechenden Revision des Bundesbeschlusses bestand, die mit der Aufnahme dieser weiteren Umgehungsmöglichkeiten unter die dem Erwerb des Grundeigentums gleichgestellten Rechtsgeschäfte denn auch erfolgte[20].

[18] Art. 120 Ziff. 4 ZGB, eingefügt durch Art. 56 des BG vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts.

[19] BS 211.412.41.

[20] Art. 2 lit. e des 1971 erstmals revidierten Bundesbeschlusses; vgl. Botschaft des Bundesrates zur Revision von 1973, BBl 1972 II, S. 1248ff., 1251; für die Fassung von 1961 AS 61, S. 203.

Um ein weiteres Beispiel zu nennen, so trifft auch im Zusammenhang mit der Steuerumgehung die Annahme nicht zu, daß der Gesetzgeber sich geirrt oder die tatsächlichen Verhältnisse sich geändert hätten, wenn eine rechtsmißbräuchliche Steuervermeidung und damit eine unechte Lücke im Gesetz vorliegt, die gestützt auf Treu und Glauben in sogenannter wirtschaftlicher Betrachtungsweise gefüllt werden darf. Das Steuergesetz als solches ist vielmehr sachlich richtig, doch wird in einem Einzelfall durch außergewöhnliches Vorgehen der rechtlich relevante Sachverhalt so gestaltet, daß die vom Gesetz bezweckte Besteuerung verunmöglicht wird. Es bedarf auch keiner Änderung der Verhältnisse, sondern ein einziger solcher Fall genügt, damit die rechtsanwendende Behörde zum Durchgriff ermächtigt ist. Wo die tatsächlichen Verhältnisse sich dann wirklich ändern, indem eine bestimmte Art von Umgehungsgeschäften sich wiederholt und zu einem voraussehbaren und vom Rechtssatz erfaßbaren Regelfall wird, erfolgt auch die Anpassung des Gesetzes. So werden zum Beispiel in § 161 Abs. 2 des Zürcher Steuergesetzes[21] die sogenannten wirtschaftlichen Handänderungen der Handänderung an Grundstücken gleichgestellt, wozu die in den zwanziger Jahren auf dem Wege über die Gründung von Immobiliengesellschaften und die Übertragung der Gesellschaftsanteile betriebenen Steuerumgehungen Anlaß gaben[22].

Im öffentlichen Recht fällt somit die unechte Gesetzeslücke, welche von der rechtsanwendenden Behörde ausgefüllt werden darf, mit dem Tatbestand des Rechtsmißbrauchs zusammen. Mit dieser Feststellung ist die Abgrenzung gegenüber den Gebieten gewonnen, in denen der Grundsatz von Treu und Glauben keine Anwendung findet. Das Prinzip ermächtigt die rechtsanwendende Behörde nicht, ein unbefriedigendes Recht zu ändern. Es findet auch dort keine Anwendung, wo der Richter eine notwendige, vom Gesetzgeber jedoch ohne Absicht unterlassene Regelung selbst aufzustellen hat. Sodann dient es auch nicht der Auslegung unklaren Rechts, dessen Sinn sich aus den einzelnen Sachnormen selbst ergibt. Der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben ist nur dort heranzuziehen, wo ein vollständiges und sachlich richtiges Gesetz in einem bestimmten Anwendungsfall angesichts ganz besonderer Umstände zu einem Ergebnis führt, das dem Gesetzeszweck widerspricht und damit

[21] Gesetz über die direkten Steuern vom 8. Juli 1951.

[22] REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, § 161, N. 45, Bd IV, S. 158 ff.

ungerecht ist; eben dort, wo das Gesetz eine unechte Lücke aufweist, weil es diesen ganz besonderen Tatbestand nicht ausdrücklich erwähnt.

3. Die Unmöglichkeit der klaren Grenzziehung zwischen Lückenfüllung und Interpretation

Was sich in dem dargelegten Sinne methodisch klar auseinanderhalten läßt, geht in Wirklichkeit jedoch ineinander über. Das hängt damit zusammen, daß alle Rechtsfindung eben wertende Tätigkeit und die Auslegung immer irgendwie Ermessensbetätigung ist. So ist es vor allem schwierig, die Grenze zwischen der Auslegung unklaren Rechts und der Lückenfüllung zu ziehen. Der Unterschied ist nicht qualitativer, sondern nur quantitativer Natur. Das zeigt gerade der Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wobei sich entsprechend dem jeweiligen dogmatischen Standpunkt die Neigung abzeichnet, die Frage des Rechtsmißbrauchs entweder durch bloße Auslegung oder durch Heranziehen des Grundsatzes von Treu und Glauben zu lösen[23]. So kann man oft durch bloße Auslegung der maßgebenden Sachnormen zum gleichen Ergebnis gelangen, wie wenn man Rechtsmißbrauch annimmt. Und die Wahl des Vorgehens hängt – abgesehen von der dogmatischen Einstellung – im Grunde davon ab, wie sehr etwas als rechtsmißbräuchlich empfunden wird. Wo ein Verhalten als kraß mißbräuchlich erscheint, wird man ohne Zögern den Entscheid auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben abstützen. Ist dies weniger eindeutig, so wird der Richter auf dem Wege über die Auslegung der maßgebenden Sachnorm zur gleichen Lösung gelangen. Ob ein Rechtsstreit durch extensive Auslegung der Sachnormen oder unter Berufung auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben entschieden werden soll, ist dabei nicht bloß eine akademische Frage, sondern es steht das Ansehen der rechtsanwendenden Behörde mit im Spiele. Sogenannte Billigkeitsentscheide, die vorschnell auf die schlecht faßbare Generalklausel von Treu und Glauben verweisen, ohne daß erst die in den einzelnen Sachnormen liegenden Möglichkeiten zur Lösung gründlich geprüft und ausgeschöpft sind, gefährden die Rechtssicherheit und müssen zum Vorwurf der Willkür Anlaß geben. Das Vertrauen in die rechtsanwendende Behörde kann aber

[23] Vgl. vorne S. 302.

auch dort erschüttert werden, wo mit allzu gewagter Interpretation nachgewiesen werden soll, daß die Lösung sich durch rein verstandesmäßige Deduktion aus dem geschriebenen Rechtssatz ergibt und so dem vom Gerechtigkeitsgefühl bestimmten Entscheid der Anstrich logischer Unfehlbarkeit gegeben wird[24].

Ein Beispiel dafür, wie man verschieden vorgehen kann, ist der einem Entscheid des Bundesgerichts vom 7. September 1965 zugrundeliegende Fall des Bauherrn, der im Bestreben, sein bereits bewilligtes Bauvorhaben noch nach dem alten Recht ausführen zu können, zwei Tage vor Erlaß der neuen Bauordnung die Bauarbeiten aufgenommen, sie alsbald aber wieder für Monate hatte ruhen lassen[25]. Das Bundesgericht hat die Tatsache, daß die Bauarbeiten nur an den zwei folgenden Samstagen fortgesetzt worden waren und dann für Monate eingestellt blieben, als so außergewöhnlich und dem von einem Bauherrn vernünftigerweise zu erwartenden Vorgehen zuwiderlaufend betrachtet, daß es zum Schluß kam, mit dem Bau sei einzig und allein deshalb begonnen worden, um der restriktiveren neuen Bauordnung, die auf alle noch nicht begonnenen Bauten Anwendung finden sollte, zu entgehen. Es hat deshalb Rechtsmißbrauch angenommen und trotz des erfolgten Baubeginns die Anwendbarkeit des neuen Rechts bejaht. IMBODEN dagegen legt in seinen Bemerkungen zu diesem Entscheid das Gewicht auf die Bedeutung des Begriffes des Baubeginns – dies allerdings in der Absicht aufzuzeigen, daß es im öffentlichen Recht beim Rechtsmißbrauch nicht auf das subjektive Verhalten, sondern nur auf den objektiven Tatbestand ankomme, was uns nicht richtig erscheint. Er legt den Begriff des Baubeginns aus und kommt dabei zum Schluß, daß die spärlichen und zeitlich auseinanderliegenden Vorkehren des Bauherrn eben noch kein Baubeginn im Sinne des maßgebenden kantonalrechtlichen Grundsatzes über die Anwendbarkeit neuen Baurechtes sei[26]. Dieser Weg über die reine Auslegung der in Frage stehenden Sachnorm – hier des kantonalrechtlichen Grundsatzes, daß das neue Baurecht auf alle noch nicht begonnenen Bauten anzuwenden ist – ist eine Möglichkeit, den Fall zu lösen, wobei sich die Frage des Rechtsmißbrauches dann gar nicht mehr stellt. Unseres Erachtens hat das Bundesgericht den Fall jedoch mit Recht aufgrund

[24] In diesem Sinne auch z. B. HARTMANN, a. a. O., S. 234.

[25] Veröffentlicht in Aarg. Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1965, Nr. 10, S. 1993/94, zitiert bei IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Nr. 346, S. 230.

[26] Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Nr. 346, S. 230f.

des Prinzips von Treu und Glauben entschieden. Das Verhalten des Bauherrn war nach den konkreten Umständen so offensichtlich auf Umgehung der neuen Bauordnung angelegt, daß es keiner Bemühungen um eine – kaum besser überzeugende – Auslegung des Begriffes des Baubeginnes bedurfte.

Ein anderes Beispiel betrifft die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Zusammenhang mit der Steuerumgehung, worauf das Bundesgericht in BGE 99 Ia 465 hinweist. Wie der Begründung dieses Entscheides zu entnehmen ist, hatte es in verschiedenen früheren Urteilen den in einem kantonalen Steuergesetz enthaltenen Begriff der Handänderung extensiv ausgelegt, um so die von der kantonalen Behörde vorgenommene Besteuerung eines andern Rechtsgeschäftes als des im Gesetz einzig erwähnten zivilrechtlichen Eigentumsübergangs schützen zu können. Davon ist es bei erneuter Betrachtung jedoch wieder abgekommen.

Auch in dem eingangs erwähnten Fall des Walliser Weinbauern, der Gegenstand des in Band 99 Ib 392 *(Andenmatten)* veröffentlichten Entscheides ist, ließe sich anders vorgehen, als es das Bundesgericht getan hat. Es ging dabei um Reben, die ein Weinbauer verbotenerweise außerhalb der Rebzone angepflanzt hatte. Nachdem er mit einer Verpachtung der verbotenen Rebstöcke an 11 verschiedene Pächter den behördlichen Ausreutungsbefehl nicht zu verhindern vermochte, verkaufte er das Rebland in Parzellen zu je 400 m^2 an verschiedene Leute, die nach dem Gesetz berechtigt waren, eine solche Fläche außerhalb der Rebzone für den Eigenbedarf zu bebauen. Der von der zuständigen Behörde auch an die neuen Eigentümer gerichtete Befehl, die Reben auszureißen, wurde vom Bundesgericht geschützt. Es hat dabei wohl durchblicken lassen, nicht aber ausdrücklich erkannt, daß nach den konkreten Umständen des Falles die streitigen Reben offensichtlich weiterhin für den Weinbauern Mathier und nicht für den Eigenbedarf der verschiedenen Käufer bearbeitet würden und daher ein bloß scheinbarer Eigentumsübergang zur Umgehung des Gesetzes vorliege. Es hat die Lösung indessen auf dem Wege über die Auslegung von Art. 7 des Bundesbeschlusses über vorübergehende Maßnahmen zugunsten des Rebbaues gefunden, indem es erkannte, die darin vorgesehene Pflicht, widerrechtlich angepflanzte Reben auszureuten, treffe den Eigentümer schlechthin und könne nicht auf dem Umweg über die Veräußerung oder Verpachtung des Grundstückes beseitigt werden. Das erscheint recht fragwürdig, läßt sich doch der Fall denken, da widerrechtlich angepflanzte Reben jemandem verkauft werden, der

eine entsprechende Fläche außerhalb der Rebbauzone halten darf und diese wirklich auch für den Eigenbedarf bebaut. Nach der Auslegung von Art. 7 des BB durch das Bundesgericht, wonach einmal widerrechtlich angepflanzte Reben ohne Rücksicht auf neue Eigentumsverhältnisse stets auszureuten sind, würde dies zu der grotesken Situation führen, daß der neue Eigentümer die gekauften Reben ausreißen müßte, um sogleich wieder neue anpflanzen zu dürfen. Das Bundesgericht hat wohl selbst solche Bedenken gehegt, indem es eben doch von einer Umgehung der Ausreutungspflicht sprach. Was es davon abhielt, seinen Entscheid ausschließlich auf Treu und Glauben zu stützen, war wohl der Umstand, daß der Rechtsmißbrauch eigentlich von dem Weinbauern begangen wurde, der gar nicht Partei im Beschwerdeverfahren war, und daß offenbar nicht in allen Fällen die fehlende Bearbeitung der Reben für den Eigenbedarf hinreichend nachgewiesen werden konnte.

C. Folgerungen aus der Subsidiarität des Grundsatzes von Treu und Glauben

Wo es angesichts der maßgebenden Rechtssätze und der konkreten Umstände zweifelhaft ist, ob der in Frage stehende besondere Fall noch durch bloße Auslegung der einzelnen Sachnormen gelöst werden kann oder das Prinzip von Treu und Glauben heranzuziehen ist, sollte man sich auf die Subsidiarität dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes besinnen. Die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben muß immer Ausnahme bleiben, sie ist ein Notbehelf, zu dem gegriffen werden darf, wenn die gewöhnliche Auslegung zu versagen beginnt, d.h. dort, wo man dem Rechtssatz Zwang antun müßte, um ihm die sachgerechte Lösung entnehmen zu können. Er darf nicht dazu dienen, einer sorgfältigen Ermittlung von Sinn und aktueller Bedeutung einer Rechtsnorm nach den zu Gebote stehenden Auslegungsmethoden auszuweichen[27].

WALTER GEERING gibt einige überzeugende Beispiele einer unnötigen und unrichtigen Beanspruchung des Grundsatzes von Treu und Glauben im *Steuerrecht*. So verstößt der Steuerpflichtige, der falsch deklariert, nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben durch rechtsmißbräuchliches Vorgehen, sondern er verletzt die ihm

[27] GEERING, Von Treu und Glauben im Steuerrecht, S. 131; MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N. 104, S. 254f.

gesetzlich auferlegte Auskunftspflicht. Auch die Behörde ist zur Berichtigung der Selbsteinschätzung nicht gestützt auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben ermächtigt, sondern aufgrund einer im Gesetz ausdrücklich festgehaltenen Befugnis. Unrichtige Steuererklärungen unterliegen denn auch den Ahndungen der Verletzung konkreter gesetzlich auferlegter Pflichten und nicht den Folgen von Verstößen gegen ein allgemeines Treuegebot. Auch die Zulassung des Widerrufs der Steuererklärung ist nicht eine Frage von widersprüchlichem, also rechtsmißbräuchlichem Verhalten. Da die Steuerbehörde von Amtes wegen für eine richtige Einschätzung zu sorgen hat, muß sie eine Richtigstellung der vom Steuerpflichtigen gemachten Angaben grundsätzlich auch dann entgegennehmen, wenn sie sich zu dessen Gunsten auswirkt. Wenn die Behörde den Steuerpflichtigen bei seiner früheren, weniger günstigen Erklärung behaften darf, dann nicht wegen widersprüchlichen Verhaltens, sondern einzig deshalb, weil sie ihr glaubhafter erscheint.

Ein Rechtsmißbrauch im Sinne widersprüchlichen Verhaltens wird zu Unrecht auch im Zusammenhang mit der Festsetzung der Steuerfaktoren bei fortgesetzt erhobenen Steuern angenommen. So ist zum Beispiel jede der verschiedenen gebräuchlichen Abschreibungsmethoden auf kurze Zeit angewendet unrichtig, doch kann man davon ausgehen, daß sich bei fortgesetzter Anwendung der einen Methode über eine lange Zeitspanne die Unstimmigkeiten ausgleichen. Daraus, d.h. aus Gründen der sachlichen Angemessenheit, ergibt sich das Gebot, grundsätzlich bei der einmal gewählten Abschreibungsmethode zu bleiben. Das Begehren eines Steuerpflichtigen um Abweichung von der bisherigen Art der Gewinnberechnung ist deshalb nicht wegen widersprüchlichen Verhaltens und damit gestützt auf Treu und Glauben abzuweisen, sondern nur, weil es sachlich unbegründet, d.h. unter den gegebenen Umständen mit der gesetzlichen Besteuerungsordnung unvereinbar ist[28].

Auch bei *staatsrechtlichen* Beschwerden betreffend Abstimmungen und Wahlen im Sinne von Art. 85 lit. a OG bedarf es nicht des Grundsatzes von Treu und Glauben, um zu verlangen, daß schon vor der Abstimmung bekannte Verfahrensmängel unverzüglich und nicht erst im Anschluß an das Abstimmungsergebnis zu rügen sind.

[28] So auch BGE 85 I 252, 62 I 158 mit Verweisungen, 63 I 83 und betr. Rückstellungen 71 I 408, die alle nicht auf Treu und Glauben verweisen; anderer Meinung BOSSHARDT, a.a.O., S. 101 ff., PLATTNER, Fortentwicklung des Steuerrechts, S. 125a; GRISEL, Droit administratif, S. 188.

Es muß nicht gesagt werden, es sei rechtsmißbräuchlich, mit der Geltendmachung von solchen Mängeln bis zum Ausgang der Wahl oder Abstimmung zuzuwarten und dann je nach dem Ergebnis Beschwerde zu erheben oder nicht, wie dies beim Verfahren unter Anwesenden seine Berechtigung hat[29]. Die richtige Lösung ergibt sich vielmehr ohne weiteres aus Art. 89 Abs. 1 OG, wonach staatsrechtliche Beschwerden binnen 30 Tagen, von der nach dem kantonalen Recht maßgebenden Eröffnung oder Mitteilung des Erlasses oder der Verfügung an gerechnet, einzureichen sind. Ein im Zusammenhang mit der Fragestellung an die Stimmbürger oder der amtlichen Erläuterung zur Sachvorlage behaupteter Mangel[30], um die häufigsten Beanstandungen des Abstimmungsverfahrens zu nennen, wird mit der Publikation von Abstimmungsvorlage und amtlicher Botschaft bekannt, und diese Publikation ist die nach dem kantonalen Recht maßgebende Eröffnung im Sinne von Art. 89 Abs. 1 OG, von welcher an die Beschwerdefrist läuft. Das kann indessen bedeuten, daß der Mangel nicht immer schon vor der Abstimmung gerügt werden muß, nämlich dann, wenn der Abstimmungstag in die Frist zur staatsrechtlichen Beschwerde fällt[31]. Das Bundesgericht hat dies in BGE 99 Ia 180/81 *(Müller)* klar und deutlich dargelegt, wobei es entgegen der früheren Praxis den Grundsatz von Treu und Glauben nicht herangezogen hat. Nach dieser unseres Erachtens richtigen neuen Praxis erübrigt es sich aber abzuklären, ob den Beschwerdeführern ein sofortiges Handeln zuzumuten war, denn diese Frage ist nur unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben erheblich. In BGE 101 Ia 240/41 (Liberale Partei des Kantons Luzern) hat das Bundesgericht bei einer erst im Anschluß an die Abstimmung erhobenen Beschwerde mit einer Beanstandung des erläuternden Berichtes der Regierung zur Abstimmungsvorlage die Zumutbarkeit einer vorherigen Beschwerdeführung dennoch wieder aufgeworfen. Es hat sie verneint mit der Begründung, daß der Regierungsrat wegen einer wenige Tage vor dem Abstimmungstag erhobenen – innert der 30tägigen Frist seit der Publikation des amtlichen Berichtes eingereichten – Beschwerde den Mangel ohnehin nicht mehr beheben könne. Das ist jedoch wenig einleuchtend. Denn eine Regierung wird auch dann nicht imstande sein, den

[29] Für Gemeindeversammlungen: BGE 92 I 354, 89 I 87 mit Hinweisen auf frühere Urteile.

[30] Verletzung des Prinzips der Einheit der Materie bzw. Irreführung der Stimmbürger.

[31] Anders BGE 98 Ia 620, 93 I 439.

Stimmbürgern rechtzeitig einen neuen erläuternden Bericht zu unterbreiten, wenn die staatsrechtliche Beschwerde zum Beispiel bereits zwanzig Tage vor dem Abstimmungsdatum eingereicht wird und das Bundesgericht unverzüglich darüber entscheidet. Vor allem aber wird damit auf dem Wege über den Grundsatz von Treu und Glauben die gesetzliche Beschwerdefrist, welche für Beanstandungen des erläuternden Berichts mit dessen Publikation zu laufen beginnt, verlängert, ohne daß ein Wiederherstellungsgrund gegeben ist. Im vorliegenden Fall war die erst mit der Beschwerde gegen das Abstimmungsergebnis erhobene Rüge, der erläuternde Bericht der Regierung sei irreführend, verspätet, und es hätte darauf nicht eingetreten werden dürfen.

Desgleichen ist die Frage, ob die Nichtergreifung des Referendums gegen ein Gesetz dem Eintreten auf eine gegen das Gesetz erhobene staatsrechtliche Beschwerde – sei es direkt oder im Anschluß an einen Anwendungsakt – entgegensteht, nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu beurteilen. Die Lösung ergibt sich ohne weiteres aus den einzelnen Sachnormen, welche das Referendum und die staatsrechtliche Beschwerde näher bestimmen. In diesem Sinne steht der in Band 88 I 150ff. veröffentlichte Entscheid *(Graber)*, in welchem die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde mit der Begründung bejaht wird, daß zu den kantonalen Rechtsmitteln, von denen nach Art. 86 Abs. 1 und 2 OG vor der Erhebung der staatsrechtlichen Beschwerde Gebrauch zu machen sei, das fakultative Referendum schon deshalb nicht gehöre, weil es nicht von jedem einzelnen nach Art. 88 OG zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimierten Bürger, sondern nur von einer größeren Zahl stimmberechtigter Bürger gemeinschaftlich ergriffen werden könne. In BGE 97 I 31 *(Dumartheray)* hat das Bundesgericht dagegen die gleiche Frage unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben beantwortet, was unseres Erachtens nicht nur überflüssig ist, sondern dem Wesen des Prinzips von Treu und Glauben als einem subsidiären allgemeinen Rechtsgrundsatz widerspricht. Zudem ist dies gefährlich, denn es kommen immer Ermessensfragen, wie insbesondere eine schwer vorzunehmende Würdigung der konkreten Umstände, mit ins Spiel, wenn zum Beispiel über die Zumutbarkeit, ein Referendum zu ergreifen, zu entscheiden ist.

Weit schwieriger als auf dem Gebiete des Verfahrensrechts, wo der Umfang der Befugnisse durch Sachnormen geregelt ist, die bis in alle Einzelheiten gehen und wesensgemäß auch die Möglichkeit einer Diskrepanz zwischen Rechtsnorm und Wirklichkeit weit geringer

ist, gestaltet sich die Abgrenzung des Anwendungsgebiets von Treu und Glauben im materiellen Recht. Die Forderung, vom Grundsatz von Treu und Glauben einen zurückhaltenden Gebrauch zu machen, ergibt sich hier nicht nur aus seiner Subsidiarität, sondern auch aus dem für die freiheitliche Rechtsordnung allgemein geltenden Prinzip, daß der vom Gesetz vorgesehene Eingriff nicht erweitert werden darf[32]. Wo daher mit der Annahme eines Rechtsmißbrauchs eine gesetzliche Regelung ausgedehnt wird, die einen Eingriff in die Freiheit des Einzelnen enthält, ist noch besondere Zurückhaltung geboten. So ist zum Beispiel der Tatbestand der *Steuerumgehung* nicht leicht zu fassen. Es ist grundsätzlich nicht verboten, durch eine entsprechende rechtliche Gestaltung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse Steuern zu vermeiden[33]. Wann aber eine rechtliche Gestaltung nicht mehr der erlaubten Steuervermeidung, sondern der Steuerumgehung dient und damit die Steuerbehörde gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben durchgreifen, d.h. in wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Rechtsgeschäft besteuern darf, obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, ist in hohem Maße eine Ermessensfrage. Die Kriterien für das Vorliegen einer Steuerumgehung lassen sich denn auch nur durch weite Ermessensbegriffe bestimmen. So ist nach Praxis des Bundesgerichts eine Steuerumgehung dann anzunehmen, wenn die zum Zwecke der Steuereinsparung gewählte Rechtsgestaltung «ungewöhnlich» («insolite»), «sachwidrig» oder «absonderlich», «jedenfalls der wirtschaftlichen Gegebenheit unangemessen», erscheint. Wenn das Bundesgericht zudem noch voraussetzt, daß diese Wahl «mißbräuchlich» sei, so könnte diesen Schwierigkeiten nicht besser Ausdruck gegeben werden; wird damit die Steuerumgehung doch gerade durch sich selbst erklärt[34]. Dieses weite Ermessen, das mit der Würdigung solcher Sachverhalte verbunden ist, wird noch einmal weiter, wenn die Anwendung des kantonalen Steuerrechts vom Bundesgericht zu überprüfen ist, was nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür (Art. 4 BV) geschehen kann. Das bedeutet, daß die von der kantonalen Instanz getroffene Annahme, das Vorgehen eines Steuerpflichtigen sei absonderlich, ihrerseits absonderlich, d.h. schlechthin unhaltbar sein muß[35]. Diese Beschränkung der Über-

[32] GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 224.
[33] BGE 98 I b 323 mit Verweisungen.
[34] BGE 98 I b 323.
[35] BGE 96 I 627 E. 4, 9 E. 2 mit Verweisungen.

prüfungsbefugnis auf Willkür hat das Bundesgericht aber zu dem unseres Erachtens falschen Schluß verleitet, die wirtschaftliche Betrachtungsweise sei im kantonalen Steuerrecht auch dann erlaubt, wenn es an der Absicht einer Steuerumgehung fehle[36]. Damit wird vergessen, daß die wirtschaftliche Betrachtungsweise, wonach ein bestimmtes Rechtsgeschäft auch dann besteuert werden darf, wenn es im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt ist, ihre Rechtfertigung allein im Grundsatz von Treu und Glauben findet. Das bedeutet eben, daß die Steuerbehörde nur im Ausnahmefall des Rechtsmißbrauches zum Durchgriff ermächtigt ist[37]. Etwas anderes ist es, wenn das Prinzip der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ins Steuergesetz selbst aufgenommen worden ist, indem z. B. die verschiedenen Rechtsgeschäfte, die der Umgehung der Handänderungssteuer zu dienen pflegten, ausdrücklich genannt und der Handänderung an Grundstücken gleichgestellt werden[38]. Hier stellt sich die Frage des Rechtsmißbrauches gar nicht mehr, denn die Ermächtigung zur Besteuerung dieser sogenannten wirtschaftlichen Tatbestände ist im Steuergesetz selbst ausdrücklich enthalten. Das Prinzip von Treu und Glauben spielt hier noch insoweit eine Rolle, als die Steuerbehörde sich bei der Anwendung der betreffenden Gesetzesvorschrift darauf zu besinnen hat, daß ihr der Gedanke des Rechtsmißbrauchs zugrunde liegt und sie demnach restriktiv auszulegen ist. Eine weniger restriktive Handhabung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise dort zuzulassen, wo sie im Steuergesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie sich dies nach der in BGE 99 Ia 465 enthaltenen Erwägung 3b des Bundesgerichts abzuzeichnen scheint, läßt sich deshalb nicht rechtfertigen.

II. Das Problem des Rechtsmißbrauchs im Zusammenhang mit den politischen Rechten und der Gesetzgebung, insbesondere mit dem Initiativrecht

In jüngster Zeit ist der Mißbrauch der Volksrechte geradezu zum Schlagwort geworden. In einem früher nicht gekannten Ausmaß und mit oft fragwürdigen Zielen werden heute Volksinitiativen ergriffen. So werden denn auch mehr und mehr Stimmen laut, welche die Demokratie gefährdet sehen und verlangen, daß solchen Aus-

[36] BGE 102 Ia 347, 99 Ia 464/65.

[37] Gleicher Meinung FERDINAND ZUPPINGER, Die wirtschaftliche Handänderung im Steuerrecht, in: Steuerrevue 1969, S. 467.

[38] Vgl. § 161 des Zürcher Steuergesetzes.

wüchsen über den Rechtsmißbrauch ein Riegel geschoben werde. Das Bundesgericht hat in den letzten Jahren entsprechend oft Gelegenheit gehabt, sich zur Frage des Rechtsmißbrauchs im Zusammenhang mit der Ausübung der politischen Rechte zu äußern.

Die politische Stimm- und Wahlberechtigung ist nicht nur eine Befugnis im Sinne eines individuellen verfassungsmäßigen Rechts, sondern sie ist Organfunktion; mit dem Stimm- und Wahlrecht übt der Bürger gleichzeitig eine öffentliche Kompetenz aus[39]. Für die Frage des Rechtsmißbrauchs, welche sich nach dem materiellen Gehalt der Volksrechte beurteilt, ist dies jedoch nicht von Bedeutung.

Das Vorschlagsrecht des Volkes auf kantonaler Ebene[40] unterliegt den Schranken, die sich aus dem Bundesrecht sowie dem kantonalen Verfassungsrecht – sofern es nicht um dessen Änderung geht – ergeben. In der Regel sind diese Schranken in den kantonalen Gesetzen, welche die Gültigkeitserfordernisse der Volksbegehren festhalten, ausdrücklich erwähnt[41].

Neben dem geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes oder der Kantone sowie dem Bundesrecht niederer Stufe kommen als Schranke des Initiativrechts auch *allgemeine Rechtsgrundsätze* in Betracht. Es sind dies vor allem zwei Grundsätze, welche besonders seit etwa zehn Jahren in der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Rolle spielen, entsprechend der politischen Entwicklung auf diesem Gebiet. So darf eine Initiative, um gültig zu sein, nicht offensichtlich undurchführbar sein[42], womit nicht die rechtliche, sondern die *praktische Durchführbarkeit* gemeint ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf eine Initiative auch dem *Grundsatz von Treu und Glauben* nicht zuwiderlaufen, und sie darf deshalb insbesondere nicht rechtsmißbräuchlich sein[43].

[39] Dementsprechend sind auch die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte und die Stimm- und Wahlbeschwerde verschieden ausgestaltet, Art. 84 Abs. 1 und Art. 85 lit. a OG; vgl. ferner BGE 99 Ia 729 *(Burkhalter)*.

[40] Das Initiativrecht im Bunde soll hier beiseitegelassen werden, da nach Art. 113 Abs. 3 BV die Verfassungs- und Gesetzgebung der richterlichen Überprüfung entzogen ist, der Grundsatz von Treu und Glauben somit nicht den Charakter eines durchsetzbaren rechtlichen Grundsatzes hat.

[41] z. B. für den Kanton Zürich § 4 des Gesetzes über das Vorschlagsrecht des Volkes vom 1. Juni 1969 (Initiativengesetz).

[42] BGE 92 I 359/60 *(Stäubli)* mit Verweisungen; 94 I 125/26 *(Zofingen)*, genau: «Überparteiliches Initiativkomitee gegen Einwohnergemeinde Zofingen».

[43] BGE 101 Ia 354ff. *(Chappuis)*, BGE 94 I 125/26 *(Zofingen)*.

Wieweit im Zusammenhang mit dem Initiativrecht, ja der Gesetzgebung überhaupt, der Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne des Vertrauensschutzes eine Rolle spielen kann, ist an anderer Stelle zu prüfen. Hier steht allein seine Bedeutung als *Rechtsmißbrauchsverbot* in Frage.

Mit dem Satz, daß eine Initiative nicht rechtsmißbräuchlich sein darf, ist nicht mehr gesagt als mit der allgemeinen Formel, daß die Ausübung eines jeden Rechtes seine Schranke am Rechtsmißbrauch findet. Eine inhaltliche Bedeutung kommt dieser selbstverständlichen Feststellung aber nicht zu. Wieweit der Rechtsmißbrauch bei der Ausübung der Volksrechte eine Rolle spielt, ergibt sich aus dem materiellen Gehalt der demokratischen Rechte. Und dieser ist geprägt durch die Auffassung von der Demokratie, wie sie dem schweizerischen Staatswesen zugrunde liegt.

Die Volksbegehren, welche Anlaß zum Vorwurf des Rechtsmißbrauchs geben, sind die sogenannten *Wiedererwägungsinitiativen*. Darunter werden nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Initiativen verstanden, mit welchen entweder eine vom Volk soeben entschiedene Sachfrage erneut zur Abstimmung gebracht oder ein früher – von einer Verwaltungsbehörde oder vom Volk – gefaßter Beschluß über die Erstellung eines Werkes durch Volksentscheid «wieder erwogen» werden soll. Die Frage der Zulässigkeit der zuerst genannten Art von Volksbegehren, der eigentlichen Wiedererwägungsinitiative, betrifft das *Verfahren*. Ob dagegen die andere Art von Volksbegehren – für welche der Begriff der Wiedererwägungsinitiative insoweit nicht genau zutrifft, als bei der Volksabstimmung über den von einem andern Staatsorgan getroffenen Entscheid nicht von einer Wiedererwägung gesprochen werden kann – zulässig ist, ist eine Frage seines *Inhaltes*. Wenn im folgenden von Volksbegehren oder einfach Initiative gesprochen wird, so sind damit alle Anträge gemeint, mit denen in Kanton oder Gemeinde eine Volksabstimmung verlangt werden kann. Je nach der Ausgestaltung des kantonalen und kommunalen Rechts brauchen dies nicht nur Begehren einer bestimmten Zahl von Stimmberechtigten zu sein, sondern es sind auch Anträge einzelner Stimmberechtigter möglich. Im vorliegenden Zusammenhang macht es auch keinen Unterschied, ob eine erneut zur Volksabstimmung gebrachte Sachfrage vom Parlament unterbreitet wird[44].

[44] So in BGE 100 Ia 378 *(Minelli)*.

A. Begehren auf Wiederholung einer Abstimmung innert kurzer Frist

Es kann als lästig und unerwünscht erachtet werden, wenn eine vom Volk soeben entschiedene Sachfrage diesem wenig später wieder unterbreitet wird. Man kann es als wenig sympathisch oder gar undemokratisch empfinden, wenn die in der Abstimmung unterlegenen Stimmbürger sich dem Entscheid der Mehrheit nicht fügen und das von ihnen gewünschte Ergebnis mit einer erneuten Abstimmung gleichsam erzwängen wollen. Neben solchen eher gefühlsbetonten Gründen kann in der wiederholten Abstimmung über die gleiche Sachfrage einfach eine dem Staat nicht zuträgliche Belastung gesehen werden, sei es, daß die erneute Durchführung des Abstimmungsverfahrens an sich den Staatsapparat zu sehr beansprucht, sei es, daß die innert kurzer Zeit erfolgende Änderung von generellen Erlassen die mit dem Vollzug betrauten Behörden zu sehr belastet und auch der Rechtssicherheit abträglich ist. Verschiedene Kantone kennen deshalb eine sogenannte Sperrfrist, indem eine ausdrückliche Vorschrift verbietet, innert einer bestimmten Frist erneut über die gleiche Sachfrage zu entscheiden. In der Regel beträgt diese Frist ein bis drei Jahre[45].

Fehlt in der kantonalen oder kommunalen Gesetzgebung eine solche Sperrfrist, so stellt sich die Frage, ob die Wiederholung einer Abstimmung innert kurzer Frist gestützt auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben verhindert, mit andern Worten ein Begehren wegen Rechtsmißbrauchs als ungültig erklärt werden kann.

In dem BGE 99 Ia 402ff. *(Schiesser)* zugrundeliegenden Fall hatte ein Stimmberechtigter der Ortsgemeinde Mollis am 6. Dezember 1972 zuhanden der Gemeindeversammlung vom 19. Januar 1973 den Antrag gestellt, den am 20. September 1972 mit 69 zu 61 Stimmen gefaßten Gemeindebeschluß aufzuheben, mit welchem die Erstellung einer Straße beschlossen worden war. Der Gemeinderat trat auf diesen Wiedererwägungsantrag nicht ein mit der Begründung, es würden damit keine neuen Argumente vorgebracht und zudem seien mit den betroffenen Grundeigentümern schon Verhandlungen aufgenommen und über den Landerwerb Verträge

[45] Im Kanton Bern z. B. 3 Jahre; in der glarnerischen Gemeinde 1 Jahr, § 6 Abs. 4 des Gesetzes über das Gemeindewesen vom 6. Mai 1956; für den Kanton Zürich § 50 Abs. 4 des Gesetzes über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926/14. September 1969; für den Kanton Schwyz § 8 Abs. 2 Gemeindeorganisationsgesetz.

abgeschlossen worden. Das Bundesgericht hat in der Folge die staatsrechtliche Beschwerde des betreffenden Bürgers wegen Verletzung des Stimmrechts geschützt. Zur Frage des Rechtsmißbrauchs hat es sich dabei wie folgt geäußert: «Ein solcher Rechtsmißbrauch könnte allenfalls angenommen werden, wenn Wiedererwägungsanträge gestellt würden, obwohl die Gemeindeversammlung mehr als einmal ihren Willen klar kundgetan hat. Ein erstmaliger Wiedererwägungsantrag, besonders bei knappem Abstimmungsausgang, ist jedoch nicht rechtsmißbräuchlich. Mit der Einräumung eines umfassenden Antrags- bzw. Initiativerechts hat der Gesetzgeber es in Kauf genommen, daß unter Umständen die Verwaltungstätigkeit durch Stimmbürger, die von diesem Recht einen ausgiebigen Gebrauch machen, erschwert wird. Es muß aber hier in erster Linie dem gesunden Bürgersinn anheimgestellt werden, Auswüchse der Versammlungsdemokratie zu verhindern.»

In dem in Band 100 Ia 378ff. veröffentlichten Entscheid *(Minelli)* hat das Bundesgericht das Vorliegen eines Rechtsmißbrauchs ebenfalls verneint. Es ging dabei um die Rechtmäßigkeit eines vom Zürcher Kantonsrat am 16. September 1974 zuhanden der Volksabstimmung unterbreiteten Gesetzes, das einzig die Aufhebung des von den Stimmbürgern am 30. Juni 1974 angenommenen Gesetzes über die Jugendkriminalität zum Inhalt hatte. Das Bundesgericht hat sich dabei im wesentlichen von den gleichen Überlegungen leiten lassen wie im zuvor erwähnten Entscheid *Schiesser*[46]. Es hat seine Auffassung bestätigt, daß dort, wo die kantonale Gesetzgebung Anträge auf Wiedererwägung ohne spezielle Beschränkung zulasse, «nur in Extremfällen, bei krassem Mißbrauch der demokratischen Institutionen eine erneute Abstimmung untersagt werden» könne; die Skepsis der Stimmberechtigten gegenüber solchen Wiederholungen von Urnengängen über die gleiche Frage dürfte die Gefahr eines Mißbrauchs dieser Möglichkeit stark eindämmen[47]. Konkret hat das Bundesgericht die Rechtsmißbräuchlichkeit der Gesetzesvorlage deshalb verneint, weil der Kantonsrat mit der beantragten Aufhebung des Gesetzes über die Jugendkriminalität die aus dessen Widerspruch zu einem vom Volk gleichzeitig angenommenen andern

[46] BGE 99 Ia 406; der Hinweis auf BGE 94 I 125f. *(Zofingen)* muß auf einem Irrtum beruhen, da in jenem Fall die Wiedererwägung eines kommunalen Entscheides mit Bezug auf dessen Inhalt und nicht in zeitlicher Hinsicht und damit auch keine Sperrfrist in Frage stand.

[47] BGE 100 Ia 386.

kantonalen Gesetz sowie zum Bundesrecht sich ergebenden Schwierigkeiten aus der Welt habe schaffen wollen. Wie es dazu im einzelnen ausführt, sei auch ein Wiedererwägungsbegehren, das nur deshalb unterbreitet werde, weil das Parlament oder unterlegene Initianten hofften, eine bessere Information der Stimmberechtigten werde zu einem andern Resultat führen, nicht rechtsmißbräuchlich. Damit werde einfach der legale Weg benützt, um ein möglicherweise eher zufälliges, auf ungenügender Orientierung beruhendes Abstimmungsresultat durch eine zweite Abstimmung überprüfen zu lassen.

Der grundsätzlichen Haltung des Bundesgerichts, wie sie vor allem in BGE 99 Ia 402 *(Schiesser)* zum Ausdruck kommt, kann nur beigepflichtet werden. Wo die Ausübung der demokratischen Rechte an keine gesetzlichen Schranken gebunden ist, darf sie nicht auf dem Wege der Lückenfüllung[48] begrenzt werden. Auch wenn die Wiedererwägung eines Entscheides innert kurzer Frist die Tätigkeit der staatlichen Behörden erschwert und auch für die Mehrheit der Stimmbürger eine unerwünschte Belastung bedeutet, so wäre es eine unzulässige Einschränkung der politischen Rechte, solche Begehren aus diesem Grunde für ungültig zu erklären. Es liegt beim Volke selbst, solchen Auswüchsen zu begegnen. Wenn der «gesunde Bürgersinn» nicht mehr stark genug oder nicht mehr vorhanden ist, wenn mit andern Worten der Ausgleich auf politischer Ebene nicht mehr spielt, dann müssen die gewünschten Beschränkungen auf dem Wege der Gesetzesänderung eingeführt werden.

Dennoch läßt das Bundesgericht die Möglichkeit von Fällen offen, in denen eine Wiedererwägungsinitiative als ungültig erklärt und die Volksabstimmung verhindert werden könnte, dann nämlich, wenn «der demokratische Apparat in sinnloser Weise strapaziert und dadurch in Frage gestellt würde» (BGE 100 Ia 386, *Minelli*). An anderer Stelle in diesem Entscheid spricht es von «Extremfällen», von «krassem Mißbrauch der demokratischen Institutionen»[49]. Wann aber ein solcher Extremfall vorliegt, das ist gerade die Frage. Und diese Frage läßt sich nur durch Auslegung des politischen Stimmrechts beantworten, dessen Inhalt und Umfang sich aus dem Demokratieverständnis ergibt, wie es der schweizerischen freiheitlichen Staatsordnung zugrundeliegt.

[48] Das Bundesgericht muß damit wohl eine unechte Lücke meinen.
[49] S. 385.

Im Fall *Schiesser* (BGE 99 Ia 406) führt das Bundesgericht aus, ein «Rechtsmißbrauch könnte allenfalls angenommen werden, wenn Wiedererwägungsanträge gestellt würden, obwohl die Gemeindeversammlung mehr als einmal ihren Willen klar kundgetan hat». Auf den ersten Blick besticht diese Erwägung, doch erscheint sie bei näherem Hinsehen sehr fragwürdig. Der Antrag auf Wiedererwägung einer Sachfrage, zu der das Volk sich schon einmal oder auch mehrmals geäußert hat, steht nur im Sinne der Fortbildung des Rechts. Würden das gesetzgebende Organ bzw. die im Gesetzgebungsverfahren mitwirkenden Stimmbürger daran gehindert, in einer bestimmten Sache eine neue Regelung vorzuschlagen, wäre die Entwicklung des Rechts unterbunden. Die wiederholte Unterbreitung der gleichen Sachfrage an die Stimmbürger entspricht dem Wesen der Schaffung und Erneuerung des Rechts und ist vom Zweck des Mitwirkungsrechts der Bürger an der staatlichen Willensbildung gedeckt. Sie kann daher nicht rechtsmißbräuchlich sein. Die einzige Einschränkung, die in Frage kommt und die ohne Verletzung der politischen Rechte auch möglich ist, kann eine Sperrfrist sein, wonach wenigstens eine gewisse Zeit gewartet werden soll, bis eine Vorlage wieder zur Abstimmung gebracht werden kann.

Die Tatsache, daß die Stimmbürger in der gleichen Sache bereits mehrmals ihren Willen kundgetan haben, ist kein Grund, um ein Volksbegehren als rechtsmißbräuchlich zu erklären. Einziges Kriterium kann somit die seit der letzten Abstimmung verflossene Zeitspanne sein. Und hierzu hat das Bundesgericht im Entscheid *Minelli* (BGE 100 Ia 378ff.) die Antwort gegeben. In diesem Fall wurde das Gesetz über die Jugendkriminalität am 30. Juni 1974 vom Volk angenommen. Am 26. August, noch vor der Erwahrung des Abstimmungsergebnisses durch den Kantonsrat, wurde von einem Ratsmitglied eine sogenannte parlamentarische Initiative mit dem Antrag auf Aufhebung dieses Gesetzes eingereicht. Der Kantonsrat erwahrte das Ergebnis der Volksabstimmung am 2. September, und bereits am 16. September verabschiedete er in Gutheißung der parlamentarischen Initiative das Gesetz betreffend die Aufhebung des Jugendkriminalitätsgesetzes zuhanden der Volksabstimmung. Das Bundesgericht hat an dieser äußerst knappen Zeitspanne zwischen Volksentscheid und Wiedererwägungsantrag keinen Anstoß genommen. Damit hat es mit Recht erkannt, daß in diesem Zusammenhang für Rechtsmißbrauch eben kein Raum ist, denn einen extremeren Fall kann man sich wohl kaum vorstellen.

B. Die Unerheblichkeit der Motive bei der Ausübung der politischen Rechte

In dem eben erwähnten Entscheid *Minelli* (BGE 100 Ia 378) hat das Bundesgericht den vom Beschwerdeführer behaupteten Rechtsmißbrauch allerdings nicht unter dem zeitlichen Gesichtspunkt verneint, sondern in Anbetracht der Motive, die den Kantonsrat nach seiner Meinung dazu bewogen hatten, das Gesetz über die Jugendkriminalität nochmals vor das Volk zu bringen; die Absicht, auf diesem Wege die aus dem Widerspruch des Gesetzes mit dem Bundesrecht sowie mit einem gleichzeitig angenommenen anderen kantonalen Gesetz sich ergebenden Schwierigkeiten aus der Welt zu schaffen, habe das Vorgehen des Kantonsrats jedenfalls gerechtfertigt. Das scheint uns sachlich unrichtig und zudem gefährlich. Denn mit solchen Überlegungen werden Wertungen an die politischen Rechte herangetragen, die ihnen nach Sinn und Zweck der freiheitlichen Demokratie fremd sind.

Der Demokratie liegt nicht der Gedanke zugrunde, daß der Entscheid der Mehrheit der Stimmbürger der richtige und gerechte Entscheid ist. Die Idee ist vielmehr die, daß in Anbetracht der Tatsache, daß das Richtige nicht allgemeingültig feststeht und oft verschiedene Lösungen richtig sein können, der Entscheid durch die Mehrheit getroffen werden soll und es zudem gerecht ist und der Freiheit des Einzelnen am ehesten entgegenkommt, wenn alle in gleicher Weise an der staatlichen Willensbildung beteiligt sind. Das Volk darf auch wollen, was wenig sinnvoll oder dem Interesse des Staates und dem öffentlichen Wohl abträglich ist. Kommen solche Mehrheitsentscheide zustande, so hat das Volk eben die Demokratie, die es verdient. Kantonale und kommunale Volksentscheide dürfen nur nicht einer vom kantonalen Recht höherer Stufe oder vom Bundesrecht getroffenen Regelung bzw. den verfassungsmäßigen Rechten widersprechen, und sie dürfen nicht praktisch undurchführbar sein. Wenn die Initiativbegehren insoweit auf ihre Gültigkeit hin überprüft werden, so deshalb, weil es keinen Sinn hat, eine Volksabstimmung abzuhalten über etwas, was hinterher ohnehin aufgehoben wird oder praktisch überhaupt nicht durchführbar ist. Der Umstand, daß nach den kantonalen Rechtsordnungen zur Überprüfung der Gültigkeit von Volksbegehren nicht eine richterliche, sondern eine politische Behörde zuständig ist, die zudem ein Volksbegehren meistens nur bei offensichtlicher Verfassungswidrigkeit und durch

qualifizierten Mehrheitsentscheid ungültig erklären darf[50], trägt dem demokratischen Gedanken noch besonders Rechnung[51].

Wohl ist es an sich richtig zu sagen, daß der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben für die Ausübung der politischen Rechte ebenso verbindlich ist wie eine geschriebene oder ungeschriebene Verfassungsnorm. Entsprechend der Subsidiarität des Prinzips kommt Rechtsmißbrauch jedoch erst dort in Frage, wo die Schranken nicht mehr hinreichen, welche die einzelnen Verfassungsbestimmungen der Ausübung der politischen Rechte setzen. In diesem Sinne hat das Bundesgericht in BGE 101 Ia 485 *(Coop Olten)*, wo ein von der Legislative beschlossener Ladenschluß am Montagnachmittag als rechtsmißbräuchlich gerügt wurde, weil dieser Nachmittag in der Absicht gewählt worden sei, daß es praktisch wieder beim früheren ganztägigen Ladenschluß vom Montag bleibe, ausgeführt: «Ob diese (die angefochtene Vorschrift) in bezug auf ihren Zweck und ihre Auswirkungen zulässig ist, beantwortet sich nach Art. 31 BV, wobei das Bundesgericht in erster Linie auf objektive Kriterien abstellt und weder an die behördliche Begründung der Maßnahme noch an parlamentarische Voten gebunden ist. Verfolgt ein Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit entgegen den von der Behörde vorgeschobenen anderweitigen Motiven ein unerlaubtes Ziel, so heißt das Bundesgericht die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 31 BV gut. Hält hingegen eine Maßnahme materiell vor der Handels- und Gewerbefreiheit stand, so kann auch nicht im erwähnten Sinne von einem Verstoß gegen Treu und Glauben gesprochen werden.» Auch ist zum Beispiel das Zurückkommen auf einen Zonenplan – also Wiedererwägung einer bereits entschiedenen Sachfrage – nur unter den Einschränkungen zulässig, die sich aus der Eigentumsgarantie und insbesondere der Rechtssicherheit ergeben[52]. Jenseits dieser Schranken ist aber nur noch der Raum, in welchem die Kriterien des für den Staat Nützlichen oder Schädlichen und die subjektiven Beweggründe der Stimmberechtigten liegen. Und diese Gesichtspunkte sind nach dem Sinn der freiheitlichen Demokratie für die politischen Rechte eben irrelevant. Der Inhalt des Stimm- und Wahlrechts ist, daß der Bürger bei Abstimmungen und Wahlen mitwirken darf, sofern er die dafür erforder-

[50] z.B. Art. 26 Abs. 2 und 3 der aarg. Staatsverfassung, § 4 Abs. 2 des Zürcher Initiativengesetzes.

[51] So das Bundesgericht in BGE 98 Ia 640 *(Bebi)*.

[52] BGE 102 Ia 333, 338 mit Verweisungen; näheres dazu hinten S. 351.

lichen Voraussetzungen, wie Alter, Geschlecht, Wohnsitzdauer usw. erfüllt. Und dieses Recht ist nicht in dem Sinne beschränkt, daß er nur so stimmen und wählen darf, wie es dem Wohle des Staates förderlich ist. So sind es denn auch die verschiedensten Motive, welche den Stimmbürger veranlassen, zu einer bestimmten Vorlage ein Ja oder ein Nein einzulegen oder einem bestimmten Kandidaten die Stimme zu geben oder nicht. Dem Stimmbürger ist es zum Beispiel unbenommen, ein Straßenprojekt abzulehnen, weil er als Anstößer sein Land nicht abtreten oder keinen zusätzlichen Lärm will; oder er kann es annehmen, weil sein Quartier dadurch vom Lärm entlastet wird oder er sich einen Arbeitsauftrag erhofft. Auch der sogenannte prinzipielle Neinsager handelt im Rahmen seines Stimmrechts.

Umfaßt der Inhalt der politischen Rechte auch die Befugnis, aus irgendwelchen Motiven in bestimmter Weise zu stimmen und zu wählen, so bleibt in diesem Zusammenhang kein Raum für Rechtsmißbrauch. *Ein Volksentscheid kann gar nicht rechtsmißbräuchlich sein.* – In einem neuesten Entscheid vom 23. März 1977 betreffend einen Kompetenzkonflikt zwischen dem Kanton Genf und dem Bund um das Kernkraftwerk Verbois, dessen schriftliche Begründung noch nicht vorliegt, hat das Bundesgericht jedoch offenbar anders entschieden. Es hat das eidg. Atomgesetz dahin ausgelegt, daß der Entscheid über die Standortbestimmung eines Kernkraftwerkes, sofern es dabei nicht um dem Entscheid des Bundes vorbehaltene Sicherheitsfragen, sondern um raumplanerische Gesichtspunkte geht, den Kantonen überlassen wird; dies allerdings unter dem Vorbehalt, daß ein negativer kantonaler Entscheid, der je nach kantonalem Recht vom Volk oder vom Parlament getroffen werden kann, nicht rechtsmißbräuchlich sei in dem Sinne, daß raumplanerische Gründe nur vorgeschoben würden. Man ist gespannt, wie das Bundesgericht im Streitfall einen solchen Rechtsmißbrauch ermitteln wird.

Was für den Volksentscheid gilt, muß auch für das Begehren gelten, mit welchem die Abstimmung über eine Sachfrage verlangt wird. Eine Initiative kann ebenso aus den verschiedensten Gründen unterzeichnet werden, die oft wenig mit der Sache zu tun haben. Auch das Initiativrecht ist nicht in dem Sinne begrenzt, daß nur Gegenstand eines Begehrens sein kann, was vernünftig und dem Staat förderlich ist. Es ist gerade der Sinn des Initiativrechts, daß in der Gemeinde schon ein Einzelner und auf kantonaler Ebene eine bestimmte Anzahl von Bürgern, also eine Minderheit, dem Volk

einen Vorschlag unterbreiten kann, der ihr gut erscheint. Die Folge ist, daß das Volk dem Vorschlag entweder zustimmen oder ihn ablehnen kann. *Das Ziel eines Volksbegehrens und die Beweggründe der Initianten sind vom Zweck des Initiativrechts gedeckt und damit schützenswert, auf welchen Motiven immer sie beruhen mögen.* Würde die zur Überprüfung der Gültigkeit der Volksbegehren zuständige Behörde auf Zweckmäßigkeitsgründe und die Motive der Initianten abstellen, so würde sie den Sinn des Initiativrechts zunichte machen: daß nämlich eine Minderheit von Stimmbürgern im Rahmen der im Bund und im Kanton auf höherer Ebene bestehenden Ordnung dem Volk in einer bestimmten Sache irgend einen Vorschlag unterbreiten kann. Die Behörde würde sich zur Hüterin einer falsch verstandenen Demokratie machen, einer Demokratie, in der das Volk nur das sachlich Richtige und Nützliche wollen und entscheiden darf. Wie das Bundesgericht stets mit Recht betont, liegt es an den Stimmbürgern, über Sinn und Nutzen eines Initiativbegehrens zu befinden, und muß es dem gesunden Bürgersinn anheimgegeben werden, Auswüchse der Versammlungsdemokratie zu verhindern[53]. Wo der Ausgleich, das Gegengewicht auf politischer Ebene nicht mehr vorhanden ist, da müssen Inhalt und Umfang der politischen Rechte neu bestimmt werden, was nur auf dem Wege der Verfassungs- oder Gesetzesänderung geschehen darf.

Um auf den Entscheid *Minelli* (BGE 100 Ia 378) zurückzukommen, so muß das, was für den Stimmbürger gilt, auch für die Behörde gelten, die dem Volk die Wiedererwägung eines Sachentscheides beantragt. Wenn, wie in diesem Fall, die gleiche Sachfrage innert kürzester Zeit wieder zur Abstimmung gebracht wird, so ist ein Rechtsmißbrauch zu verneinen, weil ein solches Vorgehen mangels einer gesetzlichen Sperrfrist zulässig ist und nicht, weil sich die Behörde dabei von offenbar vernünftigen Beweggründen hat leiten lassen. Die Motive, welche den Zürcher Kantonsrat zur erneuten Abstimmung über das Jugendkriminalitätsgesetz veranlaßt hatten, ließen sich übrigens auch anders beurteilen, als das Bundesgericht dies getan hat. Man könnte sagen, daß der Kantonsrat es auch dem Verfassungsrichter hätte überlassen können – auf die staatsrechtliche Beschwerde eines Bürgers hin, die sicher nicht ausgeblieben wäre –, die Bundesrechtmäßigkeit des fraglichen Gesetzes und dessen Verhältnis zu den gleichzeitig angenommenen neuen Vorschriften der kantonalen Strafprozeßordnung abzuklären. Auch könnte man

[53] BGE 99 Ia 406 *(Schiesser)*; 94 I 126 *(Zofingen)*.

sich fragen, warum denn der Kantonsrat gerade das Gesetz über die Jugendkriminalität und nicht dasjenige über die Revision der Strafprozeßordnung wiedererwogen haben wollte, um die Widersprüche zwischen den beiden Erlassen zu beseitigen. Dann aber läge der Schluß nahe, der Kantonsrat habe sich eben mit der Annahme des ihm nicht genehmen Jugendkriminalitätsgesetzes nicht abfinden wollen, was wohl auch die Meinung des Beschwerdeführers war. Wenn jedoch eine politische Behörde sich mit einem Volksentscheid nicht abfinden wollte, so wäre dies sicher noch bedenklicher, als wenn einzelne oder eine Gruppe von Stimmbürgern dies tun. In der Regel wird sich die politisch kluge Behörde übrigens bestimmt davor hüten, zu versuchen, ein ihr nicht genehmes Abstimmungsergebnis durch erneute Unterbreitung der Sachfrage an das Volk rückgängig zu machen.

C. Begehren auf Wiedererwägung eines beschlossenen Bauwerkes

Ergibt sich aus dem Wesen der Demokratie und dem Sinn des Rechts des Bürgers auf Mitwirkung bei der staatlichen Willensbildung, daß Volksentscheide und Initiativbegehren keiner Beurteilung nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten und subjektiven Beweggründen unterliegen dürfen, so ist damit bereits beantwortet, ob ein Volksbegehren wegen seines Inhaltes rechtsmißbräuchlich sein kann: eine Verletzung von Treu und Glauben ist auch hier nicht möglich.

Volksbegehren, mit denen Beschlüsse über die Erstellung von öffentlichen Bauwerken rückgängig gemacht werden wollen, sind heute geradezu ein Zeichen der Zeit. Es geht dabei vor allem um Kraftwerke und Straßenbauten, die entweder von der zuständigen Exekutivbehörde oder gar vom Volk selbst, sei es direkt oder durch Nichtergreifen des Referendums, beschlossen wurden. Das Bundesgericht beurteilt die Gültigkeit solcher Initiativen in konstanter und deutlicher Praxis nicht nach ihrer Zweckmäßigkeit, sondern einzig darnach, ob sie praktisch durchführbar sind. Führt die Überprüfung des Volksbegehrens unter dem Gesichtspunkt des kantonalen und eidgenössischen Verfassungsrechts, wobei in der Regel die Kompetenz des Volkes zur sogenannten Verwaltungsinitiative im Vordergrund steht, zum Ergebnis, daß sie zulässig ist, so bleibt nur noch die Frage ihrer *praktischen Durchführbarkeit*. Allerdings steht in den betreffenden Urteilen auch in diesem Zusammenhang meist der Satz,

daß solche Initiativen am Rechtsmißbrauch ihre Schranke finden[54]. Dieser Satz bleibt jedoch leere Formel, denn Rechtsmißbrauch kommt hier eben gar nicht in Frage. Eine Initiative ist entweder durchführbar oder nicht durchführbar, und dazwischen liegt kein Raum für Rechtsmißbrauch. Die in früheren Fällen geübte und in BGE 101 Ia 368 *(Chappuis)* ausdrücklich anerkannte weitherzige Auslegung des Begriffes der Durchführbarkeit zugunsten der Initianten, wonach ein Volksbegehren der Abstimmung zu unterbreiten ist, sofern es nicht offensichtlich und unzweifelhaft («manifestement» und «indubitablement») undurchführbar ist, bestätigt dies nur. Es ist denn auch kein Fall zu finden, in welchem das Bundesgericht eine Initiative mit dem Begehren auf Einstellung eines begonnenen Bauwerkes wegen Rechtsmißbrauchs als ungültig betrachtet hätte.

Im Fall *Zofingen* (BGE 94 I 125) wurde mit einer Volksinitiative verlangt, den zwei Jahre zuvor von der Gemeindeversammlung beschlossenen Bau eines städtischen Verwaltungsgebäudes und Werkhofes zurückzustellen und hinsichtlich Standort und Finanzplan neu zu überprüfen, bis die Gesamtplanung für alle in der Gemeinde noch zu erstellenden Hochbauten fertiggestellt sei. Das Bundesgericht hatte damals die Frage der Durchführbarkeit der Initiative noch nach dem Zeitpunkt ihrer Einreichung beurteilt, wovon es inzwischen zugunsten eines möglichst nahe bei der Volksabstimmung liegenden Zeitpunktes abgekommen ist[55]. Es kam dabei zum Schluß, daß beträchtliche Aufwendungen für die Planung, vergebene Ausführungsaufträge, die teilweise Erstellung des Aushubes und der Beginn mit den Betonarbeiten eine Zurückstellung und Neuüberprüfung des Werkes nicht verunmöglichten. Sodann fügte es bei, «ob es sich dagegen im heutigen Zeitpunkt rechtfertige, die fraglichen Bauten, welche dem Vernehmen nach schon recht weit gediehen sind, einzustellen und dadurch bedeutende finanzielle Einbußen in Kauf zu nehmen, hat nicht das Bundesgericht, sondern der Stimmbürger zu entscheiden». Auch in der Begründung des Entscheides *Schiesser* (BGE 99 Ia 406/07), in welchem die Durchführbarkeit des Antrags eines Stimmbürgers an die Gemeinde auf Wiedererwägung eines beschlossenen Straßenbaus bejaht wurde, kommt deutlich zum Ausdruck, daß Undurchführbarkeit tatsächliche Unmöglichkeit («impossibilité matérielle»)[56] sein muß und nicht bloß in Nachteilen

[54] z.B. BGE 94 I 125 *(Zofingen)*; 101 Ia 364 *(Chappuis)*.
[55] BGE 101 Ia 368 *(Chappuis)*.
[56] BGE 101 Ia 376.

für das Gemeinwesen, wie vor allem in nutzlosen Aufwendungen oder Kosten, bestehen kann.

Die Volksinitiative, die im Fall *Chappuis* (BGE 101 Ia 354ff.) zu beurteilen war, verlangte sinngemäß die Einstellung der Arbeiten an einem vom Großen Rat des Kantons Waadt beschlossenen Stück Umfahrungsstraße von Lausanne. Hier hat das Bundesgericht mit Rücksicht auf die genügend vorangeschrittenen Arbeiten («travaux suffisamment avancés») das Begehren für undurchführbar und damit ungültig erklärt, ohne jedoch wie sonst üblich die konkreten Anhaltspunkte zu nennen. Das ist schade, hätte doch hier Gelegenheit bestanden zu erfahren, wieviel es im einzelnen braucht, bis ein Volksbegehren auf Einstellung eines im Bau befindlichen Werkes als ungültig erklärt werden kann.

Die sogenannte zweite Reußtalinitiative, deren Gültigkeit das Bundesgericht im Jahre 1972 zu beurteilen hatte (BGE 98 Ia 640, *Bebi*), sah vor, die dem Aargauischen Elektrizitätswerk vom Großen Rat des Kantons Aargau 1967 erteilte und vom Regierungsrat 1968 genehmigte Konzession zur Erstellung des neuen Kraftwerkes Bremgarten-Zufikon aufzuheben. Das Bundesgericht hat dieses Volksbegehren schon deshalb als verfassungswidrig erklärt, weil nach aargauischem Verfassungsrecht (Art. 26 KV) Gegenstand eines Volksbegehrens nur ein Gesetz, also ein generell-abstrakter Erlaß, und nicht ein Verwaltungsakt, wie dies der Widerruf einer erteilten Konzession ist, sein kann. Die Frage nach dem Rechtsmißbrauch stellte sich somit gar nicht. Desgleichen verhielt es sich mit der Zürcher Standesinitiative über das Expreßstraßen-Y aus dem Jahre 1971 (BGE 99 Ia 725ff., *Burkhalter*). Das kantonale Initiativbegehren hatte zum Inhalt, der Kanton Zürich sollte dem Bund eine Standesinitiative einreichen mit dem Antrag, das im Bau befindliche Zürcher Expreßstraßen-Y entgegen der 1960 beschlossenen Linienführung aus dem Nationalstraßen-Netz herauszunehmen. Die Beurteilung der Zulässigkeit der kantonalen Initiative richtete sich im wesentlichen nach der Rechtsnatur der eidgenössischen Standesinitiative (Art. 93 BV). Da diese, gleich der Petition eines einzelnen Bürgers, von der Bundesversammlung bloß zur Kenntnis genommen werden muß und in keiner Weise rechtsverbindlich ist, konnte somit die dem Zürcher Volk zur Abstimmung unterbreitete Vorlage durchaus den Antrag auf eine Standesinitiative verfassungswidrigen Inhalts enthalten. Auch hier stellte sich daher die Frage des Rechtsmißbrauches nicht. Es ist deshalb wenig verständlich, wenn das Bundesgericht in BGE 100 Ia 383 *(Minelli)* ausführt, in den beiden genannten Fällen

Bebi und *Burkhalter* die Frage des Rechtsmißbrauchs in der mündlichen Beratung erörtert zu haben, ohne daß dies aber in der Begründung dieser Urteile zum Ausdruck komme[57].

D. Die Unterlassung von Referendum oder Beschwerde gegen den früheren Beschluß

Verschiedentlich werfen die kantonalen Behörden den Initianten ein mißbräuchliches Vorgehen mit der Begründung vor, sie versuchten, auf dem Wege über die Initiative zu erreichen, was sie mit dem Referendum oder einer Beschwerde gegen den früheren Beschluß hätten tun können. Das ist zu verneinen.

Initiative und Referendum sind zwei ganz verschiedene Arten von Rechten der Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung, die nicht nur verschiedene rechtliche Folgen haben[58], sondern sich auch in ihren Voraussetzungen unterscheiden. So ist das Referendum gegen einen Erlaß oder Beschluß der Legislativbehörde im Anschluß daran innert einer weit kürzeren Frist zu ergreifen, als sie zur Sammlung der Unterschriften für eine Initiative zur Verfügung steht. Zudem kann mit dem Referendum nur die Aufhebung des in Frage stehenden Erlasses oder Beschlusses verlangt werden, während dieser mit der Initiative in differenzierterer Weise in Frage gestellt und auch mit einem neuen Vorschlag verbunden werden kann. Zudem kann ja mit dem Volksbegehren ohne weiteres die Wiedererwägung eines Beschlusses verlangt werden, der vom Volk selbst gefaßt worden ist[59]. Noch ganz wesentlicher ist der Unterschied zwischen der rechtlichen Natur einer Beschwerde und der Initiative. Die Beschwerde ist ein Rechtsbehelf und kann zum Erfolg führen, wenn der angefochtene Entscheid von Volk und Behörde rechtswidrig ist, während die Rechtmäßigkeit des früheren Beschlusses im Rahmen des Initiativrechts unerheblich ist. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ergibt sich ohne weiteres aus den Sachnormen, welche diese Rechte näher bestimmen, so daß für die Frage eines Rechtsmißbrauchs überhaupt kein Raum bleibt[60]. Es scheint uns deshalb verfehlt,

[57] Überdies stellt es ein Novum dar, wenn das Bundesgericht nicht nur auf nicht publizierte frühere Urteile hinweist, sondern gar auf nur mündlich gebliebene Erörterungen.

[58] BGE 101 Ia 359 *(Chappuis)*.

[59] Vgl. BGE 99 Ia 406 *(Schiesser)* betr. Einzelantrag auf Gemeindeebene.

[60] Initiative, Referendum und Beschwerde.

wenn das Bundesgericht in den Entscheiden *Zofingen* (94 I a 127) und *Chappuis* (101 Ia 365) ein rechtsmißbräuchliches Vorgehen der Beschwerdeführer mit der Begründung verneint, es hätte dannzumal für die Initianten nach den Umständen kein Anlaß bestanden, sich mit dem Referendum oder einer Beschwerde gegen den in Frage stehenden Beschluß zu wenden. In Band 100 I a 384 *(Minelli)* hat das Bundesgericht diese Auffassung denn auch verlassen, indem es festhält, die Möglichkeit, dem Volk die Wiedererwägung eines getroffenen Entscheides zu beantragen, sei rechtlich unabhängig davon, ob eine neue, erst nach der vorangehenden Abstimmung eingetretene oder erkannte Tatsache vorliege.

§ 2. Vertrauensschutz

I. Der Grundsatz von Treu und Glauben als Vertrauensschutz und sein Verhältnis zum Legalitätsprinzip

Mit dem Begriff des Vertrauensschutzes ist der Grundsatz von Treu und Glauben als das Gebot gemeint, das von den staatlichen Organen ein loyales Verhalten fordert und dem Bürger einen entsprechenden verfassungsmäßigen Anspruch auf Schutz seines Vertrauens in die Tätigkeit der Behörden gewährleistet. Der Bürger soll sich darauf verlassen dürfen, daß die Behörden im Einklang mit der Rechtsordnung und den tatsächlichen Verhältnissen handeln. Hat er einen Rechtsmangel nicht erkennen können und sich auf einen bloßen Rechtsschein verlassen, so sollen sein guter Glaube geschützt und die sich aus dem Rechtsmangel ergebenden negativen Folgen abgeschwächt oder aufgehoben werden[61]. Wurde einem Eigentümer im Güterzusammenlegungsverfahren eine bestimmte Baulandparzelle als Ersatz für eine alte neu zugeteilt, so darf er sich darauf verlassen, daß es sich um Bauland handelt; es wäre ungerecht, wenn hinterher das Bauen verunmöglicht würde durch Verweigerung der Rodungsbewilligung, obwohl dies nach den maßgebenden Vorschriften des eidg. Forstpolizeigesetzes geschehen müßte. Verzichtet ein Eigentümer freiwillig auf die Verwirklichung seines nach dem geltenden Recht zulässigen Bauvorhabens, um es dem in Vorbereitung befindlichen neuen Recht anzupassen, das nach der Zusicherung der Behörde eine immer noch befriedigende Ausnützung gestattet, so darf er sich auf diese Zusicherung verlassen; es wäre ungerecht, wenn

[61] JÄGGI, Kommentar zu Art. 3 ZGB, N. 54, S. 394.

ihm aufgrund der wider Erwarten restriktiver ausgefallenen neuen Bauordnung eine seinen Bedürfnissen noch entsprechende Überbauung überhaupt nicht mehr gestattet würde, wie dies an sich geschehen sollte. Der nach Treu und Glauben geforderte gerechte Entscheid liegt darin, daß im konkreten Fall angesichts ganz besonderer Umstände eine Ausnahme vom Gesetz gemacht wird. *Das maßgebende Gesetz wird nicht angewendet,* obwohl die Voraussetzungen an sich erfüllt sind. Die besonderen Umstände sind, daß den Betroffenen von der Behörde eine Zusicherung gegeben worden ist, auf die sie sich haben verlassen dürfen. Sie sind für die Anwendung des maßgebenden Rechtssatzes an sich nicht relevant, denn sie liegen außerhalb des nach dessen Sinn und Zweck rechtserheblichen Sachverhaltes. Dies im Unterschied zum Rechtsmißbrauch, wo die besonderen Umstände des konkreten Falles unter dem Gesichtspunkt der maßgebenden Rechtsnorm erheblich sind, ja nach deren Sinn gerade erfaßt werden müssen. Beim Rechtsmißbrauch führt das Recht zu Unrecht, weil ein Gesetz wider seinen Zweck, beim Vertrauensschutz, weil es überhaupt angewendet wird. Der Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne des Vertrauensschutzes tritt der einzelnen für das betreffende Rechtsverhältnis maßgebenden Sachnorm entgegen und fordert, daß statt der von dieser vorgesehenen Lösung eine andere durchgesetzt wird, eben diejenige, die angesichts der besonderen Umstände gerecht erscheint. Soweit der Grundsatz von Treu und Glauben Vertrauensschutz bedeutet, ist er *keine Auslegungsregel,* sondern einzig *Entscheidregel*[62].

Ermächtigt der Grundsatz von Treu und Glauben die rechtsanwendende Behörde, in einem bestimmten Fall das vom Bürger in das Verhalten der Behörde gesetzte Vertrauen zu schützen und die maßgebende Sachnorm nicht anzuwenden, obwohl die Voraussetzungen dazu erfüllt sind, so wird damit das Prinzip der durchgehend gleichen Anwendung des Gesetzes durchbrochen. *Als Gebot des Vertrauensschutzes steht der Grundsatz von Treu und Glauben im Widerspruch zum Prinzip der Gesetzmäßigkeit*[63]. Der auf Treu und Glauben gestützte Entscheid verstößt somit immer auch *gegen die Rechtssicherheit und das objektiv richtige Recht,* und darin liegt stets eine

[62] JÄGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, S. 159; BAUMANN, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, S. 105f., S. 116, meint wohl dasselbe, wenn er in Treu und Glauben als Vertrauensschutz ein Auslegungsprinzip zur Lückenfüllung praeter und contra legem sieht, doch ist es unzutreffend, von Auslegung und Lückenfüllung zu sprechen.

[63] In diesem Sinne z. B. BGE 91 I 136.

Verletzung des öffentlichen Interesses. Überdies führt hier die materielle Gerechtigkeit zum Widerspruch mit sich selbst, indem mit der im Einzelfall gerechten Ausnahme vom Gesetz die gleiche Anwendung des Gesetzes auf alle Bürger, die ebenfalls ein Gebot der Gerechtigkeit ist, nicht durchgesetzt wird.

II. Das Erfordernis eines besonderen Vertrauensverhältnisses als Voraussetzung der Anwendung von Treu und Glauben

Der Anspruch auf Vertrauensschutz, den der Grundsatz von Treu und Glauben dem Einzelnen gewährleistet, betrifft nicht das Vertrauen, das ein jeder ganz allgemein in die gesetzliche Ordnung haben kann und wie es mit der Rechtssicherheit verbürgt ist. Wenn das Gebot der Rechtssicherheit ein elementarer Grundsatz einer jeden Rechtsordnung und insbesondere in jedem verfassungsmäßigen Recht enthalten ist, welches die Eingriffe in die individuelle Freiheit in ganz bestimmten Schranken hält, so liegt das mit dem Grundsatz von Treu und Glauben geschützte Vertrauen in einer Beziehung, die über das allgemeine Verhältnis eines jeden Bürgers zum Gesetz hinausgeht. Diese Beziehung wird dadurch geschaffen, daß die Behörde einem bestimmten Bürger gegenüber ein Verhalten zeigt, aufgrund dessen sich ein besonderes Vertrauensverhältnis bilden kann[64]. Mit diesem Verhalten wird im Bürger das Vertrauen darauf erweckt, daß in einem bestimmten, ihn betreffenden Fall das Gesetz in bestimmter Weise gehandhabt werden wird. Diese rechtliche Sonderverbindung zwischen der Behörde und einem Einzelnen, die nicht schon mit dem gewöhnlichen Rechtsanwendungsakt, sondern nur durch ein besonderes Verhalten eines staatlichen Organs geschaffen wird, bezeichnet man in Lehre und Rechtsprechung mit dem Begriff des besonderen Vertrauensverhältnisses. *Das besondere Vertrauensverhältnis ist die erste und unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben.* Nur wo dieses gegeben ist, stellt sich überhaupt die Frage, ob das von einem Bürger geltend gemachte Vertrauen schützenswert und eine Ausnahme vom Gesetz gerechtfertigt ist. Es ist besonders URS GUENG, der auf dieses Erfordernis hingewiesen hat[65], und das Bundesgericht hat diese Auffassung übernommen[66].

[64] GUENG, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte, S. 473 f.
[65] a.a.O., S. 473 f.
[66] BGE 102 Ia 337 *(Surpunt Immobilien AG)* mit Hinweis auf frühere Urteile; 99 Ib 101 *(Hadbi)*.

A. Treu und Glauben und Rechtssicherheit

Aus dem Gesagten geht bereits hervor, daß Vertrauensschutz im Sinne der Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Sinne des Grundsatzes von Treu und Glauben zweierlei sind[67]. Dieser Unterschied ist aber noch besonders zu betonen, weil dort, wo er verwischt wird, die Gefahr besteht, daß der Grundsatz von Treu und Glauben zum Entscheid herangezogen wird, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind. Die Rechtssicherheit schützt ein generelles Vertrauen in Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Beständigkeit des Rechts ohne Rücksicht darauf, ob es im einzelnen Fall konkretisiert ist oder nicht. Der Grundsatz von Treu und Glauben dagegen schützt das individuelle Vertrauen in die Tätigkeit der Behörden, das ein Bürger in einem bestimmten Fall aus ganz bestimmten Gründen hat. Rechtssicherheit und Treu und Glauben stehen sogar zueinander im Widerspruch, indem mit dem individuellen Vertrauensschutz eine Ausnahme vom Gesetz gemacht wird, worin stets ein Verstoß gegen die Rechtssicherheit liegt[68].

Der Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne des Vertrauensschutzes ist gerade nicht in jedem verfassungsmäßigen Recht, wie zum Beispiel der persönlichen Freiheit, der Eigentumsgarantie oder der Handels- und Gewerbefreiheit, enthalten. Er steht vielmehr neben den verschiedenen Freiheitsrechten als ein selbständiger verfassungsmäßiger Grundsatz da, als ein aus dem Gerechtigkeitsgebot sich ergebendes Prinzip, das dementsprechend dem Gleichheitssatz von Art. 4 BV zugeordnet wird[69]. In den verschiedenen verfassungsmäßigen Rechten ist der Vertrauensschutz im Sinne der Rechtssicherheit enthalten, welche den staatlichen Eingriffen in die betreffende Freiheit ganz bestimmte Schranken setzt. Daraus folgt, daß im konkreten Fall stets zuerst aufgrund des in Frage stehenden verfassungsmäßigen Rechts und dem darin enthaltenen Gebot der Rechtssicherheit zu prüfen ist, ob die beanstandete Maßnahme zulässig ist. Nur wenn unter diesem Gesichtspunkt nichts entgegensteht, kann sich die Frage stellen, ob ganz besondere Umstände

[67] Anderer Meinung BAUMANN, a.a.O., S. 82, der in der Rechtssicherheit einen Ausfluß aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sieht.

[68] Ähnlich sieht IMBODEN diesen Gegensatz im Zusammenhang mit dem nichtigen Staatsakt; vgl. Der nichtige Staatsakt, S. 75f.

[69] Anderer Meinung GRISEL, Droit public non écrit, S. 147, der das Prinzip von Treu und Glauben in jedem verfassungsmäßigen Recht enthalten sieht («impliqué par n'importe quel droit constitutionnel»).

einen Schutz des individuellen Vertrauens des Betroffenen rechtfertigen. Der Vertrauensschutz kommt erst zur Geltung, wenn die Behörde nicht schon durch die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgebenden Sachnormen gebunden ist[70]. Die Subsidiarität des Grundsatzes von Treu und Glauben zeigt sich auch hier.

In einem neuesten Urteil (BGE 102 Ia 331 ff., *Surpunt Immobilien AG*) hat auch das Bundesgericht klar zwischen Rechtssicherheit und Treu und Glauben unterschieden. Im Zusammenhang mit einer gegen die Änderung eines Zonenplanes erhobenen staatsrechtlichen Beschwerde, die wegen der geltend gemachten Verletzung von Treu und Glauben nicht gutgeheißen werden konnte, führt es aus: «Auch wenn das zuständige Organ hinsichtlich der Geltungsdauer des Planes keine speziellen Zusicherungen abgegeben hat, kann sich der Grundeigentümer doch in jedem Falle auf das – mit dem Prinzip von Treu und Glauben verwandte, aber keine besondere Vertrauenssituation voraussetzende – Gebot der Rechtssicherheit berufen, welches verlangt, daß Zonenpläne eine gewisse Beständigkeit aufweisen und daher nur aus gewichtigen Gründen geändert werden. Es handelt sich alsdann um eine Interessenabwägung, welche vom Verfassungsrichter nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, sondern unter jenem der Eigentumsgarantie geprüft wird.» Die Verschiedenheit der beiden Prinzipien hatte in diesem Fall sogar zur Folge, daß das Bundesgericht wegen einer Besonderheit des kantonalen Verfahrens nur zur Rüge der Verletzung von Treu und Glauben Stellung nehmen und die Zulässigkeit der Planänderung unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie nicht überprüfen konnte, weshalb der Entscheid ein ungutes Gefühl hinterläßt.

B. Treu und Glauben ist keine Schranke der Gesetzesänderung

Daß Gesetze geändert werden können, ist eine Selbstverständlichkeit. Mit der Änderung einer gesetzlichen Regelung verhält sich der Gesetzgeber zwar widersprüchlich, doch liegt dies im Wesen der Fortentwicklung des Rechts und ist denn auch zulässig. Mit Rücksicht auf die Verläßlichkeit des Rechts ist die Gesetzgebung einzig an ein bestimmtes Verfahren gebunden, wodurch verhindert wird, daß Gesetze gleichsam über Nacht entstehen und ohne Wissen der

[70] Vgl. auch MAINKA, Vertrauensschutz, S. 35f.

Bürger bestehen können. In inhaltlicher Hinsicht untersteht sie den Schranken der verfassungsmäßigen Rechte[71], in deren Rahmen der Schutz des Vertrauens der Bürger eine Rolle spielen kann. Dies jedoch in seinem generellen Sinne, wie es unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit erheblich ist. Der Schutz eines individuell-konkreten Vertrauens in den Weiterbestand eines generellen Erlasses kann nicht in Frage kommen, weil es eben an einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Bürger und rechtssetzenden Organen fehlt.

Das Bundesgericht hat in neuerer Zeit denn auch wiederholt ausdrücklich festgehalten, daß der Grundsatz von Treu und Glauben gegenüber Gesetzesänderungen nicht angerufen werden kann[72]. Das gilt insbesondere auch für Zonenpläne, die als generell-abstrakte Normen betrachtet werden, selbst wenn sie nur eine kleinere Fläche betreffen. Nach konstanter Praxis beurteilt das Bundesgericht die Zulässigkeit ihrer Abänderbarkeit unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie und der Rechtssicherheit, wobei das Vertrauen der Eigentümer in den Bestand einer Zonenordnung insoweit geschützt wird, als deren Änderung nicht leichthin und ohne sachliche Gründe erfolgen darf, damit aber um so eher zu rechnen ist, je länger sie gedauert hat[73]. So verhält es sich selbst dann, wenn die Zonenordnung hinsichtlich eines bestimmten Grundstückes im Einspracheverfahren, also durch einen Rechtsanwendungsakt, festgesetzt worden ist[74]. Auch die Abänderbarkeit von Straßen- und Baulinienplänen wird unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, wie sie sich aus der Eigentumsgarantie ergibt, und nicht eines individuellen Vertrauensschutzes beurteilt[75].

Sowenig wie in der Gesetzesänderung selbst kann in der belastenden *Rückwirkung von Erlassen* ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben liegen. Denn auf der Ebene des generell-abstrakten Erlasses gibt es zwischen Bürger und staatlichen Organen kein besonderes Vertrauensverhältnis, welches Voraussetzung eines individuell-konkreten Vertrauensschutzes ist. Die Frage der Zulässigkeit der belastenden Rückwirkung wird vom Bundesgericht denn auch in konstanter Praxis aufgrund der Rechtsgleichheit, des Willkürverbotes und des allenfalls in Frage stehenden besonderen ver-

[71] die auf Bundesebene wegen Art. 113 Abs. 3 BV nicht durchsetzbar sind.
[72] BGE 102 Ia 336; 101 Ib 197 E. 3d; 100 Ib 298; 99 Ib 102.
[73] BGE 98 Ia 374; 94 I 345; 102 Ia 331.
[74] BGE 78 I 401 ff. *(Boog)*.
[75] BGE 90 I 333; 97 I 651.

fassungsmäßigen Rechts beurteilt[76]. Wenn neben den Erfordernissen, daß die belastende Rückwirkung ausdrücklich angeordnet, durch triftige Gründe gerechtfertigt, in zeitlicher Hinsicht mäßig sein muß und zu keinen stoßenden Rechtsungleichheiten führen darf, auch die Schranke der wohlerworbenen Rechte steht, so ist damit mehr als der Schutz eines auf besonderen Umständen beruhenden individuellen Vertrauens gemeint. Es können nur solche private Interessen einer Rückwirkung entgegenstehen, die sich zu einem subjektiven Recht verdichtet haben, das in seiner Intensität einem verfassungsmäßigen Recht, wie insbesondere der Eigentumsgarantie, gleichsteht. In BGE 92 I 235 hat das Bundesgericht in der nachträglichen Erhöhung einer Verkehrssteuer (Zoll), ohne daß der Betroffene noch die Möglichkeit gehabt hätte, den zusätzlich erhobenen Betrag zu überwälzen, eine Verletzung wohlerworbener Rechte gesehen. Man ist mit René A. Rhinow einverstanden, daß hier die Annahme eines wohlerworbenen Rechtes zu weit geht. Sein Vorschlag, einen solchen Rechtsstreit nach den Grundsätzen über die Bindung an eine unrichtige behördliche Auskunft zu beurteilen und die Rückwirkung zu verneinen, soweit der Private aufgrund des alten Rechts eine nicht mehr rückgängig zu machende Disposition getroffen hat[77], ist jedoch abzulehnen. Denn damit wird eben ein Kriterium herangezogen, das in konkreten Umständen eines bestimmten Einzelfalles liegt und in dem allgemeinen Verhältnis zwischen Bürger und generellem Erlaß keine Rolle spielen kann. Die fragliche Rückwirkung der Zollerhöhung ließe sich ohne weiteres mit der Begründung der Willkür ablehnen, indem es als stoßend zu betrachten ist, eine Verkehrssteuer der genannten Art, die erfahrungsgemäß auf Dritte abgewälzt wird, rückwirkend zu erhöhen.

Auch im Zusammenhang mit der *Vorwirkung* von Erlassen kann der Grundsatz von Treu und Glauben keine Rolle spielen. Vorwirkung eines Erlasses bedeutet, daß er schon vor seinem Inkrafttreten Wirkungen entfaltet. Am häufigsten kommt dies auf dem Gebiete des Baurechts vor, wo bis zum Inkrafttreten einer in Vorbereitung befindlichen neuen Bauordnung eine allgemeine Bausperre angeordnet oder einzelne Baugesuche zurückgestellt werden (negative Vorwirkung). Die sogenannte positive Vorwirkung, wonach gemäß

[76] BGE 100 Ia 155; 95 I 9 mit Verweisungen; 94 I 5; 92 I 233 E.5 mit Verweisungen; Grisel, L'application du droit dans le temps, S.245ff. mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

[77] Imboden/Rhinow, Bd.I, Nr.16 I B e, S.106f.

einem kantonalen Baugesetz ein aufgelegter Bebauungsplanentwurf schon vor seiner Annahme und Genehmigung provisorisch anwendbar ist, wurde vom Bundesgericht als verfassungswidrig erklärt, und zwar wegen Verstoßes gegen die Kompetenzordnung[78]. Abgesehen davon, daß bei der Vorwirkung von Rechtssätzen die Verläßlichkeit des Rechts, d.h. seine Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit, weit weniger in Frage steht als bei der Rückwirkung, verweist das Bundesgericht in diesem Zusammenhang auch nie auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Die Zulässigkeit der Vorwirkung wird stets unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie und der Willkür beurteilt[79]. Auch soweit sich die Vorwirkung einer in Aussicht stehenden neuen Bauordnung nicht in einer allgemeinen Bausperre, sondern in konkreten Einzelfällen äußert, indem ein eingereichtes Baugesuch von der Bewilligungsbehörde zurückgestellt wird, steht der Grundsatz von Treu und Glauben nicht in Frage. Wo eine Behörde die Behandlung eines Baugesuches über Gebühr hinauszögert, liegt ein Verstoß gegen das in Art.4 BV enthaltene Verbot der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung vor, das die Behörden verpflichtet, ein ordnungsgemäß eingereichtes Gesuch den Umständen entsprechend beförderlich zu behandeln[80].

Was die *wohlerworbenen Rechte* betrifft, die wie ein verfassungsmäßiges Recht – in der Regel die Eigentumsgarantie – bei der Gesetzesänderung zu beachten sind, so hat das Bundesgericht in BGE 101 Ia 443ff. *(VPOD)* im Zusammenhang mit Besoldungsansprüchen seine konstante frühere Praxis verlassen. Es ging dabei um die Frage, ob der kantonale Gesetzgeber die Besoldungsordnung der Beamten während der Amtsdauer abändern dürfe. Einige der betroffenen Beamten hatten sich dagegen – es handelte sich um den Verzicht auf die Teuerungszulage – mit staatsrechtlicher Beschwerde gewehrt mit der Begründung, sie hätten sich in guten Treuen darauf verlassen dürfen, daß die Besoldungsordnung nicht vor Ablauf der Amtsdauer abgeändert werde. Obwohl das Bundesgericht in den Erwägungen noch ausdrücklich festgehalten hat, daß der Grundsatz von Treu und Glauben gegenüber Gesetzesänderungen nicht angerufen werden könne, hat es den Entscheid dennoch darauf gestützt, indem es als eine Frage von Treu und Glauben behandelte, was bis

[78] BGE 100 Ia 157ff. *(Società di Banca Svizzera)*.

[79] Eingehend BGE 100 Ia 150ff. *(AG für Hypothekaranlagen)* mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur; BGE 99 Ia 485ff. *(Werder)*.

[80] BGE 95 Ia 125 *(Frediana S.A.)*.

anhin unter dem Gesichtspunkt der wohlerworbenen Rechte beurteilt worden war.

Seit jeher hatte das Bundesgericht im Einklang mit der Lehre die sogenannten wohlerworbenen Rechte unter den Schutz der Eigentumsgarantie gestellt, sofern sie, was in der Regel zutrifft, vermögenswerter Natur sind[81]. Auf diesem Boden stehen auch die kantonalen Rechtsordnungen, die oft ausdrücklich die wohlerworbenen Rechte der Eigentumsgarantie unterstellen[82]. Dementsprechend hat das Bundesgericht die Frage, ob bestimmte Besoldungs- und Pensionsansprüche von Beamten wohlerworbene Rechte seien, stets unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie geprüft[83]. Meistens ist ein wohlerworbenes Recht auf eine bestimmte Besoldung zu verneinen. Denn die Besoldungsordnungen sind wesensgemäß dem Wandel unterworfen, dem alle generellen Erlasse unterliegen, und sie setzen kaum einzelne Besoldungsansprüche aus bestimmten Dienstverhältnissen ein für allemal fest, um sie so der gesetzlichen Entwicklung zu entziehen; dies etwa im Gegensatz zur Konzession, bei welcher die finanziellen Leistungen und allfällige Steuerprivilegien formell verbindlich festgelegt sind und daher auch nur unter den für die Eigentumsgarantie geltenden Voraussetzungen und gegen Entschädigung aufgehoben oder eingeschränkt werden können[84]. In diesem in Band 101 Ia 443 *(VPOD)* veröffentlichten Entscheid wird dagegen die Auffassung vertreten, die Frage der Verletzung dieser behaupteten wohlerworbenen Rechte sei früher vorwiegend als Verletzung der Eigentumsgarantie und dann auch der Rechtsgleichheit im allgemeinen behandelt worden, während heute vor allem der Schutz von Treu und Glauben der Beamten im Vordergrund stehe. Eine Begründung dieses Meinungswandels ist weder in diesem noch in einem früheren Entscheid, noch auch in der dazu aufgeführten Literatur zu finden. Wohl gelangt man auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu dem Ergebnis, daß die in einem generellen Erlaß festgesetzten Besoldungsansprüche ohne Rücksicht auf die individuellen Interessen der Beamten abgeändert werden können, da eben kein besonderes Vertrauensverhältnis vor-

[81] BGE 98 Ia 662, 74 I 470, 65 I 290 sowie die bei IMBODEN/RHINOW in Bd. I, Nr. 122, S. 849 zitierten Urteile; keinen Vermögenswert stellen z. B. das durch Naturalisation geschaffene Recht und das Maturitätszeugnis dar, vgl. BGE 75 I 288 f., 99 Ia 453 ff.

[82] z. B. § 9 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Baselland.

[83] z. B. BGE 77 I 144, 70 I 23, 74 I 470.

[84] BGE 65 I 302 f.

liegt, aufgrund dessen die betreffenden Beamten sich auf die Unabänderlichkeit ihrer Besoldung verlassen dürften. Damit wird aber die Subsidiarität des Grundsatzes von Treu und Glauben verkannt, der immer erst dann herangezogen werden darf, wenn die aus den maßgebenden Sachnormen sich ergebende Lösung wegen ganz besonderer Umstände – die beim Vertrauensschutz in einem besonderen Verhalten der Behörde liegen – ungerecht erscheint. Daß die Voraussetzungen staatlicher Eingriffe zuerst aufgrund des in Frage stehenden verfassungsmäßigen Rechts, wie hier der Eigentumsgarantie, zu ermitteln sind, hat seinen guten Grund eben darin, daß damit klare und feststehende Kriterien zur Verfügung stehen, was bei der inhaltlich schwer faßbaren, auf dem Gerechtigkeitsgefühl beruhenden Generalklausel von Treu und Glauben nicht der Fall ist. Man kann nur hoffen, daß das Bundesgericht diese neue Auffassung nicht noch auf weitere wohlerworbene Rechte ausdehnt, wie zum Beispiel Konzessionen oder Fischereirechte. Diese Rechte würden ihres Gehaltes verlustig gehen, wenn sie nicht mehr unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stünden und ihre Beschränkung oder Aufhebung bloß nach den gemäß Treu und Glauben geltenden Regeln erfolgen würde. Auf der andern Seite führt die Überprüfung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben insofern zu einem weiteren Schutz, als nach der Eigentumsgarantie trotz Fehlens eines schweren Eingriffs die behauptete Rechtsverletzung frei überprüft wird; und das ist gerade bei Besoldungs- und Rentenansprüchen der Fall[85].

C. Treu und Glauben ist keine Schranke der Praxisänderung

Mit der Rechtsanwendung werden der Sinn eines Rechtssatzes und seine aktuelle Bedeutung im konkreten Fall ermittelt. Insoweit bleibt die Rechtsanwendung auf der Ebene des Rechtssatzes, und alle Bürger stehen zu ihr im gleichen Verhältnis. Selbst zu demjenigen, der im konkreten Fall vom Anwendungsakt betroffen ist, schafft die Behörde nicht eine besondere Beziehung, die zum Vertrauen darauf Anlaß geben könnte, daß künftig in gleichen Fällen wiederum so und nicht anders entschieden werde. Auslegung und Anwendung eines

[85] BGE 99 Ia 250 E. 2, vgl. hinten § 3; im gleichen Sinne steht die Kritik HANS HUBERS an dem genannten Urteil, in: Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1975, ZBJV 113, 1977, S. 42ff.

Erlasses begründen sowenig wie dieser selbst ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Bürger. Wohl muß der Bürger sich darauf verlassen können, daß das Gesetz nach dem ihm einmal gegebenen Sinne gehandhabt und die rechtsanwendende Behörde ihre Meinung über die Bedeutung einer Norm nicht ohne weiteres ändern wird. Das aber ist ein Gebot der Rechtssicherheit. Das Bundesgericht hat das Problem der Praxisänderung denn auch immer als eine Frage der Rechtssicherheit und insbesondere der Rechtsgleichheit im Sinne von Art. 4 BV betrachtet. In dem in Band 49 I 300 veröffentlichten grundlegenden Entscheid *(Einwohnergemeinde Bern)* hat es sich damit auseinandergesetzt und darauf hingewiesen, daß es dabei um einen Konflikt zwischen der im objektiv richtigen Recht verwirklichten materiellen Gerechtigkeit und der mit der formellen Gleichbehandlung verbürgten Rechtssicherheit geht. Im Interesse des objektiv richtigen, den tatsächlichen Gegebenheiten gerechten Rechts kann der rechtsanwendenden Behörde die Änderung einer Praxis ebensowenig versagt sein wie dem Gesetzgeber die Änderung des Gesetzes. Da die Praxisänderung jedoch nicht wie die Gesetzgebung an ein besonderes Verfahren gebunden ist, welches die neue Regelung voraussehen läßt, stellt die Rechtssicherheit hier andere Anforderungen. Darnach darf eine Praxisänderung nur erfolgen, wenn ernsthafte sachliche Gründe dafür sprechen und es sich insbesondere um eine durchgreifende, nicht nur auf den Einzelfall beschränkte Neuausrichtung handelt[86]. In BGE 56 I 442 *(Dettwiler)* führte das Bundesgericht weiter aus, daß die einander gegenüberstehenden Grundsätze der materiellen Gerechtigkeit bzw. des richtigen Rechts und der Rechtssicherheit je nach Rechtsgebiet von verschiedener Bedeutung seien, so daß bald der eine, bald der andere überwiegen werde. So sei bei Fristbestimmungen, deren Nichteinhaltung mit einem Rechtsverlust verbunden ist, worum es in diesem Falle ging[87], der Gedanke der Rechtssicherheit von erhöhter Bedeutung. In diesem Sinne kam es zum Schluß, die von der kantonalen Behörde aus triftigen Gründen aufgegebene Auslegung der Vorschriften über eine Fristberechnung könne um so weniger für willkürlich gehalten werden, als die Behörde von sich aus die Praxis-

[86] Aus neuerer Zeit BGE 96 I 376, 98 Ia 636 E. 5; AUBERT, a.a.O., Bd. II, Nr. 1826ff., S. 656ff. mit Hinweisen auf zahlreiche Urteile des Bundesgerichts; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 12. September 1974 in ZBl 76, 1975, S. 201.

[87] Wie auch schon BGE 49 I 300, wo aber schon die Voraussetzung eines triftigen Grundes für die Praxisänderung verneint wurde.

änderung vorerst in geeigneter Form bekannt gemacht hatte. Das Vertrauen, das der Bürger in die dem Gesetz einmal gegebene Auslegung haben soll und das bei Vorschriften über Rechtsmittelfristen besonders schützenswert ist, wurde in diesem Entscheid ganz allgemein und abstrakt verstanden und nicht im Sinne eines individuell-konkreten Vertrauens, wie es unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben von Bedeutung wäre. Diese Betrachtungsweise liegt auch dem späteren Urteil in BGE 94 I 16 *(Pompes S. A.)* zugrunde, wonach die Änderung der Auslegung einer Frist, deren Nichteinhaltung einen Rechtsverlust nach sich zieht, willkürlich ist, sofern sie nicht vorher bekannt gemacht wurde[88]. In dem in Band 97 I 100ff. veröffentlichten Entscheid *(Bader)*, der eine unklare rechtliche Ordnung über die Rechtsmittelfristen betrifft, wird dagegen ausdrücklich auf den Grundsatz von Treu und Glauben verwiesen. Dabei ging es aber auch hier einzig um die Auslegung der Vorschriften über die Rechtsmittelfristen, ohne daß eine besondere Zusicherung seitens der Behörden in Frage gestanden hätte. Wird eine unklare gesetzliche Ordnung über die Rechtsmittelfristen, welche den aus der Rechtssicherheit sich ergebenden Anforderungen nicht genügt, zum Nachteil eines Rechtsuchenden anders ausgelegt, als dieser sie in guten Treuen verstehen darf, so verstößt dies gegen das Willkürverbot und nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, dessen Anwendung ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzt. Wie aus der Begründung dieses Entscheides hervorgeht, hat das Bundesgericht der Sache nach gar nicht gemäß dem Grundsatz von Treu und Glauben geurteilt; das Vertrauen, das der einzelne in die Ordnung über die Rechtsmittelfristen haben soll, wurde nämlich vom Standpunkt des Durchschnittsbürgers aus beurteilt, und die Frage, ob der betreffende Beschwerdeführer die richtige Lösung hätte erkennen müssen, wurde gar nicht aufgeworfen. Daß die Auslegung und Anwendung des Gesetzes sowenig wie dieses selbst eine Sonderbeziehung zum Bürger schafft, welche zu einem besonderen Vertrauen in die einmal eingenommene Haltung der rechtsanwendenden Behörde Anlaß geben könnte, zeigt sich am deutlichsten dort, wo der gleiche Bürger später wiederum in einer gleichen Sache betroffen ist. So wird die Steuerbehörde durch eine Steuerveranlagung dem Steuerpflichtigen gegenüber nicht daran

[88] Das übersieht RHINOW, der unter Hinweis auf diese Urteile festhält, eine Praxisänderung dürfe den Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzen (IMBODEN/RHINOW, Bd. I, Nr. 72 B I e, S. 443).

gebunden, ein nächstes gleiches Rechtsgeschäft wiederum aufgrund der gleichen Berechnungsweise zu besteuern. Wird in der Zwischenzeit die für die Ermittlung des Steuerbetrages maßgebende Gesetzesvorschrift anders ausgelegt, so kann sich der Betroffene gegen die daraus folgende höhere Besteuerung eines wiederum gleichen Rechtsgeschäftes nicht auf die frühere Steuerveranlagung berufen und sagen, er hätte nicht mehr die Form dieses Rechtsgeschäftes gewählt, wenn er um die Praxisänderung gewußt hätte. Was einer Praxisänderung auch hier einzig entgegengehalten werden kann, ist das Fehlen von ernsthaften Gründen, wie sie unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit mit Rücksicht auf das allgemeine, je nach Rechtsgebiet mehr oder weniger gewichtige, Vertrauen der Bürger in die Beständigkeit der Rechtsanwendung ins Gewicht fallen[89].

In einem Entscheid vom 7. März 1973[90] hatte sich das Bundesgericht mit dem Fall zu befassen, da jemand der Basler Stiftung zur Förderung von Entwicklungsländern im Jahre 1970 eine Schenkung von Partizipationsscheinen der Geigy AG gemacht hatte. Bereits 1968 hatte der Betreffende eine Schenkung von Wertpapieren gemacht, wobei damals der steuerbare Kapitalgewinn von der Gemeinde Riehen aufgrund des Mittels zwischen Verkehrs- und Ertragswert ermittelt worden war. Bei der neuen Schenkung von 1970 setzte die Gemeinde jedoch entgegen der früheren Auslegung der maßgebenden kommunalen Vorschrift den steuerbaren Kapitalgewinn aufgrund des Verkehrswertes der Wertpapiere allein fest. Diese neue Berechnungsweise hatte den nicht geringen Unterschied von über Fr. 100000.– zur Folge, um den der steuerbare Kapitalgewinn höher wurde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt hatte auf Beschwerde des Schenkers hin diese kommunale Steuerverfügung aufgehoben mit der Begründung, daß der Steuerpflichtige ein berechtigtes Vertrauen in die der Steuerveranlagung von 1969 zugrundeliegende Berechnungsweise habe hegen dürfen und die neue Schenkung bestimmt nicht gerade in Form von Geigy-Titeln gemacht hätte, wenn er darum gewußt, daß die Gemeinde den Kapitalgewinn nunmehr nach dem Verkehrswert der Wertpapiere ermitteln würde. Das Bundesgericht hatte diesen Entscheid auf eine Beschwerde der Gemeinde Riehen wegen Verletzung der Gemeindeautonomie hin zu überprüfen. Es hielt die Überlegungen des Ver-

[89] In diesem Sinne REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Bd. III, § 71 N. 36ff., S. 328.

[90] Veröffentlicht in ZBl 75, 1974, S. 312ff.

waltungsgerichtes für unrichtig, weil eben eine Praxisänderung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen könne. Wenn es das angefochtene Urteil trotzdem nicht aufhob, so deshalb, weil es im Rahmen der Autonomiebeschwerde den angefochtenen Entscheid nur auf Willkür hin überprüfte und ihn immerhin nicht als geradezu stoßend und ungerecht betrachtete; die von der kantonalen Instanz offengelassene Frage, ob die Praxisänderung durch hinreichende Gründe überhaupt gerechtfertigt war, hatte es nicht zu prüfen.

In BGE 100 Ia 386ff. *(Lechleiter)* hat das Bundesgericht diese stets eingenommene und auch einzig richtige Haltung aufgegeben, wonach sich die Behörde mit einem Rechtsanwendungsakt dem Betroffenen gegenüber nicht bindet, in einem nächsten gleichen Fall die maßgebenden Gesetzesvorschriften wieder gleich auszulegen. Das Urteil betrifft eine kantonale Volksinitiative aus dem Jahre 1974, die vom Zürcher Kantonsrat wegen Nichteinhaltung eines gesetzlichen Formerfordernisses für ungültig erklärt worden war. In der Rückzugsklausel der Initiative war nämlich statt der Adresse einer jeden der als zum Rückzug ermächtigt aufgeführten Personen nur die Adresse des Parteisekretariates der PdA angegeben, deren Vorstand sie alle angehörten. Im Jahre 1972 hatte der Kantonsrat jedoch ein Volksbegehren, bei welchem das Initiativkomitee ebenfalls der Parteivorstand der PdA war, trotz des gleichen Formmangels irrtümlicherweise nicht für ungültig erklärt. Dies hat das Bundesgericht dazu bewogen, den Ungültigkeitsentscheid des Kantonsrates von 1974 wegen Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben aufzuheben. Es fand, daß der Kantonsrat dadurch, daß er 1972 die Initiative mit der gleichen Rückzugsklausel als gültig betrachtet hatte, die Mitglieder des Initiativkomitees in ihrer Annahme bestärkt habe, die gewählte Rückzugsklausel genüge den gesetzlichen Anforderungen. Dieser Entscheid erweckt Bedenken. Wird doch mit dem Einlaß des Grundsatzes von Treu und Glauben in den Bereich des wesensgemäß allgemeinen Verhältnisses zwischen Bürger und Gesetz eine Rechtsprechung begonnen, nach welcher es möglich ist, eine Behörde an der Änderung ihrer Praxis zu hindern aus Gründen, die in den individuellen Verhältnissen eines betroffenen Einzelnen liegen. An diesem Entscheid zeigt sich übrigens schon, wie schwer es hielte, den Kreis derjenigen Personen abzugrenzen, die in den Genuß eines solchen besonderen Vertrauens kommen sollten. Waren es 1974 doch nicht einmal die gleichen Personen, die Mitglied des Initiativkomitees von 1972 waren. Auch ließe sich sagen, daß irgendein Mitunterzeichner einer trotz Form-

mangels gültig erklärten Initiative in den Genuß des «durch die Gültigerklärung erweckten besonderen Vertrauens» kommen sollte, wenn er später einmal selbst Mitglied eines Initiativkomitees ist und eine gleich mangelhafte Rückzugsklausel verfaßt. Man kann nur hoffen, daß das Bundesgericht wieder auf das in BGE 98 Ia 637ff. veröffentlichte Urteil *(Bebi)* zurückkommt. Dort lehnte es im Zusammenhang mit der sogenannten zweiten Reußtalinitiative das Begehren, diese müsse der Volksabstimmung unterbreitet werden, nachdem auch die gleiche Ziele verfolgende erste Reußtalinitiative gültig erklärt worden sei, mit der Begründung ab, selbst die frühere Unterbreitung eines augenscheinlich verfassungswidrigen Volksbegehrens könne den Großen Rat nicht hindern, in Erkenntnis der verfassungsrechtlichen Lage nunmehr einen anderen Standpunkt einzunehmen.

Daß die Auslegung eines Gesetzes in einer *Vollziehungsverordnung* kein besonderes Vertrauensverhältnis zum Bürger schafft, steht einer Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur im Falle einer Änderung der Verordnung entgegen, sondern auch dann, wenn diese dem Gesetz widerspricht. Das Bundesgericht hat dies in BGE 101 Ia 120 festgehalten und dazu treffend ausgeführt: «Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes vermag in der Regel nur eine individuell-konkrete, d.h. an einen bestimmten Bürger gerichtete und auf einen bestimmten Fall bezogene Zusicherung der Verwaltungsbehörde eine Abweichung vom Gesetz zu rechtfertigen. Der Bürger, der sich lediglich am Wortlaut generell-abstrakter Normen orientiert, handle es sich um das Gesetz oder um eine ausführende Verordnung, muß das Risiko tragen, daß er den wahren Sinn der Norm nicht erfaßt oder die Nichtigkeit einer Vorschrift übersieht. Dies gilt auch für die Handhabung einer Vollziehungsverordnung, welche die im Gesetz umschriebenen Voraussetzungen der Steuerpflicht präzisiert oder konkretisiert. Der Bürger muß in Kauf nehmen, daß die rechtsanwendenden Behörden derartigen Verordnungsvorschriften die Gefolgschaft verweigern, wenn sie sich als gesetzwidrig erweisen. Der Grundsatz der Legalität geht insoweit dem Vertrauensschutz des Einzelnen vor, ansonst die Verwaltung in der Lage wäre, durch dem Gesetzessinn widersprechende Ausführungsbestimmungen den Willen des Gesetzgebers mit Hilfe des Vertrauensschutzes zu überspielen.» An dieses Prinzip hat sich das Bundesgericht aber gerade in diesem Falle nicht gehalten. Es ging dabei um die Besteuerung der ehevertraglichen Zuwendung des ganzen Vorschlags an den überlebenden Ehegatten. Nach § 1 Abs. 1

des aargauischen Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes (EStG) unterliegt der Besteuerung das Vermögen, das durch gesetzliche Erbfolge, letztwillige Verfügung, Erbvertrag, Schenkung oder «anderweitige Zuwendung» jemandem zu Eigentum anfällt. Nach § 4 Abs. 1 der dazugehörigen Vollziehungsverordnung unterliegt der Anfall des überlebenden Ehegatten aus dem ehelichen Vermögen nur insoweit der Steuerpflicht, als er auf erbrechtlicher und nicht güterrechtlicher Ausscheidung beruht, wobei in Abs. 2 präzisiert wird, daß im Falle der Güterverbindung daher steuerfrei ist, was dem überlebenden Ehegatten als Vorschlag gehört. Die Ehegatten X hatten im Jahre 1958 einen Ehevertrag abgeschlossen, nach welchem der gesamte Vorschlag dem überlebenden Ehegatten zufallen sollte. Als der Ehemann im Jahre 1974 starb, wurde die Ehefrau zur Erbschafts- und Schenkungssteuer veranlagt, wobei als Vorschlagsanteil lediglich der gesetzliche Drittel gemäß Art. 214 Abs. 1 ZGB abgezogen wurde. Die Beschwerde von Frau X, die geltend machte, das fragliche Vermögen sei nicht kraft Erbrechts, sondern aufgrund der ehevertraglichen Vorschlagsteilung auf sie übergegangen, wurde vom kantonalen Verwaltungsgericht abgewiesen mit der Begründung, daß als «anderweitige Zuwendungen» im Sinne von § 1 EStG auch güterrechtliche Zuwendungen zu behandeln seien, wenn sie wie im streitigen Fall schenkungsähnlichen Charakter hätten. Der abweichende Wortlaut von § 4 der Vollziehungsverordnung widerspreche dem Gesetz und sei daher unbeachtlich, was das aarg. Obergericht schon in zwei früheren Urteilen in den Jahren 1946 und 1955 festgestellt habe. Diese Auslegung des aarg. Steuergesetzes hielt das Bundesgericht unter dem Gesichtswinkel der Willkür für vertretbar. Es blieb somit nur der Ausweg über den Grundsatz von Treu und Glauben, wollte es die Beschwerde der Frau X gutheißen, die bei Kenntnis des wahren Sinnes des Gesetzes keinen solchen Ehevertrag geschlossen und den sofortigen Übergang des Vermögens auf die Nachkommen angeordnet hätte, um eine doppelte Besteuerung zu vermeiden. Es fand, daß hier ein ähnlicher Sachverhalt vorliege wie bei der öffentlichen Wegleitung zur Steuererklärung, weshalb der Vertrauensschutz ausnahmsweise Platz greifen dürfe, auch wenn keine individuell-konkrete Zusicherung der Behörde vorliege. Denn das Vorgehen der aargauischen Behörde, welche seit Jahrzehnten zulasse, daß die Bürger durch gesetzwidrige und daher nichtige, formell aber in Kraft gebliebene Ausführungsbestimmungen zu einem Steuergesetz irregeführt und gegebenenfalls dadurch zu steuerlich nachteiligen Dispositionen veranlaßt würden, verstoße

gegen die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns. Diese Anwendungen des Prinzips von Treu und Glauben trotz fehlender Voraussetzungen erscheint fragwürdig. Abgesehen davon, daß man eine Wegleitung zur Steuererklärung im Gegensatz zur Verordnung als eine Auskunft betrachten kann[91], ist die fragliche Vollziehungsverordnung gar nicht so eindeutig gesetzeswidrig; denn die Zuwendung des ganzen Vorschlags an den überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag kann ebensogut wie der Übergang des gesetzlichen Vorschlagsanteils als güterrechtliche Ausscheidung angesehen werden[92]. Wenn man sich indessen auf die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben besinnt, der als ein Gebot der Gerechtigkeit die rechtsanwendende Behörde zu einem Entscheid wider das Gesetz ermächtigt, wo dieses wegen besonderer Umstände zu einem stoßenden Ergebnis führt, so kann man sich diesem Urteil doch anschließen. Denn es verstößt gegen das Gerechtigkeitsempfinden, daß jemand aufgrund einer Verordnung, deren Gesetzwidrigkeit keinesfalls klar zu erkennen ist, zu Dispositionen veranlaßt wird, die eine doppelte Besteuerung der gleichen Vermögenswerte zur Folge haben. In diesem Sinne soll der Grundsatz von Treu und Glauben seinerseits nicht wieder starr nach den für seine Anwendung geltenden Regeln gehandhabt werden, wenn wirklich eine Ungerechtigkeit vorliegt, die anders nicht beseitigt werden kann[93]. Der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben und damit der Mißachtung des Prinzips, daß eine nichtige, weil gesetzwidrige Verordnung keine Geltung haben kann, hätte es allerdings nicht bedurft, wenn das Bundesgericht die kantonale Praxis zur Auslegung des Steuergesetzes frei hätte überprüfen können, was den Schluß zugelassen hätte, daß diese – im Gegensatz zur Vollziehungsverordnung – den Sinn des Gesetzes nicht richtig wiedergebe.

[91] Vgl. hinten S. 365 f.

[92] Vgl. die Kritik an diesem Entscheid von HANS HUBER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1975, in ZBJV 113, 1977, S. 17 f.

[93] Von diesem Gedanken hat sich das Bundesgericht auch in dem Fall der Besteuerung der Schenkung von Wertpapieren an eine Institution zur Förderung der Entwicklungshilfe, da es die Anwendung von Treu und Glauben durch das kant. Verwaltungsgericht nicht geradezu als willkürlich betrachtete, leiten lassen können (ZBl 75, 1974, S. 312 ff.). Ein solcher Ausnahmefall ist dagegen keineswegs in dem BGE 100 Ia 386 *(Lechleiter)* zugrundeliegenden Fall der Ungültigerklärung eines Volksbegehrens wegen eines früher nicht beanstandeten Formmangels gegeben. Dies schon deshalb, weil eine Initiative ja jederzeit wieder neu angehoben werden kann, was einzig neue Umtriebe und Kosten verursacht.

III. Die Natur des besonderen Vertrauensverhältnisses

Der Grundsatz von Treu und Glauben kann nur dort zur Anwendung kommen, wo die Behörde eine individuell-konkrete, d.h. an einen bestimmten Bürger gerichtete und auf einen bestimmten Sachverhalt bezogene Zusicherung gegeben hat. Diese Zusicherung lautet, daß in einem bestimmten Fall in bestimmter Weise entschieden werde. Stimmt diese Zusicherung dann nicht mit dem Gesetz überein, so wird die Sache im Sinne der Zusicherung und nicht gemäß dem Gesetz entschieden, sofern der Betroffene gutgläubig bzw. sein Vertrauen in das Verhalten der Behörde berechtigt war[94]. Im Gegensatz zum Privatrecht, wo ein guter Glaube und damit dessen Schutz nur in bestimmten, vom Gesetz vorgesehenen Fällen anerkannt wird, ist der Vertrauensschutz im öffentlichen Recht auf allen Gebieten und ohne Rücksicht auf die Form, in welcher eine Zusicherung gegeben wird, möglich. Die jeweils in Frage stehende rechtliche Regelung und die Art der Zusicherung sind einzig insoweit von Bedeutung, als sich darnach bestimmt, ob im konkreten Fall das Vertrauen des Betroffenen berechtigt ist. Wird eine Zusicherung durch *formelle Verfügung* gegeben, wie zum Beispiel eine Auskunft über die Rechtslage in einem feststellenden Verwaltungsakt oder durch Vorentscheid, oder die Einräumung einer Befugnis durch Erteilung einer polizeilichen Bewilligung, so richtet sich die Bindung der Verwaltung nach den Grundsätzen über den *Widerruf von Verwaltungsakten*. Nach Lehre und konstanter Praxis des Bundesgerichts ergeben sich diese Grundsätze aus dem jeweils in Frage stehenden besonderen verfassungsmäßigen Recht oder dem Willkürverbot von Art. 4 BV. So werden zum Beispiel die Zulässigkeit des Widerrufs einer Baubewilligung oder der Änderung eines Bebauungsplanes mit Sonderbauvorschriften unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie beurteilt[95]. Wenn dabei im Rahmen der Abwägung der einander gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen das individuelle Vertrauen des Betroffenen in die Verfügung berücksichtigt wird, so geschieht dies nicht im Sinne des Vertrauensschutzes nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben, auch wenn hier der Unterschied nicht groß ist und denn auch verschiedentlich von Treu und Glauben gesprochen wird. Es wird ein abstraktes Vertrauen des Betroffenen in den Bestand der Ver-

[94] GUENG, a.a.O., S. 451.
[95] BGE 94 I 343 ff. *(Hervaba)*.

fügung berücksichtigt in dem Sinne, als ein jeder sich auf Verfügungen der in Frage stehenden Art verlassen können soll. Bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben dagegen ist der Schutz des Vertrauens von einer Sorgfaltspflicht des Betroffenen abhängig, d. h. davon, ob dieser sich nach den konkreten Umständen auf die Zusicherung habe verlassen dürfen. Soweit es indessen um die Disposition geht, die der Betroffene im Vertrauen auf die Verfügung oder Zusicherung getroffen hat, ist die Situation gleich[96].

In einer formellen Verwaltungsverfügung kann aber unter Umständen eine Zusicherung liegen, die eine allfällige Bindung der Behörde einzig nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nach sich ziehen kann. Dies ist dort der Fall, wo ein Verwaltungsakt seinem Sinne nach mit einschließt, daß der gleiche Sachverhalt unter einem anderen, hier jedoch nicht in Frage stehenden Gesichtspunkt in bestimmter Weise beurteilt werden wird. Fällt dann dieser andere Entscheid dennoch anders aus, als nach der früheren Verfügung zu erwarten war, so liegt damit kein Widerruf dieser Verfügung vor[97]. Erst dort ist es notwendig und auch richtig, den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben heranzuziehen, wo die Verwaltung nicht durch eine formelle Verfügung gebunden ist, sondern der Betroffene sich zum Schutze seines Vertrauens bloß auf eine informelle Zusicherung der Behörde berufen kann. Eine solche Zusicherung, die unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ein berechtigtes Vertrauen begründen kann, ist in den verschiedensten Formen möglich. In Lehre und Rechtsprechung ist es üblich, ohne Unterschied den Begriff der behördlichen Zusage oder Auskunft zu verwenden. Im folgenden werden die Fälle aufgeführt, denen in der Praxis am meisten Bedeutung zukommt; abschließend kann diese Aufzählung indessen nicht sein.

A. Äußerungen der Verwaltung, die an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtet sind

In jedem Kanton wird eine *Wegleitung zur Steuererklärung* herausgegeben. Ihrem Inhalte nach ist sie eigentlich nichts anderes als eine Auslegung der steuerrechtlichen Vorschriften. Einer Vollzie-

[96] BGE 100 Ib 302ff. *(Bier-Import AG)* mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur; 99 Ia 453; HANGARTNER, Widerruf und Änderung von Verwaltungsakten; GRISEL, Droit administratif suisse, S. 208ff.

[97] Vgl. unten S. 369f.

hungsverordnung steht sie auch insoweit nahe, als sie wie der generell-abstrakte Rechtssatz sich an einen unbestimmten Personenkreis richtet. Die Meinungen sind deshalb geteilt, ob die Wegleitung zur Steuererklärung wie eine Verordnung zu behandeln oder ob in ihr eine Auskunft zu sehen ist, welche die Steuerbehörde grundsätzlich bindet. Das Bundesgericht nimmt diesen letzteren Standpunkt ein, welcher dem Sachverhalt eher gerecht wird als die formale Auffassung[98]. In dem BGE 91 I 136ff. zugrundeliegenden Fall ging es nicht um eine schriftliche Wegleitung, sondern um Erklärungen, welche im Kanton Schwyz im Hinblick auf die neu vorgesehene Steueramnestie auf Veranlassung des kant. Finanzdepartementes an öffentlichen Versammlungen abgegeben worden waren. So war den Steuerpflichtigen zugesichert worden, die Amnestie würde loyal gehandhabt, wogegen dann die eidg. Wehrsteuerbehörde für die Wehrsteuer sich mit den von einem Steuerpflichtigen gemachten Angaben über die Herkunft neu deklarierten Vermögens nicht zufriedengeben wollte.

Liegt ein Grundstück nach dem Zonenplan in der überbaubaren Zone, oder ist es im Katasterplan als «bebaubarer Wald» aufgeführt, so liegt darin nicht die Zusicherung, daß der Baumbestand auf diesem Land kein Wald im Sinne des eidg. Forstgesetzes sei und damit eine Rodungsbewilligung erteilt werden könne[99].

B. Auskunft und Zusage der Behörde

1. Rechtsmittelbelehrung

In einem Entscheid selbst oder durch sonstige Mitteilung erteilt die Behörde eine Rechtsmittelbelehrung. Diese gilt als Auskunft, woran die Behörde grundsätzlich gebunden ist, wenn sie sich als unrichtig erweist und der Rechtsuchende deswegen die Frist verpaßt hat[100]. Die Praxis des Bundesgerichts zur unrichtigen Rechtsmittelbelehrung zeigt übrigens gerade, wie der allgemeine Rechts-

[98] Gleicher Auffassung ist die herrschende Lehre, vgl. z. B. REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, § 71 N. 32, S. 326; anderer Meinung GUENG, a.a.O., S. 475 mit Literaturhinweisen.

[99] Entscheid des Bundesgerichts vom 19. Dezember 1973, in ZBl 75, 1974, S. 351ff.; nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts vom 24. Juni 1976 i.S. *H.*

[100] BGE 98 Ia 608; 78 I 297; 76 I 190.

grundsatz von Treu und Glauben erst herangezogen werden soll, wenn die maßgebenden Einzelnormen die Lösung nicht hergeben. Treu und Glauben wird hier nämlich nicht als selbständiges, neben dem Gesetz stehendes Prinzip angewendet, sondern als Kriterium im Rahmen der Auslegung der gesetzlichen Gründe für die Wiederherstellung einer verpaßten Frist. Nach konstanter Rechtsprechung gilt eine falsche Rechtsmittelbelehrung als Grund zur Wiederherstellung der Frist, und zwar sowohl im Sinne von Art. 35 OG als auch der kantonalen Verfahrensvorschriften[101]. Eine *Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung* besteht nur dort, wo die Verfahrensvorschriften sie ausdrücklich vorsehen. So hat das Bundesgericht des öftern entschieden, daß die kantonalen Behörden nicht verpflichtet sind, einen Rechtsuchenden auf den außerordentlichen Rechtsbehelf der staatsrechtlichen Beschwerde hinzuweisen[102]. Hat die Behörde dagegen eine Rechtsmittelbelehrung erteilt, ohne daß sie dazu verpflichtet war, so ist sie verbindlich[103].

2. Andere Auskünfte

In der heutigen Zeit, da die rechtliche Ordnung in immer mehr Lebensbereiche eingreift und die zu regelnden Sachgebiete sich wesensgemäß nur mit Vorschriften rechtlich erfassen lassen, die den Verwaltungsbehörden einen weiten Spielraum des Ermessens belassen, kann sich der Bürger oft nicht mehr aufgrund der Gesetze und Verordnungen allein über eine Rechtslage orientieren. Er ist daher darauf angewiesen, daß ihm die Behörde Bescheid gibt, welche rechtlichen Wirkungen die von ihm vorgesehenen Handlungen zur Folge haben werden und wie insbesondere die in den generellen Erlassen enthaltenen Generalklauseln, Kannvorschriften, Ermessensbegriffe und unbestimmten Rechtsbegriffe in seinem Falle gehandhabt werden sollen. Bevor jemand zu Bauzwecken ein mit Bäumen bewachsenes Grundstück kauft, will er wissen, ob dieser Baumbestand als Wald im Sinne des eidg. Forstpolizeigesetzes gilt und je nachdem die Rodungsbewilligung erteilt werden kann oder

[101] BGE 98 I 608 mit Hinweisen auf frühere Urteile; der grundlegende, nicht veröffentlichte Entscheid i.S. *Cabalzar* vom 22. Dezember 1945 enthält noch beide Begründungen nebeneinander.

[102] z. B. nicht publiz. Entscheide vom 27. Februar 1972 i.S. *Sch.* und vom 15. Oktober 1971 i.S. *M.*; betreffend die zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Februar 1974, in ZBl 76, 1975, S. 85f.

[103] BGE 96 III 99.

nicht. Bevor er ein vermögensrechtliches Geschäft tätigt, will er wissen, welche rechtliche Gestaltung die geringste steuerliche Belastung mit sich bringt. Gedenkt ein Lehrer, außerhalb des Kantons sich ein Haus zu bauen, so wird er sich vor dem Kauf des Grundstückes erkundigen, ob die Behörde das Gesetz, wonach einem Lehrer die Wohnsitznahme außerhalb des Kantons ausnahmsweise bewilligt werden kann, zu seinen Gunsten anwenden wird. Diesem Bedürfnis, zu erfahren, wie die Behörden einen bestimmten Sachverhalt beurteilen und wie sie entscheiden werden, wird in der Regel weitgehend entsprochen, auch wenn nur in seltenen Ausnahmefällen eine ausdrückliche Auskunftspflicht besteht[104].

C. Duldung eines rechtswidrigen Zustandes

Die Behörde kann einem Bürger gegenüber durch konkludentes Verhalten die Meinung aufkommen lassen, daß er sich im Rahmen seiner Befugnisse betätigt. Das geschieht vor allem dadurch, daß sie mit Wissen eine rechtswidrige Handlung oder einen rechtswidrigen Zustand duldet. Entrichtet zum Beispiel jemand mit Wissen der Behörde keine oder zuwenig Steuern, so kann er annehmen, dies sei in Ordnung, und die Behörde darf nicht hinterher Nach- und Strafsteuern erheben[105]. Der in Band 96 I 617 ff. veröffentlichte Entscheid handelt von einem Betriebsinhaber, der gemäß einer Verfügung der kantonalen Baudirektion verpflichtet wurde, die Abwasserverhältnisse bis zu einem bestimmten Datum zu sanieren, aufgrund verschiedener schriftlicher und mündlicher Erklärungen der zuständigen Behörde jedoch annehmen konnte, es würde ihm die Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes bis zur Fertigstellung der Gemeindekläranlage bewilligt. Er durfte deshalb nicht wegen Verstoßes gegen das Gewässerschutzgesetz bestraft werden.

Ein weiterer Fall betrifft einen Landwirt, von dem die anläßlich der einige Jahre zurückliegenden Güterzusammenlegung ausgerichteten Subventionen wegen Zweckentfremdung des meliorierten Landes zurückgefordert wurden. Die Behörde wußte jedoch schon von Anfang an, daß der Landwirt auf dem betreffenden Land die angeblich

[104] Vgl. vor allem GUENG, a.a.O., S. 450 f.; ferner MAINKA, a.a.O., S. 21 ff., der die besondere Abhängigkeit des Bürgers von der Tätigkeit der Verwaltungsbehörden im sozialen Leistungsstaat betont.

[105] BGE 96 I 684; 34 I 625; 36 I 566.

zweckfremde Baumschule errichten wollte. Aus dem Umstand, daß die Behörde ihn in Kenntnis des Sachverhaltes über Jahre gewähren ließ, durfte er deshalb darauf vertrauen, daß kein Grund zur Rückerstattung der Subventionen vorlag[106].

Auf dem Gebiete des Baurechts wird oft von einem Bauherrn, der eine Baute ohne Bewilligung oder anders als bewilligt erstellt, der von der Behörde angeordneten Abbruchverfügung entgegengehalten, er habe aus dem Verhalten der Behörde auf die entsprechende Genehmigung schließen dürfen. Daß eine Behörde bei voller Kenntnis die Bauarbeiten zuläßt und hinterher dann den Abbruch verfügt, worin ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu sehen wäre, wird allerdings kaum je vorkommen[107].

D. Zusicherung durch einen früheren anderen Entscheid in derselben Sache

Eine Zusicherung, daß über einen Sachverhalt in bestimmter Weise entschieden wird, kann unter Umständen darin liegen, daß die Behörde in derselben Sache bereits einen Entscheid getroffen hat, der allerdings eine andere rechtliche Frage betraf, die nunmehr erwartete Verfügung dem Sinne nach jedoch bereits miteinbezog. Dies wird oft geltend gemacht im Zusammenhang mit der Erteilung von polizeilichen Bewilligungen, deren Voraussetzungen unter verschiedenen Gesichtspunkten und oft nicht von der gleichen Verwaltungsbehörde zu überprüfen sind. Im Vordergrund steht das Gebiet des Baurechts. So glauben viele Grundeigentümer, mit der Erteilung der Baubewilligung stehe auch einer Bewilligung zur Rodung des Grundstückes nichts entgegen. Eine Zusicherung mag man auch darin sehen, daß die kantonale Behörde einem Ausländer die Bewilligung zum Kauf eines Grundstückes in der Schweiz mit der – in solchen Fällen üblichen – Auflage erteilt, es innert zwei Jahren zu überbauen; das Grundstück kann dann aber gar nicht überbaut werden, weil es zum Beispiel nicht gerodet werden darf oder Gründe des Gewässerschutzes dagegenstehen. Hat die Vormundschaftsbehörde in Wahrung der Interessen eines Minderjährigen den Verkauf eines bewaldeten Grundstückes zu Bauzwecken genehmigt, so meint der

[106] Entscheid des Regierungsrats des Kantons Aargau vom 10. Juli 1972, ZBl 74, 1973, S. 82ff.

[107] Weitere Beispiele bei IMBODEN/RHINOW, Bd. I, Nr. 76, S. 474.

Käufer, das Land dürfe auch gerodet werden, damit er bauen kann. In einem andern Fall wird dem Eigentümer eines im übrigen Gemeindegebiet gelegenen Grundstücks im Zusammenhang mit seinem Bauvorhaben die Bewilligung erteilt, die häuslichen Abwässer durch eine Sickergrube zu klären. Hinterher wird dann die Baubewilligung überhaupt verweigert, und zwar aus Gewässerschutzgründen. Wird, um ein weiteres Beispiel zu nennen, dem Inhaber eines Autotransportgewerbes bewilligt, auf seinem Grundstück eine Tankanlage zu errichten, wobei die Bewilligung der Tanksäule noch offengelassen wird, so wird der Betroffene annehmen, auch die Tanksäule, ohne welche die ganze Anlage keinen Wert hat, sei bereits genehmigt und der Vorbehalt betreffe bloß die Frage ihres Standortes. In dem weiteren Falle der Güterzusammenlegung, da einem Eigentümer als Ersatz für eingeworfenes Bauland eine mit Bäumen bewachsene, jedoch als Bauland bewertete neue Parzelle zugeteilt wird, muß der Betroffene ohne weiteres annehmen, daß er die neue Parzelle später auch überbauen darf.

Bei den sogenannten Bewilligungen auf Zeit kann die einmal erteilte Bewilligung keine Zusicherung auf deren Erneuerung darstellen. Der Sinn der befristeten Bewilligung liegt gerade darin, daß die Behörde die Voraussetzungen nach einer gewissen Zeit neu überprüfen kann. Anders lautet allerdings ein neuerer Entscheid des Bundesgerichtes, worin im Zusammenhang mit einer auf zwei Jahre befristeten Bewilligung zum Taxibetrieb erkannt wird, das vom Bewilligungsinhaber in die regelmäßige Erneuerung gesetzte Vertrauen sei schützenswert und verleihe mit Rücksicht auf die in solchen Fällen stets getätigten Investitionen einen Anspruch auf Erneuerung. Wird jedoch der Behörde aus Gründen des Vertrauensschutzes verwehrt, die Voraussetzungen einer Bewilligung nach deren Ablauf neu zu überprüfen, so wird damit unseres Erachtens das Rechtsinstitut der befristeten Bewilligung aus den Angeln gehoben[108].

[108] Entscheid des Bundesgerichts vom 7. November 1976, publiz. in ZBl 78, 1977, S. 174, und die in gleichem Sinne geübte Kritik auf S. 183.

IV. Die Voraussetzungen des Schutzes des Vertrauens in eine Zusicherung

A. Identität des Tatbestandes

Es ist klar, daß eine Bindung der Behörde nur bestehen kann, soweit der Sachverhalt Gegenstand der Zusicherung war. So hat insbesondere im Zusammenhang mit einer Auskunft der Bürger den Sachverhalt der Behörde richtig und vollständig zu unterbreiten, will er eine verläßliche Antwort haben. Die um Auskunft angegangene Behörde trifft auf der andern Seite aber *keine Untersuchungspflicht*. Ist das Auskunftsbegehren indessen offensichtlich unklar und unvollständig, so entspricht es dem von den staatlichen Behörden allgemein geforderten loyalen Verhalten, den Bürger zu beraten und zu belehren. Die Behörde tut dies übrigens im eigenen Interesse, um späteren Schwierigkeiten wegen Mißverständnissen vorzubeugen. Es ist deshalb zu empfehlen, daß in einer schriftlichen Auskunft der unterbreitete Sachverhalt festgehalten wird[109].

B. Identität der Rechtslage

Nach Lehre und Rechtsprechung kann das in eine behördliche Zusicherung gesetzte Vertrauen nur geschützt werden, wenn sich inzwischen die Rechtslage nicht geändert hat. Anders verhält es sich nur, wenn die Rechtsänderung selbst Gegenstand der Zusicherung ist[110]. Was die Änderung des Gesetzes betrifft, so kann dies praktisch nicht der Fall sein, denn das gesetzgebende Organ ist nicht eine Behörde, die Auskünfte geben kann, und die Verwaltung kann den Gesetzgeber nicht binden. Auch weiß ein jeder, daß Gesetze ändern können. Die Frage, ob eine Praxis gleich bleibt oder ob und inwiefern sie sich ändern wird, ist dagegen meist gerade der Gegenstand der Zusicherung. Hier liegt gerade der Sinn der Auskunft, indem der Bürger, bevor er seine Dispositionen trifft, wissen will, wie der in Frage stehende Sachverhalt nach dem geltenden Recht beurteilt werden wird. Eine Zusicherung der rechtsanwendenden Behörde kann aber dort einer Praxisänderung nicht entgegengehalten werden, wo die Auslegung des Gesetzes durch eine Vollziehungs-

[109] Dazu insbesondere GUENG, a.a.O., S. 502f.

[110] BGE 102 Ia 337 *(Surpunt Immobilien AG)* mit Hinweis auf frühere Entscheide; GUENG, a.a.O., S. 503.

verordnung erfolgt, deren Erlaß in der Zuständigkeit einer anderen Behörde liegt[111]. Das ist zum Beispiel der Fall beim eidg. Gewässerschutzgesetz[112] und beim eidg. Forstpolizeigesetz[113], wo der Bundesrat die dazugehörige Vollziehungsverordnung erläßt, mit dem Vollzug des Gesetzes aber in bestimmtem Umfang die kantonalen Behörden betraut sind.

Aus diesen Überlegungen geht hervor, daß das Erfordernis der Identität der Rechtslage eng verbunden ist mit der nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weiter verlangten Voraussetzung, daß die Zusicherung, um verbindlich zu sein, von der kompetenten Behörde gegeben worden sein muß. Auch auf die Sorgfaltspflicht des Betroffenen ist hier bereits hingewiesen, indem jeder weiß, daß generell-abstrakte Erlasse unabhängig von den mit ihrem Vollzug betrauten Behörden abgeändert werden können, und grundsätzlich auch wissen muß, daß eine unzuständige Behörde die zuständige Behörde nicht binden kann.

Zur *Praxisänderung* als solcher ist festzuhalten, daß sie nicht bloß Berichtigung einer irrtümlichen Rechtsauffassung ist[114]. Die Auslegung des Rechts ist immer Ermittlung des Sinnes und der aktuellen Bedeutung einer Norm[115], und Sinn und aktuelle Bedeutung können sich mit den herrschenden Anschauungen und den tatsächlichen Verhältnissen ändern.

Gerade im heutigen öffentlichen Recht, das viele Gebiete regelt, auf denen die tatsächlichen Verhältnisse stets im Fluß sind und insbesondere auch neue technische Errungenschaften eine wesentliche Rolle spielen, erfolgt eine Praxisänderung oft im Sinne einer Anpassung an neue Gegebenheiten. So kann zum Beispiel nicht gesagt werden, die frühere, weniger scharfe Praxis zum eidg. Gewässerschutzgesetz, Forstpolizeigesetz oder Luftfahrtgesetz habe auf einer irrtümlichen Auffassung beruht, sondern die Gefährdung der Um-

[111] GUENG, a.a.O., S. 504ff., setzt die Änderung einer Vollziehungsverordnung der Gesetzesänderung gleich, hält aber dementsprechend fest, daß sich eine Ausnahme vom Erfordernis der Identität der Rechtslage aufdrängt, wo die mit Verordnungsbefugnis ausgestattete Behörde eine Zusicherung über den Inhalt des von ihr neu zu schaffenden Verordnungsrechts abgibt.

[112] BG über den Schutz der Gewässer vor Verunreinigung vom 8. Oktober 1971.

[113] BG über die eidg. Oberaufsicht über die Forstpolizei vom 11. Oktober 1902.

[114] So auch AUBERT, Traité de droit constitutionnel, Nr. 1828 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; anderer Meinung GUENG, a.a.O., S. 506, IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Nr. 325 Anm. 7, S. 185/86.

[115] Vgl. vorn S. 316ff.

welt ist heute weit größer als früher, so daß sich eine schärfere Praxis zu den gesetzlichen Bestimmungen, welche dem Schutz der Gewässer, des Waldes und der Bevölkerung vor Lärm dienen, aufdrängt, wobei der heutige Stand der Technik zum Beispiel auch erhöhte Anforderungen an die Reinigung der Abwässer ermöglicht. In diesem Sinne steht auch BGE 97 I 753ff., wonach die zunächst als Geschicklichkeitsspielapparate bewilligten Spielautomaten «GO-N-STOP» verboten werden mußten, weil inzwischen die Erfahrung gemacht wurde, daß sie durch eine Veränderung in reine Glücksspielautomaten umgewandelt werden konnten.

Der Sinn der im öffentlichen Recht besonders häufig verwendeten Generalklauseln, Ermessensvorschriften und unbestimmten Rechtsbegriffe – welche den Bürger zur Einholung von Auskünften veranlassen – liegt gerade darin, daß die Anpassung an die sich ändernden tatsächlichen Verhältnisse erfolgen kann, ohne daß das Gesetz selbst geändert werden müßte. So kann denn auch eine aufgrund der früheren Praxis gegebene Auskunft durchaus richtig gewesen sein[116].

Was die *tatsächlichen Verhältnisse* im besonderen betrifft, so können sie sich so sehr verändern, daß die Bindung der Behörde an eine Zusicherung unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses nicht mehr gerechtfertigt ist. Wenn zum Beispiel infolge veränderter Verhältnisse der Widerruf eines feststellenden Verwaltungsaktes oder einer erteilten Bewilligung zulässig ist, so kann auch die Auskunft oder Zusage nicht mehr verbindlich sein. Muß zum Beispiel eine Baubewilligung zurückgenommen werden, weil wider alles Erwarten eine Lawine niedergegangen ist und das betreffende Gebiet nunmehr als lawinengefährdete Zone gelten muß, so kann a fortiori auch die Zusicherung der Erteilung der Baubewilligung nicht mehr eingehalten werden[117]. Steht also ein überwiegendes *öffentliches Interesse,* welches wie bei Widerruf von Verwaltungsakten durch Abwägung der auf dem Spiele stehenden öffentlichen und privaten Interessen zu ermitteln ist, der Ausübung einer Befugnis entgegen, so kann auch die entsprechende Zusicherung für die Behörde nicht verbindlich sein. So konnte zum Beispiel in dem BGE 101 Ia 328ff. *(Perly Soleil SA)* zugrundeliegenden Fall der Genfer Regierungsrat die Zusicherung der Überbauung eines Grundstückes mit Wohnblöcken nicht mehr einhalten, weil nach der

[116] Anderer Meinung GUENG, a.a.O., S. 506.

[117] Entscheid des Bundesgerichts vom 17. Februar 1971, in ZBl 72, 1971, S. 473, betr. Widerruf der Baubewilligung.

inzwischen beschlossenen Linienführung eine Autobahn in der Nähe durchführen sollte[118].

In zeitlicher Hinsicht ist der Schutz des Vertrauens in eine Zusicherung auf eine bestimmte *Dauer beschränkt,* die sich je nach dem in Frage stehenden Rechtsverhältnis bemißt. So kann der Eigentümer, der sich darauf beruft, es sei ihm die Bebaubarkeit seines Grundstückes zugesichert worden, nach einer ihm nachteiligen Praxisänderung schon deshalb keine Ausnahmebewilligung beanspruchen, weil er bis zur Einreichung seines Baugesuches einige Jahre hat verstreichen lassen. Es kann nichts anderes gelten als bei der Erteilung einer Befugnis durch formellen Verwaltungsakt und dessen Widerruf. Wer von einer Baubewilligung innert der im Gesetz vorgesehenen Frist keinen Gebrauch macht, kann wohl ihre Erneuerung beantragen, doch kann diese nur nach den nunmehr herrschenden rechtlichen Voraussetzungen erfolgen. Wenn zudem selbst eine formell erteilte Bewilligung, die aufgrund einer inzwischen geänderten Rechtslage nicht mehr oder nur unter verschärften Bedingungen erteilt werden könnte, widerrufen oder abgeändert werden darf, sofern von ihr noch kein Gebrauch gemacht worden ist[119], so muß dies erst recht für eine bloße Zusicherung gelten. Auf dem Gebiete des Baurechtes genügt deshalb schon eine Frist von einigen wenigen Jahren, innert welcher der Eigentümer nicht nach der geltend gemachten Zusicherung handelt und die in Aussicht gestellte Baubewilligung oder Rodungsbewilligung nicht einholt, um eine Berufung auf Treu und Glauben auszuschließen[120]. Es ist deshalb schlechthin unverständlich, weshalb das Bundesgericht in dem in BGE 99 Ib 94ff. veröffentlichten Entscheid *Hadbi* gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben eine vom Walliser Regierungsrat im Jahre 1972 entgegen den geltenden Vorschriften der Vollziehungsverordnung zum Forstpolizeigesetz erteilte Rodungsbewilligung schützte, weil der Regierungsrat vor mehr als 40 Jahren den Verkauf jener Parzelle zum Zwecke der Überbauung genehmigt hatte; dies abgesehen davon, daß die neue verschärfte Praxis vom

[118] Im gleichen Sinne GUENG, a.a.O., S. 507.

[119] BGE 100 Ib 95ff.; 98 Ib 249; 94 I 344; 92 I 235; 90 I 15; für den Widerruf einer Verfügung, mit der ein dauerndes Verhalten gestattet wird, BGE 100 Ib 303f. (Bezeichnung eines Bieres als Diätbier); IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Nr. 322, S. 170ff.

[120] Nicht publiz. Entscheide des Bundesgerichts vom 2. März 1973 i.S. *de S.*: 4 Jahre; vom 14. Juli 1976 i.S. *B.*: 2 Jahre, und zwar seit der Erteilung einer formellen Rodungsbewilligung.

Bundesrat und nicht vom Walliser Regierungsrat ausging, in dessen Genehmigung des Kaufvertrags unter den im Jahre 1929 herrschenden Rechtsverhältnissen eine Zusicherung der Rodungsbewilligung hatte gesehen werden können[121].

C. Kompetenz der Behörde

Eine Zusicherung kann nur verbindlich und das vom Betroffenen hierin gesetzte Vertrauen berechtigt sein, wenn die Behörde dabei im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt hat oder als im Rahmen ihrer Zuständigkeit handelnd betrachtet werden konnte[122]. So begründet der Bescheid einer Verwaltungsbehörde über den Inhalt neu zu schaffenden Rechts kein berechtigtes Vertrauen, und der Betroffene kann für sich keine Abweichung vom neuen Gesetz beanspruchen, wenn dieses anders ausfällt. Auch dort, wo die Auslegung eines Gesetzes durch eine Vollziehungsverordnung erfolgt, kann die mit dem Vollzug des Gesetzes betraute Behörde nur dann eine die zukünftige Praxis betreffende Zusicherung geben, wenn auch der Erlaß der Vollziehungsverordnung in ihrer Kompetenz liegt. So kann in der Genehmigung des Verkaufs eines bewaldeten Grundstückes als Bauland von einem kantonalen Departement, die aus vormundschaftsrechtlichen Gründen erteilt wurde, keine Zusicherung der erforderlichen Rodungsbewilligung gesehen werden. Auch wenn die zuständige kantonale Behörde, in der Regel der Regierungsrat, einem Ausländer den Erwerb eines bewaldeten Grundstückes bewilligt und daran die – übliche – Bedingung knüpft, daß das Grundstück innert einer bestimmten Frist zu überbauen ist, so sichert sie damit nicht die erforderliche Rodungsbewilligung zu[123]. Ein anderes Beispiel betrifft den Fall, da ein Gemeindeschreiber beim Abschluß des Kaufvertrags über ein Grundstück für eine Überbauung als Urkundsperson mitwirkte und die Parteien nicht darüber orientierte, daß von der Gemeinde bereits ein Architekt mit der Planung eines Sportplatzes auf eben diesem Grundstück beauftragt war und dieses damit aller Voraussicht nach in die Zone für

[121] Zur Frage der Dauer der Verbindlichkeit eingehend GUENG, a.a.O., S. 511 f. mit Literaturhinweisen.

[122] BGE 99 Ib 103 *(Hadbi)*; 101 Ia 99 *(Kurth)*; 96 I 15 *(Jeske)*.

[123] Nicht publiz. Entscheide des Bundesgerichts vom 8. Dezember 1972 i.S. *B.* und vom 1. Dezember 1972 i.S. *F.*, worauf der in Rivista di diritto amministrativo Ticinese 1977, Nr. 111 publiz. Entscheid des BGer vom 2. März 1973 i.S. *S.* verweist.

öffentliche Bauten kommen sollte. Das Bundesgericht hat erkannt, daß der betreffende Gemeindeschreiber den Vertrag nicht in seiner Eigenschaft als Gemeindefunktionär, sondern als Urkundsperson beurkundet habe, weshalb dessen Verhalten bei den Parteien kein berechtigtes Vertrauen in die Überbaubarkeit des Grundstücks habe begründen können. Insbesondere wurde auch eine Auskunftspflicht des Gemeindeschreibers verneint, wonach dieser die Vertragsparteien über die Absichten der Gemeindebehörden hätte aufklären müssen[124]. Ferner kann ein Sachbearbeiter keine verbindliche Auskunft geben in einer Sache, die von der Gesamtbehörde zu entscheiden ist. Der Winterthurer Mittelschullehrer, der in der Hoffnung auf die im Gesetz vorgesehene ausnahmsweise Bewilligung des Wohnsitzes in einem andern Kanton bereits Bauland im Kanton Thurgau erworben hatte, konnte dem ablehnenden Entscheid des Regierungsrats einen Schutz seines Vertrauens in die Auskunft des für sein Gesuch zuständigen Sachbearbeiters zwar schon deshalb nicht entgegenhalten, weil dieser ihn nur über den jeweiligen Stand des Gesuches unterrichtet hatte; dabei war ihm erklärt worden, daß sein Gesuch Aussicht auf Genehmigung habe und ein befürwortender Antrag des Erziehungsdirektors an den zum Entscheid zuständigen Regierungsrat vorliege (BGE 98 Ia 463f., *Zuberbühler*). In solchen Fällen kann indessen eine Rolle spielen, ob der Betroffene nach den Umständen annehmen durfte, der Beamte habe eine Auskunft im Rahmen seiner Kompetenzen erteilt, was auch heißen kann, er habe dies im Namen der entscheidenden Behörde getan.

Für das Gebiet des *Baurechts* ist festzuhalten, daß die Planungsbehörden und auch der Gemeinderat, welche einen Zonenplan zuhanden der Stimmbürger ausarbeiten, keine verbindlichen Zusicherungen über eine vorgesehene bestimmte Zoneneinteilung geben oder deren Bestehenbleiben gewährleisten können. Die Verwaltung kann dies nur tun, wenn die Kompetenz zu Erlaß und Änderung des Planes in ihren Händen liegt[125]. Das gilt nicht weniger für einen Bebauungsplan mit Sonderbauvorschriften, der ja stets aufgrund eines bestimmten Bauprojektes und meist in langem und engem Zusammenwirken von Bauherr und Planungsbehörde ausgearbeitet wird. Wird der Bebauungsplan von den Stimmbürgern nicht angenommen, so kann der Bauherr nicht eine Ausnahmebewilligung von

[124] Nicht publiz. Entscheid vom 14. November 1973 i.S. B.
[125] BGE 102 Ia 337.

der Zonenordnung verlangen unter Berufung darauf, daß die befürwortende Haltung der Planungsbehörde ihn dazu veranlaßt habe, die Überbauung vorzusehen und das betreffende Land zu erwerben[126]. Das muß indessen nicht heißen, der Grundeigentümer habe jede Änderung von Plan- und Zonenordnung hinzunehmen. Den hinreichenden Schutz seines Vertrauens in den Bestand einer Zonenordnung bietet ihm aber die Eigentumsgarantie und nicht der Grundsatz von Treu und Glauben. Aus der Eigentumsgarantie folgt, daß Zonenplan und Bebauungsplan nur aus sachlichen Gründen abgeändert werden dürfen, ansonst es am öffentlichen Interesse fehlt, welches das – unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ins Gewicht fallende – Interesse am Schutz des Vertrauens des Einzelnen in den Bestand der Ordnung überwiegen muß. In diesem Sinne hat das Bundesgericht in dem in BGE 94 I 336ff. *(Immobiliengesellschaft Hervaba)* behandelten Fall eine von der Gemeindeversammlung von Elgg beschlossene Aufhebung einer Spezialbauordnung für ein bestimmtes Grundstück als verfassungswidrig erklärt. Diese Aufhebung der Spezialbauordnung war auf das Baugesuch eines Unternehmers hin beschlossen worden, der von der Gemeinde ein Grundstück gekauft hatte, wofür der Gemeinderat aufgrund der Spezialbauordnung bereits einen Gesamtüberbauungsplan ausgearbeitet hatte. Auch im Fall *Surpunt Immobilien AG* (BGE 102 Ia 331ff.) wäre das Bundesgericht – hätte es den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie überprüfen können – möglicherweise zum Schlusse gekommen, daß es an den gewichtigen Gründen für die Änderung des Zonenplanes, die erst und gerade auf ein der betreffenden Zone entsprechendes Baugesuch hin erfolgte, gefehlt hätte[127].

Was das eingangs erwähnte Beispiel des Bauherrn betrifft, den Gemeinderat, Bauausschuß und Planungskommission veranlaßt hatten, mit der Verwirklichung eines nach der geltenden Zonenordnung zulässigen Bauprojektes zuzuwarten und es dem in Vor-

[126] Zur Rechtsnatur des Bebauungsplans BGE 94 Ia 343 (Immobiliengesellschaft *Hervaba*).

[127] Niemals aber kann das öffentliche Interesse an einer Planungsmaßnahme schon damit begründet werden, daß die Stimmbürger sie wollen, oder möglicherweise wollen werden, wie das Bundesgericht in einem in ZBl 78, 1977, S. 65ff. veröffentlichten Entscheid vom 21. September 1976 dies getan hat. Damit verlöre das aus den verfassungsmäßigen Rechten sich ergebende Erfordernis des öffentlichen Interesses an einem staatlichen Eingriff jede Bedeutung, wo dieser durch Erlaß des Gesetzgebers erfolgt.

bereitung befindlichen neuen Teilzonenplan anzupassen, welcher eine den Bedürfnissen des Bauherrn immer noch entsprechende Ausnützung zulassen werde, so war es die kantonale Planungskommission, welche die Behörden der Gemeinde Sissach veranlaßte, entgegen der gegebenen Zusicherung für das betreffende Gebiet eine weit niedrigere Ausnützungsziffer vorzusehen (BGE 88 I 145ff., *Buser*). Die Gemeindebehörden betrachteten es aber offenbar als eine Ungerechtigkeit, wenn der Wimag AG die Überbauung nicht entsprechend der Zusicherung ermöglicht würde, weshalb die Gemeindeversammlung dann einen Teilrichtplan annahm, der für das betreffende Gebiet die von der kantonalen Planungskommission angeordnete niedrige, für das Grundstück der Wimag AG jedoch im Sinne einer Ausnahme eine höhere Ausnützungsziffer vorsah. Das Bundesgericht hatte diesen Fall auf staatsrechtliche Beschwerde der andern Grundeigentümer hin zu überprüfen, die in der besseren Behandlung der Wimag AG eine Verletzung der Rechtsgleichheit sahen. Diese Beschwerden wurden abgewiesen mit der Begründung, der Schutz des Vertrauens der Wimag AG in die behördliche Zusicherung, die freiwillig auf die Ausführung des zulässigen Bauprojektes verzichtet und die mit dem Zuwarten verbundenen Inkonvenienzen auf sich genommen habe, rechtfertige die ungleiche Behandlung[128].

Auch wenn übrigens hier die Stimmbürger von Sissach und der Regierungsrat, der den Entscheid der Gemeindeversammlung geschützt hatte, nicht selbst der Wimag AG entgegengekommen wären, so hätte unseres Erachtens ein Fall vorgelegen, in welchem der Vertrauensschutz gerechtfertigt war, auch wenn die Zusicherung der Behörde über ihre Kompetenzen hinausging. Da die Wimag AG aus Entgegenkommen das zulässige Bauvorhaben nicht verwirklicht, es abgeändert und den mit dem Zuwarten verbundenen Zeitverlust sowie die Verteuerung der Baukosten auf sich genommen hatte, wäre es ein Verstoß gegen das Gerechtigkeitsgefühl gewesen, ihre Grundstücke der von der kantonalen Planungskommission für das betreffende Gebiet vorgeschriebenen weit tieferen Ausnützungsziffer zu unterstellen. Hat das Prinzip von Treu und Glauben den

[128] Wie GUENG, a.a.O., S. 505f. mit Recht bemerkt, hat IMBODEN aus diesem Entscheid voreilig den allgemeinen Schluß gezogen, eine Auskunft könne namentlich auch dann bindend sein, wenn sie sich auf den Inhalt neu zu schaffenden Rechts beziehe; vgl. Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, Nr. 343, S. 224.

Sinn, die rechtsanwendende Behörde zu einem vom Gesetz abweichenden Entscheid zu ermächtigen, wo es angesichts ganz besonderer Umstände zu einer Ungerechtigkeit führt, so sollen auch die für seine Anwendung geltenden Grundsätze nicht starr durchgesetzt werden, wo eine wirkliche Ungerechtigkeit nicht anders beseitigt werden kann. Dies allerdings nur mit größter Zurückhaltung und in seltensten Ausnahmefällen.

Im Sinne einer solchen Ausnahme ist das Bundesgericht, soweit bekannt, noch in zwei weiteren Fällen vom Erfordernis der Kompetenz der die Zusicherung gebenden Behörde abgewichen; beide betreffen das Güterzusammenlegungsverfahren. Das in BGE 97 I a 492 ff. veröffentlichte Urteil betrifft den Waadtländer Bauern *Pittet*. Nachdem sein im Dorf gelegenes Haus mit Scheune abgebrannt war, hatte er sich, gestützt auf das von der kantonalen Güterzusammenlegungskommission ausgearbeitete Aussiedlungsprojekt, welches für ihn eine befriedigende Neuzuteilung vorsah, zur Umsiedlung an die Grenze des Gemeindegebietes entschlossen und dort seinen neuen Hof gebaut. Nachdem der neue Hof an dem im Aussiedlungsprojekt vorgesehenen Ort erstellt war, wurde der definitive Zuteilungsplan veröffentlicht, der von den Organen der Güterzusammenlegungskorporation so zum Nachteil von Pittet abgeändert worden war, daß er sich unter diesen Umständen nicht zur Aussiedlung entschlossen hätte. Das Bundesgericht hat seine staatsrechtliche Beschwerde gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben geschützt. Es fand, auch wenn im Güterzusammenlegungsverfahren die Organe der Korporation einzelnen Mitgliedern hinsichtlich der Neuzuteilung grundsätzlich keine Zusicherung machen dürfen und die Korporation grundsätzlich auch nicht an das Projekt der kantonalen Planungskommission gebunden sei, so müsse angesichts der besonderen Umstände das Vertrauen, das Pittet in das ihm von der kantonalen Behörde vorgelegte Aussiedlungsprojekt gesetzt habe, geschützt werden. Der Entscheid der kantonalen Behörden, die auf der für Pittet nachteiligen Neuzuteilung beharrten, bedeutete offensichtlich eine Ungerechtigkeit, die aus der Welt zu schaffen war. Der andere Fall (BGE 98 I b 503 ff., *Zanini*) betrifft den Grundeigentümer, dem im Jahre 1964 bei der Neuzuteilung zum Ersatz für eingeworfenes Bauland eine an anderer Stelle gelegene überbaubare Parzelle zugeteilt worden war, und zwar vom Regierungsrat des Kantons Tessin im Beschwerdeverfahren. Als er 1971 sein Bauvorhaben verwirklichen wollte, lehnte der Regierungsrat das Rodungsgesuch gestützt auf die kurz zuvor revidierte Vollziehungsverordnung zum

eidg. Forstpolizeigesetz ab. Auch wenn die Änderung der Praxis zum Forstpolizeigesetz, die eine Verschärfung der Voraussetzungen für Rodungsbewilligungen mit sich brachte, nicht beim Tessiner Regierungsrat lag, hatte das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Eigentümers gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben geschützt und den Regierungsrat angehalten, eine Ausnahmebewilligung zur Rodung zu erteilen. Dieses Urteil ist sicher gerecht. Zudem ist es um so eher gerechtfertigt, als die der Zuteilung der betreffenden Parzelle zugrundeliegende Annahme des Regierungsrates, der darauf befindliche Baumbestand sei kein Wald im Sinne des eidg. Forstgesetzes – was nach der damaligen Rechtslage auch zutraf –, überhaupt die Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit seines Beschwerdeentscheides war. Auch ist im Güterzusammenlegungsverfahren eine nachträgliche Abänderung der endgültigen Neuzuteilung wegen der stets davon betroffenen Interessen anderer Eigentümer mit fast unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden.

D. Der gute Glaube des Betroffenen

Hat sich ein Bürger auf eine falsche behördliche Zusicherung verlassen, so ist sein Vertrauen nur dann berechtigt und die Zusicherung bindend, wenn er deren Unrichtigkeit nicht ohne weiteres hat erkennen können[129]. Der Betroffene muß also *guten Glaubens* sein. Mit der im öffentlichen Recht verwendeten Formel des «berechtigten Vertrauens» ist das gleiche gemeint, was für den Vertrauensschutz im Privatrecht gilt, und die Voraussetzungen für den Schutz des guten Glaubens sind denn auch grundsätzlich die gleichen. Nach Art. 3 Abs. 2 ZGB ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte. Es wird vom Bürger eine bestimmte *Sorgfaltspflicht* verlangt, die nach den konkreten Umständen des Falles zu beurteilen ist, wobei nicht nur seine subjektiven Voraussetzungen, sondern auch das in Frage stehende Rechtsgebiet bzw. die Klarheit der rechtlichen Regelung ins Gewicht fallen.

In BGE 76 I 190 *(Veith)* hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer falschen Rechtsmittelbelehrung gesagt, der Rechtsuchende brauche nicht damit zu rechnen, daß die Belehrung über

[129] BGE 99 Ib 101 *(Hadbi)*; 96 I 15 *(Jeske)* mit Verweisungen.

die Voraussetzungen für die Beschwerdeführung fehlerhaft sei. Das muß für die behördliche Zusicherung ganz allgemein gelten. Nicht nur aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der von den Behörden ein loyales Verhalten fordert, sondern schon aus dem ganz allgemeinen Gebot, daß die Tätigkeit der staatlichen Organe im Einklang mit der Rechtsordnung zu stehen hat, muß sich die grundsätzliche Vermutung ergeben, daß die Behörden richtig handeln. *Der Bürger muß nicht davon ausgehen, daß eine behördliche Zusicherung unrichtig ist, sondern er darf ihre Richtigkeit vermuten.* Diesen Grundgedanken bringt das Bundesgericht damit zum Ausdruck, daß die Unrichtigkeit einer Zusicherung «offensichtlich», «ohne weiteres» oder «sofort («immédiatement») erkennbar» sein muß[130]. An die Sorgfaltspflicht dürfen also keine hohen Anforderungen gestellt werden.

Was insbesondere den *Rechtsanwalt* betrifft, so läßt sich unter Umständen eine höhere Sorgfaltspflicht annehmen. Das darf jedoch nicht dazu führen, daß der Rechtsanwalt im Gegensatz zum gewöhnlichen Bürger grundsätzlich von der Unrichtigkeit einer behördlichen Zusicherung auszugehen hat und zu ihrer genauen Überprüfung verpflichtet ist. Diese Haltung nimmt auch das Bundesgericht ein. So zeugt ein in BGE 96 II 72 veröffentlichtes Urteil von Verständnis für den stets unter Zeitdruck stehenden Anwalt. Darnach hat es die Wiederherstellung einer verpaßten Frist für die Berufung gewährt, welche gestützt auf die vom kantonalen Gericht erteilte, dem bereits in Kraft stehenden revidierten OG entsprechende, auf den betreffenden Fall aber noch nicht anwendbare Rechtsmittelbelehrung eingereicht worden war. Die Unklarheit der Übergangsbestimmungen zum revidierten OG, die Ursache der falschen Rechtsmittelbelehrung war, hatte das Bundesgericht allerdings in BGE 95 II 279 beseitigt, der knapp vierzehn Tage vor Ablauf der Berufungsfrist erschienen war und auf den vorher Tageszeitungen und Fachzeitschriften aufmerksam gemacht hatten. Das Bundesgericht fand jedoch, es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Anwalt der Beklagten diese ihm zugänglichen Veröffentlichungen vor Ablauf der Berufungsfrist tatsächlich gelesen hätte, und es sei ihm auch kein Vorwurf daraus zu machen, daß er dies nicht bereits getan. Auch in BGE 78 I 297 *(Mommendey)* hat das Bundesgericht einen kantonalen Nichteintretensentscheid wegen Verspätung des eingelegten Rechtsmittels nicht deshalb geschützt, weil der betref-

[130] BGE 76 I 190; 98 Ia 608; 96 I 15.

fende Rechtsanwalt die maßgebende Prozeßvorschrift, der die Rechtsmittelbelehrung nicht entsprochen hatte, hätte kennen müssen, sondern weil aus den konkreten Umständen des Falles hervorging, daß er sie tatsächlich gekannt hatte[131].

Es ist klar, daß die Verwaltungsbehörde den Gesetzgeber nicht binden und auch keine Zusicherung über das Bestehenbleiben einer Praxis geben kann, wenn deren Änderung nicht in ihrer Kompetenz liegt. Sollte die Zusicherung einer Behörde diesen Grundsätzen widersprechen, so muß die Unrichtigkeit als offensichtlich erkennbar betrachtet werden. Das gilt insbesondere für Grundeigentümer, die glauben, in dem Bescheid der kommunalen Behörde, ein Grundstück sei in bestimmter Weise zu überbauen, liege eine Zusicherung, daß der Zonenplan so weiterbestehen bleibe[132]. Auch der Bauherr, der mit den zuständigen Verwaltungsbehörden zusammen ein Projekt für eine Überbauung nach Sonderbauvorschriften ausarbeitet, muß damit rechnen, daß der betreffende Bebauungsplan von den Stimmbürgern abgelehnt wird.

Was die Zuständigkeit einzelner Verwaltungsstellen oder einzelner Beamter betrifft, so kann dem Bürger dagegen nicht zugemutet werden, die verwaltungsinterne Zuständigkeitsordnung bis in ihre Einzelheiten zu kennen[133].

Jeder Bauherr muß ferner wissen, daß eine Baubewilligung nur in schriftlicher Form erteilt werden und ein mündlicher Bescheid der Baubehörde ihn nicht in den – guten – Glauben versetzen kann, er dürfe vom bewilligten Bauprojekt abweichen[134]. In diesem Zusammenhang drängt sich eine Bemerkung auf zu einem vom Bundesgericht in jüngster Zeit geprägten Grundsatz, der unseres Erachtens verfehlt ist. In BGE 98 Ia 281 *(Péry)* wurde erstmals gesagt, *wer gegenüber einer Abbruchverfügung das Prinzip der Verhältnismäßigkeit anrufen wolle, müsse gutgläubig sein*[135]. In BGE 100 Ia 343

[131] Das Zürcher Verwaltungsgericht legt dem Vertrauensschutz bei Rechtsmittelbelehrung eine absolute Bedeutung zu und gewährt die Wiederherstellung der aufgrund einer falschen Rechtsmittelbelehrung verpaßten Frist ohne Rücksicht darauf, ob auch der Rechtsanwalt den Irrtum hätte erkennen müssen; Entscheid vom 13. März 1973 in ZBl 75, 1974, S. 46, worin die bundesgerichtliche Rechtsprechung allerdings unzutreffend wiedergegeben ist.

[132] z. B. der in ZBl 76, 1975 veröffentlichte Entscheid des Bundesgerichts vom 19. Februar 1975.

[133] BGE 101 Ia 100 *(Kurth)*.

[134] Entscheid des Bundesgerichts vom 26. März 1975 in ZBl 76, 1975, S. 515ff.

[135] Dies übrigens ganz unnötig, da einige Zeilen weiter oben festgestellt wird, der verfügte Abbruch sei verhältnismäßig.

(Cimiotti) wird dieser Grundsatz unter Hinweis auf diesen Entscheid «in Bestätigung der Rechtsprechung» wiederholt, die Frage des guten Glaubens des Bauherrn jedoch offengelassen, da die behördliche Abbruchverfügung ohnehin nicht gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verstoße. In dem in ZBl 76, 1975, S. 515 veröffentlichten Entscheid vom 26. März 1975 wurde gestützt auf diesen Grundsatz die Verhältnismäßigkeit des verfügten Abbruchs von Kamin, moderner Kücheneinrichtung mit Infrarotbackofen, Duscheinrichtung und Sauna u.a.m., die in einem nur für landwirtschaftliche Zwecke zu nutzenden Stall angebracht worden waren, nicht überprüft[136]. Die Formel, daß sich gegenüber dem Abbruch nicht auf die Verhältnismäßigkeit berufen kann, wer bösgläubig gebaut hat, kann so nicht richtig sein. Das würde bedeuten, daß zum Beispiel ein Bauherr sich gegen den Abbruch des ganzen Hauses nicht wehren kann, weil er ohne Bewilligung eine Dachluke angebracht hat, was sicher nicht gemeint sein kann. Die *Verhältnismäßigkeit* einer Abbruchverfügung *muß vielmehr in jedem Fall geprüft werden, weil es die Eigentumsgarantie verlangt.* Maßgebend ist, ob die im Abbruch liegende Schwere des Eingriffs unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses im richtigen Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes steht. In diesem Rahmen kann die Bösgläubigkeit des Bauherrn dann insofern eine Rolle spielen, als sein Interesse an der Beibehaltung des rechtswidrigen Bauteils weniger ins Gewicht fällt[137].

E. Nachteilige Dispositionen aufgrund der Auskunft

Ist das Vertrauen, das der Bürger in die Zusicherung einer Behörde gesetzt hat, berechtigt, so kann gestützt auf Treu und Glauben eine entsprechende Ausnahme vom Gesetz nur gemacht werden, wenn er – nach der Formel des Bundesgerichts – aufgrund dieser Zusicherung Dispositionen getroffen hat, die er nicht mehr oder nicht ohne Schaden wieder rückgängig machen kann[138]. Mit dem gebräuchlichen Begriff der Disposition ist irgendein Verhalten des Betroffe-

[136] Die Maßnahme ist sicher richtig, weil eben verhältnismäßig.

[137] In diesem Sinne stehen noch der Entscheid des Bundesgerichts vom 6. Februar 1974, in ZBl 75, 1974, S. 258f., und BGE 91 I 97; sodann auch die Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts, ZBl 77, 1976, S. 200f.

[138] BGE 101 V 100; 99 Ib 101; 96 I 15; 91 I 136.

nen gemeint, das auch in einer Unterlassung bestehen kann, wie insbesondere in der Nichtergreifung eines Rechtsmittels. Der Nachteil kann auch immaterieller Natur sein, wie zum Beispiel der Verlust der erleichterten Einbürgerungsmöglichkeit[139]. Von den Dispositionen, die in der Praxis im Vordergrund stehen, sind etwa zu nennen der Abschluß eines Rechtsgeschäfts in bestimmter Form im Hinblick auf eine günstigere steuerliche Belastung, der Erwerb eines Grundstücks zu Bauzwecken oder Projektierungsarbeiten im Hinblick auf eine Baubewilligung. Mit Recht weist URS GUENG darauf hin, daß die vom Bundesgericht verwendete Formel nicht ganz genau ist und es vielmehr allein darauf ankommt, ob das Verhalten, zu welchem der Bürger durch die irrige amtliche Auskunft veranlaßt wurde, einen nicht zu beseitigenden Nachteil zur Folge hat[140].

Nicht jede Disposition, die der Betroffene nicht mehr oder nicht ohne Schaden rückgängig machen kann, gebietet bereits den Schutz seines berechtigten Vertrauens in die unrichtige Zusicherung der Behörde. Der Nachteil, der dem Bürger durch Anwendung des von der Zusicherung abweichenden Gesetzes entstehen würde, fällt vielmehr nur im Rahmen der im konkreten Fall auf dem Spiele stehenden privaten und öffentlichen Interessen in Betracht. Nicht anders als beim Widerruf einer Verwaltungsverfügung ist stets eine *Interessenabwägung* vorzunehmen. Je schwerwiegender die Rechtswidrigkeit und damit der Verstoß gegen das öffentliche Interesse ist, desto größer muß der für den Privaten mit der Anwendung des Gesetzes verbundene Nachteil sein, um den Schutz seines Vertrauens in die behördliche Zusicherung zu rechtfertigen[141].

V. Der Ausschluß des Vertrauensschutzes im Sozialversicherungsrecht

Im Sozialversicherungsrecht hat das Bundesgericht den Grundsatz aufgestellt, daß das Prinzip von Treu und Glauben vor einer gesetzlichen Regelung, die den Schutz des guten Glaubens ausschließt, zurückzutreten hat[142].

Nach Art. 47 AHVG sind unrechtmäßig bezogene Renten und Hilflosenentschädigungen innerhalb der Verjährungsfrist zurück-

[139] Entscheid des Bundesrates vom 3. April 1968, in ZBl 69, 1968, S. 417ff.
[140] GUENG, a.a.O., S. 498f. mit Literaturhinweisen.
[141] BGE 97 I 753; HANGARTNER, a.a.O., S. 67ff.; GRISEL, Droit administratif suisse, S. 208ff. mit Literaturhinweisen.
[142] BGE 101 Ia 183 *(Chevallier)* mit Hinweis auf frühere Entscheide.

zuerstatten. Die Rückerstattung ist zu erlassen, wenn der Rückerstattungspflichtige in gutem Glauben annehmen konnte, die Leistung zu Recht bezogen zu haben, und wenn die Rückerstattung für ihn eine große Härte bedeuten würde (Art. 79 Abs. 1 AHVG). Diese Regelung schließt in sich, daß die betreffende Leistung auch in Zukunft nicht mehr erbracht wird. Wenn sogar Leistungen, die auf einer rechtskräftigen Verfügung beruhen, zurückgefordert werden müssen und in Zukunft nicht mehr ausgerichtet werden dürfen, so müssen diese Leistungen nach Auffassung des Bundesgerichts erst recht verweigert werden, wenn der Versicherte sich bloß auf eine entsprechende – unrichtige – Zusicherung berufen kann, und zwar selbst dann, wenn im übrigen die von der Praxis entwickelten Voraussetzungen des Vertrauensschutzes gegeben wären. Im konkreten Fall, der Anlaß zu diesen Erwägungen gab (BGE 100 V 161; *Rieser)*, hat das Bundesgericht einer Schweizerin, die im Hinblick auf die ihr von den zuständigen Amtsstellen zugesicherte außerordentliche Rente Arbeit und Wohnsitz im Ausland aufgegeben hatte, einen entsprechenden Rentenanspruch aberkannt. In dem BGE 101 V 180 ff. *(Chevallier)* zugrundeliegenden Fall wurde einem Beschwerdeführer, der jahrelang die AHV-Beiträge einbezahlt hatte, obwohl er nach seinem Stellenübertritt zu einer internationalen Organisation von der Sozialversicherung ausgeschlossen war, der Vertrauensschutz versagt und sein Verbleiben in der Versicherung abgelehnt. Das Bundesgericht verneinte die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben mit der Begründung, daß sich aus der in Art. 16 AHVG getroffenen Regelung über die Rückerstattung zuviel bezahlter Beiträge ergebe, die Folge zu Unrecht einbezahlter AHV-Beiträge könne einzig deren Rückerstattung im Rahmen der Voraussetzungen über die Verjährung sein; das schließe einen Anspruch auf Verbleiben in der Versicherung auch gestützt auf Treu und Glauben aus.

Diese Rechtsprechung, nach welcher ein in Art. 4 BV enthaltener verfassungsmäßiger Grundsatz durch bloße Gesetzesvorschrift ausgeschlossen werden kann, erweckt Bedenken. Können Bundesgesetze auch nicht auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden, so sind sie immerhin verfassungskonform auszulegen, so daß aus einer gesetzlichen Regelung nicht gefolgert werden darf, sie schließe die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben trotz Vorliegens aller Voraussetzungen aus. Der Sache nach sind diese Entscheide aber grundsätzlich sicher richtig. Zum gleichen Ergebnis kann man aber auch über die für den Vertrauensschutz geltenden

Grundsätze kommen, die den besonderen Verhältnissen auf dem Gebiete des Sozialversicherungsrechts entsprechend anzuwenden sind. Was die Voraussetzung der Gutgläubigkeit betrifft, so wird man allerdings vom Versicherten nicht verlangen können, die für den Durchschnittsbürger zu komplizierte gesetzliche Regelung zu kennen. Zu einer Ablehnung des Vertrauensschutzes läßt sich dagegen ohne besondere Schwierigkeiten unter dem Gesichtspunkt der «nachteiligen Dispositionen» gelangen. Denn es wird kaum je vorkommen, daß jemand im Vertrauen auf eine für die Zukunft zugesicherte Rente Dispositionen trifft, infolge derer ihm bei Verweigerung der Rente ein solcher Nachteil entsteht, der das im Sozialversicherungsrecht besonders gewichtige Interesse an der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über die Leistungsberechtigung zu überwiegen vermöchte. Sollte aber einmal ein nicht alltäglicher Härtefall vorliegen, so wäre auch eine Ausnahme im Sinne der Gerechtigkeit – was ja mit einem Entscheid gestützt auf Treu und Glauben gemeint ist – nicht abzulehnen.

§ 3. Die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts bei staatsrechtlichen Beschwerden wegen Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben

Es liegt im Wesen des in Art. 4 BV festgehaltenen Willkürverbotes, daß das Bundesgericht eine in diesem Zusammenhang behauptete Rechtsverletzung nur «unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür» überprüft, d.h. mit andern Worten den angefochtenen kantonalen Entscheid nicht schon dann aufhebt, wenn er unrichtig ist, sondern nur, wenn er stoßend oder schlechthin unhaltbar, eben willkürlich ist. Wo dagegen ein bestimmtes verfassungsmäßiges Recht, wie zum Beispiel die Eigentumsgarantie, die Handels- und Gewerbefreiheit oder das ungeschriebene verfassungsmäßige Recht der persönlichen Freiheit in Frage steht, ist es ebenso selbstverständlich, daß das Bundesgericht deren Beachtung durch die kantonalen Behörden frei überprüft. Dasselbe gilt bei der politischen Stimmberechtigung, beim Doppelbesteuerungsverbot sowie für Konkordate und Staatsverträge mit dem Ausland[143]. Eine freie

[143] Art. 84 bis 87 OG; bei der Eigentumsgarantie beschränkt das Bundesgericht seine Kognition auf Willkür, wenn kein schwerer Eingriff vorliegt, wobei aber das Vorliegen des öffentlichen Interesses und damit auch die Verhältnismäßigkeit des beanstandeten Eingriffs frei überprüft werden. Wenn bei

Überprüfungsbefugnis steht dem Bundesgericht dementsprechend auch dort zu, wo Art. 4 BV dem Einzelnen einen bestimmten selbständigen verfassungsmäßigen Anspruch gewährleistet. Das ist der Fall beim Anspruch auf rechtliches Gehör, der dort unmittelbar aus Art. 4 BV folgt, wo die kantonalrechtlichen Vorschriften einen ungenügenden Rechtsschutz bieten und dem Bürger in allen Streitsachen ein Mindestmaß an Verteidigungsrechten gewährleistet wird[144]. Dasselbe muß somit auch für den Grundsatz von Treu und Glauben gelten, soweit er ein Verhaltensgebot für die staatlichen Organe ist und demgemäß dem Bürger einen verfassungsmäßigen Anspruch auf den Schutz seines berechtigten Vertrauens in das Verhalten der Behörden gewährleistet. Das Bundesgericht hat daher auch in BGE 94 I 520ff., in welchem es das Prinzip von Treu und Glauben im Sinne des Vertrauensschutzes ausdrücklich als einen unmittelbar aus Art. 4 BV folgenden verfassungsmäßigen Anspruch anerkannte, gleichzeitig festgehalten, daß es frei überprüfe, ob dieser verletzt sei. Die freie Kognition des Bundesgerichts ergibt sich aber schon daraus, daß ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben eben Willkür per definitionem ist. Ob das Willkürverbot von Art. 4 BV verletzt ist, prüft das Bundesgericht nicht weniger frei als die Frage der Verletzung der anderen verfassungsmäßigen Rechte. Eine «auf Willkür beschränkte» Überprüfung der Frage, ob das Willkürverbot von Art. 4 BV verletzt ist, gibt es nicht, womit es auch keine auf Willkür beschränkte Überprüfung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Sinne des Vertrauensschutzes gibt.

Anders verhält es sich dagegen, wo der Grundsatz von Treu und Glauben als Verbot des Rechtsmißbrauchs in Frage steht. In diesem Sinne gewährleistet das Gebot von Treu und Glauben keinen verfassungsmäßigen Anspruch, sondern es richtet sich an den Bürger und verlangt von ihm eine loyale Ausübung seiner Rechte. Die Frage des Mißbrauchs eines Rechts ist stets eine Frage von Zweck und Umfang eben dieses Rechts. Als Rechtsmißbrauchsverbot ist der Grundsatz von Treu und Glauben eine Auslegungsregel und kein den einzelnen Sachnormen gegenüberstehendes Prinzip. Wo der Mißbrauch oder die Umgehung eines bestimmten Rechtsinstituts

grundsätzlich freier Prüfung verschiedentlich eine gewisse Zurückhaltung geübt wird, so liegt das an den zu beurteilenden tatsächlichen Verhältnissen, angesichts derer die kantonalen Instanzen einen großen Spielraum des Ermessens haben müssen; z. B. BGE 99 Ia 252, 97 I 32f. Ferner für Staatsverträge BGE 101 Ia 537f., für Konkordate 93 I 218.

[144] BGE 101 Ia 170 mit Hinweisen auf frühere Urteile.

geltend gemacht wird, ist die Frage der sachgerechten oder unverfälschten Auslegung und Anwendung der maßgebenden Sachnormen aufgeworfen. Daraus folgt von selbst, daß in diesem Zusammenhang für den Grundsatz von Treu und Glauben keine andere Überprüfungsbefugnis gelten kann als hinsichtlich der in Frage stehenden Rechtsvorschriften. Das Bundesgericht hat dies denn auch stets so gehalten, ohne besonders darauf hinzuweisen. Entsprechend seiner auf Willkür beschränkten Kognition bei der Anwendung von kantonalem Recht durch die kantonalen Instanzen überprüft es die Frage des Rechtsmißbrauchs im kantonalen Steuerrecht und Prozeßrecht stets nur unter dem Gesichtswinkel von Art. 4 BV. So hat es zum Beispiel nie in Betracht gezogen, die Frage der Steuerumgehung und insbesondere der Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die ja ein Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben ist, frei zu überprüfen[145]. Auch ein Mißbrauch der Befugnisse im kantonalen Prozeßrecht wird nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel von Art. 4 BV überprüft. In einem zur Veröffentlichung bestimmten Entscheid vom 5. Mai 1976 i. S. S. wird dies bestätigt, wobei das Bundesgericht hervorhebt, daß bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Zivilprozeßrecht zu unterscheiden ist, ob er den Richter oder die Parteien zu einem loyalen Verhalten verpflichtet[146]. Soweit er eine Verhaltensregel für den Richter darstellt, folgt er unmittelbar aus Art. 4 BV, und das Bundesgericht prüft frei, ob ein Verstoß dagegen vorliegt. Richtet er sich dagegen an die Parteien, steht kein verfassungsmäßiges Recht in Frage, sondern eine Verfahrensvorschrift, deren Anwendung nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür überprüft wird.

Besonderer Erwähnung bedarf noch die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie. Die Autonomie einer Gemeinde ist dann verletzt, wenn die übergeordnete kantonale Instanz in einem Sachbereich, da der Gemeinde Autonomie zukommt, einen Entscheid fällt, welcher gegen Art. 4 BV verstößt[147].

[145] Statt vieler BGE 102 Ia 347, 99 Ia 464/65.

[146] Auf diesen Unterschied hatte MAX GULDENER bereits im Jahre 1945 hingewiesen in: Treu und Glauben im Zivilprozeßrecht, in SJZ 39, 1943, S. 389.

[147] Eine Ausnahme besteht für bündnerische Gemeinden, wo sich die Autonomie aus der kantonalen Verfassung ergibt und daher schon ein unrichtiger Entscheid der übergeordneten kantonalen Instanz die Gemeindeautonomie verletzt; eingehend ULRICH ZIMMERLI, Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie, in ZBl 73, 1972, S. 257ff.

Steht die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in Frage, so ergibt sich die Kognition des Bundesgerichts wie folgt: geht es um den Vertrauensschutz, so ist unmittelbar Art. 4 BV und damit die Gemeindeautonomie verletzt, wenn der kantonale Entscheid unrichtig ist. Geht es dagegen um Rechtsmißbrauch, so ist Art. 4 BV und damit die Gemeindeautonomie nur verletzt, wenn im kantonalen Entscheid die in Frage stehenden Sachnormen in schlechthin unhaltbarer, d.h. willkürlicher Weise ausgelegt werden[148].

Es bedürfte keiner weiteren Bemerkungen mehr, wenn das Bundesgericht nicht neuerdings die Regel aufgestellt hätte, wonach die Rüge einer Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben durch kantonale Instanzen je nachdem frei oder nur auf Willkür hin zu überprüfen sei, ob sie im Zusammenhang mit der Verletzung eines besonderen, seinerseits eine freie Prüfung erheischenden, verfassungsmäßigen Rechtes geltend gemacht werde oder nicht[149]. Darnach würde die Frage, ob ein Bürger sich auf eine Zusicherung der Behörde verlassen durfte, zum Beispiel im kantonalen Steuerrecht und in all den Fällen, wo kein schwerer Eingriff ins Eigentum vorliegt, ja selbst bei unrichtiger Rechtsmittelbelehrung im kantonalen Prozeßrecht, nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür überprüft. Das kann wohl auch das Bundesgericht nicht meinen[150]. Die Bedeutung des Vertrauensschutzes würde damit relativiert, indem er je nach dem in Frage stehenden Sachzusammenhang mehr oder weniger gewährleistet wäre. Im Sinne des Vertrauensschutzes ist der Grundsatz von Treu und Glauben jedoch ein

[148] Unrichtig ist u.E. auch die auf Willkür beschränkte Kognition des Bundesgerichtes in BGE 99 Ia 60ff., wo das Vertrauen eines Eigentümers in die behauptete Zusicherung auch bei freier Prüfung nicht zu schützen gewesen wäre. In dem erwähnten Fall der Schenkung von Geigy-Partizipationsscheinen, in ZBl 75, 1974, S. 312, wäre u.E. die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben frei zu überprüfen gewesen, was zur Gutheißung der Beschwerde der Gemeinde geführt hätte. Um eine Gutheißung, die ein ungutes Gefühl hinterlassen hätte, zu vermeiden, hat das Bundesgericht es offenbar vorgezogen, sich auf eine Willkürüberprüfung zu beschränken, statt den Grundsatz zu mißachten, wonach eine bestimmte Steuerveranlagung nicht die Zusicherung bedeutet, ein nächstes Mal wieder gleich veranlagt zu werden.

[149] BGE 99 Ia 67, Entscheid des Bundesgerichts vom 21. Januar 1976, in ZBl 77, 1976, S. 437. Der Hinweis auf BGE 98 Ia 369 E. 6 muß auf einem Mißverständnis beruhen.

[150] Daß das nicht stimmen kann, zeigt sich gerade bei den Rechtsmittelfristen, indem das ungerechtfertigte Nichteintreten auf ein Rechtsmittel ja stets eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs ist.

selbständiges verfassungsmäßiges Prinzip, das gerade nicht, wie etwa das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, in jedem einzelnen verfassungsmäßigen Recht enthalten ist[151]. Etwas anderes ist es, wenn der Schutz des Vertrauens der Bürger in die Rechtsordnung, wie ihn das in jedem verfassungsmäßigen Recht enthaltene Gebot der Rechtssicherheit fordert, in Frage steht. Der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben dagegen gelangt erst dort zur Anwendung, wo der mit den besonderen verfassungsmäßigen Rechten gewährleistete Schutz des Einzelnen aufhört.

[151] a. M. GRISEL, Droit public non écrit, S. 147.