

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:	106 (1987)
Artikel:	Das Willkürverbot nach Art. 4 BV
Autor:	Thürer, Daniel
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896094

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: 12.12.2025

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

Das Willkürverbot nach Art. 4 BV

Referat von DANIEL THÜRER

Dr. iur., LL. M.

Professor an der Universität Zürich

Den Assistenten

Rechtsanwalt lic. iur. HANS-PETER BRUNNER,
Rechtsanwalt lic. iur. CHRISTOPH HÄBERLI,
lic. iur. ROGER MEIER und
lic. iur. MARKUS NOTTER

danke ich herzlich für ihre wichtige Mithilfe.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	417
Einleitung	419
Teil 1:	
Dogmatische Grundlagen	423
I. Begriff und Grundgedanken	423
A. Zum Willkürbegriff	423
B. Willkürverbot als Legitimationsprinzip	427
II. Geltungsgrund	429
A. Überpositiver Geltungsgrund?	430
B. Verfassungsrechtliche Grundlage	431
C. Völkerrechtliche Grundlage?	434
D. Allgemeiner Rechtsgrundsatz	436
III. Geltungsbereich	439
A. Keine «Reservate staatlicher Willkür»	439
B. Umfassende funktionelle Bindung	440
C. Umfassende sachliche Bindung	442
1. Staatspolitische Grundsatzfragen	443
2. Willkürverbot als Restgröße?	447
IV. Das Willkürverbot als verfassungsmäßiges Recht	449
A. Wesensmerkmale	450
1. Personale Basis	450
2. Klassisches Abwehrrecht	451
3. Maßstab sozialer Gerechtigkeit?	451
4. Absoluter Charakter	452
B. Träger	453
C. Adressaten	454
1. Allgemeines	454
2. Drittirkungsfrage im besonderen	455
D. Verhältnis zu andern Grundrechten	461
V. Die Willkürbeschwerde an das Bundesgericht	463
A. Legitimation zur Willkürbeschwerde	464
B. Willkürverbot als Kognitionsfrage?	468
1. Kognitionspraxis des Bundesgerichts	469
2. Dogmatische Einordnung	470
C. Das Scheinproblem der «Willkür im Quadrat»	472
D. Problematik der sogenannten «Appellentscheidungen»	472

Teil 2:

Das Willkürverbot im Spiegel der Bundesgerichtspraxis	475
I. Allgemeine Charakterisierung	476
II. Willkür in der Rechtssetzung	478
A. Sinn- und Zwecklosigkeit	478
B. Fehlen von sachlichen Gründen	480
C. Rechtliche Unterscheidung, die durch keinen vernünftigen Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen gerechtfertigt ist.	482
III. Willkür in der Rechtsanwendung	486
A. Allgemeines	486
1. Die Formeln des Bundesgerichts	486
2. Abstellen auf das Ergebnis	488
B. Elemente	489
1. Offensichtlich schwere Verletzung einer Norm	489
2. Ermessenswillkür	503
3. Offensichtliche Verletzung eines klaren, unumstrittenen Rechtsgrundsatzes	505
4. Verstoß gegen den Gerechtigkeitsgedanken	508
5. Tatsachenwidrigkeit	509
6. Widersprüchlichkeit	509
IV. Würdigung	510

Teil 3:

Wege zu einer weiteren Konkretisierung	513
I. Materielle Unergiebigkeit der bundesgerichtlichen Systematik	514
A. Vertikale Gliederung	514
B. Horizontale Gliederung	516
II. Materielle Betrachtungsweise	517
A. Stufenfolge der Verwirklichung des Gerechtigkeitsgedankens	517
1. Allgemeines	517
2. Willkürverbot und Auslegungsfragen	518
3. Abweichung vom Gesetz	520
B. Kriterien für eine weitere Konkretisierung des Gerechtigkeitsgedankens	522
1. Ausgangslage	522
2. Sach«gerechtigkeit»	525
3. Verfassungs«gerechtigkeit»	528
4. Zeit«gerechtigkeit»	531
III. Das letzte Wort des Richters	533

Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis angeführten Schriften werden in den Anmerkungen mit dem Namen des Verfassers, allenfalls mit zusätzlichen Stichwörtern zitiert. Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen.

- ARIOLI, SILVIO. Das Verbot der willkürlichen und der rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1968.
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. *Traité de droit constitutionnel suisse* (2 Bände und Supplément 1967–1982), Paris/Neuchâtel 1967/1982.
- AUER, ANDREAS. *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Basel/Frankfurt a. M. 1983.
- BURCKHARDT, WALTHER. Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931.
- COING, HELMUT. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin/New York 1976.
- FLEINER, FRITZ/GIACOMETTI, ZACCARIA. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949/Nachdrucke Zürich 1965/1979.
- FULLER LON L. *The Morality of Law*, Revised edition, New Haven/London 1969.
- GRISEL, ANDRÉ. *Traité de droit administratif* (2 Bände), Neuchâtel 1984.
- GYGI, FRITZ. Freie und beschränkte Prüfung im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: *Festschrift für Hans Huber*, Bern 1981, S. 191 ff.
- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1984/Nachdruck Zürich 1985.
- HÄFLIGER, ARTHUR. *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Bern 1985.
- HANGARTNER, YVO. *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts* (2 Bände), Zürich 1980 und 1982.
- HUBER, HANS. Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR 55, 1936, S. laff. (zit. Garantie).
- Die Grundrechte in der Schweiz. in: K. A. Bettermann/F. L. Neumann/H. C. Nipperdey, *Die Grundrechte*, Band I, 1. Halbband, Berlin 1966, S. 179 ff. (zit. Grundrechte).
 - Der Sinnzusammenhang des Willkürverbots mit der Rechtsgleichheit, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, S. 127 ff. (zit. Sinnzusammenhang).
- IMBODEN, MAX. *Der Schutz vor staatlicher Willkür*, Zürich 1945; abgedruckt in: ders., *Staat und Recht*, Basel/Stuttgart 1971, S. 145 ff.
- KÄLIN, WALTER. *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, Bern 1984.
- KELLER, HERMANN. *Die Willkürbeschwerde*, Aarau 1944.

- KELLY, J. M. «Equality before the Law» in three European jurisdictions, *MaschSchr.* 1984.
- KEWENIG, WILHELM. *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen*, Frankfurt a. M. 1972.
- KNAPP, BLAISE. *Les principes constitutionnels et leurs relations*, in: *Festschrift für Hans Nef*, Zürich 1981, S. 167ff.
- KÖLZ, ALFRED. *Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde*, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, S. 739 ff.
- LEIBHOLZ, GERHARD. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2. Aufl., München/Berlin 1959.
- MÜLLER, GEORG. *Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle*, in: *Festschrift für Hans Huber*, Bern 1981, S. 109 ff.
- MÜLLER, JÖRG PAUL. *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982 (zit. *Elemente*).
- *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 39, Berlin/New York 1981, S. 55ff. (zit. *Verfassungsgerichtsbarkeit*).
- MÜLLER, JÖRG PAUL/MÜLLER, STEFAN. *Grundrechte – Besonderer Teil*, Bern 1985 (zit. *Grundrechte*).
- RHINOW, RENÉ A. *Rechtsetzung und Methodik*, Basel/Stuttgart 1979.
- ROHNER, CHRISTOPH. *Über die Kognition des Bundesgerichtes bei der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte*, Bern 1982.
- WEBER-DÜRLER, BEATRICE. *Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung*, Bern 1973.

Einleitung

Durch das Thema des diesjährigen Juristentages «Das Willkürverbot nach Art. 4 BV» sah sich der Berichterstatter in ein *Dilemma* versetzt: Soll er die Aufgabe von der rein praktischen Seite her angehen, also insbesondere den Versuch unternehmen, die im Laufe von mehr als einem Jahrhundert akkumulierte Willkürpraxis des Bundesgerichts zusammenzustellen, zu analysieren und auf diese Weise induktiv zu ermitteln, was in seiner ganzen Vielgestaltigkeit nach dem Verständnis unseres obersten Gerichtes als verfassungsrechtlich verbotene Willkür erscheint? Oder ist es möglich, von der philosophischen Gerechtigkeitsfrage her Zugänge zum Willkürverbot zu finden? Denn diese Polarität scheint dem Willkürverbot eigen zu sein, daß es im Rahmen unseres Staatsrechts eine – wenn nicht vielleicht sogar *die* – klassische Domäne von Richterrecht darstellt, zugleich aber auch als der wohl wichtigste Kristallisierungspunkt des Gerechtigkeitsgedankens erscheint, als ein Umschlagplatz also, über den in besonderem Maße Impulse, Postulate und Prinzipien der Ethik in das positive Verfassungsrecht eindringen¹.

Bei näherem Zusehen erweisen sich nun freilich sowohl eine rein kasuistische wie auch eine rein rechtsphilosophische Betrachtungsweise als wenig fruchtbar. Eine Erfassung der gesamten *Willkürrechtsprechung* des Bundesgerichts, die in breiter Streuung die meisten Rechtsgebiete beschlägt und eigentliche «causes célèbres» der schweizerischen Staatsrechtspflege wie auch Fälle von geringer Tragweite umfaßt, wäre nämlich

¹ H. HUBER spricht in einer viel zitierten Wendung vom «Einfallstor ..., durch das die Idee der Gerechtigkeit täglich auch dem positiven Recht gegenüber siegen kann», in: Garantie, S. 169 a.

bloß schon angesichts der enormen Fülle von Entscheiden² in dem hier vorgegebenen Rahmen nicht möglich; auch ist die einschlägige Praxis verhältnismäßig wenig strukturiert, so daß es schwer hält, sie auf klare und aussagekräftige Prinzipien oder Konzepte zurückzuführen oder aus ihr gar eigentliche «Willkürtatbestände» herauszudestillieren. Der Versuch anderseits, aus der *Gerechtigkeitslehre* Sinngehalte des Willkürverbotes zu erschließen, sieht sich mit der Schwierigkeit konfrontiert, daß die jeweiligen philosophischen Theorien und Konzepte entweder zwar allgemein anerkannt, aber zu formal und abstrakt, oder aber konkret und praktikabel, aber zu wenig konsensfähig sind, um für den Juristen als solche brauchbar zu sein³. Es schien daher sinnvoll, gleichsam auf einer *mittleren Ebene* zwischen Theorie und Praxis zumindest nach Kriterien, Gesichtspunkten oder gedanklichen Ansätzen zu suchen, mit deren Hilfe die Willkürpraxis erfaßt und allenfalls verfeinert, vertieft und fortentwickelt werden könnte.

In dem so gesetzten Rahmen schien sodann durch die Wahl der Referenten eine gewisse *Schwerpunktbildung* – wenn auch keine Arbeitsteilung! – vorgezeichnet. Der Verfassungsrichter, der in seiner Funktion als Mitglied der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung von berufener Seite als «le juge arbitraire» bezeichnet wurde⁴, ist in besonderem Maße legitimiert, die praktische Handhabung des Willkürverbots einschließlich der oft schwer zu durchschauenden verfahrensrechtlichen Aspekte darzulegen. Vom Vertreter der Universität dagegen wird wohl eher erwartet, daß er den Akzent auf die Frage der theoretischen Fundierung und dogmatischen Einordnung des Beratungsgegenstandes legt, ohne selbstverständlich die auch für seine Arbeit grundlegende Gerichtspraxis aus den Augen zu verlieren. Dabei ist es ein spezielles Anliegen des vorliegenden Berichts, gelegentlich auch einen Blick *über die Landesgrenzen* zu werfen, denn es scheint ein besonders interessantes Phänomen zu sein, daß das hier im Grunde angesprochene Spannungsverhältnis von geltendem Recht auf der einen Seite und der im Kerne gegen positiv-rechtliche Aushöhlung und Ausschaltung resistenten Rechts- und Gerechtigkeitsidee auf der andern Seite

² In über 70 % der staatsrechtlichen Beschwerden wird ausschließlich eine Verletzung von Art. 4 BV und in diesem Rahmen meist des Willkürverbotes geltend gemacht; vgl. MÜLLER/MÜLLER, Grundrechte, S. 210, Anm. 11.

³ Vgl. ROBERTO M. UNGER: «One has to choose between triviality and implausibility», in: Knowledge and Politics, Cambridge/Mass. 1975, S. 241.

⁴ A. GRISEL, S. 367.

in sämtlichen vergleichbaren Rechtsordnungen auftaucht und der Sache nach immer wieder ähnliche Lösungen gefunden hat⁵. Es scheint denn auch kein Zufall zu sein, daß Gleichheitsgebot und Willkürverbot sich schon früh zu *Themen der Verfassungsvergleichung par excellence* entwickelten⁶, wobei ursprünglich die Willkürpraxis der Schweiz im Ausland große Beachtung fand, heute aber auch ihrerseits von anderen Staaten und internationalen Organisationen wichtige Anregungen empfangen könnte.

Konkret gesehen verfolgt die vorliegende Untersuchung den folgenden Plan: In einem *ersten Teil* soll der Versuch unternommen werden, den Begriff des Willkürverbots zu klären, seine innere Struktur zu analysieren und seine Außenbezüge, also seine Verankerung, seinen Standort und seine Funktion im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung abzuklären und kritisch zu würdigen; es geht hier also um die theoretischen und dogmatischen Grundlagen des Willkürverbots. In einem *zweiten Teil* wendet sich die Arbeit sodann der Praxis des Bundesgerichtes zu, die in besonderem Maße zur Entfaltung und näheren Ausgestaltung des Willkürverbotes beigetragen hat; dabei sollen im Rahmen und nach Maßgabe der vom Bundesgericht selbst gewählten Systematik Inhalt und Tragweite der Willkürrechtsprechung registriert, erläutert und anhand von Beispielen dargestellt werden. Und schließlich soll in einem *dritten Teil* die Frage aufgeworfen werden, ob der vom Bundesgericht zur Gliederung des Stoffes gewählte, an die Form des zu beurteilenden Staatsaktes anknüpfende «Raster» sinnvoll ist oder nicht vielmehr der Bezugsrahmen aus der inneren Substanz der

⁵ Rechtsvergleichende Hinweise sind im vorliegenden Rahmen natürlich nur in ganz beschränktem Maße und punktuell möglich. Dabei scheint es sinnvoll, sich von vornherein auf einige wenige, der Schweiz in dieser Hinsicht besonders nahestehende westliche Verfassungsstaaten zu beschränken, beruhen doch andere Rechtskulturen auf zum Teil grundlegend verschiedenen, nicht vergleichbaren Denkformen; nach traditioneller chinesischer Ansicht etwa erscheint das Recht als solches als Akt und Ausfluß der Willkür, da nach dieser Auffassung die anzustrebende soziale Harmonie nur durch außerrechtliche Verfahren hergestellt werden kann; vgl. etwa R. DAVID/J. E. C. BRIERLY, Major Legal Systems in the World Today, 3. Aufl., London 1985, S. 30.

⁶ So auch die Engländer E. C. S. WADE/A. W. BRADLEY in ihrem Lehrbuch über Constitutional Law: «(T)he rule of law is now considered as basic idea which can serve to unite lawyers of many different systems, all of which aim at protecting the individual from arbitrary government.» (7. Aufl., London 1965, S. 72), zit. bei A. BLECKMANN, Der Rechtsstaat in vergleichender Sicht, in: German Yearbook of International Law 20, 1977, S. 406.

Verfassungsnorm selbst, und damit letztlich von der ihr zugrundeliegenden philosophischen Fragestellung her, entwickelt werden müßte; von diesem Ausgangspunkt aus soll dann nach zusätzlichen Gesichtspunkten, Maßstäben und Beurteilungselementen zur weiteren Konkretisierung des Willkürverbots gesucht werden. Denn hier – eben im «*missing link*» zwischen der dünnen Schicht abstrakter und inhaltsschwacher Formeln und Prinzipien einerseits und der Fülle von (nach dem Eindruck des Beobachters oft mehr intuitiv als deduktiv entschiedenen) Fällen anderseits – scheint die eigentliche Problematik des Willkürverbots zu liegen.

Teil 1: Dogmatische Grundlagen

«Der Weg ist zu finden, auf dem immer neu in neuen Situationen Freiheit und Ordnung sich einen, um Willkür und Anarchie einzuschränken.»¹

I. Begriff und Grundgedanken

Die Worte «Willkür», «willkürlich» oder «Willkürverbot» gehören nicht zum Vokabular der schweizerischen Bundesverfassung. Auch den Kantonsverfassungen² – deren jüngste Generation miteingeschlossen – und der Europäischen Menschenrechtskonvention ist dieser Begriff fremd. Im *Text* der Dokumente also, die zusammen das «formelle Verfassungsrecht» der Schweiz ausmachen, finden sich keine Anhaltpunkte über Sinn und Bedeutung, geschweige denn eine Legaldefinition dieses für das schweizerische Staatsrecht so zentralen und charakteristischen Prinzips. Inhalt und Tragweite des Willkürverbots müssen vielmehr aus dem *Kontext* der Verfassung erschlossen werden. Sie haben in der Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts und der staatsrechtlichen Literatur ihre Ausgestaltung erfahren. Wir werden auf das komplexe und differenzierte Gefüge von Grundsätzen, Standards und Präjudizien in Teil 2 und Teil 3 des Referates näher eingehen. Doch scheint es sinnvoll, hier vorab einmal den *Kerngedanken*, das *Grundanliegen* des Willkürverbots herauszustellen.

A. Zum Willkürbegriff

Einen ersten, wesentlichen Zugang verschafft uns die *AlltagsSprache*. Ihre Prägung des Begriffs bildet die Basis auch für dessen Verwendung im Staatsrecht. Im umgangssprachlichen Sinn verwenden wir das Wort «Willkür» gemeinhin zur Kritik,

¹ KARL JASPERS, Über Bedingungen und Möglichkeiten eines neuen Humanismus, Stuttgart 1962, S. 35.

² Einzig die Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 2. Dezember 1889 bestimmt in Art. 5, das Eigentum solle vor *willkürlicher* Verletzung gesichert sein.

der Staat oder ein anderer Machtträger^{2bis} verhalte sich unsachlich, grundsatzlos, beliebig und zufällig; er handle – so eine (ältere) Ausdrucksweise des Bundesgerichts – «selon son bon plaisir»³, er bescheide also die Bürger wie Gottfried Kellers Landvogt von Greifensee «mit seinen guten Einfällen»⁴ statt mit der strikten und getreuen Anwendung des Rechts. Willkür bedeutet demnach in der Alltagssprache *Machtmisbrauch*, wobei dieser in Opportunismus oder Korruption, aber auch in tyrannischer Machtentfaltung großen Stils bestehen kann. WERNER KÄGI spricht angesichts dieser verschiedenen Erscheinungsformen plastisch von «kleiner» und «großer Willkür»⁵. Das Unwerturteil, das mit dem Wort «Willkür» zum Ausdruck gebracht wird, hat zudem in aller Regel einen *qualifizierten* Charakter: Nur der grob und kraß unrichtige, offensichtlich fehlerhafte und für den Betroffenen unakzeptable Akt wird als willkürlich bezeichnet⁶.

In die gleiche Richtung zielt der *juristische Sprachgebrauch*. GERHARD LEIBHOLZ, der im Hinblick auf die Weimarer Verfassung, aber unter wesentlicher Abstützung auf die Praxis und Lehre in der Schweiz, die einschlägige Doktrin maßgeblich prägte, bezeichnete die Willkür als den «gegensätzlichen Korrelationsbegriff von Gerechtigkeit», als «absolute Negierung der Rechtsidee»⁷. Entsprechend umschreibt etwa ZACCARIA GIACOMETTI die Willkür als «besonders qualifizierte Ungerechtigkeit bzw. Rechtsverletzung»⁸. Dabei erscheint Gerechtigkeit in diesem Zusammenhang grundsätzlich nicht etwa als sozialpolitisches Ideal, also als Forderung nach Ausgleich gesellschaftlicher Unterschiede, sondern als allgemeiner Maßstab zur Beurteilung und Behandlung der Bürger im Rahmen bereits vorgegebener staatlicher Aufgaben. Auch wird Gerechtigkeit im Sinne des Gegenbegriffs zur Willkür nicht vorwiegend als

^{2bis} Zur spezifisch kritischen und schützenden Funktion des Rechts gegenüber Macht und Willkür eindrücklich P. NOLL, *Diktate über Sterben und Tod*, Zürich 1983, S. 22, 73, 104, 154, 173, 190, 204.

³ BGE 97 I 898, 52 I 86.

⁴ GOTTFRIED KELLER, *Der Landvogt von Greifensee*, in: *Zürcher Novellen, Sämtliche Werke*, Band 9, Zürich 1944, S. 262.

⁵ W. KÄGI, *Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848*, ZSR 72, 1952, S. 177.

⁶ Vgl. die treffende Umschreibung bei MÜLLER/MÜLLER, *Grundrechte*, S. 208.

⁷ LEIBHOLZ, S. 67, 72.

⁸ FLEINER/GIACOMETTI, S. 414.

Verfahrensfairneß⁹ verstanden¹⁰, sondern vielmehr zur Bewertung von Verfahrensergebnissen, also etwa von Gesetzen, Gerichtsurteilen und Verwaltungsakten, verwendet. Und schließlich hat sich der juristische Willkürbegriff gegenüber der Umgangssprache in dem Sinne verselbständigt, als er heute allgemein in einem *objektiven Sinne* gebraucht wird¹¹; nicht auf die Motive und Absichten der handelnden Staatsorgane, sondern auf die inhaltliche Richtigkeit staatlicher Akte als solcher wird in der modernen Rechtsprechung aller vergleichbarer Staaten abgestellt¹².

Besonders wichtig aber ist festzuhalten, daß das Willkürverbot im hier verwendeten verfassungsrechtlichen Sinn als bloße *Minimalgarantie* materieller Richtigkeit des Rechts erscheint. Diese Beschränkung des Willkürverbots auf Schutz vor grobem Unrecht hat eine zweifache Ursache. Soweit es um spezifische Gerechtigkeitsfragen geht, ist sie auf die Erfahrung des Juristen zurückzuführen, daß der *Gerechtigkeitsgedanke* offenbar erst im *Falle seiner konkreten und krassen Verletzung* greifbar (d. h. justizierbar) wird, daß es also zwar praktisch möglich ist, Fälle grober Ungerechtigkeit zu erkennen und hierüber einen Konsens zu erzielen, daß über die Gerechtigkeitsidee und Gerechtigkeitsvorstellungen in einem positiven Sinne aber die Meinun-

⁹ Hierzu P. SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairneß, in: Festschrift der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichtes, Basel 1975, S. 41 ff.

¹⁰ Vgl. demgegenüber die angelsächsische Sicht, wonach der Gerechtigkeitsgedanke in einer bis auf die «Magna Charta» (1215) zurückgehenden Tradition viel enger mit dem Konzept des «due process of law» verbunden wird. Zur verfassungsrechtlichen Ausgestaltung in den Vereinigten Staaten vgl. etwa L. H. TRIBE, American Constitutional Law, Mineola (New York) 1978, S. 474 ff., 501 ff., 1137 ff., 421 ff., 886 ff.; H. HAUSHEER, Rechtsgleichheit, Due Process und Equal Protection, Bern 1966, insbes. S. 36 ff.; W. HALLER, Supreme Court und Politik in den USA, Bern 1972, S. 29 ff.; N. SCHMID, Das amerikanische Strafverfahren, Heidelberg 1986, S. 11 ff., 18 ff.

¹¹ Vgl. etwa IMBODEN, S. 13 ff.; ARIOLI, S. 18; zu den näheren Hintergründen auch HERMANN KELLER, S. 17. Vgl. aber noch W. FÜRER, Willkür – Ein Verstoß gegen die Rechtsgleichheit, Diss. Freiburg 1919, der noch einen subjektiven Willkürbegriff vertritt (S. 74 ff.).

¹² Einschränkend sei immerhin angeführt, daß der österreichische Verfassungsgerichtshof offenbar bis vor kurzem die Meinung vertrat, daß ein offensichtliches Bemühen der Behörde, die richtige Lösung zu finden, Willkür ausschließe, selbst wenn sie im konkreten Fall zu einem fehlerhaften Ergebnis gelangt sein sollte: «Bemühen schließt Willkür aus» (VfSlg. 5205/1966; 5798/1968; 9191/1981).

gen und Erwartungen weit auseinandergehen können¹³. «Was wir überall sehen und mit Händen greifen», schreibt PETER NOLL, «ist Ungerechtigkeit ... Ungerechtigkeit ist das Ursprüngliche, Gerechtigkeit das Ergebnis von Kritik und Reflexion. Gerechtigkeit müßte also heißen: Unungerechtigkeit. Gerechtigkeit kann nur in der Zerstörung von Ungerechtigkeit beobachtet werden.»¹⁴ Soweit nun aber andererseits bei der Handhabung des Willkürverbotes nicht spezifische Gerechtigkeitsfragen im Vordergrund stehen, sind für die Beschränkung der Willkürkontrolle auf Fälle groben Unrechts nicht so sehr allgemeine erkenntnistheoretische, sondern *verfassungsrechtliche Erwägungen* maßgebend: Es sollen durch die Konzentration des Garantiegehalts auf Fälle gravierender Fehlerhaftigkeit die Autonomie der Kantone und die Rechte des demokratischen Gesetzgebers geschont werden; auch soll sichergestellt werden, daß der Verfassungsrichter sich auf den Schutz elementarer Grundwerte des Staates beschränkt und nicht auf dem Wege eines extensiven Verständnisses des Willkürverbots praktisch in die Rolle eines obersten Verwaltungsrichters oder eines Ersatzgesetzgebers hineinwächst¹⁵. Die beschränkte Reichweite des Willkürverbots ist also auch funktionell, nämlich mit der spezifischen Rolle zu erklären, die dem mit der Willkürkon-

¹³ Instruktiv L. FULLER, S. 3 ff., wo die (rechtlich bedeutsame) «morality of duty» von der (moralisch relevanten) «morality of aspiration» unterscheiden und die platonische Auffassung bekämpft wird, wonach wir das Schlechte im menschlichen Verhalten nur erkennen könnten, wenn wir über das Gute Bescheid wüßten, denn: «I can, in short, know the bad on the basis of very imperfect notions of what would be good for perfection. So I believe it is with social rules and institutions. We can, for example, know what is plainly unjust without committing ourselves to declare with finality what perfect justice would be like» (S. 12).

¹⁴ P. NOLL, a. a. O. (Anm. 2), S. 231. Vgl. auch die nicht zufälligerweise negative Formulierung der meisten der Zehn Gebote: Du sollst *nicht* töten usw.

¹⁵ Vgl. hierzu AUER, S. 252 ff.; FELINER/GIACOMETTI, S. 462 f. Es ist im wesentlichen eine theoretische Frage, ob man, wie hier, die Grenzen des Willkürverbots vor allem aus der ihm zugeschriebenen Funktion eines verfassungsrichterlichen Kontrollmittels (Gewaltenteilung) oder aus der demokratisch-föderalistischen Struktur des schweizerischen Staatsrechts gleichsam von außen her bestimmt oder ob man umgekehrt vom dogmatischen Standpunkt ausgeht, das Willkürverbot sei bereits aus sich selbst heraus, also unabhängig von seiner Aufgabe und Stellung in der staatsrechtlichen Ordnung, innerlich begrenzt. Abgelehnt wird hier aber die verbreitete politisch-verfahrensrechtliche Sichtweise, wonach sich der Verfassungsrichter bei der Handhabung des Willkürverbots eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen habe, denn nach Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV und Art. 84 OG ist er gehalten, die verfassungsmäßigen Rechte der Bürger voll und nicht abgeschwächt durch-

trolle vor allem betrauten Verfassungsrichter im Gesamtgefüge der Verfassungsordnung zukommt¹⁶.

B. Willkürverbot als Legitimationsprinzip

Eine weitere grundsätzliche Überlegung scheint erwähnenswert: daß nämlich das Willkürverbot auf besonders prägnante Weise die *materiell-rationale Legitimitätsgrundlage des modernen Staates*¹⁷ zum Ausdruck bringt. Was damit gemeint ist, soll anhand von zwei grundlegenden Wandlungen verdeutlicht werden, die der Willkürbegriff im Laufe der neueren Rechtsentwicklung erfahren hat.

Zunächst fällt nämlich auf, daß das Wort «Willkür» noch bis ins 19. Jahrhundert hinein auf durchaus *wertneutrale* Weise verwendet wurde. So bedeutete es etwa für KANT¹⁸ oder SAVIGNY¹⁹ einfach einen freien Willensakt (Kür = Wahl); es war weder spezifisch gegen die staatliche Autorität gerichtet, noch wurde es zur Kennzeichnung eines besonders verpönten Verhaltens verwendet. Erst auf dem Hintergrund der Staatsideen der Neuzeit, wie sie sich mit der Amerikanischen Unabhängigkeit und der Französischen Revolution durchzusetzen begannen, erhielt das Wort «Willkür» seine heute geläufige, negative

zusetzen. Wie weit übrigens in der Bundesgerichtspraxis das spezifisch föderalistische Element (weitergehende Kontrolle von Bundesrecht als von kantonalem Recht) zum Tragen kommt, läßt sich praktisch kaum ausmachen, da die jeweiligen Urteilsbegründungen in aller Regel kurz und summarisch sind und die Annahme nahe liegt, daß andere Motive (z. B. betroffene Grundrechtsinteressen, einheitliche Anwendung eines spezifischen Fachgesetzes wie z. B. das SchKG) bestimmd waren oder doch stärker ins Gewicht fielen als der Gesichtspunkt der Autonomie der Kantone.

¹⁶ Vgl. K. HESSE, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsgeschichte, in: Archiv des öffentlichen Rechts 109, 1984, S. 190; J. P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 55 ff.

¹⁷ So M. KRIELE, Einführung in die Staatslehre, 2. Aufl., Opladen 1981, S. 4 ff.

¹⁸ Gedacht ist hier insbesondere an seine berühmte Definition des Rechts, wonach dieses die Aufgabe habe, die *Willkür* des einen gegen diejenige des andern abzugrenzen unter dem allgemeinen Gesetz der Freiheit, in: IMMANUEL KANT, Werke, hrsg. von W. Weischedel, Darmstadt 1975, Band 7, S. 337.

¹⁹ In einem wertneutralen Sinne verwendet auch noch FRIEDRICH KARL V. SAVIGNY den Begriff, wenn er sagt, «daß alles Recht ... erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch die Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, still wirkende Kräfte, *nicht durch die Willkür des Gesetzgebers*»; zit. bei H. COING, S. 42 (Hervorhebung durch den Verfasser).

Konnotation²⁰. Sprachgeschichtlich gesehen haben wir also einen polemischen, gegen das absolutistische Staats- und Herrschaftsverständnis des Ancien Régime gerichteten Begriff vor uns. Ließe sich nun nicht, positiv gewendet, sagen, die Wandlung des Willkürbegriffs spiegle auf besonders anschauliche Weise den Übergang zum modernen Staatsideal wider, wonach die freie Willensentscheidung des Herrschers oder einer herrschenden Elite suspekt geworden und an die Stelle des Subjektivismus und der Dezision des «government by men» die Sachlichkeit des «rule of law» zu treten habe?

Es ist nun interessant festzustellen, daß die hiermit eingeleitete *Begriffswandlung* im Rahmen des modernen Verfassungsstaates ihre folgerichtige *Fortsetzung* gefunden hat. Wurde nämlich im älteren Schrifttum und in der früheren Judikatur eine Verletzung des Willkürverbots nur angenommen, wenn den Behörden ein Verschulden – Absicht oder grobe Fahrlässigkeit – zur Last gelegt werden konnte, so hat sich heute, wie gesagt, die Auffassung durchgesetzt, daß ein *objektiver Beurteilungsmaßstab* anzulegen sei. Dem Bürger sei es nicht zuzumuten, grobes Unrecht zu erdulden, wenn dieses – weil etwa aus Unwissen oder in guter Absicht begangen – den Behörden nicht vorgeworfen werden könne, und umgekehrt könne er sich auch nicht dem Recht bloß unter Berufung auf den subjektiven (unlauteren oder tendenziösen) Willen des Rechtssetzers oder Rechtsanwenders entziehen²¹. In der Objektivierung, die das Willkürverbot als Verfassungsgarantie gefunden hat, kommt nun mit noch größerer Deutlichkeit der Grundgedanke zum Ausdruck, daß die staatlichen Behörden *Sachwalter* der Allgemeininteressen sein sollen und das Staatshandeln der *sachlichen Rechtfertigung* bedarf. Der so verstandene Rationalitätsgedanke spiegelt sich denn auch in den vom Bundesgericht aus dem Willkürverbot abgeleiteten Anforderungen wider, staatliches Handeln dürfe nicht «sinn- und zwecklos» sein, nicht

²⁰ Eine ähnliche Sinnverschiebung ist auch im Französischen festzustellen, bedeutete hier doch «arbitraire» ursprünglich einfach «dem juristischen Ermessen (des *arbitre* bzw. der *arbitrage*) überlassen», dann aber auch «willkürlich» in dem heute verwendeten Sinn; vgl. E. WEIS, Pons – Globalwörterbuch, 1. Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1985, S. 49.

²¹ Siehe W. BURCKHARDT, S. 152. Entsprechende «Objektivierungstendenzen» zeigen sich auch etwa im modernen Beamten- und Staatshaftungsrecht. Vgl. hierzu Y. HANGARTNER, Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienstverhältnis, ZSR 98 I, 1979, S. 389 ff., insbes. S. 402 ff.; H. R. SCHWARZENBACH, Die vermögensrechtliche Haftung des Gemeinwesens und der Beamten in der Schweiz, ZBl 80, 1979, S. 503 ff., insbes. S. 510 ff.

«ohne sachlichen Grund» erfolgen oder müsse mit «stichhaltigen» und «vernünftigen Gründen» vertretbar sein, ja er erscheint als der gemeinsame Nenner aller vom Bundesgericht zur Kennzeichnung willkürlicher Staatsakte verwendeten Formeln und Formulierungen. Insofern kann also vom Willkürverbot gesagt werden, es verkörpere eine typische Legitimitätsgrundlage des modernen Staates.

II. Geltungsgrund

Das Willkürverbot erscheint, wie gesagt, nicht im Text unserer Bundesverfassung. Dies ist aber keine schweizerische Besonderheit. Auch die anderen heute in Geltung stehenden Staatsverfassungen sowie die modernen Instrumente des internationalen Menschenrechtsschutzes enthalten, von wenigen Ausnahmen abgesehen²², keine ausdrückliche und selbständige Garantie gegen staatliche Willkür. Dennoch aber läßt sich beobachten, daß die vergleichbaren Staaten – soweit ersichtlich – der Sache nach ein Willkürverbot anerkennen und dieses in Rechtsprechung und Literatur auch mit auffallender Übereinstimmung umschrieben wird. Es fragt sich daher, ob wir – wie dies etwa vom deutschen Bundesverfassungsgericht in einem seiner ersten Entscheide als mögliche Fundierung angedeutet wird²³ – ein überpositives, vorstaatliches Prinzip vor uns haben. Oder hat das Willkürverbot seinen Geltungsgrund in der Bundesverfassung? Wenn ja: Welcher Bestimmung ist es zuzuordnen? Oder bildet es Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechts? Es ist ferner zu prüfen, ob sich ein allgemeines Verbot staatlicher Willkür allenfalls aus der Europäischen Menschenrechtskonvention herleiten läßt oder ob es richtig wäre, unabhängig von der positivrechtlichen Verankerung von einem allgemeinen Rechtsprinzip zu sprechen.

²² So findet sich – als seltene (oder vielleicht einzige) – Ausnahme in Art. 9 Abs. 3 der spanischen Verfassung von 1979 die ausdrückliche Statuierung eines Willkürverbots. Diese Bestimmung lautet: «Die Verfassung gewährleistet das Prinzip der Legalität, die normative Rangordnung, die Öffentlichkeit der Normen, die Nichtrückwirkung der Sanktionsnormen, die sich ungünstig oder restriktiv auf die Rechte des Einzelnen auswirken, die Verantwortlichkeit und *das Verbot der Willkür seitens der öffentlichen Gewalten*» (Hervorhebung vom Verfasser). Zu den Instrumenten des internationalen Menschenrechtsschutzes vgl. hinten, Abschnitt C.

²³ Vgl. BVerfGE 1, 233, später relativiert in BVerfGE 6, 84 (91) und 23, 353 (373). Vgl. hierzu insbesondere HUBER, Garantie, S. 163 a ff.; DERS., Sinnzusammenhang, S. 127 ff.; IMBODEN, S. 6 ff.

A. Überpositiver Geltungsgrund?

Verschiedentlich wurde auf den engen Zusammenhang des Willkürverbots mit dem *Widerstandsrecht* hingewiesen²⁴. Eine solche Zuordnung ist – *ideen- und verfassungsgeschichtlich betrachtet* – gewiß zutreffend. In der Tat tauchte nämlich bei naturrechtlichen Schulen verschiedener Observanz, aber auch etwa bei den Reformatoren immer wieder der Gedanke auf, das Volk bzw. der Einzelne besitze ein natürliches Recht, sich auch mit illegalen Mitteln gegen Willkürherrschaft zur Wehr zu setzen.

Vom Standpunkt der *rechtlichen Geltung* aus ist aber wichtig zu sehen, daß gerade aus dem Gedankengut des Widerstandsrechts heraus nunmehr der neuzeitliche Verfassungsstaat entstanden ist, dessen zentrales Anliegen es ist, durch seine Prinzipien und Institutionen Willkürherrschaft zu eliminieren und Bürgern wie auch Behörden Mittel in die Hand zu geben, um *im Rahmen der Verfassungsordnung*, also auf legale Weise, aufkeimenden Machtmissbrauch zu bekämpfen. Das Widerstandsrecht ist in Form von Grundrechtsgewährleistungen, Volksrechten (insbesondere Referendums- und Initiativrecht) und gerichtlichem Rechtsschutz (vor allem durch die Verfassungsgerichtsbarkeit) konstitutionalisiert worden²⁵ und erscheint insofern unter den heutigen rechtsstaatlichen Bedingungen in seiner ursprünglichen Bedeutung als überlebt. In der Willkürbeschwerde ans Bundesgericht lebt zwar der Geist des alten Widerstandsrechts in besonders augenfälliger Weise fort²⁶, nur

²⁴ Vgl. hierzu insbesondere HUBER, Garantie, S. 163 a ff.; DERS., Sinnzusammenhang, S. 127 ff.; IMBODEN, S. 6 ff.

²⁵ Es war wohl der Franzose Marquis de CONDORCET, der in seinem Girondistischen Verfassungsentwurf von 1793 als erster das fruchtbare Konzept entwickelte, wonach jeder Bürger ein *gesetzliches* Mittel haben müsse, das Widerstandsrecht auszuüben, insbesondere also die Befugnis, gegen unrechtmäßige Staatsgewalt eine verfassungsmäßige Rechtsschutzorganisation anzurufen. Ähnlich forderte im 19. Jahrhundert der Luzerner Philosoph IGNAZ PAUL VITAL TROXLER – unter Hinweis auf ein «Right of Resistance» im englischen Verfassungsleben – ein Recht des Bürgers, sich zu widersetzen, wo immer die Regierung allgemein anerkannte Rechte des Bürgers antastet, und die Gerichte zwischen ihm und der Staatsgewalt entscheiden zu lassen. Näheres hierzu bei HUBER, Garantie, S. 166 a f.

²⁶ So spricht LON L. FULLER von der Verfassungsbeschwerde als dem «milder cousin» des Widerstandsrechts (S. 62) und H. HUBER von der Willkürbeschwerde als einem «kanalisierten» und «verandelten» Widerstandsrecht (Grundrechte, S. 220).

eben nicht mehr auf außerrechtlicher Grundlage, sondern in verrechtlichter Form²⁷.

B. Verfassungsrechtliche Grundlage

Das *Bundesgericht* betrachtet seit Beginn seiner Rechtsprechung das Willkürverbot als *Ausfluß aus Art. 4 Abs. 1 BV*. Es steht damit auf dem gleichen Boden wie die herrschende Lehre und Rechtsprechung in Deutschland, welche dieses Prinzip im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verankert sehen²⁸.

Die Anknüpfung des Willkürverbotes an die Garantie der Rechtsgleichheit («Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich») ist nun aber *keineswegs selbstverständlich*. Gewiß bot sich seinerzeit der Gleichheitssatz für die Zuordnung des Willkürverbots geradezu an: In seiner Allgemeinheit und Abstraktheit erfaßt er, wie auch das Willkürverbot, das ganze staatliche Leben und ist nicht auf bestimmte Sach- und Lebensbereiche beschränkt. Auch erwies sich das Gleichheitsprinzip in der Schweiz wie in andern Staaten immer wieder als besonders dynamische, gelegentlich zur Radikalisierung drängende²⁹, auf jeden Fall für die Expansion und Aufnahme neuer Inhalte besonders geeignete Kraft. Und schließlich liegt die spezielle innere Affinität von Gleichheitsgebot und Willkürverbot auf der Hand³⁰. Ist aber in der Tat das Willkürverbot im Gleichheitssatz enthalten?

²⁷ Zur aktuellen Diskussion des zivilen Ungehorsams vgl. etwa R. A. RHINOW, Widerstandsrecht im Rechtsstaat?, Bern 1984, D. THÜRER, Widerstandsrecht und Rechtsstaat, in: *Studia Philosophica* 44, 1985, S. 142 ff., aber auch die anderen in diesem Band enthaltenen Abhandlungen von P. BÜHLER, H. SANER und H. KLEGER.

²⁸ Zur deutschen Rechtslage vgl. etwa GÜNTER DÜRIG, Art. 3 GG, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München 1973, CHRISTIAN STARCK, Art. 3 GG, in: v. Mangoldt/Klein/Starek, das Bonner Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl., München 1986, S. 97 ff.

²⁹ Vgl. etwa ARCHIBALD COX: «Once loosed, the idea of equality is not easily cabined», in: *Constitutional Adjudication and the Promotion of Human Rights*, 80 Harvard Law Review 1966, S. 91, und in diesem Zusammenhang ALEXIS DE TOCQUEVILLE: *Une idée fausse, mais claire et précise aura toujours plus de puissance dans le monde qu'une idée vraie mais complexe*» (zit. bei LEIBHOLZ, S. 25 Anm. 2).

³⁰ So anschaulich H. NEF, Gleichheit und Gerechtigkeit, Zürich 1941, S. 69 ff.; vgl. auch F. ERMACORA, Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte, Wien 1963, S. 36.

Aufschlußreich ist es, den *Gang* genau zu verfolgen, den die *bundesgerichtliche Rechtsprechung* in ihren ungemein schöpferischen, die Praxis weit in die Zukunft hinein bestimmenden Anfangsjahren genommen hatte. Bei näherem Hinsehen entdecken wir, daß die Entwicklung in zwei Schritten³¹ erfolgte. Zunächst leitete das Bundesgericht, in Fortführung der früheren Rekurspraxis des Bundesrates, aus dem Gleichheitssatz das *Verbot der formellen Rechtsverweigerung* (Justizverweigerung) ab³²; das Gebot der gleichmäßigen Anwendung des Gesetzes auf alle Bürger schließe nämlich das Verbot in sich, das Gesetz ausnahmsweise nicht anzuwenden. Der zweite Schritt war dann, daß das Bundesgericht der formellen Rechtsverweigerung den Fall gleichsetzte, da die Behörde eine Sache zwar an die Hand nehme, jedoch die gestellten und gesetzlich begründeten Gesuche aus offenbar «bloß vorgeschobenen Gründen» abweise (BGE 5, S. 195; BGE 4, S. 511, S. 49). Das Bundesgericht war also der Auffassung, es könne sich, um dem allgemeinen Gebot der Rechtsverweigerung auch tatsächlich Nachachtung zu verschaffen, nicht darauf beschränken, nur einzugreifen, wenn sich eine Behörde weigere, sich mit einer in ihre Zuständigkeit fallenden Angelegenheit überhaupt zu befassen; vielmehr müsse es auch dann intervenieren, wenn diese zwar tätig werde, der Entscheid sich aber als so mangelhaft erweise, daß eine indirekte Rechtsverweigerung vorliege. Die formelle Rechtsverweigerung mündete dergestalt in die sog. *materielle Rechtsverweigerung*, ein Ausdruck, der in der Folge als Synonym und dann als Oberbegriff des Willkürverbots in die Generalregister der amtlichen Entscheidssammlung einging³³.

Die hier vom Bundesgericht vorgenommene Verknüpfung von Verfahrensfairneß und materieller Gerechtigkeit ist ausgesprochen originell und zukunftsträchtig³⁴. Sie erinnert gewis-

³¹ Gedacht ist hier an Begründungsschritte und nicht so sehr an klar voneinander abgehobene historische Entwicklungsstufen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, denn die Übergänge sind – wie sogleich aufgezeigt wird – fließend.

³² BGE 3, S. 429.

³³ Zur historischen Entwicklung vgl. ROHNER, S. 56 ff.; O. K. KAUFMANN, Verfassungsgerichtsbarkeit 1875–1974–19..? ZSR 93 I, 1974, S. 339 ff.; KELLER, S. 8 ff.

³⁴ Entfaltete sich, wenn man die frühere bundesrätliche Rekurspraxis mit ins Bild einbezieht, die materielle aus der formellen Rechtsgleichheit, so ist heute zu fragen, ob sich nicht der Kreis in dem Sinne schließt, als sich immer deutlicher zeigt, daß angesichts der Unmöglichkeit, die Gerechtigkeit mate-

sermaßen an die Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court, der seine der schweizerischen Willkürrechtsprechung entsprechende Praxis sowohl auf die «equal protection-clause» des 14. Verfassungszusatzes (materielle Garantie) wie auf die «due process-clause» des 5. und 14. Verfassungszusatzes (formelle Garantie) abstützt. Indessen beweist sie nicht, daß das Willkürverbot aus Art. 4 BV abgeleitet werden kann, in dieser Bestimmung also enthalten ist.

Im Gegenteil! Man kann sich nämlich ohne weiteres staatliche Akte vorstellen, die als *willkürlich* zu taxieren sind, das *Gleichheitsgebot aber nicht verletzen*; gedacht ist dabei etwa an die erstmalige Anwendung einer Ermessensklausel, an die im Planungsrecht häufig anzutreffenden Situationen, in denen Vergleichstatbestände von vornherein fehlen (z. B. Errichtung einer Grundwasserschutzzzone oder einer Zone für öffentliche Bauten), oder etwa an schikanöse Anordnungen einer Gefängnisverwaltung³⁵ bzw. kraß übersetzte Steuerlasten («Erdrosselungssteuern»)³⁶, welche die ihr unterworfenen Personen und Sachverhalte gleichermaßen willkürlich betreffen³⁷. Umgekehrt ist es aber auch möglich, daß ein Gleichheitsverstoß *nicht in dem Maße fehlerhaft oder ungerecht* ist, daß er als *Willkürakt* qualifiziert werden müßte; die Verfügung einer Abbruchbewilligung gegen A., obwohl die Behörde trotz im wesentlichen gleichen Bedingungen gegen B. nicht vorgegangen ist, könnte als Beispiel genannt werden. Zwischen Willkürverbot und Rechtsgleichheit scheint somit also eine bloße – wenn auch weitgehende – *Teildeckung* zu bestehen. Sie weisen z. T. unterschiedliche Geltungsbereiche auf, was in den vom Bundesgericht verwendeten Willkürformeln auch zum Ausdruck kommt³⁸. Die schweizerische Rechtslage weicht also insofern von der in Deutschland überwiegend vertretenen Auffassung ab, wonach das Willkürverbot den (durch besondere Differen-

riell zu definieren, umso größere Beachtung der konkreten Ausgestaltung des Verfahrens zu schenken ist, in dem über das jeweils Gerechte entschieden wird.

³⁵ Vgl. BGE 102 Ia 288 (Gebot, die Betten in den Zellen eines Gefängnisses tagsüber hochzuklappen).

³⁶ So ein Beispiel bei W. BÖCKENFÖRDE, Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957, S. 15.

³⁷ Evident ist der Kontrast – ja eine Gegenläufigkeit – der beiden Prinzipien im Extremfall: bei der Gleichschaltung von Unfreiheit und Elend durch totalitäre und diktatorische Regimes.

³⁸ Zum Ganzen MÜLLER/MÜLLER, S. 211.

zierungsgesetze weiter ausgestalteten) Grundtatbestand des Gleichheitssatzes darstellt.

Erscheint demnach das Willkürverbot als eigenständiges, nicht in seiner vollen Tragweite auf den Gleichheitssatz zurückzuführendes Prinzip, so ist es wohl richtig, dieses dem *ungeschriebenen Verfassungsrecht* zuzuordnen. Natürlich war das Bundesgericht bei Begründung der Willkürpraxis – zur Zeit also der Hochblüte des Positivismus und unmittelbar nach Erlass der neuen Verfassung von 1874 – bemüht, das Willkürverbot im Verfassungstext unterzubringen³⁹. Nach der vom Bundesgericht 1960 erstmals ausgesprochenen Anerkennung ungeschriebener Grundrechte schiene es nun aber ohne weiteres denkbar, zu diesen auch das Willkürverbot zu zählen; es würde jedenfalls in die Formel passen, wonach es sich hierbei mitunter um Rechte handelt, die als unentbehrliche Bestandteile der rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen⁴⁰. De constitutione ferenda, in einer neuen Verfassung also, schiene es denn auch ohne weiteres angezeigt, das Willkürverbot als eigenständiges Prinzip zum Ausdruck zu bringen und dieses etwa an der Spitze der Verfassung als Kernelement des Rechtsstaates im materiellen Sinn zu verankern. Die in Art. 5 Abs. 2 des Verfassungsentwurfes von 1977 und Art. 4 der Modellstudie des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements von 1985 gewählte, im Vernehmlassungsverfahren zum Verfassungsentwurf überwiegend begrüßte Formulierung, wonach kein staatliches Organ willkürlich handeln darf, könnte dabei als Vorbild dienen.

C. *Völkerrechtliche Grundlage?*

Es fragt sich, ob das Willkürverbot in den völkerrechtlichen Regelungen zum Schutze der Menschenrechte eine *allgemeine*, über das Landesrecht hinausgehende *Grundlage* besitzt. Dies ist bei näherem Hinsehen zu *verneinen*. Wohl kennt das traditionelle Völkergewohnheitsrecht gewisse minimale Menschenrechtsgarantien zugunsten der Fremden⁴¹, und die modernen

³⁹ Vgl. HANGARTNER, II, S. 196.

⁴⁰ Vgl. etwa die Formel im BGE 104 Ia 96. Zum Ganzen: HÄFELIN/HALLER, S. 319.; J. P. MÜLLER, Elemente, S. 19 ff.

⁴¹ Näheres bei D. SCHINDLER, Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts, Winterthur 1957, S. 38 ff.; A. VERDROSS/B. SIMMA, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 1985, S. 801.

internationalen Kodifikationen der Menschenrechte enthalten alle als Teil einzelner Rechtsgewährleistungen Willkürverbote und als eine tragende Säule besondere Diskriminierungsverbote⁴². All diese Regelungen aber weisen einen personell oder sachlich beschränkten Geltungsbereich auf. Sie haben nicht den umfassenden Charakter des allgemeinen Willkürverbots, und die für die Schweiz verbindlichen Instrumente sehen auch keine über unsere Willkürrechtsprechung hinausgehende Kontrollintensität der (internationalen oder innerstaatlichen) Überwachungsorgane vor.

Dies trifft insbesondere auch auf die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK) als den bisherigen Höhepunkt in der internationalen Kodifikation von Menschenrechten zu, deren Garantien in der Schweiz grundsätzlich unmittelbar anwendbar sind und auf dem Wege der staatsrechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht wie verfassungsmäßige Rechte geltend gemacht werden können⁴³. Es wurde nämlich im Europarat bewußt davon abgesehen, ein umfassendes, allgemeines Gleichheitsgebot oder Willkürverbot in die Konvention aufzunehmen⁴⁴. Das in Art. 14 EMRK verbürgte Diskriminierungsverbot hat demgegenüber einen bloß akzessorischen Charakter in dem Sinne, daß dessen Verletzung nur in Verbindung mit anderen in der Konvention gewährleisteten Rechten gerügt werden kann⁴⁵. Insbesondere wird es vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aber nicht als striktes Unterscheidungsver-

⁴² In den Instrumenten des internationalen Menschenrechtsschutzes findet sich der Willkürbegriff gelegentlich bei der Umschreibung einzelner Grundrechtspositionen wie insbesondere des Rechts auf Leben, der persönlichen Freiheit und Sicherheit, der Privatsphäre oder des Eigentums, um zum Ausdruck zu bringen, daß sich die internationale Gemeinschaft in dieser Hinsicht den Staaten gegenüber mit der Forderung eines minimalen, elementaren Menschenrechtsschutzes begnügen (vgl. etwa Art. 9, 12 und 17 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 und Art. 6, 9, 12 und 17 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte von 1966). Daneben gibt es auch eine Reihe internationaler Menschenrechtsinstrumente, die Diskriminierungen nach Kriterien wie Rasse, Geschlecht usw. verbieten und insofern über ein bloßes Willkürverbot hinausgehen; für die Schweiz hat aber keines von ihnen völkerrechtliche Verbindlichkeit erlangt.

⁴³ Vgl. A. HAEFLIGER, Der Gleichheitssatz im Verhältnis zu andern verfassungsmäßigen Rechten und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *Festschrift für André Grisel*, Neuenburg 1983, S. 79 ff., insbes. S. 86 ff.

⁴⁴ Vgl. J. A. FROWEIN/W. PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, Kehl/Straßburg/Arlington 1985, S. 305 f.

⁴⁵ Vgl. L. WILDHABER, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, *ZSR* 113 II, 1979, S. 369 ff.

bot, sondern als bloßes Willkürverbot interpretiert, wenn er feststellt, «that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification»⁴⁶. Auch eine zweifelsfrei festgestellte, auf einem der in Art. 14 EMRK ausdrücklich genannten Merkmale basierende Unterscheidung indiziert demnach lediglich eine Konventionswidrigkeit; eine solche ist aber allein dann zu bejahen, wenn sie sich auch in einer zweiten Prüfung als tatsächlich willkürlich erweist⁴⁷. Es läßt sich also festhalten, daß selbst Art. 14 EMRK in seiner derzeitigen Handhabung durch die Straßburger Kontrollorgane keine eigenständige, über das verfassungsrechtliche Willkürverbot hinausgehende Bedeutung entfaltet⁴⁸. Allerdings ist für die Schweiz in verfahrensrechtlicher Hinsicht bedeutsam, daß am (beschränkten) Maßstab des konventionsrechtlichen Diskriminierungsverbots nunmehr auch Bundesgesetze überprüft werden können, denn Art. 113 Abs. 3/114^{bis} Abs. 3 BV schließt eine Normenkontrolle nur in bezug auf die Bundesverfassung, nicht aber auf das dem einfachen Bundesrecht vorgehende Konventionsrecht aus⁴⁹.

D. Allgemeiner Rechtsgrundsatz

Es scheint nicht richtig, wir haben es gesehen, dem Willkürverbot einen überpositiven Charakter zuzuerkennen, es also in einem über Ort und Zeit stehenden, vorgegebenen Wertesystem mit absolutem Charakter oder auch nur in einem «Naturrecht mit wechselnden Inhalten» verankert zu sehen. Das Naturrecht

⁴⁶ So das noch heute maßgebliche Urteil vom 23. Juli 1968 im «Belgischen Sprachenfall», Serie A der Veröffentlichungen des Gerichtshofs, Erw. 10. Näheres bei FROWEIN/PEUKERT, a.a.O. (Anm. 44), insbes. S. 314ff. Vgl. auch die kritische Würdigung bei KEWENIG, S. 138ff.; M. SACHS, Art. 14: Allgemeines Willkürverbot oder striktes Unterscheidungsverbot?, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 34, 1984, S. 333ff.; L. WILDHABER, Der belgische Sprachenstreit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 26, 1969/70, S. 9ff., insbes. S. 25ff.

⁴⁷ So KEWENIG, S. 145.

⁴⁸ Vgl. HAEFLIGER, a.a.O. (Anm. 43), S. 88.

⁴⁹ Vgl. hierzu J. P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 65f., der in diesem Zusammenhang von «einer – jedenfalls teilweise – „kalten Einführung“ der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene» spricht (S. 66); zu Geltung und Rang der EMRK in der Schweiz vgl. WILDHABER, a.a.O. (Anm. 45), S. 327ff.

hat einen schillernden Charakter; es wurde von seinen Protagonisten immer wieder aus rein politischen und opportunistischen Gründen angerufen, von seinen Antagonisten indessen mit entsprechenden Gründen diskreditiert⁵⁰ und ist jedenfalls in einer offenen und dynamischen Rechts- und Gesellschaftsordnung mit größter Vorsicht zu heranziehen.

Demgegenüber wäre es aber ohne weiteres denkbar, das Willkürverbot als «*allgemeinen Rechtsgrundsatz*» des Rechtsstaates zu betrachten, ihm also in diesem (beschränkten) Sinne eine übergeordnete Bedeutung beizumessen. So wie nämlich etwa das Völkerrecht Grundsätze anerkennt, deren normative Kraft sich nicht aus positivrechtlichen Rechtsquellen (Vertragsrecht, Gewohnheitsrecht), sondern aus dem Wesen der Rechtsordnung als solcher ableitet⁵¹ und dazu wohl auch ein allgemeines Willkürverbot zählt⁵², so ließe sich auch für das schweizerische Recht geltend machen, das Willkürverbot sei unabhängig von einer besonderen positivrechtlichen Verankerung der *rechtsstaatlichen Ordnung als solcher in seiner Rechtsgrundsätzlichkeit immanent*. Auch ausländische Rechtsordnungen würden das von ihnen der Sache nach anerkannte Willkürverbot eher unter die Kategorie «allgemeine Rechtsprinzipien» einordnen denn als (ungeschriebenes) Grundrecht qualifizieren; gedacht ist hier etwa an die vom französischen «Conseil d’Etat» entwickelten «principes généraux du droit, applicables même

⁵⁰ Vgl. etwa aus der (älteren) Geschichte des amerikanischen Supreme Court die Appelle an das Naturrecht und sogar das göttliche Recht zur Rechtfertigung der Inferiorität der Schwarzen und der Diskriminierung Frauen; im einzelnen: J. H. ELY, Democracy and Distrust, Cambridge/Mass. 1980, S. 48 ff.

⁵¹ Vgl. Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs.

⁵² Vgl. insbesondere G. LEIBHOLZ, Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauchs im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1, 1929, S. 77ff.; KEWENIG, S. 118 ff. Besonders deutlich ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, die in Anlehnung an das nationale Verfassungsrecht einen allgemeinen Gleichheitssatz entwickelte, der den Gemeinschaftsorganen eine willkürliche Differenzierung gleicher Sachverhalte verbietet; dabei handelt es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen um eine primäre, von den Gemeinschaftsverträgen unabhängige Rechtsquelle, deren Legitimation sich aus dem Rechtsgedanken selbst ableitet. Vgl. A. BLECKMANN, Europarecht, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1980, S. 104; vgl. zum Ganzen: M. HILF, The Role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities, in: Armand de Mestral u. a. (Hrsg.), The Limitation of Human Rights in the Comparative Constitutional Law, Cowansville (Quebec) 1986, S. 549 ff.

en l'absence de texte»^{53, 54}, von denen insbesondere über die Prinzipien des Ermessensmißbrauchs (détournement de pouvoir) eine direkte Linie zur Willkürjudikatur des Bundesgerichts führt⁵⁵.

Auf jeden Fall hätte diese Konstruktion den Vorteil, daß sich – zumindest für das Willkürverbot und andere grundlegende Prinzipien des Rechtsstaates – solcherweise dogmatischen Streitigkeiten über die *Drittirkung von Grundrechten* aus dem Wege gehen ließe; denn in dieser Sicht erschienen etwa das in Art. 2 Abs. 2 ZGB verankerte Rechtsmißbrauchsverbot und das verfassungsmäßige Willkürverbot bloß als das eine Mal auf der koordinationsrechtlichen Ebene und das andere Mal im hoheitlichen Bereich «durchbrechende» Variationen ein und desselben Rechtsgedankens. Statt sich auf die in dieser Hinsicht letztlich unfruchtbaren Fragen des Vorrangs der Verfassung und des Überprüfungsverbots von Bundesgesetzen (Art. 113 Abs. 3 BV) zu verstießen, könnte man dann ohne weiteres Erkenntnisse aus dem einen Rechtsbereich für den andern nutzbar machen; insbesondere erschienen auch «Anleihen» des Verfassungsrichters bei dem traditionsreicheren und dogmatisch weiter entwickelten Zivilrecht aus dieser Sicht als geradezu selbstverständlich⁵⁶.

⁵³ Vgl. H. KRECH, Die Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze im französischen öffentlichen Recht, Göttingen 1973, S. 4. Vgl. auch den Ausspruch von VEDEL, zitiert bei KRECH, a. a. O., S. 3: «Wenn man mit einem Federstrich den code civil abschaffte, gäbe es kein Zivilrecht mehr, denn dann wären die Lösungen der Rechtsprechung selbst ihrer Basis beraubt. Wenn man dagegen mit einem Federstrich alle Verwaltungsgesetze abschaffte ..., würde das Wesentliche des Verwaltungsrechts ohne Bezugnahme auf irgendwelche Texte entwickelt.»

⁵⁴ In den (offeneren) anglo-amerikanischen Rechtsordnungen würde in «Willkùrsituationen» häufig einfach auf die Vernunft («reason»), aus der alles «Common Law» hervorgegangen ist, als subsidiäre Rechtsquelle zurückgegriffen; vgl. etwa D. BLUMENWITZ, Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 3. Aufl., München 1987, S. 52. Zum Ganzen: A. BLECKMANN, Der Rechtsstaat in vergleichender Sicht – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsquellenlehre des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: German Yearbook of International Law 20, 1977, S. 406 ff.

⁵⁵ So etwa H. HUBER, Sinnzusammenhang, S. 142 f.; A. VALLOTTON, Excès de pouvoir et déni de justice, Etude comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat français et du Tribunal fédéral suisse, Lausanne 1954.

⁵⁶ So müßte auch ein allgemeines völkerrechtliches Willkürverbot richtigerweise weit in dem Sinne verstanden werden, daß es den «abus de droit» (horizontale Geltungsebene) wie auch das «détournement de pouvoir» (vertikale Geltungsebene) umfaßt; vgl. KEWENIG, S. 119 ff.; A. BLECKMANN, Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts, München 1982, S. 75 f.

III. Geltungsbereich

Man ist versucht, den Geltungsbereich des Willkürverbots mit dem Umfang der bundesgerichtlichen Willkürrechtsprechung gleichzusetzen. Dies wäre aber eine unzulässige Verkürzung der ihm naturgemäß zukommenden rechtlichen Tragweite. Denn zunächst ist zu bedenken, daß Bundesgesetze, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse und Staatsverträge gemäß Art. 113 Abs. 3/Art. 114^{bis} Abs. 3 BV einer Willkürkontrolle durch das Bundesgericht von vornehmerein entzogen sind. Sodann gestatten es aber auch die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel nicht, das Willkürverbot vor dem Bundesgericht in seiner vollen Tragweite zur Geltung zu bringen. Gewiß kann – soweit das soeben erwähnte Prüfungsverbot hierzu Raum läßt – letztinstanzlich mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht gerügt werden, eine sich auf Bundesrecht stützende Verfügung oder Entscheidung verletze das Willkürverbot (Art. 104 lit. a OG), doch wird hier in der Regel die Verfassungsverletzung bereits in der Verletzung des (einfachen) Bundesrechts enthalten sein, und zudem ist die Zuständigkeit des Bundesgerichts auf diesem Gebiete weitreichenden Einschränkungen unterworfen (Art. 98–101 OG). Auch kann der Einzelne in dem im Verhältnis zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde subsidiären, praktisch aber im Vordergrund stehenden Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde das Willkürverbot als ein verfassungsmäßiges Recht anrufen, ist dabei jedoch auf die Anfechtung kantonaler Hoheitsakte beschränkt (Art. 84 Abs. 1 OG). Abgesehen von dem grundsätzlich auf dem Rechtsmittelweg durchsetzbaren rechtlichen Gehalt aber weist das Willkürverbot wie alle Grundrechte auch eine objektive, nicht justiziable Prinzipienebene auf, deren Respektierung letztlich in die Verantwortung der politischen Verfassungsorgane gestellt ist. Der Geltungsbereich des Willkürverbotes reicht also – wie nachfolgend darzulegen ist – weiter als die Willkürjudikatur des Bundesgerichts.

A. Keine «Reserve staatlicher Willkür»

Das Bundesgericht bezeichnete das Willkürverbot gleich zu Beginn seiner Rechtsprechung als «Postulat staatlicher Gerechtigkeit» (BGE 6, S. 172) und später als «Grundlage des Rechtsstaates» (BGE 94 I 521). Damit wird sein *umfassender Geltungsanspruch* zum Ausdruck gebracht. Von dieser Grund-

idee her lassen sich nämlich Bereiche völlig freien behördlichen Beliebens oder die Zulässigkeit grob sachwidriger oder mißbräuchlicher Ausübung der Staatsgewalt nicht mehr denken. Gewiß gibt es Formen der Staatstätigkeit, die sich wie etwa die «actes de gouvernement», Begnadigungen, Wahl und Wiederwahl von Beamten, Submissionen, Einbürgerungen, Maßnahmen der Planung und Wirtschaftslenkung usw. einer rechtlichen Bindung naturgemäß in weitem Maß entziehen. Es handelt sich hier aber – wie GEORG MÜLLER dargelegt hat⁵⁷ – nicht um «Reservate staatlicher Willkür» oder um Gebiete des Staatshandelns, die «ein bißchen Willkür» (GÜNTER DÜRIG) vertragen⁵⁸. Denn es gehört zum Wesen des Willkürverbotes und war historisch gesehen auch sein primäres Anliegen⁵⁹, der Staatsmacht gerade in den rechtlich nur schwer faßbaren Ermessens- und Gestaltungsräumen einen äußersten, unumstößlichen Rahmen zu setzen. So gesehen gibt es also im Staatsrecht *keine rechtsfreien*, sondern bloß *allenfalls gerichtsfreie*, immer an die Willkürgrenze gebundene Räume⁶⁰.

B. Umfassende funktionelle Bindung

Das Willkürverbot bindet als elementares Gebot des Rechtsstaates die Staatsgewalt in all ihren Erscheinungsformen. Nicht nur erfaßt es *alle Stufen des Staatsaufbaus* (Bund, Kantone, Gemeinden), sondern auch *alle Staatsfunktionen* (Rechtssetzung, Regierung und Verwaltung, Rechtsprechung). Diese funktionell umfassende Verbindlichkeit ist nun allerdings nicht selbstverständlich, wenn man das Willkürverbot wie das Bundesgericht auf Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BV zurückführt. Denn das Prinzip der Gleichheit «vor dem Gesetz», wie es zum ersten Mal in der französischen Verfassung von 1793 auftrat und seither in eine große Vielzahl von Verfassungen eingegangen ist⁶¹, legt seinem Wortlaut nach nahe, bloß die

⁵⁷ G. MÜLLER, S. 109 ff.

⁵⁸ Ein Grenzfall rechtlicher Bindung ist wohl etwa die Auswahl eines Kandidaten bei Parlamentswahlen; vgl. G. MÜLLER, S. 122.

⁵⁹ LEIBHOLZ, S. 1.

⁶⁰ Vgl. C. SCHOCH, Methoden und Kriterien der Konkretisierung offener Normen durch die Verwaltung, Zürich 1984, S. 34.

⁶¹ Vgl. C. STARCK, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: ders. (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, Baden-Baden 1982, S. 51 f.; vgl. auch KELLY, der als mögliches Vorbild für diese Formulierung

bereits geltenden Gesetze seien von den Verwaltungsbehörden und Gerichten auf die Bürger gleichermaßen anzuwenden; im Gegensatz etwa zur Garantie der «equal protection of the laws» im 14. Amendment der amerikanischen Verfassung aber scheint es für die Entstehung der Gesetze selbst keinen Maßstab abzugeben.

Dies war aber seit jeher nicht die Auffassung des Bundesgerichtes⁶². In BGE 6, S. 172 finden wir die selbstverständlich klingende, in Tat und Wahrheit aber kühne, methodisch richtige und zukunftsweisend sowie über die Landesgrenzen hinaus zündende⁶³ Feststellung:

«Das in Art. 4 BV niedergelegte Prinzip der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetze ist als grundgesetzliche Norm sowohl für die verwaltende und richterliche als auch für die gesetzgeberische Tätigkeit der Staatsbehörden maßgebend. Es wird dadurch sowohl gleiche Anwendung der Gesetze auf alle Bürger als auch gleiche Behandlung derselben durch die Gesetze gefordert. Bedeutung und Tragweite des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetze in letzter Richtung nun bestimmt und beschränkt sich dadurch, daß dasselbe ein Postulat staatlicher Gerechtigkeit ist.»

Art. 4 Abs. 1 BV garantiert also die Rechtsanwendungs- und die Rechtssetzungsgleichheit, die «égalité devant la loi» und die «égalité dans la loi»⁶⁴. Diese *doppelte Stoßrichtung* muß nun auch dem Willkürverbot zukommen. Es hat also, funktionell gesehen, einen umfassenden Geltungsbereich.

So bahnbrechend und richtig die grundsätzliche Entscheidung war, daß das Gleichheitsgebot und das Willkürverbot die rechtsetzende Tätigkeit mitumfasse, so wenig kam nun aber diese Dimension interesseranterweise in der Rechtspraxis zum Tragen. Es ist nämlich erstaunlich festzustellen, daß in der Schweiz im Gegensatz etwa zu Deutschland, Österreich oder den Vereinigten Staaten das *Schwergewicht* der Verfassungsrechtsprechung zum Gleichheitssatz eindeutig *im Bereich der*

auf die christliche Vorstellung der Gleichheit der Menschen vor Gott hinweist (S. 3).

⁶² Siehe hinten Teil 3.

⁶³ Scharf war zunächst zwar die Kritik des deutschen Staatsrechters GEORG JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl., Freiburg i. Br. 1892, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 97f.: «Was aber für den Gesetzgeber freie, rechtsschaffende That ist, das ist einem Richter verfassungswidrige Willkür.» Unter Berufung auf das Schweizer Vorbild hat dann in der Weimarer Epoche vor allem GERHARD LEIBHOLZ der Forderung der Bindung auch der Gesetzgeber an den Gleichheitssatz in der Lehre zum Durchbruch verholfen, und im Bonner Grundgesetz ist diese These zum bindenden Recht geworden (Art. 1 Abs. 3 GG).

⁶⁴ AUBERT, II, S. 642 ff.

Rechtsanwendung liegt. Mit dem Willkürverbot wird also primär der Einzelne gegen flagrante und gravierende Verletzungen der normalen Legalordnung im weitesten Sinne (d. h. unter Einschluß des Gebots der Bindung der Behörden an die eigene – gesetzesausfüllende – Praxis) in Schutz genommen; im Gebot der Beachtung und getreuen Befolgung des geltenden Rechts findet der im Willkürverbot enthaltene Gerechtigkeitsgedanke zunächst einmal seinen Ausdruck und seine Verkörperung. In zwei Ausnahmesituationen aber verlangt er unmittelbare Geltung: als Maßstab und Mindestanforderung für Rechtssetzung und Rechtsanwendung, soweit diese nicht durch vorgegebenes Recht determiniert sind (Direktive der gerechten Rechtsgestaltung), und als Mittel zur Berichtigung ungerechten Rechts (Korrektiv zur Ausschaltung von dem Gerechtigkeitsgedanken widersprechendem positivem Recht). Das Willkürverbot dient dann im letztgenannten Fall dazu, der materiellen Legitimitätsgrundlage der Rechtsordnung zum Durchbruch zu verhelfen, wenn sich die formelle Legalität mit dieser sonst nicht in Einklang bringen läßt; diese Frontstellung oder Gegenläufigkeit des Willkürverbots kommt aber, wie sich noch zeigen wird, nur selten zum Tragen⁶⁵.

C. Umfassende sachliche Bindung

Eines ist allen Willkürfällen gemeinsam: Es muß sich um besonders schwerwiegende Rechtsverstöße oder Ungerechtigkeiten handeln; bloß ungerechte, unrichtige oder unzweckmäßige Rechtsgestaltung ist dagegen als solche noch nicht willkürlich. Was nun aber das *sachliche Anwendungsgebiet* des Willkürverbots betrifft, so kann dieses praktisch in irgendwelchem thematischem oder rechtlichem Zusammenhang aktuell werden. Sein «vagabundierender Charakter» (PETER HÄBERLE) ist darauf zurückzuführen, daß das Willkürverbot im Gegensatz etwa zu den eigentlichen Grundrechten oder den bundesstaatlichen Kompetenznormen der Verfassung nicht auf bestimmte Lebensbereiche oder Sachfragen zugeschnitten ist, sondern in seiner Abstraktheit das ganze Staatshandeln durchwirkt⁶⁶; es

⁶⁵ Vgl. H. HUBER, Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, S. 200/1, wo es – offenbar in einem gewissen Gegensatz zum Willkürverbot – als Wesensmerkmal der *Freiheitsrechte* bezeichnet wird, «etwas «Gegenläufiges» von großer Bedeutung in unserer Rechtsordnung, Gegenrichtung der Legalordnung» zu sein.

⁶⁶ Vgl. HUBER, Grundrechte, S. 217.

ist nicht «*sachhaltig*», sondern «*rechts- und gerechtigkeitshal-
tig*»⁶⁷. Als Querschnittsprinzip erfaßt es denn auch in der Praxis
des Bundesgerichts, die ihrerseits aus prozessualen Gründen
das Willkürverbot nur ausschnittsweise zu verwirklichen ver-
mag, in bunter Fülle Rechtsfragen von größter staatspolitischer
Tragweite und daneben auch eine Vielzahl von Fällen, die ohne
grundätzliche Bedeutung nur mit den spezifischen Eigenheiten
eines konkreten Erlasses zusammenhängen. Es soll im folgen-
den zur Veranschaulichung der Breite und Bedeutung des
Willkürverbots aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein
Überblick über einige besonders wichtige staatspolitische
Grundsatzfragen gegeben und anschließend die Frage aufge-
worfen werden, ob nicht angesichts des fortschreitenden Aus-
baus rechtsstaatlicher Institutionen und Prinzipien das Will-
kürverbot heute praktisch überlebt sei, von einer elementaren
Basisnorm rechtlicher Gestaltung also zum Nothelfer und
Lückenbüßer für Ausnahmesituationen «*verharmlost*»⁶⁸ sei.

1. Staatspolitische Grundsatzfragen

Rechtsstreite über verfassungsrechtliche Grundsatz- und Pri-
märfragen wurden mit besonderer Häufigkeit unter Berufung
auf den Gleichheitssatz bzw. das mit ihm eng verbundene Will-
kürverbot ausgetragen. Insofern läßt sich gewiß sagen, die
Willkürpraxis des Bundesgerichts berge ein Stück Rechts- und
Kulturgeschichte in sich⁶⁹.

Zu denken ist bei diesen staatspolitischen Grundsatzfragen
zunächst etwa an Fälle, welche die Grundlage der *demokrati-
schen Willensbildung* betrafen. Die Frage der Gleichheit der
staatsbürgerlichen Rechte stand in der Schweiz ja historisch im
Vordergrund⁷⁰, so wie in den Vereinigten Staaten die Rassen-
frage immer wieder als Katalysator und Triebfeder für die
Fortentwicklung des Gleichheitssatzes in Erscheinung trat. Sie
ist insofern aber auch von *prinzipieller* Bedeutung, als von der

⁶⁷ HUBER, Sinnzusammenhang, S. 139.

⁶⁸ So die Formulierung von PETER HÄBERLE, der von der «Verharmlosung des
Art. 3 GG zum Willkürverbot» spricht, in: Grundrechte im Leistungsstaat,
Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30,
1972, S. 120.

⁶⁹ LEIBHOLZ, S. 74.

⁷⁰ Vgl. die Hervorhebung des Verbots von Untertanenverhältnissen, Vorrech-
ten des Orts, der Geburt der Familien oder Personen in Art. 4 Abs. 1 Satz 2
BV; zur historischen Bedeutung der demokratischen Komponenten des
Gleichheitssatzes etwa AUBERT, II, S. 644.

gerechten Ausgestaltung des politischen Prozesses und insbesondere auch von der repräsentativen Zusammensetzung der Parlamente eben auch maßgeblich abhängt, wie die (materiellen) Gerechtigkeitsfragen von den hierzu primär zuständigen politischen Behörden definiert und gelöst werden. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht gleich zu Beginn seiner Praxis einige grundsätzliche Entscheide gefällt, indem es kantonale Zensusvorschriften, den Ausschluß der Dienstboten oder anderer in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis stehender Personen von den politischen Rechten oder grob unrepräsentative Zusammensetzungen kantonaler Parlamente als verfassungswidrig bezeichnete⁷¹. Heute könnte sich die Rechtsgleichheits- und Willkürfrage allenfalls im Zusammenhang mit der Verteilung von Sendezeiten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten unter die verschiedenen politischen Parteien oder mit der steuerlichen Behandlung von Parteispenden stellen, wie dies insbesondere in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts der Fall war⁷². Im großen und ganzen aber ist davon auszugehen, daß sich im Bereich der politischen Rechte und insbesondere der Volksrechte nunmehr auf allen Ebenen des Staatsaufbaus Regelungen eingespielt haben, die vor einer ja nur grobe, schwerwiegende Fehlerhaftigkeit beseitigenden Willkürkontrolle standhalten⁷³.

Von grundlegender Bedeutung waren in der Judikatur des Bundesgerichts zum Gleichheitssatz und Willkürverbot so dann verschiedene *klassische Menschenrechtsfragen*. Im Vordergrund standen dabei zunächst gewisse Diskriminierungen

⁷¹ Vgl. die Zusammenstellung der Praxis bei W. BURCKHARDT, S. 36 ff.

⁷² Vgl. hierzu im einzelnen H. VON ARNIM, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, in: Die Öffentliche Verwaltung 37, 1984, S. 85 ff., insbesondere S. 86 f. Für die Schweiz vgl. BGE 97 I 731 (betr. die Zuteilung von Sendezeiten an politische Parteien vor den National- und Ständeratswahlen durch die SRG).

⁷³ Im Bereich der von der Bundesverfassung und den Kantonsverfassungen vorgesehenen politischen Rechte bei kantonalen und kommunalen Wahlen und Abstimmungen besteht sogar eine besonders strikte Kontrolle durch das Bundesgericht; dieses prüft bei Stimmrechtsbeschwerden gemäß Art. 85 lit. a OG frei, ob die entsprechenden verfassungsrechtlichen Vorschriften oder die das in Frage stehende politische Recht nach Inhalt und Umfang näher ausgestaltenden Anordnungen des Gesetzes- oder Verordnungsrechts verletzt worden sind. Näheres bei E. GRISEL, *Initiative et référendum populaires – Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Lausanne 1987, S. 123 ff.

gegen religiöse Minderheiten⁷⁴. Vor allem aber verhalf das Bundesgericht in Überwindung veralteter Wertvorstellungen und Vorurteile⁷⁵ schrittweise der umfassenden Gleichberechtigung der Frau zum Durchbruch, bis dieser Grundsatz dann in Form von Art. 4 Abs. 2 BV seine ausdrückliche verfassungsrechtliche Anerkennung erlangte. Andere Minderheitenfragen, die – wie etwa die rechtliche Behandlung von Ausländern (im Verhältnis zu Staatsangehörigen, aber auch zu anderen Kategorien von Ausländern), Jugendlichen, Behinderten, Armen, Homosexuellen usw. – ausländische Verfassungsgerichte als zentrale Gerechtigkeitsfragen beschäftigten, treten in der Rechtsprechung des Bundesgerichts kaum auf, dies wohl vor allem wegen der in Art. 113 Abs. 3 BV vorgesehenen Überprüfungsverbote.

Von staatspolitisch grundsätzlicher Natur ist aber auch ein besonderer *föderalistischer Aspekt* der Gleichheits- und Willkürfrage. Gemeint ist hier nicht die sich aus der föderalistischen Ordnung notwendigerweise ergebende, von der Verfassung (mit)gewollte und sanktionierte Erscheinung, daß die Bürger des Landes von Kanton zu Kanton und von Gemeinde zu Gemeinde verschiedenen rechtlichen Regelungen und Behördenpraktiken unterworfen sind, sondern die der Verteilung von Rechtssetzungs- und Rechtsverwirklichungsaufgaben auf verschiedene dezentrale Einheiten immanente Gefahr, daß die am politischen Prozeß beteiligten Kräfte ihre Anliegen und Interessen einseitig zu Ungunsten der «Auswärtigen» durchsetzen. Die Bundesverfassung hat derartigen «spill over»- oder Verzerungseffekten⁷⁶ insofern einen Riegel geschoben, als sie den Kantonen in Art. 60 BV vorschreibt, die *Bürger* anderer Kantone gleich zu behandeln wie die eigenen. Im übrigen aber ist es ein besonderes Verdienst der Verfassungsrechtsprechung des

⁷⁴ Vgl. etwa BGE 2, S. 171 (Verfassungsmäßigkeit eines Verbotes, in Genf geistliche Kleider zu tragen, mit der formalistischen Begründung, daß diese Anordnung allen Bürgern gegenüber gelte, welche es sich einfallen lassen könnten, sich so zu kleiden), dann aber die spätere, im Rahmen von Art. 4 und Art. 49 ff. BV entwickelte, im großen und ganzen liberalere Praxis; hierzu P. SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., Bern 1982, S. 27 ff.

⁷⁵ Vgl. etwa BGE 13, S. 5. (Zulässigkeit der Nichtzulassung von Frauen zur Advokatur), dann aber die Änderung dieser Praxis in BGE 49 I 16; vgl. sodann BGE 103 Ia 517 (Verfassungswidrigkeit der unterschiedlichen Besoldung von Lehrern und Lehrerinnen an staatlichen Schulen).

⁷⁶ Hierzu P. SALADIN, Lebendiger Föderalismus, ZSR 97 I, 1978, S. 411 f., 428; D. THÜRER, Bund und Gemeinden, Berlin/Heidelberg/New York 1986, S. 129.

Bundesgerichts, daß sie (juristische) Personen mit (Wohn-)Sitz außerhalb der betreffenden Gebietskörperschaften immer wieder gegen stoßende Benachteiligungen in Schutz nahm, die sachlich nicht gerechtfertigt und auch angesichts des besonderen verfassungsrechtlichen Wertes der föderalistischen Ordnung nicht mehr vertretbar erschienen⁷⁷.

Bildeten bisher Fragen der Mindestanforderungen der Gerechtigkeit an die Ausgestaltung der Demokratie, der Grundrechte und des Föderalismus die «großen Themen» der Willkür- und Rechtsgleichheitsjudikatur des Bundesgerichts, so dürften in Zukunft angesichts der gewandelten staats- und gesellschaftspolitischen Realitäten eher Fragen der *Integrität des Staats- und Verwaltungshandelns*, vor allem aber der *Verteilungsgerechtigkeit*, in den Vordergrund rücken, denn es hat sich gezeigt, daß – entgegen der Prognose von KARL MARX – in der Überflußgesellschaft die Gerechtigkeitsfrage nicht obsolet wird, sondern nur neue Formen annimmt. Gedacht ist in diesem Zusammenhang vor allem an die moderne Erscheinung, daß elementare Güter wie Boden, Wasser, Luft übernutzt werden, damit «knapp» geworden sind und der Erhaltung und Schonung bedürfen, daß der Schutz und die Förderung lebenswichtiger Güter wie Gesundheit, Bildung usw. in weitem Umfang zur öffentlichen Aufgabe geworden sind und der Staat auch etwa im Bereiche der Hoheit über öffentlichen Grund oder im Personalwesen über knappe, begehrte «Ressourcen» verfügt. In all diesen Fällen der «Verwaltung des Mangels» (GÜNTER DÜRIG) gewinnt die Gerechtigkeitsfrage neue Aktualität und verlangt, daß Chancen und Ansprüche nach übergeordneten, sachlich vertretbaren Regeln und Gesichtspunkten konsequent und in rechtsgleicher Weise verteilt werden⁷⁸.

⁷⁷ Vgl. etwa BGE 95 I 497 (betr. Jagd- und Fischereiberechtigung); BGE 101 Ia 185/186 (betr. Schulgebühren); BGE 101 Ia 182 (betr. Schiffssteuern); BGE 99 Ia 351, BGE 110 Ia 60, BGE 101 Ia 441/442 (betr. Kurtaxe). Näheres bei HÄFLIGER, Alle Schweizer, S.66f.; DERS., Rechtsgleichheit und Gesetzgeber, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern/Stuttgart 1979, S. 687 ff.

⁷⁸ Vgl. RENÉ A. RHINOW, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S.442. Zur Frage des (willkürfreien und rechtsgleichen) Zugangs zu öffentlichen Anstalten und zum öffentlichen Grund vgl. etwa B. KNAPP, *Précis de droit administratif*, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1982, Nr.1495ff., 1824ff.; M. SCHÖN, Die Zulassung zu anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1985, insbes. S. 75 ff.

2. Willkürverbot als Restgröße?

Man kann sich nun fragen, ob angesichts der beträchtlichen Fortschritte, die der Ausbau des Rechtsstaates vor allem in den letzten Jahrzehnten erfahren hat, das Willkürverbot als elementares Prinzip der Rechtsgestaltung nicht allmählich an Bedeutung verloren hat. In der Tat zeigt sich etwa, daß das Bundesgericht nunmehr in Bereichen *ungeschriebene Grundrechte* anerkannt hat, in denen es sich vorher mit dem Willkürverbot beholfen hatte⁷⁹. Vor allem aber haben zusehends *allgemeine Grundsätze des Staats- und Verwaltungsrechts* die Funktion übernommen, den Bürger unmittelbar vor staatlicher Willkür zu schützen. Gedacht ist dabei zunächst an das *Legalitätsprinzip*, das in seiner Ausprägung als «Grundsatz des Gesetzesvorrangs»⁸⁰ das aus dem Willkürverbot fließende Erfordernis grundsätzlichen, gleichförmigen und stabilen Staatshandelns konkretisiert und willkürliche Einzelakte dort ausschließt, wo willkürfreie Gesetze bestehen; gravierende Verletzungen dieses Prinzips stellen gleichzeitig einen Verstoß gegen das Willkürverbot dar und können mit der Willkürbeschwerde (oder mit einer auf ein anderes verfassungsmäßiges Recht gestützten staatsrechtlichen Beschwerde) beim Bundesgericht gerügt werden. Auch der Grundsatz von *Treu und Glauben*⁸¹ kann als besonderer «Gerechtigkeitstopos»⁸² und damit als Aspekt des Willkürverbots betrachtet werden; er deckt sich als allgemeines rechtsstaatliches Prinzip mit seiner Forderung nach Stabilität, Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns sowie dem Gebot, vom Recht in loyaler Weise Gebrauch zu machen und es nicht in zweckwidriger Weise zu mißbrauchen, im wesentlichen mit dem Legalitätsprinzip; in Form des Vertrauensprinzips im engeren Sinn aber, dem das Bundesgericht eine eigenständige Grundrechtsqualität zuerkennt, korrigiert das Prinzip von

⁷⁹ Vgl. z. B. BGE 67 I 177ff. (betr. Eigentumsgarantie); BGE 90 I 29ff. (betr. Persönliche Freiheit).

⁸⁰ Näheres hierzu bei T. COTTIER, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Dießenhofen 1983, S. 1ff.; U. ZIMMERLI, Zum Gesetzmäßigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, recht 1984, S. 73ff.; H. NEF, Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bund, ZSR 84, 1950, S. 133a ff., insbes. S. 158a ff.; H. W. KOPP, Inhalt und Form der Gesetze, Band 2, Zürich 1958, S. 645ff.

⁸¹ B. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a. M. 1983; K. SAMELI, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, ZSR 96 II, 1979, S. 294ff.

⁸² So MÜLLER/MÜLLER, S. 223.

Treu und Glauben besonders stoßende Folgen des Legalitätsprinzips im Einzelfall, indem es dem unter den konkreten Umständen berechtigten Vertrauen des Bürgers auf ein vom Gesetz abweichendes Verhalten staatlicher Organe zum Durchbruch verhilft⁸³; auch in dieser Erscheinungsform aber ließe es sich auf das Willkürverbot, nämlich das diesem immanente Verbot widersprüchlichen Verhaltens der Behörden, zurückführen. Sodann weist auch das *Verhältnismäßigkeitsprinzip*⁸⁴ eine besondere Affinität zum Willkürverbot auf; in seinem Teilgehalt, wonach eine staatliche Maßnahme überhaupt geeignet sein muß, den angestrebten Erfolg zu erzielen, deckt es sich mit dem Willkürverbot, denn eine in keiner Weise geeignete Maßnahme ist auch sinn- und zwecklos und damit willkürlich^{85, 86}; in seinen übrigen Teilgehalten (Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) aber geht das Verhältnismäßigkeitsprinzip im großen und ganzen über das Willkürverbot hinaus und kann dann nicht mit der Willkürbeschwerde, sondern nur im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung eines anderen verfassungsmäßigen Rechts auf dem Weg der staatsrechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht geltend gemacht werden. Schließlich will das wohl auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuzuordnende *Störerprinzip*⁸⁷ die Wahl der Adressaten von polizeilichen Maßnahmen nicht dem Zufall überlassen, sondern unterwirft mit dem Ziele des Ausschlusses von Willkür auch in dieser Hinsicht das staatliche Handeln allgemeinen Grundsätzen und Gerechtigkeitskriterien.

⁸³ Vgl. SAMELI, a. a. O. (Anm. 81), S. 294. Der Vertrauenschutz im engeren Sinn zeichnet sich dadurch aus, daß ein Bürger gestützt auf eine durch die Behörden geschaffene Vertrauensgrundlage bestimmte Dispositionen getroffen hat, die er nicht mehr rückgängig machen kann; verhält sich die Behörde widersprüchlich, d. h. mißachtet sie die von ihr selbst gesetzte Vertrauensgrundlage, soll dem Bürger dank des Vertrauenschutzes kein Nachteil erwachsen. Zu den Voraussetzungen und Grenzen des Vertrauenschutzes im einzelnen vgl. B. WEBER-DÜRLER, a. a. O. (Anm. 81), S. 79 ff., und zur Frage der Rechtswirkungen (Schutz der Vertrauensposition oder Entschädigung) S. 128 ff.; dazu auch MÜLLER/MÜLLER, S. 225 f.

⁸⁴ Hierzu insbesondere U. ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 97 II, 1978, S. 1 ff.; J. P. MÜLLER, Elemente, S. 138 ff.

⁸⁵ Vgl. J. P. MÜLLER, Elemente, S. 134; ZIMMERLI, Verhältnismäßigkeit, a. a. O. (Anm. 84), S. 13 f., 24 ff.

⁸⁶ Darunter kann auch ein Erlaß fallen, der in seiner Durchführung derart unpraktikabel ist, daß er sein Ziel nicht erreichen kann; vgl. dazu B. WEBER-DÜRLER, Verwaltungsökonomie und Praktikabilität, ZBl 87, 1986, S. 198 f.

⁸⁷ D. THÜRER, Das Störerprinzip im Polizeirecht, ZSR 117 I, 1983, S. 463 ff.

Insgesamt also stehen wir vor einem beachtlichen, aus den Grundgedanken des Willkürverbots herausgewachsenen und diese fortentwickelnden Gefüge allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsätze. Das Willkürverbot hat im Maße solcher Konkretisierung an eigenständiger Bedeutung verloren und ist zur Restgröße, einem Residualprinzip, geworden. Als unentbehrlicher Minimalstandard des Rechtsstaates aber behält es, wie noch zu zeigen sein wird⁸⁸, seine wichtige Funktion als Korrektiv gegen grob fehlerhafte Rechtsverwirklichung in den Kantonen, dies vor allem so lange und in dem Maße, als die Kantone nicht durch eine entsprechend ausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrem Hoheitsbereich für die richtige Anwendung des öffentlichen Rechts Gewähr bieten. Auch ist durchaus denkbar, daß sich als Folge der Ausdehnung und Beschleunigung der Gesetzgebungsprozesse vermehrt systematische Widersprüche und Inkonsistenzen ergeben, Willkürfehler also gerade auch aus Übereifer und Unachtsamkeit der rechtssetzenden Behörde entstehen⁸⁹.

IV. Das Willkürverbot als verfassungsmäßiges Recht

Wir haben das Willkürverbot als einen Legitimitätsgrundsatz des Rechtsstaats und als Postulat objektiver staatlicher Gerechtigkeit kennengelernt. Die praktisch entscheidende Frage aber ist, ob es sich auch um ein subjektives, vom einzelnen gerichtlich durchsetzbares Recht handelt und – wenn ja – wie es strukturiert und in das System der verfassungsmäßigen Rechte richtigerweise einzufügen ist.

Das Willkürverbot wird vom Bundesgericht gemeinhin Art. 4 BV zugeordnet. Diese Verfassungsbestimmung erscheint nun aber als ein «Sammelplatz» (HANS HUBER) für Normen und Prinzipien von rechtlich ganz verschiedener Natur. Vor allem sind zwei Arten von Teilgehalten auseinanderzuhalten: einerseits *Verfassungsgrundsätze*, die wie etwa das Legalitätsprinzip, das Rückwirkungsverbot und die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit⁹⁰ nicht direkt anwendbar

⁸⁸ Vgl. hinten, Teil 2.

⁸⁹ Hierzu IMBODEN, S. 25 ff.

⁹⁰ Es läßt sich allerdings auch mit guten Gründen die Auffassung vertreten, das Legalitäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip hätten nicht Verfassungsrang; die Frage nach dem Platz dieser Prinzipien in der Normenhierarchie aber ist insofern nicht von großer praktischer Bedeutung, als ihre Verletzung

und mit der staatsrechtlichen Beschwerde nicht selbständig durchsetzbar sind, und anderseits *verfassungsmäßige Rechte der Bürger*, die als subjektive Rechte des Einzelnen zu verstehen sind und deren Mißachtung gemäß Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV vom Bürger mit der staatsrechtlichen Beschwerde selbständig gerügt werden kann. Zur Gruppe der verfassungsmäßigen Rechte zählt nun neben dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung, dem Vertrauensprinzip, dem Gebot der Publikation von Erlassen, bestimmten Grundsätzen der Abgabeerhebung und gewissen Verfahrensgarantien⁹¹ nach einhelliger Lehre⁹² auch das Willkürverbot. Dieses erscheint demnach als eigentliches Grundrecht; der Einzelne besitzt ein subjektives Verfassungsrecht auf willkürfreies staatliches Handeln.

A. Wesensmerkmale

1. Personale Basis

Erscheint das Willkürverbot, objektiv gesehen, als «Postulat staatlicher Gerechtigkeit schlechthin» (HAEFLIGER), so ist es richtig, es auf der subjektiven Ebene als Recht des Menschen, als *Individualrecht*, zu begreifen. Das ist allerdings nicht selbstverständlich. Das deutsche Bundesverfassungsgericht etwa wandte in seiner früheren Praxis das Willkürverbot auch auf die föderativen Beziehungen zwischen den Bundesländern unter sich und mit dem Bunde, insbesondere auf Fragen des Finanzausgleichs, an⁹³. Entsprechend wäre es nicht von vornherein

ohnehin nicht eigenständig, sondern nur zusammen mit einem verfassungsmäßigen Recht auf dem Wege der staatsrechtlichen Beschwerde gerügt werden kann.

⁹¹ Hierzu zählen insbesondere die Verbote der Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung, des überspitzten Formalismus sowie der Anspruch auf rechtliches Gehör und derjenige auf unentgeltliche Rechtspflege; näheres insbesondere bei P. SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairneß, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41 ff.

⁹² Vgl. etwa MÜLLER/MÜLLER, S. 213; G. MÜLLER, S. 123; KNAPP, S. 176; aus der älteren Literatur: W. BURCKHARDT, S. 25 ff.; Z. GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1933, S. 54. Zur Relativierung dieses selbständigen Grundrechtscharakters in der neueren Bundesgerichtspraxis vgl. hinten Abschnitt V/B.

⁹³ Vgl. F. KLEIN, Gleichheitssatz und föderative Struktur der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Hans Ulrich Scupin, Berlin 1973, S. 165 ff.

abwegig, Fragen eines Kompetenzmißbrauchs durch das Parlament – z. B. Kompetenzüberschreitung im Sinne einer unzulässigen Dringlicherklärung oder Kompetenzunterschreitung im Sinne einer unzulässigen Delegation – am Maßstab des Willkürverbots zu messen⁹⁴. Von der Sache her aber stehen hier ganz spezifische Prinzipien der Staatsorganisation (Bundesstaatlichkeit, Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen auf Volk und Volksvertretung, Gewaltenteilung) im Vordergrund⁹⁵; es erscheint weder ergiebig noch sachgerecht, diese Fragen auch dem Willkürverbot zu unterwerfen.

2. *Klassisches Abwehrrecht*

Als Grundrecht hat das Willkürverbot traditionellen Abwehrcharakter. Stand beim Verständnis des Gleichheitssatzes in der Schweiz stets die demokratische Forderung nach Übertragung der Macht auf die Gesamtheit der Bürger im Vordergrund, so war das Willkürverbot geprägt durch die Skepsis, daß Macht zu Übergriffen auf die menschliche Freiheit verleite⁹⁶. Macht und Privilegien erschienen insofern als suspekt, als der Mensch ihnen schutzlos ausgeliefert war. Das Willkürverbot hat, was auch seine Ursprünge im Widerstandsrecht und seine negative Umschreibung nahelegen, einen negatorischen Charakter und zählt insofern zum «eisernen Bestand» des liberalen Rechtsstaats. Es ist von seiner Zielrichtung her als Grundrecht der Gruppe der klassischen Freiheitsrechte zuzuordnen.

3. *Maßstab sozialer Gerechtigkeit?*

Man kann sich fragen, ob das Willkürverbot im Zeichen der Entwicklung des liberalen Staates zum Sozial- und Leistungsstaat auch Ansprüche des Bürgers auf staatliche Leistungen in sich aufgenommen hat. So vertritt etwa JÖRG PAUL MÜLLER die Auffassung, dem Willkürverbot sei nunmehr auch «das Verbot

⁹⁴ Zu dieser Problematik etwa B. KNAPP, *L'abus de pouvoir en droit public*, ZBl 78, 1977, S. 289 ff. Zum Ganzen: H. GOERLICH, «Formenmißbrauch» und Kompetenzverständnis, Tübingen 1987.

⁹⁵ In diesem Sinne etwa D. SCHINDLER (sen.), *Die Gleichheit der Kantone*, Zürich 1921, S. 1 ff.

⁹⁶ Zum damaligen Zeitgeist JACOB BURCKHARDT, *Weltgeschichtliche Betrachtungen*, Stuttgart 1978 (Kröners Taschenausgabe), S. 97: «Nun ist Macht an sich böse, gleichviel wer sie ausübe, sie ist kein Beharren, sondern eine Gier und eo ipso unerfüllbar, daher in sich unglücklich und muß also andere unglücklich machen.»

grober Mißachtung sozialer Gerechtigkeit» zu entnehmen⁹⁷, es beinhaltet also den *originären* Anspruch des Einzelnen gegenüber dem Staat auf Sicherung seiner Existenzgrundlagen. Auch ist allgemein anerkannt, daß sich aus Art. 4 BV *derivative* Teilhaberechte in dem Sinne ableiten lassen, daß staatliche Leistungen und Einrichtungen der Daseinsvorsorge, die den einen zur Verfügung gestellt werden, andern gegenüber im Rahmen der vorhandenen Mittel nicht aus sachlich unvertretbaren Gründen vorenthalten werden dürfen⁹⁸. Bei näherem Zusehen scheint es indessen wohl richtiger, sowohl ein «Basisrecht» auf lebensnotwendige Güter wie auch den (akzessorischen) Anspruch auf Konsequenz in der staatlichen Sozialgestaltung dem Gleichheitsgebot als dem Willkürverbot zuzuordnen. Immerhin besteht aber mit dem Willkürverbot insofern eine innere Verwandtschaft, als es auch hier darum geht, aus dem Gedanken der (sozialen) Gerechtigkeit einen justizablen – also der Entscheidung des Verfassungsrichters zugänglichen – Kern herauszuschälen⁹⁹.

4. *Absoluter Charakter*

Ein besonderes Charakteristikum des Willkürverbots ist es sodann, daß es als einziges Grundrecht¹⁰⁰ keinem Schrankenvorbehalt unterliegt. Es stellt selbst eine letzte Schranke dar. Angesichts seines Schutzzutes, nämlich der Sicherung eines Minimalgehalts an Gerechtigkeit, ist es nicht vorstellbar, daß es im Rahmen der rechtsstaatlichen Verfassung gegenläufigen Prinzipien Platz macht. Wohl ist es der Wandelung und der stets

⁹⁷ J. P. MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. erw. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1981, S. 228; vgl. aber bereits L. WILDHABER, Soziale Grundrechte, in: Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, S. 381.

⁹⁸ J. P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, a. a. O. (Anm. 97), S. 226 ff.; D. TRACHSEL, Über die Möglichkeiten justizabler Leistungsforderungen aus verfassungsmäßigen Rechten der Bundesverfassung, Diss. Zürich 1980, S. 243 ff., 254 ff.

⁹⁹ J. P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, a. a. O. (Anm. 97), S. 229.

¹⁰⁰ Irrtümlich ist die Auffassung des Bundesgerichts, daß jeder absichtliche Eingriff in das verfassungsmäßige Recht auf Leben «eine Verletzung seines absolut geschützten Wesenskerns darstellt» (BGE 98 Ia 514), denn in Extremfällen der polizeilichen Gefahrenabwehr (Notwehr, gezielter Todeschuß als Notstandshilfe) und im Rahmen der militärischen Landesverteidigung kann wohl selbst das Recht auf Leben keinen absoluten verfassungsrechtlichen Schutz beanspruchen.

weiterführenden Konkretisierung fähig; ist aber im Einzelfall seine Geltung festgestellt, so hat es notwendigerweise einen absoluten – ja selbst einen notstandsfesten – Charakter¹⁰¹. Insofern fallen Schutzbereich und Wesensgehalt beim Willkürverbot zusammen.

B. Träger

Übereinstimmend wird angenommen, daß sich jedermann auf das Willkürverbot berufen kann. Dieses schützt also gleichermaßen Männer und Frauen, Staatsangehörige sowie Ausländer und Staatenlose, natürliche und juristische Personen wie auch gewisse privatrechtliche Personenverbindungen ohne Rechtspersönlichkeit¹⁰². Der *umfassende persönliche Geltungsbereich* ergibt sich äußerlich aus der bundesgerichtlichen Zuordnung des Willkürverbots zum Gleichheitssatz des Art. 4 BV, dem Lehre und Rechtsprechung allgemein menschenrechtlichen Charakter beimessen, dem Sinn nach aber aus der Bedeutung des Willkürverbots als eines elementaren rechtsstaatlichen Gerechtigkeitsprinzips.

Fraglich ist allein, ob und inwiefern auch *Träger der öffentlichen Gewalt* unter dem Schutze des Willkürverbots stehen. Es scheint dabei richtig, sie in dessen Geltungsbereich einzubeziehen, wenn sie von einem staatlichen Akt gleich wie Private betroffen sind (z. B. in bezug auf ihr Fiskalvermögen)¹⁰³. Umgekehrt kann es aber grundsätzlich nicht der Sinn des Willkürverbots als eines Grund- und Menschenrechts sein, Personen des öffentlichen Rechts und ihren Behörden sowie Bediensteten eine verfassungsrechtliche Schutzposition gegenüber den übergeordneten Stufen im Staatsaufbau einzuräumen, sofern sie in ihrer hoheitlichen Funktion tätig sind. Eine Ausnahme ist freilich zu machen: *Gemeinden* können sich zur Verteidigung ihrer Existenz, ihres Gebietes oder ihrer Autonomie mit der staatsrechtlichen Beschwerde (Autonomiebeschwerde) zur Wehr setzen¹⁰⁴. Das Bundesgericht prüft dann den Entscheid der kantonalen Behörde «unter dem Gesichtswinkel der Willkür», soweit die Handhabung von Erlassen unterhalb der

¹⁰¹ J. P. MÜLLER, Elemente, S. 151.

¹⁰² Vgl. etwa AUBERT, II, S. 629; HÄFELIN/HALLER, S. 448.

¹⁰³ Vgl. HÄFELIN/HALLER, S. 334.

¹⁰⁴ HANGARTNER, S. 533; KÄLIN, S. 253/4.

Verfassungsstufe in Frage steht¹⁰⁵, anerkennt also – materiell-rechtlich gesehen – in diesem besonderen Fall auch Körperschaften des öffentlichen Rechts im Rahmen ihres hoheitlichen Aufgabenbereichs als Träger des Willkürverbots¹⁰⁶. Soweit aber die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs in Autonomie, Existenz und Gebiet der Gemeinde von der Auslegung und Anwendung spezieller Normen des eidgenössischen oder kantonalen Verfassungsrechts abhängt, entscheidet es mit freier Kognition¹⁰⁷; der bundesverfassungsrechtliche Minimalstandard des Willkürverbots tritt in diesen Fällen zurück zugunsten einer weitergehenden Verfestigung der kommunalen Rechtsposition im Verfassungsrecht der Kantone.

C. Adressaten

1. Allgemeines

Das Willkürverbot ist wie alle Grundrechte *staatsgerichtet*. Es verbietet staatliche, behördliche Willkür. Bund, Kantone und Gemeinden werden in Pflicht genommen, und alle staatlichen Funktionen sind betroffen. Handelt die öffentliche Hand *in privatrechtlicher Form*, so ist zu differenzieren. Wenn sie keine unmittelbaren öffentlichen Zwecke verfolgt (Verwaltung von Fiskalvermögen, erwerbswirtschaftliche Betätigung, Hilfsgeschäfte wie etwa der Kauf von Büromaterial¹⁰⁸), untersteht sie

¹⁰⁵ BGE 104 Ia 127; ZBl 88, 1987, S. 121.

¹⁰⁶ Eine Gemeinde, die zur Autonomiebeschwerde befugt ist, kann nicht nur verlangen, daß die kantonale Behörde formell innerhalb der ihr im kantonalen Recht gesetzten Schranken bleibe; sie kann auch rügen, daß diese materiell bei der Anwendung der kommunalen, kantonalen und bundesrechtlichen Normen, die den Sachbereich gemeinsam ordnen, in dem Autonomie besteht, in Willkür verfallen sei (BGE 111 Ia 132; BGE 103 Ia 479).

¹⁰⁷ BGE 104 Ia 127. Zum Inhalt der Gemeindeautonomie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. U. ZIMMERLI, Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie, ZBl 75, 1972, S. 271; PIUS GLAUS, Konzeption der Gemeindeautonomie, Diss. Zürich 1984, S. 240 ff.; D. THÜRER, Bund und Gemeinden, Berlin/Heidelberg/New York 1986, S. 261 ff.

¹⁰⁸ Anders als derartige Hilfsgeschäfte sind jedoch öffentliche Auftragsvergaben an Private zu beurteilen. Im Submissionswesen nämlich ist der Staat in vollem Umfang an die Grundrechte und insbesondere auch an das Willkürverbot gebunden, wenn auch einer rechtsmittelmaßen Durchsetzung durch den übergangenen Konkurrenten Hindernisse verschiedener Art entgegenstehen mögen. Näheres bei G. MÜLLER, S. 116 ff.

in vollem Umfang dem Privatrecht, und die Grundrechte kommen nur mittelbar durch das Gebot der verfassungskonformen Auslegung und Handhabung zivilrechtlicher Vorschriften zum Tragen. Nimmt das Gemeinwesen dagegen unmittelbar öffentliche Aufgaben (z. B. im Bereich der Daseinsvorsorge, der Kultur oder der Sozialpolitik) in privatrechtlicher Form wahr, so ist es dem öffentlichen Recht unterworfen, denn das Privatrecht erscheint in diesem Fall lediglich als ein Instrument des Verwaltungshandelns und soll keinesfalls eine Flucht aus den zwingenden Vorschriften des öffentlichen Rechts gestatten¹⁰⁹. Es besteht dann eine direkte Bindung an die Grundrechte und damit auch an das Willkürverbot¹¹⁰; ist also etwa der Staat verfassungsrechtlich verpflichtet, rechtsgleich und willkürlich Zugang zu öffentlichen Einrichtungen (z. B. Hochschulen, Spitäler, Kanalisationsnetz) zu gewähren, so besteht – um eine Schlechterstellung des Bürgers zu vermeiden – ein entsprechender Kontrahierungzwang, wenn sich der Staat privatrechtlicher Handlungsformen bedient. Dementsprechend ist festzuhalten, daß auch *Private*, die der Staat mit der *Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben* betraut (z. B. Konzessionäre, Vollzugsträger von Verwaltungsrecht) im Verhältnis zu anderen Privaten unmittelbar von Verfassungs wegen an das Gleichheitsgebot und das Willkürverbot gebunden sind. In *gemischtwirtschaftlichen Unternehmen* schließlich sind jedenfalls die Repräsentanten des Gemeinwesens gehalten, ihr Stimmrecht in Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben auszuüben.

2. Drittirkungsfrage im besonderen

«Ihr Toren und Wahnsinnigen, weiß Ihr denn nicht, daß das öffentliche Recht (publica iura) erst an der Grenze der Zeit sein Ende hat und keiner Rechnung der Verjährung unterliegt.»
(Dante Alighieri)

Es fragt sich nun natürlich, ob das Willkürverbot ausschließlich gegen den Staat gerichtet ist oder ob und gegebenenfalls in welcher

¹⁰⁹ Vgl. hierzu K. EICHENBERGER, Verwaltungsprivatrecht, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, S. 75ff., insbes. S. 79ff.; D. EHLERS, Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984, S. 113f.; B. KNAPP, *Précis*, a. a. O. (Anm. 78), S. 12.

¹¹⁰ Vgl. TH. FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980, S. 43f.; HÄFELIN/HALLER, S. 329; AUBERT, Suppl., S. 201.

Form es auch Wirkungen unter Privaten entfaltet. Ausgangspunkt für die Beantwortung der Drittirkungsfrage, die von Grundrecht zu Grundrecht neu gestellt werden muß und hier nur in bezug auf das Willkürverbot aufgegriffen wird, ist der liberale Grundsatz der Trennung von Staat und Gesellschaft. Ist der Staat, wie eingangs skizziert, angesichts des Willkürverbots gehalten, die ihm von den Bürgern übertragene und vor den Bürgern zu verantwortende Macht sachgerecht, also gleichsam als Treuhänder des Allgemeininteresses, zu nutzen, so ist es gerade ein Wesensmerkmal des freiheitlichen, begrenzten Staates, daß den Bürgern eine staatsfreie Sphäre belassen wird und sie in diesem Bereich im Schutz der (z. T. selbst grundrechtlich abgesicherten) Privatautonomie ihre gegenseitigen Beziehungen grundsätzlich nach freiem Belieben gestalten können. Verbot staatlicher Willkür und Zulässigkeit privater Willkür bilden gerade eine wesentliche ideelle Grundlage des freiheitlichen Rechtsstaats. Wäre es auch dem Bürger von Verfassungs wegen untersagt, in der gesellschaftlichen Sphäre «ohne sachlichen Grund», «sinn- und zwecklos» und «unvernünftig» zu handeln, so hätten wir es allenfalls mit einer total gerechten, aber auch einer total unfreien Gesellschaft zu tun. Einzuschränken bleibt dabei freilich, daß private Freiheit auch im liberalen Rechtsstaat nur im Rahmen der öffentlichen Ordnung und insbesondere des Polizeirechts besteht, deren Aufgabe es mitunter gerade auch ist, die Freiheit des einen gegenüber dem Freiheitsmißbrauch des andern unter staatlichen Schutz zu nehmen.

Nun tauchte allerdings unter den gewandelten gesellschaftlichen und rechtlichen Bedingungen in allen modernen Rechtsstaaten die drängende Frage auf, ob nicht zumindest in zwei Beziehungen grundlegenden Verfassungswerten auch im Verhältnis unter Privaten Nachachtung zu verschaffen sei: zum Schutze des Privaten vor *entwürdigender und schikanöser Behandlung* durch andere Private¹¹¹ und in Fällen, da der Einzelne privaten *Machtkonzentrationen*, die gerade im Schutz der Privatautonomie entstanden waren (Unternehmen, Gewerk-

¹¹¹ Besonders deutlich trat dieser Gedanke in den Vereinigten Staaten in Erscheinung, wo sich die Gerichte immer wieder gezwungen sahen, mit z. T. gekünstelt anmutenden Konstruktionen der Equal Protection im Sinne des Verbotes der Rassendiskriminierung auch auf der Privatrechtsebene zum Durchbruch zu verhelfen. Näheres etwa bei WOLFGANG KNAPP, Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten und die Auslegung des Gleichheitssatzes, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 23, 1974, S. 427 ff.

schaften, Kartellen usw.), *in besonderem Maße ausgesetzt* ist. Ist es nicht, so könnte man sich fragen, angezeigt, das im Kampf gegen Arroganz und Macht absolutistischer Staatsregimes erfolgreich errungene liberale Instrumentarium dann und in dem Maße auch gegen gesellschaftliche Potenzen zur Anwendung zu bringen, als sich unter den gewandelten Realitäten Macht und Willkürgefahr in ihre Hände verlagert haben¹¹²?

Von folgenden drei Überlegungen ist bei der Suche nach einer Antwort auszugehen.

Erstens scheint es richtig, das Recht primär von der jeweils akuten gesellschaftlichen *Problemlage* her zu entwickeln, zu verstehen und zu handhaben und nicht nur aus dem System, wie es mitunter zufällig entstanden ist und in Gerichtsorganisationen, universitären Lehrplänen und entsprechenden Karrieremustern und Schulstreiten seine Verkörperung und Sanktionierung gefunden hat¹¹³. LORD DENNING, Master of the Rolls, in dessen Kompetenz als Richter zugleich Fälle privatrechtlicher wie öffentlichrechtlicher Provenienz fielen und dem wohl die «Drittirkungfrage» nur schwer hätte verständlich gemacht werden können, schrieb, auf unser grundsätzliches Problem bezogen: «... the most important function of the law is to restrain the abuse of power, by any of the holders of it—no matter whether they be the Government, the newspapers, the television, the trade unions, the multi-national companies, or anyone else»¹¹⁴.

Zweitens scheint es angezeigt, die *Rechtsordnung* als eine in sich geschlossene *Einheit* zu sehen. Das bedeutet zunächst gewiß, daß die Gesetze gemäß den Aufträgen, Direktiven und Sinngehalten der Verfassung als der Grundlage der Rechtsordnung zu gestalten und von den Gerichten und der Verwaltung verfassungskonform zu handhaben sind. Die sogenannte mittelbare Drittirkung also ist eine Selbstverständlichkeit; es gilt aber auch umgekehrt zu fragen, ob nicht da, wo das viel traditionsreichere Privatrecht Grundwerte der Rechtsordnung schärfer und differenzierter herausgearbeitet hat, zur Verfassungskonkretisierung bei diesem «Anleihen» aufgenommen werden könnten. AUGUST EGGER wies als Kommentator des Personenrechts für eine wichtige Teilfrage den Weg: «Ein Gut»,

¹¹² Zur ganzen Problematik: G. MÜLLER, Drittirkung der Grundrechte, ZBl 79, 1978, S. 233ff.

¹¹³ Vgl. hierzu etwa R. ZÄCH, Das Privatrecht in veränderter Umwelt – Anregungen zum Umdenken, ZSR 105 I, 1986, S. 29 ff.

¹¹⁴ What Next in the Law, London 1982, S. vi.

schrieb er, «welches das Privatrecht als Persönlichkeitsrecht ausstattet, muß auch vom Staat respektiert werden ...» Und umgekehrt: «Wenn das öffentliche Recht eine Freiheit gewährleistet, darf auch die entsprechende private Freiheit nicht illusorisch gemacht werden»¹¹⁵. Noch eindeutiger scheint diese «Drehscheibenfunktion» beim Willkürverbot zutage zu treten; in ihm konzentriert sich das Gerechtigkeitsgebot auf Verfassungsebene in besonderem Maße, doch liegt dieses als Teil der Rechtsidee auch dem ganzen Privatrecht zugrunde, in dem es mit besonderer Klarheit in einigen zentralen Generalklauseln (z. B. Art. 2 und 28 ZGB, Art. 20 OR) und einer Vielzahl von Ermessensklauseln (z. B. «wichtiger Grund», «soziale Härte») durchbricht.

Drittens scheint es selbstverständlich, daß jede Rechtsfrage zunächst mit den Instrumenten jenes Regelungsbereichs angepackt wird, in dem sie sich stellt; doch soll man sich nicht scheuen, dann, wenn dieses keine, keine klare oder keine befriedigende Lösung enthält, in anderen Rechtsgebieten, insbesondere in der Verfassung, nach Maßstäben zu suchen.

Eine Musterung «willkürverdächtiger» Fragen des Privatrechts zeigt, daß dieses z. T. besonders differenzierte eigene Willkürverbotsregelungen entwickelt hat, z. T. über breite Generalklauseln das Einfließen von Gerechtigkeitsgehalten gestattet und im Extremfall selbst die Mittel zur Korrektur ungerechten Rechts bereitstellt, so daß ein unmittelbarer Rückgriff auf die Verfassung – wenn auch nicht ein ständiges «Hin- und Herwandern des Blicks» (KARL ENGISCH) zwischen Gesetz und Verfassung bei der Suche nach gerechten Lösungen für akute Probleme – sich erübrigt. Einige wenige Beispiele mögen die Problematik veranschaulichen.

Beispiel 1: Ein besonders augenfälliges, für das Privatrecht als Koordinationsrecht eher untypisches soziales Machtgefälle und damit die Gefahr eines Machtmissbrauchs kann im Bereich des Arbeitsrechts bestehen. Hier aber wurde – nicht ohne Blick auf Art. 4 BV – aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 Abs. 1 OR) und dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrund-

¹¹⁵ A. EGGER, Kommentar zum Personenrecht, 2. Aufl., 1930, N 10 zu Art. 28 ZGB. Aus privatrechtlicher Sicht vgl. sodann E. A. KRAMER, Analogie und Willkürverbot, in: St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, S. 99 ff.; H. M. RIEMER, Vereine mit widerrechtlichem Zweck, ZSR 112 I, 1978, insbes. S. 93 f.

satz entwickelt, der dem Arbeitgeber eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer im Betrieb z. B. im Bereich der freiwilligen Sozialleistungen (Gratifikationen, Ruhegelder usw.) oder bei der Ausübung des Weisungsrechts (Türkontrollen, Mehrarbeit, Rauchverbote usw.) verbietet^{116, 117}. Das Arbeitsrecht also hat sein eigenes, im Verhältnis zu demjenigen der Bundesverfassung präziseres und strengeres Willkürverbot.

Beispiel 2: Soziale Machtkonzentration und damit (akute oder latente) Gefahr von privater Willkürherrschaft kann aber an sich auch bei den Gewerkschaften liegen. So versetzen etwa die im englischen Recht entwickelten, heute allerdings rechtlich eingeschränkten «closed shops», die Begründung und Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses von der Zugehörigkeit zu einer (bestimmten) Gewerkschaft abhängig machen, die Gewerkschaftsleitung in geradezu schockierender Weise in die Lage, durch Nichtaufnahme oder Ausschluß von Mitgliedern aus vollkommen sachfremden Motiven (z. B. ideologische, politische oder andersweitige Meinungsverschiedenheiten, verspätete Entrichtung von Mitgliedschaftsbeiträgen) auch über deren Arbeitsplätze zu verfügen. Demgegenüber erklärt nun aber das schweizerische Obligationenrecht in Art. 356 a, daß Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags und Abreden zwischen den Vertragsparteien, durch die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zum Eintritt in einen vertragschließenden Verband gezwungen werden sollen, nichtig sind; ein Rekurs auf das hier seiner Grundintention nach mitbetroffene Willkürverbot erscheint damit als überflüssig¹¹⁸.

¹¹⁶ Vgl. M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 8. Aufl., Bern 1986, S. 76; DERS., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bern 1985, N 8 zu Art. 328; D. MEYER, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 1976, S. 167 ff. MEYER läßt Art. 4 BV wegen der Unbestimmtheit der aus ihm abgeleiteten Bundesgerichtspraxis nicht als positiv-rechtliche Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht gelten und erkennt ihm lediglich mittelbare Drittirkung zu (S. 21 ff.).

¹¹⁷ Vgl. auch Art. 38 Arbeitsgesetz, wonach Ordnungsstrafen nur zulässig sind, wenn sie in der Betriebsordnung angemessen geregelt sind; auch diese Bestimmung bezweckt den Schutz des Arbeitnehmers vor willkürlichen Maßnahmen des Arbeitgebers. Näheres bei R. MÜLLER, Betriebliches Disziplinarwesen, Bern 1983, S. 60 f.

¹¹⁸ Vgl. CH.-A. MORAND, La liberté syndicale des salariés en Suisse, in: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers, Teil 1, Heidelberg/New York 1980, S. 855 f.; D. THÜRER, Die negative Koalitionsfreiheit des Arbeit-

Beispiel 3: Dem Inhaber eines Versammlungslokals steht es grundsätzlich gewiß frei, seinen Saal nach Gutdünken zu vermieten oder einen Interessenten ohne Angabe von Gründen abzuweisen. Das Willkürverbot bindet ihn nicht, nicht einmal indirekt. Kann sich aber auch der Gastwirt, der in weitem Umkreis über den einzigen Saal verfügt, ohne weiteres weigern, den einen Interessenten zu akzeptieren und den andern abzulehnen¹¹⁹? Ist er befugt, im Unterschied zu allen andern politischen Gruppierungen einer ihm mißliebigen politischen Partei das Lokal nicht zur Verfügung zu stellen oder generell Angehörige einer bestimmten Konfession oder einer bestimmten Rasse von der Benützung auszuschließen? Offensichtlich kann ein solcher (zugegebenermaßen konstruierter) Fall ohne Rückgriff auf das verfassungsrechtliche Willkürverbot und andere (objektive) Grundwerte der Verfassung (politische Rechte, Versammlungsfreiheit, Meinungsäußerungsfreiheit, Religionsfreiheit, Verbot der Rassendiskriminierung) nicht überzeugend gelöst werden. Ja, zumindest in Fällen wie den vorliegenden, da der Private der *Öffentlichkeit* Dienste anbietet¹²⁰, die für die freie Entfaltung der *Persönlichkeit* bedeutsam sind, und er hierin über ein regionales *Monopol* verfügt, scheint die Verfassung eine Beschränkung der Privatautonomie zu erfordern. Es schiene dabei wohl nicht von vornherein abwegig, einen entsprechenden Kontrahierungszwang bzw. Schadenersatzanspruch aus dem privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 27 und 28 ZGB) abzuleiten und dergestalt den Imperativen der Verfassung auf indirekte Weise zum Durchbruch zu verhelfen¹²¹.

Beispiel 4: Das Zivilgesetzbuch sah in seinem (nunmehr revidierten) Art. 315 vor, daß eine Vaterschaftsklage abzuweisen

nehmers – The Right not to Organize, in: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), Teil 2, Heidelberg/New York 1980, S. 1235 ff.

¹¹⁹ Vgl. TH. MAUNZ/G. DÜRIG/HERZOG, Kommentar zum Grundgesetz, München 1973, S. 233.

¹²⁰ Vgl. L. WILDHABER, Gedanken zur Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittirkung im schweizerischen Recht, ZBl 72, 1971, S. 470, zu der seinerzeit in der amerikanischen Rechtsprechung diskutierten These des «öffentlichen Unternehmens», wonach ein Unternehmen, welches der Öffentlichkeit seine Dienste anbietet und von erheblichem Interesse für die Allgemeinheit ist, seinen Anspruch auf absolute Privatautonomie verwirkt.

¹²¹ Die Frage wurde, soweit ersichtlich, in der schweizerischen Rechtsprechung noch nicht aufgegriffen; zur Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland vgl. MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, a. a. O. (Anm. 119), S. 234 f.

sei, wenn die Mutter zur Zeit der Empfängnis einen unzüchtigen Lebenswandel geführt habe. Offensichtlich erwies sich diese Regelung aber als sachlich in keiner Weise mehr vertretbar und in hohem Maße ungerecht, nachdem durch Fortschritte der Medizin der direkte Nachweis der Vaterschaft möglich geworden war. Das Bundesgericht nahm in BGE 89 II 273 denn auch, gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB eine (unechte) Gesetzeslücke an und relativierte die gesetzliche Regelung durch Annahme einer entsprechenden Ausnahmeverordnung; es leitete damit im Rahmen und mit den Mitteln des Privatrechts eine auch vom verfassungsrechtlichen Willkürverbot geforderte Korrektur ein¹²². Hat es dabei auch – an Art. 113 Abs. 3 BV vorbei – Verfassungsrechtsprechung betrieben? Hat angesichts der Pflicht und der Befugnis der rechtsanwendenden Organe, das Zivilrecht verfassungskonform zu handhaben und im Falle von (aus verfassungsrechtlicher Sicht) in stoßendem Maße unbefriedigenden Lösungen vom Gesetz abzuweichen, das Gesetzesüberprüfungsverbot nicht viel von seiner realen Bedeutung eingebüßt?

Vom Verfassungsrechtler wird offenbar gelegentlich befürchtet, er wolle «das Zivilrecht vor sich selber retten» und vor der ihm eigenen «Deformierung befreien»^{122bis}. Die vorstehenden Ausführungen verfolgten nicht einen derartigen Zweck; sie sollten lediglich auf die Einheit der Rechtsordnung als Wertordnung hinweisen, für eine mittelbare Drittirkung plädieren und daran, daß sich eine unmittelbare Drittirkung dank Offenheit und Flexibilität der Privatrechtsordnung selbst in aller Regel wohl als gegenstandslos, als «Papiertiger», erweist.

D. Verhältnis zu andern Grundrechten

Im Verhältnis zu den übrigen Grundrechten kommt dem Willkürverbot eine *Auffangfunktion* zu¹²³. So kann z. B. ein Segelverbot auf einem See nicht als Verletzung der persönlichen Freiheit gerügt werden, da Segeln keinen elementaren Aus-

¹²² Zum Ganzen U. HÄFELIN, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift für Hans Nef, Zürich 1981, S. 91 ff.; vgl. auch die Ausführungen über Rechtsmißbrauch als «private Willkür» und «Beseitigung willkürlicher Rechtssetzung durch Annahme unechter Lücken» bei J. P. MÜLLER, Elemente, S. 215 ff.

^{122bis} Vgl. MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, a. a. O. (Anm. 119), S. 81.

¹²³ Vgl. MÜLLER/MÜLLER, S. 212 f.

druck der Persönlichkeit darstellt¹²⁴. Hingegen könnte sich diese Anordnung als willkürlich erweisen, wenn sie sinn- und zwecklos ist oder ohne jeden sachlichen Grund erlassen wurde. Der Auffangcharakter des Willkürverbots ergibt sich aus seinem weiten, das gesamte Rechtsgefüge umfassenden und nicht an bestimmte Lebensverhältnisse gebundenen Schutzbereich. Dabei ist aber zu bedenken, daß das Willkürverbot keine allgemeine Handlungsfreiheit darstellt, wie sie etwa in Art. 2 des Bonner Grundgesetzes gewährleistet ist; nur krasse und offensichtliche Verstöße gegen Recht und Gerechtigkeit werden durch das Willkürverbot unter den Schutz der Verfassung und die Kontrolle des Verfassungsrichters gestellt¹²⁵.

Überschneidet sich in einem konkreten Fall das Willkürverbot mit einem anderen Grundrecht (*Grundrechtskonkurrenz*), so wäre es nicht richtig, vom Auffangcharakter des Willkürverbots auf dessen subsidiäre Bedeutung in dem Sinne zu schließen, daß seine Anwendbarkeit entfällt, sobald der Schutzbereich eines besonderen Grundrechts tangiert ist. Eine solche Auffassung ließe sich nicht mit dem Grundsatz vereinbaren, daß es unter den Grundrechten keine Hierarchie gibt, sondern sie vielmehr alle denselben Rang haben¹²⁶. Vielmehr ist es durchaus möglich, daß ein Hoheitsakt sowohl das Willkürverbot wie auch ein anderes Grundrecht verletzt. Dabei ist in solchen Fällen das in der Praxis häufig eingeschlagene Vorgehen verständlich, zunächst zu prüfen, ob ein Verstoß gegen das Willkürverbot vorliegt. Denn angesichts der besonderen Normstruktur des Willkürverbots führt diese Reihenfolge der Untersuchung oft leichter zum richtigen Resultat: Wird nämlich festgestellt, daß das Willkürverbot verletzt ist, so ist der Prüfungsvorgang bereits abgeschlossen; der Hoheitsakt erweist sich als verfassungswidrig. Anders aber bei den Freiheitsrechten: Zeigt sich hier, daß ein Hoheitsakt in den Schutzbereich eingreift, ist immer noch zu prüfen, ob nicht eine zulässige Einschränkung vorliege. Immerhin wurde aber in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, daß in besonderen Fällen ein legitimes Interesse des Einzelnen oder der Öffentlichkeit bestehen kann, daß das Bundesgericht die Frage, ob ein Grundrecht verletzt worden ist, abklärt. Gedacht ist hier etwa an Fälle, in denen die Integrität

¹²⁴ BGE 108 Ia 59 ff.

¹²⁵ Zur Funktion der Grundrechte und insbesondere des Willkürverbots, die Essentialia einer gerechten Ordnung zu schützen, vgl. J. P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 75 ff.

¹²⁶ B. KNAPP, S. 177.

der Persönlichkeit, grundlegende Wertungsfragen oder die große präjudizielle Bedeutung des Entscheides im Vordergrund stehen¹²⁷. Der Richter sollte sich hier in der Tat nicht aus prozeßökonomischen Gründen mit der pauschalen und undifferenzierten Feststellung begnügen, der Kanton habe das Willkürverbot verletzt.

V. Die Willkürbeschwerde an das Bundesgericht

Für die Wirksamkeit der Verfassung ist entscheidend, daß Institutionen und Verfahren zu ihrer Überwachung und Durchsetzung bestehen. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Verfassungsgerichtsbarkeit¹²⁸. Diese ist in der Schweiz – im Unterschied zu andern Ländern – nicht beim Bundesgericht als dem obersten Gericht monopolisiert. Vielmehr ist, im Rahmen der jeweiligen Prozeßvoraussetzungen und begrenzt durch die in Art. 113 Abs. 3 BV und Art. 114^{bis} Abs. 3 BV verankerten Überprüfungsverbote, «jedes Gericht ... auch Verfassungsgericht»¹²⁹. Es kann also grundsätzlich mit jedem Rechtsmittel auch gerügt werden, der angefochtene staatliche Einzelakt oder der Erlass, auf den sich dieser stütze, verstöße gegen das Willkürverbot. Dabei wird das Willkürverbot als solches allerdings kaum je zum Tragen kommen; denn «Willkür in der Rechtsetzung», wie sie Gegenstand einer akzessorischen Prüfung sein könnte, kommt praktisch sehr selten vor, und in Fällen der «Willkür in der Rechtsanwendung» geht in aller Regel die Prüfungsbefugnis der jeweiligen Rechtsmittelinstanz über eine bloße Willkürkontrolle hinaus¹³⁰. Demgegenüber aber kann der Bürger mit dem außerordentlichen Rechtsmittel der staats-

¹²⁷ J. P. MÜLLER, Elemente, S. 166.

¹²⁸ Als weitere (mitunter) der Verfassungssicherung dienende Vorkehrs sind in der Bundesverfassung etwa ausdrücklich vorgesehen die Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung (Art. 85 Ziff. 7 BV) oder die allgemeine Pflicht des Bundesrates, «für die Beobachtung der Verfassung ... zu wachen» und «zur Handhabung derselben von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde», d. h. aufsichtsrechtlich oder auf dem ordentlichen Beschwerdeweg, die erforderlichen Verfügungen zu treffen (Art. 102 Ziff. 2 BV). Vgl. J. P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 56f.

¹²⁹ W. HALLER, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: Ch. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband 1, Baden-Baden 1986, S. 187; vgl. auch AUER, S. 57.

¹³⁰ Ausgenommen sind etwa die im kantonalen Recht vorgesehenen Nichtigkeitsbeschwerden.

rechtlichen Beschwerde eigens eine Verletzung des Willkürverbots rügen; es soll auf diesem Wege in Ergänzung und zur letzten Absicherung der gegebenen Rechtsmittelordnung jedenfalls ein Minimalstandard an Rechtsstaatlichkeit sichergestellt werden können. Dabei ist freilich zu bedenken, daß mit der staatsrechtlichen Beschwerde nur Hoheitsakte (Erlasse und Einzelakte) der Kantone angefochten werden können (Art. 84 Abs. 1 Ingreß OG), und dies nur, wenn der kantonale Instanzenzug erschöpft ist (Art. 86 Abs. 2 OG) und kein anderes Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer anderen Bundesbehörde zur Verfügung steht (Art. 84 Abs. 2 OG). Es sollen nun im folgenden vier Fragen herausgegriffen werden, die im Zusammenhang mit der Willkürrüge beim Bundesgericht eine besondere Beachtung zu verdienen scheinen.

A. Legitimation zur Willkürbeschwerde

«Geschäftslast und Personalmangel können es nicht rechtfertigen, Verfassungsrecht zu durchbrechen.»
(BGE 103 V 198)

Das Willkürverbot wurde vorn¹³¹ als elementares Rechtsstaatsgebot mit umfassender sachlicher und personeller Geltung bezeichnet. Auch ist es in Übereinstimmung mit der Lehre als verfassungsmäßiges Recht qualifiziert worden, auf das sich der Einzelne unmittelbar und selbständig berufen können muß¹³². Diese Auffassung deckt sich nun aber nicht mit der Konzeption, die vom Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung vertreten wird. Dieses sieht sich angesichts der in Art. 88 OG für die staatsrechtlichen Beschwerden aufgestellten Legitimationsvoraussetzungen, wonach eine «*Rechtsverletzung*» gerügt werden muß, daran gehindert, das Willkürverbot im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit gleich wie die anderen Grundrechte zum Tragen zu bringen. Das Erfordernis der «*Rechtsverletzung*» nämlich verlange im Falle des Willkürverbots (und der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung des Gleichheitssatzes) nicht nur, daß eine Verletzung des Grundrechts geltend gemacht werde; es sei darüber hinaus auch eine *Berech-*

¹³¹ Vorn Abschnitt III.

¹³² Vorn Abschnitt IV.

tigung in der Sache verlangt¹³³. Nur wenn das (eidgenössische oder kantonale) Gesetzesrecht, dessen willkürliche (oder rechtsungleiche) Handhabung gerügt wird, dem Beschwerdeführer ein Recht einräume oder es dem Schutz seiner rechtlichen Interessen diene, sei die Legitimation gegeben; aus dem Willkürverbot allein folge noch kein selbständiger Anspruch auf willkürfreies staatliches Handeln¹³⁴.

Gestützt auf diese «gesetzesakzessorische» Konzeption der Beschwerdebefugnis weigerte sich das Bundesgericht etwa in jüngster Zeit konsequent, auf Willkürbeschwerden von abgewiesenen Bewerbern für eine öffentliche Stelle oder von nicht wiedergewählten Beamten einzutreten, wenn das kantonale Recht keinen Anspruch auf Anstellung, Wahl oder Wiederwahl enthalte (was natürlich regelmäßig der Fall ist)¹³⁵; entsprechend spricht es Ausländern, die über kein staatsvertraglich begründetes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügen, die Legitimation zur Willkürbeschwerde gegen die Nichterteilung oder Nichtverlängerung von Aufenthaltsbewilligungen ab, da es sich dabei um einen Ermessensentscheid der Ausländerbehörde handle (Art. 4 ANAG)¹³⁶. Auch wurde in einem Submissionsverfahren der Bewerber mit seiner Beschwerde nicht gehört, wonach der Zuschlag willkürlich an einen Konkurrenten und nicht an ihn erfolgt sei, denn dieser Akt stelle weder eine Verfügung im Sinne von Art. 84 OG dar, noch verletze er den Bewerber in seinen Rechten oder rechtlich geschützten Interessen¹³⁷. Und schließlich verneinte das Bundesgericht neulich die Legitimation von Pflegeeltern zur Rüge, wonach die kantonale

¹³³ Pra. 75 Nr. 229, S. 784; BGE 110 Ia 75.

¹³⁴ BGE 110 Ia 74f.; Pra 75 Nr. 229, S. 784f.; BGE 107 Ia 184 E. 2; BGE 105 Ia 275. Zum Ganzen: KÄLIN, S. 235ff.

¹³⁵ Pra. 75 Nr. 229, S. 785; BGE 108 Ia 267 E. 3a (Bejahung eines Eingriffs in rechtlich geschützte Interessen bei Nichtgenehmigung einer erfolgten Wahl durch die Aufsichtsbehörde); BGE 107 Ia 182ff. (offen gelassen, ob auf Beschwerde des nicht wiedergewählten Beamten einzutreten sei, wenn er die Verletzung besonderer verfassungsmäßiger Rechte wie etwa der Meinungsäußerungs-, Glaubens- und Gewissensfreiheit oder der Pressefreiheit rügt [E. 2c]); BGE 105 Ia 272ff.; BGE 98 Ia 653ff.; aber: BGE 96 I 624ff.

¹³⁶ BGE 99 Ia 321 E. 3; BGE 98 Ia 649ff.; zum Widerruf von Aufenthaltsbewilligungen: BGE 96 I 310 E. 1, BGE 94 I 105 E. 1, BGE 93 I 3 E 1. Vgl. die berechtigte Kritik von H. P. MOSER, Die Rechtsstellung des Ausländer in der Schweiz, ZSR 86 I, 1967, S. 471ff.; A. MACHERET, La qualité pour recourir; clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal Fédéral, ZSR 91 II, 1975, S. 164f.

¹³⁷ BGE 106 Ia 325 E. 3a-c; zu dieser Problematik: MACHERET, a. a. O. (Anm. 136), S. 169ff.

Vormundschaftsbehörde bei ihrem Entscheid über die Rückführung des Kindes an die leiblichen Eltern Beweise nicht oder nicht richtig gewürdigt habe, und zwar mit der Begründung, das Interesse der Eltern an der Anwendung des hier einschlägigen Art. 310 Abs. 3 ZGB sei rein tatsächlicher Art und nicht rechtlich geschützt¹³⁸. Eine Vielzahl weiterer Beispiele, vor allem aus dem Gebiet des Leistungsverwaltungsrechts (Subventionswesen, Konzessionen, wirtschaftspolitische Bewilligungen usw.) wäre denkbar, in denen mangels eines gesetzlichen Anspruchs oder eines rechtlich geschützten Interesses in der Sache selbst die Willkürbeschwerde bereits in der Eintretensphase zum Scheitern verurteilt ist.

Diese restriktive Legitimationspraxis stieß in der Lehre auf *ein helle und heftige Kritik*¹³⁹. Zu Recht! Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb gerade dem Willkürverbot als der «Grundnorm» des materiellen Rechtsstaats der selbständige Grundrechtscharakter abgesprochen und es so zum «Grundrecht zweiter Klasse» abgestempelt wird. Der Wortlaut des Art. 88 OG jedenfalls gebietet eine solche Differenzierung nicht und legt vielmehr nahe, mit «Rechtsverletzung» sei wie bei den übrigen verfassungsmäßigen Rechten die Verletzung des Grundrechts als solchen gemeint. Ja, das vom Bundesgericht zusätzlich verlangte Erfordernis, daß im Falle der Willkürübung ein den Schutz des Beschwerdeführers bezweckender Rechtsatz verletzt sein müsse, erscheint als geradezu sachfremd. Denn erheischt nicht das verfassungsrechtliche Willkürverbot eine effektive prozessuale Durchsetzungschance gerade in den von der Bundesgerichtspraxis ausgesparten Bereichen relativ ungebundenen administrativen Ermessens, in denen die Gefahr eines beträchtlichen Machtmissbrauchs naturgemäß am größten ist und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz in den

¹³⁸ BGE 110 Ia 78 (im Gegensatz zur großzügigen Haltung in BGE 97 I 262 ff.). Vgl. die Kritik bei KÖLZ, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1984, ZBJV 122, 1986, S. 349 ff.

¹³⁹ AUER, Nr. 376; H. HUBER, ZBJV 102, 1966, S. 415, ZBJV 109, 1973, S. 495 f.; KÄLIN, S. 234 ff.; B. KNAPP, S. 167 ff.; KÖLZ, S. 739 ff.; PH. MASTRONARDI, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berlin 1978, S. 129; H. P. MOSER, Die Rechtsstellung der Ausländer in der Schweiz, ZSR 86 II, 1967, S. 471; MÜLLER/MÜLLER, S. 213 f. (unter dem Titel «Der verkannte Grundrechtscharakter des Willkürverbots»); S. MÜLLER, Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, Dießenhofen 1981, S. 162 ff.

Kantonen oft nicht sichergestellt ist. Kann es der Rechtsstaat dulden, daß beispielsweise einem Ausländer, dessen Aufenthaltsbewilligung infolge Verwechslung mit einem Namensgenossen oder Verleumdung durch einen Arbeitskollegen nicht erneuert wurde¹⁴⁰, daß ferner einem untergeordneten Beamten, der trotz langjähriger Bewährung wegen seiner Parteizugehörigkeit, Konfession oder aus bloßem Belieben von der vorgesetzten Behörde plötzlich nicht wiedergewählt wurde, oder daß schließlich einem im Submissionsverfahren infolge Beziehungs korruption übergegangenen Offerenten kein Rechtsweg an eine verwaltungsunabhängige richterliche Instanz offen steht? Dabei ist immer zu bedenken, daß das Willkürverbot nur die Aufgabe hat, als eine letzte Sicherung den Bürger vor grobem Unrecht zu bewahren, und daß das Bundesgericht gemäß Art. 90 OG nicht auf eine Willkürbeschwerde einzutreten braucht, in der die Grundrechtsverletzung nicht hinlänglich begründet ist. Auch versteht es sich, daß der Verfassungsrichter die Willkürkontrolle zurückhaltend und je nach Gegenstand flexibel handhaben muß, also etwa bei der Wegwahl eines Beamten einen strikteren Maßstab anlegen wird als bei der Beurteilung einer öffentlichen Auftragsvergabe und zum Schutze des aus politischen Gründen nicht wiedergewählten Beamten eher einschreiten wird, wenn er ein politisch unbedeutsames Amt als wenn er einen Chefbeamtenposten inne hatte¹⁴¹. In diesem beschränkten Rahmen jedoch scheint es in einem Rechtsstaat geboten, das Willkürverbot in vollem Umfang zum Tragen zu bringen und nicht auf dem verfahrensrechtlichen Wege möglicherweise begründete Willkürrügen nach unsachlichen Kriterien von einer materiellen Überprüfung «abzusieben». Man kommt nicht um das Gefühl herum, daß die vom Bundesgericht offenbar zur Reduktion der Willkürfälle und damit seiner Geschäftslast verwendete Methode selbst von Willkür nicht frei sei¹⁴².

¹⁴⁰ Vgl. KÄLIN, S. 237.

¹⁴¹ Zur derart differenzierten Kognitionsbeschränkung vgl. KÖLZ, S. 755; S. MÜLLER, a. a. O. (Anm. 39), S. 154 ff., legt dar, daß der Beamte bei einer Volkswahl dank der Stimmrechtsbeschwerde paradoxe Weise den größeren Schutz genießt als bei der Wahl durch eine Behörde.

¹⁴² Das in Art. 13 EMRK statuierte Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz findet auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, da es sich nur auf Verletzungen der in der Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten bezieht und ein Willkürverbot nicht zu diesen Garantien zählt.

B. Willkürverbot als Kognitionsfrage?

Bisher war vom Willkürverbot als einer Ausprägung des objektiven Gerechtigkeitsgedankens und einem dem Bürger zustehenden, mit der staatsrechtlichen Beschwerde durchsetzbaren verfassungsmäßigen Recht die Rede. Immer wurde dabei das Willkürverbot in einem materiellen Sinn verstanden. Nun ist es aber eine – in der Rechtsprechung ausländischer Verfassungsgerichte in vergleichbarer Weise nicht anzutreffende – Besonderheit der neueren Praxis des Bundesgerichts, daß sich in ihr auch eine verfahrensrechtliche Variante des Willkürbegriffs eingebürgert hat¹⁴³. Wohl prüft zwar das Bundesgericht in vielen Fällen, ob kantonale Hoheitsakte – z. B. Gesetze – das Willkürverbot als solches verletzen, so wie es etwa untersucht, ob ein angefochtener Staatsakt vor der Pressefreiheit, der Vereinsfreiheit usw. als materiellrechtlichen Grundrechtspositionen des Einzelnen standhalten; in vielen Fällen aber – es geht hier immer um die Frage, ob ein in ein Freiheitsrecht eingreifender kantonaler Einzelakt auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhe – unterscheidet das Bundesgericht zwischen «freier Prüfung» und «Prüfung unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür». Was ist nun unter einer solchen Willkürprüfung oder -kognition zu verstehen? Handelt es sich hier um einen prozeßrechtlichen Begriff, also etwa eine besondere Prüfungstechnik, oder um einen besonderen Prüfungsmaßstab der Verfassungsrechtsprechung? Oder geht es bei Willkürkognition und Willkürverbot im Grunde genommen um ein und denselben Gegenstand? Diese Frage führte in den letzten Jahren zu einer fruchtbaren wissenschaftlichen Kontroverse¹⁴⁴ und ist nunmehr in Gesamtdarstellungen des Verfassungsprozeßrechts in ihren Einzelheiten erörtert worden¹⁴⁵. Es genügt daher an dieser Stelle ein geraffter Überblick über die Problematik.

¹⁴³ Die Wende erfolgte mit BGE 93 I 261, 341; BGE 94 I 56, 133.

¹⁴⁴ Vgl. AUBERT, II, S. 615ff. (Nr. 1715ff.); O. K. KAUFMANN, Die beiden Brillen des Bundesgerichts, in: St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 165ff.; F. GYGI, S. 191ff.; DERS., Zur bundesgerichtlichen Kognition im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, ZBl 86, 1985, S. 97ff., insb. S. 99f.

¹⁴⁵ AUER, S. 247ff.; KÄLIN, S. 169ff.; HALLER/HÄFELIN, S. 496ff.; HANGARTNER, II, S. 273ff. Vgl. aber insbes. auch: C. BONNARD, Problèmes relatifs au recours de droit publique, ZSR 81 II, 1962, S. 478ff.; F. GYGI, Mittelbare Verfassungsverletzung als Beschwerdegrund im staatsrechtlichen Be-

1. Kognitionspraxis des Bundesgerichts

Das Bundesgericht unterscheidet bei Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, wie gesagt, zwischen zwei Kognitionsformen: der umfassenden oder freien Prüfung einerseits und der beschränkten oder Willkürprüfung andererseits. Etwas vereinfacht ergibt sich dabei das folgende Bild:

- *Frei* wird geprüft, ob die Eintretensvoraussetzungen vorliegen.
- Tatsachenfeststellungen und Beweiswürdigungen unterliegen grundsätzlich nur einer *Willkürprüfung*.
- *Frei* prüft das Bundesgericht bei der abstrakten Normenkontrolle, ob der angefochtene Erlaß ein in der Bundesverfassung, der Europäischen Menschenrechtskonvention oder allenfalls in der Kantonsverfassung gewährleistetes verfassungsmäßiges Recht verletzt, wobei es bei den Kantonsverfassungen allerdings jeweils großes Gewicht auf die Interpretation durch die obersten kantonalen Behörden legt.
- Zu *differenzieren* ist bei Beschwerden wegen Verletzung von Grundrechten durch kantonale Einzelakte (Festlegungen oder Entscheide). *Frei* prüft das Bundesgericht in derartigen Fällen die Auslegung der Bundesverfassung, der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Kantonsverfassungen und die Frage, ob die geltend gemachte Verletzung in den Schutzbereich des angerufenen verfassungsmäßigen Rechts fällt. *Frei* prüft es auch, ob der Grundrechtseingriff durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismäßig ist. Ob der angefochtene kantonale Hoheitsakt auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, unterliegt ebenfalls einer *freien Prüfung* bei «schwe-

schwerdeverfahren, in: Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 159 ff.; DERS. Zur bundesgerichtlichen Kognition, a.a.O. (Anm. 144), S. 97 ff.; Y. HANGARTNER, Die bundesgerichtliche Überprüfung der Anwendung von Gesetzesrecht in der Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, in: *Mélanges A. Grisel*, Neuchâtel 1983, S. 117 ff.; A. KÖLZ, Zur Auslegung einfachen Rechts durch den schweizerischen Verfassungsrichter, ZSR 95 I 1976, S. 29 ff.; H. MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Aufl., Basel/Stuttgart 1979, S. 157 ff.; M. MÖHR, Die Kognition des Bundesgerichts bei der Überprüfung der Anwendung des kantonalen Gesetzesrechts im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Freiheitsrechte, St. Gallen 1984; H. P. MOSER, Die Kognition des Bundesgerichts bei der Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden, ZBl 72, 1971, S. 185 ff.; G. MÜLLER, Legitimation und Kognition in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 83, 1982, S. 281 ff. Ch. ROHNER, Nr. 22–109.

ren» (oder «besonders schweren») Eingriffen, doch untersucht das Bundesgericht bei «leichten» Eingriffen die Behauptung des Beschwerdeführers, einfaches (kantonales oder eidgenössisches) Recht sei unrichtig ausgelegt worden, *nur auf Willkür*¹⁴⁶. Es kommt hier mit andern Worten ein zweistufiges Verfahren zum Zug: in einem ersten Schritt wird untersucht, ob sich der angefochtene Akt ohne Willkür auf das Gesetz abstützen läßt, und erst wenn dies bejaht werden kann, wird er an der Verfassung gemessen.

Nur in dem hier aufgezeigten Rahmen – eben bei der *Überprüfung des Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage für leichte Grundrechtseingriffe* – kommt die sogenannte Willkürkognition also zum Tragen. Das Bundesgericht auferlegt sich in diesem Fall eine besondere Zurückhaltung, weil es ja nicht seine Aufgabe sein kann, im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde gleichsam als «Oberverwaltungsgericht» über die umfassende Respektierung des Legalitätsprinzips durch die Kantone zu wachen¹⁴⁷. Auf der andern Seite aber stellt eine Mißachtung des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage immer auch eine Verletzung des in Frage stehenden Grundrechts dar, so daß aus dieser Sicht die Intervention des Verfassungsrichters geboten erschiene. Die differenzierte Kognitionspraxis des Bundesgerichts ist also nichts anderes als der Ausdruck eines – im Ergebnis im großen und ganzen akzeptierten¹⁴⁸ – Kompromisses, mit dem das Gericht einen Ausgleich zwischen zwei gegenläufigen, an die Verfassungsgerichtsbarkeit gestellten Anforderungen herzustellen versucht, nämlich einerseits den verfassungsmäßigen Rechten der Bürger zum Durchbruch zu verhelfen, andererseits aber auch eine Eigenverantwortung der Kantone bei der Handhabung der Gesetze zu respektieren.

2. Dogmatische Einordnung

Die Frage ist nun aber, wie die vom Bundesgericht vorgenommene Willkürkognition beschaffen und rechtlich zu würdigen ist. JEAN-FRANÇOIS AUBERT erklärte das Phänomen mit der Metapher der «zwei Brillen»: Prüfe das Bundesgericht frei,

¹⁴⁶ Näheres insbesondere bei KÄLIN, S. 182 ff.

¹⁴⁷ Vgl. GYGI, S. 196.

¹⁴⁸ Vgl. GYGI, S. 192.

dann setze es sich gleichsam eine «Klarsicht-Brille» auf, mit der jede Rechtsverletzung bemerkt werden könne; prüfe es dagegen «unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür», dann greife es zu einer «Milchglas-Brille» und vermöge dann nur noch besonders krasse Rechtsverletzungen zu erkennen¹⁴⁹. Es ist nun aber vor allem das Verdienst von FRITZ GYGI, die verschiedenen Formulierungen des Bundesgerichts zu Grunde liegende und von AUBERT so prägnant veranschaulichte Theorie der zwei Sichtschärfen widerlegt und die Bundesgerichtspraxis wieder auf dogmatisch standfeste Füße gestellt zu haben. Er weist nämlich zu Recht darauf hin, daß das Bundesgericht zu einer bloß beschränkten Prüfung von in seine Sachkompetenz fallenden Verfassungsfragen weder nach der Bundesverfassung noch nach dem Organisationsgesetz¹⁵⁰ befugt sei, ja es in einem solchen Falle eine Rechtsverweigerung begehen würde¹⁵¹. Bei der Prüfung «unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür» aber gehe es im Grunde genommen gar nicht um eine Einschränkung der Sichtweise oder des Augenmaßes, sondern um die *materiellrechtliche Frage*, ob ein derart qualifizierter Grad an unrichtiger Rechtsanwendung vorliege, daß man von einem Verstoß gegen das Willkürverbot sprechen müsse; zur Beantwortung der unter dem Aspekt des Willkürverbotes wesentlichen Frage, wo das Unrichtige in das Grobunrichtige umschlägt, aber bedürfe es gerade eines besonders feinen Urteils- und Entscheidungsvermögens¹⁵². Die die Willkürpraxis kennzeichnende Unschärfe ist also kein (verfahrensrechtliches) Kognitionsproblem, sondern die Folge der dem Willkürbegriff als einer «notion mouvante» (BLAISE KNAPP) selbst immanenten Unschärfe. Die «Justitia» hat, so könnte man mit einem vielleicht richtigeren Bilde sagen, Grundrechtsverletzungen in jeder Hinsicht nicht mit verschlossenen oder halbverschlossenen Augen, sondern mit freiem Blick zu prüfen; nur bedient sie sich dann, wenn es zu prüfen gilt, ob die Kantone beim Erlaß nicht schwer in die Freiheitsrechte eingreifender Einzelakte das einfache Recht richtig angewandt haben, als Verfassungsrichterin (nicht aber als Verwaltungsrichterin) eben einer Waage, mit

¹⁴⁹ AUBERT, II, S. 165f. (No. 1717); KAUFMANN, a. a. O. (Anm. 144), S. 165 ff.

¹⁵⁰ Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, SR 173.

¹⁵¹ GYGI, S. 192. Vgl. insbes. aber auch die in dieselbe Richtung zielende Kritik von CH. ROHNER, S. 55 ff. Vgl. aber auch AUER, S. 265.

¹⁵² S. 198.

der nicht die bloße Fehlerhaftigkeit, sondern allein die grobe Unrichtigkeit der Rechtsanwendung registriert wird¹⁵³.

C. Das Scheinproblem der «Willkür im Quadrat»

Im Zusammenhang mit der Willkürbeschwerde ist die Frage aufgetaucht, ob das Bundesgericht Entscheide kantonaler Rechtsmittelinstanzen, deren Prüfungsbefugnis auf Willkür beschränkt ist, ihrerseits nur auf Willkür prüfen dürfe. Darf also – im Sinne des Schlagwortes «Willkür im Quadrat» – nur geprüft werden, ob die Vorinstanz willkürlich einen Verstoß gegen das Willkürverbot ablehnte? Die Frage ist zu verneinen. Denn Gegenstand derartiger staatsrechtlicher Beschwerden ist nicht die Art der Handhabung der Willkürkontrolle durch die Vorinstanz, sondern die materielle Frage, ob diese es zu Unrecht unterließ, einen willkürlichen Entscheid der Vorinstanz zu korrigieren. Die im kantonalen Verfahren erhobene Willkürrüge wird also gleichsam vor dem Bundesgericht wiederholt, wobei dieses im Falle einer Gutheißung den vorinstanzlichen Entscheid aufheben wird, aber allenfalls auch direkt den unterinstanzlichen Sachentscheid kassieren kann, wenn ihm dies als zweckmäßig erscheint.

D. Problematik der sogenannten «Appellentscheidungen»

Die staatsrechtliche Beschwerde ist grundsätzlich cassatorischer Natur; mit ihr kann lediglich die Aufhebung des angefochtenen Hoheitsaktes, nicht aber der Erlaß positiver Anordnungen verlangt werden. Von diesem Prinzip macht das Bundesgericht dann eine Ausnahme, wenn durch die Aufhebung des kantonalen Akts allein die verfassungskonforme Lage nicht hergestellt werden kann; so trifft es z. B. positive Anordnungen im Bereich des Doppelbesteuerungsverbots oder bei Polizeibewilligungen¹⁵⁴.

Nun tauchte aber gerade in jüngster Zeit bei auf Art. 4 BV gestützten staatsrechtlichen Beschwerden das Problem auf, daß

¹⁵³ So H. NEF, Rechtsgleichheit, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 546, Genf 1942, S. 7, wonach ein Entscheid nicht nur «falsch», sondern auch «falsch genug» sein müsse, um als willkürlich zu erscheinen.

¹⁵⁴ Zu dieser Praxis vgl. etwa KÄLIN, S. 33 ff.; H. MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Aufl., Basel/Stuttgart 1979, S. 166 ff.

ein Erlaß im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle zwar als verfassungswidrig erkannt wurde, aber nicht aufgehoben werden konnte, weil dann das alte, ebenso verfassungswidrige oder möglicherweise in noch schwererem Maße gegen die Verfassung verstößende Recht wieder in Geltung treten würde¹⁵⁵. Auf der andern Seite konnte es aber auch nicht Sache des Gerichtes sein, selbst die verfassungskonforme Rechtslage herzustellen, da es hierzu regelmäßig verschiedene Lösungen gibt und es dem Gesetzgeber aufgegeben ist, durch positive Anordnung zu entscheiden, welcher er den Vorzug geben will. Das Bundesgericht behilft sich in diesen Fällen damit, daß es in den Erwägungen die Verfassungswidrigkeit festhält und den kantonalen Gesetzgeber zur Abhilfe auffordert. Die Beschwerde aber wird im Sinne der Erwähnung abgewiesen.

Eine derartige «Appellentscheidung» ist nun aber für den Beschwerdeführer unbefriedigend. Denn er bekommt in der Sache Recht, ohne daß seine Beschwerde gutgeheißen würde oder er wenigstens von einer späteren verfassungskonformen Regelung für den hängigen Fall profitieren könnte. Es fragt sich deshalb, ob nicht – um derartigen Fällen gerecht zu werden – durch Revision des Organisationsgesetzes auch eine Feststellungsbeschwerde und ein Feststellungsentscheid eingeführt werden sollten¹⁵⁶. Eine mittlere, allerdings nicht unproblematische Lösung zwischen Nichtigerklärung und Appellentscheid kennt etwa das deutsche Bundesverfassungsgerichtsgesetz; danach wird mit Verfassungswidrigerklärung die endgültige Entscheidung in der anstehenden Sache aufgeschoben, bis der Gesetzgeber eine verfassungskonforme Lösung getroffen hat (§§ 31 Abs. 2 und 79 Abs. 1 BVerfGG); der Beschwerdeführer kommt dann in den Genuß der neuen Regelung¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Dies traf etwa bei zwei Entscheiden über kantonale Steuergesetze zu, die Verheiratete in an sich unzulässiger Weise schlechter stellten als Konkubinatspaare (BGE 110 Ia 7ff., und Urteil vom 24. November 1986, zit. in NZZ vom 3. April 1987).

¹⁵⁶ Vgl. A. KÖLZ, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1984, ZBJV 122, 1986, S. 327.

¹⁵⁷ Hierzu H. MAURER, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, Berlin 1974, S. 345 ff.

Teil 2: Das Willkürverbot im Spiegel der Bundesgerichtspraxis

«Die Willkürrechtsprechung ist wohl die kühnste und segensreichste Tat des Gerichtshofes.»¹

Nachdem Grundgedanken und Grundstrukturen des Willkürverbots offengelegt worden sind, ist es nun angezeigt, seinen Wirkungsformen und Inhalten nachzugehen. Diese können wir allerdings nicht deduktiv aus feststehenden philosophischen oder dogmatischen Vorgaben ableiten. Denn der Kernbereich der Gerechtigkeit, der Gegenstand des Willkürverbots ist, lässt sich nicht in substantiell aussagekräftiger Weise definieren oder in klare begriffliche Kategorien fassen. Er ist vielmehr phänomenologisch aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu gewinnen, in der er eine vielgestaltige Konkretisierung erfahren hat. Das Bundesgericht betrachtete nämlich von den ersten Jahren seiner Rechtsprechung an das Willkürverbot als ein Hauptinstrument rechtsstaatlicher Kontrolle und nahm es als Ausgangspunkt für die Entfaltung einer außerordentlich umfangreichen und reichhaltigen Praxis, die immer wieder als Paradestück der schweizerischen Verfassungsrechtsprechung hingestellt wird.

Die Willkürkonzeption des Bundesgerichts beruht auf zwei Säulen: der «Willkür in der Rechtsetzung» und der «Willkür in der Rechtsanwendung». Sie baut also primär auf dem Rechtsatz und dem Einzelakt als äußeren Handlungsformen des Staates auf. Materiell betrachtet geht sie davon aus, daß sich grundsätzlich das Gerechtigkeitsgebot als solches unmittelbar an den Gesetzgeber wende und sich dann in mediatisierter Form in den Bahnen eines korrekten Gesetzesvollzugs durch Richter und Verwaltungsbehörden verwirkliche²; das Willkürverbot strebt demnach auf einer ersten Ebene die Richtigkeit des Rechts an und erschöpft sich dann auf einer zweiten Stufe in der richtigen und ausnahmslosen Anwendung richtigen

¹ HUBER, Grundrechte, S. 220.

² Vgl. W. BURCKHARDT, S. 25 ff.; FLEINER/GIACOMETTI, S. 402 ff.

Rechts³. Praktisch dominiert dabei die Rechtsprechung zur «Willkür in der Rechtsanwendung». Die Willkürpraxis des Bundesgerichts ist also vorwiegend auf den Schutz der Legalität gegen grobe Verletzungen durch die staatlichen Vollzugsorgane und damit den Gedanken der Rechtssicherheit ausgerichtet. Aus der Sicht des Bürgers kommt das Willkürverbot somit vorab als verfassungsmäßiges, prozessual abgesichertes Recht darauf zum Tragen, daß die rechtsanwendenden Behörden das Legalitätsprinzip respektieren und ihm gegenüber nicht in gravierender Weise vom Gesetz abweichen.

Es soll nun im folgenden versucht werden, die Willkürpraxis des Bundesgerichts nachzuzeichnen und dann im Teil 3 kritisch zu würdigen. Dabei kann hier natürlich nicht eine erschöpfende Bestandesaufnahme oder eine umfassende Analyse der Kasuistik vorgenommen werden. Wir müssen uns in diesem Rahmen damit begnügen, anhand der vom Bundesgericht entwickelten Formeln die Grundstrukturen der Willkürrechtsprechung herauszuarbeiten und ihre Bedeutung und Tragweite anhand einiger möglichst repräsentativer Beispiele zu veranschaulichen.

I. Allgemeine Charakterisierung

Gemeinsam ist der gesamten einschlägigen Rechtsprechung die Grundkonzeption des Willküraktes. Danach handelt es sich bei diesem stets um einen in grobem Maße unrichtigen Staatsakt, dessen Fehlerhaftigkeit offen zutage liegt, wobei die Beurteilung nach einem objektiven Maßstab erfolgt.

Das Bundesgericht verlangt also zunächst eine qualifizierte, besonders intensive *Fehlerhaftigkeit* (Rechtswidrigkeit, Unzweckmäßigkeit) des angefochtenen Staatsaktes. Es bringt dies mit den stets wiederkehrenden Formulierungen wie «nicht vertretbar», «ohne vernünftigen sachlichen Grund», «schlechterdings unhaltbar», «klar gegen das Recht verstößend», «grob unrichtig», «kraß ungerecht», «völlig abwegig», «stößend»,

³ In Wirklichkeit ist allerdings eine differenziertere Sichtweise angebracht, die zum Ausdruck bringt, daß das Willkürverbot für den gesamten Rechtsverwirklichungsprozeß bestimmt ist, also im Bereich der traditionellen Rechtsanwendung auch bei «offenen» Regelungen wie Ermessensbestimmungen und unbestimmten Rechtsbegriffen unmittelbar zum Tragen kommt; auch kann es sich gegen das geltende Recht selbst wenden, wenn sich dieses als grob fehlerhaft erweist. Näheres hinten im Teil 3.

«objektiv in gravierendem Maß rechtswidrig» usw. zum Ausdruck. Seine Kehrseite findet das Intensitätserfordernis in verschiedenen Formeln, mit denen das Bundesgericht die Zurückhaltung seiner Prüfung darlegt. So betont es etwa hinsichtlich der Rechtssetzungswillkür, der Verfassungsrichter dürfe nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Gesetzgebers setzen und nicht schon einschreiten, wenn der Erlass auf gesetzgebungsrechtlichen Erwägungen beruhe, welche er für unzutreffend erachte⁴; er interveniere nicht gegen Maßnahmen von zweifelhaftem legislativem Wert^{5,6}. In bezug auf die Rechtsanwendung wird etwa gesagt, es seien Spielräume für die Eigenverantwortung der kantonalen Instanzen offen zu lassen⁷, das Bundesgericht greife nicht schon ein, wenn eine andere Lösung in Betracht zu ziehen oder vorzuziehen wäre⁸, oder es genüge nicht, daß eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder sogar richtiger gewesen wäre⁹.

Als Kennzeichen für die Schwere des Mangels erscheint dabei vorab dessen *Offensichtlichkeit*. Das Bundesgericht geht offenbar von der Auffassung aus, es sei dem Bürger unter dem Aspekt des Willkürverbots vorab nicht zuzumuten, unabhängig vom inneren Gewicht des in Frage stehenden Rechtsgutes¹⁰ Staatsakte hinzunehmen, deren Fehlerhaftigkeit ohne weiteres klar erkennbar ist oder die, wie sich MAX IMBODEN ausdrückte, «den Makel auf der Stirn» tragen¹¹. Es bringt dieses Kennzeichen immer wieder mit Formulierungen wie «augenscheinlich», «in die Augen springend», «unmißverständlich», «nicht zu übersehen», «auf den ersten Blick erkennbar», «absolut nicht einleuchtend» zum Ausdruck oder sagt etwa, es «käme wohl niemandem in den Sinn», in einer bestimmten Weise vorzugehen¹².

⁴ BGE 109 Ia 102 E. 3a; BGE 96 I 456f.

⁵ BGE 10, S. 165; BGE 6, S. 174.

⁶ Hinzu kommt der Grundsatz, daß das Bundesgericht eine kantonale Norm nicht aufhebt, wenn ihr nach den allgemein anerkannten Auslegungsregeln in vertretbarer Weise ein verfassungskonformer Sinn gegeben werden kann und eine solche nur kassiert wird, wenn sie sich jeder verfassungskonformen Auslegung entzieht. Vgl. etwa BGE 106 Ia 137 E. 3a; BGE 104 Ia 100; BGE 102 Ia 279; BGE 91 I 85; U. HÄFELIN, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Festschrift Hans Huber, Zürich 1981, S. 241 ff.

⁷ BGE 96 I 544.

⁸ BGE 107 Ia 114.

⁹ BGE 99 Ia 344.

¹⁰ Vgl. die Kritik von IMBODEN, S. 17f.

¹¹ IMBODEN, S. 18.

¹² BGE 108 Ia 297.

Schließlich ist allen Willkürentscheiden gemeinsam, daß sie einen *objektiven Maßstab* anlegen. Geprüft wird, ob sich die Maßnahme «sachlich» rechtfertigen lasse oder ob sie «innerlich begründet»¹³ sei. Aufgegeben dagegen ist der für die ältere Bundesgerichtspraxis typische subjektive Willkürbegriff, der darauf abstellte, ob der Mangel der Behörde in hohem Maße vorwerfbar sei, also etwa eine Rechtsbeugung darstelle oder auf grober Fahrlässigkeit beruhe¹⁴.

II. Willkür in der Rechtssetzung

Gemäß einer vom Bundesgericht 1935 geprägten¹⁵ und seither in ständiger Rechtsprechung wiederholten Formel verstößt ein Erlaß gegen das Willkürverbot, wenn er sich nicht auf ernsthaftes sachliche Gründe stützen läßt, sinn- und zwecklos ist oder rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist^{16,17}.

A. Sinn- und Zwecklosigkeit

Ein Rechtssetzungsakt erscheint also entsprechend dem ersten Formelelement als willkürlich, wenn er sinn- und zwecklos ist. Anvisiert werden hiermit offenbar Erlasse, die entweder keinen vernünftigen Sinn haben oder zur Erreichung eines an sich vernünftigen Zweckes absolut ungeeignet, also z. B. nicht operabel und damit undurchsetzbar sind. Es handelt sich dabei um den gröbsten Raster zur Erfassung willkürlicher Erlasse, und Entscheide, die dieses Element der Formel anrufen, sind dementsprechend selten.

¹³ BGE 20, S. 355; BGE 3, S. 695.

¹⁴ So besonders deutlich in BGE 83 I 171 E. 6 d; daß trotzdem praktisch bei der Qualifizierung von Willkürakten immer auch subjektive Momente mitspielen können, zeigt etwa BGE 95 I 125 E. 4 a. betr. Verzögerung der Behandlung eines Baugesuchs durch eine Baubewilligungsbehörde bis zum Inkrafttreten neuer Bestimmungen.

¹⁵ BGE 61 I 86.

¹⁶ Vgl. etwa BGE 110 I a 13; BGE 92 I 442.

¹⁷ Vgl. zur Willkür in der Rechtssetzung insbesondere die eingehende Darstellung von B. WEBER-DÜRLER, HAEFLIGER, S. 60 ff., 192 ff.

a) Bejahung

– Ein kantonales Steuergesetz sah eine Ausnahme von der Steuerpflicht für den Fall vor, daß eine Steuerbefreiung auf einem Staatsvertrag beruhe. Das Bundesgericht hob im ersten Entscheid, in dem es sich ausdrücklich auf die Sinn- und Zwecklosigkeit als Qualifikationsmerkmal berief, den genannten Zusatz auf mit der Begründung, eine solche Bestimmung hätte höchstens dazu führen können, den Abschluß von Steuerverträgen mit dem Ausland zu verhindern und Verwirrung zu stiften (BGE 48 I 262.).

– Nach Art. 4 Abs. 1 lit. b der Verordnung des Bundesrates vom 10. November 1976/18. Juni 1979 über den Erwerb von Grundstücken in Fremdenverkehrsorten durch Personen im Ausland kann die dort vorgesehene Ausnahme von der Bewilligungssperre vom Verkäufer nur dann geltend gemacht werden, wenn das Grundstück von ihm als Zweitwohnung benutzt wird; diese Einschränkung ist ungerechtfertigt, sinn- und zwecklos und widerspricht somit Art. 4 BV (BGE 107 I b 177).

b) Verneinung

– Nicht sinn- und zwecklos und damit nicht willkürlich ist es, den Begriff des steuerbaren Eigenkapitals von Handelsgesellschaften unabhängig von zivilrechtlichen Kriterien in einer Quote des steuerrechtlich maßgebenden Buchwertes festzulegen (BGE 109 I a 120 E. 3).

– Nicht sinn- und zwecklos ist eine Regelung, wonach einem Alleinstehenden, der einen eigenen Haushalt führt, ein grösserer Sozialabzug gewährt wird als einem Alleinstehenden ohne eigenen Haushalt (BGE 104 I a 295 E. 5a–c). Dabei bemerkte das Bundesgericht, daß die gegenteilige Auffassung des Beschwerdeführers einer gewissen Berechtigung nicht entbehre.

– Als nicht sinnlos bezeichnete das Bundesgericht die Erhebung einer Feuerwehrersatzabgabe aufgrund der allgemeinen Dienstpflicht, auch wenn diese durch den Pflichtigen real nicht erfüllbar ist (Bestehen einer Berufsfeuerwehr). Das Bundesgericht war bei diesem Entscheid anscheinend selbst nicht über alle Zweifel erhaben, denn es bemerkte, daß es wohl naheliegender wäre, die Mittel für die Brandbekämpfung auf anderem Wege als durch eine Abgabe zu beschaffen, die eine nicht erbringbare und somit fingierte persönliche Dienstleistung ersetzen soll (BGE 102 I a 12).

B. Fehlen von sachlichen Gründen

Ein Erlaß ist nach der bundesgerichtlichen Formel auch willkürlich, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen läßt, also etwa auf sachfremden Motiven beruht oder in keinem relevanten Zusammenhang zur betreffenden Materie steht. Das Bundesgericht stellte selten und im wesentlichen nur dann auf dieses Kriterium ab, wenn sich die Rüge des Beschwerdeführers nicht auf einen Vergleich stützten ließ. Es ermöglicht mit diesem Formelement die Erfassung aller Gesetze, «welche die grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft mißachten, auch wenn die Ungerechtigkeit nicht in einer klar ersichtlichen Ungleichbehandlung besteht»¹⁸.

a) Bejahung

– Eine kantonale Bestimmung, welche die im Kostenerlaß prozessierende Partei davon befreit, der obsiegenden Gegenpartei die von dieser bezahlten Gerichtskosten zu ersetzen, aber die Rückerstattung derselben durch den Staat nicht vorsieht, verletzt Art. 4 BV. Die Anwendung dieser Regel läuft darauf hinaus, die Last der unentgeltlichen Rechtspflege einem Einzelnen aufzuerlegen; dies führt zu einer Benachteiligung der obsiegenden, nicht im Armenrecht prozessierenden Partei, was sich aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse nicht rechtfertigen läßt (BGE 97 I 629).

– Auch eine an sich nicht sinn- und zwecklose Regelung verstößt gegen Art. 4 BV, wenn sie sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen läßt. So entschied das Bundesgericht bei der Überprüfung eines kantonalen Steuergesetzes, welches die Erhebung einer Vermögensgewinnsteuer vorsah und bestimmte, daß der steuerbare Gewinn sich aus der Differenz zwischen Erlös und Anlagewert ermittle, wobei als Anlagewert, auch wenn die Anlagekosten bekannt seien, der Vermögenssteuerwert gelte (BGE 95 I 134 E. 5).

– Die Bestimmung eines kantonalen Tarifs, die auf dem Inkasso von Geld eine feste Gebühr von 7 % für Beträge bis Fr. 500.– und von 5 % für höhere Beträge vorsieht, ist schlechthin unhaltbar und damit willkürlich, wenn sie auf die Betreibung von bedeutenden Beträgen angewandt wird. In der Praxis sind denn auch abweichende Regelungen als zulässig betrachtet

¹⁸ B. WEBER-DÜRLER, S. 144.

worden. Wenn ein offizieller Tarif zu Ergebnissen führt, welche geschäftserfahrene Personen dazu veranlassen, sich gegen deren Auswirkungen zu schützen, so widerspricht er offensichtlich dem Gerechtigkeitsgefühl und muß als willkürlich bezeichnet werden (BGE 92 I 249).

– Das Verbot der Aufstellung von Grabkreuzen, die aus mehreren Teilen hergestellt sind, ist willkürlich, weil es jeder sachlichen Rechtfertigung entbehrt. Die Behörden dürfen sich beim Erlaß von Vorschriften über die Ausgestaltung von Grabstätten wohl von ästhetischen Erwägungen leiten lassen; die Angst davor, daß Kreuze mit der Zeit unter dem Einfluß der Witterung auseinanderfallen, vermag jedoch ein generelles Verbot nicht zu rechtfertigen. Der Gemeinde steht höchstens das Recht zu, derart beschädigte Grabmäler wiederherstellen oder entfernen zu lassen. Die Behörden dürfen aber nicht weitergehen und solche Grabsteine vorsorglich überhaupt verbieten (BGE 82 I 220 E. 3).

– Das in einem Friedhofreglement, das als Grabzeichen nur Kreuze aus «Eisen, Guß, Bronze, Holz und Kupfer» zuläßt, enthaltene Verbot der Verwendung von Grabsteinen ist mit sachlichen Gründen schlechterdings nicht vertretbar (BGE 101 I 398).

– Der in der Tessiner Steuergesetzgebung vorgesehene Steuerzins von 12 % bei verspäteter Zahlung ist unzulässig, da er allgemein und ohne Rücksicht auf die Ursache der Verspätung vorgeschrieben ist (BGE 77 I 277/78).

– Gemäß der Verordnung des Aargauer Regierungsrats über die Kanzleigebühren vom 23. Dezember 1971 waren für die Erstellung von Photokopien Fr. 2.– pro Stück zu erheben. Die sich im vorliegenden Fall ergebende Gebühr von Fr. 1888.– für 944 Kopien von 13 Originalseiten steht zum objektiven Wert der Leistung in einem offensichtlichen Mißverhältnis (BGE 107 I a 29)¹⁹.

– § 23 der Zürcher Verordnung über die kantonalen Polizeigefängnisse (PVO) vom 25. Juni 1975 schrieb vor, daß die Bettlen in den Zellen tagsüber hochzuklappen seien. Die Möglichkeit, sich am Tage nicht auf sein Bett legen zu können, läßt sich mit sachlichen Gründen schlechterdings nicht rechtfertigen. Es

¹⁹ Obwohl das Bundesgericht den Gebührensatz von Fr. 2.– pro Seite in erster Linie als mit dem Äquivalenzprinzip für unvereinbar erklärte, kommt deutlich zum Ausdruck, daß dieser Ansatz auch vor dem Willkürverbot nicht standhalten würde.

handelt sich dabei, auch wenn sie alle Insassen gleichermaßen trifft, um eine rein schikanöse, willkürliche Bestimmung (BGE 102 Ia 288)²⁰.

b) Verneinung

– Die Aufteilung der Kosten eines Quartierplanes unter die Grundeigentümer im Verhältnis der Fläche ihrer Grundstücke ist sachlich haltbar, denn es kann mit guten Gründen vorgebracht werden, die Grundstücke profitierten im Verhältnis ihrer Größe von der Quartierplanung (BGE 106 Ia 205).

– Sachliche Gründe lassen sich auch dafür anführen, bei der Festsetzung der Gebühr für den Wasserbezug nicht nur die Menge, sondern auch die Art und Weise des Verbrauchs zu berücksichtigen (BGE 103 Ia 583 E. 7).

– Der Grundsatz der Bedarfslenkung bei der Lehrerausbildung ist sachlich vertretbar, auch wenn das Risiko der Fehlplanung Vorsicht in der Handhabe nahelegt. Insbesondere verletzt das Abstellen auf die Eignung des Bewerbers bei der Zulassung zur Lehrerbildungsanstalt das Gebot rechtsgleicher Behandlung und das Willkürverbot nicht (BGE 103 Ia 400).

– Unter dem Gesichtswinkel von Art. 4 BV ist es den Kantonen nicht verwehrt, den Eintritt in die Universität nicht nur von einer genügenden Vorbildung abhängig zu machen, sondern zur Sicherung eines ungestörten Hochschulbetriebs auch an die charakterliche Eignung des Bewerbers gewisse Anforderungen zu stellen. Dabei ist aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Gegen diesen verstößt die Auferlegung einer einjährigen Karenzfrist für den Studienbeginn mit der alleinigen Begründung einer militärgerichtlichen Verurteilung des Anwärters (BGE 102 Ia 329 E. b).

C. Rechtliche Unterscheidung, die durch keinen vernünftigen Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen gerechtfertigt ist

Das Bundesgericht unterschied bis vor kurzem nicht zwischen Willkürverbot und Rechtsgleichheit. Die neueste Praxis jedoch

²⁰ Wie auch in BGE 107 Ia 29 (vgl. oben) kommt hier klar zum Ausdruck, daß die fragliche Bestimmung dem Willkürverbot nicht standhalten würde, auch wenn das Bundesgericht die vorliegende Frage als Problem der persönlichen Freiheit behandelte.

hält diese beiden Aspekte auseinander²¹. Damit macht sie deutlich, daß dieses dritte Formelement nur eine qualifiziert rechtsungleiche Behandlung erfaßt²². Das Bundesgericht bediente sich dabei im Verlauf seiner Rechtsprechung verschiedener Ausdrucksweisen, um eine verpönte Unterscheidung zu charakterisieren. In seinen früheren Entscheiden ging es häufig darum, ungerechtfertigte Ausnahmen, Privilegien und Klassierungen von Bürgern zu verhindern (BGE 10, S. 318 E. 2; BGE 10, S. 168 E. 2); es sollte aber auch Gleichbehandlung bei Gleichheit der erheblichen tatsächlichen Verhältnisse gewährleistet werden (BGE 6, S. 174); es findet sich sodann in der Frühphase auch die Formel, rechtliche Differenzierungen dürfen nur an solche Verschiedenheiten tatsächlicher Natur anknüpfen, die nach den anerkannten Grundsätzen der Rechts- und Staatsordnung für das in Frage kommende Rechtsverhältnis von wesentlicher Bedeutung sind (BGE 2, S. 3; BGE 6, S. 173). Später entschied das Bundesgericht, es schreite nur ein, wenn ein Gesetz rechtliche Unterscheidungen treffe, für die ein vernünftiger, nach den fundamentalen Rechtsanschauungen in der betreffenden Materie plausibler Grund aus den tatsächlichen Verhältnissen schlechterdings nicht abgeleitet werden könne (BGE 38 I 372), oder ein Erlaß sei aufzuheben, wenn er nach «allgemeiner Auffassung» eine unsachliche oder durch nichts gerechtfertigte Unterscheidung treffe (BGE 28 I 313; BGE 65 I 72). Als willkürlich werden schließlich Differenzierungen bezeichnet, «für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist» (BGE 102 Ia

²¹ BGE 110 Ia 12: «Ein Erlaß verstößt gegen das Willkürverbot, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützt oder sinn- und zwecklos ist; er verletzt das Gebot der Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterläßt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen». (Ebenso schon BGE 106 Ia 188.)

²² Vgl. dazu HAEFLIGER, S. 62: «Auch im Gebiete der Rechtsetzung können an sich Rechtsungleichheit im engeren Sinn und Willkür unterschieden werden. Die Differenzierung hat aber hier eine weit geringere Bedeutung als im Bereich der Rechtsanwendung. Es kommt selten vor, daß ein Erlaß keine Rechtsungleichheit schafft, aber doch gegen Art. 4 BV verstößt, weil er sinn- und zwecklos und damit willkürlich ist. Fällt andererseits dem Gesetzgeber eine rechtsungleiche Behandlung im engern Sinn zur Last, so läßt sich mit Grund sagen, mit einem solchen Verstoß sei regelmäßig Willkür verbunden. Eine rechtsungleiche Behandlung im engern Sinn ist dem Gesetzgeber nämlich vorzuwerfen, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich kein sachlicher, vernünftiger Grund anführen läßt, und ein Hoheitsakt, der sich nicht auf einen solchen Grund stützen kann, ist willkürlich.»

12), und neuerdings spricht das Bundesgericht auch davon, daß Unterscheidungen, die nach aller Vernunft zu treffen wären, aber «in sinnwidriger Weise unterlassen wurden», gegen Art. 4 BV verstoßen (BGE 108 I a 297).

a) Bejahung

– Den Anforderungen von Art. 4 Abs. 1 BV genügt das Steuergesetz des Kantons Zürich insofern nicht, als in höheren Einkommensbereichen Ehepaare gegenüber Konkubinatspaaren ohne haltbaren Grund benachteiligt werden (BGE 110 I a 21 E. 4)²³.

– Im Rahmen von Planungsmaßnahmen dürfen Zonenbildungen und -abgrenzungen nicht willkürlich erfolgen. Eine Abgrenzung muß sich vielmehr durch vernünftige sachliche Gründe rechtfertigen lassen. Dies ist namentlich nicht mehr der Fall, wenn die ungleiche Behandlung der betreffenden Parzellen jeder vernünftigen Planung widerspricht oder wenn dem Vorgehen der Behörde offensichtlich unzulässige, sachfremde Überlegungen zugrunde liegen. So hätte es im vorliegenden Fall unter dem Gesichtspunkt der geordneten Siedlungsentwicklung zweifellos nähergelegen, ein gemeindeeigenes, weiter vom Dorfkern entferntes Gebiet anstelle der an den Ortskern angrenzenden privaten Grundstücken auszuzonen. Kein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung war dabei der Umstand, daß die Gemeinde zufolge ihrer Stellung als Eigentümerin die sich in ihrer Gemeinde niederlassenden Personen in gewissem Maß auswählen kann, während sie auf die Bestimmung der Erwerber bzw. Neuzüger im andern Gebiet keinen Einfluß hat. Es war somit sachlich nicht haltbar, daß die Grundstücke des Beschwerdeführers – wie jene der Gemeinde – nicht ebenfalls eingezont blieben (BGE 107 I b 339 E. 4).

– Illustrativ – wenn auch nicht mehr gerade von höchster Aktualität – ist ein Entscheid aus dem Jahre 1922. Hierin wurde ein Gesetz als verfassungswidrig erklärt, nach welchem der Verkehr am Sonntag nur für die außerkantonalen, nicht aber für die im Kanton wohnhaften Motorfahrzeugbesitzer verboten war. Die Kantonszugehörigkeit der Fahrzeugbesitzer sei angesichts der hohen Anzahl der kantonseigenen Motorfahrzeuge (200) kein wirksames Mittel zum angestrebten Schutz der sonntäglichen Fußgänger (BGE 48 I 4 E. 2).

²³ Vgl. dazu auch das neueste Urteil des Bundesgerichts vom 24. November 1986 zum Baselbieter Steuergesetz, NZZ vom 3. April 1987, Nr. 78.

b) Verneinung

– Nicht gegen Art. 4 BV verstößt es, für Neubauten höhere Kanalisationsanschlußgebühren vorzusehen als für Altbauten. Dies läßt sich nach Auffassung des Bundesgerichts u. a. damit begründen, daß der Eigentümer einer Altbauweise vor dem Anschluß der Liegenschaft an die Kanalisation bereits gewisse Vorkehrungen zur Reinigung und Beseitigung des Abwassers getroffen hat, daß für diesen aus dem Kanalisationsanschluß und den notwendig werdenden Anpassungs- und Wiederherstellungsarbeiten größere Kosten als für den Eigentümer einer Neubauweise entstehen und daß sich aus Altbauteilen wegen der oft weniger intensiven Nutzung eine geringere Beanspruchung der Kanalisation ergibt. Eine Reduktion um die Hälfte erscheine zwar als hoch und liege an der oberen Grenze des Zulässigen, sei aber nicht geradezu unhaltbar (BGE 106 Ia 244 E. 4).

– Die Differenzierung eines kantonalen Steuergesetzes zwischen Alleinstehenden mit eigenem Haushalt und solchen ohne eigenen Haushalt verstößt nicht gegen die Verfassung. In vielen Fällen wird die Auffassung zutreffen, daß ein alleinstehender Steuerpflichtiger (z. B. ein Unverheirateter, der im Haushalt der Eltern wohnt) mit geringeren Lebenshaltungskosten rechnen muß als der Alleinstehende (z. B. ein Witwer), der noch einen Haushalt führt (BGE 104 Ia 294 E. 5).

– Der Grundeigentümer hat keinen aus Art. 4 BV folgenden Anspruch darauf, im Zusammenhang mit der Aufstellung eines Bebauungsplans oder einer Zonenordnung gleich behandelt zu werden wie alle Grundeigentümer, die von einer Planungsmaßnahme berührt werden. Verfassungsrechtlich genügt es, daß die Planung sachlich vertretbar, d. h. nicht willkürlich ist. Das Gebot der Rechtsgleichheit fällt insoweit mit dem Willkürverbot zusammen. Gegen die Verfassungsnorm verstößt es nicht, die Einzonung eines Gebietes im Zonenplan einer andern Gemeinde zu genehmigen, obwohl jenes Gebiet zur gleichen «landschaftlich reizvollen» Hangkuppe gehört wie das streitige (BGE 103 Ia 257 f.).

III. Willkür in der Rechtsanwendung

A. Allgemeines

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Willkür in der Rechtsanwendung ist das eigentliche *Kernstück*, ja vielleicht das besondere *Prunkstück* der hier darzustellenden Praxis. Sie ist ein Eigenprodukt des Bundesgerichts und findet, soweit ersichtlich, keine Parallelen in der vergleichbaren Verfassungsrechtsprechung anderer Staaten, die sich in der Regel auf die Kontrolle der Gesetzgebung konzentriert oder beschränkt. In der Schweiz liegt demgegenüber das Schwergewicht der Willkürrechtsprechung im Rechtsanwendungsbereich, und hier ist es dem Bundesgericht gelungen, ein *kohärentes Gefüge von Regeln und Standards* zur Verhinderung groben staatlichen Unrechts, eben von Willkür, zu entwickeln²⁴.

1. Die Formeln des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat in einer großen Anzahl von Urteilen bestimmt, ein kantonaler Einzelakt sei willkürlich, wenn er eine *Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletze oder wenn er in stoßender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufe*^{25,26}. Früher pflegte es etwa zu sagen, ein Rechtsanwendungsakt müsse sich als «schlechthin unhaltbar» oder als «offensichtlich unhaltbar» erweisen, um als willkürlich aufgehoben werden zu können²⁷.

²⁴ Vgl. zum Ganzen: HAEFLIGER, S. 185 ff.; ARIOLI, S. 27 ff.; zur älteren Praxis: KELLER, insbes. S. 47 ff.

²⁵ BGE 110 II 43 E. 2 a; BGE 109 I a 22 E. 2; BGE 108 I a 120 E. 2 c; BGE 105 I a 300; BGE 105 II 36 f.; BGE 104 II 223; BGE 102 I a 3 E. 2 a.; BGE 100 I a 468; BGE 100 I a 6 E. 3 b; BGE 98 I 352; BGE 97 I 24; BGE 96 I 627; BGE 96 I 202 E. 4; BGE 96 I 9 E. 2; BGE 93 I 5 f.

²⁶ Diese Formel findet sich in der Amtlichen Sammlung zum ersten Mal im Urteil vom 18. März 1964 i. S. Rheinpark A. G. gegen Kachler (BGE 90 I 137 ff.). Dabei nahm das Bundesgericht in der Begründung (S. 139) Bezug auf ein Votum von Bundesrichter Favre am Schweizerischen Juristentag 1962 (ZSR 81 II, S. 586 f.), der feststellte, es gebe zwar keine Legaldefinition der Willkür, aber dennoch präzisierend ausführte: «On peut admettre qu'il y a arbitraire lorsqu'on se trouve en présence d'une violation manifeste d'une règle de droit ou d'un principe de droit clair et incontestable ou aussi lorsque l'acte critiqué contredit d'une manière violante le sentiment de la justice» (S. 587).

²⁷ BGE 89 I 69; BGE 86 I 95; BGE 83 I 156; BGE 79 I 16; BGE 76 I 275, BGE 73 I 188.

In neueren Entscheiden verknüpft es auch beide Umschreibungen miteinander, wenn es etwa ausführt, Willkür sei erst dann gegeben, wenn ein Entscheid nicht nur als unrichtig, sondern als schlechthin unhaltbar erscheine; dies sei insbesondere der Fall, wenn er eine Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich verletze oder in stoßender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufe²⁸. Aber auch auf Fragen der *Angemessenheit* und *Zweckmäßigkeit* erstreckt das Bundesgericht die Willkürprüfung; so hält es etwa fest, ein Ermessensentscheid verstoße gegen Art. 4 BV, «wenn er nach den Umständen unhaltbar erscheint, wenn er unvereinbar mit den Grundsätzen des Rechts und der Billigkeit ist, es unterläßt, die maßgebenden Tatsachen zu erwägen und im Widerspruch zu den unbestrittenen Tatsachenfeststellungen steht»²⁹. Und über den Bereich der Ermessensentscheide hinaus schließlich sagt das Bundesgericht, ein Entscheid sei willkürlich, wenn er «in klarem Widerspruch zur *tatsächlichen Situation*» stehe³⁰.

Bereits dieser summarische Überblick über die «Formelpraxis» des Bundesgerichts zeigt, daß der *Begriff der Rechtsanwendung* als eines der beiden Hauptanwendungsfelder der Willkürpraxis *nicht in einem technischen Sinne* verstanden werden darf. «*Recht*» kann nicht einfach positivistisch mit «*Gesetz*» oder «*Rechtssatz*» (Gesetz im materiellen Sinne) gleichgesetzt werden, und es wäre zu eng, «*Anwendung*» als bloße Gesetzesvollziehung und strikte Rechtsabhängigkeit zu verstehen.

Richtig gesehen spiegelt sich in den zitierten Formeln wohl vielmehr ein über das Gesetz hinausgehender *aufgefächerter Rechtsbegriff* oder – wenn man so will – die Vorstellung vom Recht als einem «*Steuerungsprogramm*» mit *verschiedenen Verdichtungsstufen* wider. Für die *erste Stufe*, nämlich den harten Kern der eigentlichen Rechtsnormen, leitet das Bundesgericht aus der Verfassung gleich ein Stück rudimentärer Methodik für die Rechtsanwendung ab, wobei es hier freilich nicht um eine Anleitung zur «richtigen» Rechtshandhabung geht, sondern unter dem Aspekt des Willkürverbots nur der äußerste Rahmen der «noch vertretbaren» Rechtsanwendung gesetzt wird; zu dieser Frage der Methodenwillkür sagt die bundesgerichtliche Rechtsprechung etwa, daß – wie sogleich noch weiter auszuführen ist – die Auslegung beim Wortlaut als dem Indiz

²⁸ BGE 108 III 42 E. 3.

²⁹ BGE 109 I a 109 E. 2c.

³⁰ Pra. 75 Nr. 4 (Hervorhebung vom Verfasser).

des richtigen Regelungsinhalts anzusetzen habe; sie nennt aber auch die Voraussetzungen, unter denen eine Norm ohne Willkür auch vom Text abweichend ausgelegt werden darf oder muß, und sie gibt Kriterien dafür an, wann eine Fortentwicklung oder gar eine Korrektur des Gesetzes durch die rechtsanwendenden Behörden noch haltbar erscheint (nachfolgender Abschnitt B. 1). Auf einer *zweiten Stufe* greift die Bundesgerichtspraxis dann über das positive Recht hinaus und stellt Grundsätze zur Eingrenzung der Ermessenshandhabung und Ausschaltung der Ermessenswillkür auf (Abschnitt B. 2). So dann nennt das Bundesgericht auf einer *dritten Ebene* als Konkretisierungen des Gerechtigkeitsgedankens eine Reihe von umstrittenen Rechtsgrundsätzen, deren offensichtliche und schwere Verletzung Willkür bedeutet (Abschnitt B. 3), und schließlich stoßen wir, gleichsam an der *Spitze* der Normenpyramide, auf die gesetzlich nicht mehr eingebundene Wertungsebene, auf der das Bundesgericht den materiellen Gerechtigkeitsgedanken als letzten Kontrollmaßstab anruft (Abschnitt B. 4).

Von selbst versteht sich sodann, daß sich die bundesgerichtliche Willkürprüfung nicht auf die normative Seite der Rechtsverwirklichung beschränkt, sondern auch die *Sachverhaltsermittlung* mitumfaßt, denn auch die richtige Anwendung des Rechts auf einen grob unrichtig ermittelten Sachverhalt kann willkürlich sein (Abschnitt B. 5).

Schließlich wird, als eine gesonderte Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots, die *innere Widersprüchlichkeit* des Staatsakts als willkürlich bezeichnet (Abschnitt B. 6).

2. Abstellen auf das Ergebnis

In verschiedenen Entscheiden³¹ hat das Bundesgericht ausgeführt, daß sich die Aufhebung des angefochtenen Anwendungsakts nur dann rechtfertige, wenn er sich im Ergebnis als unhaltbar erweise. Ein Entscheid ist demnach nicht schon dann willkürlich, wenn er mit einer unhaltbaren Begründung versehen ist. Das Bundesgericht hat in diesem Fall die Möglichkeit, die Motive des umstrittenen Entscheids zu ersetzen³². Hingegen macht es davon nur zurückhaltend und nur dann Gebrauch,

³¹ BGE 111 III 10 E. 3 a; BGE 109 I a 112 E. 3 d; BGE 109 II 172 E. 3; 106 I a 314; BGE 103 I a 577.

³² BGE 106 I a 314; BGE 96 I 549; BGE 77 I 46 E. 3.

wenn die rechtliche Situation als klar erscheint³³. Diese Substitution unhaltbarer Motive durch das Bundesgericht ist indessen dort ausgeschlossen, wo die letzte kantonale Instanz die Gründe, die «nachzuschieben» wären, ausdrücklich abgelehnt hat. In solchen Fällen erweist sich ein Entscheid als willkürlich, auch wenn lediglich die Motive unhaltbar sind³⁴.

B. Elemente

1. Offensichtlich schwere Verletzung einer Norm

a) Allgemeines

Als «Willkür in der Rechtsanwendung» erscheint nach der Formel des Bundesgerichts zunächst die offensichtlich schwere Verletzung einer Norm. Gemeint sind damit in der Regel Rechtsnormen im Sinne von Rechtssätzen, die von den staatlichen Organen im richtigen Verfahren erlassen wurden und in Kraft stehen. Aber auch etwa Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen (GAV) können normative Wirkung haben. So weit sie sich auf den Inhalt der einzelnen Arbeitsverhältnisse beziehen, gelten sie während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die beteiligten Parteien und können nicht wegbedungen werden, wenn im GAV nichts anderes bestimmt ist. Mißachtet z. B. ein Gericht die Bestimmung eines GAV über die Berechnung einer Gehaltserhöhung, die nach dem Wortlaut und Sinn klar ist, verstößt es damit gegen klares Recht und verfällt in Willkür³⁵.

Methodisch geht aus der Willkürpraxis des Bundesgerichts hervor, daß Ausgangspunkt der *Auslegung* jeder Norm ihr Wortlaut ist. Eine besondere Bedeutung wird dabei dem sog. klaren Wortlaut beigemessen, wobei freilich bereits die Feststellung, es liege ein klarer Wortlaut vor, Auslegung voraussetzt³⁶. Vor allem in älteren Entscheiden findet sich die strikte Formulierung, daß eine Auslegung keinesfalls als willkürlich bezeichnet werden könne, wenn sie den Wortlaut für sich habe; es brauche dann nicht mehr geprüft zu werden, ob die Entste-

³³ BGE 106 Ia 315.

³⁴ BGE 94 I 311 E. 4; BGE 91 I 37f.

³⁵ BGE 96 I 436 E. 5 b.

³⁶ U. HÄFELIN, Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes, in: Festschrift für Cyril Hegnauer, Bern 1986, S. 111 ff., insbes. S. 116 ff.; GyGI, vom Anfang und Ende der Rechtsfindung, recht 1983, S. 73 ff., insbes. S. 75 ff.

hungsgeschichte eine andere Auslegung rechtfertige³⁷. In der Folge³⁸ relativierte das Bundesgericht allerdings diese Position mit der Formel:

«Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann indes die rechtsanwendende Behörde ohne Willkür vom Gesetzeswortlaut dann abweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, daß er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Grund und Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben.»³⁹

Zentraler Grundsatz aber bleibt, daß eine dem klaren Recht entsprechende Gesetzeshandhabung nicht willkürlich ist (nachfolgender Abschnitt b), doch ist unter dem Aspekt des Willkürverbots eine vom Wortlaut abweichende Auslegung statthaft oder geboten, wenn nach den traditionellen Auslegungsgrundsätzen triftige Gründe hierfür vorgebracht werden können (Abschnitt c).

b) Verstoß gegen den Wortlaut

In vielen Entscheiden bejahte das Bundesgericht einen Verstoß gegen das Willkürverbot mit der Begründung, der angefochtene Akt verstoße gegen den klaren Wortlaut einer Bestimmung, wobei allerdings nicht immer ausdrücklich dargelegt wurde, daß sich ein solches Abweichen vom Gesetzestext auch nicht durch triftige Gründe rechtfertigen ließ. Es mag erstaunen, daß – wie der nachfolgend zur Veranschaulichung zusammengestellte Ausschnitt aus der Praxis zeigt – verhältnismäßig zahlreiche Bundesgerichtsentscheide dem Privatrecht entstammen. Das liegt wohl einerseits daran, daß viele dieser Fälle die Streitwertgrenze für die zivilrechtliche Berufung (Art. 46 OG) nicht erreichen oder aus anderen Gründen nicht berufungsfähig sind, ist aber andererseits auch darauf zurückzuführen, daß die Privatrechtskodifikation mehr «klares» Recht schaffen als etwa das Verwaltungsrecht, das oft auf allgemeine Rechts- und Verfassungsprinzipien zurückgreifen muß. Ganz allgemein läßt sich sagen, daß der Willkürschutz, so wie er vom Bundesge-

³⁷ So (wohl noch zum letzten Mal) in BGE 80 I 322; vgl. aber auch BGE 73 I 373 E. 3 und BGE 31 I 19.

³⁸ Erstmals in BGE 87 I 103.

³⁹ BGE 108 I a 297; vgl. ferner Pra. 75, S. 53; BGE 108 II 151 E. 2; BGE 108 I a 196; BGE 106 I a 211 E. 5; BGE 104 I a 7 E. 1; BGE 102 I a 515; BGE 101 I a 207; BGE 99 I a 575; BGE 99 I a 169; BGE 95 I 509; BGE 95 I 326 E. 3; BGE 90 I 214.

richt gehandhabt wird, paradoxerweise in diejenigen Regelungsbereiche am wirkungsvollsten eingreift, die bereits besonders umfassend und eingehend geregelt sind.

Gestützt auf den «klaren» Wortlaut von Bestimmungen aus dem *Zivilrecht* wurde Willkür etwa in folgenden Fällen bejaht:

– Art. 272 Abs. 1 OR gewährt dem Vermieter einer unbeweglichen Sache für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören. Weder mit dem Wortlaut noch mit Sinn und Zweck dieser Bestimmung ließe es sich vereinbaren, dem Vermieter über die in Art. 272 Abs. 2 OR genannten Ansprüche hinaus ein Retentionsrecht einzuräumen. Es ist deshalb willkürlich, das Retentionsrecht dem Vermieter auch für die im Mietvertrag vorgesehene Sicherheitsleistung im Betrage von Fr. 6000.– zu gewähren⁴⁰.

– Gemäß Art. 991 Ziff. 6 OR und Art. 1096 Ziff. 5 OR haben der gezogene Wechsel bzw. der Eigenwechsel den Namen zu enthalten, an den oder an dessen Ordre gezahlt werden soll. Diese Bestimmungen schließen den Inhaberwechsel aus. Es ist deshalb unhaltbar und willkürlich, eine auf den Inhaber als Remittenten ausgestellte Wechselurkunde als vollgültigen Blankowechsel zu behandeln⁴¹.

– Art. 63 Abs. 3 lit. b SVG bestimmt, daß von der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung Ansprüche aus Sachschäden des Ehegatten des Halters, seiner Verwandten in auf- und absteigender Linie sowie seiner mit ihm in gemeinsamem Haushalt lebenden Geschwister ausgeschlossen werden können. Ein Gericht, das diese Bestimmung restriktiv auslegt und nur für Schadensfälle, die auf Privatgrund erfolgten, anwendbar hält, entscheidet willkürlich, weil der Zweck des Gesetzes keine Auslegung entgegen dem klaren Wortlaut zuläßt⁴².

– Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer gemäß Art. 341 Abs. 1 OR auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten. Wenn dem Arbeitnehmer in Anwendung von Art. 336

⁴⁰ BGE 111 II 71.

⁴¹ BGE 108 II 319 f.

⁴² BGE 108 II 152 E. 2b.

lit. b OR eine zwingend vorgesehene Minimalkündigungsfrist von einem Monat zugute kommt, so dürfte eine Übereinkunft, durch die er auf die Einhaltung dieser Frist verzichtet, um dem Arbeitgeber die Einschränkung seiner Leistungen zu erlauben, vom Richter nicht geschützt werden⁴³.

– Eine vorsorgliche Verfügung, die im Rahmen des Scheidungsverfahrens der Mutter einen Unterhaltsanspruch für ein mündiges Kind zuspricht, ist willkürlich. Es steht dem mündigen Kind aufgrund von a. Art. 272 ZGB selbst zu, hiefür ein besonderes Verfahren vor der zuständigen Behörde einzuleiten⁴⁴.

– Es ist willkürlich, einen Vertrag als nicht zustande gekommen zu betrachten, obwohl sich die Parteien über alle objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte (Art. 2 OR) geeinigt haben, nur weil ein Vertragspartner darüber hinaus ohne Erfolg Vorschläge vorbrachte, die für den Vertrag nicht wesentlich sind⁴⁵.

– Im nichtrevidierten Kindesrecht fand sich die Bestimmung von a. Art. 321 ZGB, wonach der Vaterschaftsbeklagte zur Sicherstellung der mutmaßlichen Kosten der Entbindung und des Unterhalts des Kindes für die ersten drei Monate verpflichtet wurde, unabhängig davon, ob der fragliche Anspruch gefährdet sei oder nicht. Das Bundesgericht entschied, daß es willkürlich sei, entgegen der «klaren Formulierung» dieser Bestimmung, den Vaterschaftsbeklagten zur Sicherstellung der Kindesalimente für mehr als drei Monate zu verpflichten⁴⁶.

– Zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte können im Grundbuch vorläufige Eintragungen verlangt werden (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Der Richter entscheidet über solche Begehren in einem schnellen Verfahren, nachdem der Ansprecher seine Berechtigung glaubhaft gemacht hat (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Es ist willkürlich, wenn die vorläufige Eintragung eines

⁴³ BGE 102 Ia 417f.

⁴⁴ BGE 102 Ia 102f. Hingegen ist es nicht willkürlich, wenn unter besonderen Umständen angenommen wird, das mündige Kind habe seinen Anspruch gegenüber dem einen Elternteil an den andern abgetreten. Zwar ist der familienrechtliche Unterhaltsanspruch des ehelichen Kindes – weil höchstpersönlicher Natur – grundsätzlich einer Abtretung nicht zugänglich. Doch kann dieses Abtretungsverbot, das dem Schutz des Kindes dient und auf die besondere Art der Unterhaltsansprüche Rücksicht nimmt, dort nicht angerufen werden, wo der bisherige Inhaber der elterlichen Gewalt nun selbst die Unterhaltspflichten gegenüber dem mündigen Kind wahrzunehmen hat, die der Pflichtige nicht mehr erbringen will (BGE 107 II 474).

⁴⁵ BGE 102 II 193 E. 1.

⁴⁶ BGE 93 I 403 E. 3–5.

Bauhandwerkerpfandrechts verweigert wird, weil die tatsächliche oder rechtliche Lage unklar ist oder eine nähere Prüfung angezeigt erscheint, die aber im Rahmen des summarischen Verfahrens nicht vorgenommen werden kann⁴⁷, oder wenn im Zweifelsfall die vorläufige Eintragung nicht bewilligt und dadurch ein Entscheid des ordentlichen Richters über den Bestand des Pfandrechts verunmöglicht wird⁴⁸.

Aus dem *Prozeßrecht* seien folgende Beispiele erwähnt:

– Gemäß Art. 343 Abs. 3 OR dürfen in Streitigkeiten aus dem Einzelarbeitsvertrag bis zu einem Streitwert von Fr. 5000.– den Parteien – außer im Falle mutwilliger Prozeßführung – weder Gebühren noch Auslagen des Gerichts auferlegt werden. Im Rahmen eines solchen Streitfalles hatte ein kantonales Gericht über einen prozessualen Nebenpunkt zu entscheiden. Es auferlegte der unterlegenen Partei die Verfahrenskosten. Das Bundesgericht entschied, daß der Wortlaut von Art. 343 Abs. 3 OR den sachlichen Geltungsbereich dieser Bestimmung in keiner Weise einschränke. Soll der sozialpolitische Gehalt der Bestimmung voll wirksam werden, so muß sie klarerweise nicht nur im Verfahren der Hauptsache, sondern auch in Streitigkeiten über prozessuale Nebenpunkte zur Anwendung gelangen. Die Kostenregelung im angefochtenen Urteil verstößt gegen den klaren Sinn von Art. 343 Abs. 3 OR und ist deshalb willkürlich⁴⁹.

– Eine kantonale Vorschrift über die Berechnung von Fristen, die mit Art. 32 Abs. 1 OG übereinstimmt, ist so zu verstehen, daß die zwanzigtägige Rekursfrist gegen eine am 14. Juni der Post übergebene und am folgenden Tag beim Adressaten eingetroffene Verfügung am 16. Juni zu laufen beginnt und eingehalten ist, wenn der Rekurs bis zum 5. Juli der Behörde oder der schweizerischen Post übergeben wird. Anders zu entscheiden ist unhaltbar und willkürlich⁵⁰.

– Gemäß § 151 ZPO/BS ist bei der Ernennung von Sachverständigen «darauf zu sehen, daß diese bei der betreffenden Sache nicht irgendwie beteiligt seien». Ein als Sachverständiger beigezogener Arzt, der zeitweise an der Behandlung der Beschwerdebeklagten mitgewirkt hat, ist zweifellos «an der Sache beteiligt». Diese Beteiligung hatte nicht nur seine Ablehnung

⁴⁷ BGE 102 Ia 86 E. 2 bb.

⁴⁸ BGE 86 I 268.

⁴⁹ BGE 104 II 223.

⁵⁰ BGE 101 Ia 288.

zur Folge, sondern sie bedeutet nach der Systematik des Gesetzes wie auch nach dem Wortlaut des § 151 ZPO/BS einen Unfähigkeitsgrund, der es ausschloß, ihn als Sachverständigen beizuziehen. Indem die Vorinstanz wesentlich auf die Aussagen des als Sachverständigen unzulässigen Arztes abstelle, verletzte sie § 151 ZPO/BS durch willkürliche Auslegung und Anwendung⁵¹.

– Es ist willkürlich, einem Gesuchsteller den vorläufigen Schutz vor einer glaubhaft gemachten Patentverletzung einzig deshalb zu verweigern, weil der Gesuchsgegner seinerseits glaubhaft macht, er werde dadurch schwer benachteiligt. Art. 77 Abs. 2 PatG bestimmt nicht, es dürften keine Maßnahmen getroffen werden, wenn der Gesuchsgegner durch sie schwer benachteiligt würde⁵².

Beispiele aus dem *Vollstreckungsrecht*:

– Der Wortlaut von Art. 94 Abs. 1 der VO des Bundesgerichts vom 23. April 1920 über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG, SR 281.42) ist – jedenfalls soweit er die aufgezählten Maßnahmen betrifft – klar und nicht auslegungsbedürftig. Kündigungen an Mieter und Ausweisungen von Mietern fallen demnach nach dem Erlaß der Zinssperre auch im Pfandverwertungsverfahren in die ausschließliche Befugnis des Betreibungsamtes. Eine andere Lösung verstößt gegen klares Recht und ist deshalb willkürlich⁵³.

– Gemäß Art. 82 SchKG kann der Gläubiger provisorische Rechtsöffnung verlangen, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht. Es verletzt diese Bestimmung in willkürlicher Weise, wenn in einem Krediteröffnungsvertrag, dem sich der Betrag der in Betreibung gesetzten Schuld nicht entnehmen läßt, zusammen mit einer stillschweigenden Genehmigung des Kontokorrentauszuges eine solche Schuldanerkennung gesehen wird⁵⁴.

– Art. 83 SchKG ermächtigt den Gläubiger, «nach Maßgabe des Art. 162 die Aufnahme eines Güterverzeichnisses zu beantragen». Dabei hat der Richter zu prüfen, ob dies «zu dessen (des Gläubigers) Sicherung geboten erscheint». Der Wortsinn der beiden Anordnungen des Gesetzes ist klar. Ordnet ein

⁵¹ BGE 94 I 9 ff. E. 4.

⁵² BGE 94 I 9 ff.

⁵³ BGE 109 III 47 E. 1 c.

⁵⁴ BGE 106 III 99 E. 4.

Richter die Aufnahme eines Güterverzeichnisses nach Art. 83 SchKG an, ohne zu prüfen, ob die Maßnahme geboten erscheint, entfernt er sich nicht nur vom klaren Wortlaut des Gesetzes, sondern er fällt auch einen Entscheid, der sich nicht begründen läßt. Eine solche Anordnung ist willkürlich⁵⁵.

– Nach Art. 81 SchKG wird auf Grund eines vollstreckbaren Urteils definitive Rechtsöffnung erteilt, «wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, daß die Schuld seit Erlaß des Urteils getilgt oder gestundet worden ist». Die Auffassung, im Rechtsöffnungsverfahren könne die Einrede der Tilgung nur mit vor Einleitung der Betreibung geleisteten Zahlungen begründet werden, ist willkürlich. Für eine derartige Einschränkung des in Art. 81 verwendeten Begriffs der Tilgung bietet der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhaltspunkt⁵⁶.

– Damit die Nachlaßbehörde einen von den Gläubigern angenommenen Nachlaßvertrag bestätigen darf, ist gemäß Art. 306 Ziff. 3 SchKG erforderlich, daß die «Vollziehung des Nachlaßvertrages» hinlänglich sichergestellt ist, es sei denn, daß die Gläubiger darauf verzichten. Das Gesetz räumt der Behörde keinerlei Ermessen ein. Die Genehmigung eines Nachlaßvertrages, obwohl nicht die ganze Nachlaßdividende sichergestellt ist, «verstößt gegen klares Recht und ist willkürlich»⁵⁷.

Beispiele aus dem *Straf- und Strafprozeßrecht*:

– Im vorliegenden Fall stand Verwahrung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in Aussicht, also eine Maßnahme, die einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt. Die Beschwerdeführerin besaß gemäß Art. 27 Abs. 3 des bernischen EG zum StGB einen Anspruch auf rechtliches Gehör, weshalb ihr das Obergericht zu diesem Zweck einen Verteidiger hätte bestellen müssen. Indem es dies unterließ, hat es sich willkürlich über die einschlägigen Bestimmungen des bernischen Strafprozeßrechts hinweggesetzt und damit gegen Art. 4 BV verstößen⁵⁸.

– Das Zürcher Kassationsgericht hat einzelne – für den Fall maßgebende – aktenwidrige und willkürliche Feststellungen im

⁵⁵ BGE 82 I 148 E. 2.

⁵⁶ BGE 74 I 450.

⁵⁷ BGE 64 I 81.

⁵⁸ BGE 106 Ia 182 E. 2.

Urteil des Obergerichts «zuhanden des Bundesgerichts», bei dem eine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hängig war, gestrichen, gleichzeitig aber die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde «im Sinne der Erwägungen» abgewiesen. Liegt aber nach der zürcherischen Praxis ein relativer Nichtigkeitsgrund schon dann vor, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Mangel den Entscheid beeinflußte, so hat das Kassationsgericht, indem es das Urteil des Obergerichts trotz der wesentlichen Bedeutung des weggefallenen Indizes nicht aufhob, § 435 StPO/ZH nicht nur unrichtig, sondern willkürlich angewendet⁵⁹.

– Es ist willkürlich anzunehmen, Art. 23 Abs. 1 des schaffhausischen EG zum StGB ermächtigte den Regierungsrat zum Erlaß von Vorschriften auch über den Waffenbesitz, obwohl sich diese Bestimmung nur auf das Waffentragen bezieht⁶⁰.

– Gemäß Art. 142 StPO/GR ist die tatsächliche Inempfangnahme des durch eingeschriebene Sendung zugestellten Urteils für den Beginn der Berufungsfrist maßgebend. Die Auffassung des Kantonsgerichtsausschusses, die Zustellung gelte an dem Tag als erfolgt, an welchem sie erfolgt wäre, wenn der Briefträger den Adressaten an dessen Domizil angetroffen hätte, ist nicht haltbar⁶¹.

– Im bernischen Strafverfahren kann ein Sachverständiger abgelehnt werden, «wenn Tatsachen vorliegen, welche geeignet sind, ihn als befangen erscheinen zu lassen, und Mißtrauen gegen seine Unparteilichkeit zu erregen». Dabei ist nicht eine objektive Befangenheit erforderlich. Es genügt vielmehr, wenn Tatsachen vorliegen, die beim Angeschuldigten den Eindruck einer – wenn auch tatsächlich nicht vorhandenen – Befangenheit erwecken können. Das erste in dieser Sache ergangene Urteil wurde wegen Befangenheit des gerichtlichen Experten aufgehoben. Zwischen dem zweiten Gutachter und dem ersten fanden in der Folge mehrere Kontakte statt, wobei auch die im Prozeß zu beantwortende Gutachterfrage erörtert wurde. Das Obergericht verneinte den Anschein der Befangenheit. Damit wandte es Art. 33 StrV in einer mit ihrem klaren Wortlaut und Sinn unvereinbaren Weise an und setzte sich überdies zu seiner eigenen Auslegung in Widerspruch⁶².

⁵⁹ BGE 105 Ia 132 f.

⁶⁰ BGE 103 Ia 98 E. 4d.

⁶¹ BGE 98 Ia 136.

⁶² BGE 97 I 323 E. 1–4.

Beispiele aus dem *Staats- und Verwaltungsrecht*:

– § 19 des Zürcher Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) bestimmt, daß die Geschäfte des Einzelrichters vom Bezirksgericht dauernd seinem Präsidenten oder, mit Bewilligung des Obergerichts, einem oder mehreren Mitgliedern übertragen werden. Gemäß § 28 GVG wählt das Bezirksgericht nach seiner Gesamterneuerung aus seiner Mitte einen oder mehrere Vizepräsidenten sowie die Einzelrichter. In Anwendung dieser Bestimmungen muß gefordert werden, daß ein Ersatzrichter, dem einzelrichterliche Funktionen übertragen werden, ausdrücklich zum a.o. Einzelrichter ernannt wird. Ein anderer Schluß ist aufgrund des Gesetzestextes mit sachlichen Gründen nicht vertretbar⁶³.

– Art. 6 Abs. 2 des sanktgallischen Jagdgesetzes bestimmt unmißverständlich, daß der Vergebungsbehörde die Wahl zusteht, ob sie die Zuteilung durch ihren Entscheid oder durch Los vornehmen will. Die Annahme des Verwaltungsgerichts, im Falle der Gleichwertigkeit der Bewerbergruppe sei nur die Zuteilung durch Los zulässig, verstößt gegen Wortlaut und Sinn der Bestimmung⁶⁴.

– Die Anordnung der Wiederauffüllung einer Kiesgrube, gestützt auf die §§ 1 und 2 der zürcherischen Verordnung betreffend den Natur- und Heimatschutz vom 9. Mai 1912, die Landschaften mit «bedeutendem Schönheitswert» schützen wollen, ist willkürlich, wenn dem Gebiet kein «bedeutender Schönheitswert» zukommt⁶⁵.

– § 2 lit. d des Bürgerrechtsgesetzes von Basel-Stadt vom 19. Juni 1902 gestattet die Abweisung eines Einbürgerungsgeruches wegen «notorisch anstößigen Lebenswandels». Die Annahme des Regierungsrates, gestützt darauf könne die Einbürgerung all denjenigen Personen verweigert werden, deren Einbürgerung wegen ihrer politischen Einstellung, wegen unerfreulicher Charaktereigenschaften oder wegen mangelnder Assimilation als unerwünscht erscheint, ist unhaltbar. Diese Auslegung von § 2 lit. d BRG im Sinne einer Generalklausel läßt sich mit dem klaren Wortlaut und mit dem Sinn des Gesetzes nicht vereinbaren⁶⁶.

– Nach Art. 45 Abs. 1 BO (Baugesetz der Landschaft Davos) ist die Ausnützungsziffer die Verhältniszahl zwischen der

⁶³ BGE 105 Ia 168 E. 3.

⁶⁴ BGE 96 I 550.

⁶⁵ BGE 93 I 262 E. 3 a.

⁶⁶ BGE 90 I 280 E. 3.

Summe der anrechenbaren Geschoßflächen der Gebäude und der anrechenbaren Grundstückfläche. Als Grundstückfläche wird gemäß Art. 48 Abs. 1 BO das vermarkte Land innerhalb der Bauzone angerechnet; Wald wird nicht mitgerechnet. Es ist willkürlich, bei der Berechnung der zulässigen Ausnutzung den mit Wald bedeckten Teil einer Parzelle auf die maßgebende Grundstückfläche anzurechnen. Das ergibt sich bereits aus dem klaren Wortlaut von Art. 48 BO⁶⁷.

– Nach dem Neuenburger Erbschaftssteuergesetz wird ein Erbe mit Buße bestraft, wenn er ein unvollständiges Inventar, das hinsichtlich einer Abgabeerhebung von der Steuerbehörde erstellt worden ist, nicht ergänzen läßt. Es ist unhaltbar und deshalb willkürlich, einen Erben mit einer solchen Buße zu bestrafen, weil er ein lückenhaftes Inventar, das gemäß Art. 581 ZGB errichtet wurde, nicht hat ergänzen lassen⁶⁸.

– Art. 28 Abs. 1 Ziff. 2 des glarnerischen Steuergesetzes gewährt einen Haushaltsabzug von Fr. 2000.–. Es ist willkürlich und entspricht nicht dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung, den Haushaltsabzug nur zu gewähren, wenn der Steuerpflichtige mit seinem Einkommen für den gemeinsamen Haushalt von zwei oder mehreren Personen aufkommen muß, und Alleinstehende davon auszunehmen⁶⁹.

– Gemäß den Bestimmungen des Luzerner Steuergesetzes gilt ein Grundstück als landwirtschaftlich, wenn sein Erwerbspreis oder Anrechnungswert bei der letzten Handänderung durch die landwirtschaftliche Bewirtschaftung bestimmt wurde und wenn es landwirtschaftlich genutzt wird oder bei einer anderen Nutzung einen Ertrag abwirft, der denjenigen bei landwirtschaftlicher Nutzung nicht wesentlich übersteigt. In Abweichung vom klaren Wortlaut dieser Bestimmung wurde ein Grundstück, das zwar Baulandqualität hat, aber dessen Erwerbspreis bei der letzten Handänderung 1892 durch die landwirtschaftliche Nutzung bestimmt wurde und das noch immer landwirtschaftlich genutzt wird, als Bauland eingeschätzt. Es bestehen keine triftigen Gründe für die Annahme, der eindeutige Gesetzeswortlaut gebe nicht den wahren Sinn der Bestimmung wieder, weshalb diese Einschätzung willkürlich ist⁷⁰.

⁶⁷ BGE 110 Ia 93 e. 2 d.

⁶⁸ BGE 105 Ia 64 E. 2.

⁶⁹ BGE 99 Ia 572.

⁷⁰ BGE 99 Ia 169 ff. E. 2.

c) Abweichung vom Wortlaut

Nicht jede Abweichung vom Wortlaut stellt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Rechtsverletzung oder gar Willkür dar. Vielmehr kann die rechtsanwendende Behörde ohne Willkür vom Gesetzeswortlaut abgehen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, daß er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Grund und Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit andern Gesetzesbestimmungen ergeben. Eine rechtsanwendende Behörde ist aber nicht nur berechtigt, ohne Willkür vom Wortlaut einer Bestimmung abzuweichen. Sie ist vielmehr dazu verpflichtet, wenn zweifelsfrei feststeht, daß der Wortlaut der Bestimmung nicht deren wahren Sinn wiedergibt⁷¹. Bei der Feststellung des Sinns einer Bestimmung verweist das Bundesgericht auf die anerkannten Auslegungsregeln. Triftige Gründe für das Abweichen vom Gesetzeswortlaut können sich aufgrund systematischer, historischer oder teleologischer Auslegung ergeben. Die verschiedenen Auslegungselemente müssen nicht immer zum gleichen Resultat führen. Das maßgebende Auslegungsergebnis ist unter Berücksichtigung aller Elemente zu finden, wobei dem Sinn und Zweck einer Norm besondere Bedeutung zukommt⁷².

Die Fälle, in denen das Bundesgericht allein gestützt auf den *Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen* ein Abweichen vom Wortlaut bejaht hat, sind relativ selten⁷³. Im Bereich des Baupolizeirechts hat das Bundesgericht z. B. entschieden, eine Anwendung der fraglichen Norm allein gestützt auf den Wortlaut sei unzulässig, da sich aus dem Zusammenhang ergebe, daß ihr ein anderer Sinn zukomme⁷⁴.

Auch aus der *Entstehungsgeschichte* einer Norm können sich triftige Gründe dafür ergeben, daß vom Wortlaut abzuweichen ist. Das Bundesgericht spricht anschaulich auch von einem Ergebnis, das der Gesetzgeber unmöglich gewollt haben

⁷¹ So ausdrücklich BGE 103 Ia 117.

⁷² In BGE 95 I 199 wurde es z. B. als unzulässig bezeichnet, eine Bestimmung, die Staat und Gemeinden verpflichtet, «zum Zwecke der möglichsten Abhaltung und Beseitigung gesundheitsschädlicher Einflüsse die nötigen Maßnahmen zu treffen», nur aus der Sicht der zur Zeit des Erlasses herrschenden Anschauungen auszulegen; eine solche historische Auslegung lasse sich mit dem Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Bestimmung nicht vereinbaren.

⁷³ HÄFELIN, Wortlaut, a. a. O. (Anm. 36), S. 120f.

⁷⁴ BGE 101 Ia 320ff. E. 2d.

kann⁷⁵. Solche Fälle sind ebenfalls recht selten. Es sei hier ein verneinendes Beispiel erwähnt: das luzernische Behördengesetz spricht davon, daß die Ansprüche aus der Pensionsordnung wohlerworbene Rechte seien. Es ist nun aber nicht willkürlich, wenn das Verwaltungsgericht bei der Auslegung maßgeblich auf die Botschaft des Regierungsrates an den Großen Rat abstellt und annahm, daß diese Bestimmung nicht diskussionslos beschlossen worden wäre, wenn ihr diese weitgehende Bedeutung hätte zukommen sollen⁷⁶.

In den weitaus meisten Fällen aber beruft sich das Bundesgericht auf *Sinn und Zweck* einer Norm. Eine Auslegung darf deren Zweck und Tragweite nicht verfälschen, sonst ist sie willkürlich. Es seien folgende bejahende und verneinende Beispiele erwähnt:

– Ohne in Willkür zu verfallen, durften die kantonalen Behörden annehmen, daß eine vorübergehende Verlängerung eines Lehrvertrages, welche dem Lehrling das Bestehen einer Nachprüfung ermöglichen sollte, nicht von der Einhaltung der Schriftform abhängig ist, zumal eine solche Verlängerung dem Zweck des Lehrvertrages entspricht⁷⁷.

– Es ist willkürlich, einem Ehevertrag deshalb die Zustimmung zu versagen, weil er Anwartschaften pflichtteilsberech-

⁷⁵ Diese Formulierung enthält auch ein teleologisches Element. So auch LORD DENNING, *The Discipline of Law*, London 1979, S. 16; «Whenever the strict interpretation of a statute gives rise to an absurd and unjust situation, the judges can and should use their good sense to remedy it – by reading words in, if necessary – so as to do what Parliament would have done had they had the situation in mind.» Vgl. auch seinen Ratschlag an die angehenden Juristen (S. 55f.): «So you see that in construing any document you have first to consider the meaning of the words. If they cover the situation that has arisen – in a just and reasonable way – then you must apply them as they stand. But if, taken literally, they lead to a result which is unjust or unreasonable, then you must think again. You must use all your skill – as a craftsman in words – to avoid that unjust and unreasonable result.» Und (S. 56): «A Judge should not be a servant of the words used. He should not be a mere mechanic in the power-house of semantics. He should be the man in charge of it.»

⁷⁶ BGE 106 Ia 171 E. 4. Es ist auch nicht unhaltbar, eine Vorschrift des thurgauischen Gesetzes über Administrativstreitigkeiten, das aus dem letzten Jahrhundert stammte, eng auszulegen, da nicht nachgewiesen war, daß diese Praxis klarerweise dem Willen des historischen Gesetzgebers widersprach, BGE 104 Ia 13 E. 2.

⁷⁷ BGE 103 II 128.

tigter Geschwister der Ehegatten zunichte macht. Art. 181 Abs. 2 ZGB hat offensichtlich nicht den Sinn, daß die Vormundschaftsbehörde auch bloße Anwartschaften und Hoffnungen weiterer Verwandter, die oft über den Ehevertrag unzufrieden sein mögen, zu berücksichtigen hat⁷⁸.

– Es ist unhaltbar, den Einwurf in einen Briefkasten der PTT-Betriebe nicht als Übergabe an eine Poststelle im Sinne von Art. 74 Abs. 4 ZPO/GR zu betrachten⁷⁹.

– Die von der Vorinstanz vertretene Ansicht, sie habe ein Ausstandsbegehren nicht von Amtes wegen zu prüfen bzw. die ein solches Begehren stellende Partei habe die für die Abklärungen notwendigen Kosten vorzuschießen, ist schlechthin unhaltbar und weder mit Art. 4 BV noch mit Art. 58 BV vereinbar⁸⁰.

– Der Entscheid, wonach ein Anwalt verpflichtet wird, als Zeuge über Mitteilungen auszusagen, die ein Klient ihm im Rahmen des Anwaltsverhältnisses machte, ist willkürlich, sofern der Klient selber über die betreffenden Tatsachen das Zeugnis verweigern darf⁸¹.

– Das neuenburgische Gesetz über die Ausübung der Medizinalberufe kann ohne Willkür dahin ausgelegt werden, daß darunter jede berufliche Diagnose- oder Heiltätigkeit fällt, auch wenn die dabei angewandte Methode nicht jenen der klassischen Medizin entspricht. Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, daß gerade solche umstrittenen Methoden keiner behördlichen Kontrolle unterliegen würden, was der Gesetzgeber unmöglich gewollt haben kann⁸².

– Die Auslegung einer Bestimmung des Zürcher Gebäudeversicherungsgesetzes ist willkürlich und kann dem Sinn des Gesetzes nicht entsprechen, wenn dadurch die Gebäudeversicherungsanstalt kaum je Vergütungen auszurichten hätte, was einem praktisch völligen Haftungsausschluß gleichkäme⁸³.

– Nach der Verordnung über die gewerbsmäßige Verwendung von Spielautomaten ist das Aufstellen von Spielapparaten zu öffentlichem Gebrauch gegen Entgelt verboten, «wenn bei

⁷⁸ BGE 77 I 2.

⁷⁹ BGE 109 Ia 184; Die Argumentation des Bundesgerichts stützt sich vor allem auch darauf, daß die PTT-Betriebe selber den Einwurf eines Briefs in den PTT-Briefkasten ebenso wie die Aufgabe am Postschalter als Aufgabe bei der Post betrachten. Gleicher Entscheid: BGE 98 Ia 249.

⁸⁰ BGE 100 Ia 30 E. 3.

⁸¹ BGE 91 I 206.

⁸² BGE 109 Ia 181 E. 1.

⁸³ BGE 100 Ia 43 E. 3.

ihnen Geld- oder Sachgewinn in Aussicht steht». Die vom Beschwerdeführer aufgestellten Flipper-Automaten ermöglichen dem Spieler bei Erreichen einer bestimmten Punktzahl ein oder mehrere Freispiele. Diese als materiellen Gewinn zu bezeichnen, weil der Spieler sich auf diese Weise den Einsatz für das nächste Spiel ersparen könne und er um die Ersparnis bereichert sei und weil er die Möglichkeit habe, das Anrecht auf das Freispiel einem Dritten zu verkaufen, ist willkürlich⁸⁴.

Im Zusammenhang mit Willkürbeschwerden nahm das Bundesgericht verschiedentlich auch Stellung zur Frage der *Lückenfüllung*. Es zeigte dabei eine große Zurückhaltung bei der Annahme von (echten oder unechten) Lücken. So wurde im Fall eines Arbeiters, der während der Teil-Arbeitslosigkeit erkrankte, entschieden, die Befreiung des Arbeitgebers von der Leistungspflicht sei nicht willkürlich, obwohl diese Lösung nicht zu befriedigen vermöge⁸⁵. Ein Beschwerdeführer, der geltend machte, es sei ungerecht, daß bei ihm als Postfachinhaber eine eingeschriebene Sendung als zugestellt gelte, wenn die Eingangsanzeige vor Schalterschluß ins Fach gelegt wird und die Sendung gleichentags noch abgeholt werden kann, wurde mit der Begründung abgewiesen, diese Ungleichheit könne nur durch eine Gesetzesänderung behoben werden⁸⁶. Zu Unrecht berief sich eine kantonale Behörde auf eine gewohnheitsrechtliche Grundlage für die Erhebung einer Steuer. Nach Auffassung des Bundesgerichts fehlte es an einer Lücke im geschriebenen Recht, denn die umstrittene Steuer war in ihren Einzelheiten ausdrücklich geregelt, wenn auch in ungenügender Weise nur auf Verordnungsstufe. Eine gewohnheitsrechtliche Grundlage könne auch deshalb nicht angenommen werden, da es an einem unabweislichen Bedürfnis zur Erhebung dieser Steuer fehle. Sie sei deshalb willkürlich⁸⁷. Grundsätzlich ist es aber durchaus denkbar, daß das Willkürverbot die Annahme einer Gesetzeslücke gestattet oder gebietet, die dann nach anerkannten Grundsätzen zu füllen ist⁸⁸.

⁸⁴ BGE 90 I 324 E. 4.

⁸⁵ BGE 103 Ia 598 ff.

⁸⁶ BGE 97 I 98.

⁸⁷ BGE 105 Ia 6 E. 2 b.

⁸⁸ Näheres hierzu bei U. HÄFELIN, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift für Hans Nef, Zürich 1981, S. 91 ff., insbesondere S. 100 ff.

2. *Ermessenswillkür*

a) Allgemeines

Auch im Bereich des freien Ermessens sind die Behörden rechtlichen Bindungen unterworfen. Das Ermessen ist nämlich pflichtgemäß, d. h. zunächst einmal nach Maßgabe der sich aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung ergebenden Kriterien⁸⁹, auszuüben; insofern sind gegen eine Ermessensüberschreitung und einen Ermessensmißbrauch bereits auf der Ebene des maßgeblichen einfachen Rechts gewisse (äußere und innere) Schranken gesetzt⁹⁰. Sodann aber sind die Behörden bei der Ermessenshandhabung auch unmittelbar kraft Verfassung an die allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien wie das Gleichheitsgebot, Treu und Glauben und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden⁹¹. Vor allem steht jedoch das Willkürverbot groben Ermessensfehlern entgegen. Es verbietet den staatlichen Organen, auch in den nicht gesetzlich determinierten Bereichen grundsatzlos, unvernünftig und nach offensichtlich sachfremden Motiven zu handeln, ist doch «das freie Ermessen», wie WALTHER BURCKHARDT sagte, «keine Anweisung auf Willkür»⁹². Auch der gesetzesfreie Bereich ist also zumindest insofern nicht rechtsfrei, als immer das Willkürverbot die Beachtung minimaler Kriterien der Rechtsrichtigkeit verlangt und völlig freies Belieben ausschließt⁹³.

b) Kasuistik

– Nach Art. 30 Abs. 1 ZGB kann eine Namensänderung bewilligt werden, wenn wichtige Gründe dafür vorliegen. Ob

⁸⁹ Vgl. BGE 107 Ia 204 E. 3–5; VPB 45, 1981, Nr. 37.

⁹⁰ Zu Recht differenzieren MÜLLER/MÜLLER (S. 218f.) in diesem Zusammenhang zwischen bloß rechtswidrigen und verfassungswidrigen Ermessensfehlern; dabei liegen aber, wie sie selber einräumen, vor allem im Bereich des Ermessensmißbrauches als des eigentlichen historischen Herausforderers der rechtsstaatlichen Willkürbekämpfung die Schwellen der Verletzung des Verwaltungsrechts und des Willkürverbots nahe beieinander; zur Abgrenzung lässt sich wohl kaum eine praktische Formel finden.

⁹¹ Vgl. BGE 110 V 360; 104 Ia 212 E. 5g. Vor allem der Gleichheitssatz erweist sich indirekt als einschneidendes Mittel der Ermessensbeschränkung, denn er bewirkt eine grundsätzliche Bindung der Verwaltung an ihre ursprünglich nach freiem Ermessen gewählte Praxis auch für zukünftige gleichgelagerte Fälle.

⁹² BURCKHARDT, S. 29 Vgl. sodann M. LENDI, Legalität und Ermessensfreiheit, St. Gallen 1958, S. 58 ff.

⁹³ Vgl. ARIOLI, S. 25.

solche gegeben sind, ist eine Ermessensfrage. Ein negativer Entscheid kann daher nur dann als willkürlich bezeichnet und aufgehoben werden, wenn er mit den Regeln von Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) offensichtlich unvereinbar ist, d. h. wenn die Wichtigkeit der vorgebrachten Gründe absolut einleuchtend ist und die Behörde sie nur deshalb verneinte, weil sie sich von Motiven leiten ließ, die klarerweise keine oder keine entscheidende Rolle spielen durften. Diese nach seiner konstanten Praxis an die Aufhebung des kantonalen Entscheides gestellten Anforderungen erachtete das Bundesgericht bei einem Entscheid des Freiburger Staatsrates als erfüllt, in dem die Bewilligung verweigert wurde, daß im Ehebruch gezeugte Kinder, die von ihren miteinander in einer langjährigen, festgefügten außerehelichen Gemeinschaft lebenden Eltern aufgezogen wurden und in ihrer Umgebung unter dem väterlichen Namen bekannt waren, gemäß Art. 30 Abs. 1 ZGB den Namen ihres Vaters annahmen⁹⁴.

– Nach Art. 90 Abs. 2 StPO/AR «kann» der Privatkläger im Falle der Freisprechung des Angeklagten zur ganzen oder teilweisen Bezahlung der Kosten verurteilt werden. Das Bundesgericht betont indessen, daß damit der Entscheid nicht ins freie Belieben des Richters gestellt werde; dieser habe vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen zu befinden und mache sich der Willkür schuldig, wenn er sein Ermessen mißbrauche und sich von unsachlichen, unvernünftigen Gründen leiten lasse. Die Kostenauflage an den Privatkläger bei Offizialdelikten lasse sich demnach mit vernünftigen Gründen nur rechtfertigen, wenn sein Verhalten zu mißbilligen sei, weil er die Einleitung des Verfahrens leichtfertig oder arglistig veranlaßt oder dessen Durchführung erschwert habe. Im vorliegenden Fall ergebe sich allein schon aus der Tatsache, daß sich die beiden kantonalen Instanzen mit den vom Privaten beantragten Aktenergänzungen auseinandergesetzt und unterschiedliche Schlüsse aus dem Untersuchungsergebnis gezogen hätten, daß dessen Befehren sich durchaus rechtfertigen ließen. Ihm ihretwillen einen Teil der erstinstanzlichen Kosten aufzuerlegen, sei daher schlechthin unhaltbar⁹⁵.

– Willkürlich ist die Verweigerung einer Konzession für Wasser- und Gasinstallationen mit der Begründung, die Gemeinde könne sich kein Bild über die Zuverlässigkeit, Moral

⁹⁴ BGE 96 I 425 ff.; vgl. auch BGE 98 I a 499; BGE 99 I a 561.

⁹⁵ BGE 84 I 13 ff.

und Zahlungsfähigkeit des Bewerbers machen, da er nicht seit einem Jahr in der Gemeinde niedergelassen sei und seinen Wohnsitz und sein Hauptgeschäft nicht am Orte habe⁹⁶.

– Neuzuteilungen im Güterzusammenlegungsverfahren und insbesondere die Zerstückelung eines Grundstückes sind willkürlich, wenn damit ein dem betreffenden Verfahren fremder Zweck verfolgt wird. Dies ist klar der Fall bei der Erstellung eines Postgebäudes oder eines Wohnhauses mit einem Postbüro, denn diese fällt nicht unter den hier maßgeblichen Zweck der Bodenverbesserung⁹⁷.

– Unter dem Gesichtspunkt der in einem kantonalen Gesetz verankerten Bedürfnisklausel kann die Vergrößerung eines Gastwirtschaftsbetriebs ohne Willkür der Eröffnung eines neuen Gasthauses gleichgestellt werden⁹⁸.

– Das Handelsregisteramt verfügt über ein gewisses Ermessen, wenn es eine Firmenbezeichnung auf ihren Wahrheitsgehalt und auf eine allfällige Täuschungsgefahr zu prüfen hat. Daß die Eintragung «Circus Monti AG» verweigert wurde, da es sich bei «Monti» um einen alteingesessenen, auch in andern Kantonen verbreiteten Tessiner Familiennamen handle, aber bloß der Künstlername des Gesellschaftsgründers sei, bedeutet eine offensichtliche Ermessensüberschreitung⁹⁹.

3. Offensichtliche Verletzung eines klaren, unumstrittenen Rechtsgrundsatzes

Auch die offensichtliche Verletzung eines klaren und anerkannten Rechtsgrundsatzes stellt einen Verstoß gegen das Willkürverbot dar. Das Bundesgericht hat indessen nie näher ausgeführt, was unter solchen Rechtsgrundsätzen zu verstehen sei. Insbesondere könnte man sich fragen, ob damit lediglich absolut hochrangige Prinzipien des demokratischen Rechtsstaates gemeint sind oder ob auch etwa tragende Grundsätze bestimmter Regelungsbereiche wie etwa des Raumplanungsrechts, des Güterzusammenlegungsrechts oder des Beamtenrechts zu den unmittelbar unter den Schutz des Willkürverbots fallenden

⁹⁶ BGE 81 I 262 E. 3.

⁹⁷ BGE 90 I 231 E. 4.

⁹⁸ BGE 108 Ia 229 E. 2c.

⁹⁹ Pra. 75 Nr. 118.

Prinzipien zu zählen sind¹⁰⁰. Die bundesgerichtliche Praxis ist wohl im zweitgenannten, weiteren Sinne zu verstehen¹⁰¹.

Auf Grund der offenen Konzeption der bundesgerichtlichen Formel kann wiederum nur kasuistisch geklärt werden, welche Rechtsgrundsätze sie umfaßt und wie die Fehlerhaftigkeit qualifiziert sein muß, um als willkürlich zu gelten. Einige Rechtsgrundsätze haben sich im Laufe der Zeit auch verselbständigt, so daß sie nicht mehr als Teil des Willkürverbots angerufen werden müssen. Dazu gehört etwa der Grundsatz «nulla poena sine lege», dessen Verletzung in der älteren Rechtsprechung als Verstoß gegen das Willkürverbot gewertet wurde¹⁰², nach heutiger Praxis aber als eigenständiges Verfassungsprinzip zu betrachten ist¹⁰³.

Im Bereich des Abgaberechts hat das Bundesgericht ebenfalls ein sehr striktes Legalitätsprinzip etabliert. In seinen Entscheiden wurde wiederholt festgestellt, daß der sich aus Art. 4 BV ergebende Grundsatz der Gesetzmäßigkeit aller Abgaben verletzt sei, wenn die Festsetzung wesentlicher Elemente einer Abgabe nicht im formellen Gesetz vorgenommen werde¹⁰⁴. Vom Erfordernis der formellen gesetzlichen Grundlage ausgenommen sind lediglich die sog. Kanzleigebühren, was aber nicht ausschließt, daß sich der Bürger zur Anfechtung solcher Gebühren auf das Äquivalenzprinzip, das Kostendekkungsprinzip sowie das Willkürverbot und den Grundsatz der Rechtsgleichheit berufen kann¹⁰⁵.

Zur Zuläßigkeit von Praxisänderungen haben sich in der Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, deren Verletzung ebenfalls einen Verstoß gegen das Willkürverbot darstellt. Eine Praxisänderung muß sich auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen, was aber nicht bedeutet, dass schon in der ersten Verfügung, mit welcher eine Praxisänderung eingeleitet wird, diese eingehend begründet zu werden braucht; es genügt, wenn dies im Einsprache- oder Beschwerdeverfahren nachgeholt werden kann¹⁰⁶. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein

¹⁰⁰ Zu dieser Unterscheidung IMBODEN, S. 20.

¹⁰¹ So z. B. BGE 105 Ia 324ff. betr. die Grundsätze des Rechts der Güterzusammenlegung.

¹⁰² BGE 96 I 28 E. 4 a; BGE 80 I 114.

¹⁰³ EuGRZ 1986, S. 534.

¹⁰⁴ BGE 105 Ia 144 E. 5 a; BGE 104 Ia 115 E. 3; BGE 103 Ia 242; BGE 100 Ia 138 E. 6 a; BGE 100 Ia 66 E. 2 a.

¹⁰⁵ BGE 107 Ia 33 E. 2 d

¹⁰⁶ BGE 108 Ia 125 E. 2 a; im gleichen Sinn: BGE 108 Ia 77 E. 3 und 4; BGE 107 Ia 239 E. 5; BGE 94 I 16; BGE 83 I 151 E. 6; ZBl 84, 1983, S. 375 ff.

Abweichen von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch ein kantonales Gericht bereits als willkürlich bezeichnet werden kann. Die Äußerungen des Bundesgerichts können wohl dahin zusammengefaßt werden, daß ein Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung nicht ohne weiteres genügt, um den angefochtenen Entscheid als willkürlich erscheinen zu lassen¹⁰⁷. Dies gilt vor allem etwa dann, wenn der kantonale Entscheid sich auf eine strengere Lehrmeinung und auf die ständige Praxis der kantonalen Gerichte stützen kann¹⁰⁸. Hingegen kann ein Abweichen von der bundesgerichtlichen Praxis auch als unhaltbar erscheinen; dies trifft insbesondere zu, wenn es sich um eine «eindeutige Rechtsprechung» handelt¹⁰⁹.

Von den zahlreichen weiteren Rechtsgrundsätzen der bundesgerichtlichen Willkürrechtsprechung seien die folgenden stichwortartig erwähnt:

- Grundsatz des Strafprozeßrechts, wonach ein Beschuldigter nicht gehalten ist, Aussagen zu machen oder zu seiner Belastung beizutragen¹¹⁰;
- Recht des verhafteten Angeklagten, grundsätzlich frei und unbeaufsichtigt mit seinem Verteidiger verkehren zu können¹¹¹;
- Grundstz «ne bis in idem»¹¹²;
- Verbot der «reformatio in peius»¹¹³;
- Grundsatz des gleichen Entgelts von Mann und Frau für gleichwertige Arbeit (bereits vor Inkrafttreten von Art. 4 Abs. 2 BV)¹¹⁴;
- Grundsatz, daß eine Behörde auf ein Wiedererwägungsge- such eintreten muß, wenn sich die Umstände seit dem ersten Entscheid merklich verändert haben oder wenn der Gesuchsteller neue Tatsachen oder Beweismittel vorbringt, die ihm zum Zeitpunkt des ersten Entscheides noch nicht bekannt

¹⁰⁷ BGE 86 I 269; BGE 73 I 187 E. 1; BGE 71 I 229.

¹⁰⁸ BGE 103 II 148 bezüglich der von den Zürcher Gerichten vertretenen Auffassung, eine links auf dem Wechsel quer zum übrigen Text angebrachte Unterschrift gelte nicht als diejenige des Ausstellers im Sinne von Art. 1096 Ziff. 7 OR.

¹⁰⁹ BGE 107 Ia 111 E. 2d; BGE 87 I 253.

¹¹⁰ BGE 106 Ia 8 E. 4.

¹¹¹ BGE 105 Ia 380 E. 5.

¹¹² BGE 102 Ia 31 E. 2.

¹¹³ BGE 110 II 115.

¹¹⁴ BGE 103 Ia 528 E. 7.

- waren oder auf die er sich damals noch nicht berufen konnte¹¹⁵;
- Grundsatz «lex posterior derogat legi priori»¹¹⁶;
 - Grundsatz der Gleichheit im Unrecht, wonach der Bürger verlangen kann, daß die Behörden eine rechtswidrige Praxis, die sie während langer Zeit in Kenntnis des Mangels üben und auch in Zukunft beibehalten wollen, auch ihm gegenüber zur Anwendung bringen¹¹⁷.

4. Verstoß gegen den Gerechtigkeitsgedanken

Eine staatliche Anordnung verstößt nach der bundesgerichtlichen Formel auch gegen das Willkürverbot, wenn sie in stoßender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Auf dieses Element der Willkürformel aber nimmt das Bundesgericht nur außerordentlich selten unmittelbar Bezug. Immerhin aber führte es bezüglich eines angefochtenen Steuerentscheides aus, Art. 4 BV könne ausnahmsweise einen weitergehenden Schutz als die Eigentumsgarantie vermitteln, falls die starke Steuerbelastung – auch wenn sie bloß vorübergehend sei – grob gegen den Gerechtigkeitsgedanken verstöße; das könne möglicherweise dann zu bejahen sein, wenn der Beschwerdeführer auf den Vermögensertrag zur Bestreitung seines Lebensunterhalts angewiesen sei¹¹⁸. Auch ließe sich in diesem Zusammenhang etwa an speziell gelagerte Einzelfälle denken, in denen zufolge bestimmter Besonderheiten des Tatbestandes mehrere an und für sich verfassungsmäßige Steuerrechtsnormen durch ihr Zusammenwirken zu einer exzessiven Steuerbelastung führen, die in keinem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Steuersubjekts steht¹¹⁹. In verschiedenen Entscheiden hat demgegenüber das Bundesgericht aber erkannt, daß selbst harte und allenfalls unbillige Entscheide im kantonalen Steuerrecht vor dem Willkürverbot standhalten, wenn sie als systemkonforme Ausle-

¹¹⁵ BGE 100 I b 371.

¹¹⁶ BGE 89 I 520 E. 3.

¹¹⁷ BGE 103 I a 245 E. 4 (Verweigerung einer an sich gesetzeswidrigen Steuerbegünstigung gegenüber einer privaten kirchlichen Vereinigung). Näheres hierzu bei ANDREAS AUER, L'égalité dans l'illégalité, ZBl 79, 1987, S. 281 ff.

¹¹⁸ BGE 106 I a 353.

¹¹⁹ Vgl. E. HÖHN, Verfassungsmäßige Schranken der Steuerbelastung, ZBl 80, 1979, S. 251.

gung des kantonalen Steuergesetzes betrachtet werden könnten¹²⁰.

5. Tatsachenwidrigkeit

Im Zusammenhang mit Fragen der Beweiswürdigung hat das Bundesgericht wiederholt festgestellt, daß den kantonalen Instanzen ein weiter Ermessensspielraum zustehe und es auf staatsrechtliche Beschwerde hin nur eingreifen könne, wenn die tatsächlichen Feststellungen offensichtlich falsch oder willkürlich sind oder auf einem offensabaren Versehen beruhen bzw. wenn die Behörde Tatsachen Rechnung trägt, die keinerlei Bedeutung haben oder entscheidende Tatsachen außer acht läßt¹²¹. Entsprechend diesem weiten Ermessensspielraum der kantonalen Behörden sind Urteile des Bundesgerichts, wonach ein tatsachenwidriger Entscheid vorliegt, sehr selten¹²². Die Feststellung jedoch, ein Bewerber für die Grundbuchverwalterprüfung, der wegen Dienstverweigerung in schwerer Gewissensnot verurteilt worden ist, zeige eine negative Einstellung zur Erfüllung seiner staatsbürgerlichen Pflichten, ist willkürlich, wenn ihm das Militärgericht eine ausgezeichnete Prognose hinsichtlich der Einhaltung anderer Gebote der Rechtsordnung stellte¹²³.

6. Widersprüchlichkeit

Eine Behörde handelt nicht nur dann willkürlich, wenn sie eine qualifizierte Rechtsverletzung begeht. Auch ein Entscheid, der an einem inneren Widerspruch leidet, muß als willkürlich betrachtet werden. Ein solcher Widerspruch macht es für das Bundesgericht unmöglich, den angefochtenen Entscheid zu überprüfen¹²⁴, da unklar bleibt, welche Haltung die Vorinstanz nun eigentlich eingenommen hat. Es zeigt sich darin also in

¹²⁰ BGE 102 Ia 226 E. 2c; BGE 102 Ib 184.

¹²¹ BGE 109 Ia 109; BGE 101 Ia 306 E. 5; BGE 100 Ia 307 E. 3b.

¹²² Zahlreich sind hingegen die verneinenden Entscheide: BGE 109 Ia 212 E. 6 und 7; BGE 108 Ia 304 E. 4aa; BGE 108 Ia 263 E. 5; BGE 107 II 303 E. 5; BGE 105 Ia 213 E. 3; BGE 104 II 207.

¹²³ BGE 104 Ia 190. Die kantonalen Behörden haben demgegenüber den ihnen zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten, wenn sie einem Lehrer, der wegen Aufforderung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten mit Gefängnis bestraft wurde, das Wahlfähigkeitszeugnis entzogen (BGE 101 Ia 172).

¹²⁴ BGE 106 Ia 339.

einem gewissen Sinn eine Rechtsverweigerung, indem die Behörde eine Sache völlig unklar entschieden hat, was einem Nichtentscheid in der Wirkung gleichkommt.

An einem inneren Widerspruch leidet ein Entscheid, der die Frist für die Abgabe eines Enteignungsverzichts einmal mit der Zustellung des Verwaltungsgerichtsurteils, gleichzeitig aber mit der Zustellung eines eventuellen Entscheids des Bundesgerichts beginnen läßt¹²⁵. Es geht auch nicht an, einerseits zu erklären, die Bestimmungen der ZPO über die Parteienvertretung seien auf die Strafklage analog anzuwenden, und anderseits ohne jeden sachlichen Grund einen Teil dieser Bestimmungen nicht heranzuziehen^{126, 127}. Einschränkend hat das Bundesgericht aber festgehalten, daß ein widersprüchlicher Entscheid nur dann als willkürlich gerügt werden könne, wenn er von der gleichen Behörde ausgehe¹²⁸.

IV. Würdigung

Die Willkürrechtsprechung des Bundesgerichts ließe sich mit einem Gebäude vergleichen, das eine uneinheitlich gestaltete, von verschiedenen Epochen und Stilrichtungen geprägte Fassade, aber eine tragfähige, gesunde innere Struktur aufweist.

Was die *äußere Gestalt* – also die im Laufe der Praxis entwickelten Formeln und Standards – betrifft, könnte man zunächst einwenden, die vom Bundesgericht seiner Rechtsprechung zugrunde gelegte *Differenzierung* von «Willkür in der Rechtssetzung» und «Willkür in der Rechtsanwendung» beruhe auf den *veralteten gesetzespositivistischen Vorstellungen* des 19. Jahrhunderts und werde weder der Rechtswirklichkeit noch den neueren methodischen Erkenntnissen gerecht; statt einer solchen dualistischen Betrachtungsweise sei ein einheitliches, in sich abgestuftes Konzept dem zu erfassenden Phänomen besser angemessen¹²⁹. Indessen scheint diesem Einwand insofern keine große praktische Bedeutung zuzukommen, als das Bundesgericht selber seine systematische Grundeinteilung offenbar

¹²⁵ BGE 109 Ia 29 E. 5f.

¹²⁶ BGE 108 Ia 104.

¹²⁷ Weitere Beispiele in: BGE 103 Ia 189 E. 3 c; BGE 103 Ia 27; BGE 103 Ia 44 E. 4 b; BGE 94 I 12; BGE 71 I 230; BGE 45 I 33; BGE 37 I 490; BGE 24 I 427 f.

¹²⁸ BGE 102 Ia 41 E. 2 b; im Entscheid 102 Ia 49 E. 3 scheint das Bundesgericht diese Einschränkung selbst außer acht gelassen zu haben.

¹²⁹ Näheres hinten Teil 3.

nicht allzu ernst nimmt, sondern eher als einen äußeren Rahmen versteht; jedenfalls hält es sich in der Regel nicht lange bei der Qualifizierung des Anfechtungsobjekts als Rechtssetzungs- oder Einzelakt auf, ja setzt sich gelegentlich mit einer gewissen Nonchalance über diese Frage hinweg und knüpft, von der Sache her gesehen, auch keine unterschiedlichen Konsequenzen an die Einordnung unter diese oder die andere Grundkategorie. An der bundesgerichtlichen Umschreibung des Willkürverbots wurde sodann auch – angesichts der soeben aufgezeigten Praxis wohl zu überspitzt – kritisiert, die Formel über die «Willkür in der Rechtsetzung» sei eine «*Leerformel*», da sich ihr praktisch relevanter Gehalt mit dem Gleichheitssatz decke¹³⁰. Man könnte ferner – ohne in schulmeisterliche Pedanterie verfallen zu wollen – bemängeln, daß das im Zusammenhang mit der Rechtsanwendung so stark betonte Moment der «*Offensichtlichkeit*» der Fehlerhaftigkeit in der Rechtssetzungsformel nicht in Erscheinung trete. Und schließlich ließe sich einwenden, daß eher zufällig in die Formeln über die «Willkür in der Rechtsanwendung» gelangte *Gerechtigkeitskriterium* hätte seinen adäquaten Platz eigentlich im Rahmen der traditionellen Rechtssetzungsformel, also an der Spitze des Kriterienkatalogs, denn der *Gerechtigkeitsgedanke* stelle die Grundlage der ganzen vom Bundesgericht entwickelten Kriterienordnung dar und sollte nicht am Schluß gleichsam als «*Notventil*» zur Korrektur von mit anderen Methoden erreichten, in ihrer Auswirkung aber stoßenden Ergebnissen in Erscheinung treten.

Hier – also im Bereiche der «*Bausubstanz*» – liegt auch die besonders eindrückliche Seite der bundesgerichtlichen Willkürrechtsprechung. Diese unternimmt zwar nicht den Versuch, auch nur ansatzweise Leitsätze oder Faustregeln zur Konkretisierung des Willkürverbots zu entwickeln, denn einer so weitgehenden inhaltlichen Erschließung ist das Willkürverbot wohl nicht zugänglich. Die vom Bundesgericht stereotyp wiederholten Standards weisen aber interessanterweise auf die relevanten Gesichtspunkte (Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, Zweckmäßigkeit, Sachgerechtigkeit) und vor allem die methodisch richtige Stufenfolge der Rechtsverwirklichung hin. Grundtenor ist dabei, daß – von unten betrachtet – der Ausgangspunkt jeder Rechtsverwirklichung das positive Recht darstellt. Dieses wird zwar zunächst einmal so verstanden, wie es lautet, doch zeigte

¹³⁰ Vgl. WEBER-DÜRLER, S. 171 ff; HAEFLIGER, S. 63; für ein weiteres Verständnis: HUBER, Sinnzusammenhang, S. 128.

unser Einblick in die Rechtsprechung eine große Bereitschaft des Bundesgerichts, weitere Gesichtspunkte – vor allem Sinn und Zweck der Regelung – mitzuberücksichtigen. Die Rechtsregel erscheint also nicht als eine starre, unverrückbare Vorgabe, sondern als weiter variabler Rahmen, und die Hauptaufgabe des Willkürverbots ist es dabei, hierin die trifftigen Gründe für die Vertretbarkeit dieses oder jenes Auslegungsergebnisses zu bestimmen¹³¹. Darüber hinaus kann der dem Willkürverbot immanente Gerechtigkeitsgedanke aber in Ausnahmefällen auch (korrektiv) ein Abgehen vom Gesetz gebieten, und er kommt (direktiv) auch im Bereich der traditionellen Rechtsanwendung dort zum Durchbruch, wo gesetzliche Festlegungen fehlen¹³². Vor allem aber tritt er als Leitprinzip der freien Rechtsgestaltung in Erscheinung, indem «unsachliche» Regelungen und Differenzierungen nach «nicht erheblichen» Kriterien verboten werden. Die in der Willkürpraxis sichtbare «Tiefendimension» der Rechtsgestaltung und in diesem Zusammenhang die durchgängige, systematische Stufenfolge der Verwirklichung des Gerechtigkeitsgedankens scheinen der grundsätzlich interessante Aspekt am Inhalt der Willkürrechtsprechung zu sein.

Lassen sich über die vom Bundesgericht pragmatisch entwickelten Kriterien hinaus Gesichtspunkte finden, um Willkürakte nach Art und Tragweite praktikabel zu umschreiben? Oder trifft zumindest auf das Willkürverbot der (in seiner Allgemeinheit unzutreffende) Ausspruch BERTOLD BRECHTS zu, das Recht sei «eine Katze im Sack»? Diese Fragen sind Gegenstand des nachfolgenden letzten Teils des Referates.

¹³¹ Vgl. U. HÄFELIN, Wortlaut, a. a. O. (Anm. 36), S. 111 ff.; F. GYGI, Anfang, a. a. O. (Anm. 36), S. 73 ff.

¹³² Vgl. U. HÄFELIN, Lückenfüllung, a. a. O. (Anm. 88), S. 91 ff., insbes. S. 98 ff.

Teil 3: Wege zu einer weiteren Konkretisierung

«The supreme court . . ., it may seem, cannot be out of step since it calls the tune. But the tune called may be quite undanceable by anyone, including the tune-caller.»¹

Das Willkürverbot ist ein Prinzip, dessen Handhabung dem Juristen besondere Schwierigkeiten bereitet. In der Judikatur des Bundesgerichts sind die Fälle häufig, in denen zunächst einmal stereotyp die traditionellen Willkürformeln rezitiert werden und dann pauschal, d. h. ohne Anrufung eines speziellen Formelelements und ohne nähere Begründung, «gefolgert» wird, das Willkürverbot sei «somit» verletzt oder nicht verletzt; solche abrupten Herleitungen stehen in einem deutlichen Kontrast zu den sorgfältigen Subsumtionen, wie sie etwa bei Zivil- und Strafurteilen die Regel bilden. Auch die Theorie ist eigenartig ratlos. Sie hat weder eine allgemeingültige Definition noch Untersätze zu entwickeln vermocht, um das Willkürverbot über die von der Rechtsprechung aus ihm abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsätze hinaus zu konkretisieren. Dieser Befund ist wohl kein Zufall. Er hat damit zu tun, daß hier Staatsakte eben «nicht an einer höheren Norm, sondern allein mit dem Maßstabe der Gerechtigkeit gemessen werden können»², wir es also mit einem am äußersten Rande der Justizierbarkeit liegenden Grenzbegriff zu tun haben. Es ist fraglich, ob es auch bei einer noch weiter fortschreitenden dogmatischen Durchdringung des öffentlichen Rechts je gelingen kann, die hier zur Diskussion stehende Restgröße des Willkürbegriffs in den Griff zu bekommen³. In der Folge soll nun zunächst die systematische Erfassung der Willkürpraxis durch das Bundesgericht als ein erster Versuch zur Erschließung des Konzepts dargestellt wer-

¹ FULLER, S. 82.

² FLEINER/GIACOMETTI, S. 414.

³ So jedenfalls KELLY am Schluß seiner rechtsvergleichenden Studie zum Gleichheitssatz in Deutschland, Italien und Irland: “Perhaps it is impossible to penetrate an idea so protean—an idea, indeed, hard to distinguish cleanly from justice itself—except by presenting a series of impressionistic images of it, recorded from differing perspectives” (S. 26). Vgl. auch E.-W. FUSS, der in seinem Rückblick auf die zwölfjährige Praxis des deutschen Bundesverfas-

den; es handelt sich hier wohl – um das Eingangszitat von L. FULLER aufzunehmen – um einen «untanzbaren Takt» (Abschnitt I). Sodann soll dort, wo die Musik überhaupt aussetzt, immerhin nach einigen Ansatzpunkten zur Fortbildung der Theorie gesucht werden (Abschnitt II).

I. Materielle Unergiebigkeit der bundesgerichtlichen Systematik

Das Bundesgericht differenziert zwischen «Willkür in der Rechtsetzung» und «Willkür in der Rechtsanwendung» und unterteilt in seinen Generalregistern die Rechtsanwendungspraxis nach den Sachgebieten der Rechtsordnung, denen die Beschwerden entstammten. Man könnte bei der ersten Einteilung von einer vertikalen und bei der zweitgenannten Gliederung von einer horizontalen Systematik sprechen. Kommt ihnen ein Erkenntniswert zu?

A. Vertikale Gliederung

Das Bundesgericht basiert seine Praxis auf Formeln, die es in den Grundzügen bereits im letzten Jahrhundert geprägt und in der Folge durch Hinzufügung weiterer Elemente fortgebildet hat. Diese knüpfen – als «summa divisio» – an die Funktionen der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung an: für beide Formen des staatlichen Tätigwerdens werden verschieden ausgestaltete Standards verwendet. Diese Grobeinteilung der Willkürpraxis verschafft gewiß eine nützliche erste Orientierungshilfe. Für eine inhaltliche Konkretisierung des Willkürbegriffs ist diese Systematik aber unergiebig.

Von geringem Erkenntniswert ist die Differenzierung zwischen rechtlich statuierter und durch Rechtsanwendung bewirkter Willkür deswegen, weil sie im Grunde genommen auf einem veralteten, unrealistischen Denkmodell beruht. Sie geht von der im 19. Jahrhundert vorherrschenden, klassischen Vorstellung aus, daß zunächst der Gesetzgeber in ungebundener

sungsgerichts zum Gleichheitssatz bemerkte, diese hätte «gerade im entscheidenden Punkt der Konkretisierung des allgemeinen Willkürverbots ... keinen Fortschritt gebracht» und es bestünden deshalb «Zweifel, ob es überhaupt möglich ist, das Willkürverbot des allgemeinen Gleichheitssatzes durch Einzelgrundsätze zu konkretisieren und zu präzisieren», in: Normenkontrolle und Gleichheitssatz, Juristen-Zeitung 1962, S. 602.

Gestaltungsfreiheit Recht setzt und sodann die Gerichte und Verwaltungsbehörden im Anwendungsfall aus den für sie bereitgestellten generell-abstrakten Regeln die Lösung ablesen und den Willen des Gesetzgebers vollziehen. Heute wissen wir, daß diese schroffe Funktionentrennung einen fiktiven Charakter hat. Der Gesetzgeber selbst hat auf dem Delegationsweg ausdrücklich bedeutsame Rechtssetzungsbefugnisse aus der Hand gegeben und sodann in Form von Ermessensvorschriften und unbestimmten Rechtsbegriffen die Verwaltung und den Richter in die Rechtsgestaltung miteinbezogen. Rechtssetzung hat insofern Rechtsanwendungscharakter gewonnen, als sie übergeordnetes Recht konkretisiert, und die Rechtsanwendung geht dann in die Rechtssetzung über, wenn das vorgegebene Recht noch offen ist und von Verwaltungsbehörden oder Gerichten «modo legislatoris» zu Ende zu denken und fortzustalten ist. Zu Recht geht deshalb die moderne Methodenlehre davon aus, daß anstelle einer starren Entgegensetzung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung von der Vorstellung der Rechtsverwirklichung als eines stufenlosen Gefälles schwinder Abstraktion, anstelle des in den überlebten Denkvorstellungen des im Subsumtionspositivismus verhafteten Dualismus «Befehl/Vollzug» also vom Modell eines durchgängigen Konkretisierungsprozesses in «degrés, et sans saut»⁴ auszugehen sei^{5,6}.

Bestehen nun aber zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung keine kategorischen, sondern bloß graduelle Unterschiede der Bindung, so scheint auch der Versuch unergiebig, aus dieser Formtypik Anhaltspunkte für die weitere Ausgestaltung des Willkürbegriffs zu gewinnen. Jedenfalls ist die Verwendung grundsätzlich verschieden strukturierter Willkürformeln für die Rechtssetzung und die Rechtsanwendung innerlich nicht begründet, sondern es wäre entsprechend einer integrierenden Sicht der Rechtsverwirklichung besser, von einer einheitlich aufgebauten Willkürformel auszugehen. Für eine Kon-

⁴ Vgl. insbesondere etwa RHINOW, S. 202 ff.

⁵ AUBERT, I, Nr. 333.

⁶ K. POPPER legte in einer originellen Abhandlung «Über Wolken und Uhren» dar, daß – naturwissenschaftlich gesehen – zwischen der Uhr als scheinbarem Inbegriff der Festigkeit und der gasförmigen Wolke im Grunde genommen kontinuierliche Übergänge bestehen, in: Objektive Erkenntnis, Hamburg 1985, S. 214 ff.; dasselbe Bild ließe sich auch auf unseren Zusammenhang übertragen.

kritisierung des Willkürbegriffs hat die systematische Einteilung des Bundesgerichts wenig Aussagekraft; eine Klärung hat auf einem anderen Weg, inhaltlicher zu erfolgen.

B. Horizontale Gliederung

Das Bundesgericht gliedert in den Generalregistern der Amtlichen Sammlung seine Praxis zur materiellen Rechtsverweigerung nach den von den jeweiligen Beschwerden betroffenen Sachgebieten. Es wird also unterschieden zwischen Willkür im Zivilrecht, im Prozeßrecht, im Vollstreckungsrecht usw. Auch diese Einteilung hat bloß die Ordnungsfunktion, eine Orientierung über die sonst kaum mehr zu überblickende Willkürpraxis zu ermöglichen. Es handelt sich aber um einen bloß äußerlichen Raster. Für die weitere Erschließung des Gehalts des Willkürverbots kommt dieser Systematisierung kein Erkenntniswert zu. Denn unabhängig von seiner Anwendung in verschiedenen Rechtsgebieten handelt es sich beim Willkürverbot stets um dasselbe, einheitliche Prinzip. Es empfängt seinen Inhalt aus der Verfassung und nicht aus den Regeln und Regelungsgebieten, auf die es anzuwenden ist. Praktisch gesehen ist es allerdings durchaus möglich (wenn auch kaum nachweisbar), daß vor allem als Folge der 1978 vorgenommenen Zuteilung der Willkürbeschwerden in zivil- und strafrechtlichen Streitsachen an die Zivilabteilungen bzw. den Kassationshof in Strafsachen⁷ nunmehr auch je nach Rechtsmaterie verschiedene Willkürmaßstäbe zur Anwendung gelangen. Bei der inhaltlichen Weite des Willkürbegriffs wird durch die Verlegung der Praxis in verschiedene Hände eine Variierung der Willkürverständnisse durchaus begünstigt. Eine flexible Handhabung des Willkürverbots ist auch nicht von vornherein zu verurteilen, wenn dadurch einem besonderen Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen entgegengekommen oder eine dringliche Frage des einheitlichen Verständnisses des Bundesrechts geklärt werden kann, obwohl OTTO K. KAUFMANN zu Recht betont, daß dies prinzipiell nicht Aufgabe der Staatsrechtspflege und des außerordentlichen Rechtsmittels der staatsrechtlichen Beschwerde sein kann⁸. Grundsätzlich also ist festzuhalten, daß es sich auch

⁷ Art. 4 Ziff. 4 und 5, Art. 5 Ziff. 6/8, Art. 7 Ziff. 2 des Reglements für das Schweizerische Bundesgericht vom 14. Dezember 1978. SR 173.111.1.

⁸ O. K. KAUFMANN, Verfassungsgerichtsbarkeit 1875–1974–19..? ZSR 93 I, 1974, S. 351.

bei der bundesgerichtlichen Erfassung der Willkürpraxis nach Rechtsgebieten um eine bloß äußerliche Etikettierung handelt, die bei unserer Suche nach Anhaltspunkten, Kriterien und Maßstäben zur Konkretisierung des Willkürverbots keine Hilfe zu bieten vermag.

II. Materielle Betrachtungsweise

So wenig ergiebig die äußerliche Betrachtung des Willkürverbotes vom Standpunkt der Systematik aus ist, so eindrücklich ist die bundesgerichtliche Willkürpraxis, wenn man sie unter dem Gesichtspunkt der ihr zugrundeliegenden «Philosophie» würdigt. Sie beruht auf der Vorstellung eines sich stufenweise verwirklichenden Gerechtigkeitsgedankens. Wir wollen im folgenden versuchen, dessen Etappen nachzuzeichnen (Abschnitt A), und fragen uns anschließend, ob es und allenfalls was für Kriterien es gibt, um den weitgehend offenen Gehalt des Willkürverbots zu konkretisieren (Abschnitt B).

A. Stufenfolge der Verwirklichung des Gerechtigkeitsgedankens

1. Allgemeines

Das Willkürverbot will, wie wir bereits zu Beginn dieser Untersuchung aufgezeigt haben, ein Minimum staatlicher Gerechtigkeit sicherstellen. Der Gerechtigkeitsgedanke wurde vom Bundesgericht denn auch als Grundlage und Grundmotiv seiner Willkürpraxis in die Formel über die «Willkür in der Rechtsanwendung» aufgenommen.

Als Minimalstandard der Gerechtigkeit hat das Willkürverbot, wie wir im Rahmen unserer Kasuistik gesehen haben, zunächst einmal in Form gewisser allgemeiner Rechtsgrundsätze eine Konkretisierung erfahren; diese haben sich als Basisätze materieller Rechtsstaatlichkeit zum Teil zu eigenständigen verfassungsrechtlichen Prinzipien entwickelt, blieben zum Teil aber noch im Geltungsbereich des Willkürverbots angesiedelt. Von was für einer Grundauffassung über die Gerechtigkeit ging das Bundesgericht nun aber in übrigen Fällen aus und wie ging es methodisch vor, um den Gerechtigkeitsgedanken für die Praxis operabel zu machen?

Philosophisch scheint der Praxis des Bundesgerichts die Auffassung zu Grunde zu liegen, daß – wie es selber sagte – Gerechtigkeit «ein relativer Begriff (ist), der sich mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen wandelt» (BGE 99 I a 654). Es greift also nicht auf einen metaphysischen, apriorischen Gerechtigkeitsbegriff zurück. Auch steht es umgekehrt aber nicht auf einem relativistischen Standpunkt in dem Sinne, daß Gerechtigkeit entsprechend einer Formulierung MAX WEBERS «nicht erkennbar, sondern bloß bekennbar» sei. Vielmehr geht es implicite davon aus, daß das Gerechte zwar nicht bewiesen und in vielen Fällen auch nicht deduktiv aus einem Obersatz abgeleitet werden, aber doch vernünftig erörtert und in konkreten Fällen plausiblen Lösungen zugeführt werden kann.

Von dieser Basis aus entwickelt das Bundesgericht eine Stufenfolge der Verwirklichung des Gerechtigkeitsgedankens, die mit der Textauslegung des Gesetzes beginnt, dann zur Auslegung in Abweichung vom Gesetzeswortlaut, zur Abweichung vom Gesetz und schließlich zur rechtsgestaltenden Funktion des Gerechtigkeitsprinzips im Bereiche des freien Ermessens und der Rechtssetzung führt. Im folgenden soll auf die Fragen der Auslegung und der Füllung unechter Gesetzeslücken etwas näher eingegangen werden.

2. Willkürverbot und Auslegungsfragen

Das Willkürverbot als objektives Prinzip verlangt zunächst einmal Gesetzmäßigkeit des staatlichen Handelns. Als subjektives Recht bedeutet es den verfassungsgerichtlich durchsetzbaren Anspruch des Bürgers, daß der Staat ihm gegenüber die Legalordnung nicht in grober Weise mißachte. Nun gewährleistet aber das Legalitätsprinzip als solches noch keinen genügenden Schutz des Bürgers vor staatlicher Willkür. Die Gesetze müssen vielmehr auch richtig ausgelegt und gehandhabt werden. Das Bundesgericht entwickelte daher auch ein rudimentäres Programm über die Methode der Rechtsverwirklichung, wobei im Rahmen des Willkürverbotes nur gleichsam die «Leitplanken» aufgezeigt werden, in denen sich die Auslegung zu bewegen hat, um noch vertretbar zu sein; der einschlägigen Bundesgerichtspraxis ist keine Lehre der richtigen, sondern nur der willkürfreien Rechtshandhabung zu entnehmen. Drei Stufen des Vorgehens können dabei, wie sich aus der in Teil 2 dargestellten Kasuistik ergibt, auseinandergehalten werden.

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist, erstens, der Text der anzuwendenden Gesetzesbestimmung. Die Willkürpraxis besagt also zunächst, daß den Behörden grundsätzlich keine Willkür vorgeworfen werden kann, wenn sie sich an den Wortlaut der Gesetze halten. Umgekehrt begehen sie dem Bürger gegenüber grundsätzlich dann einen Willkürakt, wenn sie die Legalität – so wie sie gegen außen in Erscheinung tritt – verletzen. Das Willkürverbot verlangt also vorab, daß das Recht gemäß seinem klaren Wortlaut verwirklicht werde, wobei die Frage, ob der Wortlaut klar sei, selbst eine Auslegungsfrage ist⁹. Das Bundesgericht geht demnach davon aus, daß der wahre Sinn einer Norm sich in ihrem klaren Wortlaut manifestiere («*sens claire*»-Doktrin).

Nun ist aber unter dem Aspekt des Willkürverbotes der Wortlaut nur der Ausgangspunkt des Auslegungsprozesses. Es wird lediglich eine Art Vermutung begründet, daß die dem Wortlaut entsprechende Auslegung vor dem Willkürverbot standhalte. Regelmäßig sind aber auch die anderen traditionellen Auslegungsgrundsätze mit in Betracht zu ziehen. Diese werden in vielen Fällen das dem Wortlaut entnommene Ergebnis bekräftigen. Es ist aber auch denkbar, daß sie zu einem abweichenden Ergebnis führen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes hält nun auch ein solches Ergebnis vor dem Willkürverbot stand, wenn trifftige Gründe hierfür vorgebracht werden können. Die auf einer ersten Stufe der Rechtsverwirklichung entwickelte Regel, daß eine Rechtsnorm so gelte, wie sie laute, wird also auf dieser zweiten Stufe des methodischen Vorgehens durch den Grundsatz relativiert, daß unter dem Aspekt des Willkürverbotes auch eine vom Wortlaut abweichende Auslegung zulässig ist, wenn sie mit guten Gründen gerechtfertigt werden kann. Es besteht in diesen Fällen eine größere oder kleinere Bandbreite vertretbarer, also willkürfreier Auslegungsvarianten.

Die vom Wortlaut abweichenden Gründe können schließlich – dies der dritte methodische Schritt – so stark sein, daß ein Festhalten am Wortlaut selbst willkürlich erschiene. Das ist dann der Fall, wenn der Text offensichtlich nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Immer muß es sich dabei um ein durch ein traditionelles Auslegungsmittel gefundenes Resultat

⁹ U. HÄFELIN, Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes, in: *Festschrift für C. Hegnauer*, Bern 1986, S. 111 ff., insbes. S. 117; F. GYGI, *Vom Anfang und Ende der Rechtsfindung*, recht 3, 1983, S. 73 ff., insbes. S. 75.

handeln, denn sonst befinden wir uns nicht mehr im Rahmen der Sinnermittlung, d. h. der Auslegung des Rechts, sondern nehmen eine Rechtskorrektur (unechte Lückenfüllung) vor.

Wir sehen also zusammenfassend, wie der Gerechtigkeitsgedanke Stufe für Stufe, Schritt für Schritt im Auslegungsprozeß zum Ausdruck kommt. Er geht aus von der Anscheinsvermutung, daß das Recht so gilt, wie es sich in seinem Wortlaut präsentiert. Es kann sich aber bei Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der systematischen, teleologischen, historischen oder verfassungskonformen Auslegung auch ein vom Wortlaut abweichendes Ergebnis rechtfertigen lassen, so daß dann verschiedene Verständnisse vor dem Willkürverbot haltbar sind. Schließlich aber kann der Gerechtigkeitsgedanke auch imperativ ein Abgehen vom Wortlaut verlangen; eine wortgetreue Auslegung erschien in diesem Falle als willkürlich.

3. Abweichung vom Gesetz

Es ist davon auszugehen, daß das Recht als solches gerecht oder zumindest nicht willkürlich ist. Die rechtsstaatlichen und demokratischen Verfahren der Rechtssetzung sowie der Allgemeinheitscharakter des Rechtssatzes bieten ordentlicherweise eine hinlängliche Gewähr dafür, daß das erlassene Recht gerecht und zweckmäßig ist und dem Allgemeinwohl entspricht. Auch erheischt der Gedanke der Rechtssicherheit, der seinerseits Teil der Rechtsidee ist, daß ein auch nicht in jeder Hinsicht befriedigendes Gesetz gelte, so wie es richtigerweise (d. h. unter dem Aspekt einer Willkürkontrolle: vertretbarerweise) ausgelegt werden kann oder muß. Es ist nun aber denkbar, daß das geltende Recht, wie es nach den gängigen Auslegungsmethoden ermittelt wird, in keiner Weise zu befriedigen vermag. Dies kann der Fall sein, wenn sich der Gesetzgeber offensichtlich geirrt hat, wenn das Recht in sich widersprüchlich ist oder von seinem materiellen Gehalt her dem Gerechtigkeitsgedanken kraß widerspricht oder wenn es infolge eines tiefgreifenden Wandels der technischen oder sozialen Gegebenheiten oder Wertvorstellungen der Bevölkerung als nicht mehr haltbar erscheint¹⁰. In solchen Fällen grob ungerechten Rechts sieht

¹⁰ Vgl. hierzu RHINOW, S. 25, 35f., 122, 256f.; A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1966, N. 88, 295 ff. zu Art. 2 ZGB.

sich also die Legalität mit der Legitimität konfrontiert. Bei extremen und groben Verstößen gegen den Gerechtigkeitsgedanken kann dann ausnahmsweise auch ein Abweichen vom korrekt ausgelegten Gesetz geboten erscheinen. Dabei scheint es der Sache nach richtig, solche Fälle der Gesetzeskorrektur als Anwendungsfälle des Willkürverbotes zu betrachten, wiewohl eine derartige dogmatische Zuordnung vom Bundesgericht nicht oder doch nur andeutungsweise vorgenommen wird¹¹. Es handelt sich hier um einen klassischen Fall, in dem sich das Willkürverbot unmittelbar gegen das geltende Recht durchsetzt. Im römischen und altenglischen Recht waren zur Korrektur gegen Auswüchse eines strikt verstandenen Legalismus besondere Institutionen und Rechtsbehelfe vorgesehen, die freilich ihrerseits mit der Zeit in die Legalität einbezogen wurden. In Rom war es der Prätor, der die Aufgabe hatte, die «aequitas» gegen das strikte «ius» durchzusetzen, wenn sich das «summum ius» als «summa iniuria» erwies. In England wurde im Mittelalter gegen eine als stoßend und starr empfundene Handhabung des «Common Law» durch die ordentlichen Gerichte der «appeal to the King's Conscience» geschaffen, damit der König im Einzelfall die Gerechtigkeit (equity) gegen das Recht verwirklichen könne – eine freilich delikate Angelegenheit, denn das (subjektive) Gerechtigkeitsgefühl, das sich nach einem alten Ausspruch «mit der Schuhnummer des jeweiligen Lordkanzlers wandelte»¹², wurde zum Maßstab gemacht. In der Schweiz scheint es nun eben insbesondere die Willkürbeschwerde ans Bundesgericht zu sein, die die gebotene Korrektur «contra legem sed intra ius» (KARL LARENZ) ermöglicht.

¹¹ Vgl. EVGE 1951 Nr. 44, S. 205 ff. (Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens und des allgemeinen Rechtsempfindens); EVGE 1952 Nr. 40, S. 209 ff. (schockierendes Ergebnis, Widerspruch zum Rechtsgefühl); BGE 93 I 401 ff. (offensichtlicher Irrtum über gewisse Tatsachen, tiefgreifender Wandel der Verhältnisse); BGE 99 V 19 ff. Zum Ganzen: U. HÄFELIN, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift für Hans Nef, Zürich 1981, S. 91 ff., insbes. S. 104 ff.; B. SCHNYDER, «Entgegen dem Wortlaut ...», Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 29 ff.

¹² E. H. RIEDEL, Kontrolle der Verwaltung im englischen Rechtssystem, Berlin 1976, S. 9. Zum Ganzen: G. RADBRUCH, der Geist des englischen Rechts, 5. Aufl., 1964.

B. Kriterien für eine weitere Konkretisierung des Gerechtigkeitsgedankens

1. Ausgangslage

Bei der Betrachtung der bundesgerichtlichen Kasuistik zum Willkürverbot haben wir gesehen, wie sich im Prozeß der Rechtsverwirklichung der Gerechtigkeitsgedanke manifestiert und durchsetzt: Als Anleitung für die Rechtsbildung, als Maßstab bei der Rechtsfindung und als Korrektiv für die Beseitigung offensichtlich ungerechten Rechts. Wir haben aber noch nicht geklärt, was denn die materiellen Kriterien sind, die jeweils als Beurteilungsmaßstab dienen. Die verwendeten Formeln wie «ohne sachlichen Grund», «aus triftigen Gründen», «Unterscheidungen ohne erheblichen Grund in der Sache selbst» oder «aus sachfremden Motiven» deuten ja nur an, daß der so qualifizierte Staatsakt objektiv unrichtig ist. Worin aber die Fehlerhaftigkeit materiell besteht, wird nicht gesagt. Die Formeln verweisen auf ein «Tertium» – eben das Gerechte – das sie voraussetzen, ohne es zu substantiiieren. Wie läßt sich dieses erkennen?

GERHARD LEIBHOLZ, der die Willkürdoktrin maßgeblich geprägt hat, war der Auffassung, es müsse zur Identifizierung der Willkür im Einzelfall auf das *allgemeine Rechtsbewußtsein* abgestellt werden. Gerechtigkeit bedeute Gleichheit, doch gingen die Auffassungen darüber auseinander, was für Sachverhalte jeweils gleich oder ungleich und in welchem Maße sie ungleich seien. Es sei demgegenüber aber gerade das Kennzeichen des Willküraktes, daß dieser auch in einer pluralistischen Gesellschaft mit ihrer Vielfalt von Meinungen, Auffassungen und Ansichten über die Gerechtigkeit übereinstimmend als solcher erkannt und empfunden werde. LEIBHOLZ verweist also auf das Rechtsgefühl¹³, die Intuition als Erkenntnisquelle, und zwar nicht die Reaktion des jeweils Betroffenen, sondern auf das allgemeine Rechtsempfinden, gleichsam den «common sense» der Rechtsgenossen, dem dann durch Spruch des Richters als des Repräsentanten der Rechtsgemeinschaft Nachachtung verschafft werden soll¹⁴. Dabei ließ er sich wohl von der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts inspirieren, das

¹³ LEIBHOLZ, S. 87.

¹⁴ Vgl. hierzu CH. MEIER, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl: Themenvielfalt – Ergebnistrends – neue Forschungsperspektiven, Berlin 1986.

bereits in den ersten Jahren seiner Rechtsprechung die Formel geprägt hatte, gleich zu behandeln sei, was «nach den allgemeinen Anschauungen» gleich sei¹⁵. Diese Grundauffassung taucht auch in einer Variante des amerikanischen «Legal Realism» auf, der danach trachtete, mit differenzierten Ermittlungsrastern die zu einer bestimmten Zeit in einer bestimmten Gesellschaft zu bestimmten Fragen vorherrschenden Rechtsanschauungen zu registrieren und für den Richter als Urteilsmaßstab zugänglich zu machen¹⁶.

Nun vermag aber ein derartiges empirisches Vorgehen nicht zu befriedigen. Denn erstens einmal fragt sich, *ob es diese einheitliche und elementare Reaktion des Rechtsgewissens auf Fälle groben Unrechts denn überhaupt gebe*, ob das «Schockierende» im Gegensatz zu dem bloß zu «Verurteilenden» denn wirklich immer evident zu Tage liege. Jedenfalls wurde nachgewiesen, daß dies etwa bei den Fällen, die das deutsche Bundesverfassungsgericht (unter Mitwirkung von Richter LEIBHOLZ) als willkürlich taxierte, nicht ohne weiteres der Fall gewesen ist; selbst im Richterkollegium waren nämlich bei letztlich gutgeheissenen Beschwerden die Auffassungen darüber, ob nun wirklich ein Willkürakt vorliege, häufig geteilt, und vielfach schienen ganz andere Gesichtspunkte den Ausschlag gegeben zu haben wie etwa der, ob es sich beim aufzuhebenden Gesetz um einen wichtigen oder einen unwichtigen Erlaß handle, was die praktischen Folgen einer Ungültigerklärung wären usw.¹⁷.

Wesentlich scheint sodann aber, zweitens, der Einwand zu sein, daß Gerechtigkeit eine *eigenständige, normative Größe* darstellt, sich das Gerechtigkeitsurteil also nicht einfach im Nachvollzug der vorherrschenden Auffassung erschöpfen kann. Gewiß kann sich das Verfassungsgericht über im Volke allgemein verbreitete und tief verwurzelte Gerechtigkeitsauffassungen nicht einfach hinwegsetzen, will es nicht auf lange Sicht seine Autorität aufs Spiel setzen. Es sollte aber immer bestrebt sein, nicht einfach die herrschende Meinung zu «protokollieren», sondern auch in juristisch so schwer faßbaren Fragen wie der vorliegenden sein eigenes Richtigkeitsurteil zu fällen und zu verantworten. Eindrücklich zeigt etwa eine starke Tradition in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung und Staatsrechtswissenschaft, daß es gerade das ureigenste

¹⁵ BGE 13, S. 415.

¹⁶ Näheres bei M. KRIELE, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 102 ff.

¹⁷ Vgl. E.-W. FUSS, a. a. O. (Anm. 3), S. 744.

Anliegen der Grundrechte und insbesondere des Gleichheitssatzes sei, Machtstrukturen aufzudecken und Minderheiten und Schwache gerade *gegen* die herrschende Meinung und die Meinung der Herrschenden, also die Armen gegen die Reichen, die Farbigen gegen die Weißen, die Frauen gegen die Männer, die Arbeitnehmer gegen die Arbeitgeber, ideelle Interessengruppen gegen Monopole und Wirtschaftsmächte, Private gegen den Staat in Schutz zu nehmen.¹⁸

Ist nun aber die Frage der Gerechtigkeit bloß eine Frage des Rechtsbewußtseins, der Intuition oder des subjektiven Bekenntnisses? Oder gibt es nicht zumindest gewisse rationale Kriterien, die eine Verständigung über Gerechtigkeitsfragen, eine Annäherung an die jeweils gerechte Lösung in Form von plausiblen, vernünftigen Gründen und eine Rechtfertigung gefundener Lösungen mit nachvollziebaren Begründungen gestatten¹⁹? Es soll im folgenden versucht werden, zumindest einige Ansatzpunkte zu einer weiterführenden Erörterung der Gerechtigkeitsfrage und damit zur inhaltlichen Konkretisierung des Willkürverbots aufzuzeigen. Dabei können grundsätzlich zwei Stufen der Argumentation unterschieden werden: Es kann zunächst in Form einer «Binnenprüfung» untersucht werden, ob der betreffende Staatsakt an einem inneren, logischen Widerspruch leide, sich schlechterdings nicht begründen lasse oder Ziel und Mittel offensichtlich außer Verhältnis stehen; die Anordnung erscheint, wenn dies der Fall ist, aus sich selbst heraus willkürlich, ohne daß nach außerhalb liegenden Bewertungskriterien gesucht werden müßte²⁰. Im folgenden wollen wir uns indessen nur auf die «Außenprüfung» also die zweite

¹⁸ Vgl. etwa L. H. TRIBE, Constitutional Choices, Cambridge (Mass.)/London 1985, mit den Kernsätzen: «Exercices of power by some over others are and must remain deeply problematic» (S. 6) und «in matters of power, the end of doubt and distrust is the beginning of tyranny» (S. 7).

¹⁹ Zur Diskussion im Bereich der Ethik, auf die leider aus Platzgründen nicht weiter eingegangen werden kann, vgl. etwa CH. PERLELMANN, Über die Gerechtigkeit, München 1967; DERS., Das Reich der Rhetorik, München 1980; R. SPAEMANN, Zur Kritik der politischen Utopie, Stuttgart 1977; H. RYFFEL, Rechts- und Staatsphilosophie, Darmstadt 1969, S. 219 ff.; A. TROLLER, Grundriß einer selbstverständlichen juristischen Methode und Rechtsphilosophie, Basel/Stuttgart 1975.

²⁰ Eine solche auf Willkür hinauslaufende Inkonsistenz dürfte allerdings nur in äußerst seltenen Fällen anzunehmen sein. So bedeuten selbst bei streng in sich geschlossenen, durchcodifizierten Regelungsmaterien wie dem Steuerrecht oder dem Sozialversicherungsrecht Systemwidrigkeiten oder gar Systembrüche lediglich ein Indiz für eine Verletzung des Willkürverbots, nicht aber *eo ipso* einen Verfassungsverstoß. Auch kann aus Praktikabili-

Argumentationsstufe beschränken und dabei drei Gesichtspunkte herausgreifen, unter denen die Problematik betrachtet werden kann: Gleichsam «von unten» gesehen fragen wir zunächst nach der «Sachgerechtigkeit» der Maßnahme, «nach oben» gewendet nach der «Verfassungsgerechtigkeit» in einem weitern Sinn und «nach vorne» schauend nach der «Zeitgerechtigkeit». Dabei versteht sich, daß es sich hier bloß um Teilaspekte, um «Topoi» der Erörterungen handelt, die möglicherweise gegenläufige Argumente zu Tage fördern und jedenfalls weder für sich allein noch in ihrer Gesamtheit eine abschließende Beurteilung gestatten. Sie sollen es aber ermöglichen, statt des bloßen Verweises auf das Rechtsgefühl und die «allgemeinen Rechtsauffassungen», Gründe zu finden, die allenfalls für oder gegen die Vertretbarkeit einer staatlichen Maßnahme, eben für das Vorliegen oder Fehlen von Willkür, sprechen könnten.

2. *Sach«gerechtigkeit»*

Finden sich Maßstäbe zur Konkretisierung des Willkürverbots in der zu regelnden Sache selbst? Könnte als willkürlich eine staatliche Anordnung bezeichnet werden, die offensichtlich keinen relevanten Bezug zu ihrem Regelungsgegenstand aufweist? Eine Autorität wie MONTESQUIEU scheint uns in diese Richtung zu weisen, wenn er sein Werk «De l'esprit des lois» mit dem Satz eröffnet: «Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.» Natur der Sache erscheint auch als Schlüsselement in der Willkürformel des deutschen Bundesverfassungsgerichts, wobei allerdings eine Analyse der Gerichtspraxis nicht ohne weiteres ergibt, ob und inwieweit diese Denkfigur für die Entscheidfindung auch tatsächlich

tätsgründen allenfalls eine Typisierung gerechtfertigt erscheinen, die personal oder sachlich weiter oder weniger weit reicht, als dies der Regelungszweck gebietet (die Amerikaner sprechen von «over-» und «underinclusiveness» der Gattungsbildung). Dabei haben aber Belange der administrativen Effizienz in dem Maße zurückzutreten, als schwer in grundlegende, vor allem persönlichkeitsessentielle Werte der Verfassung eingegriffen wird; dies gilt insbesondere für einen Wohlfahrtsstaat wie den unseren, der es sich leisten kann, ökonomische Interessen und Effizienzgesichtspunkte hinter den wirklich grundlegenden Wertschutz zurückzustellen. Zu dieser Problematik B. WEBER-DÜRLER, S. 66 ff.; DIES. Verwaltungsökonomie und Praktikabilität im Rechtsstaat, ZBl 87, 1986, S. 193 ff.

bestimmend war²¹. Insbesondere aber scheint der Gedanke, daß das Recht aus dem zu regelnden Stoff zu gestalten sei, dem *schweizerischen Rechtsleben* vertraut zu sein, denn verschiedene seiner Exponenten haben sich immer wieder dem einseitig normativistischen Denken widersetzt und auf die Bedeutung der «Realien» (EUGEN HUBER), die soziologischen Grundlagen des Rechts (MAX HUBER) oder die innere Dialektik zwischen Sein und Sollen (DIETRICH SCHINDLER SEN.) mit Nachdruck hingewiesen²². Auch in der Willkürjudikatur des Bundesgerichts tauchen Formulierungen wie «Natur der Sache», «sachlich begründet», «sachgerecht» usw. immer wieder auf²³. Haben wir mit der Sachgerechtigkeit ein Kriterium für die inhaltliche Ausgestaltung des Willkürbegriffs gefunden?

In einem elementaren Sinn ließe sich sagen, eine staatliche Maßnahme sei dann in grobem Maße sachwidrig und damit willkürlich, wenn sie sich auf Tatsachen stützt, die es offensichtlich nicht gibt. Gedacht ist z. B. an ein Gerichtsurteil, das von einer irrtümlichen Sachverhaltsfeststellung ausgeht, aber auch etwa an einen Erlaß, der auf Verkennung der tatsächlichen Gegebenheiten oder auf offensichtlich falschen Prognosen über die Entwicklung des zu regelnden Sachbereichs (z. B. Verkehrswesen, Außenwirtschaft) beruht oder dessen Nebenwirkungen völlig falsch eingeschätzt wurden. Willkür ist hier also in krassen Fällen anzunehmen mangels *Existenz* des dem staatlichen Akt zu Grunde gelegten Sachverhalts.

Die Sachstruktur kann sich jedoch auch in Form der *Resistenz* gegen eine staatliche Regelung oder eine bestimmte Art der Regelung auswirken. Sie erscheint dann in ihrer negativen Funktion als äußerste Schranke der rechtlichen Gestaltung²⁴. So erschien etwa eine staatliche Maßnahme mit einem offensichtlich unmöglichen Inhalt oder ein Gesetz, das angesichts der gegebenen oder praktisch realisierbaren Behördenstrukturen klarerweise vollzugsuntauglich ist²⁵, als in hohem Maße sach-

²¹ Vgl. H. J. RINCK, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, in: *Juristenzeitung* 18, 1963, S. 521 ff.

²² Näheres bei RHINOW, S. 79 f.

²³ Vgl. bereits BGE 6, S. 336 f., wonach der Erlaß «ne trouve pas sa justification dans la nature même et les exigences des rapports que la loi est appelée à régler...»; BGE 105 Ia 94.

²⁴ Vgl. A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1960, N. 400 zu Art. 1 ZGB.

²⁵ Vgl. B. WEBER-DÜRLER, Verwaltungsökonomie und Praktikabilität, ZBl 87, S. 198, 203.

widrig und damit willkürlich. Als willkürlich ließe sich aber auch etwa – trotz Art. 4 Abs. 2 BV – eine Regelung bezeichnen, die Frauen dort gleich wie Männer behandelt, wo biologische Unterschiede offensichtlich eine Ungleichbehandlung erfordern (z. B. Mutterschaft; aber auch Militärdienstpflicht, insbesondere eine Eingliederung in die kombattanten Truppen?). Auf die Natur der Sache nahm das Bundesgericht etwa Rücksicht, wenn es entschied, bei Beschwerden gegen eigentliche Prüfungsbewertungen auferlege es sich eine noch größere Zurückhaltung als bei den übrigen Willkürbeschwerden²⁶, oder wenn es erklärte, allzu starre Regeln über die Benützung des räumlich beschränkten öffentlichen Grundes führten nicht ohne weiteres zu vernünftigen Lösungen²⁷. Nicht als grob sachwidrig und damit nicht als willkürlich erachtete das Bundesgericht ein kantonales Feuerwehrgesetz, das auch bei Bestehen einer Berufsfeuerwehr die ortsansässigen Männer zwischen 20 und 50 Jahren ersatzpflichtig erklärt, obwohl sich geltend machen ließe, der Feuerschutz sei eine öffentliche Aufgabe und sollte der Natur der Sache gemäß zumindest dann, wenn er nicht im Milizsystem wahrgenommen werde, entweder von der Gesamtheit der Steuerzahler oder von denjenigen getragen werden, welchen diese Dienstleistung in besonderem Maße zugute kommt²⁸. Als unter dem Gesichtswinkel der Sachgerechtigkeit nicht suspekt und als grundsätzlich nicht willkürlich erscheint es schließlich, wenn im Steuerrecht die von den Beteiligten gewählte Gestaltung der zivilrechtlichen Verhältnisse nicht ohne weiteres als maßgeblich betrachtet, sondern auf den wirklichen Sachverhalt abgestellt wird, sofern für die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise trifftige Gründe vorliegen²⁹.

In einem weitesten – institutionellen – Sinne ließe sich schließlich sagen, ein innerer Zusammenhang zwischen dem Willkürverbot und dem Prinzip der Sachgerechtigkeit liege im Gedanken der *Machtbegrenzung*, und zwar insbesondere im Grundsatz, daß keine Macht weiter gehen darf, als es dem spezifischen Zweck entspricht, dem das betreffende Machtverhältnis zu dienen bestimmt ist³⁰. So wurde es vom Bundesge-

²⁶ BGE 105 Ia 190; BGE 105 Ia 200.

²⁷ BGE 105 Ia 94.

²⁸ BGE 102 Ia 12.

²⁹ BGE 93 I 691; vgl. insbes. auch H. DUBS, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Steuerumgehung, in: *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, S. 569 ff.

³⁰ So unter der Bezeichnung «*justitia protectiva*» COING, S. 212.

richt zu Recht als verfassungswidrig bezeichnet, Dienstverweigerer aus Gewissensgründen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen zur Bergführerausbildung, Universität oder zum Beruf des Notars zuzulassen, denn für die hier in Frage stehenden Lebensverhältnisse kann diesem Auswahlkriterium sachlich keine Bedeutung zukommen³¹. Auf die Ebene der Rechtssetzung gewendet scheint es angesichts der Komplexität der vom modernen Staat zu regelnden Probleme eine besondere Herausforderung zu sein, Aufgaben, Zusammensetzung und Verfahren staatlicher Entscheidungsinstanzen so zu strukturieren, daß sachverständige, auf die Sache bezogene und auf die Sache beschränkte Lösungen eine möglichst große Realisierungschance haben; die amerikanische Lehre hat die das Entscheidungsergebnis präjudizierende Kraft der Entscheidstrukturen unter den Begriffen «structural design» (L. FULLER) und «structural due process» (L. TRIBE) mit besonderem Nachdruck hervorgehoben³².

3. Verfassungs«gerechtigkeit»

Bei der Suche nach Anhaltspunkten und Maßstäben zur Konkretisierung des Willkürverbots haben wir uns aber vor allem an die Verfassung zu halten. Dies scheint auch die Bedeutung der vom Bundesgericht schon früh geprägten Formel zu sein, wonach der Gleichheitssatz nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze der «geltenden Rechts- und Staatsordnung»³³ (im Gegensatz zu den «allgemeinen Rechtsanschauungen») zu handhaben sei. Die Verfassung als die Grundordnung des Staates nämlich hat die fundamentalen Werte der Rechtsgemeinschaft in besonderem Maße in sich aufgenommen. In ihr sind die tragenden Gerechtigkeitsvorstellungen des Staates objektiviert und dokumentiert. Da die Verfassung als sinnvolle Einheit zu verstehen ist, sind ihre Bestimmungen im gegenseitigen Zusammenhang zu sehen. Das Willkürverbot als wertausfüllungsbedürftige Verfassungsnorm par excellence kann so

³¹ BGE 103 I a 344 ff., 104 I a 187 ff., 102 I a 329 f. Zu den sachfremden Motiven als Kriterien eines Verstoßes gegen das Willkürverbot vgl. MÜLLER/MÜLLER, S. 219 f.

³² Vgl. hierzu J. P. MÜLLER, Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidstrukturen, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 169 ff.

³³ BGE 6, S. 174.

durch «kombinatorische Auslegung»³⁴ mit dem übrigen Verfassungsrecht wesentlich angereichert werden. Indem es zur Gesamtordnung der Verfassung in Bezug gesetzt wird, wird auch der von MAX IMBODEN mit Recht erhobenen Forderung Rechnung getragen, wonach bei der Qualifikation des Willkürakts nicht nur auf das äußerliche Kriterium der Offensichtlichkeit der Mangelhaftigkeit, sondern auch auf das innere Gewicht des in Frage stehenden Rechtsguts abzustellen sei³⁵.

Welche Verfassungsbestimmungen sind nun aber in diesem Zusammenhang besonders bedeutsam? Im Vordergrund stehen gewiß die *Grundrechte*, allenfalls verstärkt durch universelle Garantien des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes, denn sie weisen eine besondere innere Affinität zum Willkürverbot auf. Sie stellen nämlich im Laufe der Geschichte verfestigte, spezifische Gerechtigkeitstopoi dar; umgekehrt haben wir aber gesehen, daß auch das Willkürverbot im Verfassungsrecht eine grundrechtliche Ausgestaltung erfahren hat. Sofern die Grundrechte nicht als solche unmittelbar zur Anwendung gelangen, sollten ihre Kernanliegen als Grundrechtsinteressen in Generalklauseln wie das Willkürverbot einfließen können und auf diese Weise wenigstens eine mittelbare, abgeschwächte verfassungsrechtliche Absicherung erhalten. Dabei drängen sich die Grundrechtswerte umso gebieterischer auf, je wichtiger sie für die existenzielle Entfaltung des Einzelnen und für die Menschenwürde sind³⁶. Demnach scheint an die Überprüfung einer Regelung über die Behandlung von Strafgefangenen im Rahmen der Willkürkontrolle ein strengerer Maßstab anzulegen zu sein als an eine Regelung über die Ausgestaltung einer Steuer und die Verteilung der Steuerlast auf die Bürger; bei der Verfügung über den öffentlichen Grund unterliegen die Bewilligungsbehörden strikteren (mittelbaren) Grundrechtsbindungen, wenn im Zusammenhang mit der Erteilung einer Bewilligung ideelle oder politische als wenn bloß wirtschaftliche Interessen im Spiel sind; und für die Zulassung zu einer höheren Schule sollte ein «strikteres Willkürverbot» gelten als etwa für die Benützung einer kommunalen Sportanlage. Je stärker also im Zusammenhang mit der Wahrung einer staatlichen Aufgabe

³⁴ HUBER, *Grundrechte*, S. 209.

³⁵ IMBODEN, S. 20, N. 49.

³⁶ PH. A. MASTRONARDI, *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, Berlin 1978. Illustrativ etwa BGE 96 I 425 (Abwägen des Interesses auf Namensänderung und von dagegen vorgebrachten öffentlichen Interessen).

Persönlichkeitswerte ins Gewicht fallen, desto schärfer muß der Willkürmaßstab werden. Dabei sind solche Werte nicht ausschließlich in Grundrechten verankert; sie können auch in bundesstaatlichen Kompetenznormen wie etwa dem Umweltschutzartikel enthalten sein und hier – um nur ein Beispiel zu nennen – beim Schutz von Wohnquartieren gegen Fremdparkierer zur Anwendung kommen.

Eine weitere fruchtbare Verbindung läßt sich zwischen dem Willkürverbot und der verfassungsrechtlichen (und auch realen) Ausgestaltung des *politischen Willensbildungsprozesses* herstellen. Die Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court ist in dieser Hinsicht besonders lehrreich³⁷. Das oberste amerikanische Gericht betrachtete es nämlich vor allem seit Ende der 60er Jahre als seine besondere Aufgabe, sich des Schutzes derjenigen anzunehmen, die entweder vom politischen Prozeß ausgeschlossen sind (Ausländer) oder denen es besonders schwer fällt, ihre grundlegenden Interessen auf dem Wege der politischen Repräsentation durchzusetzen, weil sie nicht über die erforderliche «bargaining power» verfügen. Der Supreme Court ist dabei so weit gegangen, gewisse gesetzliche Differenzierungen z. B. nach Rasse, Geschlecht, Staatsangehörigkeit, Herkunft usw. als solche als «suspect» zu bezeichnen und in diesen Fällen dem Staat die Argumentationslast dafür aufzuerlegen, daß diese Klassifizierung zur Erreichung des angestrebten Ziels nicht nur geeignet und vertretbar, sondern auch notwendig sei, wobei er nun allerdings in neuerer Zeit die in diesen Fällen vorgenommene «strict scrutiny» zur mildereren «substantial scrutiny» abgeschwächt hat. Auch in der Schweiz lassen sich entsprechende Minderheiten identifizieren, wie etwa Ausländer (vor allem Asylanten), zu einem bestimmten Grad heute noch die Frauen, Jugendliche, ethnische Minderheiten, Strafgefangene, Behinderte, alternative Gruppierungen; berufen sich also solche (Rand)gruppen und ihre Angehörigen auf das Willkürverbot, so sollten ihre Anliegen aus denselben Gründen mit besonderer Sorgfalt geprüft werden.

Stellen also die (persönlichkeitsnahen) Grundrechte ein besonders ergiebiges Wertpotential für die weitere Konkretisierung des Willkürverbots dar, so trifft dies auf andere Regelun-

³⁷ Vgl. hierzu etwa D. P. KOMMERS, Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, in: Ch. Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, Baden-Baden 1982, S. 31 ff.; W. HALLER, Der Supreme Court und die Politik in den USA, Bern 1971, S. 67f.

gen naturgemäß weniger zu. Im Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik, aber auch des Steuerrechts erweist sich das Willkürverbot als ziemlich stumpfe Waffe³⁸. Gewiß ist es in diesen Bereichen oft die einzige verfassungsrechtliche Schranke, und man könnte argumentieren, gerade deshalb sei sie besonders ernst zu nehmen. Allein praktische Überlegungen zeigen, daß der Staat etwa im Bereich des Subventionswesens über beträchtliche Handlungsfreiheiten verfügen muß, um effektiv handeln zu können. Auch ist der Verfassungsrichter in der Regel nicht in der Lage, auf diesem Gebiet wirksam und sachgerecht einzutreten; der amerikanische Supreme Court jedenfalls hat sich in die größte Krise gestürzt, als er sich in den 30er Jahren anschickte, sich durch Ausdehnung der «due process clause» zur «substantive due process clause» den neuen «New Deal»-Gesetzen über Mindestlöhne und Höchstarbeitszeiten entgegenzustemmen³⁹.

Es zeigt sich also, daß die Verfassung dem Richter ein breites Instrumentarium von Wertvorschriften zur Verfügung hält, auf das er flexibel zurückgreifen kann, bevor er zu den allgemeinen Gerechtigkeitsanschauungen und dem Rechtsgefühl Zuflucht nehmen muß. Es wäre zu wünschen, daß er sich dieser Hilfe im Rahmen der Willkürrechtsprechung in vermehrtem Maße bediente und sie in der Entscheidbegründung zum Ausdruck brächte.

4. Zeit«gerechtigkeit»

Gerechtigkeitsvorstellungen sind in den Lauf der Zeit gestellt. Das Bundesgericht selber sagt, die Gerechtigkeit sei ein Begriff, der sich «mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen wandelt» (BGE 99 Ia 654). Welche Gerechtigkeitskonzeption geht nun im Kollisionsfall vor: die im Gesetz

³⁸ Die Willkürkontrolle dürfte hier auf eine bloße (normativ schwache) Gemeinwohlkontrolle hinauslaufen. Entsprechend erblickt etwa JOHN RAWLS in seiner verfassungsrechtlich sehr bedeutsamen Gerechtigkeitstheorie (wohl etwas zu weitgehend) Ungleichheiten in wirtschaftlichem und sozialem Raum so lange als nicht willkürlich, als sich vernünftigerweise erwarten lasse, daß sie sich zu jedermanns Vorteil entwickeln; dabei setzt er allerdings voraus, daß Positionen und Ämter, mit denen die Ungleichheiten verbunden sind und aus denen sie sich gewinnen lassen, in fairem Wettbewerb jedermann offenstehen, und er fordert für alle die gleichen, möglichst ausgedehnten Grundfreiheiten. Vgl. JOHN RAWLS, Gerechtigkeit als Fairneß, hrsg. von O. Höffe, Freiburg/München 1977, S. 20f., 36f., 128f.

³⁹ Vgl. W. HALLER, a. a. O. (Anm. 37), S. 21f.

verankerte alte oder die im sozialen Wandel sich durchsetzende neue? Auch zur Beantwortung dieser Frage lassen sich aus dem Grundgedanken des Willkürverbots selbst rationale Kriterien ableiten. Das Willkürverbot wurde eingangs als Legitimationsgrundlage des Rechtsstaates im materiellen Sinn bezeichnet. Legitimität aber verschafft das Recht zunächst durch Stabilität und Dauerhaftigkeit. Das Recht soll verbindliche Regelungen treffen, auf die sich der Einzelne verlassen kann, und nicht zum Spielball der Behörden werden. Aus dieser Sicht verbietet das Willkürverbot seinem Grundgedanken nach den Behörden, Sprünge und Experimente zu machen, sich ohne triftige Gründe über das geltende Recht, rechtskräftige Anordnungen und eine konstante Praxis hinwegzusetzen. Dem Willkürverbot wohnt aber insofern eine Antinomie inne, als es auch eine Anpassung der Legalität und der bisherigen Praxis ermöglicht, wenn diese dem gewandelten Gerechtigkeitsgedanken in geradezu unerträglicher Weise widersprechen. Das Willkürverbot folgt also nicht einfach dem jeweils als gerecht und vernünftig Empfundenen, sondern soll sich da durchsetzen können, wo durchschlagende Gründe für eine Anpassung des Rechts vorgebracht werden können. Besonders augenfällig sind hier Entscheide, in denen sowohl in der Schweiz wie auch etwa in den USA dem Zugang der Frauen zur Advokatur zum Durchbruch verholfen wurde⁴⁰.

Es kann also gesagt werden, daß gleichsam die Vermutung zugunsten der Richtigkeit von Gesetz und Präjudizien spricht, es aber in einer freiheitlichen Ordnung Verfassungsgebot ist, daß das Recht, das sich angesichts des sich fortentwickelnden Gerechtigkeitsgedankens offensichtlich fehlerhaft erweist, korrigiert werden kann, wenn stichhaltige Gründe dies erfordern.

⁴⁰ Noch in BGE 13, S. 4 (Praxisänderung in BGE 49 I 16) bezeichnete das Bundesgericht die Forderung nach voller Gleichberechtigung der Geschlechter (in casu: gleiches Recht auf Zugang zur Advokatur) als «ebenso neu als kühn». Viel deutlicher 1872 zur selben Frage die opinion des amerikanischen Supreme Court-Richters Bradley im Falle *Bradwell v. Illinois*: «(T)he civil law, as well as nature herself, has always recognized a wide difference in the respective spheres and destinies of man and woman ... The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood ... The paramount destiny and mission of women are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator.» Zit. in: J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge (Mass.)/London 1980, S. 51.

III. Das letzte Wort des Richters

Es ist uns nicht gelungen, den materiellen Gehalt des Willkürverbots in einer substanzial aussagekräftigen Weise zu definieren oder auch nur einzelne Fallgruppen und dazugehörige Leitsätze zu entwickeln; doch haben wir Indizien aufgezeigt, die es uns erlauben mögen, uns im konkreten Fall von der Sache her, vom übrigen Verfassungsrecht her oder von der Funktion des Rechts in der Zeit her dem «jeweils Gerechten» anzunähern. Für die hiermit verbleibende materielle Ungewißheit sehen wir uns somit auf die Figur des Richters verwiesen⁴¹. Wir haben eingangs aufzuzeigen versucht, wie sich die materielle Rechtsverweigerung aus der formellen Rechtsverweigerung entwickelt hat. Der Kreis scheint sich nun zu schließen, indem das besondere Verfahren des Verfassungsprozesses und die besondere Legitimation des Verfassungsgerichts dafür Gewähr bieten sollen, daß angesichts des jeweils konkreten Falles ein verantwortbares Urteil über die Verletzung oder Nichtverletzung des Willkürverbots gefällt wird⁴² und das Bundesgericht nicht – nach einem bekannten Wort von ANDREAS HEUSLER – «selber erst recht Willkür übe in der Beurteilung der Willkür»⁴³. Ihm ist im Rahmen der Verfassungsordnung die Aufgabe übertragen, in soweit wie möglich rational nachvollziehbarer Weise das Willkürverbot zu handhaben. Für den letztlich nicht mehr erschließbaren Verantwortungskern halten wir uns an das – wohl nicht ohne Rücksicht auf seine eigene Berufslaufbahn geprägte – Wort von LORD DENNING: «Someone must be trusted. Let it be the judges.»⁴⁴

⁴¹ Vgl. G. KOHLER, Naturrecht, Gerechtigkeit, Gleichheit, in: *Studia Philosophica* 38, 1979, S. 135 ff., insbes. den Abschnitt «Das und der Gerechte», S. 144 ff.

⁴² Zu den institutionellen Sicherungen und Gefährdungen der richterlichen Unabhängigkeit vgl. K. EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Bern 1960, S. 215 ff.

⁴³ Zit. bei ARIOLI, S. 39.

⁴⁴ LORD DENNING, *What Next in Law*, London 1982, S. 330; zur charakterbildenden Funktion des Richteramtes in bezug auf den berühmten englischen obersten Richter Sir Coke: «As Attorney-General he was cruel and unjust. As Chief-Justice he was wise and just», in: DERS., a. a. O., S. 8.

