

praxis.⁵⁶ Allerdings hat der Staatsgerichtshof klargestellt, dass die in der Praxis besonders wichtige fremdenpolizeiliche Benachteiligung von Ausländern gegenüber Einheimischen keine solche qualifizierte Diskriminierung darstellt. Folglich kann das Ausländerrecht im Grundsatz nach wie vor nur einer Willkürprüfung unterzogen werden.⁵⁷

Als Konsequenz aus dem gegenüber dem Gleichheitsgebot letztlich doch originären Anwendungsbereich des Willkürverbots hat der Staatsgerichtshof kürzlich das Willkürverbot als eigenständiges ungeschriebenes Grundrecht anerkannt.⁵⁸ Der Staatsgerichtshof hat damit gewissermaßen den traditionellen, durch den österreichischen Einfluss bedingten positivistischen «Bann»⁵⁹ gegen ungeschriebenes Verfassungsrecht⁶⁰, jedenfalls gegen ungeschriebene Grundrechte⁶¹, gebrochen. Dabei hat er sich an die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den ungeschriebenen Grundrechten angelehnt. Danach sind «für den Einzelnen fundamentale, im Verfassungstext nicht erwähnte Rechtsschutzbedürfnisse direkt als ungeschriebene Grundrechte anzuerkennen, anstatt sie aus thematisch mehr oder weniger verwandten positiv normierten Grundrechten abzuleiten»⁶². Indessen hat der Staatsgerichtshof auch schon früher sehr wohl – wenn auch stillschweigend – ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannt. Abgesehen von dem in der Literatur mehrfach zitierten Beispiel des Grundsatzes der unmittelbaren innerstaatlichen Geltung des Völkerrechtes⁶³ gilt dies insbesondere für die schon erwähnten, von der modernen Grundrechtsdoktrin postulier-

⁵⁶ StGH 1994/6, LES 1995, 16 (19 Erw. 4.2).

⁵⁷ StGH 1999/2 Erw. 3.2 mit Verweis auf Kälin, Ausländerdiskriminierung, S. 574 f.

⁵⁸ StGH 1998/42, LES 2000, (6 Erw. 4.2 ff.) – ebenfalls abgedruckt im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl.) 1999, S. 586 ff. sowie in Jus & News 3/99, S. 243 ff. mit ausführlichem Kommentar von Andreas Kley.

⁵⁹ So Hoch, Rezension Frick, S. 52.

⁶⁰ Siehe StGH 1970/2 ELG 1967–1972, 256 (259 Erw. 4) sowie Frick, S. 4 f.

⁶¹ Im Bereich von Organisation und Zuständigkeiten wird für ungeschriebenes Verfassungsrecht wohl, wenn überhaupt, nur ein sehr eingeschränkter Spielraum bestehen; siehe Batliner, Fragen, S. 12 Rz. 6.

⁶² StGH 1998/42, LES 2000, 1 (6 Erw. 4.4) mit Verweis auf Kley, S. 68 f.; vgl. hierzu Hoch, S. 106 f. sowie auch schon Fehr, S. 192 f. Allerdings hat das Bundesgericht gerade dem Willkürverbot trotz entsprechenden Forderungen in der Lehre den Status eines ungeschriebenen Grundrechtes verweigert; siehe hierzu Thürer, S. 434.

⁶³ Siehe Batliner, S. 146; vgl. Thürer, Völkerrechtsordnung, S. 109. Dass der Staatsgerichtshof in der unveröffentlichten StGH-Entscheidung 1977/4 (S. 10) offen gelassen hat, ob es ein ungeschriebenes Recht auf Ehe gibt, ist wohl eher als dogmatisches Versehen zu werten; vgl. hierzu auch Höfling, Bestand, S. 104.