

PD Dr. iur. Felix Uhlmann

Das Willkürverbot (Art. 9 BV)



Stämpfli Verlag AG Bern • 2005

Inhaltsverzeichnis

<i>Dank</i>	VII
INHALTSÜBERSICHT	IX
INHALTSVERZEICHNIS	XI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XIX
LITERATUR	XXVI
MATERIALIEN	LVI
§1 EINLEITUNG	1
I. VORBEMERKUNG	1
II. AUFBAU	2
§2 ERSTE ANNÄHERUNGEN AN BEGRIFF UND INHALT DES WILLKÜRVERBOTS	5
I. WILLKÜRFORMEL DES BUNDESGERICHTS	5
1. <i>Begriffsprägung durch das Bundesgericht</i>	5
a) Bundesgerichtliche Rechtsprechung als Ausgangspunkt.....	5
b) Weitere Verwendung des Willkürbegriffs.....	6
2. <i>Umschreibung des Willkürbegriffs in der hundesgerichtlichen Rechtsprechung</i>	7
a) Heutige Umschreibung.....	7
b) Kurzer historischer Rückblick.....	14
II. FALLGRUPPEN DES WILLKÜRVERBOTS	17
1. <i>Herkömmliche Gliederungsversuche</i>	17
a) Ansatz des Bundesgerichts (Unterteilung nach Erlassform und nach Sachgebieten).....	17
b) Ansatz der Lehre.....	19
c) Schwierigkeiten der dogmatischen Durchdringung.....	21
2. <i>Einzelne Tatbestände der Willkür</i>	23
a) Grundgedanke.....	23

XII

Willkürverbot

b)	Unrichtige Anwendung einer Norm (Legalitätsprinzip).....	26
c)	Fehlendes öffentliches Interesse.....	32
d)	Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.....	38
e)	Unrichtige Ermittlung des Sachverhalts.....	41
f)	Verletzung allgemeiner Prinzipien und Rechtsgrundsätze.....	49
g)	Exkurs: Unterscheidung zwischen willkürfreiem Minimum und rechtlich Gebotem.....	56
h)	Widersprüchlichkeit.....	59
i)	Verstoss gegen den Gerechtigkeitsgedanken.....	61
III.	ERSTE KENNZEICHNUNG DES WILLKÜRVERBOTS (ZUSAMMENFASSUNG).....	66
§3	RECHTLICHE GRUNDLAGEN DES WILLKÜR VERBOTS.....	69
I.	GRUNDLAGEN IN DER SCHWEIZERISCHEN RECHTSORDNUNG.....	69
1.	<i>Art. 9 BV (Schutz vor Willkür).....</i>	<i>69</i>
a)	Wortlaut.....	69
b)	Entstehungsgeschichte von Art. 9 BV.....	71
c)	Willkürverbot als Grundrecht.....	75
d)	Gemeinsame Nennung mit Treu und Glauben.....	77
2.	<i>Art. 8 BV (Rechtsgleichheit).....</i>	<i>80</i>
a)	Historischer Zusammenhang.....	80
b)	Selbständigkeit des Willkürverbots.....	83
c)	Willkür und Gleichheit im Konflikt.....	87
3.	<i>Art. 5 BV (Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns).....</i>	<i>88</i>
a)	Willkür als Negierung des Rechtsstaates.....	88
b)	Verzicht auf die Nennung des Willkürverbots in Art. 5 BV.....	90
c)	Willkürverbot als grundrechtliche Verwirklichung rechtsstaatlicher Grundsätze.....	92
4.	<i>Art. 7 BV (Schutz der Würde des Menschen).....</i>	<i>94</i>
5.	<i>Kantonsverfassungen.....</i>	<i>98</i>
II.	GRUNDLAGEN IN DER INTERNATIONALEN RECHTSORDNUNG.....	99
1.	<i>EMRK.....</i>	<i>99</i>
a)	Materielle Konventionsgarantien.....	99
b)	Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK).....	101
c)	Verfahrensgarantien (Art. 6 EMRK).....	104
d)	Exkurs: Margin of appreciation.....	108
2.	<i>UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte.....</i>	<i>111</i>
a)	Materielle Garantien.....	111

b)	Diskriminierungsverbot und Verfahrensgarantien.....	114
3.	<i>Völkerrechtliche Grundlagen</i>	119
a)	Allgemeine Rechtsgrundsätze.....	119
b)	Good Governance.....	121
c)	OSZE.....	122
III.	EXKURS: BLICK AUF AUSLÄNDISCHE VERFASSUNGSORDNUNGEN	124
/.	<i>Kein Willkürverbot in ausländischen Verfassungen</i>	124
2.	<i>Ausnahme: Spanien</i>	124
3.	<i>Deutschland</i>	127
4.	<i>Österreich</i>	133
5.	<i>Liechtenstein</i>	138
6.	<i>USA</i>	139
a)	Equal protection-Klausel.....	139
b)	Due process-Klausel.....	144
c)	Willkürprüfung unter dem rational basis test.....	150
d)	Rational basis test und Gesetzesanwendung.....	158
e)	Life, liberty and property.....	161
f)	Bundesstaatliche Zurückhaltung?.....	171
g)	Zusammenfassung und Ausblick.....	176
7.	<i>Europäische Grundrechtecharta</i>	178
a)	Europarecht und schweizerische Rechtsordnung.....	178
b)	Grundlagen.....	178
c)	Rechtsgleichheit.....	180
d)	Willkür und Unverhältnismässigkeit.....	181
e)	Recht auf gute Verwaltung.....	184
8.	<i>Willkürverbot als Phänomen des schweizerischen Verfassungsrechts</i>	185
IV.	NATURRECHTLICHE GRUNDLAGEN	188
/.	<i>Fragestellung</i>	188
2.	<i>Willkürverbot und Widerstands recht</i>	188
3.	<i>Fundamentalnorm und Radbruchsche Formel</i>	193

V.	ZUSAMMENFASSUNG.....	195
§4	GELTUNG DES WILLKÜRVERBOTS.....	199
I.	UMFASSENDE GELTUNG DES WILLKÜRVERBOTS.....	199
1.	<i>Umfassende grundrechtliche Bindung.....</i>	199
2.	<i>Staatliche Organe und Behörden.....</i>	200
3.	<i>Grenzen des Willkürverbots - Grenzen rechtlicher Bindung.....</i>	202
a)	Rechtsstaatliche Bindung.....	202
b)	Rechtsfreie und gerichtsfreie Räume.....	204
c)	Zwei Grenzbereiche: Einbürgerung und Begnadigung.....	205
d)	Zwei Rechtfertigungen: Politischer Prozess und Duplizität des Verfahrens.....	210
4.	<i>Private (Drittwirkung).....</i>	215
a)	Freiheitliche Rahmenordnung.....	215
b)	Willkürverbot und Privatrechtsordnung.....	216
c)	Willkürverbot im Verhältnis zur Drittwirkung anderer Grundrechte.....	218
d)	Rationale Machtausübung.....	220
5.	<i>Grenzbereiche zwischen Staat und Privaten.....</i>	222
6.	<i>Willkürverbot als generelle Bedingung staatlichen Handelns.....</i>	224
a)	Anwendbarkeit auf das gesamte Staatshandeln.....	224
b)	Willkürliche Begünstigung.....	227
c)	Willkürverbot im Verkehr staatlicher Behörden untereinander.....	228
II.	ABSOLUTE GELTUNG DES WILLKÜRVERBOTS (KERNGEHALT).....	229
1.	<i>Willkürverbot und Kerngehaltsgarantie.....</i>	229
2.	<i>Schrankenqualität des Willkürverbots.....</i>	231
3.	<i>Beschränkungsmöglichkeit im Staatsnotstand?.....</i>	235
a)	Fragestellung.....	235
b)	Lockerung rechtsstaatlicher Bindung.....	236
c)	Wandelbarkeit des Willkürverbots.....	238
4.	<i>Zwingende Geltung des Willkürverbots im Völkerrecht?.....</i>	240
5.	<i>Bindung des Verfassungsgebers an das Willkürverbot?.....</i>	241
a)	Schranken der Bundesverfassung.....	241
b)	Fundamentalnormen.....	242
6.	<i>Exkurs: Konflikt zwischen Art. 9 BV und anderen Verfassungsbestimmungen.....</i>	243
a)	Ordensverbot (Art. 12aBV).....	243
b)	Anwendungsgebot gemäss Art. 191 BV und unechte Gesetzeslücken.....	245

7.	<i>Willkürverbot als Minimalstandard</i>	253
III.	SUBSIDIÄRE GELTUNG DES WILLKÜRVERBOTS.....	255
1.	<i>Begriffliches</i>	255
2.	<i>Tatsächliche Subsidiarität - rechtliche Gleichwertigkeit</i>	256
IV.	ZUSAMMENFASSUNG.....	258
§5	FUNKTION DES WILLKÜRVERBOTS	261
I.	MENSCHENRECHTLICHER UND KONTROLLTECHNISCHER GEHALT DES WILLKÜRVERBOTS.....	261
II.	MENSCHENRECHTLICHER GEHALT DES WILLKÜR VERBOTS.....	261
1.	<i>Gerechtigkeit, Recht, Rationalität</i>	261
2.	<i>Schutz und Flexibilisierung der Rechtsordnung</i>	262
a)	Rechtsverwirklichung	262
b)	Schutz bestehender und Wegbereiter für neue verfassungsmässige Grundsätze.....	263
c)	Unumstrittene Rechtsgrundsätze.....	265
d)	Umfassende Auffangfunktion.....	267
3.	<i>Pflicht zu rationalem Staatshandeln</i>	269
a)	Rationalität und Recht.....	269
b)	Begründungspflicht staatlicher Entscheide.....	273
c)	Schutz vor sachfremden Erwägungen (Subjektive Willkür).....	277
d)	Effektivität staatlichen Handelns.....	286
e)	Willkürverbot und Rechtsmethodik.....	288
4.	<i>Fenster zu Gerechtigkeit und Naturrecht?</i>	292
a)	Begrenzter Gegensatz zwischen Recht und Gerechtigkeit.....	292
b)	Naturrechtliche Komponente des Willkürverbots.....	296
c)	Praktische Konsequenzen.....	299
5.	<i>Verhinderung staatlicher Machtkonzentration?</i>	300
6.	<i>Willkürverbot und Fairness</i>	302
7.	<i>Konstitutiv-institutioneller Gehalt des Willkürverbots</i>	304
III.	WILLKÜR ALS KONTROLLMECHANISMUS	306
1.	<i>Willkürverbot als Problem des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts</i>	306
a)	Willkürverbot als Theorie verschiedener Sichtschärfe?.....	306
b)	Willkürverbot als Teil eines bestimmten Rechtsschutzsystems.....	308
c)	Rechtfertigungsbedarf der Willkürprüfung.....	311
2.	<i>Herkömmliche Rechtfertigung der Willkürprüfung</i>	315

a)	Föderalismus	315
b)	Gewaltenteilung	321
c)	Unschärfe der Gerechtigkeitserkenntnis	324
d)	Entlastung des Bundesgerichts?	327
e)	Exkurs: Methodologischer Ansatz zur Ermittlung von Willkür (Offensichtlichkeit?)	329
f)	Pluralismus?	337
g)	Erste Folgerungen aus der herkömmlichen Begründung der Willkürkontrolle	339
3.	<i>Willkürprüfung und andere Formen abgeschwächter Nachprüfung</i>	340
a)	Vollständiges Prüfungsprogramm	340
b)	Ermessen	340
c)	Herabgesetzte Prüfungsdichte	348
d)	Ordre Public	355
e)	Wiedererwägung, Widerruf, Revision und Nichtigkeit	360
IV.	ZUSAMMENFASSUNG	365
1.	<i>Menschenrechtliche Funktion</i>	365
2.	<i>Unbewältigte Kontrollfunktion des Willkürverbots</i>	366
§6	INTERPRETATION DES WILLKÜRVERBOTS	369
I.	WILLKÜR VERBOT IM GEFÜGE DER VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT	369
1.	<i>Bekennnis zu materieller Verfassungskontrolle</i>	369
2.	<i>Willkürverbot und Mehrheitsprinzip</i>	371
3.	<i>Verankerung verfassungsgerichtlicher Zurückhaltung?</i>	373
II.	WILLKÜRVERBOT ALS STARRER ODER FLEXIBLER MASSSTAB DER VERFASSUNGSKONTROLLE?	375
1.	<i>Implikationen der Willkürinterpretation</i>	375
2.	<i>Willkürverbot als letzte Grenze zwischen Recht und Unrecht?</i>	376
3.	<i>Auslegung von Art. 9 BV oder Variierung der Prüfungsdichte?</i>	378
4.	<i>Föderalismus und Gewaltenteilung</i>	379
5.	<i>Rechtsschutzbedürfnis und Grundrechtsnähe</i>	382
6.	<i>Gerechtigkeitsfragen und Offensichtlichkeit</i>	383
III.	INTERPRETATION DES WILLKÜRVERBOTS ALS ABBILD DER GELTENDEN RECHTSORDNUNG	384
1.	<i>Konkretisierungsdefizit des Willkürverbots</i>	384
2.	<i>Willkürverbot als Verweisnorm auf die geltende Rechtsordnung</i>	385
3.	<i>Vorgelagerte Interpretation der geltenden Rechtsordnung</i>	388

IV.	ZUSAMMENFASSUNG.....	389
§ 7	DURCHSETZUNG DES WILLKÜRVERBOTS	391.....
I.	BESONDERHEITEN DER WILLKÜRBEWERDE NACH GELTENDEM RECHT.....	391
1.	<i>Die Willkürbeschwerde als Problem der staatsrechtlichen Beschwerde.....</i>	391
2.	<i>Legitimation.....</i>	392
a)	Art. 88 OG.....	392
b)	BGE 121 1267 ff.....	397
c)	BGE 126181 ff.....	400
3.	<i>Kognition.....</i>	407
a)	Willkürprüfung als materiell-rechtliches Problem.....	407
b)	Freie Prüfung der gesetzlichen Grundlage bei schweren Grundrechtseingriffen.....	408
c)	"Willkür im Quadrat" - nur ein Scheinproblem?.....	413
4.	<i>Strenges Rügeprinzip.....</i>	416
5.	<i>Novenrecht.....</i>	479
II.	SACHGEMÄSSER ANWENDUNGSBEREICH DER WILLKÜRBEWERDE.....	420
1.	<i>Defizite der Willkürbeschwerde nach geltendem Recht.....</i>	420
2.	<i>Schutz vor Willkür als gerichtliche Aufgabe.....</i>	421
3.	<i>Schutz vor Willkür als Aufgabe des Bundesgerichts?.....</i>	422
a)	Rechtsfortbildung.....	422
b)	Abwehr von Elementarunrecht?.....	424
c)	Willkürentscheide gegen die demokratische Mehrheit.....	426
d)	Keine bundesrechtliche Vereinheitlichung zweiter Klasse.....	427
III.	TOTALREVISION DER BUNDESRECHTSPFLEGE.....	429
1.	<i>Grundzüge.....</i>	429
2.	<i>Rechtsweggarantie.....</i>	432
a)	Umsetzung bei der Totalrevision der Bundesrechtspflege.....	432
b)	Rechtsweggarantie und Willkürverbot.....	435
3.	<i>Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.....</i>	438
a)	Ausschluss bestimmter Sachgebiete.....	438
b)	Grundsatzfrage und subsidiäre Verfassungsbeschwerde.....	439
c)	Ausschlusskatalog und Willkürverbot.....	440
4.	<i>Beschwerde in Zivilsachen.....</i>	441
a)	Streitwertgrenzen und Grundsatzfrage.....	441
b)	Vorsorgliche Massnahmen.....	444

IV. ZUSAMMENFASSUNG.....	445
§8 SCHLUSSBETRACHTUNG.....	447
I. WAS BEDEUTET WILLKÜR?.....	447
II. WO LIEGEN DIE GRENZEN DES WILLKÜRSCHUTZES?.....	447
III. IST DAS WILLKÜRVERBOT EIN "KANALISIERTES WIDERSTANDSRECHT"?.....	448
IV. BRAUCHEN WIR EIN WILLKÜR VERBOT?.....	449
V. WELCHE BEDEUTUNG HAT DAS WILLKÜRVERBOT?.....	450
VI. WESHALB PRÜFT EIN GERICHT EINEN ENTSCHEID NUR AUF WILLKÜR?.....	450
VII. WIE ERMITTELT EIN GERICHT WILLKÜR?.....	451
VIII. WENDET DAS BUNDESGERICHT EIN WILLKÜRLICHES BUNDESGESETZ AN?.....	452
IX. WIE KÖNNEN WIR DAS WILLKÜR VERBOT NUTZEN?.....	452
X. WIE IST ART. 9 BV VERFAHRENSRECHTLICH ZU BEHANDELN?.....	453
XI. WELCHE FRAGEN BLEIBEN OFFEN?.....	454
VERWENDETE BUNDESGERICHTSENTSCHEIDE.....	457
A) VERÖFFENTLICHTE BUNDESGERICHTSENTSCHEIDE.....	457
B) UNVERÖFFENTLICHTE BUNDESGERICHTSENTSCHEIDE.....	473
SACHREGISTER.....	480