

Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Heidrun Gutmannsbauer

von

Österreich

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. iur. Giovanni Biaggini

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	XIX
ABKÜRZUNGEN UND RECHTSQUELLEN.....	XXIX
MATERIALIEN	XXXVII

§ 1 Einleitung	1
I. Ausgangslage.....	1
II. Gang der Ausführungen	2
1. Teil: Grundlagen	5
§ 2 Zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht.....	5
I. Geschichtlicher Hintergrund der Unterscheidung	6
II. Heutige Bedeutung der Unterscheidung.....	9
III. Abgrenzungskriterien zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht.....	10
IV. Fazit	11
§ 3 Auslagerung staatlicher Aufgaben	13
I. Dezentralisierung und Privatisierung als Formen der Auslagerung	13
II. Anforderungen an die Auslagerung staatlicher Aufgaben	14
III. Organisationsformen der Dezentralisierung und Privatisierung	16
IV. Handlungsformen der ausgelagerten staatlichen Aufgabenträger.....	18
V. Fazit	19
§ 4 Privatrechtliches Handeln des Staates	20
I. Der privatrechtliche Vertrag – eine der Handlungsformen des Staates	20
1. Begriffliches und Abgrenzung	20
2. Gründe für die Wahl des privatrechtlichen Vertrages als staatliche Handlungsform früher und heute	21

2.1. Der Fiskus: Ehemals Rechtsschutzgarant	21
2.2. Abkehr von der Fiskustheorie und Ausbau des Verwaltungsrechtsschutzes	22
2.3. Aktuelle Gründe für die Handlungsform des privatrechtlichen Vertrages	24
3. Zulässigkeitsvoraussetzungen für das staatliche Handeln in der Form des privatrechtlichen Vertrages	26
3.1. Erfordernis der Privatrechtssubjektivität und der verfassungsmässigen Kompetenz	26
3.2. Privatrechtlicher Vertrag als gesetzlich vorgegebene Handlungsform	27
3.3. Verbot des privatrechtlichen Vertrages im abschliessend öffentlich-rechtlich geregelten Bereich	28
II. Der privatrechtliche Vertrag bei verschiedenen Arten der Staatstätigkeit – ein Überblick	29
1. Verwaltung von Finanzvermögen	29
2. Privatwirtschaftliche Staatstätigkeit	30
2.1. Zum Begriff der privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates	30
2.2. Privatwirtschaftliche Staatstätigkeit und öffentliche Unternehmen	31
3. Leistungsverwaltung	32
4. Bedarfsverwaltung	33
4.1. Öffentliches Beschaffungswesen	33
4.2. Öffentliches Personalwesen	34
III. Fazit	35
§ 5 Grundrechtsschutz	36
I. System des Grundrechtsschutzes	36
1. Institutionen der Grundrechtspflege	36
2. Rechtsschutzgarantien	37
2.1. Rechtsweggarantie	37
2.2. Allgemeine Verfahrensgarantien	39
3. Verfassungsgerichtsbarkeit	39
3.1. Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit	39
3.2. System der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz	40

II. Grundrechtsschutz in Form der Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV	42
III. Fazit	43
2. Teil: Grundrechtsbindung im Rahmen privatrechtlichen Staatshandelns	45
§ 6 Einführung	45
§ 7 Wirkung der Grundrechte in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen zwischen Staat und Privaten	48
I. Unmittelbare Bindung des Staates und privater Träger staatlicher Aufgaben an die Grundrechte	48
1. Unmittelbare Grundrechtsbindung des privat rechtlich handelnden Staates	48
2. Unmittelbare Grundrechtsbindung Privater als Träger staatlicher Aufgaben	52
II. Der Staat als «privater Akteur» – Drittwirkung der Grundrechte und grundrechtliche Schutzpflichten	55
1. Der Staat als «privater Akteur» und Inhaber von Grundrechten	55
2. Charakter der Grundrechte als objektive Grundsatznormen	56
3. Drittwirkungslehre	57
3.1. Direkte Drittwirkung	58
3.2. Indirekte Drittwirkung	58
a) Drittwirkungseignung nach Art. 35 Abs. 3 BV	59
b) Zuständige Behörden nach Art. 35 Abs. 3 BV	60
c) Grundrechtskonforme Auslegung durch die Zivilrichter... ..	60
4. Lehre der grundrechtlichen Schutzpflichten	65
4.1. Inhalt und Grundlagen	65
4.2. Verwirklichung grundrechtlicher Schutzpflichten	66
III. Grundrechte als Richtlinie für den Gesetzgeber	67
1. Pflicht zur grundrechtskonformen Erfüllung von Rechtsetzungsaufträgen	67
2. Pflicht zur Konkretisierung von Grundrechtsinteressen bei Auslagerungserlassen im Besonderen	70

IV. Fazit und Schlussfolgerungen in Bezug auf den Grundrechtsschutz.....	71
§ 8 Grundrechtseinschränkungen durch den privatrechtlich handelnden Staat.....	74
I. Der Begriff des Grundrechtseingriffs.....	74
1. Imperativer Freiheitseingriff	74
2. Materielles Verständnis des Grundrechtseingriffs	74
II. Konstellationen von Grundrechtseinschränkungen.....	76
1. Vorbemerkung.....	76
2. Grundrechtseinschränkungen durch Vertragsabschlussverweigerung oder durch Kündigung eines Vertrages.....	77
3. Grundrechtseinschränkungen im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses	79
III. Einschränkungsvoraussetzungen nach Art. 36 BV	82
IV. Fazit	84
3. Teil: Prozessualer Schutz der Grundrechte	87
§ 9 Vorbemerkung.....	87
§ 10 Bestimmung des Rechtsweges bei privatrechtlichen Streitverhältnissen zwischen Staat und Privaten	88
I. Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den Gerichtsbarkeiten.....	88
II. Grundsatz: Zuständigkeit der Zivilgerichte bei Streitigkeiten zwischen Staat und Privaten aus privatrechtlichem Vertrag.....	88
III. Begründung der Zuständigkeit der Zivilgerichte	90
1. Zuständigkeit kraft gesetzlicher Qualifizierung	90
2. Zuständigkeit kraft Natur der Streitsache	91
2.1. Unterscheidung nach einseitigem und zweiseitigem Staatshandeln.....	92
a) Abgrenzungskriterium Verfügung.....	93
b) Qualifizierung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen als Verfügung?.....	95
c) Gesetzliche Ausweitung des Verfügungsbegriffs.....	95
2.2. Abgrenzung zwischen einem privatrechtlichen und einem verwaltungsrechtlichen Vertrag.....	96

IV. Spezialfall: Gesetzlich vorgeschriebene, zweifache Rechtsschutzverfahren	97
1. Zweistufige Abwicklung des Rechtsschutzes im öffentlichen Beschaffungswesen	97
2. Verwaltungsrechtliches und zivilrechtliches Rechtsschutzverfahren im Kartellrecht.....	98
§ 11 Zivilrechtspflege und öffentliche Rechtspflege im Vergleich.....	101
I. Vorbehalte gegenüber dem Zivilrichter als Grundrechtsschützer.....	101
II. Zur nachfolgenden Untersuchung	104
III. (Grund-) Rechtsschutz in der Zivilrechtspflege	106
1. Die Verfahrensgrundsätze	106
1.1. Dispositionsmaxime	106
1.2. Verhandlungsmaxime.....	107
1.3. Eventualmaxime.....	108
1.4. Frage- und Aufklärungspflicht der Richter	109
1.5. Richterliche Rechtsanwendung von Amtes wegen (iura novit curia).....	109
1.6. Grundsätze für ein gerechtes Verfahren.....	111
1.7. Öffentlichkeitsprinzip.....	112
2. Das Beweisverfahren.....	112
3. Die Klage als Modell des erstinstanzlichen ordentlichen Zivilprozesses	113
3.1. Klagarten	113
a) Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklage.....	113
b) Klagsmöglichkeiten gegen grundrechtsverletzendes privatrechtliches Staatshandeln.....	114
3.2. Prozessvoraussetzungen	115
a) Partei- und Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit sowie Prozessführungsbefugnis	116
b) Rechtsschutzinteresse	117
aa) Rechtsschutzinteresse im Allgemeinen.....	117
bb) Rechtsschutzinteresse Dritter.....	118
3.3. Sachlegitimation.....	119
a) Sachlegitimation im Allgemeinen	119

b)	Sachlegitimation Dritter.....	120
4.	Das Rechtsmittelsystem.....	120
4.1.	Anforderungen an das kantonale Verfahren im Zuge der Totalrevision der Bundesrechtspflege	120
4.2.	Rechtsmittelbefugnis.....	121
4.3.	Prüfungsbefugnis der Rechtsmittelinstanz	121
4.4.	Berufung und Beschwerde im Besonderen	122
5.	Das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz.....	123
5.1.	Beschwerde in Zivilsachen.....	123
a)	Anwendungsbereich.....	123
b)	Beschwerdevoraussetzungen	124
aa)	Anfechtungsobjekt und Beschwerdegründe	124
bb)	Vorinstanzen, Beschwerdelegitimation und Ausschlussgründe	125
5.2.	Subsidiäre Verfassungsbeschwerde	126
a)	Anwendungsbereich.....	126
b)	Beschwerdevoraussetzungen	127
6.	Die Prozesskosten.....	128
7.	Der privatrechtlich handelnde Staat in der Verfassungs- rechtsprechung der kantonalen Zivilgerichte und des Bundesgerichts.....	131
7.1.	Beförderungspflicht der Post? – Zum Streit zwischen der Post und dem VgT zum Ersten (BGE 129 III 35 ff.) ...	131
a)	Sachverhalt.....	131
b)	Entscheidbegründung des Bundesgerichts.....	132
c)	Entscheidbegründung der kantonalen Vorinstanzen.....	134
7.2.	Zum Streit zwischen dem VgT und der Post zum Zweiten (BGr., 20. August 2008, 4A_144/2008/len).....	136
a)	Sachverhalt.....	136
b)	Entscheidbegründung der kantonalen Vorinstanz	136
c)	Entscheidbegründung des Bundesgerichts.....	137
7.3.	Kontrahierungspflicht privater Versicherungs- unternehmen im Zusatzversicherungsgeschäft? (BGr., 1. Juni 2006, 5P.97/2006/bnm).....	138
a)	Sachverhalt.....	138
b)	Entscheidbegründung des Bundesgerichts.....	139

7.4. Widerrechtlicher Vertragsinhalt? – Installation einer Mobilfunkantenne auf einem Kirchturm (Mietgericht Meilen, Urteil und Beschluss vom 19. Dezember 2002, ZR 102 [2003] N. 19).....	140
a) Sachverhalt.....	140
b) Entscheidungsbegründung des Mietgerichts Meilen.....	141
IV. (Grund-) Rechtsschutz in der öffentlichen Rechtspflege	142
1. Die Verfahrensgrundsätze	142
1.1. Dispositionsmaxime	143
1.2. Untersuchungsmaxime	143
1.3. Eventualmaxime.....	144
1.4. Richterliche Rechtsanwendung von Amtes wegen (iura novit curia).....	144
1.5. Grundsätze für ein gerechtes Verfahren.....	145
1.6. Öffentlichkeitsprinzip.....	146
2. Das Beweisverfahren	146
3. Das kantonale gerichtliche Beschwerdeverfahren.....	146
3.1. Anforderungen an das kantonale Verfahren im Zuge der Totalrevision der Bundesrechtspflege.....	146
3.2. Prozessvoraussetzungen	147
a) Anfechtungsobjekt	148
b) Beschwerdelegitimation.....	150
aa) Beschwerdelegitimation im Allgemeinen.....	150
bb) Beschwerdelegitimation Dritter	151
3.3. Prüfungsbefugnis und Entscheid des Gerichts	152
4. Das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz.....	153
4.1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.....	153
a) Anwendungsbereich.....	153
b) Beschwerdevoraussetzungen	154
aa) Anfechtungsobjekt, Beschwerdegründe und Vorinstanzen	154
bb) Beschwerdelegitimation und Ausschlussgründe.....	154
4.2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde	156
5. Die Prozesskosten.....	156

6.	Der privatrechtlich handelnde Staat in der Verfassungsrechtsprechung der kantonalen Verwaltungsgerichte und des Bundesgerichts.....	158
6.1.	Grundrechtsbindung von privatrechtlich handelnden öffentlichen Unternehmen? – Zur Grundrechtsbindung der Schweizerischen Nationalbank (BGE 109 Ib 146 ff.)	158
	a) Sachverhalt.....	158
	b) Begründung der Grundrechtsbindung durch das Bundesgericht	159
6.2.	Grundrechtlich bedingter Anspruch auf Vergabe von Werbeflächen auf Bussen? – Zum Streit zwischen der Allgemeinen Plakatgesellschaft und dem Tierschützer P. (BGE 127 I 84 ff.)	160
	a) Sachverhalt.....	160
	b) Entscheidungsbegründung des Bundesgerichts.....	161
6.3.	Öffnung des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes über den Weg der «Verfügungsfiktion» – Zum Streit zwischen dem Verein «Braderie et Fête de la Montre» und auswärtigen Gewerbetreibenden (BGr., 8. Juni 2001, 2P.96/2000)	163
	a) Sachverhalt.....	163
	b) Entscheidungsbegründung des Bundesgerichts.....	164
6.4.	Ein weiterer Fall einer «Verfügungsfiktion» – Beschwerderecht gegen die Kündigung eines Pachtvertrages (OGE 60/2007/32 vom 9. November 2007)	167
	a) Sachverhalt.....	167
	b) Entscheidungsbegründung des Obergerichts des Kantons Schaffhausen.....	167
V.	Zusammenfassende Würdigung	170
1.	Prozessrechtliche Grundlagen	170
1.1.	Verfahrensgrundsätze und Beweisverfahren.....	170
1.2.	Kognition und Entscheid	172
1.3.	Rechtsschutzlegitimation	173
1.4.	Prozesskosten	175
1.5.	Fazit aus prozessrechtlicher Sicht	176
2.	Verfassungsrechtsprechung der Gerichte	177

2.1. Grundrechtsbindung beim privatrechtlichen Staatshandeln.....	177
2.2. Fazit mit Blick auf die Verfassungsrechtsprechung.....	180
§ 12 Stärkung des Grundrechtsschutzes beim privatrechtlichen Staatshandeln.....	182
I. Zuständigkeitswechsel: Weg vom Zivilrichter hin zum Verwaltungsrichter.....	183
II. Inpflichtnahme und Sensibilisierung der Zivilrichter für den Grundrechtsschutz.....	186
1. ... denn am Zivilrichter führt kein Weg vorbei.....	186
2. «Iura novit curia» und stärkere Gewichtung der gerichtlichen Fragepflicht.....	187
3. Grundrechtsbindung nach Art. 35 BV.....	188
III. Betonung des «präventiven Grundrechtsschutzes».....	189
1. Gebot des grundrechtskonformen Handelns der staatlichen Aufgabenträger.....	190
2. Grundrechte als Gesetzgebungsauftrag.....	190
§ 13 Schlussbetrachtung.....	192