

Der Staat hat niemals ein Recht auf Willkür, in welcher Rechtsform er auch immer auftritt. Nach rechtsstaatlicher Lehre und Rechtsprechung ist das Gemeinwesen auch dann vollumfänglich an die Grundrechte gebunden, wenn es in den Formen des Privatrechtes tätig wird (sog. Fiskalgeltung der Grundrechte)¹². Die "Flucht in das Privatrecht" wird zumindest aus grundrechtlicher Sicht nicht honoriert. Dem Staatsgerichtshof hat seine langjährige Praxis nach entsprechender Kritik¹³ mit Urteil vom 30. August 1996¹⁴ modifiziert:

"Um nun aber unabhängig vom vorliegenden Fall eine allfällige unzulässige Flucht ins Privatrecht überhaupt wirkungsvoll sanktionieren zu können, braucht es eine öffentlichrechtliche Kontrolle auch über die Privatwirtschaftsverwaltung. Und auch bei zulässiger Verwendung des Privatrechts durch die Verwaltung erscheint es nicht vertretbar, dass hier rechtsfreie Räume ohne jegliche verwaltungsrechtliche Kontrolle entstehen. Denn der im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung offene zivile Rechtsweg steht nur den Vertragspartnern zur Verfügung. Gegen die allfällige Verletzung öffentlicher Interessen oder der Interessen spezifisch betroffener Dritter bietet der Zivilrechtsweg indessen keinen Rechtsschutz".

Faktisch ergibt sich bei den privatrechtlichen Handlungsformen jedoch ein etwas grösserer Spielraum der Verwaltung, da sie – je nach Sachgebiet – nicht direkt an die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts (gesetzliche Grundlage oder Verhältnismässigkeit) gebunden ist.

¹² Vgl. das schweizerische Bundesgericht BGE 109 Ib 155 oder das Urteil vom 10.7.1986, ZBl. 1987, S. 205 ff. (208); Häfelin/Müller Nr. 237; Yvo Hangartner, Öffentlichrechtliche Bindungen privatrechtlicher Tätigkeit des Gemeinwesens, in: Festschrift für Mario Pedrazzini, Bern 1990, S. 129 ff. (143); Antonioli/Koja, S. 39 und Adamovich/Funk, S. 147, 152 f. betonen für die österreichische Situation nur Geltung des Gleichheitssatzes. In der deutschen Literatur ist die Bindung des Gemeinwesens auch in seinen privatrechtlichen Handlungsformen an die Grundrechte unbestritten: Hesse, Verfassungsrecht Nr. 345–348; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988, S. 71 ff. und Band III/1, S. 1396 ff.; Höfling, S. 73. In Österreich wird die fehlende Fiskalgeltung der Grundrechte kritisiert; sie müsste durch den Verfassungsgeber eingeführt werden, vgl. Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht Nr. 1333 m.H.

¹³ Vgl. Höfling, S. 73 f.

¹⁴ StGH 1996/5, Urteil vom 30.8.1996, LES 1997, S. 141 (147).