

recht

6/13

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

31. Jahrgang

Inhalt

Abhandlungen

- 249 *Christoph Müller/Olivier Riske*
**Einziehung von Fahrzeugen gemäss Artikel 90a SVG:
verfassungsrechtlich heikel – privatrechtlich
problematisch**
- 263 *Daniel Moeckli*
Politische Werbung auf öffentlichem Grund
- 276 *Marc Thommen*
**Art. 333 Abs. 7 StGB
Grenzenlose Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht?**
-

Rechtsprechung

- 289 *Peter V. Kunz*
**Retrozessionen im Wandel der Zeit
Praxisentwicklungen durch BGE 138 III 755**



Impressum

Schriftleitung: lic. iur. Thomas Schneider

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach 5662, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 62 15, Fax 031 300 66 88
E-Mail: Redaktion@recht.ch

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «recht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

Die Zeitschrift erscheint sechsmal jährlich, im Februar, April, Juni, August, Oktober, Dezember.

Abonnementspreise 2013

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 172.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 119.–

Ausland: CHF 181.–

Onlineabo: CHF 134.–

Einzelheft: CHF 22.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 43, Fax 031 300 63 90,
abonnemente@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 82, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2013

Gesamtherstellung: Stämpfli Publikationen AG, Bern

Printed in Switzerland, ISSN 0253-9810

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Extraordinarius für Privatrecht, Universität Basel

PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

CHRISTOPH MÜLLER

Professor für Vertragsrecht, Privatrechtsvergleichung und Europäisches Privatrecht, Universität Neuenburg

ALEXANDRA RUMO-JUNGO

Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Universität Luzern

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für öffentliches Recht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht und öffentliches Prozessrecht, Universität Basel

Daniel Moeckli

Politische Werbung auf öffentlichem Grund

Das schweizerische Bundesgericht hat in den letzten Jahren mehrere wichtige Entscheide zur Zulässigkeit politischer Werbung auf öffentlichem Grund gefällt. Der vorliegende Beitrag soll im Sinne eines Überblicks die wichtigsten Entwicklungen in seiner jüngsten Rechtsprechung wie auch in jener des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nachzeichnen und kritisch beleuchten. Das Hauptaugenmerk wird dabei auf die Grundrechtskonformität von Einschränkungen politischer Werbung auf öffentlichem Grund gelegt.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Politische Werbung: Begriff und Schutz
3. Öffentlicher Grund
4. Grundrechtsbindung
5. Einschränkungen politischer Werbung auf öffentlichem Grund
 - 5.1 Dogmatischer Hintergrund
 - 5.2 Form der Werbung
 - 5.3 Inhalt der Werbung
6. Ausblick

1. Einleitung

Schwarze Schäfchen, raketenähnliche Minarette, «Da ist wahrscheinlich kein Gott» – ein paar Stichwörter genügen, um die Wirkung und Brisanz politischer Werbeaktionen auf öffentlichem Grund zu vergegenwärtigen. Auch im digitalen Zeitalter sind öffentliche Strassen und Plätze ein zentrales Forum der Meinungsbildung. Angesichts der «digitalen Spaltung» kann man sich sogar auf den Standpunkt stellen, dass dem öffentlichen Grund eine wichtigere Funktion zukommt als je zuvor: Anders als im virtuellen Raum ist es hier noch möglich, das Publikum in seiner ganzen Breite und Heterogenität zu erreichen.¹ Die Gewährleistung des freien und gleichen Zugangs zum physischen Teil des «marketplace of ideas»², gerade auch für Zwecke der politischen Werbung, bleibt deshalb von eminenter Bedeutung.

2. Politische Werbung: Begriff und Schutz

Was ist unter politischer Werbung zu verstehen? Eine Legaldefinition des Begriffs findet sich in der Gesetzgebung über Radio und Fernsehen. Diese verbietet politische Werbung in Radio und Fernsehen, um zu «verhindern, dass die demokratische Willensbildung durch wirtschaftlich mächtige Akteure einseitig beeinflusst werden kann».³ Gemäss Art. 2 Bst. k RTVG⁴ gilt als «Werbung» unter anderem «jede öffentliche Äusserung im Programm, welche (...) die Unterstützung einer Sache oder Idee oder die Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden oder vom Rundfunkveranstalter selbst gewünschten Wirkung zum Zweck hat».⁵ Art. 10 Abs. 1 Bst. d RTVG definiert «politische Werbung»⁶ als «Werbung für politische Parteien, für Personen, die politische Ämter innehaben oder dafür kandidieren sowie für Themen, welche Gegenstand von Volksabstimmungen sind». Das RTVG beschränkt also den Begriff der politischen Werbung, nicht zuletzt, um den vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seinem ersten VgT-Urteil gemachten Vorgaben Genüge zu tun,⁷ auf jenen «Kernbereich, in welchem der demokratische Prozess in Form von Abstimmungen und Wahlen direkt berührt ist».⁸

Politische Werbung ist aber nicht an Radio und Fernsehen gebunden, sondern bedient sich auch zahlreicher anderer medialer Instrumente wie An-

³ Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1569, 1676.

⁴ Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006; SR 784.40.

⁵ Nicht zwingender Begriffsbestandteil ist demgegenüber die in Art. 2 Bst. k RTVG ebenfalls aufgeführte Entgeltlichkeit. Philipp Mäder, Das Verbot politischer Werbung im Fernsehen, Zürich 2007, 157 f.

⁶ Der Begriff findet sich ausdrücklich in der Marginalie von Art. 17 RTVV (Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007; SR 784.401), der Art. 10 Abs. 1 Bst. d RTVG konkretisiert.

⁷ EGMR, VgT Verein gegen Tierfabriken gegen Schweiz, Beschwerde Nr. 24699/94, Urteil vom 28. Juni 2001.

⁸ Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) (Fn. 3), 1676.

Prof. Dr. Daniel Moeckli, LL.M., Assistenzprofessor für Völkerrecht und Staatsrecht an der Universität Zürich. Ich danke Herrn lic. iur. Raphael Keller herzlich für seine wertvollen Hinweise.

¹ Zur «digitalen Spaltung» vgl. Bundesamt für Berufsbildung und Technologie, Digitale Spaltung in der Schweiz: Bericht zuhanden des Bundesrates, Juni 2004. Die Untersuchung zeigte zum Beispiel, dass nur 28% der Personen mit höchstens obligatorischer Schulbildung regelmässig das Internet nutzten, während die Nutzungsquote von Personen mit Hochschulabschluss bei 80% lag (S. 19).

² Vgl. US Supreme Court, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (abweichendes Sondervotum Richter Holmes).

zeigen, Zeitschriften, Flugblätter, Aufkleber oder Plakate, die auf verschiedensten Foren verbreitet werden.⁹ Ausserhalb des Anwendungsbereichs des RTVG wird der Begriff der politischen Werbung in der Regel in einem weiteren Sinn verwendet; er bezeichnet allgemein das Bemühen, im Hinblick auf bestimmte politische Ziele durch Einwegkommunikation die Einstellungen, Denkweisen oder das Verhalten von Adressaten zu beeinflussen. Eine Nähe zu einer Abstimmung oder Wahl wird nicht vorausgesetzt. Vielmehr kann die bezweckte Einflussnahme irgendwelche (potenziell) politischen Themen betreffen.¹⁰ Eines der wichtigsten Foren für politische Werbung ist der öffentliche Grund. Zu den Mitteln der politischen Werbung auf öffentlichem Grund gehören insbesondere örtlich fixierte Reklamen wie Plakate, Bemalungen, Transparente, Prismenwender oder Bildschirme, bewegliche Werbung durch Fussgänger («Sandwichmänner») oder Fahrzeuge, das Verteilen von Flugblättern, die Durchführung von Standaktionen, die Aufführung von Strassentheatern oder Konzerten sowie der Einsatz von Lautsprechern.

Geschützt wird politische Werbung zunächst einmal regelmässig durch das Recht der freien Meinungsäusserung und -verbreitung nach Art. 16 Abs. 2 BV,¹¹ das «als allgemeines Grundrecht der freien Kommunikation» bezeichnet werden kann.¹² Bei spezifischen Kommunikationsformen oder -inhalten können andere Grundrechte zur Anwendung gelangen: die Pressefreiheit (Art. 17 Abs. 1 BV), soweit Druckerzeugnisse (Zeitschriften, Bücher, Flugblätter usw.) verteilt werden,¹³ die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) bei politischen Aktionen, die Strassentheater, Konzerte oder Lesungen beinhalten,¹⁴ die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) bei von mehreren Personen gemeinschaftlich durchgeführten Formen der politischen Werbung.¹⁵ Doch nicht nur die Kommunikationsgrundrechte sind einschlägig. Aktionen, die auf das Sammeln von Unterschriften abzielen, fallen in den Schutzbereich der politischen Rechte (Art. 34 BV) bzw. des Petitionsrechts (Art. 33 BV).¹⁶ Wenn sich die politischen mit religiösen Inhalten vermischen,

kann die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) relevant werden.¹⁷

Äusserungen zu politischen Fragen und Problemen von öffentlichem Interesse kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR ein besonderer Stellenwert zu.¹⁸ Politische Werbung geniesst daher stärkeren Schutz als die durch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) geschützte kommerzielle Werbung.¹⁹ Die kommunalen Nutzungsordnungen sehen denn auch für Erstere häufig grosszügigere Zulassungsvorschriften vor.²⁰ Massgebend für die Abgrenzung ist der Inhalt der Äusserung: Steht das Anpreisen von Waren oder Dienstleistungen eindeutig im Vordergrund, greift die Wirtschaftsfreiheit.²¹ Im Fall *Mouvement raëlien suisse gegen Schweiz* lehnte es die Grosse Kammer des EGMR ab, einer Werbeaktion einer sektenähnlichen Gruppierung den gleich starken Schutz wie politischen Äusserungen zukommen zu lassen. Die Bewegung wollte mit einer Plakatkampagne auf ihre Website aufmerksam machen, auf der das Klonen und die «Geniokratie» (die Herrschaft der Genies) propagiert werden. Die Polizeidirektion der Stadt Neuchâtel untersagte den Aushang des Plakats auf öffentlichem Grund. Obwohl der EGMR anerkannte, dass mit der Werbeaktion keine Produkte angepriesen werden sollten, hielt er fest, sie sei im Kern nicht politischer Natur, sondern mit kommerzieller Werbung zu vergleichen. Ihr primäres Ziel sei die Bekehrung von Menschen, nicht die Beeinflussung der politischen Debatte in der Schweiz.²² In der Folge räumte der Gerichtshof den nationalen Behörden einen grossen Ermessensspielraum ein und prüfte lediglich, ob ihre Beurteilung des Falles vernünftig war.²³

Die Meinungsäusserungsfreiheit schützt zwar auch die freie Wahl der Kommunikationsmittel,²⁴ vermittelt dem Einzelnen «aber keinen allgemeinen Anspruch, für die Verbreitung seiner Meinung vor-

⁹ Günter Bentele, Politische Öffentlichkeitsarbeit, in: Ulrich Sarcinelli (Hrsg.), Politikvermittlung und Demokratie in der Mediengesellschaft: Beiträge zur politischen Kommunikationskultur, Wiesbaden 1998, 124, 131 f.

¹⁰ Vgl. z. B. Bentele (Fn. 9), 131 f.; Günter Bentele, Stichwort «Werbung», in: Otfried Jarren/Ulrich Sarcinelli/Ulrich Saxer (Hrsg.), Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft: Ein Handbuch mit Lexikonteil, Opladen 1998, 739.

¹¹ BGE 138 I 274 E. 2.2.1 S. 281.

¹² BGE 127 I 145 E. 4b S. 151.

¹³ BGE 105 Ia 15 E. 4 S. 21.

¹⁴ Vgl. BGer, 1C_312/2010, 8. Dezember 2010, E. 4.1; BGE 127 I 164 E. 3b S. 168.

¹⁵ BGE 100 Ia 392 E. 5 S. 401.

¹⁶ BGE 135 I 302 E. 4.2 S. 311.

¹⁷ BGer, 1P.336/2005, 20. September 2005, E. 4; EGMR, *Mouvement raëlien suisse gegen Schweiz* [GC], Beschwerde Nr. 16354/06, Urteil vom 13. Juli 2012, §§ 79 f.

¹⁸ BGE 131 IV 23 E. 3.1 S. 28; EGMR, *Stoll gegen Schweiz* [GC], Beschwerde Nr. 69698/01, Urteil vom 10. Dezember 2007, § 106.

¹⁹ BGE 126 I 133 E. 4d S. 140 unter Hinweis auf Tobias Jaag, Gemeindegebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, in: ZBl 1992 145, 158 f.; Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, 371, 1062.

²⁰ Vergleiche z. B. Art. 24 Abs. 1 mit Art. 17 Verordnung der Stadt Zürich über die Benutzung des öffentlichen Grundes vom 23. November 2011 (Benutzungsordnung; AS 551.210).

²¹ Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, 221.

²² EGMR, *Mouvement raëlien suisse gegen Schweiz* [GC], Beschwerde Nr. 16354/06, Urteil vom 13. Juli 2012, § 62.

²³ EGMR, *Mouvement raëlien suisse gegen Schweiz* [GC], Beschwerde Nr. 16354/06, Urteil vom 13. Juli 2012, §§ 62–66, 72. Kritisch dazu Markus Schefer, Urteil der Grossen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (No 16354/06 «Mouvement raëlien suisse c. Schweiz»), in: Medialex 2012 211, 212.

²⁴ BGE 117 Ia 472 E. 3c S. 478 f.

handene Medien beliebig in Anspruch nehmen zu können.»²⁵ Insbesondere besteht grundsätzlich kein «Recht auf Antenne» im Sinne eines Anspruchs auf Ausstrahlung bestimmter Informationen im Radio oder Fernsehen.²⁶ Hingegen anerkennt das Bundesgericht einen «bedingten Anspruch» auf Benutzung des öffentlichen Grundes zur Ausübung der Kommunikationsgrundrechte.²⁷

3. Öffentlicher Grund

Was gehört zum öffentlichen Grund, auf dessen Benutzung ein «bedingter Anspruch» besteht? Der Begriff des öffentlichen Grundes wird zwar in der Rechtsetzung,²⁸ Rechtsprechung²⁹ und Literatur³⁰ verwendet, hat aber keine feste, präzise umschriebene juristische Bedeutung. Normalerweise dient er als Sammelbegriff für allgemein zugängliche Flächen in besiedeltem Gebiet, insbesondere Strassen und Plätze.³¹ In den Kategorien des öffentlichen Sachenrechts gedacht, gehört der öffentliche Grund zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, d. h. den Sachen, die der Allgemeinheit zur Benutzung offen stehen.³² Der Begriff öffentlicher Grund bezeichnet dabei jene öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, die künstlich geschaffen worden sind. Dazu gehören abgesehen von Strassen und Plätzen auch Fusswege, Laubengänge,³³ öffentliche Parkanlagen sowie der Öffentlichkeit zugängliche Teile von Bahnhöfen (Bahnhofshallen, Unterführungen, Ladenpassagen und Perrons).³⁴

Entscheidendes Kriterium für die Zuordnung zum öffentlichen Grund ist also die allgemeine Zugänglichkeit. Diese ergibt sich in der Regel aus einer Widmung, mit der die betreffende Sache zur Benutzung durch die Allgemeinheit für einen bestimmten Zweck bestimmt wird.³⁵ Die Widmung wiederum

setzt die Verfügungsmacht des Gemeinwesens voraus.³⁶ Irrelevant ist hingegen die Eigentümerstellung – so können etwa auch im Privateigentum stehende Strassen, Plätze oder Bahnhofsareale der Allgemeinheit zur Benutzung offen stehen und somit zum öffentlichen Grund gehören.³⁷

Abzugrenzen ist der öffentliche Grund vom Verwaltungsvermögen. Dieses umfasst jene Werte, die den Behörden für die Besorgung von öffentlichen Aufgaben dienen bzw. – im Fall von Anstaltsachen – einem beschränkten Kreis von privaten Benutzern zur Verfügung stehen.³⁸ Gewisse Teile des Verwaltungsvermögens (z. B. Gemeindesäle, Museen, Schwimmbäder oder öffentliche Transportmittel) stehen zwar – wie der öffentliche Grund – einem breiten Publikum offen, doch deren Benutzung setzt – der Zweckbestimmung der Sache entsprechend – regelmässig eine vorgängige Zulassung voraus, die an bestimmte Bedingungen (z. B. Entrichten einer Eintritts- oder Fahrgebühr) geknüpft wird. Zudem kann sie von vornherein einem bestimmten Personenkreis (z. B. Gemeindeeinwohnern) vorbehalten werden.³⁹

Trotzdem hat das Bundesgericht auch in Bezug auf Gemeindesäle einen bedingten grundrechtlichen Anspruch auf deren Nutzung (in den vorliegenden Fällen für die Durchführung politischer Veranstaltungen durch Private) anerkannt; diese seien dem öffentlichen Grund gleichzustellen. Allerdings müsse den Umständen des Einzelfalles Rechnung getragen werden, insbesondere sei von Bedeutung, ob andere geeignete Räumlichkeiten zur Verfügung stehen.⁴⁰ Gleichfalls bejaht worden ist ein Anspruch auf die Benutzung eines Saales in einem Kirchen- und Begegnungszentrum für die Durchführung eines Konzertes durch eine politische Partei.⁴¹ Hingegen hat es das Bundesgericht in BGE 127 I 84 («Busbemalung») abgelehnt, einen grundrechtlichen Anspruch auf Anbringung eines politischen Werbetextes auf den Aussenflächen von Bussen eines öffentlichen Verkehrsbetriebes anzuerkennen. Anders als bei Kommunikationsformen, die nur auf dem öffentlichen Grund sinnvoll möglich sind, stünden für diese Art von Werbung genügend andere geeignete Flächen bzw. Mittel zur Verfügung.⁴²

²⁵ BGE 127 I 84 E. 4b S. 88.

²⁶ BGE 134 I 2 E. 3.2.1 S. 6. Ausnahmsweise kann sich ein solcher Anspruch aber aus dem Gebot der Chancengleichheit und der Neutralitätspflicht des Staates ergeben, insbesondere im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen. BGE 136 I 167 E. 3.3.2 S. 174.

²⁷ BGE 138 I 274 E. 2.2.2 S. 282; 135 I 302 E. 3.2 S. 308; 127 I 164 E. 3c S. 171. Zum «bedingten Anspruch» vgl. Ziff. 5.1.3.

²⁸ Z. B. Benutzungsordnung (Fn. 20).

²⁹ Z. B. BGE 135 I 302 E. 3.1 S. 306.

³⁰ Z. B. Müller/Schefer (Fn. 19), 426 ff., 652 ff.

³¹ André Werner Moser, Der öffentliche Grund und seine Benützung: im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Bern 2011, 141 f.

³² Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 2346.

³³ Vgl. für die Berner Laubengänge Art. 85 Abs. 1 Bauordnung der Stadt Bern vom 24. September 2006 (BO; SSSB 721.1).

³⁴ Vgl. Jaag (Fn. 19), 147 f., 167 f.; Lukas Mathis, Die Ausübung politischer Rechte auf Bahnhofsarealen, in: Jusletter 12. Dezember 2011, Rz. 19 ff.; Moser (Fn. 31), 172 ff.; Ursula Wyssmann, Nutzungskonflikte im öffentlichen Raum: Dargestellt am Beispiel des Bahnhofs Bern, Zürich/St. Gallen 2009, 54.

³⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 32), Rz. 2349; Pierre Moor, Droit administratif – Volume III, Bern 1992, 272 f.

³⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 32), Rz. 2350; Moor (Fn. 35), 270.

³⁷ Für Strassen und Plätze: BGE 127 I 164 E. 5b/bb S. 178 f.; 94 I 569 E. 2.a S. 575. Für Bahnhofsareale: Verfügung 042/2011-10-27/332 des Bundesamtes für Verkehr vom 23. November 2011, E. A, B.4, B.7.

³⁸ Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 48, Rz. 13 f.

³⁹ BGE 100 Ia 287 E. 3a–b S. 291 f.; Jaag (Fn. 19), 163.

⁴⁰ BGer, 1P.304/1990, 18. Februar 1991, in: ZBl 1992 40 E. 3; un- veröffentlichtes Urteil des BGer P.170/1978, 19. März 1980.

⁴¹ Entscheid des Zuger Regierungsrates vom 7. Dezember 1992, in: ZBl 1993 320.

⁴² BGE 127 I 84 E. 4b S. 88 f.

Während das Vorhandensein von Ausweichmöglichkeiten bei der Interessenabwägung durchaus von Bedeutung sein kann, erscheint es fragwürdig, bereits den Anspruch auf Nutzung vom Fehlen von Alternativen abhängig zu machen.⁴³ In einem praktisch gleich gelagerten Fall erörterte der kanadische Supreme Court stattdessen die *tatsächliche Funktion*, die öffentlichen Verkehrsmitteln zukommt. Das Gericht kam zum Schluss, städtische Busse würden heute – ähnlich wie öffentliche Strassen und Plätze – auf mannigfaltige Weise für Kommunikationszwecke genutzt, was im Übrigen ihren ordentlichen Gebrauch für den Transport in keiner Art beeinträchtigt. Dementsprechend bejahte es einen (beschränkbar) grundrechtlichen Anspruch auf Nutzung ihrer Aussenflächen für politische Werbung.⁴⁴

Diesem Ansatz scheint nun auch das Bundesgericht zu folgen. In einem Fall, der das der Stadt Genf gehörende Alhambra-Theater betraf, ging es implizit davon aus, dass ein grundrechtlicher Anspruch auf dessen Miete zwecks Aufführung eines satirischen Schauspiels mit politischem Hintergrund besteht. Daran änderte laut ausdrücklicher Feststellung des Bundesgerichts auch nichts, dass der Gesuchsteller anderswo in Genf hätte auftreten können.⁴⁵ In BGE 138 I 274 («SBB-Palästina») hatte es sich mit einem Verbot des Aushangs eines israelkritischen Plakats im Bahnhof Zürich zu befassen. Dabei liess es die Frage offen, ob es sich bei einer Bahnhofswand um eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch oder Verwaltungsvermögen handelt. Selbst wenn Zirkulationsflächen in Bahnhöfen Verwaltungsvermögen darstellen sollten, seien sie jedenfalls aufgrund ihres grossen Benutzerkreises und der Befriedigung ähnlicher Bedürfnisse wie in einer Fussgängerzone (Treffpunkt, Kommunikationszone, Konsum usw.) «fast identisch» mit öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Deshalb sei ein «bedingter Anspruch» auf Aushang eines Plakats zu bejahen.⁴⁶ Dem von den SBB vorgebrachten Argument, Plakate könnten auch in unmittelbarer Nähe des Bahnhofs und an anderen gut frequentierten Lagen aufgehängt werden, womit ein solcher Anspruch in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu öffentlichen Verkehrsmitteln entfalle,⁴⁷ schenkte das Bundesgericht keine Beachtung. Das Vorliegen eines grundrechtlichen («bedingten») Anspruchs auf Benutzung hängt somit nicht von der abstrakten

Qualifikation der betreffenden Sache als öffentliche Sache im Gemeingebrauch oder dem Fehlen von Ausweichmöglichkeiten ab. Entscheidend ist vielmehr die konkrete Funktion, die der Sache zukommt bzw. zukommen soll: Soll sie als «Forum der politischen Kommunikation»⁴⁸ dienen?

4. Grundrechtsbindung

Gelegentlich – so auch im «SBB-Palästina-Fall»⁴⁹ – ist strittig, ob die Behörde, die über die Zulassung einer Werbung auf öffentlichem Grund entscheidet, überhaupt an die Grundrechte gebunden ist. Als Regel gilt, dass *der Staat* der Bindung an die Grundrechte in allen seinen Erscheinungsformen unterliegt, unabhängig von der Rechtsnatur seines Handelns.⁵⁰ «Die Grundrechte der Bürger müssen grundsätzlich auch dann gewahrt werden, wenn das Gemeinwesen privatrechtlich handelt; «privat-autonome Willkür», wie sie die Privaten besitzen, steht dem Staat nicht zu.»⁵¹ In der Lehre ist überzeugend dargelegt worden, dass sich die Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV auf *sämtliches Handeln* des Staates beziehen muss, auch seine unternehmerischen Tätigkeiten.⁵² Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass der Staat nur insoweit an die Grundrechte gebunden ist, als er *unmittelbar* staatliche Aufgaben erfüllt,⁵³ wird man für den hier interessierenden Zusammenhang die Grundrechtsbindung regelmässig bejahen müssen. Denn die Verwaltung von öffentlichem Grund stellt eine Staatsaufgabe dar.⁵⁴ In seinem «SBB-Palästina-Urteil» hielt das Bundesgericht fest, dass selbst die Bewirtschaftung kommerzieller Werbeflächen in Bahnhöfen Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe ist, weshalb es die Grundrechtsbindung der SBB bejahte.⁵⁵

Seiner Grundrechtsverantwortung kann sich der Staat auch nicht dadurch entziehen, dass er die Verwaltung des öffentlichen Grundes *einem Privaten* (z. B. einer Plakatgesellschaft) überträgt. Eine solche Übertragung beinhaltet immer die Übertra-

⁴⁸ BGE 138 I 274 E. 3.4.1 S. 286.

⁴⁹ Vgl. Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 6 ff.

⁵⁰ Giovanni Biaggini, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 35, Rz. 9.

⁵¹ BGE 127 I 84 E. 4c S. 90.

⁵² Vgl. etwa Yvo Hangartner, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, in: AJP 2000 515; Georg Müller, Schutzwirkung der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VII/2, Heidelberg 2007, § 204, Rz. 14 ff.

⁵³ So etwa Philipp Häsler, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, 119 ff., 129; Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 38), § 42, Rz. 6 f.

⁵⁴ Bernhard Rüttsche, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 2013 153, 158; Gerhard Schmid/Felix Uhlmann, Öffentliche Unternehmen in den Untiefen zwischen Grundrechtsbindung, Gewinnorientierung und Sachen im Gemeingebrauch, in: ZBl 2002 337, 343 f.

⁵⁵ BGE 138 I 274 E. 1.4 S. 278 f., E. 2.2.1 S. 281.

⁴³ So auch Markus Heer, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, Zürich 2006, 36 f.

⁴⁴ Supreme Court of Canada, *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students – British Columbia Component*, (2009) 2 SCR 295, §§ 39 ff.

⁴⁵ BGER, 1C_312/2010, 8. Dezember 2010, E. 7.

⁴⁶ BGE 138 I 274 E. 2.3.2 f. S. 283 ff.

⁴⁷ Vgl. Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 9.2.

gung öffentlicher Aufgaben und führt somit zu einer Grundrechtsbindung des Privaten.⁵⁶ Der Staat muss durch entsprechende Gestaltung des Übertragungsakts und den Vorbehalt von Interventionsmöglichkeiten für die grundrechtskonforme Erfüllung der Aufgabe sorgen.⁵⁷

Während die Grundrechtsbindung bei Entscheidungen betreffend die Zulassung von politischer Werbung auf öffentlichem Grund somit durchgehend zu bejahen sein wird, kann deren *Intensität* sachbezogen variieren. So sind gemäss Bundesgericht im Bereich der kommerziellen Nutzung öffentlicher Sachen (im betreffenden Fall von Werbeflächen) die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung weniger streng, weil das Gleichbehandlungsgebot mit dem Bedürfnis nach unternehmerischer Freiheit kollidiert. Dies treffe insbesondere dann zu, wenn das Gemeinwesen im Wettbewerb mit privaten Anbietern steht.⁵⁸

5. Einschränkungen politischer Werbung auf öffentlichem Grund

5.1 Dogmatischer Hintergrund

In der schweizerischen Rechtsprechung, teilweise auch in der Lehre, haben sich in Bezug auf die Benutzung des öffentlichen Grundes mehrere, eng miteinander verknüpfte rechtliche Qualifikationen bzw. dogmatische Figuren eingebürgert, die wichtige Folgen für die Einschränkung der «bodenrelevanten» Grundrechte – und somit auch der politischen Werbung auf öffentlichem Grund – haben. Wie die Zulässigkeit politischer Werbung auf öffentlichem Grund in einem konkreten Fall beurteilt wird, hängt nicht zuletzt davon ab, wie die entscheidende Behörde diese rechtlichen Qualifikationen vornimmt und welches Gewicht sie ihnen beimisst. Dies wiederum wird davon beeinflusst, ob ein primär verwaltungsrechtlicher oder grundrechtsbezogener Zugang zu den entsprechenden Fragen gewählt wird.⁵⁹ Im Folgenden werden die verschiedenen Qualifikationen kurz dargestellt und kritisch beleuchtet.

5.1.1 Eigentümerähnliche Stellung des Gemeinwesens

Die Rechtsprechung beruhte lange auf einer obrigkeitsstaatlich geprägten, ausschliesslich verwaltungsrechtlich-fokussierten Konzeptualisierung der

öffentlichen Strassen und Plätze.⁶⁰ Danach erscheint der öffentliche Grund als eine Domäne des Gemeinwesens, «über das es in Freiheit verfügen, mit dem es nach freiem Ermessen (wenn auch nicht willkürlich) schalten und walten darf».⁶¹ Die Nachwirkungen dieses Verständnisses, die den Staat als «en quelque sorte propriétaire» des öffentlichen Grundes sieht,⁶² sind noch heute erkennbar. So kann gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts die Sachherrschaft des Gemeinwesens über den öffentlichen Grund die rechtssatzmässige Grundlage ersetzen: Eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung kann, selbst wo es um die Ausübung von Grundrechten geht, auch ohne gesetzliche Grundlage von einer Bewilligung abhängig gemacht werden.⁶³ Die Lehre kritisiert diese Praxis zu Recht als nicht mit Art. 36 Abs. 1 BV vereinbar.⁶⁴ Weder die BV noch die EMRK sehen eine Ausnahme vom Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe gestützt auf die öffentliche Sachherrschaft vor. Trotzdem hat die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts unlängst im «SBB-Palästina-Urteil» an der Praxis festgehalten.⁶⁵ Demnach darf politische Werbung, die als gesteigerter Gemeingebrauch zu qualifizieren ist, auch ohne gesetzliche Grundlage eingeschränkt werden. Allerdings scheint man sich in Lausanne nicht völlig einig zu sein: Bloss zwei Monate vor dem «SBB-Palästina-Urteil» hatte die I. öffentlich-rechtliche Abteilung noch das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage geprüft, als sie das Verbot einer politischen Standaktion auf öffentlichem Grund zu beurteilen hatte.⁶⁶ Eine weitere Folge der Charakterisierung des Staates als Eigentümer des öffentlichen Grundes ist die (immer noch) verbreitete Vorstellung, dass ihm dort gemachte Äusserungen bis zu einem gewissen Grad zuzurechnen sind. Darauf ist zurückzukommen (vgl. Ziff. 5.3.1).

5.1.2 Zulassung zum öffentlichen Grund als positive staatliche Leistung

Eng im Zusammenhang mit dieser obrigkeitsstaatlich geprägten Konzeptualisierung der öffentlichen Strassen und Plätze steht die Qualifikation der Erlaubnis zur Benutzung des öffentlichen Grundes –

⁶⁰ Vgl. etwa *Urs Saxer*, Die Grundrechte und die Benutzung öffentlicher Strassen, Zürich 1988, 48, 121.

⁶¹ *Peter Saladin*, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., Bern 1982, 250 f.

⁶² So *Jean-François Aubert*, Traité de droit constitutionnel suisse, Supplément 1967–1982, Neuchâtel 1982, Rz. 1773^{ter}.

⁶³ Vgl. etwa BGE 121 I 279 E. 2b S. 283; 105 Ia 91 E. 2 S. 93; 96 I 219 E. 5 S. 225.

⁶⁴ Statt vieler: *Giorgio Malinverni*, L'exercice des libertés idéales sur le domaine public, in: *François Bellanger/Thierry Tanquerel* (Hrsg.), Le domaine public, Genf/Zürich/Basel 2004, 25, 30 f.; *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 38), § 51 Rz. 13 ff.

⁶⁵ BGE 138 I 274 E. 3.3 S. 286.

⁶⁶ BGer, 1C_9/2012, 7. Mai 2012, E. 2.2 und 2.3. Vgl. auch bereits BGer, 1P.336/2005, 20. September 2005, E. 5.4.

⁵⁶ BGer, 2P.96/2000, 8. Juni 2001, in: ZBI 2001 656, E. 5b S. 660.

⁵⁷ BGE 127 I 84 E. 4c S. 90; BGer, 2P.96/2000, 8. Juni 2001, in: ZBI 2001 656, E. 5b S. 660.

⁵⁸ BGE 127 I 84 E. 4c S. 90 f.

⁵⁹ *Patrik Louis/Benjamin Schindler*, Verwaltungsrecht und Grundrechte als «Türen» zum öffentlichen Raum, AJP 2013 796.

zumindest soweit es um gesteigerten Gemeingebrauch geht – als positives staatliches Tun. Der öffentliche Grund wird in der Terminologie des Bundesgerichts «zur Verfügung gestellt»,⁶⁷ es geht um eine «positive Leistung des Staates».⁶⁸ Daraus folge, dass Kundgebungen auf öffentlichem Grund «weiter gehenden Beschränkungen unterworfen werden» dürften als solche auf privatem Boden.⁶⁹ Gemäss dem Zürcher Verwaltungsgericht gilt dies selbst in Bezug auf *inhaltliche* Einschränkungen von Meinungsäusserungen.⁷⁰ Auch im Hinblick auf die von der EMRK garantierten Rechte kann die Qualifikation als positive Leistung wichtige Folgen für die Beurteilung von Einschränkungen haben, wendet doch der EGMR bei «obligations positives» bzw. Leistungsansprüchen einen weniger strengen Prüfmasstab an als bei «obligations négatives» bzw. Abwehrensprüchen.⁷¹

Natürlich trifft es zu, dass die Nutzung des öffentlichen Grundes staatliche Leistungen voraussetzt bzw. nach sich zieht (Unterhalt der Strassen, Absperrungen usw.). Doch daraus folgt nicht, dass jede Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes als Geltendmachung eines Leistungsanspruchs zu qualifizieren wäre. Ansonsten würde die Kategorie der Abwehrrechte völlig hinfällig, da alle Grundrechte in einem gewissen Umfang staatliches Handeln (z. B. Schaffung von Infrastruktur) erforderlich machen. Wenn man überhaupt an der Unterscheidung zwischen Abwehr- und Leistungsrechten festhalten will, muss man die Bereitstellung und den Unterhalt öffentlicher Strassen von der Frage trennen, was die Einzelne vom Staat in dem Moment verlangt, in dem sie den öffentlichen Grund benutzen will.⁷² Wenn sie lediglich verlangt, dass ihre Nutzung von der Allgemeinheit offen stehenden Flächen vom Staat geduldet wird, liegt ein Abwehrenspruch vor.

Der EGMR hat denn auch den Anspruch auf Benutzung der Küstengewässer Portugals für eine politische Aktion als Abwehrenspruch charakterisiert. Anders als etwa ein Einkaufszentrum oder ein Regierungsgebäude stünden die Gewässer der Allgemeinheit offen.⁷³ Obwohl dies auch auf öffentliche Strassen und Plätze zutrifft, liess der Ge-

richtshof im Urteil *Mouvement raëlien suisse gegen Schweiz* offen, ob der Anspruch auf Nutzung von Plakatflächen auf öffentlichem Grund gleichfalls als Abwehrenspruch zu qualifizieren ist.⁷⁴ Immerhin sprach sich Richter Pinto de Albuquerque in seiner abweichenden Meinung mit Nachdruck für eine solche Qualifikation aus. Diese ergebe sich aus folgender Überlegung: Wenn die staatlichen Behörden im vorliegenden Fall jegliche Handlung unterlassen hätten, wäre es nicht zum fraglichen Grundrechtseingriff gekommen. Die Behörden müssten ganz einfach das Verbot des Plakats aufheben, um den Eingriff zu beenden.⁷⁵ Im bereits angesprochenen kanadischen Fall charakterisierte der Supreme Court sogar den Anspruch auf Nutzung der Werbeflächen auf Bussen als Abwehrenspruch. Es gehe lediglich um die Nutzung eines bereits bestehenden Forums, das im Grundsatz allen offen steht, nicht um die staatliche Bereitstellung eines bestimmten Kommunikationsmittels.⁷⁶ Diese Abgrenzungskriterien überzeugen. Entscheidend ist, ob die betreffende öffentliche Sache bereits besteht und für die fragliche Benutzung «geöffnet» worden ist. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Erlaubnis, Flächen zu nutzen, die normalerweise (d. h. ohne staatliche Intervention) allen (auch) für Werbezwecke offen stehen, eine staatliche Leistung darstellen soll. Wenn die Benutzung ohne behördliche Intervention möglich gewesen wäre, liegt ein Abwehrenspruch vor.

5.1.3 «Bedingter Anspruch» auf Benutzung des öffentlichen Grundes

Aus den Grundrechten ergibt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wie bereits mehrfach erwähnt, ein «bedingter Anspruch» auf Benutzung des öffentlichen Grundes in einer über den schlichten Gemeingebrauch hinausgehenden Weise.⁷⁷ «Bedingt» vor allem deshalb, weil beim Entscheid über die Nutzung neben dem Gesichtspunkt der polizeilichen Gefahrenabwehr auch andere öffentliche Interessen zu berücksichtigen seien, namentlich jenes der Allgemeinheit an einer zweckmässigen Nutzung des öffentlichen Grund-

⁶⁷ BGE 127 I 164 E. 3b S. 168 f., E. 3c S. 171 f.

⁶⁸ BGE 77 I 279 E. 1 S. 287. Vgl. auch Moser (Fn. 31), 405, 543.

⁶⁹ BGE 127 I 164 E. 3b S. 169; 100 Ia 392 E. 5 S. 401 f.

⁷⁰ Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 13. April 2000, in: ZBI 2001 103, E. 4e S. 107. Vgl. Simon Thurnherr, Duldung freier Meinungsäusserung als positive staatliche Leistung? Zur Natur und Tragweite der «weitergehenden Einschränkungen» von Kundgebungen auf öffentlichem Grund, in: AJP 2006 943.

⁷¹ EGMR, *Women on Waves gegen Portugal*, Beschwerde Nr. 31276/05, Urteil vom 3. Februar 2009, § 40.

⁷² Angelika Siehr, Das Recht am öffentlichen Raum: Theorie des öffentlichen Raumes und rechtsdogmatische Probleme seiner Nutzung im Spiegel kommunikativer Freiheitsrechte, Tübingen, im Erscheinen, S. 404 des Manuskripts (§ 8 B. II. 1b).

⁷³ EGMR, *Women on Waves gegen Portugal*, Beschwerde Nr. 31276/05, Urteil vom 3. Februar 2009, § 40.

⁷⁴ EGMR, *Mouvement raëlien suisse gegen Schweiz* [GC], Beschwerde Nr. 16354/06, Urteil vom 13. Juli 2012, §§ 49 ff.

⁷⁵ EGMR, *Mouvement raëlien suisse gegen Schweiz* [GC], Beschwerde Nr. 16354/06, Urteil vom 13. Juli 2012, abweichendes Sondervotum Richter Pinto de Albuquerque.

⁷⁶ Supreme Court of Canada, *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students – British Columbia Component*, (2009) 2 SCR 295, § 35.

⁷⁷ So zum ersten Mal BGE 105 Ia 91 E. 4a S. 95. Der Begriff wurde offenbar übernommen von Hans Peter Moser, Besprechung von BGE 100 Ia 392, in: ZBI 1975 262, 270. Für einen umfassenden Überblick vgl. Moser (Fn. 31), 528 ff.

des.⁷⁸ Dabei wird der zuständigen Behörde ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt.⁷⁹

Auch die Rechtsfigur des «bedingten Anspruches», die sich nicht zuletzt aus der Qualifikation der Erlaubnis zur Benutzung des öffentlichen Grundes als Leistungsanspruch ergibt, erweist sich als wenig sinnvoll. Von ganz wenigen Ausnahmen (wie z. B. dem Folterverbot) abgesehen gibt es keine «unbedingten» grundrechtlichen Ansprüche in dem Sinne, dass sie bedingungslos zu gewährleisten wären.⁸⁰ Alle Freiheitsrechte, ob sie nun auf öffentlichem Grund oder anderswo ausgeübt werden, können eingeschränkt werden, solange die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind. Es ist somit irreführend, den Anspruch auf Durchführung einer Versammlung auf öffentlichem Grund als «bedingt» zu bezeichnen und ihm einen «ungeschmälernten» Anspruch gegenüberzustellen, auf privatem Grund eine Versammlung abzuhalten.⁸¹ Weder im einen noch im anderen Fall ist das Bestehen des Anspruchs an Bedingungen geknüpft. Hingegen können beide Ansprüche eingeschränkt werden. Die blossе Tatsache, dass im ersten Fall ein grösseres Spektrum öffentlicher Interessen infrage kommt, die eine Einschränkung rechtfertigen können, macht den Anspruch nicht zu einem «bedingten Anspruch».

5.2 Form der Werbung

Verschiedene Formen der politischen Werbung auf öffentlichem Grund werden einer *Bewilligungspflicht* unterworfen. Bereits das Erfordernis einer vorgängigen Bewilligung (und nicht erst deren Verweigerung) stellt einen Grundrechtseingriff dar.⁸² Zur Beantwortung der Frage, ob die Statuierung einer Bewilligungspflicht zulässig ist, stellt die Praxis vor allem auf die verwaltungsrechtliche Qualifikation der Nutzung der betreffenden öffentlichen Sache ab. Ist die fragliche Form der Werbung als schlichter Gemeingebrauch zu qualifizieren, ist sie also bestimmungsgemäss und gemeinverträglich,⁸³ darf sie keiner Bewilligungspflicht unterstellt werden.⁸⁴ Stellt sie gesteigerten Gemeingebrauch (bzw. Sondernutzung) dar, darf sie von einer Bewilligung (bzw. Konzession) abhängig gemacht

werden,⁸⁵ wobei ein «bedingter Anspruch» auf Erteilung der Bewilligung besteht (vgl. Ziff. 5.1.3). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bedarf es aufgrund der Sachherrschaft des Gemeinwesens über den öffentlichen Grund für die Einführung eines Bewilligungserfordernisses keiner besonderen gesetzlichen Grundlage (vgl. Ziff. 5.1.1). Die Bewilligungspflicht wird damit begründet, dass sie dem Schutz der Polizeigüter dient und eine Koordination und Prioritätensetzung zwischen den verschiedenen konkurrierenden Nutzungsansprüchen im Rahmen einer präventiven Kontrolle erlaubt.⁸⁶

Aus BGE 96 I 586 («Aleinick») ergibt sich, dass politische Werbung in Form des *Verteilens von Flugblättern* auf öffentlichem Grund nicht einer Bewilligungspflicht unterworfen werden darf, zumindest solange das Verteilen unentgeltlich, durch einzelne Personen (und nicht grössere Personengruppen) und auf für Fussgänger vorgesehenen Flächen erfolgt.⁸⁷ Das Bundesgericht liess zwar offen, ob es sich beim Verteilen von Flugblättern um schlichten oder gesteigerten Gemeingebrauch handelt.⁸⁸ Doch in einem späteren Entscheid kam es zum Schluss, dass es sachlich haltbar ist, das Sammeln von Unterschriften durch bis zu drei Personen in Fussgängerzonen als schlichten Gemeingebrauch zu qualifizieren; das Zirkulieren von Passanten werde dadurch nicht erheblich beeinträchtigt.⁸⁹ Das Verteilen von Flyern oder ähnlichen politischen Werbematerialien dürfte in der Regel kaum eine intensivere Form der Nutzung darstellen als das Sammeln von Unterschriften.⁹⁰ Dementsprechend sieht z. B. die Verordnung der Stadt Zürich über die Benutzung des öffentlichen Grundes vor, dass beide Nutzungsformen ohne Bewilligung gestattet sind.⁹¹

Das Gleiche gilt nach hier vertretener Auffassung für das *Tragen von politischen Plakaten durch Einzelpersonen*, stören doch auch solche «Sandwichmänner» den Fussgängerverkehr höchstens minim. Das Bundesgericht hat, jeweils in obiter dicta, diese Form politischer Werbung zunächst als Grenzfall,⁹² später als bewilligungsfrei möglich bezeichnet.⁹³

Anders beurteilt wird die *Durchführung von politischen Standaktionen*. Das Bundesgericht hat das Aufstellen eines Informationsstandes auf öffentlichem Grund als gesteigerten Gemeingebrauch

⁷⁸ BGE 138 I 274 E. 2.2.2 S. 282 f.

⁷⁹ BGE 105 Ia 91 E. 3 S. 93 und E. 4 S. 95. Vgl. Moser (Fn. 31), 254.

⁸⁰ So auch Johannes Reich, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Zürich/St. Gallen 2011, 98 f.

⁸¹ So aber Moser (Fn. 31), 529.

⁸² Müller/Schefer (Fn. 19), 427 f.

⁸³ Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 38), § 51 Rz. 3 ff.

⁸⁴ BGE 96 I 586 E. 5 S. 591.

⁸⁵ BGE 105 Ia 91 E. 2 S. 92 ff.

⁸⁶ BGE 126 I 133 E. 4d S. 133 f. Vgl. Malinverni (Fn. 64), 27 ff.

⁸⁷ BGE 96 I 586 E. 4–6 S. 589 ff.

⁸⁸ BGE 96 I 586 E. 5 S. 591 f.

⁸⁹ BGE 135 I 302 E. 3.3 S. 309.

⁹⁰ So auch Mathis (Fn. 34), Rz. 36.

⁹¹ Art. 24 Abs. 1 Benutzungsordnung (Fn. 20).

⁹² BGE 100 Ia 392 E. 2 S. 397.

⁹³ BGE 109 Ia 208 E. 4a S. 210.

qualifiziert, der auch dann bewilligungspflichtig erklärt werden dürfe, wenn die Ausübung ideeller Freiheitsrechte infrage steht.⁹⁴ Selbst in Fussgängerzonen seien Standaktionen nicht gemeinverträglich: «Ein Stand nimmt einen gewissen Raum in ausschliesslicher Weise in Anspruch, der zur Verfügung stehende öffentliche Grund ist beschränkt, und es können nicht in beliebiger Anzahl Stände aufgestellt werden.»⁹⁵ Trotzdem wird etwa in der Stadt Zürich für Standaktionen zu politischen Zwecken – anders als für religiöse und gemeinnützige Standaktionen⁹⁶ – nicht in jedem Fall eine Bewilligung verlangt. Obwohl solche Aktionen ausdrücklich als über den Gemeingebrauch hinausgehend bezeichnet werden,⁹⁷ sind sie an bestimmten, über die Stadt verteilten zentralen Örtlichkeiten bewilligungsfrei zulässig.⁹⁸ Ausserhalb dieser Örtlichkeiten können sie auf Gesuch hin bewilligt werden.⁹⁹ Diese im Vergleich zu Äusserungen mit anderem Gehalt grosszügige Regelung ist Ausdruck des besonderen Stellenwertes, der politischen Äusserungen eingeräumt wird (vgl. Ziff. 2).

Die Durchführung von kulturellen Veranstaltungen zu politischen Zwecken auf öffentlichem Grund darf in der Regel ebenfalls einer Bewilligungspflicht unterstellt werden, da solche Veranstaltungen häufig eine grosse Anzahl Passanten anziehen und zu Verkehrsbeeinträchtigungen führen können. So hat das Bundesgericht entschieden, dass das Aufführen eines politischen Strassentheaters selbst in einer verkehrsfreien Zone gesteigerten Gemeingebrauch darstellt.¹⁰⁰ Gleich beurteilte es ein vor einem Modehaus aufgeführtes «kleines Schauspiel zum Thema Pelztierjagd»,¹⁰¹ bei dem «eine als Füchsin kostümierte Frau vom Beschwerdeführer, der als Schlächter in blutbeflecktem Mantel auftrat, symbolisch mit einer blutverschmierten Keule geknuppelt [wurde], während die dritte Person mit Skelettanzug und Sense den Tod darstellend auf das neue Tieropfer für die Pelzmode wartete».¹⁰² «Dass die spektakuläre Art und Weise, wie die Öffentlichkeit auf die Pelz-Thematik aufmerksam gemacht werden sollte, eine gesteigerte Nutzung der betreffenden Umgebung nach sich ziehen würde», war laut Bundesgericht ohne Weiteres zu erwarten, zumal sich vor dem betreffenden Modehaus «eine Haltestelle des «Rösslitrans» befand, das als eine Art weihnächtliche Pferdekutsche für Kinder gedacht war und die Platzverhältnisse zum Vorn-

herein einengte.»¹⁰³ Ausnahmen von der Bewilligungspflicht drängen sich hingegen auf für kulturelle Strassenaktivitäten an unproblematischen Standorten, an denen sich nicht mehr als zwei Personen beteiligen.¹⁰⁴

Was politische Plakate und ähnliche Formen der Reklame anbelangt, ist zwischen dem Errichten der Plakatträger und der eigentlichen Plakatierung zu unterscheiden. Das Aufstellen von mobilen und temporären Plakatständern oder anderen Reklamevorrichtungen auf öffentlichem Grund ist im Allgemeinen als gesteigerter Gemeingebrauch (und somit bewilligungspflichtig), jenes von fest im Boden verankerten und auf Dauer angelegten Plakatanschlagstellen gar als Sondernutzung (und somit konzessionspflichtig) zu betrachten.¹⁰⁵ Die meisten Gemeinden haben die Plakatierung mittels einer Konzession an ein privates Plakatuunternehmen übertragen.¹⁰⁶ Für das Anschlagen der Plakate an die bewilligten Plakatträger wird teilweise eine zusätzliche behördliche Genehmigung des Plakat-inhalts verlangt,¹⁰⁷ teilweise bedingt sich die Behörde in der Konzession ein diesbezügliches «Vetorecht» aus¹⁰⁸ (vgl. dazu Ziff. 5.3.1). Eher selten sind Einschränkungen, die die Form politischer Plakate betreffen. Immerhin verbietet die Stadt Zürich sogenannte «Megaposter» mit politischem Inhalt.¹⁰⁹ Besonders wichtig ist der Zugang zu Plakatflächen vor Wahlen und Abstimmungen. Die einschlägigen Erlasse sehen deshalb regelmässig vor, dass vor Urnengängen in angemessenem Umfang Plakatflächen für politische Werbung zur Verfügung gestellt werden, normalerweise unentgeltlich.¹¹⁰ Bei der Verteilung dieser Flächen muss die kommunikative Chancengleichheit der verschiedenen politischen Akteure gewährleistet werden.¹¹¹ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass «der richtige Weg zur Gewährleistung der Gleichheit unter den Kandidaten darin besteht, die Anzahl verfügbarer Flächen durch die Zahl der Kandidaten zu teilen».¹¹² Das Reklamereglement der Stadt Bern etwa sieht

¹⁰³ BGer, 1P.104/2000, 30. Mai 2000, E. 4b.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Verordnung über die kulturellen Strassenaktivitäten in der Gemeinde Bern vom 22. August 2001 (SAV; SSSB 732.211.1).

¹⁰⁵ Moser (Fn. 31), 579. Zur Qualifikation als Sondernutzung vgl. BGE 128 I 295 E. 3c/aa S. 300.

¹⁰⁶ Vgl. z. B. Art. 11 Vorschriften der Stadt Zürich über das Anbringen von Reklameanlagen im öffentlichen Grund vom 21. Mai 2008 (VARöG; AS 551.240).

¹⁰⁷ Z. B. Art. 13 VARöG (Fn. 106).

¹⁰⁸ Z. B. §§ 4 Abs. 3 und 9 Abs. 3 Plakatverordnung des Kantons Basel-Stadt vom 7. Februar 1933 (Plakatverordnung; SG 569.500). Vgl. auch BGE 127 I 84 E. 4a S. 87.

¹⁰⁹ Art. 14 Abs. 3 VARöG (Fn. 106).

¹¹⁰ Z. B. Art. 12 VARöG (Fn. 106); Art. 19 Abs. 1 Reglement über die Reklame in der Stadt Bern vom 16. Mai 2004 (Reklamereglement; SSSB 722.51).

¹¹¹ Lukas Schaub, Die Finanzierung von Wahl- und Abstimmungskämpfen – Ein Beitrag zum demokratischen Diskurs und zur politischen Chancengleichheit, Zürich/St. Gallen 2012, 320 ff.

¹¹² BGer, 1P.315/1998, 7. Dezember 1998, E. 2c, in deutscher Übersetzung in: Pra 1999 Nr. 86 479, 483.

⁹⁴ BGE 105 Ia 15 E. 4 S. 21.

⁹⁵ BGE 105 Ia 91 E. 2 S. 93.

⁹⁶ Art. 22 Abs. 1 Benutzungsordnung (Fn. 20).

⁹⁷ Art. 2 Abs. 1 Benutzungsordnung (Fn. 20).

⁹⁸ Art. 22 Abs. 2 und Anhang Benutzungsordnung (Fn. 20).

⁹⁹ Art. 22 Abs. 3 Benutzungsordnung (Fn. 20).

¹⁰⁰ BGE 100 Ia 392 E. 2 S. 396 f.

¹⁰¹ BGer, 1P.104/2000, 30. Mai 2000, E. 4b.

¹⁰² BGer, 1P.104/2000, 30. Mai 2000, E. 2a/bb.

vor, dass vor Wahlen jede Liste Anspruch auf 30 Plakate hat, die während vier Wochen unentgeltlich an zentralen Orten ausgehängt werden.¹¹³

Auch die *Verwendung von Megafonen oder Lautsprechern* für Zwecke der politischen Werbung kann von einer Bewilligung abhängig gemacht werden.¹¹⁴ Ein generelles Verbot des Einsatzes von Lautsprechern vor Wahlen und Abstimmungen ist jedoch laut Bundesgericht unverhältnismässig.¹¹⁵

Schliesslich können auch gewisse *zeitliche Einschränkungen* vorgesehen werden. So darf in der Stadt Zürich der öffentliche Grund an Ruhetagen und in der Nacht nicht für politische Zwecke benutzt werden.¹¹⁶ Auf dem Bundesplatz in Bern sind von mehreren Personen getragene Veranstaltungen mit Appellfunktion während der Sessionswochen des eidgenössischen Parlaments im Allgemeinen verboten.¹¹⁷ Hingegen ist es verfassungswidrig, Veranstaltungen zu Wahlen und Abstimmungen nur in den letzten zwei Wochen vor dem Urnengang zuzulassen.¹¹⁸

5.3 Inhalt der Werbung

5.3.1 Präventive Eingriffe

Bei inhaltlichen Einschränkungen politischer Werbung ist der Zeitpunkt der staatlichen Intervention von Bedeutung. An *präventive* Eingriffe sind besonders hohe Anforderungen zu stellen. Das Zensurverbot von Art. 17 Abs. 2 BV, das alle an die Öffentlichkeit gerichteten Äusserungen im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte erfasst,¹¹⁹ schützt nach verbreiteter Auffassung absolut gegen *systematische* vorgängige Inhaltskontrollen.¹²⁰ Präventive inhaltliche Einschränkungen sind somit nur zulässig, wenn sie punktuell (d.h. im Einzelfall) erfolgen.¹²¹ Von vornherein problematisch sind somit Bestimmungen, die eine generelle Pflicht zur Vorlage von Publikationen (z.B. von Flugblättern oder Plakaten) zwecks inhaltlicher Kontrolle durch eine Behörde vorsehen.¹²² Trotzdem darf gemäss Bundesgericht, soweit für eine bestimmte Form

der politischen Werbung (wie etwa eine Standaktion) eine Bewilligung erforderlich ist, die Bewilligungsbehörde über den «ungefähren Inhalt» der zu verteilenden Presseerzeugnisse Auskunft verlangen; nur so könne sie die ihr obliegende Interessenabwägung richtig vornehmen. Die Behörde müsse zwar bei der Kontrolle Zurückhaltung üben, dürfe aber bei entsprechenden konkreten Hinweisen die Bewilligung an den Vorbehalt knüpfen, dass nicht zu rechtswidrigen Handlungen aufgerufen wird.¹²³ Mit den bundesgerichtlichen Vorgaben vereinbar sind vor diesem Hintergrund wohl Bestimmungen, die vorsehen, dass die zuständige Plakatgesellschaft bei konkreten Hinweisen auf rechtswidrige Inhalte die fraglichen Plakate vor der Publikation einer Behörde vorzulegen hat.¹²⁴

Selbst präventive Eingriffe *im Einzelfall* sind gemäss Bundesgericht aber nur unter restriktiven Bedingungen zulässig: Sie müssen dem Schutz elementarer Rechtsgüter dienen, die durch die fragliche Meinungsäusserung konkret nachweisbar gefährdet sind.¹²⁵ Vage Befürchtungen, dass eine politische Aktion die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden könnte, reichen nicht aus.¹²⁶

Im Vordergrund stehen präventive Massnahmen gegen politische Werbung mit strafrechtlich relevantem Inhalt, also etwa Werbung, die zu Gewaltakten auffordert (Art. 259 StGB), in gemeiner Weise die Überzeugung anderer in Glaubenssachen beschimpft (Art. 261 StGB), rassendiskriminierend (Art. 261^{bis} StGB) oder ehrverletzend (Art. 173 ff. StGB) ist, sowie bei drohenden Persönlichkeitsverletzungen im Sinne von Art. 28 ff. ZGB. Allerdings müssen sich die Behörden auch bei präventiven Eingriffen zum Schutz dieser Rechtsgüter Zurückhaltung auferlegen. Laut Bundesgericht läuft es auf «une sorte de censure préalable» hinaus, eine Äusserung nur gestützt auf vage Verdächtigungen zu verbieten, dass sie gegen strafrechtliche Bestimmungen wie Art. 261 oder Art. 261^{bis} StGB verstossen könnte. Vielmehr obliege es in einem solchen Fall den Strafverfolgungsbehörden, *im Nachhinein* zu bestimmen, ob gewisse Äusserungen strafrechtlich relevant sind.¹²⁷ Hingegen liess es das Bundesgericht, wie nach ihm auch der EGMR, für das Verbot des in Ziff. 2 beschriebenen Plakats der Raël-Bewegung genügen, dass einzelne Mitglieder der Bewegung wegen sexueller Handlungen mit Kindern verur-

¹¹³ Art. 19 Abs. 2 Reklamereglement (Fn. 110).

¹¹⁴ Vgl. BGE 100 Ia 392 E. 6d S. 405 f.

¹¹⁵ BGE 107 Ia 64 E. 3b S. 68 ff.

¹¹⁶ Art. 23 Benutzungsordnung (Fn. 20).

¹¹⁷ Art. 6 Abs. 1 Bst. a i. V. m. Art. 1 Abs. 3 Reglement über Kundgebungen auf öffentlichem Grund der Stadt Bern vom 20. Oktober 2005 (Kundgebungsreglement; SSSB 143.1).

¹¹⁸ BGE 102 Ia 50 E. 6 S. 59 ff.

¹¹⁹ *Melanie Krüsi*, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011, 215 ff.; *Müller/Schefer* (Fn. 19), 351.

¹²⁰ *Müller/Schefer* (Fn. 19), 352 f. mit Hinweisen.

¹²¹ *Müller/Schefer* (Fn. 19), 354 f.

¹²² Z. B. Art. 13 Abs. 1 VARöG (Fn. 106). Vgl. *Krüsi* (Fn. 119), 148 ff.; *Bernhard Rüttsche/Mike Schüpbach*, Diskriminierende Äusserungen auf einem Kundgebungsplakat: «Europa dein Weg zur Hölle ist: ...», in: Jusletter 23. April 2001, Rz. 4.

¹²³ BGE 105 Ia 15 E. 4 S. 21 f.

¹²⁴ Z. B. § 4 Abs. 3 Plakatverordnung (Fn. 108).

¹²⁵ BGer, 1C_9/2012, 7. Mai 2012, E. 2.2 und BGer, 1C_312/2010, 8. Dezember 2010, E. 4.2, beide mit Verweis auf *Müller/Schefer* (Fn. 19), 354 f. und *Andreas Kley/Esther Tophinke*, in: *Bernhard Ehrenzeller et al.*, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 16, Rz. 17.

¹²⁶ BGer, 1C_9/2012, 7. Mai 2012, E. 2.4; BGer, 1C_312/2010, 8. Dezember 2010, E. 5.2.

¹²⁷ BGer, 1C_312/2010, 8. Dezember 2010, E. 5.1.

teilt worden waren und auf der Website der Bewegung das von Art. 119 Abs. 2 Bst. a BV verbote Klonen von Menschen propagiert wurde. Dass das Plakat selbst keinen rechtswidrigen Inhalt aufwies, änderte daran nichts.¹²⁸

Teilweise werden auch präventive Massnahmen gegen Meinungsäusserungen als zulässig erachtet, die, obwohl sie nicht gegen strafrechtliche Bestimmungen verstossen, als unsittlich, diskriminierend oder mit den Grundwerten einer demokratischen Gesellschaft unvereinbar taxiert werden. So verbieten gewisse Plakatierungsvorschriften den Aushang von Plakaten mit unsittlichem¹²⁹ oder geschlechterdiskriminierendem Inhalt.¹³⁰ Die Städte Luzern und Zug untersagten den Aushang des eingangs erwähnten Plakats mit dem Text «Da ist wahrscheinlich kein Gott – also sorg dich nicht, geniess das Leben» mit der Begründung, es verletze religiöse Gefühle.¹³¹ Die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus stellte sich auf den Standpunkt, die Plakate für die Minarettinitiative erfüllten zwar nicht den Tatbestand von Art. 261^{bis} StGB, sollten aber von den zuständigen Behörden trotzdem zwecks Verhinderung einer Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV verboten werden.¹³² In der Literatur wird geltend gemacht, Passanten müssten durch präventive Eingriffe vor «ungewollte[r] Konfrontation mit diskriminierendem Gedankengut» geschützt werden können.¹³³ Das Gemeinwesen sei «nicht verpflichtet, den öffentlichen Grund als Plattform für die Verbreitung von Ansichten zur Verfügung zu stellen, welche mit grundlegenden und fundamentalen Werten der Gesellschaft schlechterdings unvereinbar sind.»¹³⁴

Das Bundesgericht schützte 1979 die Verweigerung einer Bewilligung für eine Standaktion der Homosexuellen Arbeitsgruppe St. Gallen mit der Begründung, die zu vertreibende Zeitschrift bediene sich einer «unanständigen Ausdrucksweise» und «vulgären Sprache» und verletze damit «das Schamgefühl der Passanten».¹³⁵ Das Verbot des Raël-Plakats bestätigte es nicht zuletzt gestützt

auf die Überlegung, die von der Bewegung propagierte «Geniokratie» sei «manifestement de nature à choquer les convictions démocratiques et anti-discriminatoires qui sont à la base d'un Etat de droit».¹³⁶ Ähnlich begründete das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich seinen Entscheid betreffend ein Plakat mit dem Text «Europa dein Weg zur Hölle ist: Porno Brutalo Drogen Abtreibung und Homosexualität». Die Stadtpolizei Winterthur hatte die Bewilligung des Aushangs des Plakats mit der Auflage verknüpft, den Ausdruck «Homosexualität» zu entfernen. Das Verwaltungsgericht schützte diese Auflage. Zwar beinhalte der verbotene Plakattext weder eine Ehrverletzung im Sinn von Art. 173 ff. StGB noch eine Persönlichkeitsverletzung im Sinn von Art. 28 ff. ZGB. Doch hätten die Behörden gemäss Art. 35 Abs. 3 BV dafür zu sorgen, dass das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV auch zwischen Privaten wirksam wird und somit Diffamierungen von Personen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung verhindert werden.¹³⁷

Zur Begründung solcher präventiver Eingriffe wird regelmässig auf die in Ziff. 5.1 beschriebenen rechtlichen Qualifikationen und dogmatischen Figuren abgestellt. In seinem Entscheid betreffend den Informationsstand der Homosexuellen Arbeitsgruppe St. Gallen hielt das Bundesgericht fest, zur Beurteilung stehe nicht die Frage, ob der Staat das Verteilen von Druckerzeugnissen bloss dulden müsse, sondern ob er verpflichtet sei, den Gesuchstellern den öffentlichen Grund «exklusiv zur Verfügung [zu] stellen», ihnen mithin eine «Vorzugsstellung» bzw. «Sondervorteile» einzuräumen.¹³⁸ Das Zürcher Verwaltungsgericht kam mit Verweis¹³⁹ auf dieses Urteil des Bundesgerichts zum Schluss, wer seine Ansichten auf öffentlichem Grund verbreiten wolle, habe «grössere Einschränkungen in Kauf zu nehmen», schliesslich sei der Anspruch auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs nur ein «bedingter».¹⁴⁰

Immer wieder schimmert auch die Konzeptualisierung des öffentlichen Grundes als Eigentum, als klassischer Herrschaftsbereich des Staates durch, insbesondere dann, wenn geltend gemacht wird, dass Äusserungen auf dem öffentlichen Grund bis zu einem gewissen Grad diesem zuzurechnen seien. Dieses Argument führte das Bundesgericht in seinem Entscheid zum Raël-Plakat ins Feld. Dort hielt es fest, das Verbot des Plakats sei gerechtfertigt, denn es diene dazu, «d'éviter

¹²⁸ BGer, 1P.336/2005, 20. September 2005, E. 5.5; EGMR, *Mouvement raélien suisse gegen Schweiz* [GC], Beschwerde Nr. 16354/06, Urteil vom 13. Juli 2012, §§ 71 f.

¹²⁹ Art. 19 Abs. 1 Règlement de police de la Commune de Neuchâtel vom 17. Januar 2000 (Recueil systématique de la réglementation communale 12.2); § 7 Abs. 1 Bst. f Plakatverordnung (Fn. 108).

¹³⁰ Art. 13 Abs. 2 Bst. a VARöG (Fn. 106); § 7 Abs. 1 Bst. b Plakatverordnung (Fn. 108).

¹³¹ Die Verbote wurden später von den Stadtbehörden widerrufen. Vgl. «Da ist wahrscheinlich kein Gott»: Zug verbietet umstrittene Plakate, Tages-Anzeiger vom 1. Oktober 2009.

¹³² Stellungnahme der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus zum Aushang von Plakaten der Initiative «Gegen den Bau von Minaretten» im öffentlichen Raum vom 6. Oktober 2009, <<http://www.ekr.admin.ch/dokumentation/00143/index.html?lang=de>> (besucht am 11. Oktober 2013), 4 f.

¹³³ Lorenz Engi, Die öffentliche Präsenz diskriminierender Äusserungen, in: AJP 2006 1308, 1310.

¹³⁴ Moser (Fn. 31), 477.

¹³⁵ BGer, Urteil vom 21. März 1979, in: ZBI 1980 42, E. 3d.

¹³⁶ BGer, 1P.336/2005, 20. September 2005, E. 5.5.2.

¹³⁷ Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 13. April 2000, in: ZBI 2001 103, E. 4d–e.

¹³⁸ BGer, Urteil vom 21. März 1979, in: ZBI 1980 42, E. 3d.

¹³⁹ Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 13. April 2000, in: ZBI 2001 103, E. 4d.

¹⁴⁰ Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 13. April 2000, in: ZBI 2001 103, E. 4e.

que l'Etat ne prête son concours à une telle publicité en mettant à disposition une partie du domaine public, pouvant laisser croire ainsi qu'il cautionne ou tolère les opinions et les agissements en cause.»¹⁴¹ Die 1. Abteilung des EGMR schloss sich dieser Überlegung an,¹⁴² die Grosse Kammer ging nicht auf sie ein. Der gleiche Begründungsansatz findet sich, allerdings in Bezug auf Verwaltungsvermögen, im «Busbemalungs»-Urteil des Bundesgerichts, wo festgehalten wird, es sei ein zulässiges Anliegen, die Fahrzeuge der Verkehrsbetriebe nicht mit einem Text in Verbindung zu bringen, der von einem Teil des Publikums als Beleidigung empfunden werden könnte.¹⁴³ In der Lehre wird die Meinung vertreten, aufgrund seiner Stellung als Inhaber der Herrschaftsgewalt am öffentlichen Grund trage das Gemeinwesen eine gewisse Mitverantwortung für die dort vermittelten Inhalte. Insbesondere in jenen Fällen, in denen eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch erteilt werde, erhalte die entsprechende Meinungsäusserung «ein gewisses Mass an staatlicher Legitimität».¹⁴⁴

Diese Ansicht überzeugt nicht. Erstens ist sie wirklichkeitsfremd. Niemand wird ernsthaft auf die Idee kommen, die Stadt Neuchâtel heisse die Herrschaft der Genies oder das Klonen von Menschen gut, nur weil die Stadtbehörden den öffentlichen Aushang eines Plakats bewilligen, das diese Ideen propagiert. Konsequenz zu Ende gedacht, müsste die Ansicht zum Schluss führen, dass der Staat mit allen Inhalten identifiziert wird, die bei auf öffentlichem Grund gehaltenen Standaktionen oder Demonstrationen vertreten werden. Angesichts der grossen Unterschiedlichkeit, ja Widersprüchlichkeit der auf öffentlichen Strassen und Plätzen geäusserten Meinungen ist dies schon logisch unmöglich. Tatsächlich ist «die Strasse» eben nicht die ausschliessliche Domäne des Staates, sondern, so formulierte es *Walter Jellinek* bereits 1928, sie «gehört nun einmal dem ‹Volke›».¹⁴⁵

Zweitens ist diese Ansicht nicht mit der Meinungsäusserungsfreiheit zu vereinbaren. Falls es zutreffen sollte, dass der Staat mit der Bewilligung der Benutzung des öffentlichen Grundes die entsprechenden Äusserungen gutheisst, müsste dies umgekehrt bedeuten, dass er die Möglichkeit haben muss, Äusserungen gestützt darauf zu untersagen, dass er sie *nicht* gutheisst.¹⁴⁶ Das Bundes-

gericht selbst hat aber wiederholt festgehalten, dass es für den Entscheid über die Nutzung des öffentlichen Grundes keine Rolle spielen darf, ob die von den Gesuchstellern vertretenen Auffassungen der Bewilligungsbehörde mehr oder weniger wertvoll und wichtig erscheinen.¹⁴⁷ Dieses Urteil ist vielmehr den Bürgerinnen und Bürgern überlassen: «Meinungsäusserungsfreiheit und Pressefreiheit bilden tragende Grundlagen der schweizerischen Demokratie, die dem Bürger zutraut, zwischen den verschiedenen gegensätzlichen Auffassungen zu unterscheiden, unter den Meinungen auszuwählen, Übertreibungen als solche zu erkennen und vernunftgemäss zu entscheiden.»¹⁴⁸ Im «SBB-Palästina-Urteil» hat es diese Position bestätigt.¹⁴⁹ Ein generelles Verbot von Werbung auf öffentlichem Grund zu aussenpolitisch brisanten Themen ist deshalb nicht mit der Meinungsäusserungsfreiheit zu vereinbaren.¹⁵⁰ Eine inhaltliche Überprüfung eines Plakats hat sich gemäss Bundesgericht auf die Frage zu beschränken, ob es strafbare Äusserungen enthält oder sonst wie gegen Gesetzesvorschriften verstösst. Insbesondere sei es unbeachtlich, ob die auf dem Plakat geäusserten Auffassungen der «Corporate Identity» der SBB abträglich sind.¹⁵¹

5.3.2 Repressive Eingriffe

Repressive Massnahmen, wie die Verurteilung wegen des Verbreitens von Drucksachen mit strafrechtlich relevantem Inhalt oder die Zusprechung von Genugtuung wegen Persönlichkeitsverletzung im Sinn von Art. 28 ZGB, sind im Allgemeinen an einem etwas weniger strengen Massstab zu messen als präventive Eingriffe. Soweit sie *systematisch* durchgeführt werden, können allerdings auch nachträgliche inhaltliche Kontrollen durch eine Behörde gegen das Zensurverbot von Art. 17 Abs. 2 BV verstossen, weil sie einen «chilling effect» zur Folge haben können.¹⁵² Es ist deshalb auch bei repressiven Massnahmen wichtig, dass die betreffenden straf- und zivilrechtlichen Bestimmungen grundrechtskonform ausgelegt werden.

So darf gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der politischen Auseinandersetzung eine strafrechtlich relevante Ehrverletzung (Art. 173 ff. StGB) nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Die Freiheit der Meinungsäusserung bedinge, dass sich die politischen Akteure auch heftiger öffentlicher Kritik aussetzen

¹⁴¹ BGer, 1P.336/2005, 20. September 2005, E. 5.7.2.

¹⁴² EGMR, *Mouvement raëlien suisse gegen Schweiz*, Beschwerde Nr. 16354/06, Urteil vom 13. Januar 2011, § 52.

¹⁴³ BGE 127 I 84 E. 4d S. 91.

¹⁴⁴ Moser (Fn. 31), 478.

¹⁴⁵ *Walter Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1928, 471.

¹⁴⁶ So auch EGMR, *Mouvement raëlien suisse gegen Schweiz* [GC], Beschwerde Nr. 16354/06, Urteil vom 13. Juli 2012, abweichendes Sondervotum der Richter und Richterinnen Tulkens, Sajó, Lazarova Trajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić und Yudkivska, § 11.

¹⁴⁷ BGE 100 Ia 392 E. 5 S. 402. Vgl. auch etwa BGE 132 I 256 E. 3 S. 259.

¹⁴⁸ BGE 98 Ia 73 E. 3b S. 80.

¹⁴⁹ BGE 138 I 274 E. 2.2.2 S. 283.

¹⁵⁰ BGE 138 I 274 E. 3.4.1 S. 286.

¹⁵¹ BGE 138 I 274 E. 3.5.1 S. 288.

¹⁵² *Krüsi* (Fn. 119), 167 ff.; *Müller/Schefer* (Fn. 19), 353 f.

müssen.¹⁵³ Gerade im Wahlkampf sind auch Übertreibungen hinzunehmen.¹⁵⁴ Nicht auf diese Rechtsprechung berufen kann sich allerdings, wer eine anonyme Plakatkampagne führt, um seine politischen Gegnerinnen zu verunglimpfen.¹⁵⁵

Ähnliche Leitlinien finden bei der Auslegung des Straftatbestands der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) Anwendung. Laut Bundesgericht müssen in einer Demokratie auch Standpunkte vertreten werden können, die für viele schockierend wirken. Würden durch eine extensive Auslegung des Strafrechts zu hohe Anforderungen an kritische Äusserungen gestellt, bestehe die Gefahr, dass auch begründete Kritik nicht mehr vorgebracht wird.¹⁵⁶ Weder ein Wahlplakat, das vor dem Bundeshaus betende Muslime von hinten zeigte und mit der Parole «Utilisez vos têtes! Votez UDC. Suisse, toujours libre!» überschrieben war,¹⁵⁷ noch die SVP-Plakatkampagne «Kontaktnetz für KO-SOVO-ALBANER NEIN»¹⁵⁸ noch das eingangs erwähnte Schäfchen-Plakat¹⁵⁹ wurden als rassendiskriminierend beurteilt. Demgegenüber wurde ein sich an eine Vorlage der nationalsozialistisch geprägten Nationalen Front anlehnendes Wahlplakat, auf dem Bonzen, Kommunisten und Juden aus der Schweiz gefegt werden, als Verstoß gegen Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB eingestuft.¹⁶⁰

Die Gerichte üben auch Zurückhaltung in der Anwendung von Art. 28 ff. ZGB, «da die politische Diskussion nicht unter dem Vorwand des Persönlichkeitsschutzes ‹abgewürgt› werden soll.»¹⁶¹ Dies musste kürzlich Daniel Vasella erfahren, der sich durch einen Flyer, der von der Website der JUSO heruntergeladen und verteilt werden konnte, in seiner Persönlichkeit verletzt fühlte. Die Fotomontage zeigte ihn und zwei weitere Spitzenmanager praktisch nackt unter den Überschriften «1:12-Initiative gesammelt!» und «Abzocker, zieht euch warm an!». Das Obergericht des Kantons Aargau kam, anders als vor ihm das Bezirksgericht

Baden,¹⁶² zum Schluss, dass der Flyer eine satirische Abbildung von Persönlichkeiten des schweizerischen Wirtschaftslebens und somit keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt.¹⁶³

Schliesslich können politische Werbeaktionen von Privaten, selbst wenn mit ihnen im Hinblick auf einen Urnengang unwahre Angaben verbreitet werden, nur in Ausnahmefällen die Aufhebung der betreffenden Abstimmung oder Wahl nach sich ziehen. In der Regel dürfen als Teil einer politischen Kampagne auch unsachliche, übertreibende oder gar unwahre Behauptungen verbreitet werden.¹⁶⁴ «Die politische Auseinandersetzung lebt von Übertreibungen, einseitigen Darstellungen oder Halbwahrheiten.»¹⁶⁵ Eine Aufhebung einer Abstimmung oder Wahl kommt nur infrage, wenn die falsche Tatsachenbehauptung eine schwerwiegende Irreführung bewirkt, so knapp vor dem Urnengang erfolgt, dass sich der Bürger kein zuverlässiges Bild von den tatsächlichen Verhältnissen schaffen kann, und es ausser Zweifel steht, dass die Abstimmung oder Wahl durch die Irreführung entscheidend beeinflusst worden ist.¹⁶⁶

6. Ausblick

Ein zunehmend grösserer Teil des täglichen Lebens spielt sich in Räumen ab, die sich rechtlich nicht dem öffentlichen Grund zuordnen lassen bzw. deren rechtliche Qualifikation umstritten ist, die aber tatsächlich die Funktion von Strassen und Plätzen als öffentliches Forum übernehmen: Einkaufszentren, Sportstadien, Vergnügungsparks, Shoppingbereiche von Bahnhöfen, Flughäfen usw. Wie kann sichergestellt werden, dass politische Werbung auch unter diesen veränderten sozialen Bedingungen die Öffentlichkeit erreichen kann? Dieses für die Zukunft zentrale Problemfeld kann hier zum Schluss nur kurz gestreift werden.

Soweit die betreffenden Räume dem Gemeinwesen gehören, kann der Staat sie (oder Teile davon) selbstverständlich für politische Werbung freigeben – allenfalls beschränkt auf einen bestimmten Zeitraum, z. B. die Wochen vor einem Urnengang. Tatsächlich stellten etwa die SBB vor den letzten eidgenössischen Wahlen mehreren politischen Parteien Teile des Zürcher Hauptbahnhofs während ei-

¹⁵³ BGE 137 IV 313 E. 2.1.4 S. 316; 128 IV 53 E. 1a S. 58; 116 IV 146 E. 3c S. 150 f.

¹⁵⁴ BGE 118 IV 248 E. 2b S. 251.

¹⁵⁵ BGE 128 IV 53 E. 1d S. 60.

¹⁵⁶ BGE 131 IV 23 E. 3.1 S. 28.

¹⁵⁷ BGer, 6B_664/2008, 27. April 2009.

¹⁵⁸ ZR 103(2004) Nr. 12, 33 ff. (Zürcher Obergericht). Kritisch dazu Marcel Alexander Niggli, Diskriminierung durch Plakataushang, in: Gesellschaft Minderheiten in der Schweiz (GMS)/Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (GRA) (Hrsg.), Rassendiskriminierung: Gerichtspraxis zu Art. 261^{bis} StGB, Zürich 1999, 265 ff.

¹⁵⁹ Schäfchenplakat verstösst nicht gegen Rassismusstrafnorm, NZZ vom 26. Mai 2008.

¹⁶⁰ Entscheid des Bezirksamts Aarau vom 1. Juli 2005, Urteilsammlung der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus, Nr. 2005-15, Nr. 2005-16, <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/index.html?lang=de> (besucht am 11. Oktober 2013).

¹⁶¹ Regina E. Aebi-Müller, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 1–456 ZGB), 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 28, Rz. 39. Vgl. z. B. BGE 105 II 161 E. 3b S. 165.

¹⁶² Regina E. Aebi-Müller, Urteil des Bezirksgerichts Baden (3. Abteilung) vom 27. September 2011 (OZ.2011.24/hu), in: Medialex 2012 100.

¹⁶³ Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 19. Juni 2012 (ZOR.2012.48/AK/rb), in: Medialex 2012 171.

¹⁶⁴ BGE 102 Ia 264 E. 3 S. 269.

¹⁶⁵ Andreas Kley/Reto Feller, Schranken der politischen Werbung seitens Privater, in: Medialex 2002 125, 125.

¹⁶⁶ Z. B. BGE 135 I 292 E. 4.1 S. 295 f.; 119 Ia 271 E. 3c S. 274 f.; 102 Ia 264 E. 3 S. 268 f. Vgl. zum Ganzen Kley/Feller (Fn. 165).

nem Tag für ihre Wahlwerbung zur Verfügung.¹⁶⁷ Aber besteht eine *Rechtspflicht* der öffentlichen Hand zur Bereitstellung – oder gar Schaffung – von Werbeflächen? Im «SBB-Palästina-Urteil» hält das Bundesgericht zwar fest, dass der Staat nicht verpflichtet sei, positiv neue Einrichtungen zu schaffen, um die Freiheitsrechtsausübung zu ermöglichen.¹⁶⁸ Doch an einzelnen Stellen scheint es anzudeuten, dass die SBB verpflichtet sind, die bestehenden Flächen in ihren Bahnhöfen für kommunikative Zwecke, einschliesslich politische Werbung, zur Verfügung zu stellen.¹⁶⁹

In den meisten Fällen aber sind die neuen öffentlichen Foren wie Einkaufszentren und Sportstadion Privaten zuzuordnen. Können die privaten Betreiber solcher «halböffentlicher Räume»¹⁷⁰ gezwungen werden, diese für ideelle kommunikative Zwecke zur Verfügung zu stellen? Der EGMR hat die Frage im Fall *Appleby gegen Vereinigtes Königreich* verneint. Die Beschwerdeführer wurden daran gehindert, am Eingang einer grossen Shopping Mall im Zentrum der englischen Stadt Washington einen Informationsstand aufzustellen. Obwohl das im Privateigentum stehende Einkaufszentrum zusammen mit den entsprechenden Parkhäusern und Verbindungswegen praktisch den gesamten Innenstadtbereich abdeckte, weigerte sich der Gerichtshof, aus der Meinungsäusserungsfreiheit einen Anspruch auf Zugang zu privatem Grund abzuleiten.¹⁷¹

Der amerikanische Supreme Court anerkannte demgegenüber einen solchen Anspruch bereits in

1946 und 1968 gefällten Urteilen.¹⁷² Während er in seiner späteren Rechtsprechung zunächst von dieser Position wieder abrückte,¹⁷³ hielt er im Fall *Pruneyard Shopping Center v. Robins* immerhin fest, dass es den Bundesstaaten jedenfalls nicht verwehrt sei, zu gewährleisten, dass Einkaufszentren, die von ihren Betreibern grundsätzlich der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, auch für ideelle kommunikative Zwecke genutzt werden können.¹⁷⁴ Ähnliche Überlegungen führten das deutsche Bundesverfassungsgericht zum Schluss, dass die als öffentliche Foren ausgestalteten Bereiche des Flughafens Frankfurt a. M. für die politische Meinungskundgabe genutzt werden dürfen – wobei hervorzuheben ist, dass die öffentliche Hand 70% der Anteile der Flughafenbetreiberin besass.¹⁷⁵ Schliesslich hat in der Schweiz das Bundesamt für Verkehr in Privateigentum stehende Bahnhofsareale als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch qualifiziert und dementsprechend zwei Bahnunternehmen angewiesen, politische Aktionen darauf grundsätzlich zuzulassen. Da die Bahnunternehmen diese rechtliche Qualifikation nicht bestritten hatten, wurde sie vom Bundesamt allerdings auch nicht eingehend begründet.¹⁷⁶ Die allgemeine Stossrichtung dieser Entwicklungen in der Praxis ist zu begrüssen: Wenn ein privater Eigentümer von Räumlichkeiten bzw. Infrastrukturen schon bewusst Öffentlichkeit erzeugt, muss er auch hinnehmen, dass er nicht Einzelne nach Belieben von der Nutzung ausschliessen darf.

¹⁶⁷ Die Bahnhofshalle wird zur Wahlkampfarena, Tages-Anzeiger vom 21. September 2011.

¹⁶⁸ BGE 138 I 274 E. 2.2.2 S. 282.

¹⁶⁹ *Giovanni Biaggini*, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. Juli 2012, 2C_415/2011, BGE 138 I 274, in: ZBI 2013 176, 179.

¹⁷⁰ Bericht des Bundesrates zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen vom 2. Dezember 2005, BBl 2006 623, 648.

¹⁷¹ EGMR, *Appleby gegen Vereinigtes Königreich*, Beschwerde Nr. 44306/98, Urteil vom 6. Mai 2003, §§ 46 ff.

¹⁷² US Supreme Court, *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968).

¹⁷³ Vgl. insbesondere US Supreme Court, *Hudgens v. National Labor Relations Board*, 424 U.S. 507 (1976).

¹⁷⁴ US Supreme Court, *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

¹⁷⁵ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011, 1 BvR 699/06.

¹⁷⁶ Verfügung 042/2011-10-27/332 des Bundesamtes für Verkehr vom 23. November 2011, E. A, B.1, B.4, B.7.