

# **BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-03-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-7454\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7454_2009)

FR: TAF A-7454/2009 du 29 mars 2011

IT: TAF A-7454/2009 del 29 marzo 2011

## **Regeste**

Meinungs- Informationfreiheit, Medienfreiheit, Petitionrecht (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt dieses Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden.

#### **E. 1.1**

Der Plakataushang an den Wänden des Zürcher Hauptbahnhofs wurde der Beschwerdeführerin vorliegend durch die SBB AG, welche zu den in Art. 33 Abs. 1 Bst. e VGG genannten Vorinstanzen gehört, mit einem als Verfügung bezeichneten Schreiben vom 28. Oktober 2009 verboten. Fraglich ist, ob der SBB AG vorliegend in diesem Bereich überhaupt Verfügungskompetenz zukommt und das Schreiben eine einseitige Anordnung einer Behörde darstellt, welche gestützt auf öffentliches Recht des Bundes erlassen wurde (Art. 1 Abs. 2 Bst. c und Art. 5 VwVG; vgl. zu den materiellen Elementen des Verfügungsbegriffs Felix Uhlmann, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf/2009, Art. 5, Rz. 17 ff.; Pierre Tschannen, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 1, Rz.18).

##### **E. 1.1.1**

Behörde im Sinne des VwVG ist jeder Akteur, der unmittelbar Verwaltungsaufgaben des Bundes erfüllt (Art. 1 VwVG; Pierre Tschannen / Ulrich Zimmerli / Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 Rz. 19 ff.; vgl. auch BGE 121 II 454 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 2C\_715/2008 vom 15. April 2009 E. 3). Wer zur Erfüllung einer Staatsaufgabe sachlich, örtlich und funktionell zuständig ist, ist auch zuständig, damit verbundene Verwaltungsrechtsverhältnisse durch Verfügung zu regeln; Verwaltungsbefugnis schliesst Verfügungsbefugnis ein (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 28 Rz. 19 ff.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_715/2008 vom 15. April 2009 E. 3.2, BGE 115 V 375 E. 3a).

##### **E. 1.1.2**

Die Regelung der Nutzung der Bahnhofswand stellt eine durch die SBB AG unmittelbar wahrgenommene staatliche Aufgabe dar (vgl. dazu E. 8.6). Zudem ist die SBB AG gestützt

auf das Bundesgesetz vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG, SR 742.31) Trägerin der Sachherrschaft über ihr Areal. Sie nimmt in dieser Stellung hoheitliche Kompetenzen wahr und kann den Plakataushang an Bahnhofswänden einseitig untersagen (vgl. dazu unten E. 8.3. und E. 8.4.; vgl. bereits Entscheid der Rekurskommission UVEK [REKO/UVEK] vom 17. Oktober 2000, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.63, E. 5.3.2 und 5.4). Da Bahnhofswände wie die Bodenflächen des Bahnhofs eine Sache im Gemeingebrauch darstellen, untersteht das Verhältnis zwischen dem Träger der Herrschaft, also der SBB AG, und den Benutzern dem öffentlichen Recht (Entscheid REKO/UVEK vom 17. Oktober 2000, VPB 65.63 E. 5.4; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 2369; zur öffentlich-rechtlichen Regelung der Bahnhofsordnung vgl. auch Ursula Wyssmann, Nutzungskonflikte im öffentlichen Raum, Zürich 2009, S. 55; vgl. zu den Bahnhofswänden E. 8.6.4). Die SBB AG ist daher befugt, bezüglich des Aufhängens von Plakaten bzw. des Verbots eines solchen an Bahnhofswänden zu verfügen (vgl. auch Entscheid REKO/UVEK vom 17. Oktober 2000, VPB 65.63 E. 5.3.2). Die Verfügung der SBB AG vom 28. Oktober 2009 stellt einen durch eine Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. c VwVG erlassenen, individuellen, an einen Einzelnen gerichteten Hoheitsakt dar, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Beziehung rechtsgestaltend in verbindlicher Weise geregelt wird, womit alle materiellen Elemente des Verfügungsbegriffs nach Art. 5 VwVG erfüllt sind.

### **E. 1.2**

Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 2**

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin ist Verfügungsadressatin und ihre Rechtsstellung wird durch die angefochtene Verfügung unmittelbar beeinträchtigt, indem ihr damit der Aushang ihres Plakats durch die Vorinstanz in grundsätzlicher Weise untersagt wird. Als formelle und materielle Verfügungsadressatin hat die Beschwerdeführerin ohne weiteres ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz und der Zulassung ihres Plakats.

### **E. 3**

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht (Art. 50 und 52 VwVG) eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 4**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

### **E. 5**

Am 1. Januar 2010 trat die Bahnreform II in Kraft, welche Änderungen in zahlreichen Erlassen mit sich brachte, so auch im SBBG (Stand am 1. Januar 2010; nachfolgend: nSBBG) und im Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101 [Stand am 1. Januar 2010 bzw. neuerdings 1. Januar 2011, nachfolgend: nEBG]). Da diese Rechtsänderung nach dem erstinstanzlichen Entscheid vom 28. Oktober 2009 in Kraft getreten ist, ist sie mangels anderslautender gesetzlicher Übergangsbestimmungen auf den vorliegenden Fall noch nicht anwendbar (vgl. dazu BGE 126 II 522 E. 3b/aa; André Moser / Michael Besuch / Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, Rz. 2.202). Massgeblich sind vorliegend vielmehr das SBBG in der Fassung vom 17. Juni 2005, welche seit 1. Januar 2005 in Kraft ist (AS 2005 4777, nachfolgend aSBBG) und das EBG in der Fassung vom 18. März 2005, welche seit 1. Mai 2007 in Kraft ist (AS 2007 1411, nachfolgend: aEBG).

## **E. 6**

Vorliegend strittig ist die Grundrechtsbindung der SBB AG. Eine Grundrechtsbindung ist dann zu bejahen, wenn die öffentliche Hand oder Private staatliche Aufgaben wahrnehmen (vgl. Art. 35 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; BGE 133 I 49 E. 3.2; BGE 129 III 35 E. 5.2; BGE 127 I 84 E. 4c; vgl. auch BGE 136 II 457 E. 6.2; statt vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 296). Als Staatsaufgabe gilt jedes Tätigkeitsfeld, das durch die Verfassung oder durch ein Gesetz dem Staat zugewiesen wurde (Regina Kiener / Walter Kälin, *Grundrechte*, Bern 2007, S. 40 f., Rainer J. Schweizer, in: Ehrenzeller/Mastronardi/ Schweizer/Vallender [Hrsg.], *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 35, Rz. 22; Isabelle Häner, *Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private*, AJP 2002, S.1149). Was als staatliche Aufgabe zu gelten hat und wer diese Aufgabe wie wahrnehmen muss, hängt somit entscheidend von der Ausgestaltung und Auslegung des Gesetzesrechts ab (Schweizer, a.a.O., Art. 35, Rz. 22). Nach Art. 87 BV ist die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr Sache des Bundes. Unter den Begriff des Eisenbahnverkehrs fallen Bau und Betrieb von schienengebundenen öffentlichen (allgemein zugänglichen) Verkehrsmitteln. Der Gesetzgeber ist frei, Bau und Betrieb von Bahnen einem Monopolunternehmen zu übertragen oder - auch ergänzungsweise - Konzessionäre zuzulassen (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 266). Was die SBB AG im Besondern betrifft, so ist diese seit der Bahnreform I von 1998 - zur Stärkung der unternehmerischen Autonomie - als spezialgesetzliche öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltet (vgl. Art. 2 und 25 aSBBG; Botschaft zur Bahnreform vom 13. November 1996, BBl 1997 I 937), wobei der Bund zwingend die Aktienmehrheit hält (vgl. auch Art. 7 Abs. 3 aSBBG). Die SBB AG ist berechtigt und verpflichtet, die Eisenbahninfrastruktur nach den Vorschriften der Eisenbahngesetzgebung zu bauen und zu betreiben (Art. 5 Abs. 2 aEBG), wozu sie bis zum Inkrafttreten der Bahnreform II keiner Infrastrukturkonzession bedurfte (Art. 4 Abs. 1 aSBBG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 aEBG; vgl. dagegen neuerdings Art. 2 Abs. 3 nSBBG, Art. 5 Abs. 1 und 2 nEBG; zur Übergangsfrist bis Ende 2020 siehe Übergangsbestimmung des nEBG zur Änderung vom 20. März 2009). Das Recht, Reisende regelmässig zu befördern, wurde der SBB AG nach dem alten Personenbeförderungsgesetz vom 18. Juni 1993 (aPBG, AS 1993 3128) verliehen (vgl. Art. 5 aSBBG i.V.m. Art. 4 aPBG). Gemäss dem SBBG erbringt die SBB AG als Kernaufgabe Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr, namentlich in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenverkehr, im regionalen Personenverkehr und im Güterverkehr sowie in den damit

zusammenhängenden Bereichen (Art. 3 Abs. 1 aSBBG). Die SBB AG nimmt somit als Erbringerin von öffentlichen Verkehrsdienstleistungen auch nach ihrer Umwandlung in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft - und im Übrigen auch nach der Bahnreform II - nach wie vor eine staatliche Aufgabe wahr (vgl. auch BGE 136 II 457 E. 6.2; vgl. bereits Entscheid REKO/UVEK vom 17. Oktober 2000, VPB 65.63 E. 5.3; vgl. auch Urs Achermann, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Zürich 2008, S. 171). Damit steht fest, dass die SBB AG als Trägerin staatlicher Aufgaben im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV grundsätzlich an die Grundrechte gebunden ist. Fraglich ist allerdings, ob sich die Grundrechtsbindung auf alle Tätigkeiten der SBB AG erstreckt.

## **E. 7**

In der Lehre finden sich zum Umfang der Grundrechtsgebundenheit von öffentlichen Unternehmen verschiedene Auffassungen. Teilweise wird für öffentliche Unternehmen als Träger staatlicher Aufgaben eine vollumfängliche Grundrechtsbindung angenommen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1530c ff. mit Kritik an BGE 129 III 35 und zum Begriff des öffentlichen Unternehmens Rz. 1239; vgl. zur Kritik an BGE 129 III 35 auch Georg Müller, Schutzwirkung der Grundrechte, in: Merten/Papier [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte, Müller/Thürer [Koord.], Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, 2007, N. 14 ff., vgl. auch Yvo Hangartner, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, AJP 2000, S. 515 ff., insbesondere S. 518). So wird die Meinung vertreten, dass Art. 35 Abs. 2 BV sogar dann massgeblich ist, wenn öffentlich-rechtliche Anstalten, Körperschaften und Stiftungen durch eine wirtschaftliche Tätigkeit und der damit verbundenen Verbesserung der wirtschaftlichen Situation nur mittelbar zur primären Aufgabenerfüllung beitragen (vgl. Müller, a.a.O., Rz. 15 mit Hinweisen). Andererseits wird eine Grundrechtsbindung nur bejaht, insoweit (unmittelbar) eine staatliche Aufgabe wahrgenommen wird (Philipp Häsler, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, S. 119 ff. und S.129, Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 42 Rz. 6 f., Schweizer, a.a.O., Art. 35, Rz. 21; grundsätzlich auch dieser Meinung Kiener/Kälin, a.a.O., S. 40 ff. aber mit Kritik im konkreten Fall von BGE 129 III 35). Das Bundesgericht hat in einem die Post betreffenden Entscheid eine Grundrechtsbindung für deren gesamte Tätigkeit abgelehnt und entschieden, dass die Post als öffentlich-rechtliche Anstalt im Wettbewerbsbereich nicht der Grundrechtsbindung unterliege, da sie in diesem Bereich keine "staatlichen Aufgaben" wahrnehme (vgl. BGE 129 III 35 E. 5.2; neuerdings auch zur Grundrechtsbindung des Gemeinwesens im Zusammenhang mit einem Theater Urteil des Bundesgerichts 1C\_312/2010 vom 8. Dezember 2010 E. 3.1 ff). Lehre und Rechtsprechung sind sich somit insofern einig, als eine Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen sicher dann angenommen wird, wenn diese unmittelbar eine staatliche Aufgabe wahrnehmen. Zu klären ist demnach, ob die SBB AG im hier zur Diskussion stehenden Tätigkeitsbereich unmittelbar eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt.

## **E. 8**

Wie soeben erwähnt, entstehen Grundrechtsansprüche innerhalb eines Schutzbereichs und im Rahmen staatlicher Aufgabenerfüllung. Wenn eine Eingrenzung stattfinden soll, muss sie über die gesetzliche Festlegung der staatlichen Aufgaben erfolgen. Das Gesetz definiert die Aufgabe und fasst die Grundrechtsbindung mehr oder weniger weit (vgl. dazu Häsler, a.a.O., S. 122).

### **E. 8.1**

Im Personentransportverhältnis nimmt die SBB AG sicherlich unmittelbar eine staatliche Aufgabe wahr (Art. 5 aSBBG i.V.m. Art. 4 aPBG). Da der Einzelne gegenüber dem Träger einer staatlichen Aufgabe Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung hat, hat die SBB AG im Personentransportverhältnis den Bahnkunden gegenüber die Rechtsgleichheit zu beachten (Art. 8 Abs. 1 BV, vgl. bezüglich der Tarife auch Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1985 über den Transport im öffentlichen Verkehr [TG, AS 1986 1974]). So hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit Kontrollzuschlägen im Transportgesetz festgehalten, dass den Bundesbahnen eine staatliche Aufgabe übertragen ist, weshalb sie selbst im privatrechtlichen Tätigkeitsbereich an die Grundrechte gebunden seien bzw. die aus dem allgemeinen Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV abgeleiteten Anforderungen zu wahren haben (BGE 136 II 457 E. 6.2). Es stellte fest, die gänzlich undifferenzierte Behandlung von Schwarzfahrern (Bahnkunden, die überhaupt keinen Fahrausweis erwerben) und Graufahrern (Bahnkunden, die mit einem Fahrausweis zweiter Klasse die erste Klasse benützen), sei rechtsungleich und verstosse sowohl gegen Art. 10 Abs. 1 TG und Art. 8 Abs. 1 BV (BGE 136 II 457 E. 7.1).

### **E. 8.2**

Die SBB AG nimmt nicht nur mit dem Personentransport, sondern auch mit dem Betrieb der Eisenbahninfrastruktur unmittelbar eine staatliche Aufgabe wahr (Art. 5 Abs. 2 aEBG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 aSBBG, Art. 3 Abs. 1 aSBBG). Nach Art. 5 Abs. 3 aEBG umfasst der Betrieb der Eisenbahninfrastruktur die Einrichtung und den Unterhalt der Anlagen sowie die Führung der Stromversorgungs-, Betriebsleit- und Sicherheitssysteme. Was zur Infrastruktur gehört, wird genauer bestimmt durch Art. 62 Abs. 3 aEBG. Nach dieser Bestimmung gehören zur Infrastruktur alle Anlagen und Einrichtungen, die im Rahmen des Netzzugangs gemeinsam benützt werden müssen, insbesondere der Fahrweg, die Stromversorgungsanlagen einschliesslich Unterwerke, die Sicherungsanlagen, die Publikumsanlagen, die öffentlichen Verladeanlagen und die Rangierbahnhöfe. Die Stromlieferung wird ebenfalls zur Infrastruktur gezählt. Anlagen und Einrichtungen für den Unterhalt des Rollmaterials, Kraftwerke und Übertragungsleitungen, Verkaufsanlagen und Verkaufspersonal sowie Rangierleistungen ausserhalb von Rangierbahnhöfen können ebenfalls der Infrastruktur zugeordnet werden, sind aber nicht Gegenstand des Netzzugangs. Der gestützt auf das aEBG erlassene Verordnung vom 23. November 1983 über Bau und Betrieb der Eisenbahnen, in der am 1. Juli 2008 in Kraft getretenen Fassung vom 21. Mai 2008 (aEBV, AS 2008 2745) kann zum Betrieb der Eisenbahninfrastruktur entnommen werden, dass die Stationen gemäss Art. 36 aEBV entsprechend ihrer betrieblichen Bedeutung mit den nötigen Diensträumen auszurüsten sind (Abs. 1). Zudem soll den Reisenden ein Warteraum zur Verfügung stehen. Bei Strassenbahnen und Bahnen mit dichter Zugfolge kann darauf verzichtet werden (Abs. 2). Daraus ergibt sich, dass der Begriff der Eisenbahninfrastruktur weit gefasst wird. Zu einem Bahnhof gehören sämtliche Stations- und Bahnhofgebäude mit Diensträumen, Warteräumen, Schalterhallen und die gesamten Publikumsanlagen.

### **E. 8.3**

Weiter sind die Bahnunternehmungen gemäss Art. 39 Abs. 1 aEBG befugt, an Bahnhöfen und in Zügen Nebenbetriebe einzurichten, soweit diese auf die Bedürfnisse der Bahnkunden ausgerichtet sind. Das Bundesgericht hat sich immer zugunsten einer Erweiterung des kommerziellen Angebots in den Bahnhöfen ausgesprochen. Es versteht die Zweckbestimmung des Bahnhofs damit weit und nimmt eine geltungszeitliche Auslegung

des Begriffs "Bedürfnisse der Bahnkunden" vor (BGE 123 II 317, BGE 117 Ib 114; vgl. dazu Wyssmann, a.a.O., S. 61 f.). Allerdings hielt das Bundesgericht im Entscheid Stadelhofen fest, dass nicht jede Geschäftstätigkeit, die den Bahnreiseverkehr attraktiver macht, als Nebenbetrieb gelten könne und zwischen Bahnverkehr und Geschäftstätigkeit ein sachlicher Zusammenhang bestehen müsse (BGE 117 Ib 114 E. 8). Die SBB AG nimmt demnach selbst mit der Einrichtung von Nebenbetrieben unmittelbar eine staatliche Aufgabe wahr, denn die Erbringung derartiger Dienstleistungen für die Bahnbenutzer gilt nach heutiger Auffassung als Teil der Erfüllung der mit dem Betrieb eines Bahnhofs verbundenen staatlichen Aufgabe (Entscheid REKO/UVEK vom 17. Oktober 2000, VPB 65.63 E. 5.3.2; vgl. dazu bereits Tobias Jaag, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 1992, S.149 f.; so nach wie vor auch nach der Bahnreform II - vgl. dazu Zusatzbotschaft zur Bahnreform II vom 9. März 2007, BBl 2007 III 2740). Bereits die REKO UVEK hat festgehalten, Art. 39 aEBG zeige, wie umfassend der Betrieb der Eisenbahnen zu verstehen sei und sie hat daraus abgeleitet, dass die Rechte und Pflichten der SBB AG sowie der Konzessionärinnen und Konzessionäre demnach auch die Regelung der Nutzung von Bahnhöfen und Zügen im Interesse der Bahnkundschaft erfasse und sie aufgrund ihrer Sachherrschaft über die Bahnhöfe gestützt auf Art. 23 aEBG befugt sei, ihre Anordnungen gegenüber den Benutzern mit Verwaltungszwang durchzusetzen (vgl. Entscheid REKO/UVEK vom 17. Oktober 2000, VPB 65.63 E. 5.3.2 und 5.4).

#### **E. 8.4**

Zur Eisenbahninfrastruktur gehören auch die dazugehörigen, notwendigen Bodenflächen, mithin auch die sogenannten Zirkulationsflächen eines Bahnhofs. Sie ermöglichen einer grossen Zahl von Menschen gleichzeitig den Zugang zu den Zügen und dienen demnach dem Bahnbetrieb. Die SBB AG nimmt mit der Regelung der Benutzung der Zirkulationsflächen ebenfalls unmittelbar eine staatliche Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV wahr. Das Bahnhofareal ist aber auch ein Ort, wo man sich trifft und Meinungen austauscht. So können sich Grundrechtsansprüche gegenüber der SBB AG betreffend die Benutzung des Bahnhofareals etwa aufgrund der Versammlungsfreiheit ergeben. Im Entscheid der REKO/UVEK vom 17. Oktober 2000, VPB 65.63 E. 5.3.2 und 5.5 hat diese festgehalten, die Frage der Nutzung der Bahnhöfe für das Verteilen von Gratiszeitungen berühre die weit gefassten staatlichen Aufgaben der SBB AG. Auch das Bundesgericht hielt im Zusammenhang mit einer Verfügung (allerdings nicht der SBB, sondern der Polizei), welche Personen verbat, sich in Personenansammlungen unter anderem in der Bahnhofshalle Bern aufzuhalten, fest, die betreffenden Personen würden durch die Verfügung daran gehindert, sich in der Öffentlichkeit mit anderen Personen in einem weit verstandenen Sinne zu kommunikativen Zwecken zusammenzufinden und könnten sich auf die Versammlungsfreiheit gemäss Art. 22 BV berufen. Allerdings würden die Zugänge zum Bahnhof und die Durchgänge zu Gleisen und Bahnhofeinrichtungen von allen Reisenden, Pendlern und Bahnhofbenutzern während der Betriebszeiten durchgehend und in grosser Zahl begangen und sie würden daher eine spezifische Zweckausrichtung aufweisen. Es handle sich daher nicht um einen beliebigen öffentlichen Raum. Gerade in Anbetracht der speziellen Gegebenheit komme der Sicherung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vor Gefährdungen und Störungen eine besondere Bedeutung zu (BGE 132 I 49 E. 7.2). Die Bahnreform II hat an dieser Ausgangslage grundsätzlich nichts geändert. Neuerdings hält aber Art. 23 nEBG fest, das Eisenbahnunternehmen könne Vorschriften über die Benützung des Bahnhofgebiets erlassen, um den ordnungsgemässen Betrieb zu gewährleisten. Damit wird im Hinblick auf die Gewährung eines ordentlichen Bahnbetriebs die Durchsetzbarkeit

der Hausordnung in den Bahnhöfen sichergestellt. Der bisher in diesem Artikel behandelte Sicherheitsdienst wird in einem eigenen Gesetz geregelt (Zusatzbotschaft zur Bahnreform II vom 9. März 2007, BBl 2007 III 2738 und 2692). Art. 62 aEBG wurde im Rahmen der Bahnreform II nur neu gegliedert und geringfügig angepasst. In der Botschaft wird dazu festgehalten, dass sich das Minimum der Infrastruktur durch die Anlagen und Einrichtungen ergibt, die für den Netzzugang notwendig sind, wozu insbesondere der Fahrweg, die Stromversorgungsanlagen, die Sicherungsanlagen, die Publikumsanlagen, die öffentlichen Verladeanlagen, die Rangierbahnhöfe und die notwendigen Dienstgebäude und Räume gehören. Zudem können noch weitere Bauten, Anlagen und Funktionen zur Infrastruktur gehören (Zusatzbotschaft zur Bahnreform II vom 9. März 2007, BBl 2007 III 2743). Was die Nebenbetriebe betrifft, so wird festgehalten, dass sie auf die Bedürfnisse der Reisenden ausgerichtet sein müssen, wobei sich die Bedürfnisse aber weiterhin wandeln können (Art. 39 Abs. 1 nEBG; Zusatzbotschaft zur Bahnreform II vom 9. März 2007, BBl 2007 III 2740).

### **E. 8.5**

Grenzen findet die Grundrechtsbindung der SBB AG womöglich dann, wenn diese losgelöst vom Bahnbetrieb kommerziell tätig wird (zur grundsätzlichen Zulässigkeit vgl. Art. 3 Abs. 2 aSBBG). Zu denken ist dabei beispielsweise an die zahlreichen Liegenschaften, darunter auch Wohnobjekte, die keinen Bezug zum Bahnbetrieb haben und von der SBB AG vermietet werden (vgl. <http://mct.sbb.ch/mct/immobilien/mietobjekte.htm>). Die SBB AG handelt in solchen Fällen wie ein Privater und nimmt nicht unmittelbar eine staatliche Aufgabe wahr (vgl. zur nicht eindeutigen Rechtsprechung in dieser Frage Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 295 ff.; vgl. dazu Kiener/Kälin, a.a.O., S. 42; vgl. Jaag, a.a.O., S.149 zur Vermietung von Liegenschaften). Die Frage der Grundrechtsbindung in diesen Fällen steht vorliegend aber nicht zur Diskussion und kann demnach offen gelassen werden.

### **E. 8.6**

Im Rahmen des Aufgeführten ist die Grundrechtsbindung der SBB AG beim Überlassen von Werbeflächen an Bahnhofswänden zu prüfen.

#### **E. 8.6.1**

Die Beschwerdeführerin führt in diesem Zusammenhang aus, die Grundrechtsbindung der SBB AG ergebe sich vorliegend aus der Zugehörigkeit der Plakatwand zu den öffentlichen Sachen. Plakatflächen würden ebenso wie die Zirkulationsflächen zur Grundinfrastruktur von Bahnhöfen gehören und rechtlich das Schicksal dieser Infrastruktur teilen. Sie würden sowohl Werbung im engeren Sinne wie auch Reiseinformationen und sonstige Informationen enthalten und seien vom Erscheinungsbild der öffentlichen Bahnhöfe nicht wegzudenken.

#### **E. 8.6.2**

Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie handle in Bezug auf zu kommerziellen Zwecken ausgeschiedene Flächen - anders als in Bezug auf die sogenannten Zirkulationsflächen - nicht hoheitlich und sei insoweit nicht an die für öffentliche Sachen geltenden Grundsätze gebunden. Auch kleine kommerzielle Flächen, die sich innerhalb oder am Rand der Zirkulationsflächen befänden, würden zu den kommerziellen Flächen gehören. Plakatflächen gehörten keineswegs zur Grundinfrastruktur von Bahnhöfen, vielmehr stellten sie entweder eine willkommene Möglichkeit zur zusätzlichen Nutzung von

konstruktiv notwendigen Bauteilen dar (Plakatflächen an Wänden) oder von Areal, welches diese Art der Nutzung gerade noch zulässt (Plakatstellen im Bereich von Zirkulationsflächen). Eine Notwendigkeit des Vorhandenseins von Plakatflächen für den Zugang zur Bahn sei überhaupt nicht gegeben. Ebenso wenig finde eine Vermischung zwischen Flächen, die Werbung enthalten und solchen, die Informationen enthalten, statt. Vielmehr würden diejenigen Flächen, die für kommerzielle Werbung zur Verfügung stehen, exakt ausgeschieden und den Vertragspartnern für die Bewirtschaftung übergeben.

### **E. 8.6.3**

Aufgrund des sehr weit gefassten Begriffs der Bahninfrastruktur muss auch die Regelung der Nutzung der Bahnhofswände im Publikumsbereich zum Betrieb der Eisenbahninfrastruktur gezählt werden. Diese gehören genauso wie die Zirkulationsflächen zu den Publikumsanlagen, denn der Begriff der Anlage bezieht sich in erster Linie nicht auf eine Bodenfläche, sondern auf einen Bau und somit eine Konstruktion, die notwendigerweise auch Wände beinhaltet. Auch die Bahnhofswände dienen wie die Zirkulationsflächen unmittelbar dem Bahnbetrieb. So werden die Bahnreisenden durch die Wände zu den Gleisen gelenkt, während das übrige Publikum von A nach B geführt wird. Eine sogenannte Hausordnung zur Gewährleistung des ordnungsgemässen Betriebs, wie sie neu Art. 23 nEBG vorsieht, muss auch die Bahnhofswände erfassen, da auch durch unsachgemässe Nutzung der Bahnhofswände der Bahnbetrieb gestört werden kann. So kann beispielsweise durch sehr auffällige oder schockierende Aufschriften oder Bilder an den Bahnhofswänden die Zirkulation der Bahnreisenden und des Publikums und folglich auch der ordnungsgemässe Bahnbetrieb gestört werden.

### **E. 8.6.4**

Weiter ist festzuhalten, dass die Publikumsanlagen zwar in erster Linie für die Reisenden gedacht sind, sich aber grundsätzlich dort - wie es das Wort Publikum schon sagt - alle aufhalten dürfen. Publikumsbereiche sind frei zugänglich. Da die Publikumsanlagen in ihrer Gesamtheit - also einschliesslich der Bahnhofswände - der Allgemeinheit zur Benutzung offenstehen und unmittelbar einer staatlichen Aufgabe dienen, stellen sie eine Sache im Gemeingebrauch dar (vgl. dazu auch BGE 132 I 49 E. 7.2 der im Zusammenhang mit Durchgängen zu Gleisen von öffentlichem Raum spricht; vgl. Entscheid REKO/UVEK vom 17. Oktober 2000, VPB 65.63 E. 5.4; Jaag, a.a.O., S. 148, Häfelin/ Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2346 f., vgl. auch Wyssmann, a.a.O., S. 54), wobei ihnen allerdings eine besondere Zweckbestimmung zukommt (vgl. BGE 132 I 49 E. 7.2).

### **E. 8.6.5**

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann nicht argumentiert werden, es handle sich bei den Plakatflächen um ausgeschiedene Flächen zur kommerziellen Nutzung, weswegen eine Grundrechtsbindung nicht in Frage komme. Zwar verfolgt die SBB AG mit der Überlassung von Flächen an den Bahnhofswänden auch finanzielle Interessen. Entscheidend ist aber, dass auch bei der entgeltlichen Überlassung von Flächen die Regelung der Nutzung der Bahnhofswand im Interesse des Bahnverkehrs im Vordergrund steht und stehen muss (vgl. Art. 5 Abs. 2 und 3 aEBG, Art. 17 Abs. 1 Satz 1 aEBG, Art. 39 aEBG, Art. 23 aEBG). So darf die SBB AG nicht aus finanziellen Gründen die Wände einer Nutzung zuführen, die dem Bahnverkehr hinderlich wäre. Die finanziellen Interessen haben gegenüber diesem staatlichen Interesse zurückzutreten (vgl. auch Entscheid REKO/UVEK vom 17. Oktober 2000, VPB 65.63 E. 5.3.2). Die Regelung der Benützung der

Bahnhofswand kann zwar grundsätzlich die Überlassung von Werbeflächen beinhalten, doch nur und soweit, als damit nicht der ordnungsgemässe Bahnbetrieb gefährdet wird. Es handelt sich bei der Bahnhofswand vielmehr um eine in der Verfügungsmöglichkeit der SBB AG stehende öffentliche Sache (im Gemeingebrauch), die - neben ihrem primären Nutzen für den Bahnverkehr - (auch) kommerziell genutzt wird (vgl. auch BGE 127 I 84 bzgl. Nutzung eines Busses der städtischen Verkehrsbetriebe der Stadt Luzern zu Werbezwecken).

#### **E. 8.6.6**

Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Regelung der Benützung der Bahnhofswand im Interesse des Bahnverkehrs eine unmittelbar wahrgenommene staatliche Aufgabe der SBB AG darstellt, weshalb die Grundrechtsbindung der SBB AG in diesem Bereich zu bejahen ist. Auch die Bahnhofswand nützt in erster Linie dem Bahnverkehr. Dabei steht sie der Allgemeinheit zur Benutzung offen und dient zudem - ebenfalls wie andere öffentliche Sachen im Gemeingebrauch - der zwischenmenschlichen Kommunikation (Pierre Moor, Droit administratif, Vol. III, Bern 1992, S. 282).

#### **E. 9**

Im Folgenden ist weiter zu prüfen, ob sich aufgrund der Meinungsfreiheit Grundrechtsansprüche im Zusammenhang mit der Regelung der Nutzung der Bahnhofswand ergeben.

##### **E. 9.1**

Die Beschwerdeführerin führt aus, sie habe einen Anspruch auf Nutzung der Werbefläche aufgrund der Meinungsfreiheit, da die Meinungsfreiheit sowie spezifische Kommunikationsgrundrechte wie namentlich die Medien- und Versammlungsfreiheit, einen bedingten Anspruch auf Benutzung öffentlichen Grundes zur beabsichtigten Meinungsäusserung gewähren würden. Im Unterschied zu öffentlichen Strassen oder gemeindeeigenen Sälen stelle das Plakatieren an der im HB Zürich dafür vorgesehenen Stellen sogar eine bestimmungsgemässe Nutzung der Sache dar, weswegen sich erst recht ein Anspruch ergeben müsse, dort ein politisches Plakat zu veröffentlichen.

##### **E. 9.2**

Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, Bahnhöfe seien zwar als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch zu qualifizieren, doch seien die Zirkulationsflächen nur bedingt mit öffentlichen Strassen und Plätzen vergleichbar, denn sie würden eine engere Zweckbestimmung aufweisen. Während Strassen und Plätze neben ihrer Funktion als Verkehrsfläche auch als Raum für Erholung und als Forum für Meinungs austausch und Kundgabe zur Verfügung stehen würden, seien Zirkulationsflächen in erster Linie dazu bestimmt, den ungehinderten Zugang zur Bahn zu ermöglichen. Ähnlich wie beim Verwaltungsvermögen müsse bei den Zirkulationsflächen in Bahnhöfen und im Unterschied zu den "normalen" öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gelten, dass der ordentlichen (bestimmungsgemässen) Nutzung gegenüber einer ausserordentlichen Nutzung durch Private - sofern sich eine solche überhaupt mit der Zweckbestimmung der Sache vereinbaren lasse - Priorität einzuräumen sei. Die Beschwerdeführerin werde in ihrer Freiheit, ihre Plakate auszuhängen, tatsächlich kaum eingeschränkt, denn sie könne sowohl in der Stadt Zürich wie auch in anderen Gemeinden ihre Plakate in unmittelbarer Nähe des Bahnhofs und anderen gut frequentierten Lagen aufhängen. Aus diesem Grund müsse vorliegend in Anlehnung an BGE 127 I 84 ein direkter grundrechtlicher

Zulassungsanspruch entfallen.

### **E. 9.3**

Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV, Art. 10 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101]). Die Garantie der freien Meinungsäusserung verleiht jedem Einzelnen das Recht, der Öffentlichkeit oder Privatpersonen Meinungen und Informationen ohne Behinderung durch Behörden mitzuteilen und sich dabei aller erlaubten und zweckmässigen Mittel zu bedienen. Als Mittel der geschützten Meinungsäusserung kommen grundsätzlich alle Äusserungsmöglichkeiten in Frage, namentlich das gesprochene und geschriebene Wort, Spruchbänder, Tonträger, Filme, Mitteilungen im Internet sowie das Aushängen von Plakaten und Mitteilungen (vgl. dazu BGE 127 I 84, Urteil des Bundesgerichts 1C\_440/2007 vom 25. März 2008 E. 2.2; Andreas Kley / Esther Tophinke, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 16, Rz. 11 mit Hinweisen, Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 457). Vorliegend wird insofern ein Anspruch auf Benutzung der Bahnhofswand erhoben, als die Beschwerdeführerin dort ein Plakat anbringen möchte. Die Verbreitung von Meinungen mittels Plakaten stellt ein zulässiges Mittel der Meinungsäusserung dar (Urteil des Bundesgerichts 1C\_440/2007 vom 25. März 2008 E. 2.2). Allerdings handelt es sich dabei im vorliegenden Fall nicht mehr um schlichten Gemeingebrauch, da eine solche Nutzung nicht mehr gemeinverträglich ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2392 ff.), und es fragt sich, ob ein grundrechtlicher Anspruch auf eine solche Nutzung besteht. Ob es sich vorliegend um gesteigerten Gemeingebrauch oder Sondernutzung handelt, kann dabei letztlich offen gelassen werden (vgl. dazu nachfolgende Erwägung).

### **E. 9.4**

Nach früherer Auffassung waren die Meinungsfreiheit und Versammlungsfreiheit blosse Abwehrrechte, erhielten aber schliesslich im Zusammenhang mit Demonstrationen einen über reine Abwehrrechte hinausgehenden Charakter. Das Bundesgericht anerkennt seitdem in ständiger Rechtsprechung einen bedingten Anspruch auf die Benutzung von öffentlichen Strassen und Plätzen zur Grundrechtsausübung, einen bedingten Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch. Der Anspruch steht einerseits unter dem Vorbehalt genügender Kapazitäten. Andererseits muss die Behörde zwischen den Grundrechtsinteressen der verschiedenen Gesuchsteller sowie zwischen diesen und dem öffentlichen Interesse an der gemeinverträglichen Nutzung der öffentlichen Sache abwägen (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 51, Rz. 37). Zudem hat das Bundesgericht betreffend Gemeindesäle, die für Versammlungen benutzt werden können, festgehalten, sie seien dem öffentlichen Grund gleichzustellen und hinsichtlich der Inanspruchnahme gleich zu behandeln wie die Benutzung öffentlichen Grundes (BGE 127 I 164 E. 3b; Jörg Paul Müller / Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 427). Die Bewilligungsbehörde hat beim Entscheid über die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes zur Ausübung ideeller (insbesondere der Meinungsäusserungsfreiheit) und politischer Grundrechte dem besonderen Gehalt dieser Grundrechte Rechnung zu tragen (BGE 127 I 84 E. 4b, BGE 126 I 133 E. 4d, BGE 124 I 267 E. 3a). Es besteht somit ein bedingter Anspruch auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs, wenn er für die Ausübung von Freiheitsrechten auf öffentlichem Grund erforderlich ist (BGE 132 I 256 E. 3; 127 I 164 E. 3b, BGE 126 I 133 E. 4d). Dasselbe muss im Falle von Sondernutzung gelten

(Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2426 mit Hinweisen).

### **E. 9.5**

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Rechtsprechung zum bedingten Anspruch auf die Benutzung öffentlichen Grundes auch auf Bahnhofswände und deren Nutzung mittels Plakaten anwendbar ist, mithin ein direkter grundrechtlicher Anspruch auf ein Plakat an der Bahnhofswand zu bejahen ist.

#### **E. 9.5.1**

Im Zusammenhang mit einer Plakatkampagne der Rael-Sekte auf öffentlichem Grund (Stadt Neuchâtel) hat das Bundesgericht einen bedingten Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes aufgrund der Meinungsfreiheit bejaht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.336/2005 vom 20. September 2005 E. 5; bestätigt durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), *Affaire mouvement raelien suisse c. Suisse*, Urteil vom 13. Januar 2011, no. 16354/06). Die Publikumsbereiche des Bahnhofs gelten als Sachen im Gemeingebrauch und sind aufgrund ihrer freien Zugänglichkeit mit Strassen und Plätzen vergleichbar (Wyssmann, a.a.O, S. 54; vgl. auch Gerhard Schmid / Felix Uhlmann, *Öffentliche Unternehmen in den Untiefen zwischen Grundrechtsbindung, Gewinnorientierung und Sachen im Gemeingebrauch*, ZBl 2001, S. 342 f. zu Tramhaltestellen, zu dem Begriff des "domaine public" Thierry Tanquerel, *Les instruments de mise à disposition du domaine public*, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 117). Sie dienen wie Strassen und Plätze in erster Linie dem Verkehr, dem geruhlosen Verweilen und Zirkulieren, aber auch der zwischenmenschlichen Kommunikation (vgl. BGE 132 I 49; zu Strassen und Plätzen vgl. Lucas David / Mark A. Reutter, *Schweizerisches Werberecht*, Zürich 2001, S. 203). Der bedingte Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch kann sich dabei nicht nur auf die Bodenflächen beziehen, sondern muss auch die Bahnhofswände einschliessen, da diese genauso wie die Bodenflächen eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch darstellen (vgl. dazu oben E. 8.6.4) und damit auch der zwischenmenschlichen Kommunikation dienen (vgl. z.B. BGE 127 I 84 E. 4b bzgl. Benutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch; Moor, a.a.O., S. 282). Auch wenn also die Bahnhofswände ebenso wie die Bodenflächen in erster Linie dem Bahnverkehr dienen müssen, schliesst das nicht aus, dass sie neben ihrer Hauptfunktion ebenfalls - so wie Strassen und Plätze auch - dem Meinungsaustausch dienen (vgl. auch BGE 132 I 49 E. 7.2, welcher von öffentlichem Raum spricht; zum bedingten Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch im Falle von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch BGE 127 I 84 E. 4b; vgl. Moor, S. 282; vgl. auch Wyssmann, S. 54 zum Bahnhof als urbanen Treffpunkt). Somit muss die Rechtsprechung zum bedingten Anspruch auf Benutzung öffentlichen Grundes vorliegend anwendbar sein.

#### **E. 9.5.2**

Im Zusammenhang mit der Verwendung von Fahrzeugen eines öffentlichen Betriebs als bewegliche Werbeflächen hat das Bundesgericht zwar einen direkten grundrechtlichen Anspruch auf deren Inanspruchnahme mit einer Ganzbemalung verneint (vgl. dazu BGE 127 I 84). Im Gegensatz zum erwähnten Stadtbus handelt es sich bei der Bahnhofswand nicht um Verwaltungsvermögen, sondern um eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch, weswegen sie mit Strassen und Plätzen vergleichbar ist (vgl. vorstehende Erwägung). Selbst wenn man aber einen direkten grundrechtlichen Anspruch verneinen wollte, muss beim Bewilligungsentscheid ohnehin eine Abwägung zwischen einerseits dem Interesse der

Beschwerdeführerin auf Meinungsäusserung und andererseits polizeilichen Interessen sowie dem Interesse am bestimmungsgemässen Gebrauch der öffentlichen Sache und zudem dem Interesse der SBB AG an unternehmerischer Freiheit bzw. ihren fiskalischen Interessen im Falle der kommerziellen Nutzung einer öffentlichen Sache stattfinden (vgl. BGE 127 I 84 E. 4b und c; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2413, vgl. auch Müller, a.a.O., Rz. 15).

### **E. 9.6**

Abschliessend kann daher festgehalten werden, dass im Zusammenhang mit der Regelung der Nutzung der Bahnhofswand durchaus (direkte) grundrechtliche Ansprüche aufgrund der Meinungsfreiheit entstehen können, nämlich ein bedingter Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch. Die Verweigerung der Bewilligung des Plakataushangs stellt somit eine Einschränkung der Meinungsfreiheit dar, die nur zulässig ist, wenn sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 BV; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2413).

### **E. 10.1**

Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der Einschränkung der Meinungsfreiheit, dass die Plakate der Genehmigung vorzulegen seien. Die Beigeladene könne Plakatflächen nicht ohne Rücksprache mit der Vorinstanz für aussenpolitische Meinungsäusserungen freigeben, was einer Vorzensur gleichkomme. Zudem sei das Reglement "Grundsätze für die Werbeflächen (Fremd- und Eigenwerbung)" Z 700.6 (nachfolgend: Reglement) nur intern, nicht aber öffentlich zugänglich gewesen und sie habe es erst nach mehreren telefonischen Anrufen erhalten. Auch sei das Reglement viel zu vage formuliert. Was als "ausserpolitisch" heikel gelte, könne anhand der Vorschrift nicht nachvollzogen werden. Mit dem Reglement würden unzulässigerweise generell bestimmte politische Äusserungen verboten, denn im Bereich der Aussenpolitik sei alles brisant. Weiter werde mit dem Plakat im vorliegenden Fall nicht zu Gewalt aufgerufen, sondern es handle sich lediglich um Solidaritätskundgebungen und es sei auch nicht nachvollziehbar, wie durch eine politische Aussage auf einem Plakat die Zirkulation der Bahnreisenden ernsthaft behindert werde. Es sei unverhältnismässig, generell mit Bezug auf bestimmte Themen den Plakataushang an der Wand wegen des Inhalts zu verbieten.

### **E. 10.2**

Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie sei nicht verpflichtet, ihre internen Dokumente wie das fragliche Reglement zu publizieren und beim Entscheid über die Bewilligung dürfe sie auch den Inhalt des Plakats berücksichtigen. Auch wenn die Formulierung in Ziff. 1.5.4 etwas knapp ausgefallen sei, so ergebe sich jedoch daraus klar, dass politische Werbung beschränkt werden solle auf die Werbung im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen sowie zugunsten von in der Schweiz zugelassenen Parteien und Organisationen. Der Nahostkonflikt sei ein Paradebeispiel für ein politisch brisantes Thema und ebenso eindeutig handle es sich nicht um ein innenpolitisches Thema. Das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung von Verhältnissen, die den Bahnreisenden ein zügiges und möglichst behinderungsfreies Fortkommen ermöglichen würden, falle im Vergleich zu bahnbetriebsfremden Grundrechtsinteressen erheblich ins Gewicht. Allein das Risiko, dass es wegen der von der Beschwerdeführerin verlangten Plakataushängen zu Zwischenfällen wie Sprayereien, Demolieren von Plakatstellen, Gegenaktionen und Gewalttätigkeiten kommen könne, müsse für ein Verbot genügen.

### E. 10.3

Was die Zulässigkeit und Voraussetzungen einer Bewilligungspflicht für den fraglichen Plakataushang betrifft, ist Folgendes festzuhalten: In der Lehre wird für die Statuierung einer Bewilligungspflicht zur Ausübung von Freiheitsrechten auf öffentlichem Grund mehrheitlich eine gesetzliche Grundlage verlangt (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2404, Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 495, Müller/Schefer, a.a.O., S. 428 f., a.M. Yvo Hangartner, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 1C\_434/2008 vom 28. September 2009 = BGE 135 I 302, AJP 2010, S. 100 ff.). Das Bundesgericht sprach im Zusammenhang mit der Einführung einer Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeingebrauch von öffentlichen Sachen bereits unter der Herrschaft der Bundesverfassung von 1874 von der "Wünschbarkeit" einer rechtsatzmässigen Grundlage (BGE 121 I 279 E. 2b, BGE 119 Ia 445 E. 2a). In neueren Entscheiden betont es jedoch wiederum das Recht der Gemeinwesen, gestützt auf ihre Hoheit über die öffentlichen Sachen deren Benutzung durch Private frei zu regeln und sieht somit vom Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für eine Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeingebrauch ab (vgl. BGE 132 I 97 E. 2.2; offen gelassen in BGE 135 I 302 E. 3.2, offen gelassen in Urteil des Bundesgerichts 2P.191/2004 vom 10. August 2005 E. 5.1, vgl. demgegenüber auch Urteil des Bundesgerichts 1P.336/2005 vom 20. September 2005 E. 5.4; vgl. zur Rechtsprechung auch Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2404, Yvo Hangartner, a.a.O., AJP 2010, S. 100 ff.). Vorliegend hat die SBB AG die Bewilligungspflicht in Ziff. 1.5 des internen Reglements konkretisiert. Wie soeben ausgeführt, ist aufgrund bundesgerichtlicher Rechtsprechung zurzeit eine gesetzliche Grundlage für eine Bewilligungspflicht nicht erforderlich. Dennoch ist wünschenswert, dass ein ohnehin vorhandenes Reglement in Zukunft auch der Öffentlichkeit leicht zugänglich gemacht wird, so dass sich Interessierte im vornherein über die Bewilligungspflicht im Zusammenhang mit dem Plakataushang im Bahnhof ins Bild setzen können. Eine Bewilligungspflicht ist wie andere Einschränkungen der Meinungsfreiheit zulässig, soweit sie Polizeigüter wie namentlich die öffentliche Sicherheit, öffentliche Ruhe und Ordnung zu schützen bestimmt ist. Bei der Benutzung öffentlicher Sachen dürfen zusätzlich auch der bestimmungsgemässe Gebrauch dieser Sache - wie hier der ordnungsgemässe Bahnbetrieb - berücksichtigt werden (vgl. BGE 127 I 164 E. 3b, BGE 124 I 267 E. 3a, BGE 107 Ia 292 E. 2b, BGE 105 Ia 15 E. 4; Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 498 ff., Schefer/Müller, a.a.O., S. 429 f.). Soweit es um die Wahrung dieser öffentlichen Interessen geht, darf - obwohl grundsätzlich eine präventive Kontrolle des Inhalts von Meinungsäusserungen (Vorzensur) unzulässig ist - die Bewilligungsbehörde bei ihrem Bewilligungsentscheid für den gesteigerten Gemeingebrauch oder Sondernutzung einer öffentlichen Sache den Inhalt einer Meinungsäusserung vorgängig berücksichtigen. Die Behörde darf die Bewilligung jedoch nicht bloss deshalb verweigern, weil sie die vom Gesuchsteller propagierten Auffassungen nicht teilt oder missbilligt, sondern sie ist vielmehr zu einer neutralen, sachlichen Haltung verpflichtet (Urteil des Bundesgerichts 1P.104/2000 vom 30. Mai 2000 E. 3a; BGE 124 I 267 E. 3a und b; BGE 105 Ia 15 E. 4; Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 491 ff. und 498 ff., vgl. auch Müller/Schefer, a.a.O., S. 429). Sie hat Zurückhaltung zu üben, wenn sie im Rahmen der Verfügung über öffentliche Sachen Meinungsäusserungen auf ihren Inhalt zu prüfen hat und die im Bewilligungsverfahren vorzunehmende Kontrolle darf nicht den Charakter einer politischen Zensur annehmen (BGE 105 Ia 15 E. 4). Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz diesen Grundsätzen im internen Reglement genügend Rechnung getragen hat.

## **E. 10.4**

Die Beschwerdeführerin rügt eine unzulässige Einschränkung der Meinungsfreiheit durch das in Ziff. 1.5.4 des Reglements verankerte Verbot von Meinungsäusserungen zu aussenpolitisch brisanten Themen. Somit ist vorfrageweise zu prüfen, ob die entsprechende Bestimmung der sich an die Divisionen und Zentralbereiche des Konzerns der SBB richtenden vollzugslenkenden Verwaltungsverordnung mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist (vgl. BVGE 2010/33 E. 3.3.1 und BVGE 2010/37 E. 2.5.1; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.173 f).

### **E. 10.4.1**

Die Vorinstanz stützt das Verbot des Plakats auf Satz 1 von Ziff. 1.5.4 des Reglements, wonach Werbung/Botschaften zu aussenpolitisch brisanten Themen für sämtliche Medien ausgeschlossen sind. Aufgrund der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist zurzeit für die Bewilligungspflicht in Bezug auf die Benutzung des öffentlichen Grundes für Sonderzwecke keine gesetzliche Grundlage erforderlich (vgl. dazu vorne E. 10.3) und an die Bestimmtheit eines solchen Reglements können daher keine besonders hohen Anforderungen gestellt werden (vgl. auch BGE 107 Ia 292 E. 2c). Fraglich ist hingegen, ob der Einschränkung in Ziff. 1.5.4 des Reglements ein zulässiges öffentliches Interesse zur Einschränkung der Meinungsfreiheit zugrunde liegt.

### **E. 10.4.2**

Als zulässige öffentliche Interessen für ein Verbot einer Meinungsäusserung wegen ihres Inhalts kommen vorliegend polizeiliche Interessen wie die öffentliche Ordnung und Sicherheit sowie ein Interesse am ordnungsgemässen Bahnbetrieb in Frage (vgl. dazu oben E. 10.3). Dabei ist festzuhalten, dass ein Verbot wegen des Inhalts der geäusserten Meinungsäusserung nur dann in Frage kommt, wenn die geäusserten Ansichten mit grosser Wahrscheinlichkeit eine unmittelbare, schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit bewirken. Die vage und theoretische Möglichkeit, dass es zu rechtswidrigen Handlungen kommen könnte, rechtfertigt ein Verbot noch nicht (BGE 108 Ia 300 E. 3; BGE 107 Ia 232 E. 5b; vgl. auch BGE 124 I 267 E. 3d, in welchem selbst bei einer Demonstration die öffentliche Ordnung hätte aufrecht erhalten werden können; Schefer/Müller, a.a.O., S. 429; vgl. auch Yvo Hangartner / Andreas Kley-Struller, Demonstrationsfreiheit und Rechte Dritter, ZBl 1995, S. 107). Es kann in der Tat nicht ausgeschlossen werden, dass im Falle von brisanten aussenpolitischen Äusserungen eine unmittelbare, schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit sowie den ordnungsgemässen Bahnbetrieb geschaffen wird. Die Bestimmung lässt sich somit auf zulässige öffentliche Interessen zur Einschränkung der Meinungsfreiheit zurückführen.

### **E. 10.4.3**

Es bleibt zu prüfen, ob Satz 1 von Ziff. 1.5.4. des Reglements verhältnismässig ist. Verhältnismässig ist die Bestimmung dann, wenn sie im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet und erforderlich ist und ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und einem damit verbundenen Eingriff wahrt (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 586 ff.).

#### **E. 10.4.3.1**

Durch das umfassende Verbot von aussenpolitisch brisanten Meinungsäusserungen werden alle aussenpolitischen Meinungsäusserungen unterbunden, welche die öffentliche Ordnung

und Sicherheit sowie den ordnungsgemässen Bahnbetrieb unmittelbar schwer gefährden könnten. Die Bestimmung ist somit geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen.

#### **E. 10.4.3.2**

Vorliegend statuiert Satz 1 von Ziff. 1.5.4 des Reglements ein umfassendes Verbot für alle brisanten aussenpolitischen Meinungsäusserungen. "Brisant" im Zusammenhang mit politischen Themen bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch "hochaktuell, viel Zündstoff enthaltend, heikel, zu heftigen Reaktionen führend" (vgl. Duden, Das Fremdwörterbuch, 9. Aufl., Mannheim/Wien/Zürich 2007, vgl. auch Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 7. Aufl., Gütersloh/München 2006). Meinungsäusserungen zu aussenpolitischen Themen sind aber meistens hochaktuell oder heikel, ohne dass deswegen immer auch eine unmittelbare, schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung geschaffen wird. Auch wird in der fraglichen Bestimmung nicht berücksichtigt, dass für die Bejahung einer unmittelbaren Gefahr für Sicherheit und Ordnung nicht nur der Inhalt einer Meinungsäusserung entscheidend ist, sondern vielmehr auch die Art und Weise, wie die Meinung geäussert wird. Ein generelles Verbot für brisante aussenpolitische Meinungsäusserungen wie es Satz 1 von Ziff. 1.5.4 des Reglements festsetzt, ist daher nicht erforderlich. Genauso geeignet, aber eine mildere Massnahme, um die öffentliche Sicherheit, Ordnung und den ordnungsgemässen Bahnbetrieb zu garantieren, wäre eine blosser Bewilligungspflicht im Falle von beabsichtigten Meinungsäusserungen, bei denen die unmittelbare und schwere Gefährdung von öffentlicher Sicherheit, Ordnung und ordnungsgemässen Bahnbetrieb in Frage steht. Auf diese Weise könnten vorliegend in den Fällen, in welchen die Beigeladene eine solche Gefährdung als möglich erachtet, im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens nur die aussenpolitischen Meinungsäusserungen verboten werden, die tatsächlich die öffentliche Sicherheit, Ordnung und den ordnungsgemässen Bahnbetrieb mit grosser Wahrscheinlichkeit unmittelbar schwer gefährden.

#### **E. 10.4.3.3**

Zudem liegt auch kein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel, nämlich der Wahrung der öffentlichen Sicherheit sowie dem ordnungsgemässen Bahnbetrieb und dem Eingriff in die Meinungsfreiheit von Privatpersonen wie der Beschwerdeführerin vor. Zwar ist das Interesse an öffentlicher Sicherheit im Bahnhof schwer zu gewichten. Da die Zugänge zum Bahnhof und die Durchgänge zu Gleisen und Bahnhofeinrichtungen von Reisenden und Bahnhofbenützern während der Betriebszeiten in grosser Zahl begangen werden, kommt der Sicherung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vor Gefährdungen und Störungen eine besondere Bedeutung zu (BGE 132 I 49 E. 7.2 und vorne E. 8.4). Dem ist jedoch das ebenfalls gewichtige Interesse von Privaten an der Ausübung ihrer Meinungsfreiheit gegenüberzustellen. Zwar können Private wie die Beschwerdeführerin ihre Meinung auch anderweitig - z.B. per Zeitungsinserat - kundtun. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Plakataushang, insbesondere der Plakataushang auf öffentlichem Grund, eines der besten Mittel ist, um viele Personen zu erreichen (vgl. David/Reutter, a.a.O., S. 185). Dies muss umso mehr gelten, wenn es dabei um einen Bahnhof geht, wo besonders viele Menschen auf engem Raum mit Werbung und Meinungsäusserungen auf Plakaten in Kontakt kommen. Die SBB AG hat ein faktisches Monopol bezüglich des Plakataushangs an (grossen) Bahnhöfen. Durch die fragliche Bestimmung werden jegliche Meinungsäusserungen, welche irgendeinen Bezug zum Ausland haben, unterbunden ungeachtet dessen, dass Bahnhöfe einen wichtigen Raum für den Austausch von Meinungen darstellen (vgl. BGE 132 I 49; vgl. auch Wyssmann, a.a.O.,

S. 54 zum Bahnhof als urbanen Treffpunkt). Zudem ist zu berücksichtigen, dass Meinungsäusserungen zu einem politisch oder gesellschaftlich bedeutsamen Thema in der Demokratie auch einem gewichtigen öffentlichen Interesse entsprechen (vgl. BGE 136 I 332 E. 3.2.2; Kley/Tophinke, a.a.O., Art. 16 BV, Rz. 15). Wägt man die erwähnten Interessen gegeneinander ab, so zeigt sich, dass die Wahrung von öffentlicher Sicherheit, Ordnung und ordnungsgemäsem Bahnverkehr durch ein generelles Verbot von brisanten aussenpolitischen Meinungsäusserungen in keinem vernünftigen Verhältnis zum damit bewirkten Eingriff in die Meinungsfreiheit steht. Auch die finanziellen Interessen und die unternehmerische Freiheit der SBB AG vermögen daran nichts zu ändern, da diese sich vielmehr auf die Freiheit der SBB AG zur Wahl von Vertragspartnern wie der APG und auf den Entscheid beziehen, wieviele Plakate wo und in welcher Grösse im Bahnhof zur Verfügung gestellt werden (vgl. BGE 127 I 84 betreffend Ganzwerbebus). Sie können aber nicht ein Verbot von Meinungsäusserungen wegen ihres Inhalts rechtfertigen.

#### **E. 10.4.4**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das in Satz 1 von Ziff. 1.5.4 des Reglements statuierte Verbot von brisanten aussenpolitischen Meinungsäusserungen unverhältnismässig ist, weil damit grundsätzlich alle hochaktuellen politischen Themen mit irgendeinem Bezug zum Ausland verboten werden, ohne dass mit grosser Wahrscheinlichkeit eine schwere unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit, Ordnung und den ordnungsgemässen Bahnverkehr vorliegen muss. Satz 1 von Ziff. 1.5.4 des Reglements erweist sich somit als verfassungswidrig, weshalb er im vorliegenden Fall in dieser Absolutheit nicht anzuwenden ist.

#### **E. 10.5**

Da auch ohne entsprechende Grundlage im Reglement der SBB AG nicht jede aussenpolitische Meinungsäusserung zulässig ist (vgl. dazu vorne E. 10.3 und 10.4.3.1), bleibt zu prüfen, ob konkret mit dem Aushang des fraglichen Plakats mit grosser Wahrscheinlichkeit eine unmittelbare und schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit oder den ordnungsgemässen Bahnbetrieb geschaffen wird und deswegen ein Verbot dieses Plakats zulässig ist. Es fragt sich dabei insbesondere auch, ob mit dem Plakat zu Gewalt aufgerufen wird. Vorab ist festzuhalten, dass das Plakat eher unauffällig gestaltet ist. Es beinhaltet weder auffällige noch schockierende Bilder. Das fragliche Plakat führt in der rechten Ecke oben mit farbiger Schrift "61 Jahre Israel" und "61 Jahre Unrecht an den Palästinensern" auf. Darunter steht in weisser Schrift "Es gab in Nahost kein Land ohne Volk für ein Volk ohne Land. Israel: mit Gewalt errichtet auf dem Boden der Palästinenser." Etwas von diesem Text abgesetzt bildet den Abschluss der Botschaft "Unrecht verlangt Widerstand!". Ganz klein am unteren Rand ist vermerkt "Eine Aktion der Palästina-Solidarität, Region Zürich". Weitere Hinweise wie beispielsweise ein Verweis auf eine Internetadresse der Palästina-Solidarität existieren nicht (vgl. demgegenüber Urteil des Bundesgerichts 1P.336/2005 vom 20. September 2005; Bestätigung durch EGMR, *Affaire mouvement raelien suisse c. Suisse*, Urteil vom 13. Januar 2011, no. 16354/06). Auch wenn der Tonfall des Plakattexts eher kämpferischer Natur ist, kann darin noch kein Aufruf zu Gewalt oder sonstigen rechtswidrigen Handlungen gesehen werden (vgl. dazu auch Stefan Trechsel / Hans Vest, in: Trechsel et al. [Hrsg.], *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar*, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 259, Rz. 3). Widerstand bedeutet nicht automatisch auch Gewalt und es wird nicht zu konkreten Aktionen aufgerufen (vgl. demgegenüber BGE 105 Ia 15 E. 4, wo zur Besetzung des Atomkraftwerks Gösgen

aufgefordert wurde). Auch kann vorliegend eine unmittelbare, schwere Gefährdung der Sicherheit und Ordnung nicht bejaht werden. Das zeigt sich bereits anhand der Tatsache, dass das Plakat drei Tage aufgehängt war, ohne dass sich deswegen Sachbeschädigungen oder Demonstrationen ergeben hätten (anders im Zusammenhang mit der Veranstaltung in BGE 108 Ia 300). Ein allfälliges theoretisches Risiko von Störungen kann jedoch für ein Verbot nicht genügen. Auch mit dem Interesse am ordnungsgemässen Bahnbetrieb lässt sich das Verbot des Plakats nicht rechtfertigen. Das Plakat ist weder besonders auffällig noch schockierend und wird weder die Zirkulation der Bahnhofsbenutzer und noch sonst den Bahnbetrieb behindern. Von der Vorinstanz wird denn auch nicht geltend gemacht, dass das Plakat die Zirkulation der Benutzer und den sonstigen Bahnbetrieb tatsächlich behindert hat.

#### **E. 10.6**

Abschliessend ist daher festzuhalten, dass das Verbot, das fragliche Plakat zum Palästina-Konflikt im Hauptbahnhof Zürich aufzuhängen, die Meinungsfreiheit verletzt. Der Antrag der Beschwerdeführerin, die Verfügung der Vorinstanz vom 28. Oktober 2009 aufzuheben und die Vorinstanz bzw. die Beigeladene zu verpflichten, den fraglichen Plakataushang zu bewilligen, ist gutzuheissen.

#### **E. 11.1**

Nach Art. 63 Abs. 1 VwVG auferlegt das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Eine Partei unterliegt, wenn ihren Begehren nicht entsprochen wird. Verglichen werden die Anträge und das Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids (Marcel Maillard, in: Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 63 N 14; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 4.43). Keine Verfahrenskosten werden unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

#### **E. 11.2**

Da die Beschwerdeführerin vorliegend vollumfänglich obsiegt, sind ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG e contrario). Der bereits geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Beigeladene hat im vorliegenden Verfahren keine selbständigen Anträge gestellt, weshalb ihr ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind.

#### **E. 12.1**

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

#### **E. 12.2**

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat eine Kostennote in der Höhe von Fr. 11'016.30 (inklusive Mehrwertsteuer) eingereicht. Darin werden insgesamt 39 Stunden, nämlich 17 Stunden à Fr. 300.00 (Partner) und 22 Stunden à Fr. 220.00 (Mitarbeiter)

verrechnet, womit sich die Stundenansätze im vor dem Bundesverwaltungsgericht zulässigen Rahmen bewegen (vgl. Art. 10 Abs. 2 VGKE). Zudem erscheinen die verrechneten insgesamt 39 Arbeitsstunden angesichts der Komplexität und des Umfangs der vorliegenden Angelegenheit als angemessen. Entsprechend des vollumfänglichen Obsiegens der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz Fr. 11'016.30 an die Beschwerdeführerin als Parteientschädigung zu entrichten (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.