

Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW
School of Management and Law

Bahnhöfe: Eher Bahn oder doch auch Hof?

**Wie Bahnhöfe als öffentliche Sachen qualifiziert werden können und was
die Konsequenzen daraus sind**

Bachelorarbeit

betreut durch Prof. Dr. René Wiederkehr

vorgelegt von Sebastian Wehrli (18678425)

abgegeben am 24. Mai 2022

Management Summary

Täglich sind rund 800 000 Personen mit den Zügen der SBB unterwegs. Zur Bewältigung dieser immensen logistischen Herausforderung müssen die SBB Gleisanlagen, Züge und Bahnhöfe bauen, unterhalten und betreiben. Anders als Gleisanlagen und Züge werden Bahnhöfe nicht nur von Bahnpassagieren genutzt. Sie bieten sich auch als Treffpunkt, Aufenthaltsort, als innerstädtische Wegverbindung oder aufgrund des breiten Angebots an Dienstleistungen wie Läden und Restaurants einem breiteren Publikum an. Ferner sind Bahnhöfe etwa auch für Werbung, Kundgebungen und Verteilaktionen zur Promotion von Produkten von Interesse. Diese vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten – gerade in grösseren Bahnhöfen – bergen Konfliktpotenzial.

Diese Bahnhöfe werden meist von den SBB bewirtschaftet und verwaltet. Unter der Hoheit der SBB stehen insbesondere die im Interesse dieser Arbeit stehenden Grossbahnhöfe in städtischen Zentren, die ein breites Angebot an Dienstleistungen aufweisen. Die SBB bestimmen, wie diese Bahnhöfe genutzt werden. Als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Alleineigentum des Bundes nehmen die SBB mit der Personenbeförderung und dem Bau und Betrieb der Eisenbahninfrastruktur (etwa Bahnhöfe) eine öffentliche Aufgabe wahr. Infolgedessen sind die SBB nach Art. 35 Abs. 2 BV grundsätzlich an die Grundrechte gebunden. Es stellt sich somit die Frage, wie das Bahnhofareal genutzt werden kann und ob ein Nutzungsanspruch besteht.

Wie aufgezeigt wird, stellen Bahnhöfe öffentliche Sachen dar. Um in Erfahrung zu bringen, ob und wie Bahnhöfe als öffentliche Sachen genutzt werden können und ob auf diese Nutzung ein Anspruch besteht, ist zunächst die verwaltungsrechtliche Qualifikation des Bahnhofs zu untersuchen. Eine Ansicht ist, dass – analog den Zügen – Bahnhöfe primär den Bahnpassagieren zur Verfügung stehen und damit Verwaltungsvermögen darstellen. Eine andere Ansicht ist demgegenüber, dass – analog den öffentlichen Strassen und Plätzen – Bahnhöfe grundsätzlich allen zur Nutzung offenstehen und damit als öffentliche Sache im Gemeingebrauch qualifiziert werden.

Die Zirkulationsflächen auf Bahnarealen dienen nicht nur dem Bahnbetrieb, sondern auch der Befriedigung der einleitend genannten Bedürfnissen. Entsprechend werden sie von den SBB als urbaner Treffpunkt sowie als «Begegnungszentrum der Stadt» zum «flanieren, shoppen und geniessen» vermarktet. Bahnhöfe sind folglich der Allgemeinheit zugänglich und aus diesen Gründen als öffentliche Sache im Gemeingebrauch zu

qualifizieren. Unabhängig der Nutzungsart ist deshalb auf das Nutzungsverhältnis zwischen den SBB und den Bahnhofbenutzern öffentliches Recht anwendbar. Aufgrund des Bahnbetriebs ist die Zweckbestimmung der Bahnhöfe enger als etwa bei öffentlichen Plätzen, weshalb bei der Nutzung die Schwelle zum gesteigerten Gemeingebrauch schneller überschritten wird. Allerdings besteht ein bedingter Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs, wenn diese zur Ausübung eines Grundrechts erforderlich ist. Wird die Bewilligung abgelehnt, muss diese den Voraussetzungen von Art. 36 BV standhalten.

Inhaltsverzeichnis

I.	Literaturverzeichnis.....	V
II.	Abkürzungsverzeichnis	VIII
1	Einleitung	1
2	Die SBB	3
2.1	Rechtliche Rahmenbedingungen.....	3
2.2	Herausforderungen	5
2.3	Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben	6
3	Öffentliche Sachen und ihre Nutzung	8
3.1	Einführung	8
3.2	Öffentliche Sachen	8
3.3	Finanzvermögen	11
3.4	Verwaltungsvermögen	13
3.4.1	Begriff	13
3.4.2	Anwendbares Recht	15
3.4.3	Nutzung von Verwaltungsvermögen	15
	3.4.3.1 Ordentliche Nutzung.....	16
	3.4.3.2 Ausserordentliche Nutzung und Sondernutzung	16
3.4.4	Anspruch auf Nutzung des Verwaltungsvermögens	18
3.5	Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch	20
3.5.1	Begriff	20
3.5.2	Anwendbares Recht	22
3.5.3	Nutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch	23
	3.5.3.1 Schlichter Gemeingebrauch	23
	3.5.3.2 Gesteigerter Gemeingebrauch.....	25
	3.5.3.3 Sondernutzung	27
3.5.4	Anspruch auf Nutzung der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch.....	28
3.6	Grundrechtsbindung der SBB	30
4	Bahnhöfe	32
4.1	Einführung	32
4.2	Art der öffentlichen Sache	33

4.2.1	Abgrenzungen	33
4.2.2	Bahnhöfe als Verwaltungsvermögen	34
4.2.2.1	Qualifikation in der Rechtsprechung.....	34
4.2.2.2	Qualifikation in der Lehre	35
4.2.3	Bahnhöfe als öffentliche Sache im Gemeingebrauch	36
4.2.3.1	Qualifikation in der Rechtsprechung.....	36
4.2.3.2	Qualifikation in der Lehre	40
4.2.4	Würdigung	42
4.2.5	Anwendbares Recht	44
4.2.6	Rechtsschutz.....	45
4.3	Nutzung der Bahnhöfe	47
4.3.1	Ausgangslage	47
4.3.2	Nutzungsarten der Bahnhöfe.....	48
4.3.3	Anspruch auf Nutzung der Bahnhöfe.....	50
5	Schlussfazit	53

I. Literaturverzeichnis

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. Juli 2012, 2C_415/2011, BGE 138 I 274, ZBI 114 (2013) S. 176 ff. (zit. Urteilsbesprechung).

DERS., Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017 (zit. OFK).

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020.

HANGARTNER YVO, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, Bemerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post, AJP (2000) S. 515 ff. (zit. Grundrechtsbindung).

DERS., Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, 29.3.2011, Verena Tobler Linder c. Schweizerische Bundesbahnen SBB und Allgemeine Plakatgesellschaft (APG), Verwaltungsgerichtsbeschwerde (A-7454/2009, AJP (2011) S. 972 ff. (zit. Urteilsbesprechung).

HÄSLER PHILIPP, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Diss. Universität Bern, Bern 2005.

HEER MARKUS, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, Unter Einschluss des Verwaltungsvermögens im Einzelgebrauch, Diss. Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006.

HOCHSTRASSER MICHAEL/RUSCH ARNOLD F., Der Vertrag des Passagiers mit den SBB (2.0), in: Jusletter vom 23. September 2019.

JAAG TOBIAS, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBI 93 (1992) S. 145 ff.

KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich 2018.

KIENER REGINA, § 30 Allgemeine Grundrechtslehren, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2021, S. 460 ff.

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2021.

- LENDI MARTIN/UHLMANN FELIX, Kommentar zur Art. 87 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014.
- LOUIS PATRIK/SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsrecht und Grundrechte als «Türen» zum öffentlichen Raum, AJP (2013) S. 796 ff.
- MATHIS LUKAS, Die Ausübung politischer Rechte auf Bahnhofsarealen, in: Jusletter 12. Dezember 2011.
- MOECKLI DANIEL, Bettelverbote: Einige rechtsvergleichende Überlegungen zur Grundrechtskonformität, ZBI 111 (2010) S. 537 ff. (zit. Bettelverbote).
- DERS., Politische Werbung auf öffentlichem Grund, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (2013) S. 263 ff. (zit. Politische Werbung).
- MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Diss. Universität Bern, Bern 2011.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (2013) S. 153 ff. (zit. öffentliche Aufgaben).
- DERS., Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins ZBJV 152 (2016) S. 71 ff. (zit. Leistungsaufträge).
- SCHMID GERHARD/UHLMANN FELIX, Öffentliche Unternehmen in den Untiefen zwischen Grundrechtsbindung, Gewinnorientierung und Sachen im Gemeingebrauch, Gutachten über die Zulässigkeit der Exklusivvergabe der Baselland Transport AG (BLT) für das Aufstellen von Zeitungsboxen an Tramhaltestellen im Kanton Basel-Landschaft, ZBI 102 (2001) S. 337 ff.
- STÖCKLI ANDREAS/JOLLER ELISABETH, Politische und religiöse Werbung an Fahrzeugen und Anlagen öffentlicher Verkehrsbetriebe, ZBI 120 (2019) S. 475 ff.
- STÜCKELBERGER UELI/HALDIMANN CHRISTOPH, Schienenverkehrsrecht, in: Müller Georg (Hrsg.), Verkehrsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band IV, Basel 2008, S. 251 ff.

TSCHANNEN PIERRE, Kommentar zu Art. 1-4 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Auflage, Zürich 2019.

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014.

UHLMANN FELIX, § 36 Wirtschaftsfreiheit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kie-ner Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2021, S. 567 ff.

WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II, Bern 2014.

WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ, Allgemeines Verwaltungsrecht, in: Furrer Andreas et al. (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2019.

WYSSMANN URSULA, Nutzungskonflikte im öffentlichen Raum – dargestellt am Beispiel des Bahnhofs Bern, Diss. Universität Bern, Zürich/St. Gallen 2009.

II. Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle juristische Praxis
APG	Allgemeine Plakatgesellschaft AG
Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid(e)
BGer	Bundesgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Ders.	Derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101)
et al.	und andere (lateinisch: et alii)
etc.	et cetera
f., ff.	folgende Seite, fortfolgende Seiten
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu = lateinisch im vorliegenden/konkreten Fall
i.S.v.	im Sinne von
lit.	Buchstabe (lateinisch: litera)
m.a.W.	mit anderen Worten

Mio.	Million(en)
N	Randnote
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
PBG	Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (SR 745.1)
Pra	Praxis
S.	Seite(n)
SBB	Schweizerische Bundesbahnen AG
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SR 742.31)
SR	Systematische Sammlung des Bundes
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
z.B.	zum Beispiel
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

1 Einleitung

Die Schweiz ist ein Land der Pendler: Im Jahr 2020 pendelten rund 3.5 Mio. Personen zur Arbeit. Gut 15% der Pendler benutzen dafür die Eisenbahn.¹ Den Schweizerischen Bundesbahnen (nachfolgend «SBB») zufolge waren dies im Jahr 2020 gar 840 000 Passagiere pro Tag. Dafür ist eine aufwendige Infrastruktur notwendig, die gebaut, unterhalten und betrieben werden muss. Neben den täglich betriebenen ca. 11 000 Zügen auf rund 3 200 Kilometer Schienennetzen zählen auch etwa 800 Bahnhöfe dazu.² Um Letztere geht es in der vorliegenden Arbeit.

Bahnhöfe sind für Passagiere unerlässlich, wenn es darum geht, die Züge zu besteigen. Nun weisen eine grosse Anzahl von Bahnhöfen jedoch nicht nur Perrons auf. Um die riesigen Pendlermassen rasch und sicher zu den Perrons zu schleusen, werden die Passagiere von der Bahnhofshalle durch Unterführungen und über Zu- und Abgänge zu den Perrons gelenkt. Zuvor haben die Bahnpassagiere vielleicht in der Schalterhalle ein Bahnticket gekauft, in Wartesälen oder am Treffpunkt auf ihre Zugverbindung gewartet oder sie haben die Gelegenheit genutzt und in den Ladenpassagen in den zahlreichen Läden, Restaurants oder Kiosken Besorgungen getätigt. Sind all diese Angebote notwendig, um mit dem Zug von A nach B zu gelangen? Möglicherweise schon. Doch das breite Angebot «lockt» auch andere Personen an: Bahnhöfe liegen meist im Zentrum der Stadt. Nebst den Bahnbenutzern dient das Angebot in Bahnhöfen auch anderen Personen zum «*flanieren, shoppen und geniessen*», regelmässig auch aufgrund der längeren Öffnungszeiten.³ Aufgrund der zentralen Lage in der Stadt werden Bahnhöfe etwa als Begegnungszentrum,⁴ als urbaner Treffpunkt⁵ oder als innerstädtische Wegverbindung von Fussgängern genutzt.⁶ Die Bereiche, die der Abwicklung des Zugverkehrs dienen, vermischen sich somit mit den Bereichen, die auch aufgrund der freien Zugänglichkeit durch Passanten etc. in Anspruch genommen werden.⁷

¹ Pendlermobilität, <www.bfs.admin.ch> (Statistiken finden/Mobilität und Verkehr/Personenverkehr/Pendlermobilität), besucht am 16. Mai 2022. Zur besseren Lesbarkeit gelten die Personenbezeichnungen für alle Geschlechter.

² Die SBB in Zahlen und Fakten, <<https://reporting.sbb.ch>>, besucht am 16. Mai 2022: Dazu kommen weitere regionale oder städtische Verkehrsbetriebe. Für die vorliegende Arbeit sind nur die SBB relevant, da diese die vorliegend im Interesse stehenden Grossbahnhöfe verwalten.

³ Vgl. «Bahnhof Winterthur» oder «Bahnhof Lausanne», <www.sbb.ch> (Bahnhof & Services/Am Bahnhof/Unsere Bahnhöfe), besucht am 10. Mai 2022.

⁴ Vgl. «Bahnhof Bern», <www.sbb.ch> (Bahnhof & Services/Am Bahnhof/Unsere Bahnhöfe/Bahnhof Bern), besucht am 10. Mai 2022.

⁵ WYSSMANN, S. 54.

⁶ MOSER, S. 178.

⁷ WYSSMANN, S. 54.

Bahnhöfe werden also vielseitig genutzt. Doch weshalb ist dies relevant? Abgesehen von einigen regionalen Eisenbahnunternehmen werden Bahnhöfe zu einem grossen Teil von den SBB bewirtschaftet und verwaltet. Insbesondere stehen Grossbahnhöfe in den städtischen Zentren, die ein breites Angebot an Dienstleistungen aufweisen, unter der Hoheit der SBB.⁸ Die SBB bestimmen also, wie diese Bahnhöfe (nicht) genutzt werden. Da es sich bei den SBB nicht um ein «normales» privatwirtschaftliches Unternehmen handelt, stellt sich zwangsläufig die Frage, wie die (potenziellen) Benutzer das Bahnhofareal nutzen können und ob sie gar einen Anspruch darauf haben.

Die Beantwortung dieser Frage fällt nicht leicht. Um darauf eine Antwort zu finden, ist ein «*Zusammenspiel von Verwaltungs- und Verfassungsrecht*» notwendig.⁹ Wie aufgezeigt wird, stellen Bahnhöfe öffentliche Sachen dar. Um in Erfahrung zu bringen, ob und wie Bahnhöfe als öffentliche Sachen genutzt werden können und ob auf diese Nutzung ein Anspruch besteht, ist zunächst die verwaltungsrechtliche Qualifikation des Bahnhofs zu untersuchen. Eine Ansicht könnte sein, dass – analog den Zügen – Bahnhöfe primär den Bahnpassagieren zur Verfügung stehen, gleich wie etwa ein Flughafen nur durch Flugpassagiere oder ein staatliches Museum nur durch Museumsbesucher genutzt wird (deshalb: *Eher Bahn?*). Eine andere Ansicht könnte sein, dass – analog den öffentlichen Strassen und Plätzen – Bahnhöfe grundsätzlich allen zur Nutzung offenstehen (deshalb: *Doch auch Hof?*). Die Zuordnung zur einen oder anderen Art bringt unterschiedliche Konsequenzen mit sich: Während die erste Ansicht eine Qualifikation als Verwaltungsvermögen nahelegt, tendiert die zweite Ansicht dazu, Bahnhöfe den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zuzuordnen. An dieser Weggabelung entscheidet sich, wie und durch wen Zirkulationsflächen in Bahnhöfen genutzt werden können und ob auf die Nutzung ein Anspruch besteht.

Während die Lehre die Frage teils eher zögerlich, teils gar nicht beantwortet, hat das Bundesgericht bislang eine Qualifikation der Bahnhöfe nicht vorgenommen. Im Fall «SBB-Palästina-Plakat» ging es darum, ob das Verbot der SBB eines Plakates zulässig war, das die israelische Siedlungspolitik kritisiert hat. Das Bundesverwaltungsgericht als Vorinstanz ordnete die Zirkulationsflächen in Bahnhöfen den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zu. Das Bundesgericht liess die Frage ausdrücklich offen und

⁸ Wie unter den Abgrenzungen (vgl. Kapitel 4.2.1) aufgezeigt wird, werden in der vorliegenden Arbeit die sogenannten Zirkulationsflächen dieser Grossbahnhöfe behandelt.

⁹ BIAGGINI, Urteilsbesprechung, S. 178

bejahte den Anspruch gestützt auf eine grundrechtsbezogene Argumentation; in der Folge wurde die fehlende Auseinandersetzung mit dem öffentlichen Sachenrecht in der Lehre bedauert.¹⁰

Um ins Thema einzuführen, werden beginnend die SBB vorgestellt. Ein allgemeiner Überblick über die öffentlichen Sachen und deren Nutzung soll dabei helfen, im darauffolgenden Kapitel die Qualifikation von Bahnhöfen vorzunehmen – diese steht im Zentrum dieser Arbeit. Davon abgeleitet wird anschliessend aufgezeigt, ob das Nutzungsverhältnis öffentlichem oder privatem Recht untersteht, wie Bahnhöfe genutzt werden können und ob ein Nutzungsanspruch besteht. Beim letzten Punkt kommt schliesslich das Verfassungsrecht ins Spiel. Dies steht jedoch nicht im Fokus. Diese Arbeit will einen Beitrag dazu leisten, um herauszufinden, wie Bahnhöfe im Verwaltungsrecht behandelt werden könnten.

2 Die SBB

Beginnend sollen nun die SBB sowie ihr allgemeines und insbesondere rechtliches Umfeld thematisiert werden. Dies ist deshalb relevant, da wie einleitend aufgezeigt die SBB gut 800 Bahnhöfe führen und besonders auch, weil die in dieser Arbeit behandelten Bahnhöfe grösstenteils, wenn nicht ausschliesslich, durch die SBB verwaltet werden.¹¹ Einige Kenntnisse über die SBB und ihre Rahmenbedingungen sind deshalb hilfreich. Nachdem die Rechtsgrundlagen behandelt wurden, werden sowohl allgemeine als auch rechtliche Herausforderungen diskutiert. Schliesslich wird das Kapitel mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die SBB abgeschlossen.

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen

Der Eisenbahnverkehr wird von Art. 87 BV¹² erfasst. Dabei hat der Bund in diesem Bereich eine umfassende Bundeskompetenz.¹³ Diese Norm erfasst nebst Planung, Bau und Betrieb von schienengebundenen öffentlichen Verkehrsmitteln auch die dafür notwendigen Einrichtungen wie Bahnhöfe und Nebenbetriebe sowie die Bahnpolizei.¹⁴ Zudem

¹⁰ BIAGGINI, Urteilsbesprechung, S. 178; LOUIS/SCHINDLER, S. 801.

¹¹ Die SBB in Zahlen und Fakten, <<https://reporting.sbb.ch>>, besucht am 10. Mai 2022; wie noch aufgezeigt wird, sind in dieser Arbeit die Zirkulationsflächen von Grossbahnhöfen zentral.

¹² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹³ BIAGGINI, OFK, Art. 87 BV N 2; MOSER, S. 185; Art. 87 BV führt zudem auch die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie die Luft- und Raumfahrt auf. Die Eisenbahnen sind bereits in der Marginalie erwähnt.

¹⁴ BIAGGINI, OFK, Art. 87 BV N 5, MOSER, S. 185; vgl. auch BGE 138 I 274, E. 1.4.

sind das EBG,¹⁵ das SBBG,¹⁶ und das PBG¹⁷ aus dieser Verfassungsbestimmung hervorgegangen.¹⁸

Mit Inkrafttreten des SBBG im Jahr 1998 wurde die Grundlage geschaffen, um die SBB als Teil der Bundesverwaltung neu in die heutige Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft zu überführen. Alleineigentümer der SBB ist der Bund,¹⁹ der zudem nach Art. 7 Abs. 3 SBBG jederzeit die Kapital- und Stimmenmehrheit innehaben muss.²⁰ Nach Art. 3 Abs. 1 SBBG erbringen die SBB im Rahmen ihrer Kernaufgabe Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr, namentlich in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenfernverkehr, im regionalen Personenverkehr und im Güterverkehr sowie in den damit zusammenhängenden Bereichen. Nach Abs. 3 derselben Bestimmung sind die SBB nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen.²¹ Entsprechend sollen die SBB über unternehmerische Autonomie verfügen, weshalb die SBB möglichst eng an die privatrechtliche Aktiengesellschaft angelehnt wurden.²²

Das EBG regelt gemäss Art. 1 den Bau und Betrieb von Eisenbahnen und umfasst dabei die Infrastruktur sowie den darauf durchgeführten Verkehr. Art. 5 Abs. 2 enthält die Berechtigung/Verpflichtung der konzessionierten Eisenbahnunternehmungen bzw. der SBB,²³ die Eisenbahninfrastruktur zu bauen und zu betreiben. Zum Bau und Betrieb sind nebst anderem auch die Regelung über die Bahnpolizei in Art. 23 sowie die Nebenbetriebe in Art. 39 zu zählen.²⁴ Mit der Bahnreform 2 wurde das Konzessionssystem abgeändert. Heute benötigen die SBB deshalb eine Infrastrukturkonzession und sind nach Art. 9a EBG verpflichtet, berechtigten Eisenbahnunternehmen den Netzzugang diskriminierungsfrei zu gewähren. Das heutige Konzessionssystem trennt denn auch zwischen Infrastruktur- und Verkehrsbelangen. Art. 5 EBG regelt das

¹⁵ Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, SR 742.101.

¹⁶ Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998, SR 742.31.

¹⁷ Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009, SR 745.1.

¹⁸ LENDI/UHLMANN, St. Galler Kommentar, Art. 87 BV N 35.

¹⁹ Art. 2 SBBG; BIAGGINI, OFK, Art. 87 BV N 6; LENDI/UHLMANN, St. Galler Kommentar, Art. 87 BV N 26; MOSER, S. 184.

²⁰ STÜCKELBERGER/HALDIMANN, S. 307.

²¹ BGE 138 I 274, E. 1.4; Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1; STÜCKELBERGER/HALDIMANN, S. 307.

²² STÜCKELBERGER/HALDIMANN, S. 307.

²³ Art. 1 Abs. 3 SBBG klassifiziert die SBB explizit als Eisenbahnunternehmen im Sinne von Art. 2 EBG. Art. 22 Abs. 2 SBBG erklärt zudem das EBG für anwendbar in den Bereichen, wo nichts Abweichendes bestimmt wurde.

²⁴ Vgl. dazu auch BGE 138 I 274, E. 1.4.

Konzessionserfordernis für den Bau und Betrieb der Infrastruktur, während die Art. 8c ff. EBG das Bewilligungserfordernis für die Durchführung des Eisenbahnverkehrs regeln.²⁵

Das PBG ist insbesondere relevant im Zusammenhang mit dem Personenbeförderungsvertrag, d.h. dem Vertrag des Passagiers mit den SBB.²⁶ Das PBG ist nebst Art. 87 BV auf weitere Verfassungsbestimmungen abgestützt. Zu nennen ist etwa Art. 92 BV, eine Verfassungsbestimmung, die – wie auch in Art. 1 Abs. 2 PBG festgehalten – die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung, unter anderem mit Eisenbahnen, umfasst.²⁷

2.2 Herausforderungen

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, nehmen die SBB als Verkehrsunternehmen in der Schweiz eine zentrale Rolle ein. Dies bringt entsprechende Herausforderungen mit sich: Nebst Störungen und Verspätungen,²⁸ finanziellen Problemen²⁹ und einer hohen Auslastung³⁰ machen auch eine durch die Corona-Pandemie veränderte, volatilere Mobilität sowie notwendige Infrastrukturausbauten den SBB zu schaffen.³¹

Auch das rechtliche Umfeld bringt Herausforderungen mit sich. Grundlegend haben die SBB einen Leistungsauftrag und sind dadurch verpflichtet, die vom Staat übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Die Übertragung erfolgt über eine Leistungsvereinbarung, die sich unter anderem auf das SBBG stützt. Die Erfüllungspflicht ist stark reguliert, umschreibt etwa Gegenstand und Umfang der Aufgabe, die geforderte Qualität sowie

²⁵ BIAGGINI, OFK, Art. 87 BV N 7; an diesem System hat der Bundesrat im Jahr 2020 erneut festgehalten: *«Bundesrat will kein Infrastrukturmonopol und bestätigt Mehrbahnmodell»*, <www.bav.admin.ch> (Publikationen/BAV-News/Ausgaben 2020/Ausgabe Oktober 2020), besucht am 10. Mai 2022.

²⁶ HOCHSTRASSER/RUSCH N 7.

²⁷ BIAGGINI, OFK, Art. 87 BV N 4; HOCHSTRASSER/RUSCH N 6.

²⁸ NZZ (Online) vom 12. November 2021, <<https://www.nzz.ch/schweiz/sbb-kaempfen-mit-pannenserie-und-pruefen-laengere-fahrzeiten-ld.1654343>>, besucht am 20. April 2022.

²⁹ NZZ (Online) vom 23. März 2022, <<https://www.nzz.ch/schweiz/das-sorgenkind-der-sbb-schneidet-ueberraschend-gut-ab-ld.1675863>>, besucht am 20. April 2022.

³⁰ SRF News vom 21. März 2017, <<https://www.srf.ch/news/schweiz/das-sind-die-sechs-groessten-herausforderungen-der-sbb>>, besucht am 20. April 2022.

³¹ Strategie SBB 2030, <<https://company.sbb.ch/>> (Über die SBB/Profil), besucht am 20. April 2022.

Vorgaben zu Preisen.³² Ob und in welchem Umfang die SBB öffentliche Aufgaben erfüllen zieht zudem Fragen zur Grundrechtsbindung sowie zum Rechtsschutz nach sich.³³

2.3 Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

Für den Begriff der «öffentlichen Aufgabe» findet sich keine einheitliche Definition.³⁴ Öffentliche Aufgaben sind Aufgaben, die im Auftrag des Gesetzgebers erfüllt werden müssen.³⁵ Enger betrachtet, insbesondere im Hinblick auf die Grundrechtsbindung nach Art. 35 Abs. 2 BV,³⁶ wird in diesem Zusammenhang auch von Staatsaufgaben gesprochen. Demnach ist nicht bereits das öffentliche Interesse entscheidend, vielmehr handelt es sich bei Staatsaufgaben um Aufgaben, die durch Verfassung und Gesetz bestimmt wurden (was das öffentliche Interesse impliziert) und anschliessend durch das Gemeinwesen besorgt werden.³⁷

Werden Staatsaufgaben durch Verwaltungsbehörden erfüllt, wird von Verwaltungsaufgaben gesprochen.³⁸ Verwaltungsaufgaben werden wiederum – neben anderen – in Infrastrukturaufgaben unterteilt. Diese sollen die Grundversorgung bzw. den «service public» der Öffentlichkeit mit dem Bau und Betrieb von Einrichtungen sicherstellen,³⁹ wobei z.B. im Bereich der Telekommunikation, der Post sowie beim öffentlichen Verkehr teilweise eine Privatisierung stattgefunden und der Staat statt Leistungserbringer die Rolle des Marktregulators übernommen hat.⁴⁰ Die Besorgung von Staats- bzw.

³² RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, S. 80 ff.; siehe «Leistungsvereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Infrastrukturbetreiberin Schweizerische Bundesbahnen SBB AG für die Jahre 2021-2024», vgl. etwa zu den Rechtsgrundlagen S. 2, zu den Hauptzielen S. 4 ff. oder zu den zu erbringenden Leistungen S. 7 ff., <www.bav.admin.ch> (Verkehrsmittel/Eisenbahn/Bahninfrastruktur/Substanzerhalt und Betrieb/Abgeschlossene LV 2021-2024), besucht am 20. April 2022; vgl. auch STÜCKELBERGER/HALDIMANN, S. 308.

³³ LENDI/UHLMANN, St. Galler Kommentar, Art. 87 BV N 28; RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, S. 85 f. und S. 107 ff.; zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die SBB siehe Kapitel 2.3, zur Grundrechtsbindung der SBB Kapitel 3.6, zum Rechtsschutz Kapitel 4.2.6.

³⁴ RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 155 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 2. Kapitel N 2; detailliert zudem HEER, S. 94 ff.

³⁵ RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 158, der diese Kriterien aus der Kasuistik des Bundesgerichts ableitet und dabei auf eine Unterteilung/Abgrenzung in «Staatsaufgabe» und «Verwaltungsaufgabe» verzichtet.

³⁶ Zur Grundrechtsbindung der SBB siehe Kapitel 3.6.

³⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 1 N 14 ff.; RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 156 und zudem detailliert S. 159 zum Auftrag des Gesetzgebers; HEER, S. 95 f., wonach die Begriffe «öffentliche Aufgabe» und «staatliche Aufgabe» sinngleich zu verstehen sind, wobei der Begriff der öffentlichen Aufgabe bevorzugt wird; siehe zudem zur Staatsaufgabe detailliert HÄSLER, S. 71 ff.

³⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 1 N 18; HÄSLER, S. 90; RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 156; WALDMANN/WIEDERKEHR, 2. Kapitel N 1.

³⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 3 N 1 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 2. Kapitel N 5; beide Autengruppen unterteilen nebst Infrastrukturaufgaben zudem in Ordnungsaufgaben, sozialpolitische Aufgaben sowie Lenkungsaufgaben.

⁴⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 3 N 9.

Verwaltungsaufgaben kann deshalb von entsprechend mandatierten Privaten vorgenommen werden.⁴¹ Dabei können Verwaltungsaufgaben durch das Gemeinwesen an privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger übertragen werden. Zu diesen privatrechtlich organisierten Verwaltungsträgern zählen etwa spezialgesetzliche Aktiengesellschaften wie die SBB nach Art. 2 SBBG.⁴²

Ausgangspunkt ist Art. 87 BV, der die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr als Sache des Bundes statuiert.⁴³ Wie im vorangehenden Kapitel dargestellt, sind die SBB durch die Verpflichtung, die Eisenbahninfrastruktur zu bauen sowie Reisende regelmässig zu befördern, im Bereich des «service public» tätig. Dadurch nehmen die SBB Staats- bzw. Verwaltungsaufgaben wahr bzw. sind mit einer öffentlichen Aufgabe betraut.⁴⁴ Zur Erfüllung dieser Aufgaben benötigen die SBB entsprechende Sachmittel, weshalb die SBB verpflichtet sind, die Infrastruktur wie etwa Bahnhöfe bereitzustellen.⁴⁵ Die Bereitstellung der Bahninfrastruktur erfordert auch deren ordnungsgemässen Betrieb, weshalb die SBB nach Art. 23 EBG Vorschriften über die Benützung der Anlage erlassen können. So ist auch der Betrieb von Bahnhöfen als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren. Es gilt jedoch zu differenzieren: Nicht alles was zum Betrieb von Bahnhöfen gehört, ist eine öffentliche Aufgabe. Während die Sicherstellung von Ruhe und Ordnung auf dem Bahnareal eine polizeiliche und damit öffentliche Aufgabe ist,⁴⁶ erfolgt z.B. die Durchsetzung des privatrechtlichen Hausrechts der SBB nicht in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.⁴⁷

In gewissen Fällen ist auch die Bereitstellung öffentlicher Sachen für private Nutzungen eine öffentliche Aufgabe.⁴⁸ So ist die Bereitstellung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch für die schlichte und für die gesteigerte Nutzung sowie für die

⁴¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 1 N 17; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 161 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 2. Kapitel N 6, wonach dafür eine gesetzliche Grundlage nötig ist und dem Staat eine Gewährleistungs- und Kontrollverantwortung bleibt.

⁴² HÄSLER, S. 24 ff.

⁴³ WYSSMANN, S. 51 f.

⁴⁴ BGE 138 I 274, E. 1.4; Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 157; nach MOSER, S. 185 entspricht die öffentliche Aufgabe konkret dem Aufbau und Betrieb einer Eisenbahninfrastruktur sowie der regelmässigen Personenbeförderung; WYSSMANN, S. 52: Die SBB handeln in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, wenn sie Gleise, Perrons und Bahnhofgebäude bauen, betreiben und unterhalten.

⁴⁵ BGE 138 I 274, E. 1.4; Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1; WYSSMANN, S. 52; siehe dazu auch Art. 62 EBG.

⁴⁶ Urteil des BGE 1B_443/2011 vom 28. November 2011, E. 2.2 f.; bestätigt durch BGE 145 IV 491, E. 2.4.12; detailliert auch MOSER, S. 185 ff.

⁴⁷ BGE 145 IV 491, E. 2.4.12.

⁴⁸ siehe zum Ganzen RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 158.

Sondernutzung eine öffentliche Aufgabe.⁴⁹ Gleich verhält es sich, wenn Verwaltungsvermögen für die ordentliche Nutzung zur Verfügung gestellt wird.⁵⁰

3 Öffentliche Sachen und ihre Nutzung

3.1 Einführung

Im folgenden Kapitel soll ein allgemeiner Überblick über die öffentlichen Sachen gegeben werden. Dabei werden die verschiedenen Arten öffentlicher Sachen sowie deren Nutzungsmöglichkeiten aufgezeigt. Schliesslich wird die Frage beantwortet, ob auf die jeweilige Nutzung ein Anspruch besteht. In einem letzten Teil wird zudem auf die Grundrechtsbindung der SBB eingegangen. Die in diesem Kapitel erarbeiteten Kriterien sollen dabei helfen, im darauffolgenden Kapitel 4 die Bahnhöfe zu qualifizieren sowie davon abgeleitet aufzuzeigen, wie diese genutzt werden können und ob darauf ein Anspruch besteht.

3.2 Öffentliche Sachen

Damit das Gemeinwesen seine Aufgaben erfüllen kann, benötigt es personelle und sachliche Mittel. Letztere werden «*öffentliche Sachen*» genannt und umfassen nebst beweglichen und unbeweglichen Sachen auch immaterielle Güter und Daten.⁵¹ Obwohl Art. 664 ZGB⁵² den öffentlichen Sachen gewidmet ist, gibt das ZGB keine Antwort auf die Frage, was öffentliche Sachen sind. Die Antwort darauf findet sich im öffentlichen Sachenrecht, das in der Zuständigkeit der Kantone liegt. Das öffentliche Sachenrecht ist dafür da, zu definieren was öffentliche Sachen sind, zu bestimmen, ob öffentliches oder privates Recht anwendbar ist und schliesslich auch, wie die öffentlichen Sachen genutzt werden können.⁵³ Zu den öffentlichen Sachen werden die Sachen gezählt, die aufgrund ihrer Zweckbestimmung dem Staat bei der Erfüllung seiner Aufgaben dienen,⁵⁴ die ihm durch Verfassung oder Gesetz zugewiesen wurden.⁵⁵ Öffentliche Sachen werden jedoch

⁴⁹ BGE 138 I 274, E. 1.4 und 2.2.1; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 158.

⁵⁰ RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 158: Die ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen ist keine öffentliche Aufgabe, da dies nicht vom gesetzlichen Auftrag abgedeckt wird. Infolgedessen handelt es sich dabei um eine private Tätigkeit.

⁵¹ KARLEN, S. 355, nennt beispielhaft Büromobiliar, Verwaltungsgebäude, Urheberrechte und Geoinformationen.

⁵² Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

⁵³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 47 N 1 ff.

⁵⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2199 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 1; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 1; MOSER, S. 5; WYSSMANN, S. 23 und 31; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 1.

⁵⁵ KIENER N 72; MOSER, S. 5; WYSSMANN, S. 39 f.

nicht nur durch den Gebrauch im öffentlichen Interesse charakterisiert, sondern auch durch die dem Staat zustehende Verfügungsmacht.⁵⁶

Der Staat kann über eine Sache verfügen, wenn sich die öffentliche Sache nach Art. 664 ZGB auf dem Gebiet des Gemeinwesens befindet⁵⁷ bzw. zivilrechtlich herrenlos ist und deshalb kein Privateigentum möglich ist.⁵⁸ Die Verfügungsmacht wird privat- oder öffentlich-rechtlich begründet. Die private Begründung erfolgt über das Eigentum oder über ein beschränktes dingliches oder obligatorisches Recht. Die öffentlich-rechtliche Begründung geschieht etwa mit öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen oder über den verwaltungsrechtlichen Vertrag.⁵⁹ Ausser beim Finanzvermögen lässt Eigentum des Staates jedoch nicht zwangsläufig darauf schliessen, dass es sich bei der Sache um eine öffentliche Sache handelt, da zumindest öffentliche Sachen im engeren Sinn ausnahmsweise im Eigentum von Privaten stehen können.⁶⁰ Zusammenfassend kann gesagt werden, dass nicht die Eigentümerstellung des Staates für die Zuordnung zu den öffentlichen Sachen herangezogen werden kann, sondern einerseits die Zweckbestimmung der öffentlichen Sache und andererseits die Hoheit bzw. Verfügungsmacht des Staates darüber.⁶¹

Über die öffentlichen Sachen verfügen können nebst den Zentralverwaltungen von Bund, Kantonen und Gemeinden unter anderem auch dezentrale Verwaltungsträger wie öffentlich-rechtliche Körperschaften, öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit oder selbständige öffentlich-rechtliche Stiftungen.⁶² Werden Staatsaufgaben durch Private erfüllt, können auch diese über öffentliche Sachen verfügen. Dies ist etwa denkbar bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen oder bei öffentlichen

⁵⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2200; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 1; KARLEN, S. 355; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 1 und 3.

⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2199.

⁵⁸ KARLEN, S. 357, nennt z.B. den Luftraum, Untergrund, kulturunfähiges Land sowie gewisse Gewässer.

⁵⁹ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 1.

⁶⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2200; KARLEN, S. 357; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 1: «Die Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Sachen sind (...) in der Regel irrelevant», § 49 N 5 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 4, «Eigentum bildet kein Anknüpfungskriterium, ob eine öffentliche Sache [im engeren Sinn] vorliegt oder nicht», Finanzvermögen muss hingegen stets im Eigentum des Gemeinwesens stehen, da es sonst nicht frei realisierbar wäre; vgl. dazu auch WYSS-MANN, S. 17 ff.

⁶¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 49 N 5.

⁶² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2234 und 2238 (ordnen die Träger der Herrschaft über öffentliche Sachen spezifisch bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ein); WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 2; MOSER, S. 6.

Unternehmen in Privatrechtsform. Aufgrund der öffentlichen Zweckbestimmung bleibt die Sache auch in diesem Fall öffentlich.⁶³

Im Wesentlichen gibt es drei Arten von öffentlichen Sachen, die sich aufgrund des typischen Gebrauchs unterscheiden.⁶⁴ Diese Einteilung ist nicht einheitlich durch Bundesrecht geregelt; die Kantone benennen ihre öffentlichen Sachen eigenständig, wobei sich das Bundesgericht nicht immer an die kantonale Zuordnung gebunden fühlt.⁶⁵ In den kantonalen Gesetzessammlungen ist jedoch keine abstrakte Definition öffentlicher Sachen auffindbar, weshalb zur Qualifizierung öffentlicher Sachen die Lehre und Rechtsprechung herangezogen werden muss.⁶⁶ Auf der einen Seite stehen das Verwaltungsvermögen sowie die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, die gemeinsam die öffentlichen Sachen im engeren Sinn bilden und aufgrund der öffentlichen Zweckbestimmung der öffentlichen Sachherrschaft unterstehen. Diese werden auf der anderen Seite durch das Finanzvermögen ergänzt. Gemeinsam bilden diese drei Arten von öffentlichen Sachen die öffentlichen Sachen im weiteren Sinn.⁶⁷ Enthält eine öffentliche Sache verschiedene Arten öffentlicher Sachen, so ist grundsätzlich der Gesamtcharakter der öffentlichen Sache für die Zuordnung entscheidend.⁶⁸ Jedoch sind auch Mischformen zwischen Verwaltungsvermögen und öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch denkbar.⁶⁹

⁶³ MOSER S. 6 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2234 ff. nennen etwa die SBB oder die Post als dezentrale Verwaltungsträger, die die Sachherrschaft an öffentlichen Sachen ausüben.

⁶⁴ KARLEN, S. 359.

⁶⁵ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 30; MOSER, S. 10, der dabei auf BGE 97 I 902, E. 8e verweist.

⁶⁶ WYSSMANN, S. 6.

⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2201; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 3; JAAG, S. 149: massgebend für die Zuordnung ist die Zweckbestimmung; MOSER, S. 9; KARLEN, S. 359 zur öffentlichen Sachherrschaft; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 11; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 2; WYSSMANN, S. 7.

⁶⁸ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 33 betreffend Zuordnung einer Liegenschaft zu Verwaltungs- oder zu Finanzvermögen.

⁶⁹ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 12.

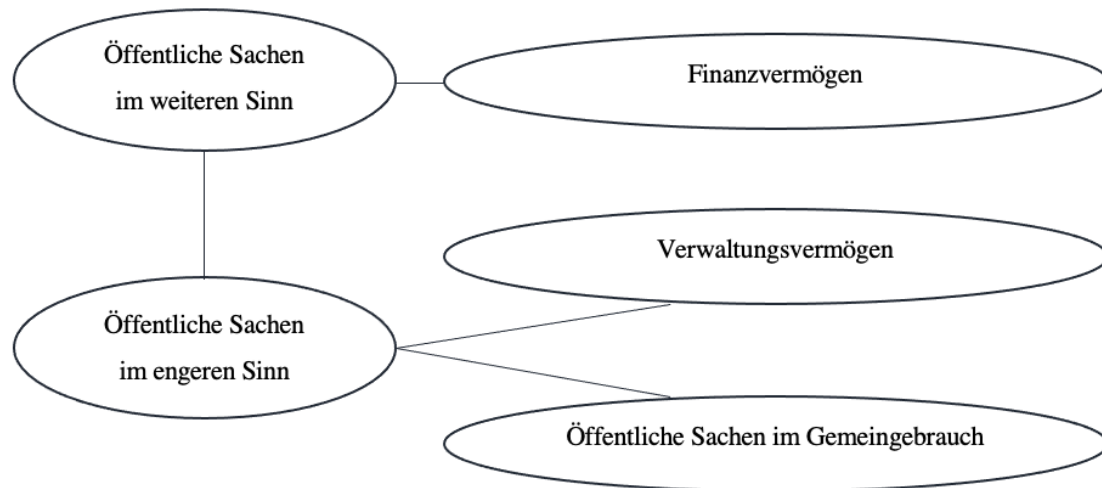


Abbildung: Arten öffentlicher Sachen

Die Lehre ist sich über die Unterteilung zudem nicht einig: So zählen z.B. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER auch kantonale Berg-, Jagd-, Fischerei- und Salzregale zu den öffentlichen Sachen im engeren Sinn,⁷⁰ was nicht immer auf Zustimmung stösst.⁷¹

Im Folgenden werden diese drei Arten öffentlicher Sachen und das jeweilige anwendbare Recht vorgestellt sowie die Frage beantwortet, wie diese genutzt werden können und ob ein Anspruch auf Nutzung besteht. Zudem soll die Theorie mit Praxisbeispielen veranschaulicht werden.

3.3 Finanzvermögen

Der Staat hält das Finanzvermögen nur zur mittelbaren Erfüllung seiner Aufgaben,⁷² da die als Finanzvermögen qualifizierten Sachen vom Gemeinwesen wegen seines Geldwerts gehalten werden. Finanzvermögen dient nicht wie das Verwaltungsvermögen durch seinen Gebrauch, sondern durch seinen Kapital- oder Ertragswert⁷³ und weist somit keine konkrete öffentliche Aufgabe bzw. Zweck auf.⁷⁴ Beim Finanzvermögen

⁷⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 11, 17 f.

⁷¹ Siehe etwa KARLEN, S. 357 Anmerkung 8.

⁷² BGE 138 I 274, E. 2.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2203; JAAG, S. 147; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 12; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 2, 28; MOSER, S. 12.

⁷³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 12; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 31; JAAG, S. 147; MOSER, S. 12.

⁷⁴ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 30.

handelt es sich um frei realisierbare Aktiven, die veräussert, gepfändet oder verpfändet werden können.⁷⁵ Finanzvermögen steht immer im Eigentum des Gemeinwesens.⁷⁶

Zum Finanzvermögen werden beispielsweise Wertschriften, Bargeld und Liegenschaften gezählt.⁷⁷ Bei staatlichen Unternehmensbeteiligungen kommt es auf den hinter der Beteiligung stehenden Zweck an; dient die Beteiligung nur mittelbar der Besorgung von Staatsaufgaben, so handelt es sich um Finanzvermögen.⁷⁸ Fallen bei öffentlichen Sachen, die dem Staat unmittelbar bei der Aufgabenerfüllung dienen, zugleich Erträge an, so handelt es sich nicht um Finanzvermögen.⁷⁹

Bezüglich des anwendbaren Rechts muss zwischen dem Aussen- und Innenverhältnis unterschieden werden. Im Aussenverhältnis stellen der Erwerb, die Veräusserung sowie der Schutz und die Verwaltung des Finanzvermögens privatrechtliche Rechtsgeschäfte dar, weshalb Privatrecht anwendbar ist. Hingegen ist im Innenverhältnis für die Frage der Zuständigkeit des Erwerbs, der Veräusserung und der Verwaltung des Finanzvermögens sowie für das Verfahren der internen Willensbildung das öffentliche Recht anwendbar.⁸⁰ Demnach sind bei Streitigkeiten über Finanzvermögen zwischen Gemeinden und Privaten die Zivilgerichte zuständig.⁸¹

Wie zuvor ausgeführt, handelt der Staat beim Finanzvermögen im Aussenverhältnis grundsätzlich wie ein Privater. Demzufolge besteht für private Dritte auch kein Anspruch, das Finanzvermögen zu nutzen; das Gemeinwesen entscheidet frei, mit wem es Verträge über das Finanzvermögen abschliesst.⁸² Infolgedessen wird dieser Anspruch in der Lehre und Rechtsprechung wenig thematisiert und ist zudem für die vorliegende Arbeit kaum relevant.

⁷⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2204; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 5; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 12; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 29.

⁷⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 49 N 7; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2200; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 1.

⁷⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2204, verneinen Finanzvermögen hingegen bei Strassen, Schulhäusern oder Verwaltungsgebäuden, die aufgrund der Zweckbestimmung nicht veräusserbar sind; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 12; Bargeld sind auch Erträge aus Gebühren und Steuern, die noch keiner konkreten Staatsaufgabe zugewiesen wurden; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen nennen unter N 36 weiter die Abgabe von Gewerbeland oder Grundstücke im Baurecht für private Zwecke; MOSER, S. 12 f.; KARLEN, S. 359; siehe auch BGE 106 Ia 389, E. 2a/bb zu Wertschriften.

⁷⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 20; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 7.

⁷⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2204; MOSER, S. 12 und 19, der dabei auf das Urteil des BGer 5P.242/2000 vom 15. August 2000, E. 4b verweist; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 13.

⁸⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2240 und 2244; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 49 N 9; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 8 f.; MOSER, S. 14 ff.

⁸¹ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 49; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 49 N 9.

⁸² WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 9.

3.4 Verwaltungsvermögen

3.4.1 Begriff

Beim Verwaltungsvermögen handelt es sich um Gebrauchswerte, die dem Staat bei der Erfüllung seiner Aufgaben unmittelbar dienen und deshalb aufgrund ihrer Zweckbindung – anders als das Finanzvermögen – nicht frei realisierbar und auch nicht pfändbar sind.⁸³ Durch das zweite wesentliche Element, den beschränkten Benutzerkreis, lässt sich das Verwaltungsvermögen von den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch abgrenzen.⁸⁴

Inwiefern ein Widmungsakt notwendig ist, damit eine Sache zum Verwaltungsvermögen gehört, wird in den Lehrbüchern unterschiedlich dargestellt.⁸⁵ Die Widmung legt fest, welchem Zweck⁸⁶ bzw. welcher öffentlichen Aufgabe die Sache dienen soll.⁸⁷ Sie kann sich durch Zonenpläne oder gesetzliche Grundlagen, aber auch durch die Gestaltung der Sache oder durch neue Bedürfnisse im Lauf der Zeit ergeben.⁸⁸ Verwaltungsvermögen wird jedoch meist durch den Gebrauch der Sache begründet. Die Widmung wird erst relevant bei der Umwidmung von Finanzvermögen oder öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch in Verwaltungsvermögen (oder umgekehrt) sowie bei Verwaltungsvermögen in Privateigentum.⁸⁹

Das Verwaltungsvermögen wird unterteilt in Verwaltungsvermögen im Verwaltungsgebrauch, Verwaltungsvermögen im Anstaltsgebrauch und Verwaltungsvermögen im Einzelgebrauch.⁹⁰ Während Sachen im Verwaltungsgebrauch durch die Verwaltungsträger

⁸³ BGE 144 I 50, E. 6.2.1, Pra 108 (2019) Nr. 12; 138 I 274, E. 2.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2205 f.; MOSER, S. 18, wonach Liegenschaften im Finanzvermögen, die an die Verwaltung dauerhaft zwecks unmittelbarer Erfüllung staatlicher Aufgaben vermietet und damit nicht mehr frei realisierbar sind, Verwaltungsvermögen darstellen (Verweis auf BGE 123 I 78, E. 4 f.); WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 56; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 13.

⁸⁴ BGE 144 I 50, E. 6.2.1, Pra 108 (2019) Nr. 12; 143 I 37, E. 6.1, Pra 107 (2018) Nr. 2; 138 I 274, E. 2.3.2; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 11; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2205 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 2 und 56.

⁸⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN gehen nicht darauf ein; während TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER und KARLEN die Begründung öffentlicher Sachen allgemein behandeln (zitiert bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch Kapitel 3.5.1), gehen WIEDERKEHR/RICHLI, MOSER und HEER einzeln darauf ein.

⁸⁶ WYSSMANN, S. 22; MOSER, S. 30.

⁸⁷ HEER, S. 9: Da Verwaltungsvermögen einer öffentlichen Aufgabe unmittelbar dienen muss, ist die Widmung für die Entstehung konstitutiv.

⁸⁸ WYSSMANN, S. 22: Beispielsweise stellen *«grosse Bahnhöfe (...) nebst ihrer Funktion als Ankunfts- und Abfahrtsort längst eine «Stadt in der Stadt»* dar.

⁸⁹ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 76; MOSER, S. 30 f. weist darauf hin, dass die (Ent-)Widmung auch stillschweigend sein kann; HEER, S. 9 führt aus, dass die Widmung häufig mit dem Erwerb von Verwaltungsvermögen zusammenfällt.

⁹⁰ BGE 138 I 274, E. 2.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2206a, verweisen zum Verwaltungsvermögen im Sonder- bzw. Einzelgebrauch auf JAAG, S. 147, 149 f. bzw. HEER, S. 10 ff.;

zur Erledigung öffentlicher Aufgaben intern genutzt werden, dient Verwaltungsvermögen im Anstaltsgebrauch einem beschränkten Kreis von privaten (verwaltungsexternen) Benutzern.⁹¹ Die dritte Art, Verwaltungsvermögen im Einzelgebrauch, ist eine Randnutzung, die einen engen Zusammenhang zur ordentlichen Nutzung aufweist und deshalb teilweise nur schwer abzugrenzen ist. Damit soll nicht benötigtes Verwaltungsvermögen ökonomisch bewirtschaftet werden.⁹²

Als Verwaltungsvermögen qualifiziert wurden beispielsweise Einrichtungen bzw. Fahrzeuge des öffentlichen Verkehrs, da diese unmittelbar einer öffentlichen Aufgabe dienen.⁹³ Auch zum Verwaltungsvermögen zählen Parkings auf dem Flughafenareal, da diese keinen freien, gleichen und unentgeltlichen Zugang aufweisen und aufgrund der besonderen Zweckbestimmung im öffentlichen Interesse dem Flughafenbetrieb dienen.⁹⁴ Einen kommerziell nicht genutzten Bahnhof klassifizierte das Bundesgericht als Verwaltungsvermögen.⁹⁵ In einem jüngeren Urteil wurde indessen die Qualifikation der Bahnhofswand nicht geklärt,⁹⁶ während das Bundesverwaltungsgericht als Vorinstanz die zu den Zirkulationsflächen gehörenden Bahnhofswände aufgrund der freien Zugänglichkeit als öffentliche Sache im Gemeingebrauch klassifiziert hat.⁹⁷ Weiter werden die Gebäude der kantonalen Verwaltung,⁹⁸ das Medienzentrum des Bundeshauses sowie das Parlamentsgebäude,⁹⁹ subventionierte Wohnungen,¹⁰⁰ an Private überlassene

WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 12; KARLEN, S. 359 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 14, verwenden den Begriff der *Betriebssachen* anstelle von *Anstaltssachen*, da dieser Begriff nebst anderen auch *Unternehmenssachen* (bei öffentlichen Unternehmen) umfasst und dadurch auch andere Organisationsformen der dezentralen Verwaltung miteinschliesst; JAAG, S. 147 f. weist zudem darauf hin, dass Anstalten nicht nur Verwaltungsvermögen i.S.v. Anstaltsvermögen besitzen können, sondern auch Finanzvermögen oder Sachen im Gemeingebrauch; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 58.

⁹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2206a; HEER, S. 10 f.; MOSER, S. 18; KARLEN, S. 359 f., zählt beispielhaft Polizeifahrzeuge als Sachen im Verwaltungsgebrauch und Schulhäuser, Fahrzeuge öffentlicher Verkehrsbetriebe, Spitäler, etc. als Sachen im Anstaltsgebrauch auf; nach TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 14 findet bei Betriebssachen eine Nutzung durch Dritte statt, sie nennen dazu zusätzlich Fahrzeuge öffentlicher Verkehrsbetriebe sowie Anlagen der SBB oder der Post.

⁹² KARLEN, S. 360 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 58, nennen für Sachen im Einzelgebrauch etwa Geschäftslokale in Flughäfen und Bahnhöfen, wenn diese zum Verwaltungsvermögen gezählt werden; HEER, S. 11 f.

⁹³ BGE 127 I 84, E. 4b.

⁹⁴ BGE 143 I 37, E. 6.2 f., Pra 107 (2018) Nr. 2.

⁹⁵ BGE 118 Ib 54, E. 2d; im Zeitpunkt des Urteils waren die SBB noch als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes ausgestaltet nach MOSER, S. 22.

⁹⁶ BGE 138 I 274, E. 2.3.2.

⁹⁷ Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 8.6.3 f.

⁹⁸ BGE 144 I 50, E. 6.2.1, Pra 108 (2019) Nr. 12.

⁹⁹ Urteil des BVGer C-6123/2009 vom 20. Juni 2011, E. 3.2.2.

¹⁰⁰ JAAG, S. 149, HEER, S. 7 f.

Geschäftsräume in Bahnhöfen oder Flughäfen zwecks Betrieb von Läden¹⁰¹ sowie Schulhäuser und Universitätsgebäude¹⁰² zum Verwaltungsvermögen gezählt.

3.4.2 Anwendbares Recht

Im Allgemeinen gilt in der Schweiz bezüglich des anwendbaren Rechts die dualistische Theorie. Demnach bestimmt das Privatrecht den Begriff und den Inhalt des Eigentums sowie die dinglichen und obligatorischen Rechte an öffentlichen Sachen im engeren Sinn und ist zudem anwendbar bei der Begründung und Übertragung dieser Rechte. Hingegen ist öffentliches Recht anwendbar bei Fragen zur Hoheit des Staates sowie der Zuständigkeit des Gemeinwesens und des Organs (zusammengefasst unter dem Begriff der Verfügungsmacht). Weiter richten sich die Zweckbestimmung sowie die Nutzungsmöglichkeiten und deren allfällige Abgaben als auch der Schutz vor Beschädigungen nach öffentlichem Recht.¹⁰³

Bei der Nutzung von Verwaltungsvermögen sowie beim Verhältnis zwischen dem Staat und dem Nutzer ist somit grundsätzlich öffentliches Recht anwendbar. Ausnahmen bestehen bei der ausserordentlichen Nutzung sowie der Sondernutzung von Verwaltungsvermögen.¹⁰⁴ Da diese nicht mehr der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, können diese dem Privatrecht unterstellt werden.¹⁰⁵ Auch ein Spezialgesetz kann eine Rechtsbeziehung als zivilrechtlich qualifizieren.¹⁰⁶

3.4.3 Nutzung von Verwaltungsvermögen

Das Verwaltungsvermögen muss grundsätzlich so genutzt werden, wie dies die öffentliche Zweckbestimmung vorsieht¹⁰⁷ bzw. wie der zuständige Verwaltungsträger die Nutzung und die Zulassung dazu geregelt hat.¹⁰⁸ Die Nutzung des Verwaltungsvermögens erfolgt ordentlich, ausserordentlich oder als Sondernutzung.¹⁰⁹

¹⁰¹ JAAG, S. 149 f.; HEER, S. 8.

¹⁰² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 14; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 13.

¹⁰³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2246; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 97; MOSER, S. 23 f.

¹⁰⁴ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 15 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2249.

¹⁰⁵ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 16.

¹⁰⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 13, beispielsweise nach Art. 8 PG die Beziehung zwischen der Schweizerischen Post und ihren Kunden bezüglich der Postfachanlagen oder nach Art. 56 PBG bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten zwischen den SBB und ihrer Kundschaft; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 16.

¹⁰⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 1.

¹⁰⁸ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 17.

¹⁰⁹ BGE 138 I 274, E. 1.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2211; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 81; MOSER, S. 197; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 18; kritisch dazu HEER, S. 15 ff.

3.4.3.1 Ordentliche Nutzung

Ordentlich ist die Nutzung, wenn das Verwaltungsvermögen bestimmungsgemäss benutzt wird.¹¹⁰ Dabei dient das Verwaltungsvermögen wie zuvor erwähnt dem Verwaltungs- oder dem Anstaltsgebrauch. Letzterer unterliegt einer privat- oder öffentlich-rechtlich ausgestalteten Benutzungsordnung und benötigt eine meist kostenpflichtige Zulassung.¹¹¹ Bei Missachtung der Betriebs- oder Hausordnung können Disziplinarmaßnahmen angewendet werden, die unter anderem den geordneten Betrieb sicherstellen sollen.¹¹² Die Benutzungsordnung regelt die Rechte und Pflichten der Benutzer und kann relativ offen ausgestaltet werden. Bestimmt die Betriebs- oder Hausordnung den Zugang oder die Konsequenzen bei Nichteinhaltung («Disziplin»), so wird dafür ein formelles Gesetz als Grundlage benötigt.¹¹³ Der Zugang zu Anstaltssachen muss rechts- gleich und willkürfrei sein. Bei mangelnden Kapazitäten müssen die Zugangsbeschränkungen sachlich und ausreichend bestimmt in einem formellen Gesetz geregelt sein.¹¹⁴

Als ordentliche Nutzung wird beispielsweise die Nutzung einer Universität durch den Lehrkörper und die Studierenden oder die Nutzung eines Verwaltungsgebäudes durch Behördenmitglieder, durch Beamte und durch die Amtsstelle besuchende Personen genannt.¹¹⁵

3.4.3.2 Ausserordentliche Nutzung und Sondernutzung

Wird das Verwaltungsvermögen nicht bestimmungsgemäss benutzt, liegt eine ausserordentliche Nutzung vor. Hier wird das Verwaltungsvermögen vorübergehend entgeltlich Dritten überlassen.¹¹⁶ Private können somit Verwaltungsvermögen nutzen, solange dies mit der Zweckbestimmung der Sache zu vereinbaren ist – das Gemeinwesen ist jedoch nicht dazu verpflichtet.¹¹⁷ Können die privaten Dritten das Verwaltungsvermögen längerfristig und exklusiv gebrauchen, ist von Sondernutzung auszugehen.¹¹⁸

¹¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2212; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 18; MOSER, S. 197; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 82.

¹¹¹ KARLEN, S. 360; MOSER, S. 197 ff.

¹¹² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 11 ff.

¹¹³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 5, nennt z.B. die Hausordnung der SBB.

¹¹⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 6 f.

¹¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2213.

¹¹⁶ BGE 138 I 274, E. 1.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2214; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 61.

¹¹⁷ BGE 127 I 84, E. 4b; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 83; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 2; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 19.

¹¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2216; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 82.

Beispiele einer ausserordentlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen sind die Nutzung von Fahrzeugen öffentlicher Verkehrsbetriebe durch Private zwecks Werbung,¹¹⁹ die Nutzung von Schulräumen oder Turnhallen durch Vereine¹²⁰ sowie eines der Schule als Sportanlage dienenden Kleinhallenbades durch die Öffentlichkeit.¹²¹ Weiter stellt auch die Valet Parking-Tätigkeit (Empfang und Parkieren von Fahrzeugen) im Kurzzeitparking von Flughäfen¹²² sowie die kommerzielle Nutzung zu Werbezwecken von Bahnhofswänden eine ausserordentliche Nutzung dar, wobei bei den Bahnhofswänden die Frage offengelassen wurde, ob es sich um eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch oder um Verwaltungsvermögen handelt.¹²³

Die ordentliche Nutzung hat Priorität vor der ausserordentlichen Nutzung und der Sondernutzung durch Private. Bleibt dennoch Raum für die beiden letzten Nutzungsformen, so muss sichergestellt sein, dass dies mit der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache vereinbar ist.¹²⁴ Ob und in welchem Umfang die ausserordentliche Nutzung zulässig ist, ist durch das öffentliche Recht zu regeln.¹²⁵ Die öffentlich-rechtliche Anstalt, die über das betroffene Verwaltungsvermögen verfügt, kann sich gegen Tätigkeiten zur Wehr setzen, die nicht der ordentlichen Nutzung entsprechen. Alternativ kann der Umfang der Tätigkeit mit einem Bewilligungs- oder Konzessionssystem eingeschränkt werden.¹²⁶

Bei der ausserordentlichen Nutzung oder Sondernutzung von Verwaltungsvermögen gibt es häufig mehrere Interessierte. Aus diesem Grund muss sich jeder Interessent in einem offenen Verfahren bewerben können. Ausserdem hat die darauffolgende Auswahl der Berechtigten nach sachlichen Kriterien zu erfolgen. Dies bedeutet, dass insbesondere die Auswahl nicht willkürlich erfolgen darf und dass Konkurrenten gleichbehandelt werden müssen. Als Lösung kann z.B. eine zeitliche Begrenzung der Nutzung des Verwaltungsvermögens herangezogen werden, damit eine Rotation zwischen den

¹¹⁹ BGE 127 I 84, E. 4b.

¹²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2215.

¹²¹ BGE 100 Ia 287, E. 3.

¹²² BGE 143 I 37, E. 6.4, Pra 107 (2018) Nr. 2.

¹²³ BGE 138 I 274, E. 2.3.2 f.; Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

¹²⁴ BGE 144 I 50, E. 6.2.1, Pra 108 (2019) Nr. 12; 143 I 37, E. 6.1 und 7.2 Pra 107 (2018) Nr. 2; 127 I 84, E. 4b; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 83; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 19; HEER, S. 32 f. ist kritisch zum Erfordernis der *Übereinstimmung* der ausserordentlichen Nutzung mit der Zweckbestimmung, da dies dann eine ordentliche Nutzung wäre. Die Kritik von HEER scheint jedoch unbegründet, da lediglich die *Vereinbarkeit* der ausserordentlichen Nutzung mit der Zweckbestimmung der Sache gefordert wird.

¹²⁵ BGE 138 I 274, E. 1.4; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 83.

¹²⁶ BGE 143 I 37 E. 6.1, Pra 107 (2018) Nr. 2; siehe auch HEER, S. 124 ff.

Konkurrenten stattfinden kann.¹²⁷ Weiter kann auch eine Unterscheidung nach der geplanten Intensität bzw. Zweckfremdheit der Nutzungsart, das Interesse der Gesuchsteller auf Erteilung einer Bewilligung als auch eine gleichmässige Verteilung auf alle Bewerber oder das öffentliche Interesse an der Leistung des Gesuchstellers herangezogen werden.¹²⁸

3.4.4 Anspruch auf Nutzung des Verwaltungsvermögens

Bei der ordentlichen Nutzung haben die Nutzer, denen das Verwaltungsvermögen gewidmet ist, einen bedingten Anspruch auf ordentliche Nutzung unter Berufung auf ein Grundrecht. Die Zulassung zur ordentlichen Nutzung kann hingegen dadurch beschränkt werden, dass z.B. mit einer Bewilligung den beschränkten Kapazitäten sowie der Art der Institution Rechnung getragen wird.¹²⁹

Ob und in welchem Ausmass ein Anspruch auf ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen besteht, ist umstritten und nicht eindeutig geklärt.¹³⁰ Ein bedingter Anspruch auf die ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen besteht dort, wo die Nutzung grundrechtlich geschützt und zudem vorgesehen oder üblich ist.¹³¹ Ausnahmsweise¹³² kann die Randnutzung von Verwaltungsvermögen einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch gleichgestellt werden, wenn das Verwaltungsvermögen aufgrund seiner Zweckbestimmung auch der Öffentlichkeit offensteht oder wenn keine Alternativen vorhanden sind,¹³³ das Gemeinwesen also bei Alternativlosigkeit über ein faktisches Monopol verfügt.¹³⁴ Der Anspruch ist zudem nur bedingt, da der Staat einerseits kein zusätzliches Verwaltungsvermögen zur Ausübung der Freiheitsrechte

¹²⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2219.

¹²⁸ Siehe dazu detailliert HEER, S. 48 ff.

¹²⁹ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 86 mit Verweis auf das Urteil des BVGer C-6123/2009 vom 20. Juni 2011, E. 3.2.2 sowie BGE 125 I 173, E. 4.

¹³⁰ Siehe etwa HEER, S. 31 ff., der sich insbesondere mit der bundesrichterlichen Rechtsprechung zur ausserordentlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen kritisch auseinandergesetzt hat.

¹³¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2219a; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 3; nach HEER, S. 35 sollte das Kriterium der erstmaligen oder üblichen ausserordentlichen Nutzung erst bei der Interessenabwägung und nicht bereits bei der Tangierung des Freiheitsrechts geprüft werden, da sonst die Frage ausgeschlossen werde, ob ein Objekt der ausserordentlichen Nutzung durch Private überhaupt zugänglich gemacht werden müsse. Eine erstmalige Nutzung soll dafür eine stärkere Gewichtung des öffentlichen Interesses an der Abwehr der ausserordentlichen Nutzung bewirken.

¹³² WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 84 mit Verweis auf BGE 138 I 274, E. 2.2.2; 127 I 84, E. 4b; 127 I 164, E. 3b.

¹³³ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 20; nach HEER, S. 36 sollten die fehlenden Alternativen erst bei der Interessenabwägung beurteilt werden und nicht bereits die Anwendbarkeit des Freiheitsrechts ausschliessen. Je mehr Alternativen bestehen, desto schwächer sollte das private Interesse an der Freiheitsrechtsausübung sein.

¹³⁴ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 85 mit Verweis auf BGE 127 I 84, E. 4b.

schaffen muss und andererseits der Anspruch durch entgegenstehende öffentliche und private Interessen beschränkt wird, etwa aufgrund der polizeilichen Gefahrenabwehr oder durch die zweckmässige bzw. ordentliche Nutzung.¹³⁵

Ein bedingter Anspruch auf ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen wurde beispielsweise bejaht bei der Nutzung eines Theatersaals durch einen Künstler unter Berufung auf die Meinungsäusserungsfreiheit¹³⁶ oder gestützt auf die Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit bei einem Gemeindesaal, der für Versammlungen offenstand und damit dem öffentlichen Grund und dessen Benutzung gleichzusetzen ist. Es musste dabei berücksichtigt werden, ob die kommunalen Räumlichkeiten für die private Benutzung die einzigen seien und damit ein faktisches Monopol besteht.¹³⁷ In einem neueren Urteil bejahte das Bundesgericht zunächst eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit nach Art. 28 BV und leitete sodann auf die Prüfung nach Art. 36 BV über. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das generelle Zutrittsverbot zu den Verwaltungsgebäuden für Gewerkschaften unverhältnismässig ist.¹³⁸

Der Anspruch auf ausserordentliche Nutzung wurde hingegen bei der Ganzbemalung von Bussen der städtischen Verkehrsbetriebe verneint. Dies wurde damit begründet, dass zwar die prioritäre ordentliche durch die ausserordentliche Nutzung nicht beeinträchtigt wurde, das Gemeinwesen jedoch über kein faktisches Monopol über die Nutzung von Fahrzeugen zu Werbezwecken verfügt. Zudem stehen die Fahrzeuge aufgrund der Zweckbestimmung nicht für diese Nutzung offen.¹³⁹ Der Anspruch wurde ebenfalls verneint bei der Valet Parking-Tätigkeit (Empfang und Parkieren von Fahrzeugen) im Kurzzeitparking von Flughäfen unter Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit. Diese

¹³⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2219b; HEER, S. 34 und 36: Nur bedingter Anspruch auf Nutzung des *bestehenden* Verwaltungsvermögens. Nach HEER, S. 34 wird bei der Interessenabwägung das private Interesse an der Freiheitsausübung mit dem öffentlichen Interesse an der Verweigerung verglichen.

¹³⁶ Urteil des BGer 1C.312/2010 vom 8. Dezember 2010, E. 4 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2219a und 2219c; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 3.

¹³⁷ Urteil des BGer vom 18. Februar 1991, in: ZBI 93 (1992) 40, 43 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2219d; allenfalls stellt die Nutzung eines Gemeindesaals für Versammlungen eine ordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen dar, wenn der Gemeindesaal für Veranstaltungen offensteht.

¹³⁸ BGE 144 I 50, E. 4, Pra 108 (2019) Nr. 12 bestätigt die Rechtsprechung zum Vorrang der ordentlichen Nutzung von BGE 127 I 84, E. 4b und ebenso zur Vereinbarkeit der Randnutzung mit der Zweckbestimmung der Sache nach BGE 143 I 37, E. 6.1, Pra 107 (2018) Nr. 2, 127 I 84, E. 4b und E. 6.3 zur Bejahung des bedingten Anspruchs bei der Randnutzung von Verwaltungsvermögen unter bestimmten Umständen.

¹³⁹ BGE 127 I 84, E. 4b; kritisch dazu WYSSMANN, S. 15 f., da die ausserordentliche Nutzung durch die Aussenwerbung die ordentliche Nutzung des Personentransports nicht tangiert und die Zuordnung der städtischen Busse zum Verwaltungsvermögen in Bezug auf die Nutzung als Werbeflächen falsch sei.

ausserordentliche Nutzung verhindert zwar nicht die ganze bestimmungsgemässe Nutzung des Kurzzeitparkings, ist jedoch zur ordentlichen Nutzung subsidiär. Die das Verwaltungsvermögen verwaltende Organisation hat das Recht, der vorgesehenen Nutzung Priorität einzuräumen¹⁴⁰ oder den Umfang mit einem Bewilligungs- oder Konzessionsystem einzuschränken.¹⁴¹

3.5 Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch

3.5.1 Begriff

Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch dienen wie das Verwaltungsvermögen durch ihren Gebrauchswert unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und sind nicht realisierbar.¹⁴² Anders als das Verwaltungsvermögen haben öffentliche Sachen im Gemeingebrauch nicht einen beschränkten, sondern einen offenen Benutzerkreis und stehen damit ihrem Zweck entsprechend der Allgemeinheit zur Benutzung offen.¹⁴³ So stellt der Gemeingebrauch eine *«rein externe Nutzungsform öffentlicher Sachen»* dar und steht jedem offen.¹⁴⁴

Wie oben dargestellt wird der Widmungsakt in der Lehre unterschiedlich behandelt.¹⁴⁵ Der Gemeingebrauch entsteht entweder aus der Natur der öffentlichen Sache, z.B. Seen oder Flüsse,¹⁴⁶ wodurch solche natürliche Sachen ohne Beschaffungs-, Widmungs- oder Inkorporationsakt dem Gemeinwesen durch einen natürlichen Vorgang anwachsen.¹⁴⁷

¹⁴⁰ BGE 143 I 37, E. 7.2 f., Pra 107 (2018) Nr. 2; bereits im BGE 117 Ib 387, E. 6c/bb lehnte das Bundesgericht einen Anspruch auf ordentlichen oder ausserordentlichen Anstaltsgebrauch ab; bestätigt durch BGE 125 I 182, E. 5b, wo ein Anspruch auf kommerzielle Nutzung eines Flughafens gestützt auf die Handels- und Gewerbefreiheit abgelehnt wurde. Anders als HEER, S. 32 f. prognostiziert hat, wurde BGE 127 I 84 bezüglich der Vereinbarkeit der ausserordentlichen Nutzung mit der Zweckbestimmung durch BGE 143 I 37 bestätigt. HEER interpretiert BGE 127 I 84 so, dass die ausserordentliche Nutzung der Zweckbestimmung *entsprechen* müsse und dies nicht nachvollziehbar sei; die beiden Urteile bestimmen jedoch nur, dass die ausserordentliche Nutzung mit der Zweckbestimmung *vereinbar* sein muss, vgl. dazu bereits oben unter Anmerkung 124.

¹⁴¹ BGE 143 I 37, E. 6.1, Pra 107 (2018) Nr. 2.

¹⁴² BGE 138 I 274, E. 2.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2226; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 130; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 15; MOSER, S. 34.

¹⁴³ BGE 143 I 37, E. 6.1, Pra 107 (2019) Nr. 12; 138 I 274, E. 2.3.2; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 23; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2226 f. nennen beispielsweise Strassen, Plätze und Parks, Wälder sowie kulturunfähiges Land, Seen und Flüsse; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 131; SCHMID/UHLMANN, S. 343, die Tramhaltestellen zum öffentlichen Grund zählen; MOSER, S. 34; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 15, nennen zusätzlich den Luftraum; differenzierter zu Wäldern siehe TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 23.

¹⁴⁴ KARLEN, S. 359 f.

¹⁴⁵ Vgl. Kapitel 3.4.1 Anmerkung 85. Die Ansichten von TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, KARLEN und WYSSMANN, die die Begründung unabhängig der Art öffentlicher Sachen ausführen, werden in diesem Teil eingeordnet.

¹⁴⁶ MOSER, S. 35; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 144; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2228.

¹⁴⁷ MOSER, S. 37; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 3.

Anders bei künstlichen Sachen, z.B. Strassen und Plätze: Diese werden durch die Widmung zur öffentlichen Sache im Gemeingebrauch erklärt.¹⁴⁸ Die Widmung ist besonders dann relevant, wenn sich die für alle offenstehende Nutzung nicht aus der natürlichen Beschaffenheit, einem Gesetz oder dem bisherigen Gebrauch ergibt.¹⁴⁹ Dafür muss das Gemeinwesen jedoch die Verfügungsmacht über die öffentliche Sache innehaben.¹⁵⁰ Durch die Widmung, welche eine Allgemeinverfügung darstellt, wird die Sache ihrem Zweck entsprechend der Allgemeinheit zur Nutzung freigegeben.¹⁵¹ Die Widmung kann auch formlos, selbst durch widerspruchslosen Gebrauch, erfolgen.¹⁵² Zudem kann eine Widmung im Fall eines Gebrauchs seit unvordenklicher Zeit stillschweigend sein.¹⁵³ Schliesslich können die öffentlichen Sachen wiederum umgewidmet¹⁵⁴ oder entwidmet bzw. ausgegliedert werden.¹⁵⁵

Wie bei den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch können auch beim Verwaltungsvermögen verwaltungsexterne Benutzer die entsprechende Sache gebrauchen.¹⁵⁶ Diese Anstaltssachen weisen deshalb eine gewisse Ähnlichkeit zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch auf, was eine Trennung schwieriger macht.¹⁵⁷ Die Abgrenzung von Verwaltungsvermögen im Anstaltsgebrauch und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch lässt sich durch den unterschiedlichen Benutzerkreis ziehen. Letztere stehen der Allgemeinheit zur Nutzung zur Verfügung. Hingegen weisen Anstaltssachen eine limitierte Aufnahmekapazität auf und werden deshalb durch einen beschränkten privaten

¹⁴⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 4; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 24, nebst der Entstehung aufgrund der Natur der öffentlichen Sache unterscheiden sie die Begründung durch Gewohnheitsrecht, durch Widmung oder Gesetz; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2229; MOSER, S. 36 f.

¹⁴⁹ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 24, was vor allem der Fall ist bei Gebäuden oder Plätzen, die der Allgemeinheit zur Nutzung offenstehen sollen.

¹⁵⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2230; MOSER, S. 39; WYSSMANN, S. 24; zur Verfügungsmacht siehe Kapitel 3.2.

¹⁵¹ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 145; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2229; MOSER, S. 37; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 4.

¹⁵² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2229; MOSER, S. 37; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 146; WYSSMANN, S. 25.

¹⁵³ vgl. dazu ausführlich WYSSMANN, S. 26 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 147; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2232: z.B. bei einer Strasse oder einem Weg; KARLEN, S. 357; MOSER, S. 42 f., wonach der Grundsatz der Unvordenklichkeit mit der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV zu vereinbaren ist und zwei Menschenalter bzw. 80 Jahre dauert.

¹⁵⁴ KARLEN, S. 357; MOSER, S. 41 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 4; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 150.

¹⁵⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 4; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 150; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2233; MOSER, S. 41.

¹⁵⁶ Siehe Kapitel 3.4.1.

¹⁵⁷ BGE 138 I 274, E. 2.3.2: «*Verwaltungsvermögen im Anstaltsgebrauch und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch fast identisch sind oder doch jenes einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch sehr nahekommt*».

Benutzerkreis im Hinblick auf die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe genutzt.¹⁵⁸ Problematisch bleibt die Abgrenzung jedoch dort, wo Verwaltungsvermögen im Anstaltsgebrauch über einen weiten Benutzerkreis verfügt und damit das Vermögen im Anstaltsgebrauch faktisch wie öffentliche Sachen im Gemeingebrauch genutzt wird, wie etwa bei Flughäfen oder Bahnhöfen.¹⁵⁹

Öffentliche Sachen, die nicht zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zu zählen sind, sind nach MOSER unter anderem¹⁶⁰ Gemeindesäle,¹⁶¹ Transportmittel von öffentlichen Verkehrsbetrieben und Bahnunternehmen,¹⁶² Messe- und Markthallen¹⁶³ sowie Hallenbäder.¹⁶⁴ Beispiele von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch sind nebst den Obgenannten¹⁶⁵ öffentliche Strassen in der Zürcher Innenstadt¹⁶⁶ oder nach dem Bundesverwaltungsgericht Wände und Zirkulationsflächen im Publikumsbereich von Bahnhöfen.¹⁶⁷ Das Bundesgericht liess in der gleichen Sache die Frage offen, um was für eine Art einer öffentlichen Sache es sich handelt. Es bemerkte jedoch, dass mit dem angestrebten Benutzerkreis einer «City in the City» (zu Deutsch: «Stadt in der Stadt») ähnliche Bedürfnisse wie in einer Fussgängerzone befriedigt werden und dies damit einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch zumindest sehr nahekommt.¹⁶⁸

3.5.2 Anwendbares Recht

Zu den allgemeinen Ausführungen zum anwendbaren Recht ist auf Kapitel 3.4.2 zu verweisen. Grundsätzlich ist hier ebenfalls die dualistische Theorie anwendbar.¹⁶⁹ Bei der Nutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch unterliegt das Verhältnis zwischen dem Staat und dem Nutzer jedoch immer dem öffentlichen Recht.¹⁷⁰

¹⁵⁸ STÖCKLI/JOLLER, S. 487; HEER, S. 9.

¹⁵⁹ MOSER, S. 194 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 132 verweisen dabei auf BGE 138 I 274, E. 2.3.2, wo die Zuteilung der Bahnhofswand offengelassen wurde.

¹⁶⁰ Siehe zum Ganzen MOSER, S. 195 f.

¹⁶¹ Siehe etwa das Urteil des BGer vom 18. Februar 1991, in: ZBI 93 (1992) 40 ff.

¹⁶² BGE 127 I 84, E. 4b (Ganzbemalung eines Busses); Urteil des BGer 1A.162/1999 vom 7. Oktober 1999 (Plakataushang in SBB-Zügen).

¹⁶³ BGE 126 I 250, E. 2d/aa.

¹⁶⁴ BGE 100 Ia 287, E. 3a.

¹⁶⁵ Siehe Anmerkung 143.

¹⁶⁶ BGE 126 I 133, E. 4c.

¹⁶⁷ Urteil des BVer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 8.6.3 f.

¹⁶⁸ BGE 138 I 274, E. 2.3.2.

¹⁶⁹ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 25.

¹⁷⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2250; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 25; MOSER, S. 36 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 158.

3.5.3 Nutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch

Wie und insbesondere in welchem Rahmen und Ausmass öffentliche Sachen im Gemeingebrauch durch die Allgemeinheit genutzt werden dürfen, wird durch kantonales Recht festgelegt. Dabei hat sich die Unterscheidung zwischen dem schlichten und dem gesteigerten Gemeingebrauch sowie der Sondernutzung durchgesetzt.¹⁷¹ Diese Unterteilung erfolgt anhand der Dauer und Intensität der Nutzung.¹⁷² Über die Nutzungsart bestimmt das zuständige Gemeinwesen mit erheblichem Beurteilungsspielraum anhand der örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten sowie der Art und dem Ausmass der üblichen Nutzung. Die Art der üblichen Nutzung richtet sich nach der natürlichen Beschaffenheit der Sache, der Widmung oder nach der Nutzung seit unvordenklicher Zeit.¹⁷³ Die Unterscheidung hat zur Konsequenz, dass je nach Nutzungsart eine Bewilligungs- oder Konzessionspflicht besteht sowie eine Benutzungs- oder Konzessionsgebühr erhoben werden darf.¹⁷⁴

3.5.3.1 Schlichter Gemeingebrauch

Der schlichte Gemeingebrauch entspricht der normalen Nutzung und damit der primären Zweckbestimmung einer öffentlichen Sache.¹⁷⁵ Genutzt wird eine öffentliche Sache im schlichten Gemeingebrauch, wenn die Nutzung kumulativ bestimmungsgemäss und gemeinverträglich ist und zudem bewilligungsfrei sowie grundsätzlich unentgeltlich erfolgt. Die öffentliche Sache steht einer unbestimmten Anzahl von Benutzern bzw. der Allgemeinheit gleichzeitig zur Nutzung offen.¹⁷⁶ Bestimmungsgemäss ist der Gebrauch, wenn dieser mit der Zweckbestimmung der Sache vereinbar ist. Diese ergibt sich aus der zuvor bereits erwähnten Widmung, der natürlichen Beschaffenheit oder dem traditionellen Gebrauch der Sache.¹⁷⁷ Mit dem zweiten Merkmal, der Gemeinverträglichkeit des Gebrauchs, kann der schlichte vom gesteigerten Gemeingebrauch abgegrenzt

¹⁷¹ BGE 135 I 302, E. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2252; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 1; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 161 und 163; MOSER, S. 207 f.

¹⁷² WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 27.

¹⁷³ BGE 135 I 302, E. 3.2; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 166; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 27 f.

¹⁷⁴ BGE 135 I 302, E. 3.2; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 26; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 2.

¹⁷⁵ MOSER, S. 211.

¹⁷⁶ BGE 135 I 302, E. 3.2; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 29; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2253 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 3, 6 und 7; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 179; MOSER, S. 209.

¹⁷⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2255 f., z.B. Gehen/Fahren auf öffentlicher Strasse, Baden im öffentlichen Gewässer; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 4; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 27; MOSER, S. 211 f.

werden.¹⁷⁸ Gemeinverträglich ist der Gebrauch, wenn dadurch andere bei ihrer gleichzeitigen und gleichartigen Nutzung nicht erheblich beeinträchtigt werden.¹⁷⁹ Eine gleichartige Nutzung ist durch alle Interessierten praktisch möglich,¹⁸⁰ oder wie MOSER anschaulich ausführt: *«Erlaubt ist, was andere nicht stört»*.¹⁸¹

Der schlichte Gemeingebrauch kann sehr unterschiedlich sein, weshalb zur Koordination eine Nutzungsordnung notwendig sein kann.¹⁸² Diese ist zum Schutz vor Beschädigungen der öffentlichen Sache im Gemeingebrauch sowie zur Sicherstellung der gemeinverträglichen Nutzung und des rechtsgleichen Zugangs zulässig und ausserdem hilfreich bei der Beurteilung der üblichen Nutzung.¹⁸³ Im Rahmen einer Benutzungsordnung dürfen etwa zum Schutz von Polizeigütern dem schlichten Gemeingebrauch Einschränkungen auferlegt werden.¹⁸⁴

Der schlichte Gemeingebrauch erfolgt grundsätzlich unentgeltlich; es sind keine Abgaben oder Benutzungsgebühren, einzig jedoch Kontrollgebühren zulässig.¹⁸⁵ Nicht erforderlich sind präventive Kontrollen der bestimmungsgemässen und gemeinverträglichen Nutzung einer öffentlichen Sache, mithin ist eine Bewilligungspflicht unzulässig.¹⁸⁶ Der schlichte Gemeingebrauch ist somit bewilligungsfrei – unter Ausnahme von Bewilligungen zum Schutz öffentlicher Interessen.¹⁸⁷

Als schlichter Gemeingebrauch beurteilt wurde beispielsweise das Unterschriftensammeln auf öffentlichem Grund ohne Stand,¹⁸⁸ kurzfristiges Parkieren auf öffentlichen

¹⁷⁸ BGE 135 I 302, E. 3.2; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 180.

¹⁷⁹ BGE 135 I 302, E. 3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2257; MOSER, S. 213 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 5.

¹⁸⁰ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 29.

¹⁸¹ MOSER, S. 231.

¹⁸² WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 30.

¹⁸³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2264; MOSER, S. 230; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 8; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 182.

¹⁸⁴ MOSER, S. 217, nennt z.B. die Erforderlichkeit des Führerausweises als Polizeibewilligung; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 183, wonach die Einschränkung für alle gleichermassen gelten muss, während individuelle Weisungen aufgrund fehlender Gemeinverträglichkeit unzulässig sind; MOSER verweist diesbezüglich auf Ausgrenzungs- und Fernhaltmassnahmen, wenn von bestimmten Personen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht (vgl. zum Ganzen S. 218 ff.).

¹⁸⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2263; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 31; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 7; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 181; MOSER, S. 224 ff., verweist zudem auf die Ausnahme der Überwälzung von Mehrkosten auf Verursacher.

¹⁸⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2260; KARLEN, S. 362; MOSER, S. 216; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 6.

¹⁸⁷ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 32.

¹⁸⁸ BGE 135 I 302, E. 3.2 f., wobei es sich um eine Fussgängerzone handelte, die nicht als Durchgangspassage mit grossen Passantenströmen diente.

Parkplätzen sowie das Gehen auf dem Trottoir,¹⁸⁹ Fahrverkehr auf öffentlichen Strassen und Plätzen¹⁹⁰ oder das Anhalten und Verweilen auf fahrverkehrsfreiem öffentlichem Grund.¹⁹¹

3.5.3.2 Gesteigerter Gemeingebrauch

Die Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch ist gesteigert, wenn die *«Nutzung ihrer Natur oder Intensität nach den Rahmen des Üblichen übersteigt, nicht mehr der bestimmungsgemässen Verwendung entspricht, den rechtmässigen Gebrauch durch andere Benützer beeinträchtigt und somit nicht mehr gemeinverträglich ist»*.¹⁹²

Die Nutzung im gesteigerten Gemeingebrauch ist somit nicht bestimmungsgemäss oder nicht mehr gemeinverträglich. Andere Benutzer werden zwar nicht von der Nutzung der öffentlichen Sache im Gemeingebrauch ausgeschlossen, jedoch wesentlich eingeschränkt.¹⁹³ Die Beurteilung erfolgt anhand der konkreten örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten sowie anhand der Art und dem Ausmass der üblichen Benutzung.¹⁹⁴

Nicht mehr bestimmungsgemässer Gebrauch bedeutet, dass die Nutzung der Sache nicht mehr der beim schlichten Gemeingebrauch beschriebenen natürlichen Beschaffenheit der Sache, der Widmung oder dem traditionellen Gebrauch entspricht und deshalb intensiver ist.¹⁹⁵ Zentral für die Abgrenzung zum schlichten Gemeingebrauch ist wie bereits erwähnt die fehlende Gemeinverträglichkeit, wenn also durch die in Frage stehende Nutzung andere Personen im gleichzeitigen bestimmungsgemässen Gebrauch erheblich behindert werden. Diese Schwelle ist erreicht, wenn die beim schlichten Gemeingebrauch genügende Benutzungsordnung nicht mehr ausreichend ist und deshalb die Koordination der gleichzeitigen Mitbenutzung bewirtschaftet werden muss.¹⁹⁶

¹⁸⁹ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 190 zitieren dabei BGE 122 I 279, E. 2b und Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden vom 8. Januar 2008, U-07-83, E. 3c.

¹⁹⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 3.

¹⁹¹ MOSER, S. 233.

¹⁹² BGE 135 I 302, E. 3.2.

¹⁹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2274 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 33; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 9; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 195; MOSER, S. 241.

¹⁹⁴ BGE 135 I 302, E. 3.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 11a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2278; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 197; KARLEN, S. 363.

¹⁹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2276 f., nennen beispielsweise Rennveranstaltungen auf öffentlichen Strassen, Theater- oder Zirkusaufführungen auf öffentlichen Plätzen oder Marktstände an Wochenmärkten auf öffentlichem Grund; MOSER, S. 241, nennt auch das Befahren der Zirkulationsflächen in Bahnhöfen mit Fahrrädern oder das Campieren in einem öffentlichen Park; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 10, verweisen darauf, dass die Beurteilung häufig wertungsabhängig ist.

¹⁹⁶ BGE 135 I 302, E. 3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2278; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 11, nennen z.B. aus räumlichen Gründen Grossdemonstrationen, Zeitungsboxen auf engem

Die Koordination und die dafür notwendige Priorisierung der verschiedenen Nutzungsansprüche erfolgt über die Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeingebrauch.¹⁹⁷ Es handelt sich dabei nicht um eine Konzession und auch nicht um eine Bewilligung zum Schutz der Polizeigüter (Polizeibewilligung), sondern um eine Bewilligung sui generis.¹⁹⁸ Die Einführung der Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeingebrauch wird nicht durch die sonst für staatliches Handeln geforderte gesetzliche Grundlage legitimiert – die Sachherrschaft des Gemeinwesens über die öffentliche Sache ersetzt die gesetzliche Grundlage.¹⁹⁹ Dies wird jedoch verschiedentlich kritisiert. Es wird aufgrund der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit eine generell-abstrakte Gesetzesnorm gefordert, wobei «*die Zweckbestimmung der öffentlichen Sache die Nutzungsordnung bereits weitgehend determiniert*».²⁰⁰ Insbesondere im Schutzbereich der Grundrechte wird die fehlende gesetzliche Grundlage als problematisch erachtet.²⁰¹ Es wird jedoch nicht zwingend ein formelles Gesetz verlangt.²⁰² Da diese Praxis bis heute nicht geändert wurde, kann auch bereits ein internes Reglement oder eine Verwaltungsverordnung ausreichend sein.²⁰³

Bei der Erhebung von Benutzungsgebühren für die Ausübung des gesteigerten Gemeingebrauchs ist hingegen zwingend eine hinreichende gesetzliche Grundlage notwendig.²⁰⁴ Somit darf das Gemeinwesen grundsätzlich eine Benutzungsgebühr für die Ausübung des gesteigerten Gemeingebrauchs erheben.²⁰⁵ Nichtsdestotrotz wird im Zusammenhang

Trottoir und aus zeitlichen Gründen Versammlungen zur Nachtzeit; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 196.

¹⁹⁷ BGE 135 I 302, E. 3.2; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 208; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2285; KARLEN, S. 363; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 12; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 35.

¹⁹⁸ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 36; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2287; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 12; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 209.

¹⁹⁹ Offen gelassen in BGE 135 I 302, E. 3.2; BGE 138 I 274, E. 3.3 belässt es bei der bisherigen Praxis; Praxis zuletzt in BGE 132 I 97, E. 2.2, Pra 96 (2007) Nr. 2 bestätigt; siehe ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2286; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 37; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 13; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 210 f.; HEER, S. 105.

²⁰⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2286, wobei die Gesetzesnorm relativ unbestimmt sein könne; HEER, S. 105.

²⁰¹ Stellvertretend für viele TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 13; so auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2286, die bei der Ausübung von Freiheitsrechten auf öffentlichem Grund eine restriktive Handhabung der erleichterten Anforderungen an die gesetzliche Grundlage fordern; HEER, S. 105.

²⁰² KARLEN, S. 363 f.; gleicher Meinung sind auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 16.

²⁰³ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 37 mit Verweis auf BGE 138 I 274, E. 3.3 und 135 I 302, E. 3.2.

²⁰⁴ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 40; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 17.

²⁰⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 17; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 40; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2289.

mit der Ausübung von Grundrechten für die Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs Zurückhaltung gefordert.²⁰⁶

Gesteigerter Gemeingebrauch liegt etwa vor bei Kundgebungen und Demonstrationen,²⁰⁷ bei Zirkusvorstellungen²⁰⁸ sowie beim Aufstellen von Marktständen auf öffentlichem Grund²⁰⁹ als auch beim Verteilen von Gratiszeitungen²¹⁰ und Aufhängen von Plakaten in Bahnhöfen.²¹¹

3.5.3.3 Sondernutzung

Ist eine Nutzung weder bestimmungsgemäss noch gemeinverträglich und hat der Berechtigte die ausschliessliche Verfügung über die Sache inne, liegt Sondernutzung vor. Dabei werden andere Nutzungsberechtigte vollständig und dauerhaft vom Gebrauch ausgeschlossen.²¹² Zur Abgrenzung vom gesteigerten Gemeingebrauch kann als Indiz die dauernde und (durch bauliche Vorrichtungen) feste Verbindung mit der öffentlichen Sache herangezogen werden.²¹³

Üblicherweise wird die Sondernutzung an öffentlichen Sachen über eine befristete Sondernutzungskonzession erteilt. Dafür kann eine kostenunabhängige Konzessionsgebühr verlangt werden.²¹⁴ Für die Erteilung der Konzession wird, aufgrund der Hoheit des Gemeinwesens über die öffentlichen Sachen, keine gesetzliche Grundlage benötigt,²¹⁵ für die Erhebung der Konzessionsgebühr hingegen schon.²¹⁶

Als Sondernutzung wurden beispielsweise Kioske, Schaukästen oder Automaten auf öffentlichem Grund klassifiziert.²¹⁷ Weiter liegt Sondernutzung öffentlicher Sachen im

²⁰⁶ BGE 143 I 147, E. 3.3: Damit die Grundrechtsausübung möglich bleibt, müssen die Kostenforderungen moderat sein, da diese sonst eine Abschreckungswirkung oder einen Einschüchterungseffekt haben; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 40; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2289, z.B. bei der Ausübung der Versammlungsfreiheit oder bei politischen Rechten auf öffentlichem Grund.

²⁰⁷ BGE 132 I 256, E. 3; 127 I 164, E. 3b.

²⁰⁸ BGE 121 I 279, E. 2a.

²⁰⁹ BGE 132 I 97, E. 2.2, Pra 96 (2007) Nr. 2; Urteil des BGer 2C_61/2012 vom 2. Juni 2012, E. 3.1.4.

²¹⁰ Entscheid der REKO UVEK vom 17. Oktober 2000, in: VPB 2001 Nr. 63, E. 5.4.2.

²¹¹ Urteil des BVerfG A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 9.3.

²¹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2308 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 41; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 18; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 230.

²¹³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 18; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2312; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 230 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 41.

²¹⁴ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 43 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2313; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 19; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 230 und 237.

²¹⁵ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 43.

²¹⁶ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 49.

²¹⁷ BRK ZH vom 28. Januar 2010, in: BEZ 2010 Nr. 38, E. 2, zitiert nach WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 238. Siehe dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2320.

Gemeingebrauch vor bei Bootsstegen auf öffentlichen Gewässern²¹⁸ oder Wasserkraftwerken²¹⁹ sowie beim exklusiven Recht, Bahnhofswände als Werbeflächen bereitzustellen, zu vermarkten und zu bewirtschaften.²²⁰

3.5.4 Anspruch auf Nutzung der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch

Beim schlichten Gemeingebrauch einer öffentlichen Sache steht – unter dem Vorbehalt der Gleichbehandlung der Benutzer – allen das gleiche Recht auf bewilligungsfreien Gebrauch der öffentlichen Sache zu.²²¹ Es besteht ein unbedingter Anspruch auf Nutzung einer bestehenden öffentlichen Sache im schlichten Gemeingebrauch, soweit die Nutzung nicht über den allgemeinen Zweck der Sache hinausgeht und mit der Ausübung eines Grundrechts verbunden ist. Dieser Anspruch besteht zudem unter dem Vorbehalt von im öffentlichen Interesse liegenden Einschränkungen, die gesetzlich vorgesehen sowie verhältnismässig sind.²²²

Ob auch für die Erteilung einer Sondernutzungskonzession ein (bedingter) Anspruch besteht, ist umstritten bzw. offen; verneint wurde er zumindest für die Konzessionierung von Regalrechten.²²³ Grundsätzlich besteht wohl kein Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungskonzession, da dies im Ermessen der Behörden steht.²²⁴ Dies selbst dann nicht, wenn diese zur Ausübung eines Grundrechts erforderlich wäre.²²⁵

Erfordert eine Tätigkeit öffentlichen Grund und steht diese unter dem Schutz eines Grundrechts, dann besteht ein bedingter Anspruch auf Erteilung der Bewilligung zur Nutzung einer öffentlichen Sache im gesteigerten Gemeingebrauch.²²⁶ Regelmässig ist dies einerseits bei ideellen Tätigkeiten der Fall, die unter dem Schutz der

²¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2320.

²¹⁹ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 238.

²²⁰ Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5: Der Zwischenentscheid liess jedoch die Qualifikation der Bahnhofswände als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch offen.

²²¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2258; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 185; MOSER, S. 221 ff., verweist auf Ausnahmen z.B. im Strassenverkehr, wo nach objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien die Strasse nur einem eingeschränkten Benutzerkreis zur Verfügung steht (z.B. Zubringerdienst).

²²² BGE 144 I 50, E. 6.3, Pra 108 (2019) Nr. 12; 138 I 274, E. 2.2.2; siehe zum Ganzen detailliert MOSER, S. 233 ff.

²²³ BGE 142 I 99, E. 2.4.3 f.: Da andere Nutzer während der Konzessionsdauer ausgeschlossen werden und da der Konzessionär ein dauerhaftes Privileg erhält, was die von der Wirtschaftsfreiheit abgeleitete Gleichbehandlung direkter Konkurrenten aushebelt; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2316; BIAGGINI, OFK, Art. 27 BV N 16.

²²⁴ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 250.

²²⁵ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 46.

²²⁶ BGE 143 I 37, E. 7.2, Pra 107 (2018) Nr. 2; 138 I 274, E. 2.2.2; 135 I 302, E. 3.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 37; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 38; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2395; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 214.

Versammlungs-, Meinungs-, Medien- bzw. Pressefreiheit oder auch der Glaubens- und Gewissensfreiheit stehen.²²⁷ Andererseits sind auch wirtschaftliche Tätigkeiten davon erfasst, sofern diese unter der Wirtschafts- oder Kunstfreiheit stehen.²²⁸ Bei der grundrechtskonformen Zuteilung verfügen die Behörden über einen grossen Ermessensspielraum.²²⁹ Die Vergabe muss hingegen nach objektiven Kriterien geschehen und kann unter anderem zeitlich oder örtlich begrenzt sein, über ein Rotationssystem erfolgen, bei wirtschaftlicher Nutzung versteigert oder bei einem staatlichen Monopol ausgeschrieben werden.²³⁰

Der Anspruch ist aus zwei Gründen bedingt: Auf der einen Seite besteht der Anspruch nur auf Nutzung bestehender öffentlicher Sachen; der Staat muss zur Ausübung der Grundrechte nicht zusätzliche Kapazitäten schaffen.²³¹ Auf der anderen Seite besteht kein Recht, den öffentlichen Grund *«an einem beliebigen Ort, zu einem beliebigen Zeitpunkt und in beliebiger Weise zu benutzen»*, da auf die genügenden Kapazitäten abgestellt werden muss.²³² Somit müssen auch die Bedürfnisse der anderen zur Nutzung Berechtigten berücksichtigt werden, was eine Interessenabwägung erfordert.²³³

Eine Verweigerung der Bewilligung zur Nutzung einer öffentlichen Sache im gesteigerten Gemeingebrauch muss Art. 36 BV standhalten.²³⁴ Dies erfordert eine Interessenabwägung zwischen den in Frage stehenden Grundrechtsinteressen sowie entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen. Zentral sind die polizeiliche Gefahrenabwehr sowie andere öffentliche Interessen, insbesondere die zweckmässige Nutzung der öffentlichen Sache oder der rechtsgleiche Zugang für alle Interessierten.²³⁵ Dabei muss bei der Auswahl der Interessenten nebst dem Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV und dem Willkürverbot nach Art. 9 BV auch der ideelle Gehalt der Freiheitsrechte

²²⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 37; siehe z.B. zur Meinungsäusserungsfreiheit BIAGGINI, OFK, Art. 16 BV N 4. Siehe dazu detailliert MOSER, S. 403 ff.

²²⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 37; siehe zur Wirtschaftsfreiheit BIAGGINI, OFK, Art. 27 BV N 16 und UHLMANN N 9. Vgl. dazu im übrigen MOSER, S. 403 ff.

²²⁹ WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 224.

²³⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2396; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 222 f.

²³¹ BGE 138 I 274, E. 2.2.2; WALDMANN/Wiederkehr, 7. Kapitel N 38; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 37; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2395.

²³² BGE 127 I 164, E. 3c, bestätigt in BGE 138 I 274, E. 2.2.2; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 215.

²³³ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 38, verweisen gestützt auf BGE 138 I 273, E. 2.2.2 darauf, dass die Behörden deshalb eine Bewilligung verweigern, mit Auflagen oder Bedingungen versehen oder Alternativen vorschlagen dürfen.

²³⁴ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 38; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2397; mit Ausnahme des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage, siehe Kapitel 3.5.3.2 zur Bewilligungspflicht.

²³⁵ BGE 138 I 274, E. 2.2.2; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 216 f.

berücksichtigt werden.²³⁶ So findet etwa auch das aus der Wirtschaftsfreiheit fliessende Gebot der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten Anwendung. Dies hat zur Konsequenz, dass direkte Konkurrenten bei der Benutzung öffentlichen Grundes nicht ungleich behandelt werden dürfen; ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile oder sonstige Wettbewerbsverzerrungen sind unzulässig. Die Kriterien bei der Bewilligungspraxis müssen deshalb wettbewerbsneutral ausgestaltet sein.²³⁷ Differenzierungen sind jedoch aufgrund öffentlicher Interessen zulässig, solange die Vergabe auf objektiven Kriterien beruht.²³⁸

Ein bedingter Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs wurde beispielsweise bejaht bei Kundgebungen mit Appellwirkung²³⁹ oder Marktständen auf öffentlichem Grund,²⁴⁰ bei der Zuteilung eines Standplatzes für ein Riesenrad an einem Herbstjahrmarkt²⁴¹ sowie beim Aufhängen von Plakaten in Bahnhöfen.²⁴² Dabei hielt in den genannten Urteilen der Anspruch teilweise nicht den Schranken von Art. 36 BV stand und wurde insbesondere aufgrund der Koordination verschiedener Nutzungsinteressen oder dem Schutz von Polizeigütern abgelehnt.²⁴³

3.6 Grundrechtsbindung der SBB

Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist nach Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden – unabhängig der Organisation und Rechtsform.²⁴⁴ Die finanzielle Beteiligung des Gemeinwesens an einem Unternehmen kann dabei höchstens als Indiz für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben gewertet werden. Auch öffentliche Unternehmen sind, unabhängig der Kapitalstruktur oder finanziellen Beteiligung, vom persönlichen

²³⁶ BGE 138 I 274, E. 2.2.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2396; KARLEN, S. 364.

²³⁷ BIAGGINI, OFK, Art. 27 BV N 16 sowie detailliert zum Gebot der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten N 23 ff.; UHLMANN N 17 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 39; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2396; KARLEN, S. 364; WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 218 ff.

²³⁸ WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 39, berücksichtigt werden dürfen etwa kulturelle Anliegen, umweltpolitisch motivierte Belange oder selbst das mutmassliche Publikumsinteresse.

²³⁹ BGE 132 I 256, E. 3 f.

²⁴⁰ BGE 132 I 97, E. 2 f., Pra 96 (2007) Nr. 2.

²⁴¹ BGE 128 I 136, E. 3 f.

²⁴² Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 9.6.

²⁴³ Abgelehnt in BGE 132 I 256, E. 4; 132 I 97, E. 3, Pra 96 (2007) Nr. 2, 128 I 136, E. 4, gutgeheissen im Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 10.

²⁴⁴ BGE 143 I 37, E. 7.1, Pra 107 (2018) Nr. 2; 129 III 35, E. 5.2; HÄSLER, S. 67; BIAGGINI, OFK, Art. 35 BV N 9, unabhängig der Rechtsnatur und Form des Handelns und unabhängig ob hoheitlich, nicht-hoheitlich sowie öffentlich- oder privatrechtlich; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 153; KIENER N 71 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 N 22: so auch, wer unmittelbar Verwaltungsaufgaben wahrnimmt.

Geltungsbereich von Art. 35 Abs. 2 BV erfasst,²⁴⁵ wenn sie staatliche Aufgaben wahrnehmen. Die Grundrechtsbindung orientiert sich somit an der Sache bzw. an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.²⁴⁶ Von der Grundrechtsbindung kann sich der Staat auch nicht dadurch entbinden, indem er die Staatsaufgabe an Private auslagert.²⁴⁷ Auch ausserhalb der Erfüllung von Staatsaufgaben bleibt der Staat nach der überwiegenden Lehre und Rechtsprechung an die Grundrechte gebunden,²⁴⁸ da nach Art. 5 Abs. 1 BV das gesamte staatliche Handeln der Grundrechtsbindung unterliegt.²⁴⁹ Differenziert wird jedoch bezüglich der Intensität der Grundrechtsbindung: Die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung dürfte bei herkömmlichem Verwaltungshandeln strenger sein als bei staatlicher Unternehmenstätigkeit.²⁵⁰

Wie zuvor festgestellt, sind die SBB eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des Bundes, wobei der Bund Alleineigentümer der SBB ist.²⁵¹ Es wurde auch aufgezeigt, dass die SBB verpflichtet sind, die Eisenbahninfrastruktur zu bauen sowie Reisende zu befördern. Zudem sind die SBB mit der Verwaltung der Bahnhöfe betraut, die unmittelbar einer öffentlichen Aufgabe gewidmet sind und deshalb eine öffentliche Sache im engeren Sinne darstellen.²⁵² Die SBB erfüllen deshalb insbesondere durch die

²⁴⁵ HÄSLER, S. 69 f.; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 160; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 N 22; KIENER N 71 f.; zum Begriff des «öffentlichen Unternehmens» siehe detailliert HÄSLER, S. 18 ff.

²⁴⁶ BGE 143 I 37, E. 7.1, Pra 107 (2018) Nr. 2; 129 III 35, E. 5.2; 127 I 84, E. 4c; HÄSLER, S. 82; KIENER N 72; WALDMANN/WIEDERKEHR, 3. Kapitel N 77; HANGARTNER, Grundrechtsbindung, S. 516; zur öffentlichen Aufgabe siehe detailliert RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 153 ff. und HEER, S. 94 ff.

²⁴⁷ KIENER N 73; BIAGGINI, OFK, Art. 35 BV N 13; WALDMANN/WIEDERKEHR, 3. Kapitel N 77; MOECKLI, Politische Werbung, S. 266 f.

²⁴⁸ BGE 139 I 306, E. 3.2.2 bejahte die Grundrechtsbindung der SRG im Werbereich; BIAGGINI, OFK, Art. 35 BV N 11; HANGARTNER, Grundrechtsbindung, S. 516 f.; MOECKLI, Politische Werbung, S. 266; STÖCKLI/JOLLER, S. 483 mit weiteren Nachweisen; nach KIENER N 75 ist die Frage durch das Bundesgericht nicht abschliessend geklärt. Siehe jedoch BGE 129 III 35, E. 5.2, der eine Grundrechtsbindung der Post ausserhalb der Erfüllung von Staatsaufgaben verneint. Kritisch zum Entscheid BIAGGINI, OFK, Art. 35 BV N 11 f.: «Der Bindung unterliegt (...) das gesamte staatliche Handeln, nicht etwa nur die Erfüllung von verpflichtend vorgegebenen Aufgaben. (...) Entgegen BGE 129 III 35 bleibt die Post als staatlich beherrschtes Unternehmen durchgehend an die Grundrechte gebunden, unabhängig von der Art des Postdienstes bzw. Dienstleistungsbereichs. In anderen Bereichen hat das Bundesgericht in diesem Sinne entschieden»; gleich kritisch zum «Post-Urteil» HANGARTNER, Urteilsbesprechung, S. 974: Dies sei ein «isolierter Entscheid, der zur Intention von Art. 35 Abs. 2 BV quer liegt (...). Er sollte daher nicht mehr als Präzedenzfall angerufen werden.»; eine Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen ausserhalb der Wahrnehmung von Staatsaufgaben verneinen HÄSLER, S. 119 ff. und 129; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 11 N 16 f; kritisch zur Durchsetzung der Grundrechtsbindung WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 10. Die vorliegende Arbeit schliesst sich der überwiegenden Lehre an.

²⁴⁹ Siehe etwa BIAGGINI, OFK, Art. 35 BV N 11; STÖCKLI/JOLLER, S. 483.

²⁵⁰ BGE 127 I 84, E. 4c, BIAGGINI, OFK, Art. 35 BV N 12; MOECKLI, Politische Werbung, S. 267.

²⁵¹ Siehe Kapitel 2.1 als auch STÖCKLI/JOLLER, S. 482 f.

²⁵² Vgl. Kapitel 2.3; siehe zudem BGE 138 I 274, E. 1.4 und Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 8.

Verwaltung von öffentlichen Sachen im engeren Sinn eine öffentlichen Aufgabe.²⁵³ Folglich sind die SBB grundsätzlich an die Grundrechte gebunden.²⁵⁴ Dies gilt zumindest beim Personentransport sowie beim vorliegend relevanten Betrieb der Eisenbahninfrastruktur, wozu auch die Publikumsanlagen inkl. Zirkulationsflächen zu zählen sind.²⁵⁵ Selbst wenn die Grundrechtbindung ausserhalb der Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch die SBB verneint würde, wäre die Grundrechtsbindung der SBB somit bei der Verwaltung der Bahnhöfe zu bejahen.²⁵⁶

4 Bahnhöfe

4.1 Einführung

Nachdem bisher das öffentliche Sachenrecht abgebildet wurde, stellt sich nun die Frage, welcher Art von öffentlichen Sachen die Bahnhöfe der SBB zugeordnet werden. Handelt es sich um Finanzvermögen, Verwaltungsvermögen oder um öffentliche Sachen im Gemeingebrauch? Das Finanzvermögen dürfte gleich zu Beginn ausser Betracht fallen, da Bahnhöfe nicht lediglich als Anlage Erträge abwerfen sollen, sondern etwa mit dem Personentransport einer öffentlichen Aufgabe unmittelbar dienen.

Ob es sich jedoch um Verwaltungsvermögen oder um öffentliche Sachen im Gemeingebrauch handelt, dürfte nicht so leicht zu beantworten sein. Entsprechend wird auch das Kapitel zur Qualifikation von Bahnhöfen gegliedert: Zuerst sollen die Argumente der Lehre und Rechtsprechung behandelt werden, die für die Zuordnung der Bahnhöfe zum Verwaltungsvermögen sprechen. Anschliessend werden die Standpunkte erläutert, die für Bahnhöfe als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch plädieren. Um die Qualifikationsfrage zu klären, werden schliesslich die beiden Standpunkte gegeneinander abgewogen und gemeinsam mit eigenen Überlegungen in eine abschliessende Würdigung einbezogen.

Nach der Qualifikation des Bahnhofs sollen die sich aus der Qualifikation ergebenden Konsequenzen aufgezeigt werden: Was bedeutet dies für das anwendbare Recht, für den

²⁵³ Vgl. dazu auch BGE 138 I 274, E. 2.2.1 und zuvor Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 6; bestätigt im Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1; HEER, S. 35; WYSSMANN, S. 55 f.; siehe auch Kapitel 2.3.

²⁵⁴ BGE 138 I 274, E. 2.2.1; Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 8; Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1; BIAGGINI, Urteilsbesprechung, S. 177: Bejaht die Grundrechtsbindung bereits grundsätzlich, da es sich bei den SBB um ein Unternehmen des Bundes handelt; HANGARTNER, Urteilsbesprechung, S. 973 f.; WYSSMANN, S. 56; MOECKLI, Politische Werbung, S. 266 f.

²⁵⁵ Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 8; HOCHSTRASSER/RUSCH N 42.

²⁵⁶ MOECKLI, Politische Werbung, S. 266.

Rechtsschutz sowie für die Nutzung der Bahnhöfe? Kann potenziellen Nutzern in diesen Fällen auch ein bedingter Anspruch zugesprochen werden? Werden allgemeine Ausführungen zum öffentlichen Sachenrecht gemacht, wird grundsätzlich auf das vorangehende Kapitel 3 sowie auf die einschlägigen Quellenangaben verwiesen.

4.2 Art der öffentlichen Sache

Wie oben dargestellt erfüllen die SBB durch die regelmässige Beförderung von Passagieren sowie durch den Bau und den Betrieb der Eisenbahninfrastruktur, so grundsätzlich auch durch den Betrieb von Bahnhöfen, eine öffentliche Aufgabe.²⁵⁷ Die SBB bedienen sich dabei an Sachmitteln, die unmittelbar durch ihren Gebrauchswert der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen. Deshalb sind sie als öffentliche Sachen im engeren Sinn zu klassifizieren. Dies trifft nebst den Fahrzeugen und Zuggleisen auch auf Bahnhöfe zu.²⁵⁸ Ob es sich nun bei Bahnhöfen um Verwaltungsvermögen oder um eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch handelt, wird insbesondere anhand des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-7454/2009 vom 29. März 2011 und des darauffolgenden Bundesgerichtsentscheids 138 I 274 sowie anhand der darauffolgenden Reaktionen in Lehre und Rechtsprechung eruiert. Zudem werden die zuvor entwickelten Kriterien angewendet.

4.2.1 Abgrenzungen

Die Bahnhöfe der SBB weisen eine grosse Variation auf. Während ein Grossteil der Bahnhöfe eher klein sind – auch in Bezug auf das zusätzliche Angebot – weisen gerade grössere Bahnhöfe ein umfangreiches Zusatzangebot auf.²⁵⁹ In dieser Arbeit interessieren diese grösseren Bahnhöfe, da sich gerade bei diesen eine scharfe Trennlinie zwischen Verwaltungsvermögen und Sachen im Gemeingebrauch nur schwer ziehen lässt.²⁶⁰

Weiter untersucht diese Arbeit lediglich die Zirkulationsflächen der Bahnhöfe. Im hier verstandenen Sinn umfassen diese die der Öffentlichkeit zugänglichen Flächen des Bahnhofs, die den Bahnbenutzern als auch der Allgemeinheit gemeinsam zur

²⁵⁷ Vgl. Kapitel 2.3.

²⁵⁸ STÖCKLI/JOLLER, S. 484 f. und 486.

²⁵⁹ Die SBB werben insbesondere mit Apotheken, Restaurants, Take Aways, Convenience Shops, SBB-Services, Geschäften, etc. Zu den grösseren Bahnhöfen zu zählen sind etwa die Hauptbahnhöfe in Zürich, Bern, Basel, Genf und Luzern. Siehe dazu die SBB-Bahnhöfe, <www.sbb.ch> (Bahnhof & Services/Am Bahnhof/Unsere Bahnhöfe), besucht am 6. Mai 2022.

²⁶⁰ Vgl. BGE 138 I 274, E. 2.3.2; STÖCKLI/JOLLER, S. 488.

Benutzung offenstehen. Dies sind die Bahnhofshallen, Unterführungen, Ladenpassagen, Zugänge zu den Gleisen, Perrons und nach der (bundes-)richterlichen Rechtsprechung auch die Bahnhofswände. Nicht dazu zählen die nur dem Dienstpersonal zugänglichen Bereiche wie Werkstätten, Depots, Betriebszentralen, Gleisanlagen oder betriebsfremde Bereiche wie etwa an Private vermietete Geschäftsräumlichkeiten für Läden, Restaurants oder Büros. Schalterhallen und Wartesäle sind ebenfalls nicht zu den Zirkulationsflächen zu zählen.²⁶¹ Zuletzt sind vom Bahnhofareal auch die Flächen abzugrenzen, die als vorgelagerte Unterführungen oder Ladenpassagen zwar mit dem Bahnhof eine Einheit bilden, jedoch nicht unter der Hoheit der SBB stehen, sondern zu den kommunalen Flächen zu zählen sind.²⁶²

4.2.2 Bahnhöfe als Verwaltungsvermögen

4.2.2.1 Qualifikation in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich bereits verschiedentlich zu den Anlagen des öffentlichen Verkehrs geäußert. In einem Urteil zählte das Bundesgericht in allgemeiner Weise Einrichtungen, die dem öffentlichen Verkehr dienen und damit eine öffentliche Aufgabe erfüllen, zum Verwaltungsvermögen. Konkret wies es Fahrzeuge des öffentlichen Verkehrs dem Verwaltungsvermögen zu und grenzte diese explizit vom öffentlichen Grund bzw. von öffentlichen Strassen und Plätzen ab.²⁶³ In einem jüngeren kantonalen Urteil qualifizierte das Gericht einen SBB-Bahnhof mitsamt Gleisanlagen als Verwaltungsvermögen. Die Begründung stützte sich darauf, dass das Grundstück dem Eisenbahnverkehr und dadurch einer öffentlichen Aufgabe dient. Zudem steht das Grundstück unter der Verfügungsgewalt des Staates, weil der Bund Hauptaktionär der SBB ist.²⁶⁴ In einem etwas älteren Bundesgerichtsentscheid wurde ebenfalls ein Bahnhof dem

²⁶¹ Siehe dazu MOSER, S. 172 und 175 ff. Auch die Rechtsprechung befasste sich bislang grösstenteils mit diesem Teil der Bahnhöfe, vgl. etwa BGE 138 I 374, E. 2.3.3 und Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 8.4 und 8.6 sowie Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.2 ff., die sich auch mit den Bahnhofswänden befassen; siehe dazu auch WYSSMANN, S. 53 f., die die Abgrenzung anhand der öffentlichen Zugänglichkeit vornimmt und anders als nach der hier vertretenen Ansicht zu den Publikumsbereichen auch Wartesäle und Billetverkaufsstellen zählt.

²⁶² MOSER, S. 173 ff. zählt diese kommunalen Flächen zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Dies auch wenn diese Flächen zwecks Erschliessung des Bahnhofs für Fussgänger bestehen, deshalb eine engere Zweckbestimmung aufweisen und somit bei der Nutzung schneller die Grenze zum gesteigerten Gemeingebrauch erreicht wird als bei herkömmlichen Wegen und Plätzen; vgl. auch WYSSMANN, S. 53.

²⁶³ BGE 127 I 84, E. 4b.

²⁶⁴ Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 14. Dezember 2015, E. 2. Im Entscheid ging es darum, dass durch die Zuweisung des Bahnhofs zum Verwaltungsvermögen das Grundstück folglich nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden konnte. Verwirrend ist, dass das Gericht in E. 3.1 ausgerechnet Bahnhöfe als Beispiele für öffentliche Sachen im Gemeingebrauch nennt.

Verwaltungsvermögen zugeordnet, da dieser ausschliesslich dem Bahnbetrieb dient und sonst nicht kommerziell genutzt wird.²⁶⁵ Eine Zuordnung wurde im neueren Urteil «SBB-Palästina-Plakat» offengelassen, wobei es zumindest Verwaltungsvermögen im Anstaltsgebrauch sein könne.²⁶⁶

Die SBB postulierten früher, dass es sich bei ihren Bahnhöfen um Verwaltungsvermögen handelt, weshalb diese nur beschränkt mit öffentlichen Strassen und Plätzen vergleichbar seien. Dies wurde damit begründet, dass die Wände nur der Abgrenzung dienen und sie nicht dafür offenstehen, durch jeden beschriftet, bemalt oder beklebt zu werden.²⁶⁷

Vergleichbar mit dem Verkehr auf den Schienen ist der Flugverkehr. Flughafenareale könnten deshalb mit Bahnhöfen verglichen werden. In einem jüngeren Urteil wurde ein Flughafenareal als Verwaltungsvermögen qualifiziert. Flughäfen sind nicht allen frei, gleich und unentgeltlich zugänglich; die Nutzung ist beschränkt. Dies gilt selbst für die dazugehörenden Kurzzeitparkings, da diese den Reisenden offenstehen und damit eine besondere Zweckbestimmung im öffentlichen Interesse aufweisen. Das Bundesgericht zählte in diesem Urteil zudem Bahnhöfe explizit zum Verwaltungsvermögen, wobei lediglich Nuancen betreffend die Geschäftszonen oder Bahnhofswände bestehen würden.²⁶⁸

4.2.2.2 Qualifikation in der Lehre

Bei der Behandlung öffentlicher Sachen im Rahmen des allgemeinen Verwaltungsrechts geht die Lehre häufig nur am Rande auf Bahnhöfe ein und bleibt meistens dabei, auf die Schwierigkeit einer Zuordnung der Bahnhöfe hinzuweisen.²⁶⁹ So findet sich kaum eine Lehrmeinung, die die Zirkulationsflächen von Bahnhöfen im hier verstandenen Sinn

²⁶⁵ BGE 118 Ib 54, E. 2d; beim Stationsareal Arnegg handelt es sich um einen Bahnhof einer kleineren Gemeinde mit ca. 1600 Einwohnern, vgl. dazu <<https://www.stadtgossau.ch/arnegggossau>>, besucht am 6. Mai 2022.

²⁶⁶ BGE 138 I 274, E. 2.3.2.

²⁶⁷ BGE 138 I 274, E. 2.3.1 und vorinstanzliches Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, Sachverhalt lit. H.

²⁶⁸ BGE 143 I 37, E. 6.1 ff., Pra 107 (2018) Nr. 2 verweist zu Nuancen bei Bahnhöfen auf BGE 138 I 274, E. 2.3.2; vgl. jedoch auch das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 2011, 1 BvR 699/06 N 72, das den Publikumsbereich des Flughafens Frankfurt a.M. als allgemein zugängliche öffentliche Foren und deshalb für Versammlungen offenstehende Verkehrsflächen beurteilte.

²⁶⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 16; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 32 N 2208b; insbesondere befassen sich auch STÖCKLI/JOLLER, S. 486 ff. eingehend mit der Kategorisierung von Anlagen öffentlicher Verkehrsbetriebe. Ihre Ausführungen gehen jedoch nicht über eine kurze Aufarbeitung der Praxis und Lehre hinaus. Während sie auf die Problematik hinweisen, lassen sie die Gelegenheit ungenutzt, eigene Überlegungen anzustellen und eine eigene Haltung einzunehmen.

ausdrücklich dem Verwaltungsvermögen zugeordnet.²⁷⁰ Wie bereits unter den Abgrenzungen thematisiert, werden geschlossene Bereiche der Bahnhöfe von den Zirkulationsflächen abgegrenzt. So stellen die bereits genannten Werkstätten, Depots, Betriebszentralen und Gleisanlagen klarerweise keine öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch dar, sondern sind dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen.²⁷¹ Gleiches gilt für allgemeine Büroräumlichkeiten des Bahnpersonals²⁷² als auch für die Schalter- und Beratungsbereiche, Wartesäle und insbesondere die Eisenbahnwagen, da die letztgenannten drei ausschliesslich für die Bahnkunden bestimmt sind.²⁷³ Etwas unklarer ist die Sachlage bei an Private vermieteten Geschäftslokalen wie Läden und Restaurants. Diese sind nicht frei zugänglich²⁷⁴ und sind deshalb vermutlich dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen, da diese eine mit dem Betrieb eines Bahnhofs in Verbindung stehende öffentliche Aufgabe darstellen.²⁷⁵

4.2.3 Bahnhöfe als öffentliche Sache im Gemeingebrauch

4.2.3.1 Qualifikation in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung ist das zentrale Urteil «SBB-Palästina-Plakat» veranschaulichend für die Schwierigkeit der Qualifikation der Zirkulationsflächen von Bahnhöfen innerhalb der öffentlichen Sachen im engeren Sinn, da diese Frage ausdrücklich offengelassen wurde. Das Bundesgericht wies in seiner Entscheidung lediglich darauf hin, dass

²⁷⁰ Siehe jedoch WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 14 mit der Begründung, dass diese einem beschränkten Nutzerkreis offenstehen würden.

²⁷¹ MOSER, S. 176; MATHIS N 24; siehe zudem der Entscheid der REKO UVEK vom 17. Oktober 2000, VBP 65.63, E. 5.4, wo Bahnhöfe ebenfalls als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch qualifiziert werden mit Ausnahme der nur dem Dienstpersonal zugänglichen Bereiche.

²⁷² WYSSMANN, S. 53.

²⁷³ MOSER, S. 176 f.; siehe dazu die «Regelung für die Benutzung der öffentlichen Bereiche des Areals der SBB» vom 6. Juni 2017, <www.sbb.ch> (Bahnhof & Services/Am Bahnhof/Unsere Bahnhöfe), besucht am 6. Mai 2022 (nachfolgend «Benutzungsregelung»). Unter der in Ziff. 2.2 enthaltenen «Bahnhofordnung» sieht Art. 8 ausdrücklich vor, dass der unberechtigte Aufenthalt in Wartesälen nicht gestattet ist. Berechtigt sind Reisende mit gültigem Fahrausweis oder deren Begleiter. Wartesäle sind deshalb nach hier vertretener Ansicht nicht frei zugänglich, sondern den Bahnkunden und damit einem beschränkten Benutzerkreis vorbehalten; anders sieht dies WYSSMANN, S. 54, die Wartesäle dem Publikumsbereich zuordnet; gleich auch MATHIS N 25.

²⁷⁴ WYSSMANN, S. 53; MOSER, S. 176.

²⁷⁵ BGE 138 I 274, E. 2.3.2; bestätigt im Urteil des BVGer A-4862/2014 vom 3. Juni 2015, E. 6.2, im Urteil selbst jedoch offengelassen; detailliert auch JAAG, S. 149 f., der dabei Finanzvermögen explizit verneint und diese Geschäfte zum Verwaltungsvermögen zählt; gleich auch HEER, S. 71; vgl. zudem WIEDERKEHR/RICHLI, § 8 Öffentliche Sachen N 58 und 61. Die beiden letzten Meinungen zählen Geschäftslokale in Bahnhöfen zum Verwaltungsvermögen im Einzelgebrauch; MOSER, S. 176 f. lässt eine Zuordnung zum Finanz- oder Verwaltungsvermögen ausdrücklich offen. Der von ihm zitierte Art. 39 EBG normiert Nebenbetriebe auf dem Bahnhofgebiet, die «auf die Bedürfnisse der Bahnkundschaft ausgerichtet sind». Insofern sind diese Dienstleistungen mit dem Betrieb des Bahnhofs als öffentliche Aufgabe verbunden und deshalb – da nach WYSSMANN, S. 53 nicht frei zugänglich – zum Verwaltungsvermögen zu zählen.

selbst bei der Zuweisung der zur Zirkulationsfläche gehörenden Bahnhofswand zum Verwaltungsvermögen (im Anstaltsgebrauch) diese Fläche *«einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch sehr nahekommt»*. Durch die mit der Bahnreform angestrebten *«City in the City»* (zu Deutsch: *«Stadt in der Stadt»*) und der Befriedigung ähnlicher Bedürfnisse wie in einer Fussgängerzone seien diese beiden Arten von öffentlichen Sachen im engeren Sinn fast identisch und würden sich lediglich aufgrund des Benutzerkreises unterscheiden.²⁷⁶ An anderer Stelle verwies das Bundesgericht darauf, dass Bahnhöfe als öffentliche Sache im engeren Sinn der unmittelbaren Erfüllung der Verwaltungsaufgabe des öffentlichen Verkehrs gewidmet sind.²⁷⁷ Das Urteil wurde in der Lehre gemischt aufgenommen. Es wurde etwa bemerkt, dass das Urteil den Entscheid der Vorinstanz grundsätzlich zwar bestätigt hat²⁷⁸ und ihm im Ergebnis zugestimmt werden kann.²⁷⁹ Was jedoch bedauert wird, ist, dass das Bundesgericht aufgrund seiner grundrechtsbezogenen Argumentationsweise die verwaltungsrechtliche Dimension des Falles in den Hintergrund stellt.²⁸⁰

Das Bundesverwaltungsgericht als Vorinstanz zählte hingegen die Bahnhofswand bzw. Zirkulationsflächen zu den Publikumsanlagen. Diese dienen unmittelbar dem Bahnbetrieb als Zugang zu den Geleisen, führen jedoch auch übriges Publikum *«von A nach B»*. Die Publikumsanlagen sind primär für die Reisenden gedacht. Gleichzeitig dürfen sich dort alle aufhalten; sie sind frei zugänglich, stehen somit der Allgemeinheit zur Benutzung offen und dienen in ihrer Gesamtheit unmittelbar einer staatlichen Aufgabe. Deshalb klassifizierte das Bundesverwaltungsgericht diese klar als öffentliche Sache im Gemeingebrauch mit besonderer Zweckbestimmung.²⁸¹ Noch im gleichen Jahr wurden zwei politische Aktionen auf in Privateigentum stehenden Bahnhofarealen durch das

²⁷⁶ BGE 138 I 274, E. 2.3.2 f., wie bei einer Fussgängerzone bieten Bahnhöfe Treffpunkte, Kommunikationszonen, Einkaufsmöglichkeiten und Fast-Food-Imbissecken sowie Restaurants und werden allgemein auch zum Flanieren genutzt.

²⁷⁷ BGE 138 I 274, E. 1.4.

²⁷⁸ BIAGGINI, Urteilsbesprechung, S. 176; vgl. auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, SU150113-O/U/cs vom 15. November 2016, E. 5.2.

²⁷⁹ BIAGGINI, Urteilsbesprechung, S. 176.

²⁸⁰ BIAGGINI, Urteilsbesprechung, S. 178 f., zeigt dafür auch etwas Verständnis, da die *«nicht sonderlich entwickelte verwaltungs- und verfassungsrechtliche Dogmatik (...) bisher noch keine umfassende Orientierungshilfe»* bietet; siehe auch LOUIS/SCHINDLER, S. 801.

²⁸¹ Urteil des BVer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 8.6.3 f.; das Bundesverwaltungsgericht stützt sich bei seinem Entscheid mithin auf den Entscheid der REKO UVEK vom 17. Oktober 2000, VBP 65.63, E. 5.4; dass das Bundesgericht mit dem BGE 138 I 274 diesen Entscheid grundsätzlich schützte, wird so auch im Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, SU150113-O/U/cs vom 15. November 2016, E. 5.2 festgestellt.

Bundesamt für Verkehr zugelassen, da es die beiden Bahnhofareale als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch qualifizierte.²⁸²

Als Reaktion auf das Urteil des Bundesgerichts 138 I 274 «SBB-Palästina-Plakat» kommunizierten die SBB, dass durch die Bestätigung des vorangegangenen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts Rechtssicherheit geschaffen worden sei. Die SBB-Bahnhofareale würden damit als öffentlicher Raum gelten.²⁸³ In einer späteren Medienmitteilung teilen die SBB im Zusammenhang mit der Entfernung eines Hakenkreuz-Plakates mit, dass es sich mit Verweis auf eben diesen Bundesgerichtsentscheid bei öffentlichen Flächen in Bahnhöfen um öffentlichen Raum handelt.²⁸⁴

Auch in der Benutzungsregelung der SBB finden sich verschiedene Hinweise, wie die SBB ihre Zirkulationsflächen nun offiziell klassifizieren. Die Benutzungsregelung gilt nach Ziff. 1.1 nicht nur für Reisende und Kunden, sondern auch für Passanten. Zudem sind die öffentlichen Bereiche des Bahnareals nach Ziff. 1.2 diejenigen, die öffentlich zugänglich sind. Weiter sieht die Benutzungsregelung unter Ziff. 2.1 vor, dass die öffentlichen Bereiche des Areals grundsätzlich jedem für die bestimmungsgemässe Nutzung offen stehen. Bestimmungsgemäss ist die Nutzung nach Ziff. 2.1 lit. e unter Einhaltung der gesetzlichen Schranken sowie unter Beachtung der Bahnhofsordnung nach Ziff. 2.2; nicht gestattet sind etwa das Sitzen und Liegen auf dem Boden oder Treppen, das Fahren mit Fahrzeugen aller Art oder das Rauchen in den Nichtraucherzonen. Wird dies eingehalten, stehen die öffentlichen Bereiche des Bahnareals der SBB ausdrücklich jedem zur Nutzung offen. Auch die Nutzung der Wartesäle ist in der Bahnhofsordnung geregelt; weshalb diese zum Verwaltungsvermögen zu zählen sind, ist auf obenstehende Ausführungen zu verweisen. Erwähnenswert ist zudem Art. 9 der Bahnhofsordnung, der nach einer Aufzählung nicht gestatteter Tätigkeiten auf dem Bahnhofareal ausdrücklich «*übrige Tätigkeiten des gesteigerten Gemeingebrauchs ohne Bewilligung*» verbietet.

²⁸² Verfügung 042/2011-10-27/332 des Bundesamtes für Verkehr vom 23. November 2011, E. A, B.1, B.4, B.7, zitiert nach MOECKLI, Politische Werbung, S. 265 und 275, wobei das Bundesamt diese Qualifikation nicht begründet hat, da diese von den Bahnunternehmen nicht bestritten wurde.

²⁸³ Medienmitteilung der SBB vom 13. Juli 2012, <<https://company.sbb.ch/de/medien/medienstelle/medienmitteilungen/detail.html/2012/7/1307-2>>, besucht am 2. Mai 2022; zum «öffentlichen Raum» vgl. WYSSMANN, S. 39 ff. Die neuere Handhabung der SBB stimmt somit mit der Darstellung von WYSSMANN überein, die insbesondere auf S. 43 Bahnhöfe als öffentliche Räume nennt. Dies da Bahnhöfe einen öffentlichen Zweck aufweisen und – im Gegensatz z.B. zu einem Gefängnis – frei zugänglich sind.

²⁸⁴ Medienmitteilung der SBB vom 24. Februar 2016, <https://company.sbb.ch/de/medien/medienstelle/medienmitteilungen/detail.html/2016/2/2402-2>, besucht am 2. Mai 2022.

Diese öffentlich kommunizierte Haltung scheinen die SBB auch in einem jüngeren Urteil zu vertreten. In diesem Urteil ging es wiederum um Plakatwerbeflächen an Bahnhofswänden. Die SBB erwähnen zwar, dass die Werbeflächen «*weder Sachen im Gemeingebrauch noch öffentlichen Grund*» bilden würden. Die SBB begründen dies jedoch damit, dass die «*Werbeflächen keine öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch mehr seien*», sondern dass die kommerziellen Werbeflächen bereits zuvor als Finanzvermögen ausgeschieden und damit entwidmet wurden. M.a.W. hätten die Bahnhofswände zuvor Sachen im Gemeingebrauch gebildet, wurden anschliessend jedoch entwidmet und ins Finanzvermögen überführt.²⁸⁵

Dieser Ansicht der SBB widersprach das Bundesverwaltungsgericht: «*Dass die Werbeflächen isoliert davon in frei realisierbares Finanzvermögen überführt worden seien, vermag nicht zu überzeugen.*» Die Nutzung der Flächen zur Fremdwerbung sei keine Entwidmung bzw. Umwandlung in Finanzvermögen, sondern entspreche einer Randnutzung einer öffentlichen Sache im engeren Sinne. Entsprechend handle es sich nicht um eine Nebenbetriebsfläche nach Art. 39 EBG, sondern um eine ausserordentliche Nebennutzung nach Art. 18b EBG. Während das Bundesverwaltungsgericht darauf hinweist, dass zwischen den verschiedenen Arten öffentlicher Sachen sowie deren Nutzungsarten zu unterscheiden sei, unterlässt es das Gericht, nebst der Qualifikation als öffentliche Sache im engeren Sinn selbst eine vertiefte Qualifikation vorzunehmen. Insofern liefert das Bundesverwaltungsgericht in dieser Entscheidung höchstens einige Hinweise.²⁸⁶

So bestätigt das Bundesverwaltungsgericht die bisherige Rechtsprechung, wonach die Bahnhofswände als Begrenzungen Bestandteil der Zirkulationsflächen bilden. Ihre Widmung und damit ordentliche Nutzung liegt darin, wie ein Trichter als Scharnier zwischen dem öffentlichen Raum ausserhalb des Bahnhofs und den Zügen zu dienen.²⁸⁷ Im Vordergrund steht die primäre Nutzung der Bahnhofswände im Interesse des öffentlichen Bahnverkehrs. Sodann stellt das Bundesverwaltungsgericht aber fest, dass die Anlagen und Wände der Allgemeinheit zur Benutzung offenstehen. Die in diesem Fall zu beurteilende Nutzung geht über den gesteigerten Gemeingebrauch hinaus und wird

²⁸⁵ Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.3.

²⁸⁶ Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

²⁸⁷ Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.2; bestätigt damit BGE 138 I 274, E. 2.3.3.

durch Art. 18b PBG besonders geregelt.²⁸⁸ Während also die Anlagen und Wände einerseits der Allgemeinheit zur Benutzung offenstehen, was auf eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch hindeutet, dienen diese wiederum vorwiegend und unmittelbar der Verwaltungsaufgabe des öffentlichen Verkehrs, was auf Verwaltungsvermögen hindeutet. Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts gehen insofern nicht darüber hinaus, die Schwierigkeit der Qualifikation der Bahnhof-Zirkulationsflächen zu verdeutlichen. In der Tendenz könnte – da jedoch nicht ausdrücklich festgehalten nur zurückhaltend – eine Qualifikation der Zirkulationsflächen in Bahnhöfen als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch erkannt werden.

Zudem spricht das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf Bahnhöfe vom öffentlichen Grund oder Raum.²⁸⁹ Diesen Begriff verwendete das Bundesgericht bereits in einem älteren Entscheid, als es feststellte, dass die Bahnhofshalle Bern einen öffentlichen Raum darstellt. Es handle sich jedoch «*nicht um einen beliebigen öffentlichen Raum*»; die Zugänge zum Bahnhof und die Durchgänge zu den Geleisen und Bahnhöfeinrichtungen weisen eine spezifische Zweckausrichtung auf.²⁹⁰

4.2.3.2 Qualifikation in der Lehre

Die letzten Ausführungen zur Rechtsprechung beziehen sich auf Bahnhöfe als öffentliche Räume bzw. öffentlicher Grund. Öffentliche Räume sind frei zugänglich und dienen ihrer Widmung entsprechend einer öffentlichen Aufgabe.²⁹¹ Die freie Zugänglichkeit für die Allgemeinheit ist entscheidendes Kriterium für die Qualifizierung einer Sache als öffentlicher Grund. Der öffentliche Grund gehört zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch.²⁹² Zur Zuordnung der Zirkulationsflächen in Bahnhöfen zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch genügt es jedoch nicht, dass diese der Allgemeinheit

²⁸⁸ Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5; Art. 18b PBG sieht für Nebennutzungen an Anlagen vor, dass die Unternehmungen eine Bewilligung verlangen können, wenn die Nebennutzung gesteigerten Gemeingebrauch darstellt. Dadurch, dass das Bundesverwaltungsgericht die vorliegende Nutzung ausdrücklich als intensiver als gesteigerten Gemeingebrauch beurteilt, müsste das zugrundeliegende Objekt auch eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch darstellen.

²⁸⁹ Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.6.

²⁹⁰ BGE 132 I 49, E. 7.2.

²⁹¹ Siehe zu «öffentlichen Räumen» detailliert WYSSMANN, S. 39 ff. Als eigentliche öffentliche Räume, die also einen öffentlichen Zweck aufweisen und frei zugänglich sind, nennt die Autorin als Beispiel Bahnhöfe.

²⁹² MOECKLI, Politische Werbung, S. 265; SCHMID/UHLMANN, S. 343, die Tramhaltestellen zum öffentlichen Grund bzw. Sachen im Gemeingebrauch zählen, da diese einer unbestimmten Anzahl von Personen zur Nutzung offenstehen und zwischen öffentlichen Strassen, Plätzen und Tramhaltestellen keine klare Trennlinie besteht.

als Verkehrswege für Fussgänger rein faktisch offenstehen.²⁹³ Vielmehr muss ein öffentlich-rechtlicher Widmungsakt die Nutzung der Sache durch die Allgemeinheit für einen bestimmten Zweck vorsehen und diese damit zu einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch machen. Dies setzt ein hoheitsberechtigtes und verfügungskompetentes Gemeinwesen voraus.²⁹⁴

In Erfüllung öffentlicher Aufgaben nehmen die SBB diese Rolle wahr.²⁹⁵ Anders als Plätze und Strasse weisen die Zirkulationsflächen im Bahnhofareal einen engeren Zweck auf. Primär sollen sie den ungehinderten Zugang zu den Zügen als auch zu den im Bahnhof untergebrachten Einrichtungen sicherstellen.²⁹⁶ Die Zirkulationsflächen dienen auch dem Aufenthalt und bieten dazu ein breites Angebot an Dienstleistungen. Sie dienen insbesondere auch der Fortbewegung zu Fuss, etwa als «*innerstädtische Wegverbindung*».²⁹⁷ Die freie Zugänglichkeit ist «*nicht nur gewünscht, sondern geradezu erforderlich*» zwecks Nutzung der Bahnhöfe als Geschäftsstandorte. So bewerben die SBB selber ihre Bahnhöfe als urbane Treffpunkte²⁹⁸ mit breitem Angebot und preisen etwa den Bahnhof Bern als «*das Begegnungszentrum der Stadt und Drehscheibe des öffentlichen Verkehrs*» an.²⁹⁹

Unter diesen Gesichtspunkten sind die Zirkulationsflächen – so auch nach der wohl herrschenden Lehre – zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zu zählen.³⁰⁰

²⁹³ MOSER, S. 180; siehe jedoch SCHMID/UHLMANN, S. 343 zu Tramhaltestellen: «*Entscheidend ist, dass Tramhaltestellen traditions- und naturgemäss als öffentliche Foren wahrgenommen und rechtlich als solche behandelt werden*».

²⁹⁴ MOSER, S. 181 f.; MOECKLI, Politische Werbung, S. 265; zur Form des Widmungsaktes vgl. Kapitel 3.5.1: Die Widmung kann auch formlos, selbst durch widerspruchlosen Gebrauch, oder stillschweigend durch Gebrauch seit unvordenklicher Zeit erfolgen.

²⁹⁵ BGE 138 I 274, E. 1.4; vgl. dazu ausführlich MOSER, S. 185 ff.: Demnach sind die SBB Hoheitsträgerin, da sie etwa nach Art. 19 EBG Sicherheitsvorkehrungen treffen müssen, nach Art. 39 EBG befugt sind, Nebenbetriebe zu kommerziellen Zwecken einzurichten, nach Art. 23 EBG Benützungsvorschriften für ihre Anlagen erlassen können und zudem zur Ausübung der Bahnpolizei berechtigt und verpflichtet sind. Aus diesen Rechtsnormen lässt sich ableiten, dass den Bahnunternehmungen bzw. den SBB die Kompetenz zukommt, die Benutzung der Zirkulationsflächen im Bahnhofareal zu regeln. Siehe dazu auch WYSSMANN, S. 51 f.; JAAG, S. 149 f.

²⁹⁶ MOSER, S. 178 f.

²⁹⁷ MOSER, S. 178 ff. angebotene Dienstleistungen wie etwa Kioske, Ladengeschäfte, Restaurants, Toiletten, daneben dienen sie als Informationszentrum sowie als Standort für Notärzte, Polizei, Poststellen, Abstimmungslokale, etc.

²⁹⁸ WYSSMANN, S. 54.

²⁹⁹ Anzahl «*Geschäfte und Services*» etwa im Bahnhof Zürich ca. 190, in Bern knapp 100 und in Basel gut 50, siehe «*Willkommen in unseren Bahnhöfen*», <www.sbb.ch>, (Bahnhof & Services/Am Bahnhof/Unsere Bahnhöfe), besucht am 9. Mai 2022.

³⁰⁰ MOSER, S. 179; JAAG, S. 147 f.; MOECKLI, Politische Werbung, S. 265 zählt zum öffentlich zugänglichen Teil von Bahnhöfen Bahnhofshallen, Unterführungen, Ladenpassagen und Perrons; STÖCKLI/JOLLER, S. 488 scheinen sich der überwiegenden Lehre anzuschliessen; ähnlich auch

4.2.4 Würdigung

Während also das Bundesgericht mit dem Entscheid zum «SBB-Palästina-Plakat» als auch ein neueres Urteil des Bundesverwaltungsgerichts die Zuordnung der Zirkulationsflächen in Bahnhöfen innerhalb der öffentlichen Sachen im engeren Sinn offengelassen haben,³⁰¹ klassifizierte das Bundesverwaltungsgericht diese zuvor im Entscheid «SBB-Palästina-Plakat» als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch.³⁰² Kleinere Bahnhöfe wurden wiederum dem Verwaltungsvermögen zugeordnet.³⁰³ Während bei der (bundes-) richterlichen Rechtsprechung kein klares Bild gezeichnet werden kann, wird in der Lehre eine klare Tendenz erkannt, wonach die Zirkulationsflächen den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zugeordnet werden. Geschlossene Bereiche werden wiederum zum Verwaltungsvermögen gezählt.³⁰⁴

Bei der Rekapitulation der Theorie von Kapitel 3 kann festgehalten werden, dass das Verwaltungsvermögen als auch die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch dem Staat unmittelbar bei der Erfüllung seiner Aufgaben dienen. Als Abgrenzungskriterium dient dabei der Benutzerkreis: Dieser ist beim Verwaltungsvermögen beschränkt, bei den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch entsprechend dem Zweck offen. Das Verwaltungsvermögen kann auch einem breiten Publikum offenstehen. Dabei ist etwa an Museen, Schwimmbäder oder insbesondere an öffentliche Transportmittel zu denken. Hier ist regelmässig eine vorgängige Zulassung erforderlich, die als Bedingung etwa eine Nutzungsgebühr erfordert.³⁰⁵

WYSSMANN, S. 54; MATHIS N 25 ff.; anders jedoch WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 14; offengelassen bei TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 16; interessanterweise haben HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN in ihrer 7. Auflage unter § 32 N 2227 Bahnhöfe ausdrücklich zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gezählt, während sie in der aktuellen 8. Auflage unter § 32 N 2227 gleich wie TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER die Frage offenlassen, aber immerhin unter den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch thematisieren. In der 8. Auflage kam der Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018 dazu. Inwiefern dieser Entscheid für den Gesinnungswandel ausschlaggebend war, ist nicht ersichtlich, da die Qualifikation der Zirkulationsflächen auch da offengelassen wurde.

³⁰¹ BGE 138 I 274, E. 2.3.2; Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3; vgl. jedoch BGE 132 I 49, E. 7.2, der zumindest vom öffentlichen Raum spricht.

³⁰² Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 8.6; grundsätzlich bestätigt durch BGE 138 I 274.

³⁰³ BGE 118 Ib 54, E. 2d; Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 14. Dezember 2015, E. 2; siehe jedoch betreffend zwei kleineren, privaten Bahnhöfen Verfügung 042/2011-10-27/332 des Bundesamtes für Verkehr vom 23. November 2011, E. A, B.1, B.4, B.7, zitiert nach MOECKLI, Politische Werbung, S. 265 und 275.

³⁰⁴ Siehe Lehrmeinungen im Kapitel 4.2.2.2 und 4.2.3.2.

³⁰⁵ MOECKLI, Politische Werbung, S. 265.

Es ist jedoch nicht so, dass die Zirkulationsflächen von Grossbahnhöfen Verwaltungsvermögen darstellen, die nur mittels Zulassung betretbar sind, wie dies häufig in ausländischen Bahnhöfen oder U-Bahnstationen anzutreffen ist. Bahnhöfe dienen zwar primär den Bahnbenutzern als Zu- oder Abgang der Gleise bzw. Züge. Es wurde jedoch auch aufgezeigt, dass die Zirkulationsflächen in Bahnhöfen von einem breiteren Publikum genutzt werden. Dies nicht nur deshalb, weil Bahnhöfe der Allgemeinheit rein faktisch offenstehen; die SBB propagieren ihre Bahnhöfe selbst etwa als «*das Begegnungszentrum der Stadt*»³⁰⁶ oder zum «*flanieren, shoppen und geniessen*».³⁰⁷ Dass grössere SBB-Bahnhöfe in einer Art und Weise bzw. Intensität dem Bahnverkehr dienen würden, weshalb diese aufgrund des beschränkten Benutzerkreises (nur Bahnbenutzer) dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen wären, ist zu einseitig und nicht mit den durch die SBB beworbenen Tatsachen zu vereinbaren.³⁰⁸ Wie oben dargestellt, klassifizieren die SBB zudem mittlerweile selbst ihre Zirkulationsflächen in Bahnhöfen als öffentliche Räume bzw. als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch.³⁰⁹ Kleinere Bahnhöfe als auch die Züge der SBB, die lediglich dem Zugverkehr dienen, können jedoch zum Verwaltungsvermögen gezählt werden.³¹⁰ Ebenso verdient die Ansicht Zustimmung, wonach geschlossene bzw. nur dem Bahnpersonal zugängliche Bereiche Verwaltungsvermögen darstellen.³¹¹

³⁰⁶ «Bahnhof Bern – herzlich willkommen», <www.sbb.ch>, (Bahnhof & Services/Am Bahnhof/Unsere Bahnhöfe/Bahnhof Bern), besucht am 10. Mai 2022.

³⁰⁷ Vgl. etwa «Bahnhof Winterthur – herzlich willkommen», <www.sbb.ch>, (Bahnhof & Services/Am Bahnhof/Unsere Bahnhöfe/Bahnhof Winterthur), besucht am 10. Mai 2022; «Bahnhof Lausanne – herzlich willkommen», <www.sbb.ch>, (Bahnhof & Services/Am Bahnhof/Unsere Bahnhöfe/Bahnhof Lausanne), besucht am 10. Mai 2022.

³⁰⁸ So setzen sich die SBB in ihrer «Strategie SBB 2030», S. 9 Ziff. 4 selbst zum Ziel, «*Bahnhöfe und deren Umfeld zu lebendigen Stadtquartieren zu entwickeln und einen attraktiven Zugang zur Bahn sicherzustellen*»; siehe auch LOUIS/SCHINDLER, S. 805: «*Eine Widmung als öffentliche Sache drängt sich heute vor allem dort auf, wo neu geschaffene Zentren mit Flaniermeilen, Einkaufsläden, Restaurants, Kinos, Fitnesscentern, Erlebnisbädern etc. eine öffentliche Forumsfunktion (Stichwort "City in the City") übernehmen und hiermit traditionelle Begegnungs- und Kommunikationszonen wie Strassen und Plätze in Dörfern oder Innenstädten konkurrenzieren oder gar ablösen*».

³⁰⁹ Vgl. Kapitel 4.2.3.1 mit Hinweisen in der Benutzungsregelung, den Medienmitteilungen als auch in Gerichtsfällen, anders noch in BGE 138 I 274, E. 2.3.1.

³¹⁰ Vgl. zu kleineren Bahnhöfen BGE 118 Ib 54, E. 2d zum Bahnhof Arnegg sowie Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 14. Dezember 2015, E. 2; zu Fahrzeugen öffentlicher Verkehrsbetriebe BGE 127 I 84, E. 4b. Insofern kann diesen Entscheiden hinsichtlich der Qualifikation der öffentlichen Sachen zugestimmt werden. Nach hier vertretener Ansicht sind auch Wartesäle zum Verwaltungsvermögen zu zählen, da die Bahnhofordnung der SBB in Art. 8 diese für Fahrgäste vorbehalten hat (vgl. dazu oben Kapitel 4.2.2.2).

³¹¹ MOSER, S. 176; WYSSMANN, S. 53; MOECKLI, Politische Werbung, S. 265; MATHIS N 24; Entscheid der REKO UVEK vom 17. Oktober 2000, VBP 65.63, E. 5.4.

Auch der direkte Vergleich von Bahnhöfen mit Flughäfen geht fehl. Zwar sind beide als Anlagen des öffentlichen Verkehrs darauf ausgerichtet, ihre Passagiere und damit einen beschränkten Benutzerkreis zu den jeweiligen Zügen bzw. Flugzeugen zu manövrieren. Allerdings wird die öffentliche Zugänglichkeit in Flughäfen bereits früh durch nur mit einem Flugticket passierbare Schranken verhindert. Zudem befinden sich Flughäfen häufig ausserhalb der Städte. Flughäfen können deshalb weniger als «*Begegnungszentrum*» in der Stadt zum «*flanieren, shoppen und geniessen*» vermarktet werden und sind zudem auch grundsätzlich nicht als «*innerstädtische Wegverbindung*» nutzbar; mithin sprechen die beiden Objekte eher unterschiedliche Benutzerkreise an (bei Bahnhöfen offene, bei Flughäfen beschränkte).³¹² Richtigerweise werden deshalb Flughäfen – anders als Bahnhöfe – eher als Verwaltungsvermögen qualifiziert.³¹³

4.2.5 Anwendbares Recht

Unter anderem hat die Qualifikation von Bahnhöfen als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch Auswirkungen auf das Recht, das auf das Nutzungsverhältnis zwischen SBB und Nutzer angewendet wird. Nach der Behandlung des anwendbaren Rechts werden die sich daraus ergebenden Konsequenzen aufgezeigt.

Wie oben³¹⁴ thematisiert, gilt für das anwendbare Recht die dualistische Theorie. Das Privatrecht regelt demnach etwa Begriff und Inhalt des Eigentums an öffentlichen Sachen oder die Begründung und Übertragung dieser Rechte. Das öffentliche Recht regelt hingegen die Verfügungsmacht sowie die Zweckbestimmung von öffentlichen Sachen. So unterliegen das Nutzungsverhältnis als auch die Abgaben für die Benutzung von öffentlichen Sachen dem öffentlichen Recht. Nuancen bestehen etwa bei der ausserordentlichen oder der Sondernutzung von Verwaltungsvermögen. Da diese Nutzungsformen nicht mehr der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen, können sie dem Privatrecht unterstellt werden. Bei den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ist jedoch immer das öffentliche Recht anwendbar.

Die SBB sind Trägerin der Sachherrschaft über ihr Bahnhofareal. Dadurch, dass Bahnhöfe bzw. deren Zirkulationsflächen grundsätzlich als öffentliche Sachen im

³¹² Siehe jedoch etwa die Entwicklung am Flughafen Zürich mit «The Circle», wonach der «*Flughafen immer mehr zu einem städtischen Zentrum*» werde, <<https://www.thecircle.ch/de/node/230>>, besucht am 14. Mai 2022.

³¹³ Zur Qualifikation vgl. BGE 143 I 37, E. 6.1 ff., Pra 107 (2018) Nr. 2 sowie die Ausführungen im Kapitel 4.2.2.1.

³¹⁴ Siehe Kapitel 3.4.2 und 3.5.2.

Gemeingebrauch qualifiziert werden, ist auf das Verhältnis zwischen den SBB als Trägerin der Sachherrschaft und den Benutzern der Zirkulationsflächen öffentliches Recht anwendbar.³¹⁵ So wird auch die bereits zuvor zitierte Bahnhofsordnung³¹⁶ als öffentlich-rechtliche Regelung qualifiziert.³¹⁷ Begründet wird dies anhand der Funktionstheorie: Danach gehört eine Norm zum öffentlichen Recht, wenn diese unmittelbar der Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch das Gemeinwesen dient.³¹⁸ Dadurch, dass die SBB insbesondere auch mit der Verwaltung ihrer Bahnhöfe eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen, ist die Bahnhofsordnung eine öffentlich-rechtliche Regelung.³¹⁹

Etwas anders sieht die Sachlage bei den Bereichen aus, die zuvor als Verwaltungsvermögen qualifiziert wurden.³²⁰ Das Nutzungsverhältnis unterliegt demzufolge grundsätzlich dem öffentlichen Recht, ausser ein Spezialgesetz hat eine Rechtsbeziehung dem Privatrecht unterstellt oder es liegt eine ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen vor. So untersteht etwa nach Art. 56 PBG der Beförderungsvertrag zwischen dem Passagier und den SBB bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten dem Privatrecht.³²¹ Gleiches gilt bei der Vermietung von Geschäftsräumlichkeiten im Bahnhofareal.³²² Bei einer ausserordentlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen der SBB ist etwa an Werbung an oder in Zügen zu denken; hier wäre ebenfalls Privatrecht anzuwenden.³²³

4.2.6 Rechtsschutz

Die Konsequenzen des anwendbaren Rechts sind vielseitig.³²⁴ Ob es sich um öffentliches Recht oder Privatrecht handelt, hat etwa Auswirkungen auf den Rechtsschutz. Bei Streitigkeiten, die dem Privatrecht unterliegen, ist das Zivilprozessrecht anwendbar. Auf

³¹⁵ Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 1.1.2; siehe auch Entscheid der REKO UVEK vom 17. Oktober 2000, in: VPB 2001 Nr. 63, E. 5.4; MOSER, S. 184 ff.

³¹⁶ Siehe Kapitel 4.2.3.1.

³¹⁷ Siehe etwa WYSSMANN, S. 55.

³¹⁸ BGE 138 I 274, E. 1.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 4; HÄSLER, S. 108 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 1. Kapitel N 30 f.

³¹⁹ BGE 138 I 274, E. 1.4: Die Verfügungsmacht und die die Nutzungsmöglichkeit regelnde Zweckbestimmung unterliegt dem öffentlichen Recht, bestätigt im Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1; WYSSMANN, S. 55; siehe zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben Kapitel 2.3.

³²⁰ Siehe Kapitel 4.2.2.2, also etwa bei Büroräumlichkeiten des Bahnpersonals, Depots, Gleisanlagen, Wartesäle, Züge oder Geschäftslokale wie Läden und Restaurants.

³²¹ BGE 136 II 457, E. 2.2, bestätigt im Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1; HOCHSTRASSER/RUSCH N 19 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 16; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 13; WYSSMANN, S. 55; STÜCKELBERGER/HALDIMANN, S. 308.

³²² Urteil des BVGer A-4862/2014 vom 3. Juni 2015, E. 6.4, bestätigt im Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1; MOSER, S. 191 mit Verweis auf Art. 39 EBG.

³²³ Vgl. etwa BGE 127 I 84, E. 4.

³²⁴ BGE 138 I 274, E. 1.2; WALDMANN/WIEDERKEHR, 1. Kapitel N 30; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 4 N 240.

der anderen Seite ist öffentliches Verfahrensrecht anwendbar, wenn sich das Rechtsverhältnis nach öffentlichem Recht richtet.³²⁵ Anders als die Zivil- und Strafprozessordnungen ist das öffentliche Verfahrensrecht föderalistisch geprägt: Verwaltungsverfahren auf Bundesebene werden durch das VwVG³²⁶ geregelt, während Verwaltungsverfahren auf kantonaler Ebene gestützt auf kantonale Verfahrenserlasse erfolgen.³²⁷

Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahren nach dem VwVG, wenn nach Art. 1 Abs. 1 eine Bundesbehörde mit Verfügung entscheidet.³²⁸ Als Bundesbehörden gelten nebst der zentralen Bundesverwaltung auch Organisationen und Instanzen ausserhalb der Bundesverwaltungsbehörden (dezentralisierte Bundesverwaltung), die in Erfüllung der ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben verfügen. Dies trifft z.B. auf die Schweizerische Post AG, auf die SBB oder auf die BLS Netz AG zu.³²⁹ Durch die Erfüllung öffentlicher Aufgaben sind die SBB somit grundsätzlich Verfügungsbefugt.³³⁰

Was eine Verfügung ist, wird in Art. 5 VwVG definiert: Es handelt sich demnach um eine Anordnung einer Behörde, die gestützt auf öffentliches Recht des Bundes in einem Einzelfall einseitig und verbindlich Rechte oder Pflichten festlegt.³³¹ Verfügungen sind zentral: «*Ohne Verfügung kein Rechtsschutz*».³³² Verfügungen kommen jedoch nicht immer als «normale» bzw. materielle Verfügungen daher. Zuweilen werden Verfügungen auch auf Gesuch hin erlassen, wenn ein Realakt mittelbar Rechtswirkungen auslöst.³³³ Der Rechtsschutz gegen eine Verfügung erfolgt schliesslich über die Beschwerde, die grundsätzlich erstinstanzlich beim Bundesverwaltungsgericht erfolgt. Sind die Prozessvoraussetzungen erfüllt, kann der Entscheid des

³²⁵ RÜTSCHKE, Leistungsvereinbarung, S. 107.

³²⁶ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

³²⁷ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN N 329; da es sich bei den SBB um einen Bundesbetrieb handelt, ist hier nur das VwVG von Interesse.

³²⁸ TSCHANNEN, Kommentar zu Art. 1 VwVG N 3; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN N 330; WALDMANN/WIEDERKEHR, 4. Kapitel N 12.

³²⁹ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN N 333 f.; TSCHANNEN, Kommentar zu Art. 1 VwVG N 6; siehe dazu Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG; WALDMANN/WIEDERKEHR, 4. Kapitel N 15; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 N 19.

³³⁰ Siehe etwa BGE 138 I 274, E. 1.4. Zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben siehe Kapitel 2.3.

³³¹ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN N 341 und 369; WALDMANN/WIEDERKEHR, 4. Kapitel N 14; TSCHANNEN, Kommentar zu Art. 1 VwVG N 7; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 N 1 f. sowie N 17.

³³² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 N 41.

³³³ Siehe dazu Art. 25a VwVG; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 N 42 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN N 381 und 423. Nach N 431 muss es sich um Realakte einer Bundesbehörde handeln, die auf öffentliches Recht des Bundes abgestützt sind; WALDMANN/WIEDERKEHR, 4. Kapitel N 17: Realakte sind auf einen tatsächlichen Erfolg und nicht unmittelbar auf Rechtswirkungen ausgerichtet. Siehe zu den Realakten und dem Rechtsschutz auch WALDMANN/WIEDERKEHR, 4. Kapitel N 177 ff. sowie N 186 ff.

Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden.³³⁴

Nachfolgend wird die Nutzung des Bahnhofs sowie der Nutzungsanspruch behandelt. Die Ausführungen zum Rechtsschutz sind etwa dann relevant, wenn die SBB von ihrem Vetorecht gegenüber der APG Gebrauch machen und einen Plakataushang verbieten.³³⁵ Bestimmen die SBB als (dezentrale) Bundesbehörde gestützt auf öffentliches Recht³³⁶ einseitig und verbindlich, ob etwa Veranstaltungen (nicht) stattfinden können, hat dies in der Regel über eine Verfügung zu ergehen. Haben die SBB in Form eines Realaktes gehandelt und haben die SBB folglich keine Verfügung erlassen, kann unter Umständen eine anfechtbare Verfügung verlangt werden.³³⁷

4.3 Nutzung der Bahnhöfe

4.3.1 Ausgangslage

Die Qualifikation der Zirkulationsflächen von Bahnhofarealen als öffentliche Sache im Gemeingebrauch wirkt sich auch darauf aus, wie diese genutzt werden können. Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen werden zunächst einzelne relevante Aspekte aus dem theoretischen Teil aufgegriffen.

Die Nutzungsart wird danach bestimmt, ob die Nutzung bestimmungsgemäss und gemeinverträglich ist. Der bestimmungsgemässe Gebrauch richtet sich dabei nach der Zweckbestimmung der Sache, also so wie dies die Widmung, die natürliche Beschaffenheit oder der traditionelle Gebrauch der Sache vorsieht. Die Nutzung ist gemeinverträglich, wenn der rechtmässige Gebrauch durch andere Interessierte praktisch möglich ist – andere Nutzer werden in ihrer gleichzeitigen Nutzung weder erheblich beeinträchtigt noch gestört. Die Nutzung übersteigt somit nicht den «*Rahmen des Üblichen*».³³⁸ Ist die Nutzung bestimmungsgemäss und gemeinverträglich, liegt schlichter Gemeingebrauch vor. Entspricht die Nutzung nicht mehr dem bestimmungsgemässen Gebrauch oder ist diese nicht mehr gemeinverträglich, liegt gesteigerter Gemeingebrauch vor. Geschieht

³³⁴ WALDMANN/WIEDERKEHR, 4. Kapitel N 99.

³³⁵ BGE 138 I 274, E. 1.4.

³³⁶ Siehe zur Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts Kapitel 4.2.5.

³³⁷ Auf den Rechtsschutz wird nicht weiter eingegangen, da dieser nicht im Fokus dieser Arbeit steht. Vielmehr konzentriert sich diese Arbeit auf die Qualifikation der Zirkulationsflächen in Bahnhöfen, wie diese genutzt werden können und ob ein Nutzungsanspruch besteht.

³³⁸ BGE 135 I 302, E. 3.2.

dies über längere Zeit und werden andere Interessierte dauerhaft vom Gebrauch ausgeschlossen, liegt Sondernutzung vor.

Der bestimmungsgemässe Gebrauch von Zirkulationsflächen auf Bahnhofarealen ist primär, den Zugang zu den Zügen zu ermöglichen.³³⁹ Dazu dienen diese Flächen jedoch genauso dem Verweilen und Zirkulieren, der Fortbewegung zu Fuss als innerstädtische Wegverbindung, der zwischenmenschlichen Kommunikation und insbesondere auch als Zugang zu den im Bahnhof befindlichen Einrichtungen.³⁴⁰ Die Zweckbestimmung der Zirkulationsflächen im Bahnhofareal ist jedoch enger als bei öffentlichen Plätzen oder Strassen; primär dienen diese als Zugang zu den Zügen und zu den Einrichtungen im Bahnhof. Die Grenze zum gesteigerten Gemeingebrauch dürfte deshalb schneller erreicht werden als bei öffentlichen Wegen und Plätzen.³⁴¹

4.3.2 Nutzungsarten der Bahnhöfe

Entspricht die Nutzung der Zirkulationsflächen auf Bahnhofarealen der zuletzt beschriebenen (der Zweckbestimmung entsprechenden) Nutzung und ist diese zudem gemeinverträglich, d.h. andere werden in der gleichzeitigen Benutzung nicht wesentlich beeinträchtigt, liegt schlichter Gemeingebrauch der Zirkulationsflächen vor. Diese Nutzung ist unentgeltlich und bewilligungsfrei.

Die Grenze zum gesteigerten Gemeingebrauch dürfte wie aufgezeigt rasch überschritten werden. Dies auch deshalb, da je nach Passantenaufkommen bei einer intensiveren Nutzung der gleichzeitige Gebrauch durch andere (insbesondere Bahnbenutzer) tangiert bzw. wesentlich beeinträchtigt wird. Die Nutzungs- bzw. Bahnhofordnung reicht dabei zur Koordination nicht mehr aus; die Mitbenutzung muss aktiv bewirtschaftet werden. Anders als etwa in einer Fussgängerzone in der Innenstadt, wo das

³³⁹ BGE 138 I 274, E. 2.3.3; 132 I 49, E. 7.2; Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 9.5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.2; STÖCKLI/JOLLER, S. 489; MOSER, S. 178; WYSSMANN, S. 54; siehe auch die Benutzungsregelung der SBB: Ziff. 5 sieht etwa vor, dass die Nutzung des SBB-Areals den ordentlichen Bahnbetrieb nicht stören oder den Zugang zur Bahn nicht behindern darf. Nach WYSSMANN, S. 79 f. kann auch «*die Hausordnung als weitere Quelle für die Bestimmung der genauen Widmung*» herangezogen werden.

³⁴⁰ BGE 138 I 274, E. 2.3.2; Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 9.5.1; MOSER, S. 178; WYSSMANN, S. 54; so steht gemäss Ziff. 2 der Benutzungsregelung der SBB das SBB-Areal jedem zur «*bestimmungsgemässen Benutzung*» offen unter Beachtung der gesetzlichen Schranken und der Bahnhofordnung. Letztere stellt eine Nutzungsordnung dar, die die Gemeinverträglichkeit und den rechtsgleichen Zugang für die Allgemeinheit sicherstellen soll und zudem dem Schutz vor Beschädigungen dient; siehe zu Nutzungsordnungen WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 30.

³⁴¹ MOSER, S. 174 f. und 179 f.; siehe auch BGE 132 I 49, E. 7.2: Es «*handelt sich nicht um einen beliebigen öffentlichen Raum*». Der Bahnhof weist «*eine spezifische Zweckbestimmung auf*», die dem Zugang zum Bahnhof und den Durchgängen zu den Gleisen und Bahnhofeinrichtungen dient.

Unterschriftensammeln als schlichter Gemeingebrauch klassifiziert wurde,³⁴² dürfte dies auf Zirkulationsflächen unter Berücksichtigung der örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten regelmässig bereits eine gesteigerte Nutzung darstellen.³⁴³ Ähnlich verhält es sich bei Verteilaktionen und Warenangeboten.³⁴⁴ Das Verteilen von Gratiszeitungen im Bahnhof wurde in der Vergangenheit bereits als gesteigerter Gemeingebrauch beurteilt.³⁴⁵ Auch das Aufhängen von Plakaten an Bahnhofswänden wurde als ausserordentliche bzw. gesteigerte Nutzung klassifiziert.³⁴⁶ Ebenso stellen Kundgebungen auf Zirkulationsflächen von Bahnhofarealen gesteigerten Gemeingebrauch dar.³⁴⁷

Diese Nutzungen der Zirkulationsflächen auf Bahnarealen im gesteigerten Gemeingebrauch unterliegen zur Koordination und Prioritätensetzung der verschiedenen Nutzungen und dem Schutz Dritter einer Bewilligungspflicht. Dafür ist – trotz vielfacher Kritik in der Lehre – keine gesetzliche Grundlage nötig; die Sachherrschaft des Gemeinwesens dient als Ersatz, weshalb lediglich ein internes Reglement oder eine Verwaltungsverordnung genügt.³⁴⁸ Die Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeingebrauch der Zirkulationsflächen der SBB-Bahnareale ist in der Benutzungsregelung der SBB festgehalten,³⁴⁹ die nebst der Sachherrschaft der SBB über die Bahnareale zudem auf Art. 23 EBG als gesetzliche Grundlage abgestützt ist.³⁵⁰

³⁴² BGE 135 I 302, E. 3.2 f.

³⁴³ So je nach Gegebenheiten auch MATHIS N 35; vgl. Art. 9 der Bahnhofordnung der SBB, wo Sammel- und Unterschriftenaktionen als Tätigkeiten des gesteigerten Gemeingebrauchs klassifiziert werden.

³⁴⁴ Vergleichbar mit Marktständen auf öffentlichem Grund, siehe dazu BGE 132 I 97, E. 2.2, Pra 96 (2007) Nr. 2 und Urteil des BGer 2C_61/2012 vom 2. Juni 2012, E. 3.1.4; MATHIS N 36 f.; vgl. auch Art. 9 der Bahnhofordnung der SBB.

³⁴⁵ Entscheid der REKO UVEK vom 17. Oktober 2000, in: VPB 2001 Nr. 63, E. 5.4.2; gleiches dürfte für das Aufstellen von Zeitungsboxen gelten, vgl. dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 11 und SCHMID/UHLMANN, S. 347.

³⁴⁶ BGE 138 I 274, E. 2.3.3; Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 9.3; siehe auch BGE 127 I 84, E. 4b, wo Werbung an Fahrzeugen (Verwaltungsvermögen) als ausserordentliche Nutzung klassifiziert wurde; STÖCKLI/JOLLER, S. 489; siehe auch Art. 9 der Bahnhofordnung der SBB. Die «Benutzung des Areals der SBB zu Promotions- und Veranstaltungszwecken» wird ausdrücklich von Ziff. 3 der Benutzungsregelung der SBB als ausserordentliche Nutzung der Bewilligungspflicht unterstellt.

³⁴⁷ So grundsätzlich auf öffentlichem Grund BGE 132 I 256, E. 3 und 127 I 164, E. 3b; siehe auch MOSER, S. 179: «weder bestimmungsgemäss noch gemeinverträglich»; gleich auch MATHIS N 35, der zu Recht MOSER entgegenhält, dass Kundgebungen durchaus bestimmungsgemäss sein können; vgl. dazu auch Art. 9 der Bahnhofordnung der SBB.

³⁴⁸ Statt vieler WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 35 ff.; siehe auch Kapitel 3.5.3.2.

³⁴⁹ Die Benutzungsregelung der SBB setzt unter Ziff. 2.1 und 3.1 für ausserordentliche Nutzungen zu Werbe-, Promotions- und Veranstaltungszwecken eine Bewilligung voraus. Unter Ziff. 2.2 impliziert Art. 9 der Bahnhofordnung für Tätigkeiten des gesteigerten Gemeingebrauchs (Plakatieren, Werbung, Verteilaktionen und Warenangebote, Kundgebungen, Darbietungen, Sammel- und Unterschriftenaktionen, etc.), dass diese nur bei Vorliegen einer Bewilligung zulässig sind.

³⁵⁰ MOSER, S. 186 und 190 f.; WYSSMANN, S. 107; MATHIS N 39.

Sondernutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch liegt vor, wenn die Nutzung weder bestimmungsgemäss noch gemeinverträglich ist. Wer eine Sondernutzungskonzession erteilt bekommt, hat die ausschliessliche Verfügung über die Sache. Andere zur Nutzung Berechtigte werden vollständig und dauerhaft vom Gebrauch ausgeschlossen. Auf die Sondernutzung deuten dauernde und feste Verbindungen mit der öffentlichen Sache hin. Sondernutzung der Zirkulationsflächen in Bahnhöfen dürfte seltener vorkommen, da, wie unter Kapitel 4.2.2.2 aufgezeigt, die an Private vermieteten Geschäftslokale für Läden, Restaurants, Kioske, etc. Verwaltungsvermögen darstellen. Sondernutzung der Zirkulationsflächen von Bahnhöfen besteht etwa beim exklusiven Recht, Bahnhofswände als Werbeflächen bereitzustellen, zu vermarkten und zu bewirtschaften.³⁵¹

4.3.3 Anspruch auf Nutzung der Bahnhöfe

Es fragt sich, ob auf die zuvor ausgeführten Nutzungsarten ein bedingter Anspruch besteht. Der schlichte Gemeingebrauch der Zirkulationsflächen in Bahnhöfen ist bewilligungsfrei und kann deshalb innerhalb der gesetzlichen Schranken und unter Beachtung der Bahnhofordnung ausgeübt werden.³⁵² Auf Erteilung einer Sondernutzungskonzession für Zirkulationsflächen auf dem Bahnhofareal besteht kein (bedingter) Anspruch, auch wenn die Erteilung zur Ausübung eines Grundrechts notwendig wäre. Dies wird damit begründet, dass die von der Wirtschaftsfreiheit abgeleitete Gleichbehandlung direkter Konkurrenten ausgehebelt wird, da der Konzessionär ein dauerhaftes Privileg erhalten würde, während andere Nutzer dauerhaft ausgeschlossen werden.³⁵³

Bei der gesteigerten Nutzung der Zirkulationsflächen auf Bahnarealen sieht die Situation etwas anders aus: Hier besteht grundsätzlich ein bedingter Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung, wenn dies zur Ausübung eines Grundrechts notwendig ist. Betroffene Grundrechte sind insbesondere ideelle Tätigkeiten, die unter der Versammlungs-, Meinungs-, Glaubens- oder Gewissensfreiheit stehen. Auch die

³⁵¹ Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5: Der Zwischenentscheid liess die Qualifikation der Bahnhofswände offen. Nach der hier vertretenen Ansicht werden Bahnhofswände als Bestandteil der Zirkulationsfläche zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gezählt. Folglich liegt bei dieser Nutzung eine Sondernutzung der Zirkulationsfläche als öffentliche Sache im Gemeingebrauch vor.

³⁵² Einzig polizeilich motivierte Bewilligungen wären zulässig, vgl. dazu WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 32. Nach MATHIS N 38 f. wäre dies der Fall, wenn etwa eine gemeinverträgliche Unterschriftensammlung durchgeführt würde und die SBB eine «*rechtsgleiche Koordination der grundrechtlich geschützten Tätigkeiten*» ermöglichen wollen; siehe auch das Benutzungsreglement der SBB Ziff. 2.

³⁵³ Vgl. dazu BGE 142 I 99, E. 2.4.3 f.

Wirtschaftsfreiheit verleiht einen bedingten Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung auf Nutzung einer Sache im gesteigerten Gemeingebrauch, wobei diese tendenziell hinter ideelle Nutzungen zurücktreten muss.³⁵⁴ Der Anspruch bezieht sich nur auf bestehende Kapazitäten; die SBB sind mithin nicht verpflichtet, zusätzlichen Raum zur Grundrechtsausübung zu schaffen. Folglich sind die Kapazitäten beschränkt, weshalb kein Anspruch besteht, die Zirkulationsflächen in Bahnhöfen in beliebiger Weise zu nutzen. Zudem müssen die Bedürfnisse anderer zur Nutzung Berechtigter, insbesondere die zweckmässige Nutzung der Zirkulationsflächen durch die Allgemeinheit, berücksichtigt werden.³⁵⁵

Wird eine zur Grundrechtsausübung gewünschte gesteigerte Nutzung abgelehnt, kommt dies einem Eingriff in das entsprechende Grundrecht gleich und muss deshalb den Voraussetzungen von Art. 36 BV standhalten. Die gesetzliche Grundlage wurde bereits im vorangegangenen Kapitel 4.3.2 thematisiert (Sachherrschaft der SBB und zudem gesetzliche Grundlage mit Art. 23 EBG). Weiter muss der Eingriff durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein. Hier kommt etwa die polizeiliche Gefahrenabwehr, der rechtsgleiche Zugang für alle Interessierten und insbesondere der ordentliche Betrieb des Bahnhofs in Frage. Schliesslich muss die Verweigerung der Bewilligung für die Nutzung der Zirkulationsflächen in Bahnhöfen im gesteigerten Gemeingebrauch verhältnismässig sein.³⁵⁶

Bei der Auswahl der Interessenten ist das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV, das Willkürverbot nach Art. 9 BV als auch der ideelle Gehalt der Freiheitsrechte zu berücksichtigen. Insbesondere vermittelt die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV einen Gleichbehandlungsanspruch unter direkten Konkurrenten. Deshalb muss die Bewilligungspraxis der SBB wettbewerbsneutral ausgestaltet sein. Beruht die Vergabe auf objektiven Kriterien, sind Differenzierungen aufgrund öffentlicher Interessen zulässig.³⁵⁷

³⁵⁴ Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 9.5 f.; siehe auch MOSER, S. 403 ff.; Nachweise des bedingten Anspruchs bei den einzelnen Grundrechten finden sich bei etwa bei BIAGGINI, OFK, z.B. zur Meinungsfreiheit nach Art. 16 BV N 4, zur Versammlungsfreiheit nach Art. 22 BV N 7 oder zur Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV N 16. Siehe zur Wirtschaftsfreiheit zudem UHLMANN N 9. Zur Grundrechtsbindung der SBB siehe Kapitel 3.6.

³⁵⁵ MOECKLI, Politische Werbung, S. 268: «Entscheidend ist, ob die betreffende öffentliche Sache bereits besteht und für die fragliche Benutzung geöffnet worden ist». Vgl. das Benutzungsreglement der SBB Ziff. 3.1: «Die SBB bezeichnet die Standorte, welche für die ausserordentliche Nutzung ihres Areals zur Verfügung stehen».

³⁵⁶ Statt vieler KIENER N 79 ff.; zudem in Bezug auf Bahnhöfe BGE 138 I 274, E. 3 sowie das Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 10.3; siehe zudem MATHIS N 40 ff.

³⁵⁷ Siehe dazu im allgemeinen UHLMANN N 17 ff. als auch WYSSMANN, S. 91 ff. und in Bezug auf Bahnhöfe MATHIS N 44.

Die SBB können die Vergabe zudem zeitlich oder örtlich begrenzen, ein Rotationssystem vorsehen oder die gesteigerte Nutzung unter Bedingungen oder Auflagen zulassen sowie Alternativen in zeitlicher als auch örtlicher Hinsicht vorschlagen.³⁵⁸

Bei der Bewilligung von gesteigerten Nutzungen der Zirkulationsflächen auf Bahnarealen sollte stets der primäre Zweck – der Zugang zu den Zügen für Bahnreisende – im Hinterkopf behalten werden.³⁵⁹ Wird der Bahnbetrieb nicht in übermässiger Weise eingeschränkt, sind die SBB verpflichtet, die gesteigerte Nutzung der Zirkulationsfläche zu bewilligen.³⁶⁰ Dies wurde etwa bejaht bei einem Plakat mit aussenpolitisch «brisantem» Inhalt.³⁶¹ Gleiches gilt bei kommerziellen Verteilaktionen zu Promotionszwecken; diese sind denn auch regelmässig auf Zirkulationsflächen in Bahnhöfen zu sehen.³⁶² Wenn Verteilaktionen (die zudem kaum ohne Wagen oder Stände auskommen) zugelassen werden können, muss dies ebenso für das Sammeln von Unterschriften gelten.³⁶³ Auch das Gesuch zum Verteilen von Gratiszeitungen müsste grundsätzlich bewilligt werden.³⁶⁴ Als kritischer zu beurteilen wäre vermutlich eine Kundgebung auf den Zirkulationsflächen auf dem Bahnhofareal, da diese den primären Zweck des Bahnhofs möglicherweise stark einschränken oder gar verhindern würde. Es ist jedoch denkbar, dies unter Auflagen zuzulassen oder eine Alternative zu bieten.³⁶⁵ Die Bahnhofordnung sieht zudem in Art. 10 vor, dass Betteln ausnahmslos nicht gestattet ist. Ein generelles

³⁵⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 33 N 2396; WYSSMANN, S. 93 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 7. Kapitel N 38. Zur Lösung von Nutzungskonflikten siehe zudem WYSSMANN, S. 95 ff., die Nutzungskonzepte, Nutzungsreglemente, Bewilligungspflichten, polizeiliche und strafrechtliche Massnahmen, eine stufenartige (nach Härte) Nutzungsordnung sowie als Ultima Ratio Verbote behandelt. Siehe zu letzterem zudem das Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 10.4.4.

³⁵⁹ MOSER, S. 179 f. und 191, wonach die Kapazitätsgrenzen der Zirkulationsflächen häufig bereits durch die ordentliche Benutzung erreicht werden und zudem keine Ausweichmöglichkeiten bestehen. Zudem sind im zugsnahen Bereich Gefahren für Personen als auch eine Beeinträchtigung des Eisenbahnbetriebs zu beachten; siehe auch Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 10.4.2. Vgl. auch das Benutzungsreglement der SBB Ziff. 5.

³⁶⁰ Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 10.6; bei Bewilligungen für Promotionen ist die Allgemeine Plakatgesellschaft APG zuständig; die SBB haben diesen die Befugnis zur Errichtung und Bewirtschaftung von Werbeanlagen auf dem SBB-Areal übertragen. Bei Bewilligungen für Veranstaltungen sind die SBB zuständig. Vgl. dazu das Benutzungsreglement Ziff. 3.3 und 4.

³⁶¹ BGE 138 I 274, E. 3; Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 10.

³⁶² Siehe dazu auch MATHIS N 42.

³⁶³ Siehe dazu auch MATHIS N 43 ff.

³⁶⁴ Im Entscheid der REKO UVEK vom 17. Oktober 2000, in: VPB 2001 Nr. 63, E. 5.4.2 wurde diese Frage offengelassen, da dies nicht Streitgegenstand war. Das dortige Verbot zum Verteilen von Gratiszeitungen wurde von den SBB primär polizeilich begründet, da durch die Behinderung des Passantenstroms die Sicherheit des Bahnbetriebs gefährdet sei und weggeworfene Zeitungen zu Verunreinigungen führen würden. Ohne diese Frage vertieft zu behandeln, dürfte dieses Verbot vermutlich nicht verhältnismässig sein.

³⁶⁵ Das Benutzungsreglement der SBB schliesst Veranstaltungen zu kommerziellen oder ideellen Zwecken jedenfalls nicht kategorisch aus, sondern unterstellt diese einer Bewilligungspflicht.

Bettelverbot wird – auch in Bezug auf Bahnhöfe – kritisiert, da dies je nach Tageszeit bzw. Passantenaufkommen nicht erforderlich ist. Totale Bettelverbote sind – auch in Bezug auf die Form des Bettelns (etwa stilles bzw. aggressives Betteln) zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nicht erforderlich; mithin stehen Massnahmen zur Verfügung, die in zeitlicher und örtlicher Hinsicht weniger einschneidend sind.³⁶⁶

5 Schlussfazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Qualifikation der Bahnhöfe im öffentlichen Sachenrecht zwar herausfordernd, aber von Bedeutung ist, denn Zirkulationsflächen von Grossbahnhöfen bergen regelmässig Konfliktpotential.³⁶⁷ Dabei prallen verschiedene Interessen aufeinander: Bahnpassagiere wollen ihre Züge erreichen, andere Nutzer wollen Bahnhöfe lediglich als Durchgang sowie zum Aufenthalt nutzen oder sie machen vom reichen Angebot an zusätzlichen Dienstleistungen Gebrauch. Schliesslich wecken Bahnhöfe auch weitere Interessen, sind doch gerade die grossen Menschenmassen und die damit gewonnene Aufmerksamkeit für Werbung als auch für Kundgebungen etc. ideal.

Allein die pünktliche Beförderung der täglich rund 800 000 Bahnpassagiere stellt eine Herausforderung dar. Um diese Aufgabe zu Erfüllen, soll den SBB als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft grösstmögliche unternehmerische Flexibilität zugestanden werden. Die SBB können dennoch nicht wie ein «gewöhnliches» Unternehmen in der Privatwirtschaft agieren. Die SBB gehören ausschliesslich dem Bund und stellen eine dezentrale Verwaltungseinheit dar. Durch die Personenbeförderung und den Bau und Betrieb der Bahninfrastruktur nehmen die SBB eine öffentliche Aufgabe wahr. Sie sind aus diesen Gründen an die Grundrechte gebunden. Ob dies für sämtliche Bereiche gilt oder nur dort, wo die SBB Staatsaufgaben wahrnehmen, ist umstritten. Tendenziell muss von einer umfassenden Grundrechtsbindung der SBB ausgegangen werden.

³⁶⁶ MOECKLI, Bettelverbote, S. 566 ff. Betteln steht jedoch nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV, sondern insbesondere unter dem Schutzbereich des Rechts auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV. Siehe zu den betroffenen Grundrechten beim gleichen Beitrag S. 544 ff.; siehe jedoch auch MOSER, S. 556 ff.: Betteln liegt «*im Graubereich zwischen schlichtem und gesteigertem Gemeingebrauch*». Das unaufdringliche Betteln durch Einzelpersonen auf Fussgängerflächen ohne besondere Zweckbestimmung dürfte schlichten Gemeingebrauch darstellen. Auf Bahnhofflächen ist wohl eher von gesteigertem Gemeingebrauch auszugehen. Ein allgemeines, ausnahmsloses Bettelverbot wurde als verfassungsmässig beurteilt, siehe dazu BGE 134 I 214, E. 5.

³⁶⁷ Nebst den erwähnten Gerichtsfällen befasste sich WYSSMANN, S. 51 ff. ausführlich mit den Nutzungskonflikten im und um den Bahnhof.

Jedenfalls sind die SBB dort an die Grundrechte gebunden, wo sie mit der Wahrnehmung einer Staatsaufgabe, etwa der Verwaltung der Bahnhöfe, betraut sind.

Doch lediglich aufgrund der Grundrechtsbindung der SBB sei nicht gesagt, wie die Zirkulationsflächen auf Bahnhofarealen genutzt werden können und ob ein Nutzungsanspruch besteht. So kommt etwa *«der (grundrechtlich geschützte) bedingte Anspruch auf Aushang eines Plakats (...) nur zum Tragen, wenn entsprechende Flächen von den SBB überhaupt ausgeschieden werden»*.³⁶⁸ Ausgangspunkt ist somit die Frage, wie die Zirkulationsflächen in Bahnhöfen qualifiziert werden. Deshalb: *Eher Bahn oder doch auch Hof?* Es sprechen durchaus valable Gründe für eine Zuordnung der Zirkulationsflächen zum Verwaltungsvermögen. So wurden die Bahnhöfe grundsätzlich einmal gebaut, um den Bahnverkehr zu ermöglichen. Von einem beschränkten Benutzerkreis (den Bahnpassagieren) kann dennoch nicht gesprochen werden.

In der Rechtsprechung wurde die Qualifikation durch das Bundesgericht offengelassen, während das Bundesverwaltungsgericht die zu den Zirkulationsflächen gehörenden Bahnhofswände zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zählt. Kleinere Bahnhöfe, die lediglich dem Bahnverkehr dienen und ansonsten kaum weitere Funktionen haben, wurden (zu Recht) dem Verwaltungsvermögen zugeordnet. Der überwiegenden Lehre kann jedoch zugestimmt werden, dass Grossbahnhöfe bzw. deren Zirkulationsflächen – zumal diese frei zugänglich sind – eine breitere Nutzung als lediglich den Bahnverkehr aufweisen. Die freie Zugänglichkeit existiert nicht lediglich, um den Bahnverkehr unkompliziert zu ermöglichen – sie ist geradezu erwünscht. Grössere Bahnhöfe dienen nicht nur dem Bahnverkehr, sondern werden auch als Geschäftsstandort, urbaner Treffpunkt und Begegnungszentrum vermarktet. Anders als öffentliche Plätze, Strassen und Wegverbindungen ist der Zweck der Bahnhöfe jedoch enger; der Bahnverkehr steht nach wie vor im Vordergrund. Zirkulationsflächen von Bahnhöfen sind dennoch klarerweise zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zu zählen. Andere Bereiche im Bahnhof, etwa die vermieteten Gewerbeflächen, Wartesäle und geschlossene Bereiche, stellen jedoch Verwaltungsvermögen dar, da sie nicht frei zugänglich sind und nur einem beschränkten Nutzerkreis offenstehen.

Die Auswirkungen dieser Qualifikation sind vielseitig. Einerseits ist auf das Nutzungsverhältnis zwischen den Bahnhofbenutzern und den SBB grundsätzlich und unabhängig

³⁶⁸ BIAGGINI, Urteilsbesprechung, S. 178.

der Nutzungsart öffentliches Recht anwendbar. Infolgedessen handeln die SBB als dezentraler Verwaltungsträger mittels Verfügung. Die Nutzung der Zirkulationsflächen dürfte die Grenze zum gesteigerten Gemeingebrauch zudem schneller erreichen als etwa bei öffentlichen Plätzen, da die Bahnhöfe aufgrund des Bahnverkehrs bereits eine engere Zweckbestimmung aufweisen. Ist jedoch die Nutzung der Zirkulationsflächen im gesteigerten Gemeingebrauch zur Ausübung eines Grundrechts erforderlich, besteht grundsätzlich ein bedingter Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung; die Verweigerung der Bewilligung kommt einem Eingriff in das betreffende Grundrecht gleich und muss deshalb den Voraussetzungen von Art. 36 BV standhalten.

Wahrheitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Benützung der angegebenen Quellen verfasst habe.

Gleichzeitig nehme ich zur Kenntnis, dass die ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse dieser Arbeit bei der ZHAW liegen. Das Recht auf Nennung der Urheberschaft bleibt davon unberührt.

Bern, 24. Mai 2022

Sebastian Wehrli