

Recueils
de textes

Le droit au service de l'humanité

Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier

Édité par
Frédéric Bernard
Maya Hertig Randall
Christian Bovet
Alexandre Flückiger



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

GG
Collection
Genevoise

Le droit au service de l'humanité

Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier

Édité par :

Frédéric Bernard, Maya Hertig Randall,
Christian Bovet et Alexandre Flückiger



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2023

Citation suggérée de l'ouvrage : BERNARD / HERTIG RANDALL / BOVET / FLÜCKIGER (éds), *Le droit au service de l'humanité – Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, « Collection Genevoise », Genève/Zurich 2023, Schulthess Éditions Romandes

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Bernhard Waldmann, Politische Werbung auf privatem Grund, in: BERNARD / HERTIG RANDALL / BOVET / FLÜCKIGER (éds), *Le droit au service de l'humanité – Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, « Collection Genevoise », Genève/ Zurich 2023, Schulthess Éditions Romandes. Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

ISBN 978-3-7255-8924-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2023
www.schulthess.com

Diffusion en France : LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles ; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47 ;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

La qualité pour recourir des requérants d'autorisation de construire.....	1
FRANÇOIS BELLANGER <i>Professeur à l'Université de Genève, avocat</i>	
La vie des droits fondamentaux	19
FRÉDÉRIC BERNARD <i>Professeur à l'Université de Genève</i>	
Grundrechtsinnovation im Bundesstaat – ein Streifzug durch 175 Jahre Verfassungsgeschichte	33
GIOVANNI BIAGGINI <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Dialogue critique autour d'un enseignement d'introduction aux droits humains dans le camp de réfugiés de Kakuma	51
GLOIRE LUKAMBO LUUNDO <i>Ancien étudiant du programme de droits humains de l'Université de Genève à Kakuma</i>	
DJEMILA CARRON <i>Professeure au Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal</i>	
Compliance with International Human Rights Law – An Interdisciplinary Sketch.....	71
GREGOR T. CHATTON <i>Dr.iur. (Geneva), LL.M. (Saarbrücken)</i>	
Intelligence artificielle & droit à la transparence algorithmique : convergence entre les droits fondamentaux numériques et le droit de la propriété intellectuelle ?.....	83
JACQUES DE WERRA <i>Professeur & Directeur du Digital Law Center, Faculté de droit de l'Université de Genève</i>	
Réflexions de constitutionnaliste engagé sur l'évolution possible de la Constitution de la Ve République	95
JEAN-PHILIPPE DEROSIER <i>Professeur agrégé des facultés de droit, Membre de l'Institut Universitaire de France</i>	
Konfliktselektion in der internationalen Strafjustiz aus rechtsstaatlicher Sicht.....	111
OLIVER DIGGELMANN <i>Prof. Dr. iur., Universität Zürich</i>	

L'intervention d'Humanité : miroir aux alouettes..... 135

GIOVANNI DISTEFANO

Professeur (Faculté de droit, Université de Neuchâtel ; Académie de droit international humanitaire et de droits humains, Genève)

La « pantomime des gueux » : de la cour des miracles à la Cour des assurances sociales..... 147

ANNE-SYLVIE DUPONT

Professeure aux Facultés de droit de Genève et Neuchâtel

Le permis S : un permis en miroir des droits de l'Homme, d'une actualité préoccupante 157

LUC GONIN

Dr. iur., Anc. chef suppl. de l'Etat-major de Direction du SEM (a.i.), chef de domaine à l'AFC

Brèves réflexions sur le titre d'une initiative populaire..... 169

STÉPHANE GRODECKI

Chargé de cours à l'Université de Genève, avocat, Docteur en droit

La naturalisation accélérée des étrangers en droit genevois : état des lieux et perspectives..... 175

CÉLINE GUTZWILLER

Docteure en droit, titulaire du brevet d'avocate

Entre liberté d'expression et dignité humaine : un état des lieux de la jurisprudence suisse sur les symboles racistes..... 187

MAYA HERTIG RANDALL

Professeure à l'Université de Genève, avocate, LL.M. (Cambridge)

La clause du besoin pour les médecins : toujours aussi inconstitutionnelle 20 ans après..... 211

DAVID HOFMANN

Avocat, Docteur en droit

Vous avez le droit de vous taire, mais l'obligation de parler..... 223

YVAN JEANNERET

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, avocat

Die Grundrechte der Polizeiangehörigen 231

REGINA KIENER

Prof. Dr. iur, Fürsprecherin / avocate

Die virtuelle Anwesenheit der Nationalräte in der Coronakrise. Ein Beitrag zum «Notrecht».....	241
ANDREAS KLEY <i>Prof. Dr. rer. publ., Dr. iur. h.c. (HSG)</i>	
La Cour de Strasbourg à la recherche d'un « juste équilibre » pour l'exercice de la religion en prison	257
LARRALDE JEAN-MANUEL <i>Professeur de droit public à l'Université de Caen Normandie, Institut caennais de recherche juridique (ICREJ), UR 967)</i>	
L'accès des syndicats au personnel via Internet	269
KARINE LEMPEN <i>Professeure à l'Université de Genève</i>	
Coopérer ou ne pas coopérer ? Le dilemme des États parties à la CEDH.....	279
MARIA LUDWICZAK GLASSEY <i>Professeure à l'Université de Genève, Professeure invitée à l'Université de Neuchâtel, Chargée de cours HES à la Haute école de gestion ARC (Neuchâtel)</i>	
Les tribunaux d'opinion : l'exemple du « Turkey Tribunal »	289
GIORGIO MALINVERNI <i>Professeur honoraire de l'Université de Genève Ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme</i>	
L'article 2 CEDH dans la jurisprudence du Tribunal fédéral	301
JULIEN MARQUIS <i>Avocat, docteur en droit</i>	
Les quotas de genre sur les listes aux élections législatives cantonales au regard de la Constitution fédérale	315
VINCENT MARTENET <i>Professeur à l'Université de Lausanne</i>	
Praktische Konkordanz in der Verfassungsinterpretation.....	329
JÖRG PAUL MÜLLER <i>Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c.</i>	
ATF 147 II 287 : une confusion de notions et de rôles au préjudice de l'intérêt général	347
GIULIA NERI-CASTRACANE <i>Professeure associée, Département de droit commercial, affiliée au Centre en philanthropie, Université de Genève</i>	

L'imposition des transactions réalisées dans le métavers : Un défi à l'application des principes constitutionnels en matière de fiscalité..... 361

XAVIER OBERSON

Professeur à l'Université de Genève, avocat

La justice transitionnelle après la transition : la Commission Zondo de lutte contre la capture et la corruption d'État en Afrique du Sud..... 377

XAVIER PHILIPPE

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École de droit de la Sorbonne

Le contrôle des constitutions cantonales : quelques bleus au cœur de l'état de droit 399

ADRIANO PREVITALI

Professeur à l'Université de Fribourg

Des prisons au service de l'humanité ? 411

JEAN-PIERRE RESTELLINI

Médecin et juriste, ancien médecin-chef des prisons genevoises, ancien membre pour la Suisse du CPT (Conseil de l'Europe), ancien président de la Commission Nationale de Prévention contre la Torture

L'arbitrage au service de l'humanité ? Penser la place sociale de la justice privée 419

THOMAS SCHULTZ

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Professeur à la Dickson Poon School of Law de King's College London

AMINA HASSANI

Chercheuse postdoc à la Faculté de droit de l'Université de Genève, chargée de cours à Sciences Po Paris

Cour européenne des droits de l'Homme face aux situations de grande pauvreté 437

DAVID SZYMCZAK

Professeur de droit public, Sciences Po Bordeaux

La responsabilité politique du Conseil fédéral et de ses membres 451

THIERRY TANQUEREL

Professeur honoraire de l'Université de Genève

Le droit individuel à l'égalité sous le prisme du fédéralisme..... 467

MARC VERDUSSEN

Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Louvain (UCLouvain), Directeur du Centre de recherche sur l'Etat et la Constitution

Politische Werbung auf privatem Grund..... 481

BERNHARD WALDMANN

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt

L'enfant, sujet de droits, un pas de géant vers plus d'humanité..... 495

ZERMATTEN JEAN

Président du Comité des droits de l'enfant de l'ONU

Politische Werbung auf privatem Grund

BERNHARD WALDMANN*

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt

I. Einleitung

Wer heutzutage durch die Schweiz reist, trifft nicht nur in den urbanen Zentren und in den Agglomerationen, sondern auch in ländlichen Gebieten auf politische Werbeaktionen, Botschaften und Meinungsäusserungen. Neben den traditionellen Plakataushängen und den temporär zugelassenen Wahlplakaten am Strassenrand prägen seit einigen Jahren zunehmend auch kleine Fahnen an Hausfassaden, auf Balkonen oder in Vorgärten das Orts- und Landschaftsbild. Diese Fahnen begleiten zwar sehr oft die politische Debatte im Vorfeld eidgenössischer, kantonaler oder kommunaler Abstimmungen, reichen aber zunehmend darüber hinaus, indem sie bereits die Lancierung eines Volksbegehrens vorbereiten und unterstützen¹ oder die Thematik einer (verlorenen) Abstimmung für die weitere politische Diskussion weiterführen². Dazu kommen Fahnen, die eine Solidarität mit einem gewissen politischen Anliegen³, einer bestimmten Bevölkerungsgruppe⁴ oder mit einem bestimmten Staat⁵ bekunden sollen. Einzelne Fahnen haben sich sogar von politischen

* Ich danke meinem Mitarbeiter, Herrn BLAW FLORIAN BINKERT, für die Sichtung des Materials und die redaktionelle Bereinigung des Manuskripts.

¹ Wie z.B. bei den Eidgenössischen Volksinitiativen « Für ein gesundes Klima (Gletscher-Initiative) » (Beginn der Unterschriftensammlung am 30.4.2019, Einreichung am 27.11.2019) oder « Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt » (sog. Konzernverantwortungsinitiative; Beginn der Unterschriftensammlung am 21.4.2015, Einreichung am 10.10.2016, abgelehnt an der Urnenabstimmung vom 29.11.2020).

² Noch heute trifft man auf Fahnen zur « Konzernverantwortungsinitiative » (Fn. 1) oder zur bereits am 24.11.2013 an der Urne gescheiterten Eidgenössischen Volksinitiative « 1:12 – Für gerechte Löhne ».

³ Z.B. die violette Fahne des Frauenstreiks vom 14. Juni 2019.

⁴ Z.B. die Regenbohnenfahne der LGBTQIA+-Bewegung im Vorfeld der Referendumsabstimmung vom 26.9.2021 zur Einführung der sog. « Ehe für alle ». Ihren Ursprung hat die Fahne wohl in der Friedensbewegung.

⁵ Z.B. die Ukraine-Flagge als Zeichen der Solidarität nach dem Einmarsch russischer Truppen am 24.2.2022.

Abstimmungsvorlagen und Sachthemen distanziert, indem sie gewissermassen symbolisch den Ausdruck einer gewissen ideologischen Grundhaltung verkörpern⁶.

In einigen Gemeinden haben die Behörden gegen das Anbringen von Fahnen und Plakaten auf privatem Grund interveniert, während andernorts diese neuere Form der politischen Kommunikation (noch?) toleriert wird. Im Einzelnen bestehen teilweise grosse Unsicherheiten, ob und inwieweit sich diese Art der politischen Werbung überhaupt einschränken lässt.

Der vorliegende Beitrag kann diese Unsicherheiten nicht beseitigen, möchte aber aus einer übergeordneten Optik etwas Licht in den reglementarischen Dschungel bringen. Er befasst sich mit der politischen Werbung auf privatem Grund⁷, fokussiert sich aber zum einen auf die Werbebotschaften im Aussenbereich und beschränkt sich zum andern auf eine Betrachtung aus öffentlich-rechtlicher Perspektive. Nicht behandelt wird die Frage, ob und inwieweit Vermieter das Anbringen von politischen Fahnen an Hausfassaden oder auf Balkonen einschränken oder verbieten dürfen⁸.

Im Folgenden wird die Thematik in der gebotenen Kürze in den grundrechtlichen Kontext eingebettet (II.), bevor die Regelungslandschaft in Bund und Kantonen in einer summarischen Übersicht skizziert wird (III.). Der Beitrag endet mit einer kurzen Würdigung (IV.).

II. Grundrechtlicher Schutz

A. Meinungsäusserungsfreiheit

Das Anbringen von politischer Werbung auf Balkonen, an Hausfassaden oder in Vorgärten fällt als spezifische Form der Meinungsäusserung in den Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit gemäss Art. 16 Abs. 2 BV,

⁶ So steht die Regenbogenfahne heute für die ideologische Haltung für Toleranz, Gleichstellung und Frieden.

⁷ Zum privaten Grund gehören alle im Privateigentum stehenden Grundstücke und Grundstücksbestandteile, sofern sie nicht dem Gemeingebrauch gewidmet sind. Vgl. zur politischen Werbung auf öffentlichem Grund eingehend MOECKLI, S. 263 ff.

⁸ Vgl. dazu statt vieler DJURDJEVAC HEINZER NATASA / PERRIER SARAH, Slogans aux balcons, que dit le droit du bail ?, *Anwaltsrevue* 2021, S. 66 f.

Art. 10 EMRK und Art. 19 UNO-Pakt II⁹. Geschützt werden dabei auch inhaltlich provozierende oder schockierende Äusserungen¹⁰.

Das Grundrecht der freien Meinungsäusserung erfüllt nicht nur individualrechtliche Funktionen, sondern steht auch im öffentlichen Interesse einer funktionierenden Demokratie¹¹. Angesichts dieser Bedeutung ist der grundrechtliche Schutz politischer Werbeaktionen und Meinungsäusserungen stärker zu gewichten als die durch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) geschützte kommerzielle Werbung. Oder mit den Worten des Bundesgerichts: « Elle [la liberté d'expression] mérite dès lors ... un traitement privilégié de la part des autorités »¹². Dies führt dazu, dass bei politischer Werbung ein Zurücktreten anderer öffentlicher Interessen eher in Kauf zu nehmen ist als bei sonstigen, nicht unter die Meinungsäusserungsfreiheit fallenden (primär kommerziellen) Werbebotschaften¹³. Auch der EGMR räumt den Mitgliedstaaten hinsichtlich Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit in politischen Angelegenheiten einen kleineren Ermessensspielraum ein als in anderen Bereichen¹⁴.

Trotz seiner fundamentalen Bedeutung besteht das grundrechtlich geschützte Recht auf Anbringen von Werbung auf privatem Grund nicht absolut. Es kann unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV (vgl. ähnlich für die Meinungsäusserungsfreiheit Art. 10 Abs. 2 EMRK und Art. 19 Abs. 3 UNO-Pakt II) eingeschränkt werden. Demnach bedarf jede Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit einer genügenden gesetzlichen Grundlage; sie muss ferner im öffentlichen Interesse stehen, verhältnismässig sein und den Kerngehalt wahren.

- Das Erfordernis der genügenden *gesetzlichen Grundlage* setzt voraus, dass Verbote, Bewilligungspflichten oder andere schwere Einschränkungen zumindest in den Grundzügen in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt werden. Ferner muss die Regelung sowohl für die Behörden, die sie anwenden, als auch für die Adressaten genügend bestimmt sein.

⁹ BGE 138 I 274 E. 2.2.1; BGer, Urteil 1C_440/2007 vom 25.3.2008 E. 2.2; Urteil 1P.36/2005 vom 20.9.2005 E. 5; zum Ganzen auch HOTTELIER / MCGREGOR, N 40.

¹⁰ Vgl. BGer, Urteil 1C_440/2007 vom 25.3.2008 E. 2.2 (Plakat im Garten mit negativen Äusserungen über die Justizbehörden und einzelne Personen).

¹¹ Grundlegend BGE 96 I 586 E. 6; MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER, N 568.

¹² BGE 96 I 586 E. 6.

¹³ Vgl. BGE 126 I 133 E. 4d (im Kontext der Beanspruchung von öffentlichem Grund).

¹⁴ EGMR, Urteil 16354/06 i.S. Mouvement raélien suisse c. Schweiz vom 13.7.2012 Ziff. 61.

Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber abstrahieren muss, um den verschiedenen Erscheinungsformen politischer Werbung genügend und in rechtsgleicher Weise Rechnung tragen zu können.

- Als zulässige *öffentliche Interessen* für Einschränkungen der politischen Werbung auf privatem Grund gelten etwa Interessen der Verkehrssicherheit, des Ortsbild- und Landschaftsschutzes, des Denkmalschutzes oder des Naturschutzes. Dasselbe gilt für den Schutz der Allgemeinheit und von Drittpersonen vor Belästigungen, Schädigungen oder Störungen¹⁵.
- Unter dem Gesichtspunkt der *Verhältnismässigkeit* muss die Regelung mit Blick auf das verfolgte Ziel geeignet und erforderlich sowie mit Blick auf den hohen Stellenwert des Grundrechts der Meinungsäusserung angemessen sein. Ein flächendeckendes und ausnahmsloses Verbot politischer Werbung auf privatem Grund, die vom öffentlichen Raum aus sichtbar ist, erweist sich ebenso als unverhältnismässig wie die Einrichtung eines Monopols für Plakatanschlagstellen auf privatem Grund¹⁶.
- Schliesslich ist der *Kerngehalt* der Meinungsäusserungsfreiheit zu wahren. Zu deren Kerngehalt gehört neben dem Zensurverbot (Art. 17 Abs. 2 BV) das sog. *forum internum*. Eine Regelung, welche das Anbringen von politischer Werbung in den eigenen, von der Öffentlichkeit nicht einsehbaren vier Wänden verbietet oder einschränkt, tangiert m.E. den Kerngehalt und ist damit verfassungswidrig.

B. Eigentumsgarantie

Das Anbringen von politischer Werbung auf privatem Grund wird ferner auch durch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) geschützt. Auf diesen Schutz können sich nicht nur die Eigentümerinnen der betreffenden Grundstücke, sondern auch Dienstbarkeitsberechtigte, Mieterinnen oder Besitzer berufen¹⁷.

¹⁵ Vgl. BGer, Urteil 1C_440/2007 vom 25.3.2008 E. 2.3 (Aushänge mit unbewiesenen Verdächtigungen und masslosen bzw. unqualifizierten Vorwürfen gegen die Justizorgane und einzelne Personen).

¹⁶ Vgl. BGE 128 I 3 E. 3e/cc (allerdings im Kontext von Art. 27 BV).

¹⁷ BGE 128 I 295 E. 6a.

Aber auch die Eigentumsgarantie bietet keinen absoluten Schutz. Einschränkungen sind nach Massgabe der Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig. Mit Blick auf die oben (II.-A.) aufgeführten öffentlichen Interessen kann es gerechtfertigt sein, die Nutzungsrechte an privatem Grund, der an öffentlichen Grund anstösst, zu regulieren; mit anderen Worten kann die Nähe zum öffentlichen Grund spezifische Eigentumsbeschränkungen rechtfertigen¹⁸.

C. Rechtsgleichheit

Der Gesetzgeber hat ferner in der Bestimmung des Geltungsbereichs und in der Ausgestaltung der Regelung der Werbung auf privatem Grund das Rechtsgleichheitsgebot (Art.8 Abs.1 BV) zu beachten. Sowohl Differenzierungen als auch der Verzicht auf Differenzierungen müssen durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt werden können¹⁹. *Privilegierungen* der politischen Werbung im Verhältnis zu kommerzieller Werbung sind nicht nur gerechtfertigt, sondern angesichts des hohen demokratischen Werts der Möglichkeiten der politischen Meinungsäusserung geboten. Es verstösst ferner nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot, wenn der Gesetzgeber für politische Werbung, die in unmittelbarem Zusammenhang mit anstehenden Wahlen oder Abstimmungen steht, eine (privilegierende) *Sonderregelung* schafft oder für den Geltungsbereich einer Regelung nach der Grösse oder Erscheinungsform der Werbung oder der Lage des Grundstücks (Zonenzugehörigkeit) unterscheidet.

III. (Einschränkende) Regelungen

A. Bundesebene

Bundesrechtliche Einschränkungen für das Anbringen von Werbung auf privatem Grund ergeben sich zunächst aus dem *Strassenverkehrsrecht*. Demnach dürfen Strassenreklamen die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigen (Art. 6 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 96 SSV). Als Strassenreklamen gelten gemäss Art. 95 Abs. 1 SSV alle Werbeformen und anderen Ankündigungen in Schrift, Bild, Licht, Ton usw., die im Wahrnehmungsbereich der Fahrzeugführenden liegen,

¹⁸ Vgl. BGE 128 I 295 E. 3c/bb, 6b (Werbeverbot für Tabak und Alkohol); vgl. auch BGE 128 I 3 E. 3e/bb.

¹⁹ Statt vieler BGE 147 I 1 E. 5.2 (« Gleiches [ist] nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln »); zum Ganzen MALINVERNI / HOTTETIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER, N 1125 ff.

während diese ihre Aufmerksamkeit dem Verkehr zuwenden (müssen)²⁰. Darunter fallen somit auch Werbebotschaften auf privatem Grund, die im Gesichtsfeld der Fahrzeugführenden liegen, sofern sie deren Aufmerksamkeit beeinträchtigen können. Mit Blick auf ihre Zielsetzung – dem Schutz der Verkehrssicherheit vor störenden Einwirkungen – muss diese Regelung über die kommerzielle Werbung hinaus auch für politische (und andere ideelle) Botschaften gelten²¹. Plakate am Strassenrand oder Fahnen an strassenseitigen Hausfassaden, Fenstern oder Balkonen sind ja gerade auch auf Aussenwirkung angelegt. Ob die Einwirkungen auf die Fahrzeugführenden ein Ausmass annehmen, das zu einer Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit führt, muss im Lichte der konkreten Verhältnisse (insbesondere Standort und Grösse der Reklame usw.) beurteilt werden²². Das Bundesgericht misst dem öffentlichen Interesse der Verkehrssicherheit im Verhältnis zu den wirtschaftlichen Interessen ein grosses Gewicht bei und legt das Beeinträchtigungsverbot relativ streng aus: Demnach reicht bereits eine potenzielle Beeinträchtigung oder eine entfernte, mittelbare Gefährdung aus, um das Vorliegen einer möglichen Verkehrsbeeinträchtigung anzunehmen²³. Das Bundesgericht bejaht eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit selbst dann, wenn zwar eine einzelne Reklametafel für die Verkehrsteilnehmer für sich allein keine nennenswerte Gefahr darstellt, aber in der Summe mit den anderen, bereits bestehenden Reklamen eine Beeinträchtigung droht²⁴. Ob es sich rechtfertigt, das Beeinträchtigungspotenzial für die Verkehrssicherheit zugunsten des öffentlichen Interesses der politischen Meinungsäusserung anders bzw. « milder » zu beurteilen, ist fragwürdig. Angesichts der vielfältigen Alternativen ist eine funktionierende Demokratie nicht darauf angewiesen, Beeinträchtigungen der Verkehrssicherheit aus ideellen Gründen anders zu bewerten als bei kommerzieller Werbung.

Zur Durchsetzung des Beeinträchtigungsverbots statuiert Art. 99 Abs. 1 SSV eine *Bewilligungspflicht*. Demnach bedarf das Anbringen oder Ändern von Strassenreklamen einer Bewilligung der nach kantonalem Recht zuständigen Behörde. Die Kantone können für Strassenreklamen innerorts Ausnahmen von

²⁰ Vgl. im Einzelnen LUCAS, Art. 95 SSV N 4 f.; WALDMANN / KRAEMER, Art. 6 SVG N 5.

²¹ KÜNG, S. 45; WALDMANN / KRAEMER, Art. 6 SVG N 4; VGer BE, Urteil VGE 100.2019.204 vom 17.4.2020 E. 4.1, in: BVR 2020, S. 380 ff.

²² Vgl. BGer, Urteil 1C_192/2019 vom 12.2.2020 E. 3.2.

²³ Vgl. BGer, Urteil 1C_4/2014 vom 2.5.2014 E. 3; Urteil 6P.62/2007, 6S.135/2007 vom 27.10.2007 E. 3.4.1 m.w.H.

²⁴ BGer, Urteil 2A.449/2003 vom 12.3.2004 E. 4.2 (Eigenreklame für ein Café).

der Bewilligungspflicht festlegen (Art. 99 Abs. 2 SSV). In vielen Kantonen beinhaltet die Baubewilligung gleichzeitig die Reklambewilligung, sodass sich die Regelungen zur Ausnahme von der Baubewilligungspflicht auch auf die Reklambewilligung beziehen²⁵. Vorbehalten bleibt in jedem Fall die von Bundesrechts wegen geltende *Baubewilligungspflicht nach Art. 22 RPG* für Bauten und Anlagen²⁶. Je nach dem Auswirkungspotenzial der Werbebotschaft auf die räumliche und bauliche Umgebung kann u.U. auch das Anbringen von Fahnen an Gebädefassaden, Balkonen oder das Aufstellen von kleinen Plakaten in Vorgärten baubewilligungspflichtig sein.

B. Kantonale und kommunale Ebene

Im kantonalen Recht stehen die Regelungen zur Umsetzung der Bundesregelung im Strassenverkehrsrecht (Art. 106 Abs. 2 SVG) im Vordergrund. Darüber hinaus finden sich kantonale Vorschriften zum Umfang der Baubewilligungspflicht, welche die von Bundesrechts wegen geltende Baubewilligungspflicht (Art. 22 RPG) hinsichtlich einzelner Vorhaben (wie z.B. Reklamen oder Reklameträger) konkretisieren. Das Bundesrecht steht ergänzenden Vorschriften über (Strassen-)Reklamen nicht entgegen²⁷. Den Kantonen bleibt es damit vorbehalten, die politische Werbung auf privatem Grund aus Gründen des Orts-, Denkmal-, Landschafts- oder Naturschutzes weiter einzuschränken. In diesem Rahmen können die Kantone – und im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch die Gemeinden – für das Anbringen von Reklamen materiellrechtliche Vorgaben (z.B. hinsichtlich des Standorts der Anbringung, der Anzahl, der Grösse und Gestaltung usw.²⁸) machen, Bewilligungs- oder Meldepflichten einführen oder gar Verbote statuieren. In der Ausgestaltung dieser Vorschriften bleiben sie an die Grundrechte gebunden und haben der demokratischen Funktion der politischen Meinungsäusserung hinreichend Rechnung zu tragen.

Die Durchsicht der kantonalen Rechtsgrundlagen zeigt ein vielfältiges Bild, das hier nur bruchstückhaft wiedergegeben werden kann:

²⁵ Vgl. z.B. für den Kanton Aargau § 3 Abs. 2 Gesetz über den Vollzug des Strassenverkehrsrechtes; ferner für den Kanton Bern Art. 32 Abs. 2 BauG i.V.m. Art. 6a und Art. 7 BewD; dazu VGer BE, Urteil VGE 100.2019.204 vom 17.4.2020 E. 5–6; in: BVR 2020, S. 380 ff.

²⁶ WEISSENBERGER, Art. 6 N 8.

²⁷ Vgl. für das Strassenverkehrsrecht Art. 100 SSV; für das Raumplanungsrecht statt vieler BGer, Urteil 1C_123/2021 vom 28.3.2022 E. 3.1 m.w.H.

²⁸ Vgl. z.B. Art. 4 ff. RLPR/VD.

- Einige Kantone kennen spezifische Erlasse zum Reklamewesen²⁹, während andere entsprechende Bestimmungen in ihre Planungs- und Bau- bzw. Strassengesetzgebung integriert haben³⁰. Im Rahmen der kantonalrechtlichen Vorgaben bleibt in der Regel Raum für ergänzende kommunale Vorschriften³¹.
- Der Begriff der «Reklame» bestimmt sich nach dem jeweiligen Geltungsbereich des Erlasses. Teilweise finden sich Legaldefinitionen, die den Begriff mehr oder weniger weit fassen³² und dabei explizit³³ oder zumindest implizit³⁴ auch politische Werbebotschaften einschliessen. Dabei wird der Geltungsbereich der Regelung ausdrücklich³⁵ oder stillschweigend auf vom Aussenbereich sichtbare Werbung beschränkt.
- Die Erlasse statuieren in unterschiedlicher Dichte und Reichweite Bewilligungspflichten und enthalten Vorschriften zur Aufstellung und zur Ausgestaltung der Reklamen. In praktisch allen Kantonen finden sich Ausnahmen von der Bewilligungspflicht für Abstimmungs- und Wahlplakate, wobei diese Ausnahmen regelmässig auf Plakate von einer gewissen Grösse bzw. das Anbringen während eines bestimmten Zeitraums beschränkt sind³⁶; ausserdem werden für Plakate an gewissen («sensiblen») Standorten Gegenausnahmen festgelegt³⁷. Ob auch einfache Fahnen unter die zeitlich beschränkte Ausnahmeregelung fallen oder gänzlich vom Geltungsbereich der Bewilligungspflicht oder gar der

²⁹ Vgl. z.B. RekG/FR; LPR/GE; LPR/VD; ferner Verordnung über Reklamen/BL; Reklameverordnung/GL; Ordonnance concernant la réclame/JU; Reklameverordnung/LU; ReklV/NW; Verordnung über das Reklamewesen/UR. Der Kanton Solothurn kennt eine eigene Verordnung über Abstimmungs- und Wahlplakate.

³⁰ Vgl. z.B. in den Kantonen AG, AR, BE, BS, SZ, ZG oder ZH. In den Kantonen BL, LU und NW ergänzen die Reklameverordnungen die Vorschriften im kantonalen Planungs- und Baugesetz.

³¹ Vgl. z.B. § 105 Abs. 3 und § 105a Abs. 3 RBG/BL.

³² Vgl. z.B. § 70 ABPV/BS; Art. 2 LPR/GE; § 3 Reklameverordnung/LU; § 3 ReklV/NW.

³³ Vgl. z.B. § 3 Abs. 2 ReklV/NW («nichtwirtschaftliche Zwecke»); Art. 3 Abs. 1 LPR/VD («de quelque nature qu'ils soient»).

³⁴ Vgl. z.B. § 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 lit. e Reklameverordnung/LU.

³⁵ Vgl. z.B. § 2 Abs. 1 Reklameverordnung/LU («im Freien»); § 3 Abs. 1 ReklV/NW; Art. 3 Abs. 1 LPR/VD («perceptibles à l'extérieur par le public»).

³⁶ Vgl. statt vieler § 6 Abs. 1 lit. e Reklameverordnung/LU («Reklamen für Wahlen und Abstimmungen von höchstens 3,5 m² während 6 Wochen vor und 5 Tagen nach dem Wahl- oder Abstimmungstag»); § 49 Abs. 3 BauV/AG (Plakate bis max. 3,5 m² frühestens 8 Wochen und spätestens 1 Woche nach Wahl oder Abstimmung); § 105a Abs. 1 RBG/BL; § 24b Strassenverordnung/SZ.

³⁷ Vgl. z.B. Art. 7 BewD/BE (Einschränkung der Bewilligungsfreiheit für Reklamen ausserhalb der Bauzone oder für Reklamen, die u.a. ein Ortsbildschutzgebiet oder ein Baudenkmal betreffen).

gesetzlichen Regelung ausgenommen bleiben, ist durch Auslegung zu ermitteln³⁸.

IV. Würdigung

Die meisten der genannten Rechtsgrundlagen stammen aus einer Zeit, in welcher politische Werbebotschaften in erster Linie auf Abstimmungs- und Wahlplakaten in Erscheinung traten. Solche Plakate gibt es immer noch. Das Forum für politische Meinungsäusserung im öffentlichen Raum³⁹ hat indes mit dem Aufhängen von Fahnen auf Balkonen und dem Anbringen von politischen Botschaften an Hausfassaden eine Erweiterung erfahren. Solche Werbeträger beschränken sich nicht mehr auf die Periode des Abstimmungskampfs zu konkreten Vorlagen, sondern werden bereits vor der oder gleichzeitig mit der Lancierung eines Volksbegehrens aufgestellt oder sollen auch nach dem Abstimmungstermin die Diskussion aufrechterhalten. Dazu kommen Fahnen mit allgemeinen politischen Meinungsäusserungen, die weder mit einer in Aussicht stehenden noch mit einer vergangenen Volksabstimmung in Zusammenhang stehen.

Die Anwendung der bestehenden Rechtsgrundlagen bereitet in der Praxis immer wieder Mühe. So hat das Berner Verwaltungsgericht die Annahme der Vorinstanz, dass das Anbringen eines Schriftzuges und eines Plakats mit einer politischen Meinungsäusserung an einer Hausfassade der Baubewilligungspflicht untersteht, in grundrechtskonformer Auslegung der bestehenden Vorschriften infrage gestellt und den Fall zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz zurückgewiesen⁴⁰. In Luzern hat der Stadtrat auf ein Postulat, das die ungleiche Anwendung der kantonalen Reklameverordnung für ein Plakat monierte, das sich gegen ein Verkehrsbauprojekt richtete, mit dem Hinweis reagiert, dass angesichts des unverhältnismässigen Aufwands aus Opportunitätsgründen auf eine Kontrolltätigkeit für solche politischen Plakate verzichtet werden und solche Meinungsäusserungen bis zu einem gewissen

³⁸ Einige Regelungen begrenzen die Bewilligungsfreiheit nicht auf Plakate, sondern allgemein auf (politische) *Reklamen* (vgl. § 6 Reklameverordnung/LU); Art. 6a Abs. 2 BewD/BE erklärt Vorhaben, die von gleicher oder geringerer Bedeutung als die in Art. 6a genannten als bewilligungsfrei. Gemäss § 17 Abs. 1 Ziff. 4 ReklV/NW bedürfen *Fahnen und Flaggen* keiner Bewilligung. Art. 3 Abs. 3 lit. c LPR/VD nimmt das vorübergehende Anbringen von politischer (oder religiöser) *Werbung* an Gebäuden vom Geltungsbereich des Gesetzes aus.

³⁹ Vgl. zur Bedeutung des öffentlichen Raums für die politische Meinungsbildung MOECKLI, S. 263 ff.

⁴⁰ VGer BE, Urteil 100.2019.204 vom 17.4.2020, in: BVR 2020, S. 380 ff.

Grad toleriert werden müssten⁴¹. Inzwischen ist im Kanton Luzern ein Postulat eingereicht worden, das die Prüfung einer Anpassung der kantonalen Reklameverordnung verlangt, um das Anbringen von Fahnen oder Plakaten an privaten Gebädefassaden im Rahmen der politischen Meinungsäusserung zu erlauben⁴².

In der Tat besteht hinsichtlich der rechtlichen Behandlung von Fahnen und Plakaten, die nicht im unmittelbar zeitlichen Zusammenhang oder in gar keinem sachlichen Konnex mit einem Abstimmungskampf stehen, eine grosse Unsicherheit. Vielerorts scheint man davon auszugehen, dass solche Formen der politischen Werbung nicht unter die geltenden Regelungen fallen, während sie anderswo aus Opportunitätsgründen toleriert werden. Diese Situation ist nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit unbefriedigend. Zum hinreichenden Schutz von Ortsbildern, Denkmälern oder Landschaften können einschränkende Regelungen zur politischen Werbung auf privatem Grund auch für Fahnen oder Plakate an Hauswänden geboten sein. Um dem hohen Stellenwert der politischen Rechte gebührend Rechnung zu tragen, müssten die bestehenden Regelungen allerdings angepasst und die Ausnahmen von der Bewilligungspflicht entsprechend erweitert werden.

⁴¹ Stadtrat Luzern, Stellungnahme zum Postulat 302, StB 814 vom 18.12.2019, https://www.stadtluzern.ch/_docn/2426486/Stellungnahme_zum_Postulat_302.pdf (besucht am 20.10.2022). Das Postulat wurde vom Stadtrat am 30.1.2020 abgelehnt.

⁴² Postulat P 935 über eine Anpassung der Reklameverordnung an die politische Praxis vom 12.9.2022, https://www.lu.ch/kr/mitglieder_und_organe/mitglieder/mitglieder_detail?Id=8e3965dcfe5f4a1cadc8e06681c76e9d (besucht am 20.10.2022).

Bibliographie

- HOTTELIER, MICHEL / MCGREGOR, ELEANOR, La liberté d'expression : regards croisés sur ses sources, son contenu et ses fonctions, in: Cahiers de la recherche sur les droit fondamentaux 2010, Vol. 8, S. 11 ff.
- KÜNG, MANFRED, Strassenreklamen im Verkehrs- und Baurecht, unter besonderer Berücksichtigung der Bestimmungen und der Praxis in Stadt und Kanton Zürich, Diss. Zürich 1990
- MALINVERNI, GIORGIO / HOTTELIER, MICHEL / HERTIG RANDALL, MAYA / FLÜCKIGER, ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4.A., Bern 2021
- MOECKLI, DANIEL, Politische Werbung auf öffentlichem Grund, recht 2013, S. 263 ff.
- LUCAS, DAVID, Art. 95 SSV, in: David Lucas (Hrsg.), Werberecht Kommentar, 2.A., Zürich 2010
- WALDMANN, BERNHARD / KRAEMER, RAPHAEL, Art. 6 SVG, in: Niggli, Marcel A. / Probst, Thomas / Waldmann, Bernhard (Hrsg.), Basler Kommentar Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014
- WEISSENBARGER, PHILIPPE, Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz, Mit Änderungen nach Via Sicura, 2.A., Zürich/St. Gallen 2015

Rechtsquellen

AG

Bauverordnung (BauV) vom 25.5.2011 (SAR 713.121)

Gesetz über den Vollzug des Strassenverkehrsrechtes vom 6.3.1984 (SAR 991.100)

BE

Baugesetz (BauG) vom 9.6.1985 (BSG 721.0)

Dekret über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD) vom 22.3.1994 (BSG 725.1)

BL

Raumplanungs- und Baugesetz (RBG) vom 8.1.1998 (SGS 400)

Verordnung über Reklamen vom 29.10.1996 (SGS 481.12)

BS

Ausführungsbestimmungen zur Bau- und Planungsverordnung (ABPV) vom 29.3.2018 (SG 730.115)

FR

Gesetz über die Reklamen (RekG) vom 6.11.1986 (SGF 941.2)

GE

Loi sur les procédés de réclame (LPR) vom 9.6.2000 (rsGE F 3 20)

GL

Verordnung über das Plakat- und Reklamewesen an öffentlichen Strassen (Reklameverordnung) vom 22.4.1981 (GS VII C/11/3)

JU

Ordonnance concernant la réclame extérieure et sur la voie publique vom 6.12.1978 (RSJU 701.251)

LU

Planungs- und Baugesetz (PBG) vom 7.3.1989 (SRL 735)

Reklameverordnung vom 3.6.1997 (SRL 739)

NW

Verordnung über die Aussen- und Strassenreklame (Reklameverordnung, RekIV) vom 17.5.1989 (NG 611.12)

SO

Verordnung über Abstimmungs- und Wahlplakate vom 22.6.2015 (BGS 113.114)

SZ

Strassenverordnung vom 18.1.2000 (SRSZ 442.111)

UR

Verordnung über das Reklamewesen vom 7.4.1976 (RB 70.1411)

VD

Loi sur les procédés de réclame (LPR) vom 6.12.1988 (RSV 943.11)

Règlement d'application de la loi du 6 décembre 1988 sur les procédés de réclame (RLPR) vom 31.1.1990 (RSV 943.11.1)