sui generis

Analysen und Perspektiven
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts
der Universität Zürich

CHEN

Unter Gleichen

Herausgegeben von Lukas Hussmann, Nicole Nickerson
Arezoo Sang Bastian und Youlo Wujohktsang

Beitrag von Martin Wilhelm

**Rechtsgleiche Zulassung
von Privaten zur Nutzung von
Verwaltungsvermögen**

Erschienen in APARIUZ XXII

APARIUZ XXII: Unter Gleichen

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen.

1. Auflage 25. Juli 2021 – © 2021 bei den Autorinnen

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert
(CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).

Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen
Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-19-3

DOI: 10.38107/019

Rechtsgleiche Zulassung von Privaten zur Nutzung von Verwaltungsvermögen

© 2021 Martin Wilhelm

DOI: 10.38107/019-07

www.suigeneris-verlag.ch

Martin Wilhelm

Rechtsgleiche Zulassung von Privaten zur Nutzung von Verwaltungsvermögen

I. Einleitung	102
----------------------	-----

II. Anspruch auf rechtsgleiche Zulassung zur Nutzung von Verwaltungsvermögen	105
1. Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage	105
2. Anspruch auf rechtsgleiche Rechtsgrundlage	107
a) Grundlegende Dogmatik	107
b) Zulässige Differenzierungen	109
c) Differenzierungsschranken	112
3. Anspruch auf rechtsgleiche Anwendung der Rechtsgrundlage	113
4. Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung bei gesetzesfreiem Handeln	113

III. Bedingter Anspruch auf ausserordentliche Nutzung	114
1. Herkömmliche Dogmatik	114
2. Vorgesehene Nutzungen	114
3. Nicht vorgesehene Nutzungen	115

IV. Fazit	116
------------------	-----

I. Einleitung

Lässt der Staat Private zur Nutzung von Verwaltungsvermögen¹ zu, so stellt sich die Frage, ob er gleichzeitig unerwünschte Nutzungen ausschliessen kann. Bekannte Beispiele aus der Rechtsprechung sind die *Ganzbemalung* eines Busses der Luzerner Verkehrsbetriebe mit dem Slogan «Im Kanton Luzern leben mehr Schweine als Menschen – warum sehen wir sie nie?»,² die Vermietung eines Veranstaltungssaals der Stadt Genf an den mit antisemitischen Äusserungen aufgefallenen französischen Komiker *Dieudonné*³ und der Aushang eines israelkritischen *Palästina-Plakates* im Zürcher Hauptbahnhof.⁴

Ein Vergleich der Fälle offenbart Diskrepanzen. Bei der *Ganzbemalung* hat das Bundesgericht im Jahr 2001 zunächst geprüft, ob die Voraussetzungen eines bedingten Anspruchs auf ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen gegeben waren. Nicht in Frage stand dabei die *Vereinbarkeit mit der Zweckbestimmung* der öffentlichen Sache, einen *Mangel an geeigneten Alternativen* verneinte das Bundesgericht jedoch.⁵ Im Anschluss dazu prüfte das Bundesgericht, ob ein Anspruch auf Gleichbehandlung vorlag, was es aufgrund überwiegender Interessen der Verkehrsbetriebe aber verneinte.⁶ In den Entscheiden *Dieudonné* und *Palästina-Plakat* aus den Jahren 2010 bzw. 2012 prüfte es die Verweigerung des Zugangs zur Nutzung hingegen in erster Linie als Einschränkung der Meinungsfreiheit; die Frage nach dem Bestand und der Relevanz geeigneter Alternativen blieb aussen vor, ebenso die Interessen der entsprechenden Verwaltungsträger.⁷ Folgt man dieser Rechtsprechungslinie, besteht bei vorgesehenen Nutzungen, die in den Schutzbereich eines ideellen Grundrechts fallen,⁸ ein bedingter Nutzungsanspruch

1 Der Begriff bezeichnet jene öffentlichen Sachen, die einem beschränkten Kreis von Benutzenden unmittelbar durch seinen Gebrauchswert der Besorgung öffentlicher Aufgaben dienen und entsprechend abzugrenzen sind vom Finanzvermögen und von den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, vgl. BGE 138 I 274, E. 2.3.2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2205 ff.; ausführlich MARKUS HEER, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, Diss. 2005, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 5 ff.

2 BGE 127 I 84.

3 BGer, Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 = RDAF 2011 I, S. 48 ff.

4 BGE 138 I 274.

5 BGE 127 I 84, E. 4b; ausführlich zu den Voraussetzungen eines bedingten Anspruchs auf die Nutzung von Verwaltungsvermögen, unten S. 114.

6 BGE 127 I 84, E. 4c f.

7 Vgl. BGer, Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 = RDAF 2011 I, S. 48 ff., E. 5 f.; BGE 138 I 274, E. 3.2 ff.

8 Dazu unten S. 114.

im Grundsatz immer; wobei ihm im konkreten Fall über polizeiliche Gesichtspunkte hinaus auch weitere öffentliche oder private Interessen entgegenstehen können.⁹

Aus einer grundrechtsfreundlichen Sicht mag diese Entwicklung auf den ersten Blick begrüssenswert erscheinen. Der Staat ist grundsätzlich umfassend an die Grundrechte gebunden; «privatautonome Willkür» steht ihm nicht einmal bei privatrechtlichem Handeln zu.¹⁰ Es lässt sich aber fragen, ob bei der Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private nicht stärker als bei der Nutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch die vom Staat verfolgten Interessen wie auch seine Eigeninteressen berücksichtigt werden müssten.¹¹ Schliesslich steht bei Verwaltungsvermögen gerade nicht die Nutzung durch die Allgemeinheit im Vordergrund.¹² Bedenkenswert erscheint deshalb, ob bei vorgesehenen Nutzungen nicht primär ein *rechtsgleicher Zugang* zu fordern ist statt einer grundsätzlichen Zugänglichkeit für alle bei kleinstmöglichen staatlichen Eingriffen.¹³

Der vorliegende Beitrag geht diesen Fragen nach, indem er zunächst untersucht, in welchem Rahmen ein Anspruch auf rechtsgleiche Zulassung zur Nutzung von Verwaltungsvermögen besteht.¹⁴ Anschliessend wird erörtert, inwiefern die Freiheitsrechte einen darüber hinausgehenden Nutzungsanspruch zu vermitteln vermögen.¹⁵ Dabei wird auch diskutiert, inwiefern das Kriterium mangelnder Alternativen relevant für den Bestand eines Nutzungsanspruchs ist.

9 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2219af.

10 Vgl. BGE 127 I 84, E. 4c, m.H.

11 Vgl. FELIX UHLMANN, Kulturinstitutionen unter staatlicher, privater und gemeinsamer Verantwortung – unter besonderer Berücksichtigung des Public Private Partnership (PPP), in: Peter Mosimann / Beat Schönenberger (Hrsg.), Kunst & Recht 2019, Bern 2019, S. 43 ff., 47.

12 Die bei der Zulassung von gesteigertem Gemeingebrauch vorzunehmende Interessenabwägung lässt zwar die Berücksichtigung von über die polizeiliche Gefahrenabwehr hinausgehenden öffentlichen und privaten Interessen zu, vgl. ausführlich ANDRÉ W. MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Diss. 2010, Bern 2011, S. 529 ff. Die Interessenabwägung dient aber insbesondere der «zweckmässigen Nutzung der vorhandenen Anlagen im Interesse der Allgemeinheit und der Anwohner», siehe BGE 132 I 256, E. 3.

13 Dies im Einklang mit der herkömmlichen Rechtsprechung und Lehre, vgl. BGE 127 I 84, E. 4c; 98 Ia 362, E. 5a.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2219; PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 50 Rz. 3; MOSER (Anm. 12), S. 201 f.

14 Unten S. 105 ff.

15 Unten S. 114 ff.

Bei der Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private ist zunächst an die *ausserordentliche Nutzung* von Verwaltungsvermögen zu denken, die sich dadurch auszeichnet, dass sie nicht dessen bestimmungsgemäsem Gebrauch entspricht.¹⁶ Gemeint sind allerdings oft Nutzungen, denen nichts Ungewöhnliches anhaftet – die Nutzung von dem Verwaltungsvermögen zugehörigen Verkaufs- oder Werbeflächen ist in aller Regel vorgesehen und findet regelmässig oder dauerhaft statt. Diesen Umstand beschreiben die Begriffe der *Randnutzung* oder der *Nebennutzung* besser.¹⁷ Darüber hinaus sind private Nutzungen teilweise auch den ordentlichen Nutzungen zuzurechnen, so etwa, wenn Opern- oder Theatersäle mindestens teilweise für private Aufführungen bestimmt sind.¹⁸ In einem Entscheid zum Genfer *Grand Théâtre* scheint das Bundesgericht ordentliche Nutzung gar mit gesetzeskonformer Nutzung gleichzusetzen («conforme au droit»).¹⁹ Dies widerspricht zwar der herkömmlichen Begriffsbestimmung – ansonsten hätte es sich auch im Fall des *Palästina-Plakates* nicht um eine ausserordentliche,²⁰ sondern um eine ordentliche, da gesetzeskonforme Nutzung handeln müssen.²¹ Es ist aber insofern schlüssig, als es für die dogmatische Behandlung eines Nutzungsbegehrens tatsächlich entscheidend ist, ob die entsprechende Nutzung vorgesehen ist oder nicht.²² Um diesem Umstand Rechnung zu tragen und mehrdeutige Begriffsverwendungen möglichst auszuschliessen, unterscheidet dieser Beitrag zwischen *vorgesehenen* und *nicht vorgesehenen* Nutzungen. Nicht behandelt wird die dem Entscheid über den Zugang zur

16 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2212; MOSER (Anm. 12), S.200.

17 Anders HEER (Anm. 1), S.18, der Randnutzungen und ausserordentliche Nutzungen gleichsetzt. Vgl. zu den beiden Begriffen auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2214; PIERRE MOOR/FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL, *Droit administratif*, Volume III: L'Organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2. Aufl., Bern 2018, S.759; MOSER (Anm. 12), S.200.

18 Das Bundesgericht stufte jedenfalls die verlangte Nutzung in BGer, Urteil 2C_719/2016 vom 24. August 2017 = SJ 2018 I, S.41 ff., E. 3.5, als widmungsgemäss («conforme à l'affectation») ein, vgl. dazu MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (Anm. 17), S.759. In BGer, Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 = RDAF 2011 I, S.48 ff., verzichtete das Bundesgericht auf die Prüfung der Voraussetzungen für einen bedingten Anspruch auf ausserordentliche Nutzung, folglich ging es auch da von einer ordentlichen Nutzung aus.

19 BGer, Urteil 2C_719/2016 vom 24. August 2017 = SJ 2018 I, S.41 ff., E. 3.3.1

20 Vgl. BGE 138 I 274, E. 2.3.3.

21 Gerade bei grossen Bahnhöfen, die heute nicht nur dem öffentlichen Verkehr, sondern unter anderem auch als Einkaufszentren, Veranstaltungsorte und Treffpunkte dienen, sind ein Nebeneinander und auch eine Überlagerung verschiedener vorgesehener Nutzungsformen zu konstatieren, so dass man sich bisweilen fragen mag, ob überhaupt noch eine klare Hauptnutzung ausgemacht werden kann.

22 Vgl. unten S.115.

Nutzung von Verwaltungsvermögen nachgelagerte Frage, wie aus mehreren grundsätzlich Nutzungsberechtigten auszuwählen ist, wenn die Kapazitäten beschränkt sind.²³

II. Anspruch auf rechtsgleiche Zulassung zur Nutzung von Verwaltungsvermögen

1. Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage

Nach heute unbestrittener Auffassung gilt das Legalitätsprinzip i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BV²⁴ für das gesamte staatliche Handeln.²⁵ Es gilt damit auch für die Leistungsverwaltung²⁶ und für die wirtschaftende Verwaltung,²⁷ wobei in beiden Bereichen geringere Anforderungen an die Bestimmtheit der (formell-)gesetzlichen Grundlagen gestellt werden als in der Eingriffsverwaltung.²⁸ Im Bereich der Leistungsverwaltung können nach dem Bundesgericht für «einmalige Vorhaben, bei denen sich keine Probleme der Gleichbehandlung und der Voraussehbarkeit stellen», schon allgemeine Ziel- und Aufgabennormen auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe eine hinreichende Rechtsgrundlage bilden.²⁹

Für – fiskalisch motivierte – Randnutzungen werden in der Lehre ebenfalls gewisse Relativierungen des Legalitätsprinzips erwogen. So wird generell die Notwendigkeit einer (formell-)gesetzlichen Grundlage in Frage gestellt, da aufgrund der beschränkten Auswirkungen von Randnutzungen auf die Privatwirtschaft das Bedürfnis nach politischer Legitimation gering sei.³⁰ Weiter wird erwogen, ein Verwaltungsträger mit einer gewissen unternehmerischen Freiheit könnte unter Umständen implizit zur Gewährung von

23 Vgl. dazu HEER (Anm. 1), S. 62 ff.

24 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

25 Vgl. anstelle vieler GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 5 N 7.

26 Grundlegend BGE 103 Ia 369, E. 5 f.; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 379 ff., m.w.H.

27 BGE 138 I 378, E. 7.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 381; FELIX UHLMANN, Legalitätsprinzip, in: Oliver Diggelmann / Maya Hertig Randall / Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. II, S. 121 ff., Rz. 36.

28 BGE 138 I 378, E. 7.2; RENÉ RHINOW / GERHARD SCHMID / GIOVANNI BIAGGINI / FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 18 Rz. 111.

29 BGE 118 Ia 46, E. 5b.

30 STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss. Zürich 2000, S. 252 f.

Randnutzungen befugt sein.³¹ Zudem wird auf die Nähe von Randnutzungen zur Verwaltung von Finanzvermögen hingewiesen sowie vorgebracht, eine Randnutzung ohne gesetzliche Grundlage könne etwa zum Zweck von Nutzungsexperimenten erforderlich sein.³²

Für die Notwendigkeit einer formellgesetzlichen Grundlage für *vorgesehene, wiederkehrende Randnutzungen* spricht unter dem Blickwinkel der *Wirtschaftsfreiheit*, dass die staatliche Konkurrenzierung Dritter demokratisch legitimiert und vorhersehbar sein sollte.³³ Unter dem Gesichtspunkt der *demokratischen Legitimation* lässt sich darüber hinausgehend postulieren, dass die Grundsatzentscheidung über eine kommerzielle Randnutzung von Verwaltungsvermögen vom Gesetzgeber getroffen werden sollte. Man mag zwar aus der Sicht des sparsamen Umgangs mit öffentlichen Mitteln Randnutzungen für angezeigt halten, doch kann man darin genauso gut eine unerwünschte (oder im Einzelfall übermässige) Kommerzialisierung von steuerfinanziertem Staatsvermögen sehen.³⁴ *Somit sollten das Ob und in Grundzügen auch das Wie bzw. das Ausmass der Randnutzungen meines Erachtens in einem formellen Gesetz geregelt sein.* Um den genannten Funktionen des Legalitätsprinzips Rechnung zu tragen, darf die Regelung nicht zu pauschal ausfallen.³⁵

Für die Notwendigkeit einer zumindest rechtssatzmässigen Grundlage spricht weiter die *Rechtsgleichheit*. Dies ergibt sich aus der Funktion des Legalitätsprinzips, rechtsgleiches Handeln der Verwaltungsbehörden zu gewährleisten.³⁶ Um rechtsgleichen Zugang zur Nutzung von Verwaltungsvermögen zu gewährleisten, muss nicht nur die Möglichkeit einer bestimmten Randnutzung erkennbar sein, sondern *müssen auch die Modalitäten des Zugangs*

31 FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Diss. 1996, Basel 1997, S.250f.

32 UHLMANN (Anm. 31), S.250.

33 HEER (Anm. 1), S.109ff.; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Anm. 28), §18 Rz. 111; zum Schutz des Individuums vor staatlichen Eingriffen, der Gewährleistung von Rechtssicherheit und der demokratischen Legitimation als Funktionen des Legitimitätsprinzips vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 329ff.

34 Vgl. zur ersten Sicht UHLMANN (Anm. 31), S.250, der auf die deutsche Rechtsprechung verweist, wonach sich die Kompetenz zu Randnutzungen aus verwaltungsökonomischen Überlegungen ergebe.

35 Zur Frage entsprechender Grenzen vgl. UHLMANN (Anm. 31), S.251. HEER (Anm. 1), S.111f., geht davon aus, dass die ordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens vorgehe und deshalb der Spielraum für Randnutzungen abschätzbar sei. In der Praxis muss dieser Vorrang aber nicht immer so klar sein, wie etwa das Beispiel der Nutzung der alten Bahnhofshalle des Zürcher Hauptbahnhofs für (den Verkehrsfluss behindernde) Veranstaltungen zeigt. Dies spricht für eher konkretere Regelungen.

36 Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 330; MATTHIAS OESCH, Differenzierung und Typisierung, Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Habil., Bern 2008, S.93.

*rechtssatzmässig geregelt sein.*³⁷ Während für die Rechtsgleichheit zunächst zentral ist, dass eine Regelung besteht, so verlangt sie unter Umständen auch, gewisse Einschränkungen eines grundsätzlich gewährten Zugangs formellgesetzlich zu regeln. So wird in der Lehre postuliert, Ungleichbehandlungen benötigten eine formellgesetzliche Grundlage, soweit sie einer *externen Zweckverfolgung geschuldet* sind.³⁸

Soweit die Zweckbestimmung von Verwaltungsvermögen in der Nutzung durch Private besteht, es sich also um eine *ordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private* handelt, ergibt sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage bereits daraus, dass die staatliche Tätigkeit auch für Ausgaben (die durch die Bereitstellung des Verwaltungsvermögens anfallen) eine ausreichende gesetzliche Grundlage erfordert.³⁹ Auch hier kommt die Rechtsgleichheit zu tragen, die wie erwähnt erfordert, dass die Möglichkeit einer Nutzung von Verwaltungsvermögen erkennbar ist und dass die Modalitäten des Zugangs rechtssatzmässig festgelegt sind.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Staat eine (formell-) *gesetzliche Grundlage zu schaffen* hat, wenn er die Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private vorsehen will. Zudem hat er die *Modalitäten des Zugangs rechtssatzmässig festzulegen*. Einmaligen Nutzungen ohne spezifische gesetzliche Grundlage und ohne rechtssatzmässige Regelung der Modalitäten wird dies wohl nicht entgegenstehen, soweit die im erwähnten Entscheid aufgeführten Voraussetzungen (keine Probleme der Gleichbehandlung und der Vorausssehbarkeit; Erfassung zumindest durch allgemeine Ziel- und Aufgabennormen)⁴⁰ erfüllt sind.

2. Anspruch auf rechtsgleiche Rechtsgrundlage

a) Grundlegende Dogmatik

Eine gesetzliche Regelung der Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private muss sich als rechtsgleich erweisen, d.h., sie muss die Anforderungen erfüllen, die sich aus der Rechtsgleichheit an die Rechtsetzung ergeben.⁴¹

37 Vgl. HEER (Anm. 1), S.111f.

38 Vgl. OESCH (Anm. 36), S.332 ff., m.w.H.; dazu unten S.108.

39 Vgl. UHLMANN (Anm. 27), Rz. 36.

40 BGE 118 Ia 46, E. 5b; vgl. oben S.105f.

41 Vgl. ausführlich zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsetzung BSK BV-WALDMANN, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITET), Art. 8 N 28 ff.; BIAGGINI (Anm. 25), N 10 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 576 ff.

Auf den Punkt gebracht, hält eine gesetzliche Regelung vor Art. 8 Abs. 1 BV stand, wenn sich Ungleichbehandlungen bzw. Differenzierungen wie auch Gleichbehandlungen bzw. Schematisierungen als *vernünftig* und *sachgerecht* erweisen.⁴²

Was vernünftig und sachgerecht ist, kann nicht einheitlich, sondern muss unter Berücksichtigung der Eigenheiten des fraglichen Regelungsgegenstandes und auch unter Rückgriff auf materielle Gerechtigkeitsvorstellungen beantwortet werden.⁴³ In der Praxis haben sich deshalb für verschiedene Regelungsgegenstände bestimmte Gerechtigkeitsmassstäbe etabliert wie etwa die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei der Besteuerung.⁴⁴ Auch sogenannte *externe Regelungszwecke*, also Differenzierungsmotive, die nicht auf Gerechtigkeit, sondern einen anderen Zweck abzielen, können zulässig sein.⁴⁵ In der Lehre wird postuliert, dass externen Regelungszwecken dienende Ungleichbehandlungen eine formellgesetzliche Grundlage erfordern⁴⁶ und dass sie einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten müssen.⁴⁷ Letzterem ist das Bundesgericht beim Zürcher *Kampfhundeverbot* gefolgt.⁴⁸ Gerade dieser Fall illustriert allerdings die Schwierigkeit, interne und externe Regelungszwecke abzugrenzen. So ist sich die Lehre uneins, ob beim Kampfhundeverbot eine interne oder externe Zweckverfolgung vorlag. Ersteres hätte insofern eine Verhältnismässigkeitsprüfung erfordert, als eine Abweichung von der Rechtsgleichheit mit überwiegenden Interessen begründet werden muss, Letzteres insofern, als die Schematisierung und damit die ungenügende Differenzierung in Bezug auf den zu regelnden Gegenstand – hier die Gefährlichkeit der Hunde – mit überwiegenden Interessen begründet werden muss.⁴⁹

Ungeachtet dieser dogmatischen Differenzen ist es meines Erachtens plausibel, dass Differenzierungen, soweit nicht ein anerkannter Differenzierungsmassstab gegeben ist, daran zu messen sind, ob das Interesse am mit

42 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 30; BIAGGINI (Anm. 25), N 10 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 576.

43 Exemplarisch zeigt sich dies etwa an der Frage der Zulässigkeit eines degressiven Steuertarifs, vgl. BGE 133 I 206, E. 8.1 ff.; siehe dazu auch OESCH (Anm. 36), S. 231 f.

44 Vgl. OESCH (Anm. 36), S. 215 ff., insb. 220 f., 223.

45 Vgl. OESCH (Anm. 36), S. 221 ff., 331 ff.

46 Vgl. OESCH (Anm. 36), S. 221 ff., 332 ff.

47 Vgl. OESCH (Anm. 36), S. 223 ff.; RENÉ WIEDERKEHR, Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen: Gilt Art. 36 BV auch bei der Einschränkung der Rechtsgleichheit?, AJP 4/2008, S. 394 ff., 402; BERNHARD RÜTSCHKE, Die Rechtsgleichheit in Bewegung: Dogmatische Fortbildung von Art. 8 Abs. 1 BV, AJP 9/2013, S. 1321 ff., 1323.

48 Vgl. BGE 136 I 1, E. 4.3.2.

49 Vgl. zu ersterer Variante OESCH (Anm. 36), S. 229 ff., und zu letzterer RÜTSCHKE (Anm. 47), S. 1330; siehe auch WIEDERKEHR (Anm. 47), S. 405.

ihnen verfolgten Regelungsziel das Interesse an einer Gleichbehandlung überwiegt.⁵⁰ Dies zeigt auch ein Beispiel aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, bei dem eine eher komplexe Beurteilung der Zulässigkeit einer (anspruchsausschliessenden) Differenzierung vorzunehmen war. Es ging dabei um die Anerkennung der Sektion Waadt der Studentenverbindung *Zofingia* als universitäre Vereinigung der Universität Lausanne, womit unter anderem auch ein (bedingter) Anspruch auf Nutzung von Räumen der Universität verbunden war.⁵¹ Das Bundesgericht löste den Fall, der auch die Vereinigungsfreiheit tangierte, formal unter dem Titel einer Grundrechtskollision. In der Sache nahm es eine Abwägung zwischen dem Interesse am Regelungsziel (Sanktionierung der Diskriminierung von Frauen) und den entgegenstehenden Interessen der Studentenverbindung an einer rechtsgleichen Behandlung und der Vereinigungsfreiheit vor.

b) Zulässige Differenzierungen

Als Ausgangspunkt für Überlegungen zu zulässigen Differenzierungen bei der Zulassung zur Nutzung von Verwaltungsvermögen drängt sich die Feststellung auf, dass der Staat grundsätzlich nicht verpflichtet ist, Verwaltungsvermögen zur Nutzung durch Private bereitzustellen bzw. zu öffnen.⁵² Anders als öffentlicher Grund im Gemeingebrauch steht Verwaltungsvermögen gerade nicht der Allgemeinheit zur Verfügung. Es steht vielmehr seiner Zweckbestimmung entsprechend einem bestimmten Benutzerkreis für eine ordentliche Nutzung zur Verfügung.⁵³ Entsprechend steht es dem Staat frei, Verwaltungsvermögen entweder gar nicht oder nur für gewisse Kategorien von Nutzungen durch Private zu öffnen und darüber hinausgehende Nutzungen auszuschliessen.⁵⁴ Kein Problem der Rechtsgleichheit liegt somit vor, wenn der Staat etwa eine Turnhalle nur für sportliche Randnutzungen öffnet oder einen Veranstaltungssaal ausschliesslich für kulturelle Zwecke schafft. Unproblematisch ist weiter auch, wenn der Staat zwar neben einer ordentlichen Nutzung eine Randnutzung vorsieht, dabei aber die ordentliche Nutzung priorisiert und etwa einer Eigenproduktion eines staatlichen Theaters Vorrang vor einer Fremdvermietung einräumt.⁵⁵

50 Vgl. dahingehend auch PETER MARTINI, Art. 3 Abs. 1 GG als Prinzip absoluter Rechtsgleichheit, Diss. Passau 1995/96, Köln/Berlin/Bonn/München 1997, S. 193 ff.

51 BGE 140 I 201 = Pra 104 (2015) Nr. 53.

52 Vgl. dazu BGE 98 Ia 362, E. 5a.

53 Vgl. BGE 143 I 37 = Pra 107 (2018) Nr. 2, E. 6.1; 138 I 274, E. 2.2.1.

54 Dies, soweit kein in den Freiheitsrechten gründender bedingter Anspruch besteht, vgl. dazu unten S. 114.

55 Vgl. BGer, Urteil 2C_719/2016 vom 24. August 2017, E. 3.6 f.

Heikler ist es hingegen, wenn der Staat eine bestimmte Kategorie von Nutzungen grundsätzlich zulässt, dabei aber Ausschlüsse vorsieht.

Ohne Weiteres als zulässiges Differenzierungsmotiv einzustufen ist der *Schutz von Polizeigütern* bzw. das Einhalten anderweitiger Vorschriften. Zu denken ist etwa an die Verhinderung von Straftaten, von Schäden an Personen oder Sachen und von übermässigen Lärmemissionen. Anzumerken ist aber, dass oft mildere Mittel, etwa in Form von Auflagen oder eines nachträglichen Eingreifens, oder gar eine staatliche Pflicht zur Gewährleistung einer zwischenfalllosen Durchführung einer Veranstaltung bestehen werden.⁵⁶ Ebenfalls zulässig werden Differenzierungen sein, die der Schonung bzw. dem Erhalt des Verwaltungsvermögens dienen.

Einen grossen Spielraum wird man dem Staat auch dort einräumen müssen, wo eine Differenzierung in einem Zusammenhang mit *Fördermotiven* steht. Wenn der Staat etwa kulturelle Veranstaltungen fördern will, so muss er dies nicht für alle möglichen Formen von kulturellen Veranstaltungen gleichermassen tun. Die Begrenztheit der verfügbaren Mittel, das Postulat des effizienten Einsatzes von staatlichen Mitteln, aber auch die mit der Kulturförderung verbundenen mittelbaren Ziele sprechen dafür, dass der Staat bis zu einem gewissen Grad gezielt fördern muss. Ist das Mittel der Förderung die Zurverfügungstellung von Verwaltungsvermögen, so muss eine entsprechend differenzierte Zugangsregelung möglich sein. Von Belang ist dabei auch die *Zuständigkeitsordnung*. Ist eine Gemeinde für die lokale Kulturförderung zuständig, so erscheint es zulässig, dass sie etwa einen Ausstellungsraum nur lokalen Kunschtchaffenden zur Verfügung stellt. Im Zusammenhang mit einem Fördergedanken wird es auch zulässig sein, dass der Staat Verwaltungsvermögen spezifisch für bedürftige Personengruppen zur Verfügung stellt. Üblicherweise handelt es sich bei Sozialwohnungen um Verwaltungsvermögen im Einzelgebrauch.⁵⁷ Denkbar ist auch, dass der Staat etwa Plakatanschlagstellen schafft, die ausschliesslich nichtgewinnorientierten Kulturveranstaltern zur Verfügung steht.

Auch *Eigeninteressen* des Staates bzw. des betroffenen Verwaltungsträgers sind grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungsmotiv. Dies hat das Bundesgericht im Fall *Ganzbemalung* zum Ausdruck gebracht: «Der [die Nutzung ablehnende] Entscheid der städtischen Behörde beruht vielmehr auf dem zulässigen Anliegen, die Fahrzeuge der Verkehrsbetriebe nicht in besonders auffälliger Weise mit einem Text in Verbindung zu bringen, der von einem Teil des Publikums als Beleidigung empfunden werden könnte, indem

56 Vgl. HEER, (Anm. 1), S. 54.

57 Vgl. HEER, (Anm. 1), S. 54; TOBIAS JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 1992, S. 145 ff., 164 f., spricht von Sondergebrauch.

er die Zahl der Einwohner des Kantons Luzern mit der Zahl der dort gehaltenen Schweine vergleicht.»⁵⁸ Im Fall *Dieudonné*⁵⁹ hingegen hat das Bundesgericht die Tatsache, dass Dritte bei der Benutzung von staatlichem Raum die entsprechende Tätigkeit bis zu einem gewissen Grade mit dem Staat identifizieren, nicht berücksichtigt bzw. thematisiert.⁶⁰

Meines Erachtens ist es richtig, die Eigeninteressen des Staates bzw. des betroffenen Verwaltungsträgers zu berücksichtigen. Dabei mag man gerade auch einem unternehmerisch tätigen Verwaltungszweig einen höheren Spielraum zugestehen, schliesslich könnte etwa eine Werbekampagne oder eine Aufführung auf Widerstand stossen – unter Umständen in Form eines Boykotts – und damit letztlich die Einnahmen des Verwaltungsträgers schmälern. Zu fragen ist auch, wie weit ein Verwaltungsträger dazu gezwungen werden darf, gegen ihn selber gerichtete Werbung auf seinem Verwaltungsvermögen zu dulden.⁶¹ Dabei ist zu berücksichtigen, wie wichtig die entsprechenden Werbemöglichkeiten für den öffentlichen Meinungs austausch sind. Ausserdem dürfte bei Plakatstellen bzw. Werbedisplays oder auch Werbefenstern im Rundfunk die Identifikation des Grundeigentümers bzw. des Veranstalters mit dem Absender oder dem Inhalt der Werbebotschaft tendenziell gering sein. Letztlich wird es auch nicht angehen, potenziell anstössige Meinungen aus kommerziellen Motiven systematisch auszuschliessen. Schon gar nicht darf die Verwaltung politische Ansichten ausschliessen, die ihrer eigenen widersprechen.⁶²

Ein zulässiges Differenzierungsmotiv muss zudem der *Schutz von Grundrechten Dritter* sein. Dies gilt umso mehr, wenn der Staat eine aktive Rolle innehat. Stellt er im Rahmen der Kulturförderung einem Künstler, der sich bei seinen Auftritten diskriminierend i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV äussert, eine Auftrittsmöglichkeit zur Verfügung, so trägt er zur Schmälderung einer Grundrechtsposition bei und verletzt potenziell nicht nur seine Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte⁶³ i.S.v. Art. 35 Abs. 2 BV, sondern auch seine Pflicht zur Unterlassung von Grundrechtseinschränkungen, die sich nicht nach Art. 36 BV rechtfertigen lassen. Neben den Grundrechtsinteressen von Nutzungswilligen darf – und muss – der Staat gegebenenfalls also auch gegenläufige Grundrechtsinteressen Dritter einbeziehen.

58 BGE 127 I 84, E. 4d.

59 BGer, Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 = RDAF 2011 I, S. 48 ff.

60 Vgl. UHLMANN (Anm. 11), S. 47.

61 Vgl. auch den Fall *VgT*, BGE 139 I 306, E. 3 ff., gemäss dem die SRG die Ausstrahlung eines ihr gegenüber kritischen Werbespots nicht verweigern durfte.

62 Vgl. HEER (Anm. 1), S. 53 f.

63 Vgl. dazu allgemein BSK BV-SCHWEIZER, Art. 35 N 39.

c) Differenzierungsschranken

Schranken für Differenzierungen ergeben sich insbesondere im Schutzbereich verschiedener *Grundrechte*, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden soll. Hinzuweisen ist auf die besonders strengen Anforderungen, die im Anwendungsbereich des Gebotes der Gleichbehandlung von direkten Konkurrenten gelten. Ungleichbehandlungen können zwar durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sein, doch verlangt Art. 27 BV, dass «spürbare Wettbewerbsverzerrungen» zu vermeiden sind.⁶⁴ Nicht davon erfasst ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings der Fall, dass einem Privaten das Recht zur wirtschaftlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen per Konzession gewährt wird.⁶⁵ Dies erscheint zutreffend, soweit einer der Konkurrenten bereits über eine Konzession verfügt. Allerdings ist bereits die Vergabe eines Sondernutzungsrechtes an einen einzelnen oder wenige Private unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten heikel. Sie braucht deshalb zunächst eine Rechtfertigung, die wohl in der Regel darin bestehen wird, dass weder die Zulassung aller geeigneten Privaten noch ein Rotationsystem praktikabel sind. Sodann muss sichergestellt sein, dass die potenziellen Konkurrenten zumindest gleichberechtigt am Vergabeverfahren teilnehmen können. Spezifische Vorschriften bestehen hier für die Übertragung kantonaler Monopole im Binnenmarktrecht (Art. 2 Abs. 7 BGBM⁶⁶) und für die Übertragung von öffentlichen Aufgaben im Beschaffungsrecht (Art. 8 Abs. 1 BÖB⁶⁷ bzw. Art. 8 Abs. 1 IVÖB⁶⁸).⁶⁹

64 BGE 125 I 431, E. 4b/aa; vgl. allgemein zum Verbot der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 62 ff., und im Kontext der wirtschaftlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen eingehend HEER (Anm. 1), S. 59 ff.

65 Vgl. BGE 143 I 37 = Pra 107 (2018) Nr. 2., E. 8.3.

66 Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz; SR 943.02).

67 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1).

68 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019.

69 In BGER, Urteil 2C_569/2018 vom 27. Mai 2019, E. 6, hat das Bundesgericht das Vorliegen eines faktischen, in der Sachherrschaft des Gemeinwesens über das Verwaltungsvermögen gründenden Monopols und damit die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM im Falle der Besetzung der Direktorenposten zweier Theater der Stadt Genf bejaht. In BGE 144 II 184, E. 2, und 144 II 177, E. 1, hat es die Vergabe des Rechts zur Einrichtung eines privaten Veloverleihs auf öffentlichem Grund dem Beschaffungsrecht unterstellt. Seit der Revision des Beschaffungsrechts ergibt sich dies direkt aus dem Gesetz. Im Ergebnis besteht immer weniger Raum für die Vergabe von Nutzungsrechten ausserhalb von Vergabeverfahren, welche die Gleichberechtigung von Konkurrenten wahren. Ausführlich zum Ganzen FRANÇOIS BELLANGER, Octroi de l'usage des biens de l'Etat et marchés publics, in: François Bellanger / Thierry Tanquerel (Hrsg.), La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux, Genf/Zürich/Basel 2020, S. 101 ff.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2219; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (Anm. 17), S. 762.

Unzulässig werden in der Regel auch Differenzierungen nach der Person des Gesuchstellers sein,⁷⁰ sofern nicht wie oben beschrieben die Förderung bedürftiger Personengruppen im Vordergrund steht. Klar ist schliesslich auch, dass der Ausschluss gewisser Nutzungsarten nicht Mittel zum Zweck sein darf, eine unerwünschte Personengruppe auszuschliessen.⁷¹

3. Anspruch auf rechtsgleiche Anwendung der Rechtsgrundlage

Die Rechtsunterworfenen haben einen Anspruch auf rechtsgleiche Anwendung einer gesetzlichen Regelung. Auslegung und Lückenfüllung dürfen nicht zu Differenzierungen führen, die dem Gesetzgeber untersagt wären.⁷² Ein Nutzungsanspruch kann unter Umständen auch durch bestehende Vergleichsfälle begründet werden. Möglicherweise genügt es, wenn eine bestimmte Nutzung einmalig zugelassen wird, um eine präjudizielle Wirkung zu erzeugen.⁷³ Es bestehen diesbezüglich aber auch Schranken: Zu beachten sind insbesondere die Zulässigkeit von Praxisänderungen sowie die strengen Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht.⁷⁴

4. Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung bei gesetzesfreiem Handeln

Auch bei gesetzesfreiem Handeln ist ein Verwaltungsträger an die Rechtsgleichheit gebunden; ihre rechtsstaatliche Bedeutung ist in diesem Fall sogar erhöht.⁷⁵ Ein Nutzungsanspruch kann sich also auch in diesem Falle ergeben. Soweit dem Verwaltungsträger allerdings ein Spielraum für experimentelle Nutzungen zugestanden wird,⁷⁶ wird ihm auch zugestanden werden müssen, Nutzungen, die sich nicht bewähren, künftig nicht mehr zuzulassen.

70 Vgl. HEER (Anm. 1), S. 50 ff.

71 HEER (Anm. 1), S. 53.

72 BEATRICE WEBER-DÜRLER, Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, ZBl 1/2004, S. 1 ff., 9.

73 Vgl. WEBER-DÜRLER (Anm. 72), S. 12, m. H. auf einen (baurechtlichen) Entscheid des Bundesgerichts vom 26. September 1984, E. 6, publiziert in ZBl 1985, S. 533 ff., 535 f.

74 Ausführlich WEBER-DÜRLER (Anm. 72), S. 12 ff.

75 Vgl. WEBER-DÜRLER (Anm. 72), S. 7.

76 Oben S. 106.

III. Bedingter Anspruch auf ausserordentliche Nutzung

1. Herkömmliche Dogmatik

Die Figur des bedingten Anspruchs auf (ausserordentliche) Nutzung von Verwaltungsvermögen hat sich historisch aus dem bedingten Anspruch auf Nutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch entwickelt.⁷⁷ Damit ein solcher Anspruch bestehen kann, muss die angestrebte Tätigkeit zunächst in den Schutzbereich eines ideellen Freiheitsrechts fallen.⁷⁸ Nach der herkömmlichen Lehre müssen sodann zwei Kriterien erfüllt sein, damit ein bedingter Nutzungsanspruch entsteht. Erstens muss die Nutzung mit dem Zweck der Verwaltungseinrichtung kompatibel sein. Zweitens muss es an geeigneten Alternativen mangeln.⁷⁹

2. Vorgesehene Nutzungen

Bei *vorgesehenen* Nutzungen, seien es ordentliche oder ausserordentliche bzw. Randnutzungen, ist die Voraussetzung der Kompatibilität ohne Weiteres erfüllt. Wie einleitend dargelegt, hat sich die Rechtsprechung allerdings dahingehend entwickelt, dass die Voraussetzung mangelnder Alternativen bei vorgesehenen Nutzungen stillschweigend ausser Acht gelassen wird.⁸⁰ Ausserdem wird tendenziell auf die Prüfung, ob in der Verweigerung einer Nutzung eine zulässige Einschränkung des betroffenen Freiheitsrechts zu sehen ist, verzichtet. Im Ergebnis besteht somit ein bedingter Anspruch auf die Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private bereits dann, wenn eine solche Nutzung grundsätzlich vorgesehen ist.⁸¹ Dies mag für einzelne Bereiche wie Plakatanschlagstellen, die von öffentlichem Grund im Gemeingebrauch oder zumindest von dem öffentlichen Grund im Gemeingebrauch nahen Flächen wie Bahnhofspassagen aus einsehbar sind, stimmig sein. Dies, da die

77 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2219a.

78 Vgl. allgemein BGE 138 I 274, E. 2.2.2. Das Bundesgericht hat es wiederholt abgelehnt, einen in der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV gründenden bedingten Anspruch auf die Nutzung von Verwaltungsvermögen anzuerkennen, vgl. BGE 143 I 37 = Pra 107 (2018) Nr. 2, E. 7.2; JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss. Basel 2009, Zürich/St. Gallen 2011, S. 100 f., m.w.H.; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 72.

79 Vgl. ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 416; MOSER (Anm. 12), S. 203.

80 Vgl. oben S. 102.

81 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2219a.

Meinungsäusserungsfreiheit betroffen ist, sich der Staat in politischer Hinsicht strikte Neutralität aufzuerlegen hat sowie eine grosse Nähe zu öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gegeben ist. Für andere Sachen im Verwaltungsvermögen trifft dies hingegen nicht unbedingt zu. Wie bei den Überlegungen zu den Anforderungen an eine rechtsgleiche Regelung des Zugangs dargelegt wurde, können gerade in Bereichen, in denen der Staat fördernd tätig ist, differenziertere Zugangsregelungen gerechtfertigt sein.

Ein in den Freiheitsrechten gründender bedingter Anspruch auf Nutzung von Verwaltungsvermögen sollte aus meiner Sicht deshalb nur bejaht werden, wenn das Kriterium mangelnder Alternativen erfüllt ist. Bei vorgesehenen Nutzungen steht entsprechend der Anspruch auf einen rechtsgleichen Zugang im Vordergrund. Dass im Einzelfall eine aus Sicht der Rechtsgleichheit zulässige Zugangsverweigerung mangels Alternativen durch einen in den Freiheitsrechten gründenden bedingten Nutzungsanspruch übersteuert wird, ist zwar nicht auszuschliessen. Auch in diesem Fall wäre aber noch zu prüfen, ob überwiegende entgegenstehende Interessen vorliegen. Im Ergebnis erfordert die erörterte Lösung von den zuständigen Verwaltungsträgern, eine rechtsgleiche Zugangsregelung zu schaffen und diese rechtsgleich anzuwenden. Dabei können die Verwaltungsträger durchaus differenzierte Zugangsregelungen unter Berücksichtigung der involvierten Interessen schaffen, soweit die Regelungen tragfähig begründet werden.

3. Nicht vorgesehene Nutzungen

Kaum geklärt ist, welches Potenzial die Figur des bedingten Anspruchs auf Nutzung von Verwaltungsvermögen abseits von vorgesehenen Nutzungen bietet. Möchte etwa ein Künstler ein Verwaltungsgebäude für eine Kunstinstallation nutzen, so ist durchaus zu fragen, ob ihm die Kunstfreiheit nicht unter Umständen einen entsprechenden Anspruch vermittelt. Vorauszusetzen wäre, dass die Installation mit der widmungsgemässen Nutzung vereinbar ist und dass keine gleichwertigen Alternativen zur Verfügung stehen. In diesem Zusammenhang ist in dogmatischer Hinsicht anzumerken, dass es sich – anders als wohl gewöhnlich angenommen – sowohl bei der Frage der Vereinbarkeit wie auch derjenigen der Alternativen nicht um eindeutige, binäre Kriterien handelt. Eine beabsichtigte Nutzung kann besser oder weniger gut vereinbar mit dem widmungsgemässen Gebrauch sein; vorhandene Alternativen können besser oder weniger gut sein. Soweit die primäre Nutzung des Verwaltungsvermögens nicht in Frage gestellt ist, gilt es hier, die Interessen an einer Nutzung mit jenen an einem Verzicht darauf abzuwägen.

IV. Fazit

Die dargelegten Anforderungen an einen rechtsgleichen Zugang zur Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private lassen den betroffenen Verwaltungsträgern genügend Spielraum, um differenzierte Zulassungsregelungen zu treffen. Gleichzeitig bleibt klar, dass die Verwaltung mit der Zulassung einer Nutzung das betreffende Verwaltungsvermögen auch für vergleichbare Nutzungen öffnet.

Ist zu prüfen, ob eine Zulassungsregelung rechtsgleichen Zugang gewährt, ist meines Erachtens eine Abwägung zwischen dem Interesse an dem mit einer Differenzierung verfolgten Ziel und jenem an einer Gleichbehandlung gerechtfertigt. In diesem Rahmen können auch Eigeninteressen des Verwaltungsträgers berücksichtigt werden.

Nach wie vor seine Berechtigung hat das Kriterium mangelnder Alternativen als Voraussetzung für einen bedingten Anspruch auf die Nutzung von Verwaltungsvermögen. Wo Alternativen bestehen, sollte ein Nutzungsanspruch nicht ohne Weiteres bejaht werden, nur weil ein ideelles Freiheitsrecht tangiert ist, sondern primär aus der Sicht der Rechtsgleichheit geprüft werden. Gerade dort, wo die Verwaltung einen Förderzweck verfolgt, muss ihr ein grösserer Differenzierungsspielraum zugestanden werden. Wenig Spielraum besteht dort, wo Plattformen dem öffentlichen Meinungsaustausch dienen.

APARIUZ XXII UNTER GLEICHEN

Die diesjährige XXII. Ausgabe der Schriftenreihe APARIUZ greift mit ihrem Titel «Unter Gleichen» programmatisch das 2021 anzusetzende fünfzigste Jubiläum eines der bedeutendsten rechtshistorischen und politischen Ereignisse der Schweiz auf: die Einführung des allgemeinen Frauenwahl- und Stimmrechts.

Ausgehend von diesem in seiner gesellschaftlichen und juristischen Tragweite kaum zu übertreffenden Meilenstein untersuchen die dreizehn Beiträge dieses Sammelbandes, verfasst von Nachwuchswissenschaftlerinnen aus allen juristischen Fachbereichen, verschiedenste Fragen zum komplexen und vielschichtigem Verhältnis von Recht, Gleichheit und Gerechtigkeit.