

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht/ Droit constitutionnel et administratif

1.5. Politische Rechte/Droits politiques

BGer 1C_662/2019: «Magistrale» Unterstützung im Zürcher Ständeratswahlkampf?

Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 1C_662/2019 vom 10. Juni 2020, JUSO Kanton Zürich, JUSO Stadt Zürich, Leandra Columberg und Nicola Siegrist gegen Regierungsrat des Kantons Zürich, Wahl- und Abstimmungsfreiheit.



DAMIAN WYSS*



MICHA HERZOG**

I. Auszüge aus dem Urteil des Bundesgerichts

A. Sachverhalt

Da im ersten Wahlgang der Erneuerungswahl der zürcherischen Mitglieder des Ständerates für die Amtsdauer 2019–2023 nur Daniel Jositsch (SP, bisher) das absolute Mehr und somit die (Wieder-)Wahl schaffte, musste ein zweiter Wahlgang über die Besetzung des zweiten Zürcher Ständeratssitzes entscheiden. Nachdem insbesondere Roger Köppel (SVP) – seinerseits immerhin bestgewählter Nationalrat des Kantons – im Sinne eines «bürgerlichen Schulterschlusses» auf eine erneute Kandidatur verzichtete, kam es zum Duell zwischen dem bisherigen Amtsinhaber Ruedi Noser (FDP, bisher) und Marionna Schlatter-Schmid (GRÜNE). Trotz «grüner Welle» wurde gemeinhin mit einem klaren Sieg Nosers im auf den 17. November 2019

festgesetzten zweiten Wahlgang gerechnet, zumal Noser bereits im ersten Wahlgang 45'000 Stimmen mehr holte als seine Konkurrentin Schlatter-Schmid und überdies nun auch mit den Stimmen der SVP-Wähler rechnen konnte.¹ Trotz dieser klaren Ausgangslage veröffentlichten zwei Regierungsräte (Ernst Stocker, SVP; Mario Fehr, SP) sowie drei Regierungsrätinnen (Carmen Walker Späh, FDP; Silvia Steiner, CVP; Natalie Rickli, SVP) am 2. November 2019 im «Tages-Anzeiger» ein gemeinsames Inserat mit dem Titel «Ein bewährter Ständerat ist gewählt, jetzt braucht es auch Ruedi Noser». Neben Namen, Funktion, Parteizugehörigkeit und Foto der erwähnten Regierungsräte stand zudem folgender Text: «Eine starke Stimme für den Kanton Zürich: Ruedi Noser kennt die Zürcher Wirtschaft wie kein anderer. Er hat langjährige Erfahrung in Bundesbern, ist dort über die Parteigrenzen hinaus geachtet und hat die Interessen des Kantons Zürich hervorragend vertreten. Er hat gut mit dem Zürcher Regierungsrat zusammengearbeitet. Das soll so bleiben. Wählen Sie darum Ruedi Noser wieder in den Ständerat.» Im Inserat nicht abgebildet waren hingegen die beiden Regierungsratsmitglieder Jacqueline Fehr (SP) und Martin Neukom (GRÜNE). Am 5. November 2019 ging beim Regierungsrat des Kantons Zürich eine gemeinsame, mit «Stimmrechtsbeschwerde zu Handen des Regierungsrats» betitelte Eingabe der JUSO Kanton Zürich, der JUSO Stadt Zürich sowie der Kantonsratsmitglieder Leandra Columberg und Nicola Siegrist ein, die folgendes Begehren enthielt: «Die JUSO möchte Sie [den Regierungsrat] mit diesem Schreiben dazu auffordern, dieses Inserat zu kommentieren und eine allfällige Rüge den genannten Regierungsratsmitgliedern zu erteilen.» Als Begründung wurde ausgeführt, das besagte Inserat erwecke den Eindruck einer unzulässigen Wahlempfehlung des Regierungsrats. Mit Entscheid vom 13. November 2019 nahm der Regierungsrat die Eingabe zwar als Einsprache entgegen, trat auf diese jedoch nicht ein, da es seiner Ansicht nach an einer Handlung des Regierungsrats im Sinne von § 10d Abs. 1 VRG/ZH² fehlte. In der Rechtsmittelbelehrung hielt der Regierungsrat zudem fest, dass gegen seinen Entscheid Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht erhoben werden könne.

* DAMIAN WYSS, B.A. HSG in Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften, studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Benjamin Schindler. Aus Transparenzgründen sei erwähnt, dass Damian Wyss im August 2020 mit dem im hier besprochenen Bundesgerichtsentscheid erwähnten Rechtsvertreter der beschwerdeführenden Parteien in Kontakt war und ihm vorläufige Ergebnisse dieser Untersuchung im Voraus mitteilte.

** MICHA HERZOG, M.A. HSG in Rechtswissenschaft, Rechtsanwalt, Tutor für Bundesstaatsrecht an der Universität St. Gallen sowie wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Stefan G. Schmid. Die Verfasser danken Prof. Dr. Benjamin Schindler und Prof. Dr. Stefan G. Schmid für ihre wertvollen Anregungen.

¹ Vgl. z.B. MICHAEL VON LEDEBUR/ANDRÉ MÜLLER, Die SVP-Wähler entscheiden, wer Ständerat wird, NZZ vom 12.11.2019, 19: «Die Ausgangslage ist jedenfalls klar: Erhält Noser genug SVP-Stimmen, wird er sicher und klar gewählt. Bleiben die rechten Wähler en bloc zu Hause, rückt die Sensation für Schlatter-Schmid etwas näher – falls ihr auch die grünliberalen Stimmen zufallen sollten. Ein unwahrscheinliches Szenario [...]»

² Verwaltungsverfahrensgesetz [des Kantons Zürich] vom 24. Mai 1959 (VRG/ZH; LS 175.2).

Die Einsprecher gelangten daraufhin an das Bundesgericht mit dem Begehren, der Entscheid des Regierungsrats sei aufzuheben und die Beschwerde dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zur Behandlung zu überweisen; eventualiter die Angelegenheit an den Regierungsrat zurückzuweisen bzw. subeventualiter die Wahl – Noser wurde inzwischen wie erwartet mit grossem Mehr im Amt bestätigt – aufzuheben.

B. Öffentliche Urteilsberatung

Die öffentliche Urteilsberatung der vorliegenden Angelegenheit vom 10. Juni 2020 füllte rund zwei Stunden aus. Für Bundesrichter JEAN FONJALLAZ war es die letzte öffentliche Urteilsberatung gewesen, ehe er auf Ende Juni 2020 aus seinem Amt schied. Darauf machte Präsident FRANÇOIS CHAIX das Publikum nach der durchweg engagiert geführten Diskussion aufmerksam, woraufhin eine Würdigung des Wirkens FONJALLAZ' folgte. Dank Instruktionen der Gerichtswelbel sowie der sorgfältigen Platzzuweisung konnten die COVID-19-Empfehlungen des Bundesamts für Gesundheit stets gewahrt werden. Es war dies die erste öffentliche Sitzung des Bundesgerichts seit dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie – mit Sicherheit ein würdiger Wiedereinstieg des Bundesgerichts in die Öffentlichkeit. Das Gericht suchte nach und erreichte immer wieder Konsens – und bei Dissens setzte sich die Mehrheit nur mit ausführlicher Begründung durch. Genau in dieser nachvollziehbaren Suche nach Antworten auf umstrittene Fragen liegt der Gewinn öffentlicher Urteilsberatungen, weshalb diese auch oder gerade in Zeiten einer Pandemie – deren Bekämpfung ebenso wichtige wie umstrittene Fragen aufwirft – unverzichtbar sind. Die Autoren erlauben sich deshalb im Folgenden, das konzise schriftliche Urteil auch um Hinweise aus der öffentlichen Beratung des Gerichts anzureichern.

C. Erwägungen

Das Bundesgericht führt zunächst aus, dass der angefochtene Entscheid die Frage betreffe, ob eine Handlung des Regierungsrats im Sinne von § 10d Abs. 1 VRG/ZH vorliege, was die Beschwerdeführer im Gegensatz zum Regierungsrat bejahten (E. 1.1). Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten könne u.a. die Verletzung von kantonalen Bestimmungen gerügt werden, die den Inhalt des Stimm- und Wahlrechts normieren oder mit diesem in engem Zusammenhang stehen würden.³ § 10d Abs. 1 VRG/ZH normiere, so das Bundesgericht weiter, zwar nicht direkt den Inhalt des Stimm- und Wahlrechts, sondern die Zu-

lässigkeit der Einsprache. Die Bestimmung stehe mit dem Stimm- und Wahlrecht jedoch insofern in einem engen Zusammenhang, als die prozessuale Frage, ob eine Handlung des Regierungsrats vorliege, nicht von der inhaltlichen Frage, ob eine unzulässige behördliche Intervention im Wahlkampf vorliege, getrennt werden könne (E. 1.2).

Im Anschluss behandelt das Gericht schliesslich die entscheidende Frage, ob den Beschwerdeführern auf kantonaler Ebene die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung hätte eingeräumt werden müssen (E. 2). Nachdem einleitend die Argumente der beschwerdeführenden Personen kurz zusammengefasst werden (E. 2.1), führt das Bundesgericht aus, dass gemäss Art. 29a BV jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde habe, wobei Bund und Kantone die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen durch Gesetz ausschliessen könnten. Art. 88 Abs. 2 BGG halte zudem fest, dass die Kantone gegen behördliche Akte, welche die politischen Rechte der Stimmberechtigten in kantonalen Angelegenheiten verletzen könnten, ein Rechtsmittel vorzusehen hätten. Diese Pflicht erstreckte sich allerdings gemäss Gesetzestext nicht auf Akte des Parlaments und der Regierung (E. 2.2).

Der Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung, so die Richter weiter, sei nach dem Gesagten nur dann rechtmässig gewesen, wenn es sich beim Inserat um einen Akt der Regierung gehandelt habe (E. 2.3.1).

Hiernach werden die Argumente des Regierungsrats genannt, wonach es sich beim besagten Inserat nicht um eine offizielle Verlautbarung des Regierungsrats und somit nicht um einen Akt der Regierung handelte (E. 2.3.2). Der Regierungsrat als Vorinstanz vertrat den Standpunkt, dass das Inserat insbesondere kein Logo des Regierungsrats oder der kantonalen Verwaltung verwende und auch sonst jeglicher Schriftzug fehle, der auf eine offizielle Bekanntmachung hinweisen könnte. Zudem sei im Kanton Zürich auch allgemein bekannt, dass der Regierungsrat aus sieben und nicht bloss fünf Mitgliedern bestehe. Gemäss Regierungsrat ist die Aufmachung des ganzen Inserats so, dass für den durchschnittlichen Leser ohne Weiteres erkennbar ist, dass es sich um keine offizielle Verlautbarung des Regierungsrats handelt, sondern um eine Wahlwerbung. Es liege nicht nur keine Handlung des Regierungsrats vor, sondern es sei auch gut erkennbar, dass keine solche vorliege.

Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass die Abgrenzung zwischen privaten Interventionen in einem Abstimmungs- oder Wahlkampf und solchen von Behördenmitgliedern, die einen öffentlichen Charakter aufwiesen und deshalb der Behörde als solcher zuzurechnen seien, im Einzelnen nicht immer leichtfalle. Es verweist auf seine Rechtsprechung zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit,

³ Art. 95 lit. d BGG; BGE 141 I 221.

wonach auf die Wirkung einer Mitteilung abgestellt wird, die diese auf die Adressaten und den durchschnittlich aufmerksamen und politisch interessierten Stimmbürger hat (E. 2.3.3).⁴

In einem nächsten Schritt bewerteten die Richter die konkrete Wirkung des beanstandeten Inserats. Das Bundesgericht stellte hierbei fest, dass es ausschliesslich Porträts von Regierungsratsmitgliedern – und nicht etwa zusätzlich von weiteren Personen – zeige. Zudem werde im Text ausdrücklich die gute Zusammenarbeit Nösers mit dem Regierungsrat hervorgehoben, was auf eine dem Regierungsrat zuzurechnende Information hindeute (E. 2.3.4).

Dennoch gelangen die Bundesrichter im Stimmverhältnis 4:1 zum Schluss, dass die Feststellung des Regierungsrats, es liege erkennbar keine offizielle Verlautbarung des Regierungsrats vor, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung nicht zu beanstanden sei. Entscheidend sei für das Bundesgericht, dass im Inserat weder ein Logo noch ein Schriftzug des Kantons verwendet worden sei. Zudem ist das Gericht wie die Vorinstanz der Ansicht, dass der durchschnittliche Zürcher Stimmbürger durchaus merke, wenn nur fünf von sieben Ratsmitgliedern abgebildet seien und somit keine dem Gesamtregierungsrat zurechenbare Handlung vorliegen könne (E. 2.3.4 zweiter Absatz).

Da es sich nicht um einen Realakt des (Gesamt-)Regierungsrats handle, liegt gemäss Bundesgericht entweder ein Realakt von fünf Privatpersonen⁵ oder ein solcher, der den fünf beteiligten Regierungsratsmitgliedern in ihrer amtlichen Eigenschaft zuzurechnen ist, vor, wobei in beiden Fällen zwingend die Überprüfung der geltend gemachten Verletzung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit durch eine richterliche Behörde hätte möglich sein müssen (E. 2.3.5).

Aus diesen Gründen sei der Regierungsrat gestützt auf § 10d Abs. 1 VRG/ZH zu Recht nicht auf die Einsprache eingetreten. Er habe es jedoch in Missachtung der Rechtsweggarantie und des Verbots des überspitzten Formalismus unterlassen, die Sache an das Verwaltungsgericht weiterzuleiten (E. 2.4).

Die Bundesrichter heissen die Beschwerde deshalb mit 3:2 Stimmen teilweise gut und überweisen die Sache zur weiteren Behandlung an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (E. 3).

II. Bemerkungen

A. Kritische Würdigung

Kern der schriftlichen Urteilsbegründung ist die Schlussfolgerung des Bundesgerichts betreffend die Wirkung des besagten Inserats auf den *durchschnittlich aufmerksamen und politisch interessierten Zürcher Stimmbürger*. Aufgrund des fehlenden Logos bzw. eines fehlenden Schriftzugs des Kantons sowie der Tatsache, dass nur fünf der sieben Regierungsratsmitglieder aufgeführt wurden, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass das Inserat für diesen Stimmbürger keine Wirkung entfalte, die auf eine Handlung der Gesamtregierung schliessen lasse. Gerade der zweite Punkt, wonach davon auszugehen ist, dass der als Massstab genommene Stimmbürger merkt, dass nur fünf von sieben Ratsmitgliedern aufgeführt sind und somit keine dem Gesamtregierungsrat zurechenbare Handlung vorliegt, bedarf einer genaueren Betrachtung. Zunächst bleibt unklar, wer als «durchschnittlich aufmerksame[r] und politisch interessierte[r] Stimmbürger»⁶ anzusehen ist – gerade auch vor dem Hintergrund der tiefen Wahlbeteiligung im zweiten Wahlgang (34 Prozent⁷). STAUFFACHER hält zu Recht dafür, die Anforderungen an den Stimmbürger dabei nicht allzu hoch anzusetzen.⁸ Insofern erscheint die Annahme des Bundesgerichts als (zu?) optimistisch, zumal in der Mehrzahl der schweizerischen Kantone die Regierung aus lediglich fünf und nicht wie in Zürich aus sieben Mitgliedern besteht.⁹ Traut man – wie Bundesgericht und Regierungsrat – dem durchschnittlich aufmerksamen und politisch interessierten Stimmbürger zu, die Anzahl der Regierungsratsmitglieder zu kennen, ist dieser Person aber durchaus auch zuzutrauen, dass sie die Funktionsweise ihrer Kantonsregierung kennt: «[I]n sämtlichen Kantonen und seit jeher fasst, trägt und vertritt die Kantonsregierung als Kollegialbehörde, d.h. als sich aus mehreren gleichgestellten Mitgliedern zusammensetzendes Exekutivorgan, ihre wich-

⁴ BGE 130 I 290 E. 3.3; BGer, 1C_379/2011, 2.12.2011, E. 4.2 je mit Hinweisen.

⁵ Vgl. zur Terminologie FN 15.

⁶ In Abweichung von dieser Terminologie spricht das Bundesgericht in E. 2.3.4 lediglich vom «durchschnittlichen Stimmbürger». Bei einer Stimmbeteiligung von 34 Prozent dürfte der durchschnittliche Zürcher Stimmbürger derjenige sein, der der Wahl ferngeblieben ist. Zusätzlich stellt das Bundesgericht offenbar auch auf die Wirkung des Inserats auf dessen «Adressaten» (i.e. wohl die Leserschaft des «Tages-Anzeigers») ab (E. 2.3.3). In welchem Verhältnis die beiden Kategorien zueinander stehen, bleibt fraglich.

⁷ Internet: <https://www.wahlen.zh.ch/wahlen2019/public/dist/index.html#/srw2/resultat> (Abruf 13.8.2020).

⁸ WERNER STAUFFACHER, Die Stellung der Behörden im Wahl- und Abstimmungskampf, ZBl 1967, 361 ff., 369 f.

⁹ So in den Kantonen Luzern, Obwalden, Glarus, Solothurn, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhodens, Schaffhausen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Wallis, Neuenburg und Jura (vgl. ANDREAS AUER, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016, N 189).

tigsten Beschlüsse gemäss dem *Kollegialprinzip*.¹⁰ Das Kollegialprinzip bedeutet u.a., dass die gleichberechtigten Regierungsmitglieder die nach dem Mehrheitsprinzip gefassten Beschlüsse des Kollegiums grundsätzlich mitzutragen und nach innen und aussen zu vertreten haben.¹¹ Das Argument, das Inserat bilde die Regierungsratspräsidentin und vier weitere Regierungsratsmitglieder ab und erwecke daher den Eindruck einer durch Mehrheitsentscheidung gefassten (amtlichen) Wahlempfehlung der Gesamtregierung, erscheint nach dem Gesagten nicht völlig abwegig. Diesbezüglich fehlen leider Ausführungen in der schriftlichen Urteilsbegründung.¹² Zudem kann dem Inserat trotz fehlendem Logo «une apparence officielle» nicht abgesprochen werden, wie Bundesrichter FONJALLAZ in der Urteilsberatung feststellte. Ist dieser erweckte offizielle Anschein aber unzutreffend, kann das erläuterte Kollegialprinzip diesbezügliche Richtigstellungen der Gesamtregierung verlangen, was ebenfalls für die gesamtbehördliche Zurechnung solcher Einzelaussagen spricht.¹³

Hätte das Gericht eine Handlung des Gesamtregierungsrats bejaht, so hätte es als einzige gerichtliche Instanz auch über die Frage urteilen müssen, ob das Inserat eine unzulässige Intervention im Wahlkampf darstellte.¹⁴ Durch den Entscheid des Bundesgerichts wird nicht nur ein zusätzlicher (gerichtlicher) Instanzenzug sichergestellt, mit dem Verwaltungsgericht Zürich kann zudem nun ein kantonales, mit den örtlichen Gegebenheiten bestens vertrautes Gericht als erste gerichtliche Behörde über die Frage befinden, inwiefern das Inserat der Regierungsratsmitglieder – sei es nun als Handlung von fünf Privatpersonen¹⁵ oder von fünf beteiligten Regierungsratsmitgliedern in ihrer amtlichen Eigenschaft zu qualifizieren – geeignet war, die Willensbildung der Zürcher Stimmbürger tatsächlich zu verfälschen. Allerdings spielt gerade in Stimmrechtssachen die zeit-

liche Komponente eine entscheidende Rolle. Gründe der Rechtssicherheit können der Aufhebung einer schon lange wirksamen Wahl oder Abstimmung entgegenstehen.¹⁶ Aus verfahrensökonomischer Sicht wäre eine Beurteilung durch das Bundesgericht als einzige gerichtliche Instanz vertretbar gewesen. Hierfür hätte einerseits gesprochen, dass der (einfache) Sachverhalt bereits zum Zeitpunkt der bundesgerichtlichen Urteilsberatung spruchreif erschien, andererseits dürfte der Vorteil der Vertrautheit mit den örtlichen Verhältnissen durch ein kantonales Gericht im vorliegenden Fall begrenzt sein, da kantonale Spezifika bei Ständeratswahlen überschaubar sein dürften.¹⁷ Dass das Bundesgericht der zusätzlichen gerichtlichen Instanz derart hohes Gewicht zumass – wie insbesondere Bundesrichter LORENZ KNEUBÜHLER zu Beginn seines ersten Votums betonte –, ist aus rechtsstaatlichen Gründen trotzdem nachvollziehbar.

Bemerkenswert am Urteil ist weiter, dass das Bundesgericht Stellungnahmen von Behördenmitgliedern in Wahl- oder Abstimmungskämpfen genau besehen nun in drei Kategorien einzuteilen scheint: (I) «Private» Äusserungen, (II) Äusserungen, die dem Behördenmitglied in seiner amtlichen Eigenschaft zuzurechnen sind, sowie (III) solche, die den (falschen) Anschein erwecken, sie erfolgten «im Auftrage und Namen der [Gesamt-]Behörde»¹⁸. Das Bundesgericht kam im vorliegenden Urteil zum Schluss, dass keine Mitteilung der dritten Kategorie vorliege, liess aber offen, ob es sich um eine Mitteilung erster oder zweiter Kategorie handle.

In seiner bisherigen Rechtsprechung war – gemäss einer kursorischen Durchsicht – freilich nie von einer solchen Trias die Rede. Stattdessen rechnete das Bundesgericht Mitteilungen mit amtlichem bzw. öffentlichem Charakter auch nur eines Behördenmitglieds jeweils der «Behörde als solcher» zu (*tertium non datur*).¹⁹ Selbst die Ausführungen in E. 2.3.3 des hier besprochenen Urteils sind noch ganz im Sinne dieser Zweiteilung, weshalb die darauffolgende Dreiteilung in E. 2.3.5 umso überraschender und bemerkenswerter erscheint. Es wird sich zeigen müssen, ob das Bundesgericht tatsächlich von seiner bisherigen Rechtspre-

¹⁰ AUER (FN 9), N 211. Vgl. auch Art. 65 der Zürcher Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005 (LS 101): «Der Regierungsrat fasst seine Beschlüsse als Kollegialbehörde.»

¹¹ AUER (FN 9), N 211.

¹² Zumindest an der öffentlichen Urteilsberatung brachte Bundesrichter FONJALLAZ dieses Argument in seinem zweiten Votum vor.

¹³ Vgl. auch KV/ZH Kommentar-HÄNER, Art. 65 N 5, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007; ferner BGE 113 Ia 291 E. 3e.

¹⁴ Diesfalls wäre das Bundesgericht zum Schluss gelangt, der Regierungsrat sei zu Unrecht nicht auf die Sache eingetreten. Die Sache wäre zwar an den Regierungsrat (als zusätzliche, aber nicht gerichtliche) Instanz zurückgewiesen worden. Gegen den erneuten Entscheid des Regierungsrats wäre aber wiederum nur die Beschwerde ans Bundesgericht offengestanden.

¹⁵ Das Bundesgericht verwendet im Urteil die Terminologie «Realakt von Privatpersonen» (E. 2.3.5), was insofern missverständlich erscheint, als unter einem Realakt gemeinhin staatliches Handeln verstanden wird.

¹⁶ Bspw. BGE 129 I 185 E. 8.3 ff. und in Bezug auf eine Sachabstimmung BGE 138 I 61 E. 8; vgl. aber auch BGE, 1C_315/2018, 10.4.2019, E. 6.1 und 6.3, wo das Bundesgericht den (abschlägigen) Volksentscheid über eine Volksinitiative kassierte.

¹⁷ Vgl. hierzu ANDREA CARONI/DANIELA KÜHNE, 26 Kantone – ein «Stöckli», ZSR 2017 I, 399 ff. Anders sähe es z.B. bei Abstimmungen im Rahmen einer Gemeindeversammlung oder einer Landsgemeinde aus.

¹⁸ GEROLD STEINMANN, Interventionen des Gemeinwesens im Wahl- und Abstimmungskampf, AJP 1996, 256 ff., 265.

¹⁹ Bspw. BGE, 1C_379/2011, 2.12.2011, E. 4.2, oder BGE, 1C_412/2007, 18.7.2008, E. 6.5.

chung abkommen wollte oder ob die «feineren» Kategorien primär den Eigenheiten des Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetzes geschuldet waren.²⁰ Zumindest betreffend kollegiale Behörden scheint es u.E. aufgrund des Kollegialprinzips (oder – in den griffigen Worten PETER SALADINS – des Prinzips des «kollegialen Entstehen-Müssens»²¹) zielführender, amtlich erscheinende Äusserungen von Behördenmitgliedern jeweils der Gesamtbehörde zuzurechnen und auf eine derartige Dreiteilung zu verzichten.

Ganz allgemein muss auch die Frage erlaubt sein, ob bei Mitgliedern von Kantonsregierungen aufgrund des Bekanntheitsgrades, des meist hohen Ansehens und der mit dem Amt verbundenen Autorität (der Regierungsrat ist oberste leitende und vollziehende Behörde der Kantone) selbst eine Zweiteilung mit Kategorisierung in «private» und «amtliche» Äusserungen im Rahmen eines Wahlkampfes nicht realitätsfern erscheint. Dieser Frage wird im nachfolgenden Abschnitt nachgegangen.

B. Die öffentlichen Amtsträger und die Privatpersonen dahinter?

Aus Art. 34 Abs. 2 BV erwächst den Stimmberechtigten bei Urnengängen ein Anspruch auf Schutz vor übermässiger behördlicher Beeinflussung bzw. den Behörden(mitgliedern) eine Verpflichtung auf korrekte und zurückhaltende Informationen im Vorfeld von (Sach-)Abstimmungen.²² Die Behörden dürfen nur in sachlicher, transparenter und verhältnismässiger Art und Weise am Abstimmungskampf teilnehmen.²³ Dagegen fallen Äusserungen von Privatper-

sonen unter den Schutz der freien Meinungsäusserung und führen nur bei «ganz schwerwiegenden Verstössen» zu einer Interventionspflicht der Behörden oder zur Aufhebung der Abstimmung.²⁴ Einzelne Mitglieder einer (Regierungs-) Behörde²⁵ stehen dabei in einem Spannungsfeld zwischen dem Recht auf freie Meinungsäusserung (das dem Behördenmitglied als «Privatperson» zukommt) und der amtlichen Stellung (die es freilich nie ganz abstreifen kann).²⁶ Trotz dieses Spannungsfelds beurteilt das Bundesgericht Interventionen von einzelnen Behördenmitgliedern in Abstimmungskämpfe (anders als Interventionen der [Gesamt-]Behörde) «weitgehend unkritisch».²⁷ Unzulässig ist eine solche Äusserung gemäss bundesgerichtlicher Praxis nur, wenn ihr ein «amtlicher Anstrich» gegeben und damit der unzutreffende Anschein erweckt wird, es handle sich um eine «offizielle Verlautbarung namentlich einer Kollegialbehörde».²⁸ Die (strikte) Kategorisierung in «private» und amtliche Äusserungen von Behördenmitgliedern, wie sie das Bundesgericht vorzunehmen pflegt, setzt voraus, dass eine amtliche Äusserung eines Behördenmitglieds von einer an die Öffentlichkeit gerichteten «privaten» Äusserung derselben Person sinnvoll auseinandergehalten werden kann. Diese Unterscheidung zwischen amtlichem und privatem Auftritt wird in der Lehre aber gerade bei Mitgliedern der Exekutive bisweilen als «realitätsfern»²⁹, «künstlich»³⁰ oder schlicht «wenig überzeugend»³¹ kritisiert. Es ist in der Tat fraglich, ob diese Unterscheidung dem aufgezeigten Spannungsfeld gerecht wird. In der Lehre wird stattdessen mitunter dafürgehalten, von dieser schwierigen Abgrenzung wegzukommen und sich wie bei Interventionen der (Gesamt-)Behörde mehr mit der zuläs-

²⁰ Ein amtlich erscheinendes Inserat wäre gemäss der Zweiteilung der Gesamtbehörde (dem Regierungsrat) zuzurechnen gewesen, womit der Regierungsrat damals auf die Einsprache hätte eintreten müssen. Die Sache wäre an den Regierungsrat zurückzuweisen gewesen (vgl. FN 14). Geht man von einem rein «privaten» Inserat aus, hätte jedoch das Zürcher Verwaltungsgericht über eine Verletzung der Wahlfreiheit entscheiden müssen (so E. 2.3.5 dieses Urteils). Der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (Zweiteilung statt Trias) folgend, verzweigt sich demnach der kantonale Rechtsweg, und das Bundesgericht hätte die Frage des amtlichen oder «privaten» Charakters des Inserats nicht offenlassen können, sondern darüber entscheiden und die Sache entsprechend der Beurteilung entweder ans Verwaltungsgericht oder an den Regierungsrat zurückweisen müssen. Mit seiner Abkehr von der Zweiteilung hat das Bundesgericht diese Frage umschifft und gleichzeitig eine Überprüfung durch ein kantonales Gericht sichergestellt.

²¹ PETER SALADIN, Probleme des Kollegialitätsprinzips, ZSR 1985 I, 271 ff., 280.

²² Statt vieler BGE 140 I 338 E. 5. und 5.1.

²³ BGer, 1C_412/2007, 18.7.2008, E. 6.2; BGE 145 I 175. Die frühere Rechtsprechung ging gar von einem (nun stark relativierten) prinzipiellen Interventionsverbot mit Erlaubnisvorbehalt aus (vgl. LORENZ LANGER, Behördliche Stellungnahmen und der Schutz der freien Willensbildung: Grenzen der Kategorisierung, ZBl 2020, 179 ff., 180 f.).

²⁴ Statt vieler BGE 140 I 338 E. 5.3 und BGer, 1C_472/2010, 20.1.2011, E. 4. Vgl. auch schon BGE 102 Ia 267, wo das Bundesgericht eine St. Galler Bezirksrichterwahl trotz irreführendem Flugblatt nicht kassierte.

²⁵ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte der Schweiz, 4. A., Bern 2008, 632, N 135, bejahen dieses Spannungsfeld auch bei Mitgliedern von Verwaltungs- und Justizbehörden, nicht aber bei Parlamentsmitgliedern, da diese «in keinem Fall kraft ihres Amtes eine Weisungs- oder Entscheidungsbefugnis nach aussen haben».

²⁶ MÜLLER/SCHEFER (FN 25), 632.

²⁷ LORENZ LANGER, Kantonale Interventionen bei eidgenössischen Abstimmungskämpfen, ZBl 2017, 183 ff., 187.

²⁸ Bspw. BGE 130 I 290 E. 3.3.

²⁹ PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. A., Bern 2016, § 52 N 24.

³⁰ STEINMANN (FN 18), 265.

³¹ GEORG MÜLLER, Die Behörden im Abstimmungskampf: vom Neutralitätsgebot zur Teilnahmepflicht, in: Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (Hrsg.), De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel/Frankfurt a.M. 1996, 255 ff., 261. Ebenfalls kritisch GION-ANDRI DECURTINS, Die rechtliche Stellung der Behörde im Abstimmungskampf, Freiburg 1992, 323 f.

sigen *Art und Weise* der Intervention eines Behördenmitglieds zu befassen.³² Mithin wären Stellungnahmen sowohl von Behörden als auch von Behördenmitgliedern im Vorfeld von Abstimmungen *grundsätzlich zulässig*, sofern sie in sachlicher, transparenter und verhältnismässiger Art und Weise erfolgen.³³ In sämtlichen öffentlichen Abstimmungsstimmungen von Regierungsmitgliedern spiegelt sich die mit dem Amt verbundene Autorität wider, weshalb sich eine Beurteilung nach denselben Grundsätzen wie bei Stellungnahmen der Behörde rechtfertigt. Die Anwendung derselben Massstäbe ergibt sich auch aus dem Kollegialprinzip: Gibt man die Abgrenzung zwischen amtlich erscheinend und «privat» bei Regierungsmitgliedern auf, sind alle solche öffentlichen Abstimmungsstimmungen der Gesamtbehörde zuzurechnen.

Diese Lehrmeinungen – wie auch die bisherige Praxis des Bundesgerichts³⁴ – wurden allerdings vorwiegend mit Blick auf Sachabstimmungen und nicht für Wahlen entwickelt.³⁵ Bei Sachabstimmungen kommt den Behörden eine gewisse Beratungsfunktion zu, welche die behördliche Teilnahme am Abstimmungskampf im Interesse eines «möglichst optimalen Willensbildungsprozesse[s]»³⁶ rechtfertigen kann. Bei Wahlen brauchen die Stimmberechtigten demgegenüber regelmässig keine behördliche Beratung,³⁷ woraus sich ein gänzlich Verbot behördlicher Wahlhilfe ergibt.³⁸ Behörden haben die parteipolitische Neutralität zu wahren; Wahlempfehlungen oder die (auch nur indirekte) Unterstützung des Wahlkampfes eines bestimmten Kan-

didierenden sind mithin untersagt.³⁹ Zur Wahrung dieser Chancengleichheit ergibt sich gleichzeitig die behördliche Pflicht, offensichtlich falsche bzw. irreführende Informationen, die im Verlauf eines Wahlkampfes verbreitet werden, im Interesse der freien und unverfälschten Willensbildung richtigzustellen.⁴⁰

Nach dem Gesagten sind behördliche Interventionen im Vorfeld von Wahlen *grundsätzlich unzulässig*.⁴¹ Der oben erwähnte neuere Ansatz, behördliche Interventionen bei Sachabstimmungen grundsätzlich zuzulassen, lässt sich aufgrund der strengeren Neutralitätspflicht des Staats nicht auf Wahlen übertragen.⁴² Auch bei Wahlkämpfen gilt aber, dass die Unterscheidung zwischen amtlichem und privatem Auftritt von (Exekutiv-)Mitgliedern (insbesondere beim gemeinsamen Auftritt mehrerer Mitglieder) kaum sinnvoll gelingt, weshalb dem «Autoritätsbonus»⁴³ bzw. dem Vertrauen⁴⁴, das Amtspersonen entgegengebracht wird, auch im Vorfeld von Wahlen Rechnung zu tragen ist. Wie bei Sachabstimmungen gebietet es sich daher, Interventionen von einzelnen Behördenmitgliedern und Gesamtbehörden nach demselben Massstab zu beurteilen. Unseres Erachtens wären demnach auch Interventionen von einzelnen Mitgliedern einer kollegialen Exekutivbehörde im Vorfeld einer Wahl – seien sie nun «privat» oder amtlich gedacht – *grundsätzlich unzulässig*. Bei dieser Grundrechtskollision hat die Meinungsfreiheit einzelner Regierungsmitglieder u.E. regelmässig hinter den Anspruch der Gesamtheit der Stimmberechtigten auf Wahlfreiheit zurückzutreten.⁴⁵

³² Grundlegend MICHEL BESSON, Behördliche Informationen vor Volksabstimmungen, Bern 2003, 179 ff. und 267 f.; MÜLLER (FN 31), 261 m.w.H.

³³ Zu diesen Grundsätzen auch ANDREA MARCEL TÖNDURY, Intervention oder Teilnahme? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Kommunikation im Vorfeld von Volksabstimmungen, ZBl 2011, 341 ff., 355 ff.

³⁴ Die vom Bundesgericht in E. 2.3.3 dieses Urteils zitierten Entscheide beziehen sich denn auch beide auf Sachabstimmungen. Zumindest implizit stellte das Bundesgericht in einer früheren Zürcher Regierungsratswahl auf das Kriterium der Wirkung ab (BGE 118 Ia 259 E. 4c).

³⁵ Es existiert allgemein nur «sehr wenig Praxis zum Problem behördlicher Interventionen in Wahlkämpfen» (STEINMANN [FN 18], AJP 1996, 266).

³⁶ BESSON (FN 32), 121.

³⁷ Eine Ausnahme stellen bspw. (komplexe) Wahlverfahren dar (BGer, 1P.298, 376, 390/2000, 31.8.2000, in: Pra 2001, Nr. 23). Eine gewisse Beratungsfunktion bejahte das Bundesgericht auch schon bei Richter- (BGE 117 Ia 452) und Lehrerwahlen (BGer, 1P.115/1995, 5.7.1995, in: ZBl 1996, 222 ff., 223) (zum Ganzen auch STEINMANN [FN 18], AJP 1996, 266 f.).

³⁸ YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N 2604 m.w.H. auch zum Folgenden.

³⁹ Statt vieler BGE 113 Ia 291 E. 3b. Dies gilt auch für Wahlkämpfe über- oder untergeordneter Gemeinwesen (YVO HANGARTNER, Interventionen des Gemeinwesens im Wahl- und Abstimmungskampf, AJP 1996, 270 ff., 274).

⁴⁰ BGer, 1P.116/2000, 5.5.2000, E. 2b; HANGARTNER/KLEY (FN 38), N 2605; MÜLLER/SCHEFER (FN 25), 618; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. A., Basel 2016, 400; SGK BV-STEINMANN, Art. 34 N 22, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014.

⁴¹ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A., Zürich 2016, N 1396.

⁴² Vgl. auch ANDREA TÖNDURY, Toleranz als Grundlage politischer Chancengleichheit, Zürich/St. Gallen 2017, 625 mit Hinweis auf VINCENT MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zürich/Basel/Genf 2003, 592 f.

⁴³ MÜLLER/SCHEFER (FN 25), 632.

⁴⁴ BGE 117 Ia 41 E. 5; JEANNE RAMSEYER, Zur Problematik der behördlichen Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen, Basel 1992, 65.

⁴⁵ Die Meinungsfreiheit der Regierungsmitglieder wird durch diese sowohl zeitlich als auch sachlich eng begrenzte Zurückhaltungspflicht nicht übermässig stark eingeschränkt. Im Allgemeinen haben sich Regierungsmitglieder aufgrund ihrer besonderen Stellung weiterge-

Nur «wenn sie im Interesse der freien und unverfälschten Willensbildung und Willensbetätigung der Wähler als unerlässlich erscheint»⁴⁶, kommt eine solche Intervention in Frage bzw. sind die Behörden(mitglieder) dazu verpflichtet.⁴⁷ Eine derartige Intervention müsste indes ebenfalls die Gebote der Sachlichkeit, Transparenz und Verhältnismässigkeit einhalten.

Gibt man die Unterscheidung zwischen öffentlichen Wahlkampf-Stellungnahmen von exekutiven Gesamthörden und einzelnen ihrer Mitglieder (als Privatpersonen) auf, folgt nach dem Gesagten, dass das im «Tages-Anzeiger» publizierte Inserat eine *unzulässige* Intervention in den Wahlkampf darstellte. Es sind u.E. keine triftigen Gründe ersichtlich, die eine öffentliche Wahlempfehlung von Regierungsmitgliedern im vorliegenden Fall gerechtfertigt hätten. Auf die schwierige Abgrenzung zwischen amtlichen und «privaten» Wahlkampf-Äusserungen von Behördenmitgliedern, die an die Öffentlichkeit gerichtet sind, könnte verzichtet werden.

Damit ist freilich noch nicht gesagt, dass der zweite Wahlgang der Zürcher Ständeratswahl aufzuheben bzw. zu wiederholen sei. Selbst bei – wie u.E. hier – festgestellten Mängeln im Vorfeld oder bei der Durchführung eines Urnengangs ist dieser nach der Rechtsprechung nur dann aufzuheben, «wenn die gerügten Unregelmässigkeiten erheblich sind und das Ergebnis beeinflusst haben können».⁴⁸ Diese Auswirkung brauchen die Beschwerdeführenden indes nicht nachzuweisen; vielmehr genügt es, wenn eine

derartige Beeinflussung im Bereich des Möglichen liegt.⁴⁹ Hierbei schätzt das Bundesgericht die Wahrscheinlichkeit eines anderen Wahl- oder Abstimmungsausgangs anhand qualitativer (Schwere des Mangels und dessen Bedeutung im Rahmen des Urnengangs) und quantitativer Kriterien (insbesondere die Grösse des Stimmenunterschieds) ab.⁵⁰ Von einer Aufhebung des Urnengangs kann aber nur abgesehen werden, wenn «die Möglichkeit, dass die Abstimmung ohne den Mangel anders ausgefallen wäre, nach den gesamten Umständen als derart gering [erscheint], dass sie nicht mehr ernsthaft in Betracht kommt».⁵¹ Je schwerer die Verletzung der politischen Rechte aber wiegt, desto weniger kann es auf den (u.U. gerade dadurch bewirkten) Stimmenunterschied ankommen.⁵² So hob das Bundesgericht eine Gemeindewahl in Kleinandelfingen wegen einseitiger (staatlicher) Unterstützung auf, obwohl die nicht gewählte (beschwerdeführende) Kandidatin nur bei fast einer Verdoppelung ihrer Stimmen die Wahl geschafft hätte.⁵³ Für das Bundesgericht wog die behördliche Finanzierung von Wahlinseraten, die nur Kandidierenden der «organisierten Ortsparteien» offenstand, qualitativ (zu) schwer,⁵⁴ zumal die Behörde in die eigene Wahl eingriff.⁵⁵ Auch im vorliegenden Fall war der Stimmenvorsprung Nosers (rund 70'000 Stimmen bzw. knapp über 22 Prozentpunkte) gross, weshalb die Frage, ob der zweite Wahlgang der Zürcher Ständeratswahlen zu kassieren sei, also primär von der qualitativen Schwere der unzulässigen Intervention abhängt. Im Gegensatz zur angesprochenen Kleinandelfinger Gemeindewahl waren es *in casu* aber nicht Mitglieder der zu bestellenden Behörde selbst, denen die Intervention zuzuschreiben ist. Sodann dürfte die Bedeutung des (einzelnen) Inserats im Rahmen des Urnengangs hier – angesichts der Unmenge an Inseraten, Plakaten, Wahlkampfveranstaltungen und Unterstützungskomitees⁵⁶ in beiden Ständerats-

hende Einschränkungen als die übrigen Grundrechtsträger gefallen zu lassen (vgl. RHINOW/SCHIEFER/UEBERSAX [FN 40], N 1212). Die Regierung selbst erhält ihre notwendige demokratische Legitimation durch eine freie und unverfälschte Wahl, weshalb die an Regierungsmitglieder gerichtete Forderung nach Zurückhaltung in anderen Wahlkämpfen zum Schutz des Legitimationsprozesses gerechtfertigt ist.

⁴⁶ BGE 118 Ia 259 E. 3.

⁴⁷ Zu denken ist etwa an die Konstellation, dass eine Behörde, ein Mitglied oder ein Kandidat selbst in ungerechtfertigter Weise angegriffen wird oder über diese Personen offensichtlich falsche Informationen verbreitet werden (RAMSEYER [FN 44], 52). In solchen Fällen ist eine direkte Betroffenheit im Sinne von § 6 Abs. 3 des Gesetzes [des Kantons Zürich] vom 1. September 2003 über die politischen Rechte (GPR/ZH, LS 161) gegeben. Es geht um Fälle, in denen das *Unterlassen* einer Intervention die Neutralitätspflicht und das Gebot der Chancengleichheit (und damit Art. 34 BV) verletzen würde. Die Intervention darf sich nur gegen Handlungen richten, die «ihrer ganzen Natur nach stark genug [sind], einen wesentlichen Teil der Stimmberechtigten zu beeinflussen» (Urteil der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vom 3. Februar 1939 i.S. Thomann c. Zürich, in: ZBl 1939, 249 ff.).

⁴⁸ BGE 145 I 1 E. 4.2; das Bundesgericht wendet in dieser Hinsicht bei Wahlen und Abstimmungen dieselben Grundsätze an (BGE 118 Ia 259 E. 3 und 4e).

⁴⁹ BGE 119 Ia 271 E. 3b.

⁵⁰ BGE 143 I 78 E. 7.1; BSK BV-TSCHANNEN, Art. 34 N 54, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser); CHRISTOPH HILLER, Die Stimmrechtsbeschwerde, Zürich 1990, 418.

⁵¹ BGE 119 Ia 271 E. 3b.

⁵² HANGARTNER/KLEY (FN 38), N 2694; MÜLLER/SCHIEFER (FN 25), 636; BSK BV-TSCHANNEN (FN 50), Art. 34 N 54, der die Legitimität des Urnengangs in solchen Fällen als «unrettbar beschädigt» bezeichnet.

⁵³ BGE 113 Ia 291; vgl. auch BGE 114 Ia 427 E. 7.

⁵⁴ BGE 113 Ia 291 E. 3g.

⁵⁵ Vgl. auch OGer AR, Nr. 3648, 1.7.2015, E. 3.2, in: AR GVP 27/2015, 70 ff.

⁵⁶ Dem öffentlichen Unterstützungskomitee von Schlatter-Schmid gehörte insbesondere auch der Zürcher Regierungsrat Martin Neukom an.

wahlgängen⁵⁷ – geringer sein als die Bedeutung, die dem (je dreimal in zwei verschiedenen Lokalzeitungen publizierten) Inserat in Kleinandelfingen zukam. Der von den Beschwerdeführern bemängelte irreführende Effekt des «Tages-Anzeiger»-Inserats dürfte zudem durch die bald darauffolgenden Richtigstellungen, Präzisierungen und scharfe Kritik in der Presse gemindert worden sein.⁵⁸ Allemal ist bei der Würdigung auch der strikten Neutralitätspflicht des Staates bei Wahlen Rechnung zu tragen.⁵⁹ Wenn die Aufhebung einer Wahl verneint wird, kann es sich daher als Alternative anbieten, die Unzulässigkeit einer Intervention (auch im Sinne einer «erzieherischen» Massnahme) immerhin förmlich festzustellen.⁶⁰

Qualifiziert man das Inserat aber als rein «private», an die Öffentlichkeit gerichtete Äusserung von Privatpersonen, was u.E. bei Regierungsmitgliedern nicht angezeigt erscheint, wären sowohl die Zulässigkeit einer solchen Intervention als auch die Frage der Aufhebung der Wahl nach einem anderen Massstab zu beurteilen. Interventionen von Privaten gelten nur bei «ganz schweren Verstössen» als Mangel, die zudem nur dann zur Wiederholung des Urnengangs führen, wenn die Auswirkung des Mangels auf das Ergebnis «ausser Zweifel steht oder zumindest als sehr wahrscheinlich erscheint».⁶¹ Diese erheblichen Konsequenzen unterstreichen u.E. die Begründetheit der Forderung, wonach bei Regierungsmitgliedern auf die Unterscheidung zwischen amtlich erscheinenden und «privaten» Wahlkampf-Interventionen zu verzichten ist. Will das Bundesgericht daran trotzdem festhalten,⁶² ist aber immerhin zu fordern, dass amtlich erscheinende Handlungen von Mitgliedern kollegialer (Exekutiv-)Behörden stets der Behörde als solcher zuzurechnen sind (vgl. oben II.A.). Diese Zurechnung entsprach ja auch der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts. Wie in II.A. erwähnt, ist die

Abkehr davon im vorliegenden Urteil wohl primär auf die Ausgestaltung des Rechtswegs im Zürcher VRG zurückzuführen. Im Zusammenhang mit diesem Rechtsweg warf das Bundesgericht an der öffentlichen Urteilsberatung auch die grundsätzliche Frage der Sinnhaftigkeit des Einspracheverfahrens nach § 10d VRG/ZH (ohne Möglichkeit des Weiterzugs ans Zürcher Verwaltungsgericht) auf. Diese Frage richtet sich an den Zürcher Gesetzgeber und sprengt den Rahmen dieser Urteilsbesprechung.

III. Fazit

Im Ergebnis ist die Überweisung der Sache an das Zürcher Verwaltungsgericht, das sich *inhaltlich* mit der Zulässigkeit des Inserats im Lichte der Wahlfreiheit befassen muss, trotz verfahrensökonomischen Bedenken nachvollziehbar.

Die Art und Weise, wie das Bundesgericht überhaupt zu diesem Ergebnis kam, wirft aber hier dargestellte Fragen auf. Insbesondere die Trias, wonach Äusserungen eines Regierungsratsmitglieds im Vorfeld von Wahlen entweder «privater» oder amtlicher Natur sind – oder aber der Gesamtbehörde zuzurechnen sind –, erscheint problematisch. Aufgrund des Kollegialprinzips sind amtlich erscheinende Äusserungen eines Regierungsratsmitglieds der Gesamtbehörde zuzurechnen. Unseres Erachtens ist es im Falle des Regierungsrats als exekutiver Kollegialbehörde sogar geboten, bei an die Öffentlichkeit gerichteten Wahlkampf-Äusserungen auf eine Unterscheidung zwischen «privat» und amtlich gänzlich zu verzichten. Das öffentliche Amt lässt sich nicht von der Privatperson, welche dieses ausübt, trennen; für die Öffentlichkeit bestimmte Äusserungen eines Regierungsmitglieds im Rahmen eines Wahlkampfs (wie bspw. das hier diskutierte Inserat) als rein «privat» zu qualifizieren, erscheint widersprüchlich.

Unabhängig vom weiteren Verfahrensausgang lässt sich bereits jetzt feststellen, dass das zur Diskussion stehende Inserat – um mit den treffenden Worten von Bundesrichter THOMAS MÜLLER zu sprechen – nicht als «Sternstunde magistralen Auftretens» in die Geschichte eingehen wird.

⁵⁷ Beide Kandidierende verfügten mithin über einen «grossen Bekanntheitsgrad» (BGE 118 Ia 259 E. 4e).

⁵⁸ Vgl. bspw. CORSIN ZANDER/PASCAL UNTERNÄHRER, Regierungsräte empören mit Wahlinserat, Tages-Anzeiger vom 5.11.2019, 17. Das Inserat der Regierungsräte erschien mit anderen Worten «nicht so spät, dass die betroffenen Kreise nicht mehr hätten reagieren können» (BGE 118 Ia 259 E. 4e).

⁵⁹ Nach HANS-RUDOLF ARTHA, Die Rechtsfolgen unzulässiger behördlicher Einflussnahmen auf kantonale und kommunale Wahlen und Abstimmungen, AJP 1996, 278 ff., 284, führt diese Neutralitätspflicht gar dazu, dass behördliche Interventionen bei Wahlen nicht nur «eher als unzulässig» zu betrachten sind (als bei Abstimmungen), sondern auch eher die Kassation zur Folge haben können.

⁶⁰ Vgl. bspw. BGE 129 I 185 E. 9. Dies entspräche auch der ursprünglichen Forderung der Beschwerdeführenden nach einer «Rüge» (oben I.A.).

⁶¹ BGE 119 Ia 271 E. 3c.

⁶² Vgl. unlängst auch BGer, 1C_24/2018, 12.2.2019, E. 1.2.3, in: ZBI 2020, 206 ff., in Bezug auf eine Sachabstimmung.