

Hochschulstrasse 17  
Postfach 7475  
3001 Bern  
Telefon 031 634 72 33  
Telefax 031 634 71 13  
Postkonto 30-3946-3  
[www.be.ch/obergericht](http://www.be.ch/obergericht)

## Motiv

---

Nr. HG 07 36/MAT/MAG  
(Ausfertigung: 14. Februar 2008)

### Das Handelsgericht des Kantons Bern

mitwirkend Oberrichter Maurer (Vorsitz), Handelsrichter Gubler, Handelsrichterin Meyer-Oppliger sowie Gerichtsschreiberin Matt



hat in seiner Sitzung vom 6. Februar 2008 in Bern

in der Sache

**Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT**, handelnd durch den Präsidenten Dr. Erwin Kessler, Im Bühl 2, 9546 Tuttwil

**Kläger**

gegen

**Die Schweizerische Post**, handelnd durch Fürsprecher Bernhard Zaugg (Rechtsdienst), Viktoriastrasse 21, 3030 Bern

**Beklagte**

**befunden und erwogen:**

## I. Formelles

1. Am 23. Mai 2007 reichte der Verein gegen Tierfabriken Schweiz (nachfolgend VgT genannt) Klage gegen die Schweizerische Post (nachfolgend Post genannt) ein, mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, die Zeitschrift des VgT als PromoPost offiziell, d.h. für die Zustellung in alle Haushaltungen, entgegenzunehmen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (pag. 1 ff.).
  
2. Mit Verfügung vom 30. Mai 2007 wurde dem Kläger mitgeteilt, dass die Vorschriften über den Aussöhnungsversuch gemäss Art. 161 ZPO nicht erfüllt seien. Das Verfahren HG 07 36 werde, bis zur Vorlage einer Klagebewilligung oder einer Verzichtserklärung auf den Aussöhnungsversuch, eingestellt (pag. 13 f.).  

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2007 teilte der Kläger alsdann mit, gemäss Verfügung des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen hätten die Parteien auf die Durchführung eines Aussöhnungsversuchs verzichtet (pag. 16 f.).
  
3. Am 11. Oktober 2007 wurde die Beklagte aufgefordert, eine Klageantwort einzureichen (pag. 18). Die Beklagte reichte innert Frist eine Klageantwort ein und beantragte, die Klage sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers (pag. 22 ff.).
  
4. Die Post, Generalsekretariat, hat ihren Sitz in Bern. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Bern ergibt sich damit aufgrund von Art. 3 GestG. Das Handelsgericht beurteilt gemäss Art. 5 lit. a ZPO als einzige kantonale Instanz handelsrechtliche Streitigkeiten im Sinne von Art. 55 GOG aus dem Mobilarsachenrecht und Obligationenrecht mit Ausnahme derjenigen aus dem Grundstückverkehr sowie die Streitigkeiten aus unlauterem Wettbewerb, sofern der Streitwert mindestens Fr. 30'000.-- beträgt. Gemäss Art. 55 GOG gilt eine Streitsache als handelsrechtliche, wenn beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind und die Streitigkeit mit dem Gewerbebetrieb einer der Parteien im Zusammenhang steht. Die vorliegende Streitsache zwischen dem VgT und der Post stammt aus dem Bereich der sog. „Wettbewerbsdienste“ (Art. 9 Postgesetz, nachfolgend PG, SR 783.0). In diesem Bereich tritt die Post gemäss Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Mai 2002 wie ein Privater auf (BGE 4C.297/2001, vgl. dazu auch Ziff. II.3. hiernach). Damit sind für Streitigkeiten zwischen der Post und einer Drittperson, welche in den Bereich von Art. 9 PG fallen, die Zivilgerichte zuständig. Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen, der Streit steht im übrigen Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb der Parteien und der Streitwert liegt über Fr. 30'000.--, womit die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Bern aufgrund von Art. 5 lit. a ZPO gegeben ist. Das Handelsgericht des Kantons Bern ist demnach sowohl sachlich als auch örtlich zur Beurteilung des Klagebegehrens zuständig.

## II. Zur Sache

1. Der Kläger führt zur Begründung seiner Klage allgemein aus, der VgT sei eine im Handelsregister eingetragene juristische Person. Der statutarische Vereinszweck laute wie folgt:

Der am 4. Juni 1989 auf Initiative von Erwin Kessler gegründete Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) / Association Contre les Usines d'Animaux (ACUSA) mit Sitz in 9546 Tuttwil verfolgt folgende Hauptzwecke:

1. Schutz der Tiere, insbesondere der Nutztiere;
2. Natur- und Heimatschutz, insbesondere die Erhaltung einer naturnahen Landschaft frei von störenden, nicht-landwirtschaftlichen Bauten, speziell Tierfabriken, Erhaltung und Förderung der Weidehaltung landwirtschaftlicher Tiere als prägendes Element der traditionellen Kulturlandschaft;
3. Konsumentenschutz, insbesondere der Schutz der Konsumenten vor nicht-tiergerecht, nicht-landschaft- und naturschonend produzierten Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen;
4. politische Arbeit zugunsten eines verbesserten Tier- und Konsumentenschutzes durch aktive Einflussnahme auf Wahlen- und Abstimmungen (Funktion des Vereins als Tier- und Konsumentenschutzpartei: Unterstützung und Lancierung von Volksinitiativen, Wahl- und Abstimmungspropaganda, Kandidatur von Mitgliedern bei kantonalen und eidgenössischen Wahlen etc.).

Die Schweizerische Post verteile unadressierte Massensendungen (sog. Promo-Post) auch in Briefkästen mit dem Kleber „Stopp - keine Werbung“, wenn eines der folgenden Kriterien erfüllt sei (sog. PromoPost „offiziell“):

- a) Sendungen von Behörden, der Verwaltung und öffentlichen Unternehmen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, soweit sie nicht vorwiegend kommerzielle Zwecke verfolgen;
- b) Amtliche Anzeiger und andere amtliche Publikationsorgane;
- c) Sendungen politischer Parteien;
- d) Sendungen überparteilicher Komitees, die in einem konkreten Zusammenhang mit bevorstehenden Wahlen oder Abstimmungen stehen;
- e) Sendungen nicht kommerzieller Natur, die dem Informationsbedürfnis einer breiten Öffentlichkeit entsprechen (z.B. Blutspendeaufruf, Informationen über Bauvorhaben / Lärm oder Verkehr / Unterbruch von Versorgungsleitungen wie Strom, Wasser, Gas, Telefon; Sirentests etc.);
- f) Sendungen von Entsorgungs- / Recycling-Unternehmen;
- g) Sendungen mit Spendeaufrufen von Fundraisern, karitativen Organisationen, welche von der Stiftung ZEWO (Fachstelle für gemeinnützige, Spenden sammelnde Organisationen) zertifiziert sind; nicht aber kommerzielle Prospekte mit Shop-Artikeln.

Die Zeitschrift des Klägers erfülle nicht nur eines, sondern gleichzeitig mehrere dieser Kriterien. Dennoch weigere sich die Post neuerdings, diese Zeitschriften als „offiziell“ anzuerkennen und dementsprechend zu spedieren. Zu den einzelnen, obgenannten, vom VgT erfüllten Kriterien (AB 3, Broschüre „PromoPost“, S. 6, grauer Kasten) und der Diskriminierung durch die Schweizerische Post vgl. nachfolgend Ziff. 5-7.

Die Zeitschrift des VgT erscheine regelmässig dreimal jährlich in deutscher Sprache unter dem Titel „VgT-Nachrichten“ und zweimal jährlich in französischer Sprache unter dem Titel „ACUSA-News“. Ein Teil der Auflage gehe adressiert an die Mitglieder und Abonnenten in der ganzen Schweiz (insgesamt ca. 30'000). Der grössere Teil der Druckauflage, welche zwischen hunderttausend und einer Million schwanke, werde als unadressierte Sendungen in alle Haushaltungen in wechselnden Regionen (je nach Aktualität) gestreut.

Die VgT-Zeitschriften seien inseratfrei und nicht kommerzieller Natur. Jedem Heft liege ein Einzahlungsschein für Spenden bei. Der VgT sei eine nicht gewinnorientierte, gemeinnützige Organisation.

2. Die Beklagte hält dem grundsätzlich entgegen, dass der Transport der Sendungen des Klägers dem Leistungsangebot PromoPost der Beklagten entspreche und in den Bereich der Wettbewerbsdienste nach Art. 9 PG und Art. 10 Postverordnung (nachfolgend VPG, SR 783.01) falle. Die Beklagte sei ermächtigt, das Angebot ihrer Dienstleistungen im Einzelnen festzulegen. Sie könne dabei die Bedingungen für die Inanspruchnahme ihrer Dienstleistungen selbständig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen regeln, wobei die Bedürfnisse der Bevölkerung und der Wirtschaft sowie die technische Entwicklung zu berücksichtigen seien. Sie habe von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht durch Erlass von produktespezifischen allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche integrierende Bestandteile der mit den jeweiligen Kunden im Einzelfall geschlossenen Transportverträge bilden würden (AB 2 und 3).

In Bezug auf die Zustellung von PromoPost Sendungen durch die Beklagte dienen die allgemeinen Geschäftsbedingungen PromoPost und die dazugehörige Broschüre „PromoPost“ als Grundlage für die Beförderung der Sendungen im Auftrag der jeweiligen Absender. Die Zustellung der Sendungen erfolge dabei ausschliesslich in Brief- und Ablagekästen ohne Kleber „Stopp - keine Werbung“ oder vergleichbare Anschriften. Einzig amtliche oder andere im öffentlichen Interesse stehende Sendungen könnten in sämtliche Brief- und Ablagekästen zugestellt werden, sofern der Aufgeber dies wünsche. Sendungen würden als offiziell gelten und würden in sämtliche Brief- und Ablagekästen zugestellt, wenn eine der massgebenden Voraussetzungen gemäss der diesbezüglichen Auflistung in der Broschüre PromoPost erfüllt sei (vgl. dazu Ziff. 1, S. 3 hiervor). Die Übersicht entspreche dabei einer Abwägung der Interessen des jeweiligen Absenders auf Zustellung seiner Sendungen in alle Haushaltungen gemäss seinem Auftrag und dem Wunsch der einzelnen Empfänger auf Nichterhalt von Reklamesendungen aller Art gemäss dem an ihrem Briefkasten angebrachten Stopp-Kleber. Dieser habe die Funktion einer vorgezogenen Annahmeverweigerung in Bezug auf die Zustellung der entsprechenden Sendungen, deren Erhalt aus Sicht des Empfängers nicht gewünscht werde.

Bei der Konkretisierung dieser Interessenabwägung sei der Auftrag der Absender durch die Beklagte anfänglich höher gewichtet worden, als allfällige Stopp-Kleber der einzelnen Empfänger. Allerdings habe diese Praxis aufgrund zahlreicher Reklamationen rasch geändert werden müssen, worauf vollständig auf die Zustel-

lung unadressierter Sendungen in Briefkästen mit Stopp-Kleber verzichtet worden sei mit Ausnahme der Amtsanzeiger. Allerdings habe auch diese Regelung sehr schnell zu Kundenreklamationen geführt, indem die Zustellung von Sendungen ausgewählter Anbieter trotz des Klebers verlangt worden sei. Aus betrieblichen Gründen habe die Post nicht auf Einzelwünsche eingehen können. Im Einvernehmen mit Konsumentenschutzorganisationen und weiteren interessierten Kreisen habe dies zur heute praktizierten Lösung in Form einer Kategorisierung der Sendungen nach objektiven Kriterien geführt. Die skizzierte Regelung entspreche damit einer langjährigen Praxis der Beklagten, die von allen Betroffenen mehr oder weniger problemlos akzeptiert werde und grundsätzlich beibehalten werden sollte.

Seitens des Klägers werde die Massgeblichkeit dieser Rahmenbedingungen für den Transport und die Zustellung von der Beklagten übertragenen PromoPost Sendungen nicht bestritten, weshalb sie als zumindest stillschweigend akzeptiert gelten dürften. Allerdings vertrete der Kläger die Auffassung, gleich mehrere der massgeblichen Voraussetzungen zu erfüllen, was von der Beklagten verneint werde (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 5-7).

Zu beachten sei dabei, dass die Sendungen des Klägers ursprünglich in alle Haushaltungen zugestellt worden seien. Aufgrund zahlreicher Rückfragen und Reklamationen von Empfängern der Sendungen habe aber eine Neu Beurteilung der Situation vorgenommen werden müssen. Dabei habe sich heraus gestellt, dass die Voraussetzungen für die Zustellung der Sendungen auch in Briefkästen mit Stopp-Kleber nicht erfüllt gewesen seien, was dem Kläger mit Schreiben vom 10. April 2007 mitgeteilt worden sei. Der Kläger habe darauf am 12. April 2007 reagiert und sich mit politischen Parteien, staatlich anerkannten gemeinnützigen Organisationen und Gratiszeitungen verglichen und die Gleichbehandlung verlangt. Die Beklagte habe am 4. Mai 2007 dazu Stellung genommen (AB 4-6). Der Kläger werde nicht diskriminiert oder zensuriert. Vielmehr könnten die aufgegebenen Sendungen des Klägers aufgrund ihrer fehlenden Qualifikation von der Beklagten ohne Verletzung der eigenen Dienstleistungsbedingungen gar nicht als offizielle PromoPost Sendungen entgegen genommen und in sämtliche Brief- und Ablagekästen zugestellt werden.

Zu beachten sei auch die Tatsache, dass der Transport der PromoPost Sendungen dem Wettbewerbsdienst der Beklagten nach Art. 9 PG zugehöre und grundsätzlich auch durch private Dritte erbracht werden könne. Insbesondere in Form der Leistungsangebote der Swissdirectmail, einem Zusammenschluss privater Zustellorganisationen der Schweiz, stehe dem Kläger denn auch ein vergleichbares kostengünstiges und flächendeckendes Verteilersystem als Konkurrenz zur Beklagten zur Verfügung, weshalb er für den Versand seiner Publikation keineswegs auf die Leistungen der Beklagten angewiesen sei.

3. Die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts wies die Post am 7. Mai 2002 an, die Publikation des VgT gemäss den in der Broschüre PromoPost öffentlich und allgemein bekannt gegebenen Bedingungen zu befördern (4C.297/2001 bzw. BGE 129 III 35). Damals ging es darum, dass sich die Post grundsätzlich weigerte, die

Zeitschrift des Beklagten zu versenden. Das Bundesgericht führte damals unter anderem aus:

...

4.1 Seit dem Inkrafttreten der PTT-Reform per 1. Januar 1998 ist die Post eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern (Art. 2 des Postorganisationsgesetzes [SR 783.1]). Die Post ist damit organisatorisch von der Bundesverwaltung verselbständigt worden (BBI 1996 III 1330). Im Gleichschritt mit der Änderung der Rechtsstellung der Post sind deren Dienstleistungen in einem erheblichen Ausmass liberalisiert und die Kundenbeziehungen neu dem Privatrecht unterstellt worden. In Bezug auf das Dienstleistungsangebot der Post hat der Gesetzgeber eine differenzierte Regelung getroffen. Einerseits ist die Post auch nach der Ausgliederung aus der allgemeinen Bundesverwaltung verpflichtet, eine flächendeckende Grundversorgung mit Post- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen sicherzustellen. Diesbezüglich ist von Universaldienst die Rede (Art. 2 PG). Dieser wird mit Dienstleistungen sichergestellt, die ausschliesslich der Post als Monopolanbieterin vorbehalten sind (sog. "reservierte Dienste" [Art. 3 Abs. 1 PG]) oder die von der Post in Konkurrenz zu privaten Anbietern im ganzen Land erbracht werden müssen (sog. "nicht reservierte Dienste" [Art. 4 Abs. 1 PG und Art. 4 VPG]). Anders als bei den Universaldiensten verhält es sich bei den Wettbewerbsdiensten (Art. 9 PG). Dazu gehören alle Dienste, die weder durch das Gesetz den reservierten oder durch Bundesratsverordnung den nicht reservierten Diensten zugewiesen sind. In diesen Bereichen tritt die Post wie ein Privater auf. Insbesondere ist die Post zur Erbringung der Dienste nur berechtigt, nicht aber verpflichtet (BBI 1996 III 1284). Eine spezielle Regelung hat die Pflicht zur Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften erfahren. Zur Erhaltung einer vielfältigen Presse ist die Post verpflichtet, abonnierte Zeitungen und Zeitschriften zu einem Vorzugspreis zu befördern (Art. 15 PG). Die bereits vom Gesetz vorgesehene Pflicht zur Beförderung wurde vom Bundesrat in der Postverordnung konkretisiert. So bestimmt der Bundesrat, dass die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften zum nicht reservierten Dienst gehöre (Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG). Die Post ist somit zur Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften zu einem vergünstigten Tarif nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet.

...

4.3 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass postrechtlich nur diejenigen Publikationen als "Zeitungen" und "Zeitschriften" gelten, welche die von Art. 11 VPG aufgestellten Kriterien erfüllen. Nur diese Publikationen kommen im Hinblick auf die Erhaltung und Förderung einer vielfältigen Presse in den Genuss des günstigen Zeitungstarifs. Und nur bezüglich dieser Publikationen besteht grundsätzlich eine Beförderungspflicht im Hinblick auf die Sicherstellung einer ausreichenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen. Die Beförderung von unadressierten Massensendungen wie die "VgT-Nachrichten" oder die "ACUSA-News" zählen demgegenüber zu den Wettbewerbsdiensten. Wie erwähnt tritt die Post in diesem Bereich wie ein privater Dienstleister auf. Die Post ist zur Erbringung der Dienste berechtigt, nicht aber verpflichtet. Aus diesen Gründen kann der Post die Verweigerung, die "VgT-Nachrichten" und die "ACUSA-News" zu transportieren, grundsätzlich nicht vorgeworfen werden.

5.

Nachdem sich ergeben hat, dass die Beförderung der "VgT-Nachrichten" und "ACUSA-News" nicht zu der von der Post obligatorisch zu erbringenden Grundversorgung (Universaldienst) zählt, sondern zu den Dienstleistungen gehört, welche die Post erbringen kann, grundsätzlich aber nicht erbringen muss (Wettbewerbsdienst), stellt sich die Frage, ob die Post in ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts verpflichtet ist, im Hinblick auf die Wahrung der Grundrechte der Bürger gewisse Dienstleistungen zu erbringen.

...

5.2 Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV ist an die Grundrechte gebunden, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Danach besteht bei der Erfüllung von staatlichen Aufgaben eine Grundrechts-

bindung, und zwar unabhängig davon, ob diese Aufgaben durch den Staat oder durch privatrechtliche Organisationen erfüllt werden (BBI 1997 I 193; Jörg Paul Müller, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 635). Da die Post im hier relevanten Bereich der Wettbewerbsdienste keine "staatlichen Aufgaben" wahrnimmt, sondern vielmehr Dienstleistungen erbringt, die von jedem anderen Privaten auch erbracht werden könnten, fällt eine Grundrechtsbindung der Post gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV ausser Betracht. Nur im Bereich der Universaldienste kann von der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe (Art. 92 Abs. 2 BV) und dementsprechend auch von einer Grundrechtsbindung des jeweiligen Dienstleisters ausgegangen werden. Diese Bindung gilt gemäss Art. 35 Abs. 2 BV gleichermassen für die Post als öffentlich rechtliche Anstalt und für Private, die in Anwendung von Art. 5 ff. PG für die Erbringung von nicht reservierten Postdiensten der Konzessionspflicht unterstellt worden sind (vgl. BGE 127 I 84 E. 4b S. 88 f. als Anwendungsfall eines Privaten, der bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben an die Grundrechte gebunden ist).

5.3 Wenn eine Grundrechtsbindung nach Art. 35 Abs. 2 BV im vorliegenden Fall ausser Betracht fällt, kann sich die Frage stellen, ob die Post in ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts gestützt auf Art. 35 Abs. 1 und 3 BV an die Grundrechte gebunden ist, auch wenn sie unmittelbar keine staatliche Aufgaben wahrnimmt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist diese Frage zu verneinen. Der Bundesgesetzgeber hat die Stellung der Post im Bereich der Wettbewerbsdienste eindeutig geregelt. Einerseits wird im Postgesetz klar bestimmt, dass die Post in diesem Bereich - im Gegensatz zum Universaldienst - nicht verpflichtet ist, die entsprechenden Dienstleistungen zu erbringen. Vielmehr kann die Post ihre Dienste in Konkurrenz zu privaten Anbieterinnen oder Anbietern im In- und Ausland anbieten (Art. 9 Abs. 1 PG). Andererseits sieht das Gesetz vor, dass die Post vorbehältlich gesetzlicher Ausnahmen denselben Regeln untersteht wie die privaten Anbieter (Art. 9 Abs. 3 PG). Mit der ausdrücklichen Anordnung hat der Gesetzgeber klar gewollt, dass die Post im freien Wettbewerb mit Privaten gleich lange Spiesse haben soll wie die Konkurrenten. Dies ergibt sich eindeutig auch aus der parlamentarischen Beratung (vgl. AB 1996 N 2337 ff. [S. 2339, Votum Baumberger; S. 2340, Votum Hegetschweiler; S. 2341, Voten Binder und Hämmerli; S. 2342, Votum Christen "...armes égales (gleich lange Spiesse)"; S. 2342, Votum BR Leuenberger). Wenn der Bundesgesetzgeber klar angeordnet hat, dass die Post im privaten Wettbewerb zur Erzielung von Gewinn wie eine Privatperson tätig sein und genau den gleichen Regeln unterstehen soll wie Private (unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen, die im vorliegenden Zusammenhang nicht vorgesehen sind), so ist das Bundesgericht daran gebunden.

5.4 Damit kann festgehalten werden, dass keine Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV besteht, weil die Post im hier interessierenden Bereich keine staatlichen Aufgaben wahrnimmt (E. 5.2). Desgleichen fällt eine spezielle Grundrechtsbindung der Post in ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts ausser Betracht, wie sie in der Literatur teilweise aus Art. 35 Abs. 1 und 3 BV abgeleitet wird (Yvo Hangartner, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, in: AJP 2000 S. 515 ff.), weil der Gesetzgeber klar bestimmt hat, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste gleich gestellt ist wie ihre private Konkurrenz (E. 5.3). Wenn aber eine spezielle Grundrechtsbindung der Post bei der Erbringung der Wettbewerbsdienste abzulehnen ist, liesse sich eine Bindung an die Grundrechte nur mit einer Drittwirkung der Grundrechte - d.h. der Geltung der Grundrechte im Rechtsverkehr der Privaten untereinander - begründen. Diese Diskussion ist im vorliegenden Fall entbehrlich, weil sich im Folgenden aufgrund rein privatrechtlicher Überlegungen ergeben wird, dass die Post nicht berechtigt war, die Beförderung der "VgT-Nachrichten" und "ACUSA-News" zu verweigern.

6.

Eine Transportpflicht der Post, die im Bereich der Wettbewerbsdienste wie ihre privaten Konkurrenten in den Formen des Privatrechts handelt, besteht dann, wenn von einem Kontrahierungszwang auszugehen ist.

...

6.2 Allgemein anerkannt ist, dass sich eine Kontrahierungspflicht aufgrund einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung ergeben kann (anstatt aller: Kramer, a.a.O., N. 103). Die überwiegende Zahl der in Betracht fallenden Tatbestände gehören dem öffentlichen Recht

an. Ein anschauliches Beispiel im vorliegenden Zusammenhang ist die Kontrahierungspflicht im Bereich der Universaldienste der Post (Art. 2 ff. PG). Umstritten ist hingegen die Frage, ob sich eine Kontrahierungspflicht ausserhalb einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage auch aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechtes - insbesondere dem Schutz der persönlichen Wirtschaftsfreiheit (Art. 28 ZGB) oder der guten Sitten - ergeben kann.

6.4 Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass Publikationen wie die "VgT-Nachrichten" und die "ACUSA-News" von der Post normalerweise als unadressierte Massensendung entgegengenommen und transportiert werden, wie die Post selbst einräumt. Das betreffende Dienstleistungsangebot wird in der Informationsbroschüre "Promopost" umschrieben. Es kann daher ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Post die vom Kläger nachgefragte Dienstleistung allgemein und öffentlich angeboten hat. Ferner kann davon ausgegangen werden, dass die von der Post angebotene Dienstleistung zum "Normalbedarf" im oben umschriebenen Sinn zählt. Die Versendung von Informations- und Werbepublikationen wird von vielen Unternehmen und Institutionen nachgefragt, so dass ohne weiteres gesagt werden kann, dass die von der Post öffentlich angebotene Dienstleistung vom Durchschnittsnachfrager regelmässig in Anspruch genommen wird und insofern zum Normalbedarf zählt. Weiter kann im vorliegenden Fall auch davon ausgegangen werden, dass die Post gegenüber dem Kläger als marktstarke - oder sogar marktbeherrschende - Anbieterin auftritt. Die marktmächtige Position der Post ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass diese vor kurzem aus einem Monopolbetrieb - der PTT - hervorgegangen ist und gegenüber der sich allmählich etablierenden privaten Konkurrenz eine starke Stellung einnimmt. Andererseits fällt unter diesem Gesichtspunkt auch die heutige Monopolstellung in Teilen des Universaldienstes und das flächendeckende Verteilnetz in Betracht. Für den Kläger dürfte es daher nicht oder nur mit unzumutbaren Schwierigkeiten möglich gewesen sein, auf einen anderen Anbieter als die Post auszuweichen, der bereit und in der Lage gewesen wäre, 500'000 Exemplare der "VgT-Nachrichten" an Deutschschweizer und 200'000 Exemplare der "ACUSA-News" an Westschweizer Haushalte zu verteilen. Schliesslich kann auch festgehalten werden, dass die Post den Transport der fraglichen Publikationen ohne sachliche Gründe verweigert hat. Der Hinweis der Post, die Publikationen würden ihrem Ruf schaden und ihre Geschäftstätigkeit beeinträchtigen, weil viele Landwirte darin namentlich kritisch erwähnt würden, überzeugt nicht. Es ist allgemein bekannt, dass sich die Leistungen der Post auf die blosse Verteilung von Sendungen jeglicher Art bezieht und beschränkt. Mit dem redaktionellen Inhalt der von ihr beförderten Sendung wird die Post nicht identifiziert. Die Begründung der Post, dass andere Kunden - die namentlich erwähnten Landwirte - durch die Beförderung der Publikation ihre Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten in Frage stellen könnten, dürfte kaum zutreffen. Im Übrigen behauptet die Post auch nicht, dass der redaktionelle Inhalt rechtswidrig sei, was als sachlicher Grund für die Abweisung des Klägers zu anerkennen wäre. Unter diesen Umständen stellt die Weigerung der Post, die Publikationen des Klägers zu transportieren, einen Verstoss gegen die guten Sitten dar. Die Post wäre daher verpflichtet gewesen, die Sendungen des Klägers zu den von ihr in der Broschüre "Promopost" öffentlich und allgemein bekannt gegebenen Bedingungen zu befördern.

6.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste keine staatlichen Aufgaben erfüllt und deshalb nicht an die Grundrechte gebunden ist. Im Bereich der Wettbewerbsdienste gilt daher sowohl für die Post als auch für ihre private Konkurrenz grundsätzlich die Vertragsfreiheit und insbesondere auch die Vertragsabschlussfreiheit (E. 6.1). Eine Kontrahierungspflicht ist ausnahmsweise denkbar, wenn sie auf vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage beruht (E. 6.2). Als gesetzliche Grundlage kommen nicht nur ausdrückliche gesetzliche Regelungen, sondern auch allgemeine privatrechtliche Grundsätze wie das Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten in Frage (E. 6.3). Im vorliegenden Fall hat die Post mit ihrer Weigerung, die klägerischen Publikationen zu transportieren, gegen dieses Verbot verstossen (E. 6.4). Im Ergebnis hat das Obergericht des Kantons Thurgau somit zutreffend festgehalten, dass die Post zur Beförderung der "VgT-Nachrichten" und der "ACUSA-News" verpflichtet gewesen wäre.

#### **Daraus ergibt sich für das vorliegende Verfahren das Folgende:**

- Die Zeitschrift des VgT fällt unter die „Wettbewerbsdienste“ (Art. 9 PG).
- Die Post ist im Bereich der Wettbewerbsdienste nicht an Art. 35 Abs. 2 BV gebunden, weil sie in diesem Bereich keine staatlichen Aufgaben wahrnimmt.
- Im Weiteren fällt eine spezielle Grundrechtsbindung der Post in ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts ausser Betracht, wie sie in der Literatur teilweise aus Art. 35 Abs. 1 und 3 BV abgeleitet wird, weil der Gesetzgeber klar bestimmt hat, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste gleich gestellt ist wie ihre private Konkurrenz.

#### **4. Zur Diskriminierung im Allgemeinen**

- a) Der Kläger führt aus, dadurch, dass sich die Post weigere, die VgT-Zeitschrift als „offizielle“ PromoPost zuzustellen, werde er diskriminiert und die Post als marktbeherrschende Unternehmung dürfe nicht diskriminieren. Die Post als staatliche und marktbeherrschende Unternehmung sei nicht frei, sie sei an die EMRK gebunden und sie unterliege bezüglich ihrer Angebote PromoPost und Gratiszeitungen einem Kontrahierungszwang (vgl. dazu Ziff. 8b hiernach). Der Kläger beruft sich dabei insbesondere auf Art. 10 und Art. 14 EMRK. Zu den einzelnen, vom VgT erfüllten Kriterien gemäss der Auflistung in der Broschüre „PromoPost“, S. 6, grauer Kasten, vgl. nachfolgend Ziff. 5-7.
  
- b) Wie bereits mehrfach erwähnt, erfüllt die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste keine staatlichen Aufgaben und ist deshalb nicht an die Grundrechte gebunden. Im Bereich der Wettbewerbsdienste gilt daher sowohl für die Post als auch für ihre private Konkurrenz grundsätzlich die Vertragsfreiheit und insbesondere auch die Vertragsabschlussfreiheit. Es steht der Post damit frei, wie sie ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen formuliert, solange sie gesetzeskonform sind und die gewählten Kriterien sachbezogen und nicht diskriminatorisch sind.

Art. 10 in Verbindung mit Art. 14 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten nicht, alle berechtigten Personen unterschiedslos gleich zu behandeln. Eine Massnahme oder Regelung ist nur dann diskriminatorisch, wenn sie hinsichtlich der Gewährleistung des Genusses eines Konventionsrechts zwischen Personen oder Personengruppen unterscheidet, die sich in vergleichbarer Situation befinden, die Unterscheidung eines objektiven und angemessenen Rechtfertigungsgrundes entbehrt oder wenn zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel kein angemessenes Verhältnis besteht.

Ein Diskriminierung würde demnach vorliegen, wenn

- der VgT aufgrund von unsachlichen Begründungen benachteiligt würde,
- die Mittel/Zweckrelation nicht mehr stimmt,
- vergleichbare Organisationen anders behandelt würden,
- Kriterien willkürlich geändert oder wenn Änderung nur in der Absicht vorgenommen worden sind, um den VgT zu benachteiligen,

- es um den Inhalt der Sendungen geht (Vorwurf der Zensur durch die Post).

- c) Es ist somit in einem ersten Schritt die Frage zu klären, inwieweit die Kriterien für die Zustellung der offiziellen PromoPost sachgerecht sind und die Mittel/Zweckrelation stimmt.

Es stehen sich zwei Bedürfnisse gegenüber. Einerseits das Interesse des Absenders mit seinen Sendungen möglichst alle Haushaltungen zu erreichen und der Wunsch der Empfänger auf Nichterhalt von Reklamesendungen aller Art gemäss dem an ihren Briefkästen angebrachten Stopp-Kleber. Die Post musste einen Kompromiss finden zwischen den Interessen der Öffentlichkeit an Erreichung aller Haushalte und den Interessen der einzelnen Individuen, die keinen Massenversand erhalten wollen. Das Anbringen eines Stopp-Klebers an der eigenen Briefkastenanlage des jeweiligen Empfängers ist dabei als vorgezogene Annahmeverweigerung zu qualifizieren und seitens der Post bei der Sendezustellung grundsätzlich zu berücksichtigen. Insofern kann der Auftrag des Absenders zur Zustellung seiner Sendungen in alle Haushaltungen nicht alleine ausschlaggebend sein. Er wird vielmehr durch die Erklärung der einzelnen Empfänger entsprechend eingeschränkt, was den Bedürfnissen breiter Kreise entspricht. Grundsätzlich sollte der Kreis der Publikationen, die trotz dem Stopp-Kleber zugestellt werden, nicht zu hoch gehalten werden, ansonsten verliert dieser Wunsch des Kunden seine Bedeutung. Im Hinblick auf eine Interessenkollision scheint der oben genannte Katalog der Post (vgl. Ziff. II.1. hiervor) sachgerecht. Auch die Mittel/Zweckrelation scheint zu stimmen. Seitens des VgT wird die Massgeblichkeit dieser Rahmenbedingungen für den Transport und die Zustellung von der Beklagten übertragenen offiziellen PromoPost Sendungen denn an sich auch nicht bestritten.

Ob diese Kriterien im Einzelfall auf den VgT korrekt angewandt wurden, wird in Ziffer 5-7 hiernach für jedes Kriterium einzeln geprüft.

- d) In einem zweiten Schritt ist die Frage zu klären, ob andere vergleichbare Organisationen anders behandelt werden. Der Kläger bringt hiezu keine konkreten Beispiele vor, er wäre hierfür jedoch beweispflichtig. Es muss bei den einzelnen Kriterien dann noch geprüft werden, ob die unterschiedliche Behandlung z.B. der ZEWO-geprüften Organisationen gerechtfertigt ist (vgl. dazu Ziffer 5-7 hiernach).
- e) Weiter ist der Frage nachzugehen, ob die Kriterien willkürlich geändert worden sind, um den VgT zu benachteiligen. Die Post führte aus, die Sendungen des VgT seien ursprünglich in alle Haushaltungen zugestellt worden. Aufgrund zahlreicher Rückfragen und Reklamationen von Empfängern der Sendungen habe jedoch eine Neu Beurteilung der Situation vorgenommen werden müsse. Dabei habe sich herausgestellt, dass die Voraussetzungen für die Zustellung der Sendungen auch in Briefkästen mit Stopp-Kleber nicht erfüllt gewesen seien, was dem Kläger mit Schreiben vom 10. April 2007 mitgeteilt worden sei, bestätigt im Schreiben vom

4. Mai 2007. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der obgenannte Katalog (vgl. Ziff. II.1. hiervor) geschaffen wurde, um den VgT zu benachteiligen. Dies wird im Übrigen vom Kläger auch nicht geltend gemacht.

- f) Überdies stellt sich die Frage, ob die Post eine eigentliche Zensur ausübt. Unbestritten ist, dass die Post aufgrund von Reklamationen gehandelt hat. Dagegen fehlen eigentliche Anhaltspunkte dafür, dass vorliegend eine inhaltliche Kontrolle im Vordergrund steht. Es scheint verständlich, dass die Post hier aufgrund von Reklamationen handelte und Konflikte mit ihren Kunden vermeiden will. Auch für die Tatsache der inhaltlichen Kontrolle wäre der Kläger beweispflichtig. Diesen Beweis hat er nicht erbracht.
- g) Es werden nun im Folgenden die einzelnen Kriterien (Partei, gemeinnützige Organisation und Gratiszeitung) beurteilt.

#### 5. Politische Partei

- a) Der Kläger macht des Weiteren geltend, der VgT sei eine politische Partei und erfülle somit die Voraussetzung lit. c der obgenannten Postkriterien, was für die Anerkennung seiner Zeitschrift als „offiziell“ bereits genüge. Dies ergebe sich aus dem Handelsregistereintrag bzw. dem Vereinszweck des VgT. Der Vorstand des VgT habe anfangs 2007 die Statutenänderung betreffend Zusatz „Tier- und Konsumentenschutzpartei“ beschlossen. Der VgT beteilige sich auch an Vernehmlassungen, ergreife Initiativen und gebe Wahlempfehlungen ab. Der VgT habe jedoch noch keine eigenen Kandidaten zur Wahl gestellt. Der VgT sei eine junge Partei und wegen der Diskriminierung durch die Post sei es ihm bis anhin nicht möglich gewesen, eigene Kandidaten zur Wahl zu stellen. Zu beachten sei auch, dass es auch andere sog. „Einthemenparteien“ gebe. Der VgT erfülle eine wichtige Aufgabe. Politische Arbeit sei auch Öffentlichkeitsarbeit, welche vom VgT betrieben werde. Der VgT werde von der Post gegenüber den anderen politischen Parteien diskriminiert. Die Post mache unbestimmte Vorbehalte gegenüber dem Status des VgT als politischer Partei. Es stehe der Post indessen nicht zu, die Anerkennung als politischer Partei im Sinne der Postkriterien von Wahlerfolgen abhängig zu machen, wie das in diesen unbestimmten Vorhalten durchzuschimmern scheine.
- b) Dem hält die Beklagte entgegen, der bloße Hinweis in den Statuten des Klägers reiche nicht aus, um diesen als politische Partei zu qualifizieren. Gruppierungen der genannten Art könnten dabei sehr wohl PromoPost Sendungen in alle Haushaltungen verschicken lassen, allerdings ausschliesslich im Zusammenhang mit bevorstehenden Wahlen und Abstimmungen und nicht beliebig über das ganze Jahr verteilt. Die Aktivitäten des Klägers beschränkten sich gemäss der Zweckbestimmung in seinen Statuten weitgehend auf die Rolle eines Anwalts zur Durchsetzung von Interessen von Tieren. Er sei damit keine politische Partei.

- c) Der Präsident des VgT, Dr. Erwin Kessler, führte anlässlich des Parteiverhörs aus, dass der VgT Wahlempfehlungen herausgebe, aber keine eigenen Kandidaten habe. Die VgT-Zeitschrift KB 11 z.B. befasse sich schwerpunktmässig mit den kantonalen Wahlen in Thurgau. Der VgT habe keine Kandidaten empfohlen, weil es keine Auswahl gebe. Sie hätten nur Negativempfehlungen abgegeben. Sie hätten jedoch als Partei die Grünen und EVP empfohlen, da sich diese beiden Parteien am tierfreundlichsten verhalten würden. Eigene Kandidaten habe der VgT bis anhin noch nicht aufgestellt. Dafür reiche der VgT Vernehmlassungen ein, wenn es den Vereinszweck betreffe, und lanciere Initiativen. Bis anhin habe der VgT noch keine Referenden von anderen Parteien unterstützt. Sie seien noch nicht lange auf diesem Gebiet tätig, bzw. sie seien diesbezüglich noch eine junge Organisation. Die Statutenänderung sei vor einem Jahr erfolgt. Der VgT habe aber schon vorher Wahlempfehlungen abgegeben.

Der VgT-Vorstand bestehe aus drei Mitgliedern. Er sei der Präsident und der Geschäftsführer. Der VgT habe ca. 30'000 Mitglieder. Mitglied werde man, indem man die Mitgliederbeiträge bezahle. Es gebe kein eigentliches Aufnahmeverfahren, d.h. es sei keine eigentliche Beitrittserklärung nötig. Diejenigen, die den vollen Beitrag bezahlen seien Aktivmitglieder. Diejenigen, die Spenden seien Passivmitglieder. Der Beitrag betrage Fr. 100.-- pro Jahr für Vollmitglieder.

Auf Frage, wie mit den Mitgliedern kommuniziert werde, erklärte Herr Herr Kessler, dass die Mitglieder das VgT Magazin erhalten würden. Sie kommunizierten sonst nicht direkt mit ihnen. Sie seien nach ihren Statuten mehr wie eine Stiftung organisiert. Sie hätten eigentlich nur mit denen direkten Kontakt, die aktiv mitmachen würden. Sie hätten nicht jedes Jahr eine Versammlung, sondern nur, wenn es etwas zu beschliessen gebe. Die Mitgliederrechte seien stark eingeschränkt. Die Vereinsversammlung könne eigentlich nur Vorstandswahlen bestätigen und Statutenänderungen beschliessen.

Das Budget des VgT belaufe sich auf ca. Fr. 1 Mio. im Jahr. Ca 70 % würden in die VgT-Zeitschrift für Öffentlichkeitsarbeit investiert. Die restlichen 30 % würden die sonstigen anfallenden Kosten decken.

- d) **Politische Parteien** sind grundsätzlich auf Dauer angelegte Vereinigungen von Personen mit gemeinsamen Vorstellungen, die den Zweck verfolgen, durch Beteiligung an Wahlen (vor allem des Parlaments) und Stellungnahmen zu allen wichtigen Sachfragen Einfluss auf die Führung des Staates zu gewinnen (HALLER/KÖLZ, Allgemeines Staatsrecht, 3. Auflage, Basel 2004, § 48, S. 342). Verbände (Interessenverbände) sind privatrechtliche Organisationen, die sich in der Öffentlichkeit und gegenüber den Behörden für bestimmte Interessen einsetzen. Von den Verbänden unterscheiden sich die Parteien dadurch, dass sie sich nicht nur für die Wahrung ganz spezifischer Interessen einsetzen, sondern eine Mitverantwortung bei der Entscheidung aller wichtigen politischen Fragen anstreben. Freilich sind die Übergänge bisweilen fließend, wenn wir an „Einzweckparteien“ denken, z.B. die frühere schweizerische Autopartei, die sich heute Freiheitspartei nennt (HALLER/KÖLZ, a.a.O., § 49, S. 352 ff.).

Das Ziel politischer Parteien besteht in der Regel darin, eine bestimmte Ordnung des Gemeinwesens zu verwirklichen. Sie streben zu diesem Zweck danach, auf die politische Willensbildung im Staat Einfluss zu gewinnen. Politische Parteien arbeiten i.d.R. aufgrund eines Parteiprogramms mit verhältnismässig umfassenden Vorstellungen über die erwünschte Gestalt von Staat und Recht. Freilich gibt es neben den traditionellen Weltanschauungsparteien auch sog Einthemenparteien, die ein sektorielles Anliegen in den Vordergrund stellen (TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 1 N 27).

Die politischen Parteien unterscheiden sich von den Verbänden in erste Linie dadurch, dass sie auf das Staatsganze bezogen sind, sich insbesondere als „offene Volksparteien“ um die Wahrung der Interessen möglichst vieler Bürger und um deren wechselseitige Integration bemühen und als eigentliche Träger des politischen Wettbewerbs um Parlaments- und Regierungsmandate auftreten. Verbände haben demgegenüber die Aufgabe, die partikularen Interessen der Mitglieder in Staat und Gesellschaft wahrzunehmen. Politischen Einfluss gewinnen sie v.a. in ihrem angestammten Bereich, bewerben sich aber im Gegensatz zu den Parteien nicht darum, aufgrund von Wahlentscheidungen der Bürger direkte Verantwortung für das Staatsganze zu übernehmen (SCHMID, Politische Parteien, Verfassung und Gesetz, Basel/Frankfurt a.M. 1981, S. 62).

Politische Parteien erfüllen im politischen System zentrale Funktionen. Sie strukturieren die demokratische Debatte vor Wahlen und Abstimmungen, bereiten die Auslese von Kandidaten vor und prägen ganz allgemein die Meinungsbildung. Die Parteien sind daher ein wichtiges Bindeglied zwischen Bürger und Staat (MÜLLER, Grundrechte der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 382).

Das deutsche Parteiengesetz enthält eine Definition über die politischen Parteien, die wie folgt lautet:

§ 2 Abs. 1 PartG: „Parteien sind Vereinigungen von Bürgern, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluss nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere nach Umfang und Festigkeit ihrer Organisation, nach der Zahl ihrer Mitglieder und nach ihrem Hervortreten in der Öffentlichkeit eine ausreichende Gewähr für die Ernsthaftigkeit dieser Zielsetzung bieten. Mitglieder einer Partei können nur natürliche Personen sein.“

Die politischen Parteien nehmen durch ihre Ausübung von Verfassungsfunktionen in so zentraler und weitgehender Weise am Meinungs- und Willensbildungsprozess ihres politischen Systems teil, dass sie ebenfalls dem Demokratiegebot des freiheitlichen Verfassungsstaates unterliegen. Sie dürfen nicht als autoritäre Fremdkörper in einer demokratischen politischen Ordnung verbleiben, denn sie sollen ja diese demokratische Ordnung mittragen und mitgestalten. Die Regelung der inneren Ordnung der politischen Partei soll für die „Sicherstellung des freien politischen Willensbildungsprozesses an seiner Quelle“ sorgen. Die „Grundentscheidung der Verfassung für eine demokratische Ordnung muss auch im Aufbau der Parteien respektiert“ werden (SCHMID, a.a.O., S. 143 f.).

Der VgT bezeichnet sich in seinen Statuten zwar ausdrücklich als Tier- und Konsumentenschutzpartei, reicht Vernehmlassungen ein und ergreift Initiativen. Dagegen werden eigene Wahllisten weder behauptet noch nachgewiesen. Auch gemäss den Statuten wird nur die Kandidatur von Mitgliedern unterstützt – offenbar handelt es sich um Mitglieder des Vereins, die auf Listen anderer Parteien kandidieren. Der Kläger gibt Wahlempfehlungen für eigene Mitglieder oder für Politiker ab, die sich auf den Listen anderer Parteien befinden, bzw. es wurden bis anhin meist nur Negativempfehlungen abgegeben. Der VgT reicht Stellungnahmen lediglich zu Fragen des Tier-, Konsumenten- und Heimatschutzes ein, beschränkt sich damit also auf einzelne ausgewählte politische Fragen. Der VgT ist damit ein typischer Interessenverband, wie z.B. WWF oder Greenpeace.

Wesentlich für die Frage, ob ein Verein (oder auch eine andere juristische Person) als politische Partei angesehen werden kann, ist überdies, wie die innere Organisation der betreffenden juristischen Person aussieht, d.h. also wie die demokratische innere Meinungs- und Willensbildung und damit die verbundene Integration der Mitglieder ins Parteiganze geregelt ist. Der VgT ist intern, obwohl aus Verein konstituiert, mehr wie eine Stiftung organisiert. Es findet keine eigentliche Kommunikation und Meinungsbildung zwischen dem VgT-Vorstand und seinen Mitgliedern statt. Die Mitgliedschaftsrechte sind überdies stark eingeschränkt, d.h. die Mitgliederversammlung kann lediglich Vorstandswahlen bestätigen und Statutenänderungen beschliessen. Dem VgT fehlt damit die Mitgliederstruktur, welche eine Vereinigung aufweisen muss, um intern den freien politischen Willensbildungsprozess sicherzustellen und damit als politische Partei zu gelten.

Die Post unterscheidet für die Frage der Zustellung an Briefkästen mit Stop-Klebern zwischen Interessenverbänden und den eigentlichen politischen Parteien. Unterlagen von Interessenverbänden stellt sie nur im Zusammenhang mit Abstimmungskampagnen an alle Haushalte zu, währenddem sie das Material von anerkannten politischen Parteien auch in der Zwischenzeit an alle Haushalte zustellt. Dieser Unterschied scheint sachgerecht und aufgrund der oben erwähnten Gründe ist die Qualifikation des Klägers als Interessenverband auch sachlich haltbar.

Massgeblich für die Anerkennung als politische Partei ist nicht einzig die Bestimmung in den Statuten, die im Übrigen erst nach Einreichung der Klage im Handelsregister geändert wurde, sondern die durch den Kläger tatsächlich ausgeübte politische Tätigkeit. Wenn die Beklagte den Kläger aus den erwähnten Gründen den **politischen Parteien nicht gleichstellt**, liegt keine unzulässige Diskriminierung vor, die allenfalls zu einem Kontrahierungszwang führen könnte. Der VgT erfüllt demnach die Voraussetzung gemäss der Auflistung in der Broschüre „PromoPost“, S. 6, grauer Kasten, Absatz 3, (vgl. Ziff. II.1. lit. c hiervor) für die offizielle PromoPost nicht.

## 6. Gemeinnützige Organisation / ZEWO

- a) Der Kläger macht des Weiteren geltend, der VgT sei auch eine staatlich anerkannte gemeinnützige Organisation und deshalb steuerbefreit. Der Zeitschrift liege immer ein Spendeaufruf bei und die Zeitschrift enthalte keine Inserate. Der VgT sei eine nicht gewinnorientierte, gemeinnützige Organisation. Der VgT werde von der Post gegenüber anderen gemeinnützigen Organisationen diskriminiert. Die Post anerkennt die Gemeinnützigkeit nur aufgrund einer Zertifizierung durch die ZEWO. Die ZEWO sei eine private Organisation, die mehr oder weniger willkürlich ausgewählte Kategorien von gemeinnützigen Organisationen zertifiziere. Tierschutz- und Konsumentenschutzorganisationen würden dabei grundsätzlich nicht zertifiziert. Jedoch sei ein wichtiges Indiz für die Gemeinnützigkeit einer Organisation deren Befreiung von Bundes- und Staatssteuern, so heisse es auch im Reglement der ZEWO. Dies sei beim VgT der Fall. Die benachteiligte Behandlung des VgT als staatlich anerkannter gemeinnütziger Organisation gegenüber zum Beispiel Natur- und Umweltschutzorganisationen sei diskriminierend. Die Post müsse als Kriterium die Steuerbefreiung genügen lassen, da die ZEWO nicht umfassend zertifiziere. Dadurch, dass die Post nur ZEWO zertifizierte gemeinnützige Organisationen anerkenne, wende sie die PromoPost-Bedingungen willkürlich an und verletze die Medienfreiheit in diskriminierender Weise.
- b) Die Beklagte führt aus, der VgT sei nicht von der Stiftung ZEWO zertifiziert. Die Beklagte sei angewiesen auf eine „möglichst einfache, wirtschaftliche und effiziente Sendungszustellung“. Das Abstellen auf die Zertifizierung erscheine sachgerecht und verhältnismässig.
- c) Anlässlich des Parteiverhörs sagte Dr. Kessler aus, die ZEWO zertifiziere grundsätzlich Tierschutzorganisationen und politische Parteien nicht. Er habe früher einmal ein Gesuch gestellt und man habe ihm mitgeteilt, dass Tierschutzorganisationen nicht zertifiziert würden. Er habe sich nun auch nochmals erkundigt und die Grundsätze seien immer noch so. Er habe damals bei der ZEWO die Statuten einreichen müssen und da sehe man die verschiedenen Schwerpunkte. Man müsse das als Ganzes anschauen. Der VgT sei mehr eine Tierschutzorganisation und eine politische Partei, dagegen sei der Natur- und Heimatschutz eher nebensächlich. Diese Konstellation habe sich nicht verändert. Mit Ausnahme des neuen Zwecks „politische Partei“.

Fürsprecher Zaugg führte im Parteiverhör aus, dass Kriterium betreffend ZEWO Zertifizierung sei ein sachgerechtes und es habe deswegen noch nie Reaktionen von anderen Kunden gegeben, die gerne Sachen verschickt gehabt hätten, aber nicht bei der ZEWO seien. Es gebe betreffend „ZEWO - Gemeinnützigkeit“ keine Ausnahmen.

- d) Die Post anerkennt nur Sendungen mit Spendenaufrufen von Fundraisern und karitativen Organisationen, welche von der Stiftung ZEWO zertifiziert sind, als offizielle PromoPost (vgl. dazu Broschüre PromoPost, S 6, grauer Kasten, Absatz 7).

Die Post ist auf möglichst einfache und klare Kriterien für die wirtschaftliche und effiziente Sendungszustellung angewiesen. Das Abstellen auf die Kontrolle und Zertifizierung des Vorliegens bestimmter Minimalanforderungen durch die ZEWO erscheint sinnvoll. Es ist der Post nicht zuzumuten, eine eigene Prüfung der Kriterien vorzunehmen. Zu beachten ist auch, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste wie ein Privater auftritt und es ihr daher grundsätzlich frei steht, wie sie ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen formuliert. Es kann nicht gesagt werden, das Abstellen auf die Zertifizierung durch die ZEWO sei willkürlich; vielmehr erscheint es sachgerecht und verhältnismässig (vgl. dazu Ziff. 4 hiervor).

Der VgT erfüllt die Voraussetzung gemäss der Auflistung in der Broschüre „PromoPost“, S 6, grauer Kasten, Absatz 7, (vgl. dazu Ziff. II.1. lit. g hiervor), betreffend eine **durch die ZEWO anerkannte gemeinnützige Organisation** für die offizielle PromoPost **nicht** und das Kriterium der Post, bloss durch die ZEWO anerkannte Organisationen zu akzeptieren scheint sachgerecht.

Im Übrigen wird durch den Kläger nicht behauptet und auch nicht nachgewiesen, dass er durch die ZEWO-Organisation diskriminiert würde. Für die Behauptung, dass diese Organisation Tierschutzverbände grundsätzlich nicht als gemeinnützige Organisationen anerkennen würde, ist er jeden Beweis schuldig geblieben.

## 7. Gratiszeitungen

- a) Im Weiteren hält der Kläger fest, die Zeitschrift des VgT erscheine in der Deutschschweiz dreimal jährlich und in der Westschweiz zweimal jährlich. Der VgT werde von der Post auch gegenüber anderen Gratiszeitungen diskriminiert. Die Post verteile unbestritten kommerzielle Gratiszeitungen, welche auch in Briefkästen mit „Stopp - keine Werbung“ - Klebern zugestellt würden, vgl. z.B. die Zustellung der „Wiler-Nachrichten“, der „Thurgauer Zeitung“ und der „Regionalzeitung Hinterthurgau/Will“ (AB 4 a + b und AB 10). Diese Fälle seien analog zur VgT-Zeitschrift. Die Ungleichbehandlung halte der EMRK nicht stand. Die Begründungen der Post seien nicht nachvollziehbar und lägen wohl darin, dass man den VgT zensurieren wolle, um unliebsame Wahrheiten zu vertuschen.
- b) Die Beklagte führt demgegenüber aus, das Leistungsangebot für Gratiszeitungen gelte für Publikationen, die mindestens 12 Mal jährlich erscheinen und zugestellt würden (AB 7). Dies erfülle der Kläger nicht.
- c) Dr. Kessler sagte im Parteiverhör aus, die Bedingungen für die PromoPost würden seit mehreren Jahren bestehen. Die Beurteilung der Post habe sich plötzlich geändert. In den letzten Jahren seien die Bedingungen aufgeweicht worden. Es

würden immer mehr Gratiszeitungen in alle Briefkästen eingeworfen (vgl. z.B. KB 10).

Herr Fürsprecher Zaugg erklärte anlässlich des Parteiverhört, dass die Gratiszeitungen ein ein selbständiges Dienstleistungsangebot der Post seien (vgl. dazu AB 7). Das Dienstleistungsangebot Gratiszeitungen sei ein anderes als das PromoPost. Die Zeitschrift des VgT falle unter PromoPost, da sie nicht mindestens 12 Mal jährlich erscheine. Die Gratiszeitungen würden - entgegen Ziff. 3 in AB 7 - in alle Haushalte zugestellt, ausser jemand teile der Post mit, er wolle die entsprechende Zeitung nicht. Es sei eine Gratwanderung zwischen den Interessen der Empfänger und denen der Absender. Man habe deshalb verschiedene Kriterien erarbeitet, um einen möglichst praktikablen Weg zu wählen. Der VgT könne nicht ins „Gefäss“ Gratiszeitungen wechseln, da Gratiszeitungen 12 Mal pro Jahr erscheinen müssten. Es wäre nicht mehr „handelbar“, wenn alle Zeitungen so zugestellt würden. Es sei eine gewisse Kontinuität nötig. Nur sporadisch erscheinende Zeitschriften würden dagegen ins „Gefäss“ PromoPost fallen. Es gehe dabei lediglich um die Häufigkeit der Publikationen, nicht um die Inhalte.

- d) Gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen GratisZeitung (AB 7) fallen nur Presseerzeugnisse unter das Angebot GratisZeitung, wenn sie mindestens 12 Mal jährlich erscheinen. Zeitschriften, die weniger als 12 Mal jährlich erscheinen, werden dagegen vom Angebot PromoPost erfasst (AB 2 und 3).

Die Zeitschrift des VgT erscheint zwar regelmässig, jedoch nur 3 bzw. 2 Mal jährlich. Das Angebot der Post betreffend Gratiszeitungen verlangt nun aber, dass eine Zeitung mindestens 12 Mal jährlich erscheinen müsse, um in dieses „Gefäss“ zu fallen. Die Zeitschrift des VgT erfüllt damit die Voraussetzungen betreffend Gratiszeitungen ganz offensichtlich nicht.

Der Post, die in diesem Bereich wie ein Privater auftritt, steht es frei, wie sie ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen formuliert. Die Voraussetzungen betreffend Gratiszeitungen sind sachgerecht, da der Begriff Zeitung von einem regelmässigen Erscheinen ausgeht. Wenn ein Grenzfall vorliegen würde, z.B. Erscheinung 11 Mal jährlich, so könnte allenfalls eine Flexibilität verlangt werden. In casu ist aber der Grenzwert ganz klar nicht erfüllt. Überdies gelten die Voraussetzungen gemäss Art. 11 VPG auch gemäss BGE 4C.297/2001 für die Zeitschriften des VgT nicht.

Die Zeitschrift des VgT fällt nicht unter das Angebot GratisZeitungen (AGB Gratiszeitungen, Ziff. 2, AB 7).

## 8. Gesamtbetrachtung bzw. Kontrahierungspflicht

### a) Zur Frage der Gesamtbetrachtung

Der Kläger macht geltend, dass der VgT nicht nur einer Kategorie zugeteilt werden könne. Das oberste Ziel sei zwar der Tier- und Konsumentenschutz, doch könne dieses Ziel auf verschiedene Arten erreicht werden. Es müsse vorliegend ein Gesamtentscheid gefällt werden. Es könne nicht sein, dass der VgT allenfalls jedes einzelne Kriterium knapp nicht erfülle und darum die Klage abgewiesen werde. Der Gesamtentscheid sei so nicht richtig. Die Sendungen des VgT würden im öffentlichen Interesse stehen und die Post baue hier für den VgT Hürden auf, obwohl die EMRK Einschränkungen betreffend die frei öffentliche Diskussion nur ausnahmsweise zulasse.

Dem hält die Beklagte entgegen, dass der Kläger eine der Voraussetzungen für offizielle PromoPost erfüllen müsste, um die Zustellung in alle Haushaltungen verlangen zu können. Eine Gesamtbetrachtung sei dagegen nicht möglich. Die heutige Praxis für offizielle PromoPost entspreche einer Gesamtinteressenabwägung und müsse so von der Post beibehalten werden dürfen.

Es wurde zuvor bereits mehrfach festgehalten, dass die Post die Vertragsbedingungen im Bereich der Wettbewerbsdienst frei festlegen kann. Überdies wurde ausgeführt, dass die Kriterien der Post betreffend offizielle PromoPost sachgerecht und nicht diskriminierend sind (vgl. dazu Ziff. 4 hiervor). Es kann **keine Gesamtbetrachtung**, wie vom Kläger verlangt, vorgenommen werden, sondern der Kläger müsste eine der Voraussetzungen für offizielle PromoPost erfüllen, damit seine Zeitschrift in alle Haushaltungen zugestellt werden könnte.

### b) Zum Kontrahierungszwang

Der Kläger führt aus, dass die Post als staatliche und marktbeherrschende Unternehmung im Bereich offizielle PromoPost und Gratiszeitung einem Kontrahierungszwang unterliege.

Die Beklagte erklärt, die Nichtzustellung der Sendungen des Klägers stelle keine Verletzung einer (nicht gegebenen) Kontrahierungspflicht der Beklagten dar. Die Beklagte habe lediglich ihre eigenen, für die Abwicklung des Auftrags des Klägers massgebenden Transportgrundsätze in Bezug auf die Entgegennahmen und Zustellung der Sendungen des Klägers vollzogen.

Vorliegend hat die Post **keine Kontrahierungspflicht verletzt**, da eine solche nur ausnahmsweise besteht, wenn sie auf vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage beruht. Als gesetzliche Grundlage kommen nicht nur ausdrückliche gesetzliche Regelungen, sondern auch allgemeine privatrechtliche Grundsätze wie das Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten in Frage.

Die Post ist nicht verpflichtet, unbeschrieben von der Frage der Erfüllung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen für offizielle PromoPost, in jedem Fall einen Vertrag abzuschliessen. Es besteht keine generelle Kontrahierungspflicht. Die Post

wäre erst dann verpflichtet, mit dem VgT einen Vertrag betreffend offizielle PromoPost abzuschliessen, wenn er diese Voraussetzungen erfüllen würde.

In BGE 4C.297/2001 hatte die Post durch die Weigerung, die klägerischen Publikationen zu transportieren gegen das Verbot der guten Sitten verstossen. Aufgrund der in der Broschüre PromoPost öffentlich und allgemein bekannt gegebenen Bedingungen wäre die Post verpflichtet gewesen, die Zeitschrift des Klägers zu befördern. In casu ist der Fall dagegen anders gelagert, die Post weigert sich nicht generell, die Zeitschrift des VgT zu befördern, sondern sie stellt die Zeitschrift des Klägers nur in Haushaltungen zu ohne „Stopp-keine-Werbung“ Kleber.

Auch eine diskriminierende Weigerung, die Sendungen des Klägers als privilegierte „offizielle“ Promopost zuzustellen könnte zwar grundsätzlich zu einer Kontrahierungspflicht führen. Aus dem oben Ausgeführten hat sich aber ergeben, dass die Kriterien der Post für die privilegierte Zustellung als sachgerecht angeschaut werden und im Übrigen auch durch den Kläger mit Ausnahme der Bestimmung über die ZEWO- Zertifizierung nicht bestritten werden. Auch die Anwendung dieser Regeln auf die Klägerschaft scheint sachgerecht, so dass diese den Nachweis einer nicht sachlich begründeten Benachteiligung durch die Beklagte nicht erbracht hat. Es liegt keine Diskriminierung vor, die allenfalls in Anwendung der durch das Bundesgericht im Entscheid 4C.297/2001 entwickelten Kriterien zu einer Kontrahierungspflicht führen könnte. Damit muss die Klage abgewiesen werden.

### III. Kosten

Dem vollständig unterliegenden Kläger sind die gesamten Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen (Art. 57 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.--. Das Handelsgericht legt die Gerichtskosten in Anwendung der interpolierten Gebührentabelle und ausgehend von einem durchschnittlichen Aufwand auf Fr. 2'500.-- pro Partei, insgesamt Fr. 5'000.--, fest. Die Fr. 5'000.-- werden vom Vorschuss des Klägers bezogen. Dem Kläger sind demnach Fr. 1'000.-- und der Beklagten Fr. 6'000.-- von den geleisteten Vorschüssen zurückzuerstatten.

Die Beklagte hätte bei diesem Ausgang des Verfahrens Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten (Art. 58 ZPO). Sie hat jedoch auf die Geltendmachung von Parteikosten verzichtet (pag. 40).

#### IV. Urteilsdispositiv

Aus diesen Gründen wird

**erkannt:**

1. Die Klage wird **abgewiesen**.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'500.-- pro Partei, total demnach Fr. 5'000.-- (inklusive Auslagen), werden dem Kläger zur Bezahlung auferlegt und dem von ihm geleisteten Vorschuss entnommen. Dem Kläger werden Fr. 1'000.-- aus dem geleisteten Vorschuss zurückerstattet. Ebenso wird der Beklagten der von ihr geleistete Vorschuss von Fr. 6'000.-- zurückerstattet.
3. Die Beklagte hat auf die Geltendmachung von Parteikosten verzichtet.
4. Den Parteien schriftlich zu eröffnen.

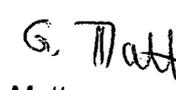
Bern, 6. Februar 2008  
(Ausfertigung Motiv: 14. Februar 2008)

Namens des Handelsgerichts  
des Kantons Bern:

Der Vizepräsident des Handelsgerichts:

  
Oberrichter Maurer

Die Gerichtsschreiberin:

  
Matt

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach der schriftlichen Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden aus den in Art. 95 - 97 BGG genannten Gründen.

Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen und ist an folgende Adresse zu richten: Bundesgericht, av. du Tribunal-Fédéral 29, 1000 Lausanne 14.