

VgT Verein gegen Tierfabriken
Dr. Erwin Kessler
Im Bühl 2
9546 Tuttwil

Lucas David
Konsulent
Dr. iur. Dr. h.c.
Rechtsanwalt
Direkt +41 44 498 96 20
ldavid@wvp.ch

Daniel Zimmerli
Dr. iur., LL.M.
Fürsprecher
Direkt +41 44 498 95 33
dzimmerli@wvp.ch

Zürich, 7. März 2008 LDA/DZI/rsc

PromoPost offiziell des VgT

Sehr geehrter Herr Dr. Kessler

Sie bitten uns namens des Vereins gegen Tierfabriken Schweiz um ein Gutachten, ob die Schweizerische Post berechtigt ist, die Zeitschrift Ihres Vereins als „PromoPost offiziell“ zum Versand abzulehnen und diese höchstens als „PromoPost standard“ entgegen nehmen muss. Wir verneinen dies und zwar aus folgenden Gründen:

I. SACHVERHALT

1. Der Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT (im folgenden kurz: VgT) gibt seit vielen Jahren regelmässig eine zur Informations- und Meinungspressen zählende Zeitschrift (Mitteilungsblatt für Mitglieder, Abonnenten und die breite Öffentlichkeit) in einer Auflage von mindestens 100'000 Exemplaren heraus. Die deutschsprachigen „VgT-Nachrichten“ erscheinen jährlich drei Mal, die französischen „ACUSA-News“ zwei Mal. Etwa 30'000 Exemplare werden adressiert an die Mitglieder und Abonnenten versandt, während der grosse Rest als unadressierte Sendungen in alle Haushaltungen, und zwar je nach Aktualität in wechselnden Regionen, verteilt werden sollen. Die Schweizerische Post (im Folgenden kurz: Post) nahm diese Zeitschriften auf Geheiss des Bundesgerichts (BGE 129 III 35) bis anhin zur Verteilung in alle Haushaltungen eines bestimmten Gebiets entgegen, insbesondere auch in Brief-

und Ablagekästen, die mit einem Kleber „Stopp – keine Werbung“ oder einer vergleichbaren Aufschrift (im Folgenden kurz „Stopp-Kleber“ genannt) gekennzeichnet worden sind.

Alle VgT-Zeitschriften sind unbestrittenermassen inseratefrei und nicht kommerzieller Natur; jedem Heft liegt indessen ein Einzahlungsschein für Spenden bei .

2. Per 1. Januar 2005 änderte die Post die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen PromoPost“ und legte fest, dass nicht nur diese, sondern auch die an allen Postschaltern erhältlichen „AGB Postdienstleistungen“ und die dazu gehörende Broschüre „PromoPost“ Grundlage für das Beförderungsangebot von PromoPost-Sendungen bilden würden. Diese Unterlagen sind unter folgenden Adressen auf der Website der Post (www.post.ch) abrufbar (zuletzt besucht am 5. März 2008):

- Allgemeine Geschäftsbedingungen «Postdienstleistungen» (Ausgabe April 2006), abrufbar unter:
http://www.post.ch/de/pm_promopost_agb.pdf
- Allgemeine Geschäftsbedingungen «Promopost», abrufbar unter:
http://www.post.ch/de/pm_promopost_agb.pdf
- Broschüre «PromoPost», abrufbar unter:
<http://www.post.ch/de/pm-promopost-broschuere.pdf>

Von Interesse sind daneben auch noch die folgenden Dokumente, die ebenfalls auf der Website der Post einsehbar sind:

- Broschüre «Zeitungen Schweiz», Ausgabe Januar 2008, <http://www.post.ch/de/pm-zeitungen-broschuere.pdf>
- wik-Consult, Evaluation des Schweizer Postmarkts: Bericht für die Postregulationsbehörde PostReg, 31. Juli 2005, abrufbar unter:
http://www.post.ch/de/uk_servicepublic_evaluationsbericht_2005.pdf

3. Eine gegen die Post beim Handelsgericht des Kantons Bern am 23. Mai 2007 angestregte Leistungsklage auf Beförderung der beiden Zeitschriften zu den Bedingungen von „PromoPost offiziell“ (d.h. unter Bedienung aller Briefkästen mit und ohne Stopp-Kleber) wurde mit Urteil vom 6. Februar 2008 abgewiesen. Mit der Zusprechung von Schadenersatz wäre dem VgT freilich nicht gedient, da er nicht auf Geld, sondern auf Verbreitung seiner Meinungen aus ist.

II. STAATSRECHTLICHE BEURTEILUNG

A. Vorbemerkungen

4. Es wird nicht bestritten, dass der Versand der VgT-Nachrichten als unadressierte Massensendung heute unter die Wettbewerbsdienste der Post (Art. 3 lit. d VPG i.V.m. Art. 9 ff. PG) fällt. Strittig ist indessen, ob sich die Post deswegen wie eine private Anbieterin verhalten und ihr nicht verboten werden kann, Aufträge für öffentlich angebotene Dienste nur selektiv auszuführen.

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid 4C.297/2001 vom 7. Mai 2002 (BGE 129 III 35 Nr. 7 = ZBI 2003, 365) die Auffassung vertreten, der Versand unadressierter Massensendungen – wie z.B. der VgT-Nachrichten – stelle keine staatliche Aufgabe dar, weshalb keine Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV bestehe; dennoch hat das Bundesgericht eine privatrechtliche Kontrahierungspflicht der Post auf der Grundlage des Verbots eines Verstosses gegen die guten Sitten bejaht (Erw. 6). Das Urteil der Vorinstanz (OGer TG) ist wiedergegeben in ZBI 2002, 268-275.

Das Urteil des Bundesgerichts ist zum Teil als „wegweisend, um nicht zu sagen revolutionär“ (GÖKSU in ZBJV 140/2004, 156) gefeiert, zum Teil aber auch als zu eng kritisiert worden. Im Ergebnis ist der Entscheid indessen durchaus als richtig taxiert worden, auch wenn dessen Begründung zum Teil rechtliche Bedenken erweckte. Er ist wie kaum ein zweites Bundesgerichtsurteil viele Male besprochen und kommentiert worden; zB von:

- REGINA E. AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer in den Jahren 2002 und 2003, Personenrecht und Erbrecht, in ZBJV 140/2004, 240-241.
- RUTH ARNET, Privatrechtliche Entscheidbesprechung, in AJP 2003, 593-597.
- EUGEN BUCHER, Nicht „Kontrahierungspflicht“ : schon eher Schutz vor Boykott, in: recht 2003, 101-115.
- MADELEINE CAMPRUBI: Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: ein Verstoß gegen die Wirtschaftsfreiheit, AJP 2004, 384-404.
- TARKAN GÖKSU, Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 35, in ZBJV 140/2004, 35-57.
- YVO HANGARTNER, Staatsrechtliche Entscheidbesprechung, in AJP 2003, 690-693.

- WALTER KÄLIN, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des BGer in den Jahren 2003 und 2004, Verwirklichung der Grundrechte, in ZBJV 140/2004, 644-646.
- KATHRIN KLETT, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, in BJM 2005, 161-183.
- AUGUST MÄCHLER, Bemerkungen zu BGer 4C.297/2001, in ZBI 2003, 375-376.

Seither haben sich die rechtlichen Grundlagen etwas verändert. In der Postverordnung vom 26. November 2003 (AS 2003, 4753), in Kraft seit 1. Januar 2004, werden unter den reservierten Diensten nicht mehr generell „die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften“ aufgezählt (so noch die alte Postverordnung vom 29.10.1997, AS 1997, 2461), sondern nur noch die Beförderung von *abonnierten* Zeitungen und Zeitschriften (Art. 3 lit. c VPG 2003, heute Art. 3 lit. d VPG). Per Januar 2008 scheint die Post sodann die Bestimmungen für (Gratis-)Zeitungen geändert zu haben: die neue Broschüre „Zeitungen Schweiz“ verlangt nur noch, dass eine Zeitung mindestens vierteljährlich einmal erscheinen müsse.

B. Stellt die Beförderung nicht adressierter Zeitungen und Zeitschriften eine staatliche Aufgabe dar? – Zur Frage der Grundrechtsbindung

5. In einem marktwirtschaftlich organisierten Staat geht es jedoch nicht an, dass der Staat zur Mittelbeschaffung irgendwelche private Aufgaben übernimmt und beispielsweise eigene Produktionsbetriebe und Grossverteiler schafft. Es mag aber Bereiche geben, wo es sinnvoll ist, wenn der Staat nicht nur seine Monopoldienste, sondern auch noch andere Dienste anbietet. Dies ist gerade bei der Post der Fall, wo neben dem Universaldienst, den die Post erbringen muss, auch noch Wettbewerbsdienste angeboten werden, weil die Briefträger ohnehin ihre Tour absolvieren müssen und es viel effizienter ist, wenn dabei nicht nur Monopolsendungen, sondern auch andere Sendungen verteilt werden.
6. Die Auffassung des Bundesgerichts ist denn auch auf einhellige Kritik gestossen (zB ARNET, AJP 2003, 595; MÄCHLER, ZBI 2003, 376; HANGARTNER, AJP 2003, 691; KÄLIN, ZBJV 2004, 645; CAMPRUBI, AJP 2004, 399). Das Bundesgericht hat überdies früher selbst festgestellt, dass Grundrechte der Bürger auch dann gewahrt werden müssten, wenn das Gemeinwesen privatrechtlich handle; „privatautonome Willkür“, wie sie die Privaten besässen, stehe dem Staat nicht zu (BGE 127 I 84, E. 4c, m.w.H.). Dieser Grundsatz hat an Bedeutung nicht verloren.

7. Fraglich bleibt höchstens, ob die Post völlig frei ist, die Verteilung von Massensendungen zu beliebigen Bedingungen anzubieten, oder ob sie dabei verpflichtet ist, zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Die Frage stellen, heisst sie zu bejahen: Wenn die Post als staatliches Unternehmen privatrechtliche Leistungen erbringt, so hat sie diese ohne Diskriminierung und willkürfrei anzubieten. Es geht nicht an, dass sie die Verteilung von adressierten Drucksachen übernimmt, die Verteilung der identischen Drucksachen aber ablehnt, sobald sie keine Adresse tragen. Eine solche Triage ist diskriminierend und widerspricht der Stellung der Post als Dienstleisterin für alle.

MÄCHLER bringt dies auf den Punkt: Es sei nicht anzunehmen, dass die Post Angehörige einer bestimmten Konfession von ihren Dienstleistungen ausschliessen oder etwa zu Kunden mit einem bestimmten Parteibuch die Geschäftsbeziehungen abbrechen dürfe; nicht zu rechtfertigen wäre es ferner, dass die Post wegen des Inhalts einer an sich zulässigen Sendung eine Beförderung ablehne und damit indirekt eine Zensur ausüben dürfe (ZBI 2003, 376).

8. Bei der Qualifikation der umstrittenen Zeitschrift „VgT-Nachrichten“ bzw. „ACUSA-News“ kam man nicht umhin, sowohl die dem VgT zugestandene Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK, vgl. VPB 2001 IV 1273 [VPB 65.119] und Medialex 12/2007, 178-185), als auch die Verpflichtung der Post zur Förderung der Meinungsvielfalt zu berücksichtigen.

Selbst wenn die Meinung des VgT manchmal unbequem sein sollte, so ist dies kein Grund, ihm bei der Verteilung seiner Zeitung im Gegensatz zu anderen Zeitungen und Zeitschriften Steine in den Weg zu legen. Die Post hat denn auch wohlweislich nie behauptet, die beabsichtigte Beachtung der Stopp-Kleber bei der Verteilung der VgT-Nachrichten erfolge auf Grund ihres redaktionellen Inhalts. Eine direkte Verletzung von Art. 10 EMRK scheint daher nicht vorzuliegen. Offenbar aus ähnlichen Überlegungen verteilt die Post denn auch regelmässig erscheinende Gratiszeitungen in alle Briefkästen, auch solche mit Stopp-Klebern, will sie sich doch keine Inhaltszensur vorwerfen lassen müssen.

9. Art. 15 PG verpflichtet die Post, zur Erhaltung einer vielfältigen Regional- und Lokalpresse Ermässigungen bei der Beförderung abonniertes Zeitungen zu gewähren. Der Bund leistet zu diesem Zwecke bis auf weiteres zur Verbilligung der Tageszustellung von abonnierten Tages- und Wochenzeitungen einen jährlichen Beitrag von

CHF 20 Millionen, falls diese mindestens einmal wöchentlich erscheinen und eine beglaubigte Auflage zwischen 1'000 und 40'000 Exemplaren aufweisen, und für Zeitungen von nicht gewinnorientierten Organisationen (Mitgliedschaftspresse), falls sie wenigstens viermal jährlich erscheinen und eine Auflage zwischen 1'000 und 300'000 Exemplaren aufweisen, einen Beitrag von CHF 10 Millionen (Art. 15 Abs. 5 u. 6 PG in der Fassung vom 22. Juni 2007, in Kraft seit 1.1.2008; vgl. hierzu insb. NOBEL/WEBER, Medienrecht, Bern, 3. Aufl. 2007, 3. Kap. Rz 79 ff., S. 163). Daraus ergibt sich, dass der Bund an einer vielfältigen Presse zum Zwecke des Erhalts der Meinungsvielfalt interessiert ist. Die Tarifbedingungen der Post sind daher so auszu legen, dass diesem Ziel nicht entgegengewirkt wird.

Auch wenn der Versand von nicht adressierten Zeitungen und Zeitschriften aus finanziellen Gründen nicht zu den reservierten Diensten, ja nicht einmal zum Unversaldienst der Post gehört, so heisst dies nicht, dass die Post deswegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Kunden für die Wettbewerbsdienste ausser Acht lassen dürfte. Wenn ein staatlicher Betrieb schon Dienstleistungen anbietet, dann sind sie allen Marktteilnehmern diskriminierungsfrei zu erbringen. Es geht nicht an, einzelnen Kunden nach Belieben gewisse Dienstleistungen vorzuenthalten, die anderen in vergleichbaren Verhältnissen erbracht werden.

10. Der VgT verlangt keine Beförderung seiner Zeitschrift zum subventionierten Vorzugspreis für abonnierte Tages- und Wochenzeitungen oder für die abonnierte Mitgliedschaftspresse, noch zum Tarif für Gratiszeitungen. Er beansprucht indessen, dass seine Informationen den gleichen Beachtungsgrad wie Gratiszeitungen erhalten und auch in Briefkästen mit Stopp-Klebern verteilt werden. Im Rahmen der vom Bundesrat und Parlament hochgehaltenen Meinungsvielfalt darf auch die Meinung des VgT nicht einfach als kommerzielle Sendung mit Werbecharakter abgetan werden (was sie denn auch offensichtlich nicht ist), sondern sie ist zu den gleichen Bedingungen wie Gratiszeitungen, wenn auch mit anderem Tarif, zu verteilen.
11. Das Bundesgericht zählte in BGE 129 III 35 nur jene Pressepublikationen zu den postrechtlich relevanten Zeitungen und Zeitschriften, welche die Kriterien im Hinblick auf die Presseförderung erfüllen würden. In den Kommentaren zum genannten Urteil wurde übereinstimmend darauf hingewiesen, dass diese Betrachtungsweise zu eng sei. In der Tat erfüllen nicht nur jene Medien einen Informationsauftrag, die zufällig den heute in Art. 15 PG definierten Kriterien entsprechen. Hierzu sind vielmehr *alle* periodisch erscheinenden Medien zu zählen. Nicht von ungefähr hat beispiels-

weise der Gesetzgeber das Institut der medienrechtlichen Gegendarstellung (Art. 28g ff. ZGB) nicht auf die gemäss Presseförderung bei der Zustellung subventionierten Zeitungen und Zeitschriften eingeschränkt. Nur die *gesamte* Presselandschaft ist geeignet, die kulturelle Vielfalt der Ansichten geeignet zum Ausdruck zu bringen.

C. Die AGB PromoPost

a) Fragwürdige Unterteilung der unadressierten Drucksachen in „Promopost offiziell“ und „Promopost kommerziell“

12. Die AGB PromoPost halten grundsätzlich fest, dass unadressierte Direktwerbung (sog. PromoPost) zwar nur in Brief- und Ablagekästen *ohne Kleber* „Stopp - keine Werbung“ zugestellt werde; dass aber amtliche oder andere im öffentlichen Interesse stehende Sendungen „auf Wunsch“ des Absenders auch in *sämtliche* Kästen eingeworfen würden (AGB PromoPost Ziff. 3). Einzig Anstössiges, Verunglimpfendes oder auf eine andere Weise gegen geltendes Recht verstossendes Material soll in jedem Fall von der Verteilung ausgeschlossen sein (AGB PromoPost, Ziff. 4).

Bei der Auslegung des Begriffs „im öffentlichen Interesse stehend“ verhält sich die Post jedoch diskriminierend.

13. Die AGB PromoPost machen selbst keinen Unterschied zwischen „offiziellen“ und „kommerziellen“ Sendungen. Eine erste Beurteilung der AGB PromoPost scheint es vielmehr der Wahl des Kunden (Auftraggebers) zu überlassen, ob er die Zustellung in *sämtliche* Brief- und Ablagekästen wünscht oder ob er Kästen, die mit einem Stopp-Kleber versehen sind, von der Verteilung ausnehmen will; nach einer groben Schätzung sollen etwa die Hälfte der Brief- und Ablagekästen mit einem solchen Kleber versehen worden sein, so dass die Zustellung kommerzieller Sendungen nur rund die Hälfte der von den offiziellen Sendungen bedienten Brief- und Ablagekästen erreicht und daher auch wesentlich weniger kostet. Den AGB PromoPost kann höchstens entnommen werden, dass nur Sendungen, die „im öffentlichen Interesse“ stehen, an alle Brief- und Ablagekästen verteilt werden. Somit wäre zunächst zu fragen, welche Sendungen denn in diesem öffentlichen Interesse liegen.

b) Unsachliche Abgrenzung der Sendungen im öffentlichen Interesse

14. Der Entscheid, ob eine Sendung im öffentlichen Interesse liegt, ist für Kunden wesentlich, da davon abhängt, ob die Verteilung in sämtliche Briefkästen, mit oder ohne Stopp-Kleber, erfolgt oder nicht.

Beim Entscheid, was als Sendung im öffentlichen Interesse zu qualifizieren ist, liess sich die Post offensichtlich nicht vom vermuteten Interessewert des Inhalts leiten, sondern vielmehr von deren Aufnahme durch das Publikum. Denn wie ihr Vertreter an der Hauptverhandlung des Handelsgerichts ausführte (Urteil HGer BE, S. 5), liess man sich bei der Auswahl der trotz Stopp-Kleber zuzustellenden Sendungen wesentlich von den Kundenreklamationen beeinflussen. Aus solchen Gründen werden Mailings mit Werbecharakter nicht in alle Brief- und Ablagekästen zugestellt, sondern nur in solche ohne Stopp-Kleber.

Andererseits werden aber nicht nur amtliche Anzeiger und andere amtliche Publikationsorgane, sondern auch ganz simple Gratiszeitungen (wie z.B. Wiler-Nachrichten, Thurgauer Zeitung oder Regionalzeitung Hinterthurgau/Wil) und Grossauflagen von Tageszeitungen (zB der Tages-Anzeiger als Gratis-Streusendung) auf Wunsch der Kunden (Verlage) trotz „Stopp-Klebern“ in sämtliche Briefkästen gesteckt (vgl. die Zugaben von Fürsprecher Zaugg der Post, S. 17 des Urteils HGer BE), obwohl diese Publikationen von kommerzieller Werbung zu strotzen pflegen und nur in den wenigsten Fällen als wirklich informative Zeitungen oder Zeitschriften gewertet werden können. Hier stellt die Post offensichtlich das Interesse des Absenders (Kunden) über das Interesse des Empfängers, der gerade durch seinen „Stopp-Kleber“ zum Ausdruck bringen will, er möge von Gratis-Zeitungen und -Zeitschriften, die im Wesentlichen kommerzieller Natur sind, verschont bleiben.

Die von der Post gewählte Differenzierung ist daher unsachlich, da sie nicht nur amtliche Organe, sondern auch rein kommerzielle Gratiszeitungen trotz ihres Werbecharakters anders behandelt als informative Mitteilungsblätter von Privaten.

15. Die VgT-Nachrichten, die einerseits adressiert an alle Mitglieder und Interessenten, andererseits aber auch als Streusendungen gezielt in einzelnen Regionen verteilt werden, sind direkt mit der Grossauflage einer Zeitung vergleichbar, die an gewissen Tagen nicht nur den Abonnenten, sondern *sämtlichen* Haushaltungen eines bestimmten Gebiets zugestellt werden. Es entbehrt einer sachlichen Begründung,

wenn die Post bei der Verteilung von Grossauflagen und Gratiszeitungen die Stopp-Kleber ignoriert, nicht aber bei der Verteilung der VgT-Nachrichten.

16. Im vorliegenden Fall sind die VgT-Nachrichten unbestrittenermassen frei von Inseraten und befassen sich mit einem Thema, dem öffentliches Interesse nicht abgesprochen werden kann. Tierschutz ist ja eine öffentliche Aufgabe und wird denn auch vom Bund im Rahmen des Tierschutzgesetzes vom 9. März 1978 (SR 455) wahrgenommen. Auch die Publikationen des VgT befassen sich mit dem Tierschutz, insbesondere mit der Haltung von Nutztieren. Die Post hat nie behauptet, Informationen zu diesem Thema würden keine öffentlichen Interessen befriedigen, und auch das Handelsgericht des Kantons Bern hat sich zu dieser Frage nicht geäussert.

Es ist offensichtlich, dass Fragen, die der Bundesgesetzgeber als wichtig genug erachtet, um sie in einem eigenen Gesetz zu regeln, dem öffentlichen Interesse zugeordnet werden müssen. Solche Fragen sind mindestens so interessant, wie Spendenaufrufe gemeinnütziger Organisationen oder Sendungen von politischen Parteien und überparteilichen Komitees, etc. Wenn die Post Informationen über den Tierschutz, insbesondere der Nutztiere (vgl. den Zweckartikel der Statuten des VgT) nur dann als von öffentlichem Interesse einstuft, wenn diese Informationen mehr als drei Mal jährlich verbreitet werden, so liegt in dieser Bedingung eine sachfremde und willkürliche Begrenzung.

c) Unsachliche Unterscheidung zwischen Gratiszeitungen, die vierteljährlich mindestens einmal erscheinen, und anderen Gratiszeitungen

17. Vom Handelsgericht Bern wurde geprüft, ob die VgT-Nachrichten als Gratiszeitung betrachtet werden könnten. Dies wurde verneint mit der Begründung, gemäss den „AGB Gratiszeitung“ würden davon nur Publikationen umfasst, die mindestens jährlich 12 Mal erscheinen, was bei den VgT-Nachrichten nicht der Fall sei (Urteil Ziff. II.7).

Per Januar 2008 scheinen jedoch die Bestimmungen für die (Gratis-)Zeitungen durch die Post geändert worden zu sein. Die neue Broschüre „Zeitungen Schweiz“ verlangt nur noch, dass eine Zeitung mindestens vierteljährlich einmal erscheinen müsse. Damit werden die drei Mal jährlich erscheinenden VgT-Nachrichten zum Grenzfall, den das Handelsgericht zwar erwogen, aber schliesslich verworfen hat (Urteil S. 17 unten).

18. Die Unterscheidung, dass Zeitungen, die vierteljährlich wenigstens einmal erscheinen, in alle Briefkästen (mit oder ohne Stopp-Kleber) verteilt werden, während andere nur in solche ohne Stopp-Kleber gesteckt werden, ist willkürlich. Denn sie stellt nicht auf den Inhalt oder den Interessewert der Drucksache ab, sondern auf ein rein quantitatives Kriterium, nämlich die Anzahl der erscheinenden Ausgaben pro Jahr. Dies ist umso unbegreiflicher, als das „Störpotential“ bei Zeitschriften, die jährlich viele Male unerwünscht in Briefkästen mit Stopp-Kleber verteilt werden, ungleich grösser ist, als wenn dies nur zwei oder drei Mal pro Jahr geschieht.

D. Die Broschüre PromoPost

a) Unsachliche Trennung zwischen „offiziellen“ und „kommerziellen“ Sendungen

19. Die Post scheint die Sendungen im öffentlichen Interesse unter dem Stichwort „offiziell“ zusammen zu fassen, während die übrigen als „kommerziell“ bezeichnet werden. Dabei wird versucht, eine Unterscheidung der beiden Versandarten nach objektiven Kriterien vorzunehmen. Dieser Unterscheidung folgt die Broschüre „PromoPost“, die eine Definition der „offiziellen“ und „kommerziellen“ Mailings enthält (vgl. Seite 6 der Broschüre). Unter „kommerziellen“ Sendungen werden „Mailings mit Werbecharakter“ verstanden, während zu den „offiziellen“ Sendungen nicht nur Sendungen von Behörden und Ämtern gezählt werden, sondern auch amtliche Publikationsorgane, Aussendungen von politischen Parteien und überparteilichen Komitees, Briefe mit Spendenaufrufen von Fundraisern und karitativen Organisationen sowie andere Sendungen nicht-kommerzieller Natur, die dem Informationsbedürfnis einer breiten Öffentlichkeit entsprechen.

Es ist vorab zu untersuchen, ob diese Unterscheidung eine zulässige Präzisierung des in den AGB PromoPost definierten Leistungsumfangs darstellt, oder ob sie mit diesem in einem unauflösbaren Widerspruch steht.

20. Viele von der Post als „kommerziell“ bezeichneten Sendungen mögen für einen Teil der Empfänger erwünscht sein, für einen andern Teil aber einen Gräuel darstellen. So dürften zwar Sendungen von politischen Parteien und überparteilichen Komitees nicht nur für die Mitglieder und Interessenten dieser Gruppierungen von Interesse sein, sondern wegen ihres orientierenden Gehalts auch für solche mit einer anderen oder gar gegensätzlichen Gesinnung. Indessen sind sie in jedem Fall einzig für politisch interessierte Leute wichtig, die von der Stimmbeteiligung her zu schliessen

höchstens die Hälfte aller Einwohner ausmachen. Bei diesen Sendungen nimmt die Post zum Vornherein in Kauf, dass sie auch nicht interessierten Empfängern trotz Anbringung eines Stopp-Klebers zugestellt werden. Damit sind aber Reklamationen vorprogrammiert und mit solchen scheint die Post offensichtlich leben zu können.

Die Post charakterisiert nämlich nicht nur Sendungen von Behörden, von Verwaltung und öffentlichen Unternehmungen, als „offiziell“, sondern auch amtliche Publikationsorgane, Sendungen von politischen Parteien und überparteilichen Komitees sowie Sendungen mit Spendeaufrufen. An Briefkästen mit Stopp-Klebern werden aber überdies nicht nur amtliche Publikationsorgane, sondern auch Gratiszeitungen und auch Grossauflagen von Tageszeitungen verteilt. Als Gratiszeitungen bezeichnet die Post regelmässig erscheinende, unadressierte Presseorgane oder Informationspublikationen von Städten, Gemeinden, Quartieren und kulturell oder wirtschaftliche zusammenhängenden Gebieten, die in der Regel nur wenig redaktionellen Text enthalten (vgl. die Definition der Post von Gratiszeitungen, abrufbar unter: http://www.post.ch/de/index_pm/pm_geschaeftskunden/pm_gk_versandloesungen/pm_zeitungen_2/pm_zeitungen_gratiszeitungen.htm). Obwohl solche Gratiszeitungen nur wenig redaktionellen Text enthalten und daher kaum ein nennenswertes öffentliches Interesse erfüllen, werden die Stopp-Kleber, die ja gerade den Einwurf von nicht im öffentlichen Interesse stehenden Sendungen verhindern wollen, missachtet. Auch bei den amtlichen Anzeigern und anderen amtlichen Publikationsorganen ist notorisch, dass der Anteil bezahlter Inserate in der Regel um ein Vielfaches grösser ist als der redaktionelle Teil. In der Hauptverhandlung vor Handelsgericht Bern kamen z.B. die Wiler-Nachrichten, die Thurgauer Zeitung oder die Regional Zeitung Hinterthurgau zur Sprache (Urteil vom 6.2.2008, Ziff. 7a). Die Post bestritt nicht, dass diese in alle Haushalte des betreffenden Gebietes, auch in solche mit Stopp-Klebern, zugestellt würden, behauptete aber, sie würden mindestens 12 Mal jährlich erscheinen, weshalb sie unter die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Gratiszeitung fallen würden. Wenn aber die Post anerkennt, dass diese Gratiszeitungen von öffentlichem Interesse sind und an sämtliche Briefkästen verteilt werden sollen, dann ist das zusätzliche Merkmal, dass sie mindestens 12 Mal jährlich erscheinen müssten, sachfremd. Es ist nicht einzusehen, dass eine Zeitung, die 12 Mal jährlich erscheint, eher das öffentliche Interesse befriedigen soll als eine solche die nur zwei Mal oder drei Mal erscheint. Wichtig ist doch der Inhalt und nicht die Anzahl der jährlichen Ausgaben.

Auch Sendungen mit Spende-Aufrufen von gewinnorientierten Fundraisern oder karitativen Organisationen werden trotz Stopp-Kleber zugestellt, falls die Spenden für eine gemeinnützige und von der ZEWO zertifizierte Organisation bestimmt sind. Es ist offenkundig, dass viele Empfänger überhaupt keine Spendenaufrufe möchten und diese meistens ungelesen entsorgen. Auch hier setzt sich die Post über den mutmasslichen Willen des Empfängers, der durch die Anbringung eines Stopp-Klebers noch unterstrichen wird, hinweg.

b) Unzulässige Anknüpfung an eine Zertifizierung durch die Stiftung ZEWO

21. Die Beschränkung der „offiziellen“ Sendungen auf Spendenaufrufe einzig von gemeinnützigen Organisationen, die von der Stiftung ZEWO zertifiziert worden sind, ist zwar gut gemeint, engt jedoch den Begriff des öffentlichen Interesses unzulässig ein. Voraussetzung für die Verleihung des ZEWO-Gütesiegels ist der Umstand, dass sich die Antrag stellende Organisation sozialen, humanitären, soziokulturellen Aufgaben oder dem Schutz der Um- und Mitwelt widmet. Damit werden indessen viele Organisationen von der Zertifizierung ausgeschlossen, die sich mit gutem Grund bisher nicht von der ZEWO zertifizieren liessen oder zertifizieren konnten, wie z.B. die Schweizerische Paraplegiker-Stiftung. Falls die Post diese Regelung konsequent anwendet, können sich viele wertvolle Organisationen zum Vornherein nicht der „PromoPost offiziell“ bedienen.

Die Stiftung ZEWO hat zwar u.a. die Schweiz. Vogelwarte Sempach, den Schweizer Vogelschutz SVS/Birdlife Schweiz, die Stiftung Natur- und Tierpark Goldau oder die Organisation Wildtier Schweiz, Zürich, zertifiziert. Diese werden von der Stiftung als Naturschutz-Organisationen betrachtet, die zu den Organisationen zum Schutz der Um- und Mitwelt zählen. Unter diesen Begriff fallen die Tierschutz-Organisationen nicht, weshalb der VgT bis anhin keine Chance hatte, von der ZEWO zertifiziert zu werden, obwohl er unbestrittenermassen seinen VgT-Nachrichten und ACUSA-News regelmässig einen Einzahlungsschein beizulegen pflegt und damit seinen Spendenaufruf unterstreicht.

22. Die Bevorzugung von Spendenaufrufen ZEWO-zertifizierter Organisationen gegenüber Mitteilungen anderer gemeinnütziger Vereine ist nicht nachvollziehbar, solange die Post nicht selbst Alternativen zur Zertifizierung aufzeigt. So sympathisch die Stiftung ZEWO ist, so wenig darf sie anstelle der Post bestimmen, welche Sendungen im öffentlichen Interesse stehen und welche nicht. Die Stellungnahme der ZEWO

mag höchstens als Indiz für den karitativen Charakter einer Organisation herangezogen werden; das unbesehene Abstellen auf deren Entscheid führt indessen zu willkürlichen Ergebnissen. Es ist nicht sachgerecht, wenn die Post den Entscheid, was als Sendung im öffentlichen Interesse einzustufen ist, teilweise an eine private Stiftung delegiert. Deren Einstufungen sind nicht beschwerdefähig, weshalb die Post selbst gehalten ist, zwischen Sendungen von öffentlichem Interesse und rein kommerziellen Sendungen zu unterscheiden.

Ein qualitatives Kriterium könnte beispielsweise die Steuerbefreiung der Organisation durch den Staat darstellen. Dieses Kriterium ist genau so leicht zu handhaben wie die Kontrolle der Zertifizierung durch die Stiftung ZEWO. Die Erwägung des Handelsgerichts Bern, das Abstellen auf die Zertifizierung durch die ZEWO sei sachgerecht und verhältnismässig, hält einer näheren Überprüfung nicht stand.

E. Kontrahierungspflicht der Post

23. Eine Kontrahierungspflicht der Post ist denkbar, wenn sie auf vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage beruht (BGE 129 III 35, E. 6.2).

Als gesetzliche Grundlage können einerseits Art. 2 ZGB (Verbot des Rechtsmissbrauchs, Gebot der Gleichbehandlung) und Art. 28 ZGB, der u.a. ein Boykottverbot umfasst, dienen. Die Post bietet ihre Dienste gegenüber jedermann an; ihr Service Public ist in aller Munde. Es geht nicht an, dass sie spitzfindige Unterscheidungen zieht, um dem VgT eine Zustellung an sämtliche Briefkästen einer bestimmten Region unabhängig der Anbringung von Stopp-Klebern zu verweigern, während diese Dienstleistung anderen Kunden diskussionslos angeboten wird.

Die vom Bundesgericht genannten Voraussetzungen zur Beschränkung der Vertragsabschlussfreiheit, wie sie sich aus BGE 129 III 35 E. 6.3 ergeben, sind nach wie vor erfüllt.

Selbst wenn man noch die Meinung vertreten wollte, die von der Post vorgetragene Argumente zur Nichtbeförderung der VgT-Nachrichten seien sachgerecht, so wäre die Post dennoch zu verpflichten, mit dem VgT einen analogen Beförderungsvertrag wie mit den Herausgebern von Gratiszeitungen und Spendenaufrufen einzugehen.

III. KARTELLRECHTLICHE BEURTEILUNG

A. Geltungsbereich und Anwendbarkeit des Kartellgesetzes

24. Das Bundesgericht hat es in BGE 129 III 35 unterlassen, sich mit der kartellrechtlichen Aspekten des Falles zu befassen. Dabei verfügt der Bund heute – im Gegensatz zu 1954, als der Fall Seeelig (BGE 80 II 26) zu beurteilen war – über ein griffiges Kartellgesetz, das von den Parteien und Gerichten nach wie vor leider nur allzu oft ausser Betracht bleibt.
25. Die Aktivitäten der Post im Bereich des Versands unadressierter Sendungen stellen unternehmerische Tätigkeiten im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} des Kartellgesetzes (KG, SR 215) dar und fallen in den persönlichen Geltungsbereich des KG (vgl. bereits RPW 2001/2, 240 f. Rz. 9). Die Frage, ob die Post im Bereich der Zustellung unadressierter Massensendungen über Marktmacht verfügt, beschlägt den sachlichen Geltungsbereich des KG (Art. 2 Abs. 2 KG).
26. Da die Zustellung nicht abonniertes „Gratisanzeiger“ heute zu den Wettbewerbsdiensten der Post zählen, tritt sie hier in Konkurrenz zu Privaten auf. Die Postgesetzgebung formuliert in diesem Bereich keine staatliche Markt- oder Preisordnung, welche den Wettbewerb ausschliessen würde (Art. 3 Abs. 1 lit. a KG). Die Post ist in Bezug auf die Wettbewerbsdienste auch nicht mit besonderen Rechten ausgestattet (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG). Das Kartellgesetz ist daher auf die interessierenden Aktivitäten der Post im Bereich der nicht reservierten Dienste anwendbar.

B. Begriff der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG

27. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) im wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Wenn die Marktgegenseite keine Alternativen zu den Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens hat und sich daran innert nützlicher Zeit auch nichts ändern wird, ist dieses Unternehmen in der Regel marktbeherrschend (hierzu JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Kommentar, Ausgabe 2005, Art. 4 Rz. 15 ff., mit Hinweisen).
28. Um die Stellung eines Unternehmens auf dem Markt beurteilen zu können, muss zuerst der relevante Markt definiert werden. Ob das betreffende Unternehmen

marktbeherrschend ist, beurteilt sich einerseits nach dem Marktanteil sowie der aktuellen und der potentiellen Konkurrenz auf dem relevanten Markt. Selbst hohe Marktanteile (etwa über 50%) führen noch nicht zwingend zu einer marktbeherrschenden Stellung, sofern die aktuelle oder potentielle Konkurrenz das betreffende Unternehmen derart disziplinieren kann, dass es sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig von der Konkurrenz und von der Marktgegenseite verhalten kann (zum Ganzen BORER, a.a.O., Art. 4 Rz. 19 ff.). Ein Indiz für eine beherrschende Stellung liegt ausserdem vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf dem Markt in einer Weise verhalten kann, die von der Marktgegenseite im wirksamen Wettbewerb nicht akzeptiert und mit Abwanderung zu Alternativangeboten sanktioniert würde; ein Unternehmen ist tendenziell dann marktbeherrschend, wenn die Marktgegenseite auch ineffizientes Verhalten akzeptieren oder auf den Bezug der angebotenen Leistung verzichten muss (hierzu BORER, a.a.O., Art. 4 Rz. 21).

C. Definition des relevanten Marktes

a) Marktdefinition

29. Der relevante Markt wird sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht aus der Sicht der Marktgegenseite abgegrenzt, d.h. aus der Sicht derjenigen Marktteilnehmer, welche bestimmte Waren und Dienstleistungen nachfragen. Als Marktgegenseiten stehen sich vorliegend der VgT als Verleger seiner Zeitschriften und verschiedene Zustellorganisationen – darunter die Post – gegenüber. Die WEKO bezeichnete als Marktgegenseite für Zustelldienstleistungen Unternehmen, die ihre Kunden mittels unadressierter Werbung erreichen wollen (RPW 2001/2, 242 ff.).
30. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU; SR 251.4). Nach diesem sog. Bedarfsmarktkonzept (oder Konzept der „funktionellen Austauschbarkeit“) wird der relevante Markt methodisch folgendermassen abgegrenzt: Kann die Marktgegenseite, die ein bestimmtes Gut nachfragt, auf ein anderes Gut ausweichen, wenn sich der Preis des ersten Gutes signifikant erhöht, so wird dieses zweite Gut in den relevanten Markt miteinbezogen (vgl. hierzu etwa ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 538 ff.).

31. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU).

b) Sachlich relevanter Markt

aa) Praxis der Wettbewerbskommission

32. In einer frühen Vorabklärung im Jahr 1997 betreffend den Markt für Postsendungen ohne Adresse hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachstehend: WEKO) einen sachlichen Markt für Postsendungen ohne Adressen abgegrenzt (RPW 1997/3, 305 Rz. 27). Die Parteien beschrieben diesen Markt als „*Verteilung von Drucksachen (Zeitungen, Zeitschriften, Werbematerial, Flugblätter usw.) und Warenmuster, die nicht dem Postregal unterstellt sind. Die Verteilung erfolgt durch private Verteilorganisationen*“. Die Drucksachen werden entweder mittels Verteilboten zugestellt oder per Post versandt (RPW 1997/3, 303 Rz. 11).
33. Im Zusammenhang mit einer beabsichtigten Kooperation verschiedener Vertriebsunternehmen im Bereich der Zustellung von Werbesendungen grenzte die WEKO im Jahr 2001 einen sachlichen Markt ab, der die *Verteilung von nicht-adressierten Postwurfsendungen, von adressierten Werbesendungen und die Verteilung von Werbematerial als Zeitungsbeilagen mit überregionaler oder nationaler Reichweite* umfasst (RPW 2001/2, 247 Rz. 43). Ohne auf die soeben erwähnte Vorabklärung aus dem Jahr 2001 Bezug zu nehmen, bemerkte die WEKO in einer vorläufigen Zusammenschlussprüfung im Jahr 2002 ausserdem, es könne ein *Markt für Zustellung von Wochenzeitungen, Zeitschriften und Prospekten* abgegrenzt werden (RPW 2002/1, 157 Rz. 12).
34. Die Rechtsprechung der WEKO ist im Bereich der Zustellung unadressierter Druckerzeugnisse nicht sehr ergiebig und auch nicht ausgesprochen konstant. Es kann aber einstweilen davon ausgegangen werden, die WEKO definiere einen sachlichen Markt, der die Zustellung unadressierten Werbematerials und unadressierter Presseerzeugnisse umfasst.

bb) Übertragung auf den vorliegenden Fall

35. Die Zeitschriften des VgT stellen nicht Werbung dar, sondern Presseerzeugnisse, die mit einer gewissen Periodizität erscheinen, über gesellschaftliche Themen (Tier-

schutz) informieren und dadurch die Meinungsbildung beeinflussen. Sie werden einer breiten Öffentlichkeit zwei bis drei Mal pro Jahr adressiert und v.a. unadressiert zugestellt. Der VgT bestimmt die Zielgruppen des unadressierten Versands in persönlicher und geographischer Hinsicht jeweils abhängig von den gerade bearbeiteten Tierschutzthemen. Auch wenn solche Sendungen nicht Werbung im eigentlichen Sinn darstellen, erfasst sie die WEKO wohl – wie die unadressierte Werbung selber – als „unadressierte Postwurfsendungen“. Darunter fallen etwa auch Gratiszeitungen, Prospekte, und Publikationsorgane verschiedener Vereine und politischer Parteien, welche auf dem Weg des Direct Mailing an den Empfänger gebracht werden.

36. Für den VgT als Nachfrager von Zustelldienstleistungen ist wesentlich, dass seine Zeitschriften – gleich wie andere Informationsorgane und Gratiszeitungen oder Spendenaufrufe verschiedener gemeinnütziger Organisationen und Vereine – an *sämtliche* Briefkästen im definierten Streugebiet verteilt werden, d.h. auch an diejenigen Briefkästen, die mit Stopp-Klebern versehen sind. Würden die Zeitschriften des VgT an Briefkästen in den Zielgruppengebieten nicht verteilt, weil diese mit Stopp-Klebern versehen sind, könnte der VgT die selektierten Informationsempfänger nicht erreichen. Dies würde hohe Abdeckungslücken bewirken. Dies wirkt sich auf das Potenzial des VgT aus, aktiv die öffentliche Meinungsbildung mitzugestalten: je lückenhafter das definierte Zielpublikum mittels unadressierter Sendungen erreicht wird, desto geringer ist nicht nur der Beitrag zur Meinungsbildung, sondern desto geringer fällt auch der erwartete und einkalkulierte Rücklauf an Beitrittserklärungen und Spenden aus.
37. Das Kriterium, dass die eingesetzte Zustellorganisation die Stopp-Kleber auf den Briefkästen aus öffentlichen Interessen bewusst „missachten“ kann, erweist sich für Verleger von meinungsbildenden Presseerzeugnissen als zentral, um das selektierte Zielpublikum erreichen zu können. Angesichts der Rechtsprechung der WEKO und der besonderen Bedürfnisse des VgT kann daher hilfsweise ein sachlich relevanter Markt definiert werden, der die *flächendeckende Tageszustellung von unadressierten Presseerzeugnissen an eine persönlich und räumlich national oder überregional spezifizierte Zielgruppe umfasst, wobei die Zustellorganisation in der Lage sein muss, die Zustellung trotz allfälliger Stopp-Kleber an den Briefkästen vorzunehmen.*

38. Diese sachliche Marktdefinition deckt sich somit nur teilweise mit der Marktdefinition der WEKO für Zustelldienste im Bereich des Direktmarketing (RPW 2001/2, 247 Rz. 43). Da der VgT keine kommerzielle Werbung betreibt, steht bei ihm die Abdeckung sämtlicher Briefkästen, und nicht bloss jener ohne Stopp-Kleber, im Vordergrund. Während bei kommerziellen Mailings die Höhe der Streuverluste entscheidend ist, kommt es bei der meinungsbildenden Presse vor allem auf die lückenlose Verbreitung des Mediums an.

c) Räumlich relevanter Markt

39. Räumlich ging die WEKO davon aus, die Marktgegenseite frage die überregionale oder nationale Zustellung ihrer Druck- und Werbeerzeugnisse nach und grenzte den Markt entsprechend ab (RPW 2001/2, 2547 Rz. 45).
40. Diese räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend für die Zustellung der Zeitschriften des VgT übernommen werden. Der VgT fragt eine nationale, mindestens überregionale Zustellung seiner Publikationen nach, je nachdem, wie er nach Massgabe der thematischen Aktualität seiner Zeitschriften die Zielgruppe räumlich bestimmt. Es kann daher von einem *überregionalen oder nationalen Markt* ausgegangen ist (RPW 2001/2, 247)

D. Marktstellung der Post auf dem Markt für die Zustellung unadressierter Presseerzeugnisse

a) Hinweise aus der Praxis zur Marktstellung der Post

aa) Betrachtung des Unternehmens

41. Aufgrund ihres Zustellnetzes, das wegen der Verpflichtung zur Sicherstellung der Universaldienste (namentlich der reservierten Dienste, Art. 3 PG) lückenlos die ganze Schweiz umfasst, ist nur die Post in der Lage, Zustelldienste in der ganzen Schweiz zu erbringen, ohne hierzu auf zusätzliche Partner angewiesen zu sein. Dies verschafft der Post eine einzigartige Stellung auf dem Markt für jede Art von Zustelldiensten, ob adressiert oder unadressiert: Weil die Post ohnehin täglich sämtliche Schweizer Haushalte mit normaler Briefpost bedienen muss, fallen ihr für die Zustellung unadressierter Sendungen kaum zusätzliche Kosten an: Zusätzliche Zustellaufträge – etwa für Zeitungen und Zeitschriften, aber selbstverständlich auch für unadressierte Sendungen – verschaffen der Post vielmehr einen substantiellen De-

ckungsbeitrag an die ohnehin anfallenden Fixkosten (vgl. etwa das Interview mit ULRICH GYGI in FLASHextra 2006). Die Post ist daher das einzige Unternehmen, welches abonnierte Zeitschriften und Zeitungen, aber auch unadressierte Sendungen im Rahmen seiner gewöhnlichen Geschäftsprozesse verteilen kann (vgl. hierzu die Evaluation des Schweizer Postmarktes, Bericht von wik-Consult für die Postregulierungsbehörde PostReg vom 31. Juli 2005, S. 21).

42. Die flächendeckende Zustell-Infrastruktur der Post wird für die Erbringung der Universaldienste aus Monopolgebühren finanziert. Private Anbieter müssen dagegen ihre Zustellorganisation vollständig selber finanzieren. Es darf als ökonomisch ausgeschlossen gelten, dass ein privates Unternehmen einen Zustelldienst aufbauen kann, der sämtliche Haushalte und Geschäftsdomizile in der Schweiz abdeckt.
43. Lokale und regionale Titel können wohl durch räumlich entsprechend tätige Zustellorganisationen verteilt werden. Presseerzeugnisse mit einem schweizweiten Lese- und Abnehmerkreis sind hingegen auf eine schweizweit tätige Zustellorganisation angewiesen. Dies wird auch aus Verlautbarungen des Chefs der Post deutlich (vgl. FLASHextra 2006).
44. Die **Post** preist ihr Produkt „PromoPost“ für den Versand unadressierter Druckerzeugnisse (vorab für das Direktmarketing) prominent mit den folgenden Argumenten an (vgl. die Broschüre „PromoPost“, S. 4, 6 und 10):
 - PostMail verfüge als **einzige** Anbieterin über eine **schweizweit flächendeckende Zustellorganisation**. Das Zustellnetz der Post erreiche dank der Postboten zuverlässig **alle** Haushalte und Geschäfte.
 - Die unadressierte werde zusammen mit der adressierten Werbung direkt in den Briefkasten geliefert. Dadurch erheische auch die unadressierte Post einen **hohen Beachtungsgrad** beim Publikum; die Streuverluste seien daher gering.
 - Über die Post liessen sich definierte Zielgruppen effizient erreichen.
 - Die Preise der Post für die Verteilung unadressierter Druckerzeugnisse seien angesichts der **geringen Streuverluste** günstig.
45. All dies spricht dafür, dass die Post auf dem relevanten Markt über eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

bb) Praxis der WEKO

46. Die Wettbewerbskommission hat sich mit den Wettbewerbsverhältnissen auf dem interessierenden relevanten Markt noch nicht besonders einlässlich befasst. Die verfügbare Praxis – v.a. eine Vorabklärung aus dem Jahr 1997 („Markt für Postsendungen ohne Adresse“, RPW 1997/3, 301) und aus dem Jahr 2001 („Vertrieb von Werbematerialien“, RPW 2001/2, 239) sind ausserdem nicht mehr aktuell und berücksichtigen daher die neuesten Entwicklungen, welche sich im Zuge der fortschreitenden Liberalisierung des Postmarktes ereignet haben, nicht.
47. Die WEKO hielt in RPW 2001/2, 248 f Rz. 55, zum Produkt „PromoPost“ nach Kundenbefragungen folgendes fest: *„Für eine Zusammenarbeit mit der Post (Produkt Promopost) sprechen vor allem die Zuverlässigkeit, die Qualität, die Möglichkeit zur zeitlichen Abstimmung der Zustellung (Zustellung vier bis fünf Mal pro Woche) sowie die geografische Abdeckung (Abdeckung aller Haushalte in der Schweiz bedient).“* Ausserdem hielt die WEKO fest, die *Post sei aufgrund ihres Leistungsauftrags im Universaldienstbereich das einzige Zustellunternehmen, das 100% aller Schweizer Haushalte erreiche* (RPW 1997/3 305 Rz. 28).
48. Das flächendeckende Zustellnetz sowie der hoch effiziente Einsatz der Postboten für die Verteilung unadressierter Drucksachen zeichnen die Zustelldienstleistungen der Post besonders aus. Unadressierte Zeitungen und Zeitschriften werden vom Publikum ausserdem eher beachtet, wenn sie zusammen mit der adressierten Post zugestellt werden. Die Post ist schliesslich aufgrund ihres Leistungsauftrags in der Grundversorgung resp. ihres Zustellmonopols im Bereich der reservierten Dienste (Art. 3 PG und Art. 2 Abs. 1 VPG) in der Lage, unadressierte Sendungen entgegen allfälligen Kundenwünschen trotz Stopp-Klebern auf den Briefkästen zuzustellen. Entsprechend gering sind die Zustellungslücken solcher Sendungen.
49. Über die Marktanteile der Post im relevanten Markt liegen keine aktuellen Informationen vor. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass die Post zusammen mit ihren Tochtergesellschaften, welche im Direktmarketingbereich tätig sind (Direct Mail Company AG [DMC] und die Document Services AG) über einen beträchtlichen Marktanteil verfügt. Im Jahr 1997 ermittelte die WEKO einen Marktanteil der Post und ihrer Tochtergesellschaft DMC AG auf dem Markt für die Zustellung unadressierter Sendungen von rund 61%. Es darf angenommen werden, dass dieser Marktanteil in den letzten Jahren noch gestiegen ist.

50. Ein Marktanteil von über 50% ist ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung. Kann die Marktstellung der Post aufgrund aktueller und potentieller Konkurrenz erodieren und kann sich die Post im relevanten Markt nicht in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten, ist sie nicht marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.

cc) BGE 129 III 35 in Sachen VgT gegen Post

51. Im bereits mehrfach erwähnten Entscheid wies das Bundesgericht darauf hin, die Post solle hinsichtlich der Wettbewerbsdienstleistungen „gleich lange Spiesse“ wie die Privaten haben (BGE 129 III 35 E. 5.3 S. 41). Unter Hinweis auf Bundesgerichtsurteile, welche als Vorläufer des Kartellrechts in der Schweiz gelten (Entscheid „Seelig“, BGE 80 II 26), nicht aber unter den Gesichtspunkten von Art. 4 Abs. 2 und Art. 7 KG (Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen), prüfte das Bundesgericht, ob die Post im vorliegenden Fall einen Kontrahierungszwang treffe, die VgT-Nachrichten diskriminierungsfrei zu befördern.
52. Die Argumentation des Bundesgerichts verläuft nach kartellrechtlichem Muster, obwohl der Entscheid das KG mit keinem Wort erwähnt – was sehr erstaunlich ist: Eine Kontrahierungspflicht bestehe, wenn für die Beschaffung gewisser Leistungen, die der Nachfrager für die Befriedigung seines Normalbedarfs dringend brauche und die der Anbieter öffentlich anbiete, keine zumutbare Ausweichmöglichkeit bestehe, weil der Anbieter eine „marktbeherrschende oder massgeblich beeinflussende Stellung“ habe, und wenn der Anbieter sich aus unsachlichen Gründen weigere, dem Nachfrager die gewünschte Dienstleistung zu erbringen (BGE 129 III 35 E. 6.2 und E. 6.3, S. 44 ff.).
53. In Anwendung dieser Kriterien auf die Beförderung der unadressierten VgT-Nachrichten durch die Post mittels PromoPost kam das Bundesgericht zum Schluss, die von der Post im Rahmen von „PromoPost“ angebotenen Beförderungsdienstleistungen für unadressierte Sendungen fielen in den Normalbedarf des VgT, stellten mithin Leistungen dar, die vom Durchschnittsnachfrager (wie etwa vom VgT) im Alltag regelmässig in Anspruch genommen und vom Anbieter öffentlich angeboten würden. Die Post trete gegenüber dem VgT als marktstarke, ja sogar marktbeherrschende Anbieterin auf, was das Bundesgericht vorab auf das flächendeckende Zustellnetz der Post zurückführte (BGE 129 III 35 E. 6.4 S. 46; Hervorhebungen hinzugefügt):

*„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.**“*

54. Aufgrund dieser Beurteilung, die sich zwar nicht auf das Kartellgesetz bezieht, jedoch durchaus der Systematik und Dogmatik von Art. 4 Abs. 2 und Art. 7 KG folgt, liegen wichtige Anhaltspunkte vor, wonach die Post den relevanten Markt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG beherrscht, weil sie sich in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann und weil dem VgT keine zumutbare Alternative zu den Zustelldiensten der Post zur Verfügung stehe.

b) Aktuelle Konkurrenz?

55. Der VgT benötigt eine Zustellorganisation, die ein möglichst umfassendes Zustellgebiet ähnlich effizient und kostengünstig wie die Post bedient und dabei eine Abdeckung erreicht, die vergleichbar mit derjenigen der Zustell-Dienstleistungen der Post ist.
56. Die WEKO nahm in ihren Untersuchungen des Marktes für Frühzustellung (d.h. die Zustellung von Tageszeitungen bis 06.30) bisher an, die Existenz potentieller Konkurrenten werde die grossen Frühzustell-Organisationen, welche von mehreren grossen Zeitungsverlagen geschaffen werden sollten, disziplinieren (hierzu etwa RPW 2002/1, 158 Rz. 19). Andere Zustellunternehmen, welche (noch) nicht in der Frühzustellung tätig seien, könnten durchaus in diesen Markt vordringen (RPW 1998/2, 271 f. Rz. 21; RPW 2000/2, 232; RPW 2002/1, 158 Rz. 18). Ob dies impliziert, dass auf Märkten für die Tageszustellung (z.B. unadressierter Sendungen) eine gewisse aktuelle Konkurrenz bestehen soll, bleibt offen. Bezeichnenderweise hat denn auch die Post im vorliegenden Rechtsstreit nie geltend gemacht, der VgT könne auf Konkurrenzdienste ausweichen.

57. Alle allfälligen Konkurrenzdienste würden ohnehin ihr Hauptaugenmerk auf die lukrative Zustellung unadressierter Direktwerbung für kommerzielle Unternehmen richten (zur Bedeutung der Direktwerbung vgl. DAVID/REUTTER, Schweiz. Werberecht, 2. Aufl. Zürich 2001, S. 212). Da der Reklamezweck solcher Sendungen offensichtlich ist, befehlen sich diese Dienste zur Vermeidung von Streuverlusten einer rigorosen Beachtung der Stopp-Kleber, da sie davon ausgehen, dass unerwünschte Werbung ohnehin ungelesen im Papierkorb landet. Kommerzielle Zustellorganisationen haben nicht nur aus ethischen, sondern auch aus rein wirtschaftlichen Beweggründen ein ureigenes Interesse an der Beachtung der Stopp-Kleber und pflegen ihre Verträge entsprechend zu instruieren.

Die VgT-Nachrichten gehören jedoch nicht in die Kategorie der Mailings mit Werbecharakter, sondern zur Informations- und Meinungspressen. Das redaktionelle Konzept und das Fehlen von Inseraten erheischen eine breite Verteilung ohne Rücksicht auf den Wunsch einzelner Empfänger, von Werbung verschont zu bleiben. Für den VgT kommen daher nur Verteilorganisationen in Frage, die sich verpflichten, seine Nachrichten in *sämtliche* Briefkästen zuzustellen.

Die Post hat denn auch nie behauptet, es bestünde für den VgT eine Alternative, mit welcher er eine Zustellung seiner Zeitung an sämtliche Briefkästen eines bestimmten Zielgebiets erreichen könnte.

58. Auch die WEKO erachtete es als unwahrscheinlich, dass im Markt für die überregionale oder nationale Zustellung unadressierter Postwurfsendungen innert nützlicher Frist neue Anbieter auftreten würden (RPW 2001/2, 251 Rz. 71). Es sei mit beträchtlichen Marktzutrittskosten zu rechnen, wenn ein neues Zustellunternehmen eine gewisse räumliche Marktabdeckung erreichen wolle (RPW 2001/2, 251 Rz. 71; RPW 2002/1, 158 Rz. 18).
59. Angesichts des Spezialisierungsgrads und der Ausdehnung der bestehenden Zustellorganisation der Post ist es unwahrscheinlich, dass innert nützlicher Frist (d.h. innert drei bis fünf Jahren) neue Unternehmen auf dem relevanten Markt auftreten werden, welche für Organisationen wie den VgT eine valable Alternative zur Post darstellen. Die Post wird mit grosser Wahrscheinlichkeit das einzige Unternehmen bleiben, das sich aus „öffentlichen Interessen“ zur Nichtbeachtung der Stopp-Kleber bereit erklärt. Alle anderen Zustellunternehmen werden daher ihren Kunden in die-

ser Hinsicht nicht dieselbe Reichweite bieten können und mit einer wesentlich schlechteren Abdeckung als die Post arbeiten.

60. Da der Willen und die Fähigkeit der Post, die Stopp-Kleber unter bestimmten Voraussetzungen zu missachten, einen entscheidenden Wettbewerbsfaktor für Organisationen von der Art des VgT darstellt, und der Verbreitungsgrad seiner Gratiszeitung signifikant sinken würde, wenn diese Kleber respektiert würden, bestehen deutliche Anhaltspunkte, wonach auf dem relevanten Markt kein potentieller Wettbewerbsdruck herrscht, der die Post bei der Umsetzung ihres Produkts „PromoPost offiziell“ disziplinieren würde.

E. Folgerungen für die kartellrechtliche Beurteilung

61. Sowohl die Besonderheiten des Unternehmens „Post“ – ein flächendeckendes Zustellnetz, das hauptsächlich aus Monopolgebühren aus dem Universaldienst finanziert wird –, die Praxis der WEKO und auch die bundesgerichtliche Beurteilung der Position der Post auf dem schweizerischen Markt für die Zustellung unadressierter Sendungen (wie etwa der VgT-Nachrichten) liefern deutliche Anhaltspunkte, wonach die Post den relevanten Markt beherrscht.

Selbst wenn auf dem relevanten Markt noch lokale oder gar regionale Konkurrenten bestehen sollten, die über gut ausgebaute Zustell-Infrastrukturen und Zustellnetzwerke verfügen, so können diese die Post im Bereich der unadressierten Sendungen wegen des einzigartigen Post-Vertriebsnetzes und wegen der hohen Marktanteile der Post nicht konkurrenzieren.

62. Für den VgT bildet der Willen eines Zustellunternehmens, die Stopp-Kleber unter bestimmten Voraussetzungen zu missachten, ein wesentliches Argument für dessen Wahl. Da die Einbusse an Marktabdeckung überdies bedeutend ist, wenn alternative Zustellorganisationen diese Kleber beachten, so ist davon auszugehen, dass die Post auf dem relevanten Markt über eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.
63. Ein marktbeherrschendes Unternehmen darf seine Kunden nicht bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminieren (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG). Eine solche Diskriminierung liegt indessen in der unterschiedlichen Anwendung der AGB Promopost und der Bedingungen gemäss Broschüre „Zeitungen Schweiz“ auf

Grossauflagen, Gratiszeitungen, Spendenaufrufe, Mitgliedschaftspresse einerseits und auf die VgT-Nachrichten andererseits.

IV. FAZIT

64. Somit kommen wir zum Schluss, dass die Verweigerung der Zustellung von nicht adressierten Exemplaren der Zeitschrift „VgT-Nachrichten“ bzw. „ACUSA-News“ in sämtliche Brief- bzw. Ablagekästen zum Tarif „PromoPost offiziell“ nicht sachgerecht ist. Die Nicht-Beförderung dieser Zeitschriften zum Tarif „PromoPost offiziell“ widerspricht nicht nur Sinn und Geist des Postgesetzes, sondern auch den AGB PromoPost.

Die Post bezeichnet sich selbst als einziges Unternehmen mit schweizweit flächendeckender Zustellorganisation. Nicht nur deshalb, sondern auch auf Grund einer detaillierten Analyse der Marktsituation, ist bei der Post von einem marktbeherrschenden Unternehmen auszugehen. Ein solches darf seine Kunden nicht bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminieren.

65. Der Entscheid, des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 6. Februar 2008 hält daher einer rechtlichen Überprüfung nicht Stand und ist aufzuheben.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Lucas David

Daniel Zimmerli