

Rechtsgutachten

über die Frage der Kontrahierungspflicht
der Schweizerischen Post gegenüber dem Verein gegen Tierfabriken Schweiz in Bezug auf unadressierte Massensendungen

von

Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger

Inhaltsverzeichnis

I.	Sachverhalt	3
II.	Kontrahierungspflicht der Post gegenüber dem VgT in Bezug auf unadressierte Massensendungen	4
	A. Grundsätzliche Kontrahierungspflicht	4
	B. Spezifische Kontrahierungspflicht	6
	1. Vorbemerkung	6
	2. Bindung der Post an die Grundrechte	6
	a. Grundlage	6
	b. Konsequenz	8
	aa. Bedingter Anspruch auf eine staatliche Leistung	8
	bb. Unzulässige Verweigerung des Anspruchs auf eine staatliche Leistung	11
	aaa. Diskriminierung durch widersprüchliche Dienstleistungsangebote	11
	bbb. Diskriminierung durch Anwendung ungeeigneter Kriterien	15
	ccc. Diskriminierung durch unsachgemässe Anwendung der eigenen Kriterien	18
	3. Verbot sittenwidrigen Verhaltens	21
	4. Vorschriften des Kartellrechts	22
III.	Fazit	22

I. Sachverhalt

Der Verein gegen Tierfabriken Schweiz¹ publiziert Zeitschriften in deutscher und französischer Sprache unter dem Titel „VgT-Nachrichten“ und „Acusa-News“. Diese Zeitschriften werden von der schweizerischen Post² seit Jahren in der ganzen Schweiz an die Mitglieder des VgT und die Abonnenten versandt. Im Dezember 1999 wollte der VgT seine Zeitschriften von der Post auch als unadressierte Massensendungen an beliebige Haushalte verteilen lassen, um dadurch seine Anliegen einem grösseren Publikum bekannt zu machen. Die Post lehnte jedoch den vom VgT gewünschten Versand ab. Der VgT, der die Weigerung der Post als widerrechtlich erachtete, klagte daraufhin gegen die Post. Diese zog bis vor Bundesgericht. Mit Urteil vom 7. Mai 2002 stellte das Bundesgericht fest, dass die Weigerung der Post, mit dem VgT einen Vertrag über Massensendungen zu schliessen, widerrechtlich sei³.

Auf Grund einer Praxisänderung der Post sah sich der VgT im letzten Jahr veranlasst, einen weiteren Prozess gegen die Post zu führen. Früher stellte die Post unadressierte Massensendungen auch an Haushalte zu, deren Briefkasten mit dem Hinweis „Stopp - keine Werbung“ versehen waren. Nachdem deswegen offenbar zahlreiche Beschwerden eingegangen waren, stellte sie solchen Haushalten von den unadressierten Massensendungen nur noch den Amtsanzeiger zu. Diese Entscheidung der Post erregte jedoch wiederum Missfallen, da verschiedentlich die Zustellung bestimmter Massensendungen gewünscht wurde. Da die Post, wie sie behauptet, aus betrieblichen Gründen auf die Wünsche Einzelner nicht eingehen konnte, legte sie sich auf die heute geltende Praxis fest⁴. Danach verteilt die Post Zeitungen und Zeitschriften an sämtliche Haushalte, also auch an solche, deren Briefkasten mit dem Hinweis „Stopp - keine Werbung“ versehen sind, wenn an ihnen ein **öffentliches Interesse** besteht. Wann ein öffentliches Interesse gegeben ist, bestimmt die Post an Hand eigener Kriterien. Im Angebot „PromoPost“, das zwischen „offiziellen“ und „kommerziellen Sendungen“ unterscheidet, werden diese Kriterien im Einzelnen genannt.⁵ Sendungen gelten im Sinne dieses Angebots als offiziell, wenn sie eines der aufgeführten Kriterien erfüllen. Demgegenüber wird das öffentliche Interesse im Angebot „Gratiszeitungen“, das sich nur an mindestens zwölfmal im Jahr erscheinende Zeitungen richtet, nicht durch entsprechende Kriterien konkretisiert⁶. Um wie zuvor eine gleich grosse Leserschaft zu erreichen, wollte der VgT die Dienstleistung „PromoPost“ für „offizielle Sendungen“ in Anspruch nehmen. Da nach Ansicht der Post die Zeitschriften des VgT nicht im öffentlichen

¹ Nachfolgend „VgT“.

² Nachfolgend „Post“.

³ BGE 129 III 35; vgl. S. 4 f.

⁴ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 6. Februar 2008 in Sachen VgT gegen Post, nachfolgend „Urteil Handelsgericht“, S. 3 f.

⁵ Vgl. Broschüre „PromoPost“, S. 6.

⁶ Vgl. AGB „GratisZeitungen“, Ziff. 2 und 3.

Interesse liegen, verweigerte sie dem VgT die gewünschte Dienstleistung und hielt daran fest, dessen Zeitschrift nur an Haushalte ohne den Hinweis „Stopp - keine Werbung“ zuzustellen⁷. Daraufhin klagte der VgT gegen die Post vor dem Handelsgericht des Kantons Bern⁸. Die Klage wurde am 6. Februar 2008 abgewiesen.

II. Kontrahierungspflicht der Post gegenüber dem VgT in Bezug auf unadressierte Massensendungen

A. Grundsätzliche Kontrahierungspflicht

Der VgT hat, wie schon erwähnt⁹, bereits vor Jahren gegen die Post geklagt, weil diese es grundsätzlich ablehnte, die Zeitschriften des VgT als unadressierte Massensendungen zu verteilen. Der Prozess wurde bis vors Bundesgericht gezogen. Der VgT obsiegte vor allen Instanzen. Das Bundesgericht bestätigte die Urteile des Bezirksgerichts Frauenfeld und des Obergerichts des Kantons Thurgau im Ergebnis. Es prüfte die Frage, ob die Post eine Kontrahierungspflicht gegenüber dem VgT trifft, unter den folgenden Gesichtspunkten: Besteht eine Kontrahierungspflicht auf Grund des Postgesetzes, der Bundesverfassung oder des Privatrechts? Im Gegensatz zur Vorinstanz hielt es fest, dass Art. 15 PG, welcher unter bestimmten Voraussetzungen eine Beförderungspflicht der Post für Zeitungen und Zeitschriften anordne, nicht auf die Zeitschriften des VgT anwendbar sei¹⁰. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Post auf Grund ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts¹¹ selbst dann an die Grundrechte gebunden sei, wenn sie wie ein Privater sog. Wettbewerbsdienste¹² erbringe, und daher das Grundrecht des VgT auf Medienfreiheit beachten müsse¹³, lehnte das Bundesgericht ebenfalls ab. Es führte aus, die Post sei nur dann an die Grundrechte gebunden, wenn sie im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV eine staatliche Aufgabe wahrnehme, was in Bezug auf die Wettbewerbsdienste nicht zutrefte. Folglich falle eine aus Art. 35 Abs. 2 BV abgeleitete Kontrahierungspflicht ausser Betracht¹⁴. Die Frage der Drittwirkung der Grundrechte unter Privaten liess das Bundesgericht offen, weil es auf Grund allgemeiner Prinzipien des Privatrechts, nämlich des Verbots sittenwidrigen Verhaltens, eine Kontrahierungspflicht der Post bejahte¹⁵. Dieser Rechtssprechung ist im Ergebnis und zum Teil in der Begründung zuzustimmen. Auf Grund des Postgesetzes und der zugehörigen Verordnung ist die Post nicht verpflichtet, unadressierte Massensendungen zu befördern. Die Auffassung des Obergerichts Thurgau, wonach die Verordnung zum Postgesetz eine Beförderungspflicht auch für nicht abonnierte Zeitungen und Zeitschriften vor-

⁷ Vgl. Urteil Handelsgericht, S. 19.

⁸ Nachfolgend „Handelsgericht“.

⁹ Vgl. S. 1 f.

¹⁰ BGE 129 III 35, E. 4.2 S. 39.

¹¹ Art. 2 PG.

¹² Vgl. Art. 9 PG.

¹³ BGE 129 III 35, E. 5.1 S. 40.

¹⁴ BGE 129 III 35, E. 5.2, S. 40.

sehe¹⁶, ist überholt, da die jetzige Verordnung zum Postgesetz im Einklang mit Art. 15 PG nur eine Beförderungspflicht für abonnierte Zeitungen und Zeitschriften vorschreibt. Die Ansicht des Bundesgerichtes, dass die Post, wenn sie Wettbewerbsdienste erbringe, die Grundrechte nicht beachten müsse, verdient keine Zustimmung¹⁷. Die Annahme einer Kontrahierungspflicht gestützt auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens ist jedoch zutreffend¹⁸.

¹⁵ BGE 129 III 35, E. 6.4, S. 46 f.

¹⁶ vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. c aVPG.

¹⁷ Vgl. S. 6 ff.

¹⁸ Vgl. S. 21 f.

B. Spezifische Kontrahierungspflicht

1. Vorbemerkung

Es stellt sich die Frage, ob die Post verpflichtet ist, mit dem VgT einen Vertrag im Sinne des Angebotes „PromoPost“ für „offizielle Sendungen“¹⁹ abzuschliessen. Diesfalls müsste die Post die für unadressierte Sendungen bestimmten Exemplare der beiden Zeitschriften des VgT²⁰ auch an jene Haushalte zustellen, deren Briefkasten mit dem Hinweis „Stopp - Keine Werbung“ versehen sind.

2. Bindung der Post an die Grundrechte

a. Grundlage

Nach Art. 35 Abs. 2 BV ist jeder, der staatliche Aufgaben wahrnimmt, an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Das Bundesgericht hat im ersten Prozess des VgT gegen die Post eine Bindung der Post an die Grundrechte auf Grund von Art. 35 Abs. 2 BV im Bereich der Wettbewerbsdienste²¹ verneint²². Es begründete diese Auffassung damit, dass die Post hier keine staatliche Aufgabe erfülle, da sie wie ein Subjekt des Privatrechts am Markt teilnehme und im Unterschied zur Regelung der Universaldienste²³ nicht zur Erbringung der Dienstleistung verpflichtet sei²⁴. Es erstaunt, dass das Bundesgericht in dieser Entscheidung seiner bisherigen Rechtsprechung²⁵ widerspricht und auf diesen Umstand überhaupt nicht hinweist, geschweige denn diese Änderung der Rechtsprechung begründet. Die bisherige Rechtsprechung bejahte eine Bindung an die Grundrechte auch dann, wenn der Staat und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts **privatrechtlich** handeln²⁶. „Privatautonome Willkür“, wie sie Private besässen, stünde dem Staat nicht zu²⁷. Diese Rechtsprechung ist überzeugend. Der Staat würde sich widersprüchlich verhalten und seine Glaubwürdigkeit verlieren, wenn er die Prinzipien, die er bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben hochhält, bei privatrechtlichem Handeln ausser Acht liesse. Dasselbe gilt auch für eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit wie z.B. die Post.

Das Bundesgericht prüfte in Entscheidung 129 III 35 auch die Frage, ob sich für die Post, wenn sie keine staatliche Aufgabe wahrnimmt, aus Art. 35 Abs. 1 und 3 BV eine Grundrechtsbin-

¹⁹ Vgl. Broschüre „PromoPost“, S. 6.

²⁰ „VgT-Nachrichten“ und „Acusa-News“.

²¹ Vgl. Art. 9 PG.

²² Vgl. S. 4 f.

²³ Vgl. Art. 2 ff. PG.

²⁴ BGE 129 III 35, E. 5.2, S. 40.

²⁵ Vgl. BGE 109 Ib 146; 127 I 84.

²⁶ BGE 109 Ib 146, E. 4, S. 155; 127 I 84, E. 4.c, S. 90.

²⁷ BGE 127 I 84, E. 4.c, S. 90.

dung ergibt. Es kam zum Schluss, dass dies nicht zutreffe. Die Post sei im Bereich der Wettbewerbsdienste zu keiner Dienstleistung verpflichtet und unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen denselben Regeln wie die privaten Anbieter unterstellt²⁸. Nach dem Willen des Gesetzgebers, den das Bundesgericht aus Voten in der parlamentarischen Beratung ableitete, müsse die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste „gleich lange Spiesse“ wie die privaten Anbieter haben²⁹. Dazu ist folgendes zu bemerken: Aus der Tatsache, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste nach Art. 9 Abs. 1 PG keine Dienstleistung erbringen muss, lässt sich nicht folgern, dass sie die Grundrechte nicht zu beachten hat. Diese Regelung des Postgesetzes verleiht der Post eine Wahlmöglichkeit. Sie ist im Sinne grundrechtskonformer Auslegung so zu verstehen, dass die Post, wenn sie sich dazu entschliesst, Dienstleistungen im Wettbewerbsbereich zu erbringen, an die Grundrechte gebunden ist. Die Post kann nicht willkürlich gewissen Kunden unter Berufung auf das Postgesetz Dienstleistungen verweigern, die sie gleichzeitig anderen Kunden anbietet. Die Wahlmöglichkeit, die Art. 9 Abs. 1 PG der Post verleiht, ist also grundsätzlicher Art, d.h. entweder erbringt die Post unter Wahrung der Grundrechte im fraglichen Bereich Dienstleistungen oder sie verzichtet gänzlich darauf. Was das Argument des Willens des Gesetzgebers angeht, so übersieht das Bundesgericht die Bedeutung des Vorbehaltes gesetzlicher Ausnahmen in Art. 9 Abs. 3 PG. Dieser Vorbehalt schränkt die Bestimmung, wonach die Post denselben Regeln wie die privaten Anbieter unterstellt ist, ein. Als gesetzliche Ausnahmen müssen auch Bestimmungen der Bundesverfassung wie jene über die Grundrechte gelten, da die Bundesverfassung zweifellos auch als „Gesetz“ bezeichnet werden kann³⁰. Überdies ist nicht zu erkennen, warum die Post gegenüber den privaten Anbietern benachteiligt sein sollte, wenn sie die Grundrechte beachten muss. Im Hinblick auf die Tätigkeit der Post kommen vor allem folgende Grundrechte in Betracht: das Rechtsgleichheitsgebot³¹, das Willkürverbot³² und die Medienfreiheit³³. Die Berücksichtigung dieser Grundrechte hat für die Post im wesentlichen zur Folge, dass sie alle Kunden gleich behandeln muss und daher nicht gewisse Kunden auf Grund der Meinungen, die sie in den zu befördernden Zeitschriften vertreten, diskriminieren darf. Da die Post für den Inhalt der Sendungen, die sie befördert, nicht verantwortlich ist³⁴, erwachsen ihr aus dieser Pflicht keine Nachteile. Eher das Gegenteil trifft zu: da der Kundenkreis umfangreicher ist, erhöhen sich die Einnahmen. Im Übrigen besitzt die Post dank ihrer Bekanntheit und marktbeherrschenden Stellung einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber den privaten Anbietern. Daher ist die Befürchtung, die Post

²⁸ Vgl. Art. 9 Abs. 3 PG.

²⁹ BGE 129 III 35, E. 6.3, S. 41.

³⁰ Gesetze werden als im besonderen Verfahren der Gesetzgebung erlassene, generell-abstrakte Normen definiert, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht (5. A. Zürich 2006), nachfolgend „HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN“, Rn. 105, vgl. auch Rn 383.

³¹ Art. 8 BV.

³² Art. 9 BV.

³³ Art. 17 BV.

³⁴ BGE 129 III 35, E. 6.4 S. 47; vgl. auch Ziff. 5 der allgemeinen Geschäftsbedingungen „PromoPost“.

habe im Falle einer Bindung an die Grundrechte nicht „gleich lange Spiesse“ wie die Konkurrenz, auch aus diesem Grunde nicht gerechtfertigt.

b. Konsequenz

aa. Bedingter Anspruch auf eine staatliche Leistung

Grundrechte, die die Freiheitssphäre des Einzelnen schützen, sogenannte Freiheitsrechte, verpflichten den Staat nach klassischem Verständnis nur zu einem Dulden oder Unterlassen. Sie verleihen dem Einzelnen ein Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates in seine Freiheitssphäre³⁵. Nach neuerer Lehre ergibt sich aus ihnen unter bestimmten Voraussetzungen jedoch auch eine Pflicht des Staates zu einem Tun³⁶. Dies wird auch vom Bundesgericht anerkannt. So hat es z.B. gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit³⁷ einen bedingten Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch bejaht, wenn jemand zur Ausübung eines Gewerbes auf öffentlichen Grund angewiesen ist³⁸. Von besonderer Bedeutung für den vorliegenden Fall ist BGE 127 I 84, da der diesem Entscheid zu Grunde liegende Fall verschiedene Parallelen aufweist. Der Sachverhalt ist der folgende:

Die Stadt Luzern hatte der Allgemeinen Plakatgesellschaft Luzern³⁹ das ausschliessliche Recht eingeräumt, Reklamen an Fahrzeugen und Einrichtungen der Verkehrsbetriebe Luzern⁴⁰ anzubringen. Die Plakatgesellschaft konnte u.a. die Aussenflächen von Bussen der Verkehrsbetriebe für „Ganzbemalungen“ zu Werbezwecken nutzen. Im Frühling 1998 wollte P. die Aussenfläche eines Busses mieten, um diese gänzlich mit einem Werbespruch für den Tierschutz⁴¹ zu bedecken. Die Verkehrsbetriebe lehnten das Ansinnen des P. mit der Begründung ab, eine „Ganzbemalung“ mit dem gewünschten Werbespruch wirke auf die Mehrheit der Bevölkerung auffallend und provozierend. Sie erklärten sich aber bereit, den Werbespruch auf den Hängeplakaten im Innern des Busses anzubringen. [P. reichte daraufhin Beschwerde ein, durchlief alle kantonalen Instanzen und gelangte schliesslich mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht](#)⁴².

Das Bundesgericht führte zunächst allgemein aus, das Gemeinwesen müsse die Grundrechte der Bürger auch dann wahren, wenn es privatrechtlich handle. Daher dürfe es, selbst wenn es in Konkurrenz zu privaten Anbietern stehe, den „Zugang zu einer „institutionali-

³⁵ HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A. Zürich/Basel/Genf 2005, nachfolgend „HÄFELIN / HALLER“, Rn. 209, 257 ff.

³⁶ Häfelin/Haller, Rn. 261 ff.

³⁷ Art. 27 BV.

³⁸ BGE 126 I 133, E. 4d, S. 140; 121 I 279, E. 2a, S. 282; 119 Ia 445, E. 1a/bb S.447 und 2a S. 449; 108 Ia 135, E. 3, S. 136 f.

³⁹ Nachfolgend „Plakatgesellschaft“.

⁴⁰ Nachfolgend „Verkehrsbetriebe“.

⁴¹ Wortlaut des Werbespruches: „Im Kanton Luzern leben mehr Schweine als Menschen - warum sehen wir sie nie?“

⁴² BGE 127 I 84, S. 84 f.

sierten öffentlichen Kommunikationsmöglichkeit“ keinen „diskriminierenden Schranken“ unterwerfen⁴³. Je mehr ein Interessent auf die Benützung einer direkt oder indirekt⁴⁴ vom Gemeinwesen betriebene Einrichtung angewiesen sei, um so höhere Anforderungen seien an die sachliche Begründung von „potentiell diskriminierenden Zulassungsschranken“ zu stellen⁴⁵. Im konkreten Fall verneinte das Bundesgericht einen Anspruch des P. auf entgeltliche Benützung der Aussenfläche eines Busses zu Werbezwecken, da die Entscheidung der Verkehrsbetriebe auf vertretbaren Gründen beruhe und P. nicht geltend gemacht habe, anderen Personen sei eine solche Benützung mit einem ebenso provokativen Werbespruch gewährt worden. Daher seien die von Bundesverfassung und der EMRK garantierte Meinungsfreiheit⁴⁶ und das Diskriminierungsverbot der EMRK⁴⁷ nicht verletzt⁴⁸.

Aus diesem Entscheid ergibt sich für den vorliegenden Fall das Folgende: Die Post stellt in Konkurrenz zu privaten Anbietern der Allgemeinheit eine „institutionalisierte Kommunikationsmöglichkeit“, nämlich die Verteilung von unadressierten Massensendungen, zur Verfügung und tritt dabei als Subjekt des Privatrechts auf. **Sie darf den Zugang zu dieser Dienstleistung nicht diskriminierenden Schranken unterwerfen.** Da sie eine marktbeherrschende Stellung genießt, sind die Interessenten auf ihre Dienstleistung angewiesen. Das Bundesgericht bejahte im Jahre 2002 die marktbeherrschende Stellung der Post mit der Begründung, die Post sei vor kurzem aus einem Monopolbetrieb hervorgegangen, sie verfüge über ein flächendeckendes Verteilnetz und eine Monopolstellung in Teilen des Universaldienstes und nehme gegenüber der sich allmählich etablierenden privaten Konkurrenz eine starke Position ein⁴⁹. Dass die Post heute noch marktbeherrschend ist und von ihrer ehemaligen Monopolstellung profitiert, dürfte immer noch zutreffen. Zudem hat sich am Umstand, dass sie über eine Monopolstellung in Teilen des Universaldienstes und über ein flächendeckendes Verteilnetz verfügt, nichts geändert. **Folglich sind an die sachliche Begründung von Zulassungsschranken, die die Post aufstellt, erhöhte Anforderungen zu stellen.**

Obwohl das Handelsgericht eine Bindung der Post an die Grundrechte im Bereich der Wettbewerbsdienste verneint, kommt es letztlich - ohne genaue Begründung - zu einem vergleichbaren Ergebnis. Es ist der Auffassung, es stehe der Post frei, wie sie ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen formuliere, solange diese gesetzeskonform und die gewählten Kriterien sachbezogen und nicht diskriminierend seien. Zu Recht, aber im Widerspruch zur Mei-

⁴³ BGE 127 I 84, E. 4.c, S. 89 f.

⁴⁴ Gemeint ist der Fall der Delegation von staatlichen Befugnissen an ein privates Unternehmen.

⁴⁵ BGE 127 I 84, E. 4c, S. 90.

⁴⁶ Art. 16 BV, Art. 10 EMRK.

⁴⁷ Art. 14 EMRK. Nach dieser Bestimmung ist der Genuss der in der EMRK anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung zu gewähren.

⁴⁸ BGE 127 I 84, E. 4d, S. 91.

nung, die Post könne im Bereich der Wettbewerbsdienste wie ein Privater handeln, hält es die Meinungsäußerungsfreiheit und das Diskriminierungsverbot der EMRK für anwendbar. Gestützt auf die EMRK führt es aus, eine Diskriminierung liege vor, wenn der VgT auf Grund von unsachlichen Begründungen benachteiligt würde, das Verhältnis zwischen Mittel und Zweck nicht stimme, vergleichbare Organisationen anders behandelt würden, Kriterien willkürlich oder in der Absicht geändert worden seien, den VgT zu benachteiligen, oder wenn die Post Zensur betreibe⁵⁰.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Begründung, mit welcher die Post die vom VgT gewünschte Dienstleistung verweigert hat, den Anforderungen der oben erläuterten Rechtsprechung des Bundesgerichts standhält. Ebenfalls ist auf die entsprechenden Erwägungen des Handelsgerichts einzugehen, welches eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes im vorliegenden Fall verneint.

bb. Unzulässige Verweigerung des Anspruchs auf eine staatliche Leistung

aaa. Diskriminierung durch widersprüchliche Dienstleistungsangebote

Die Post vertritt den Standpunkt, die Zeitschrift des VgT falle unter das Angebot „PromoPost“⁵¹. Grundlage dieses Angebotes bilden die AGB „PromoPost“, die AGB „Postdienstleistungen“ sowie die Broschüre „PromoPost“. Nach Ziff. 3 der AGB „PromoPost“ werden auf Wunsch des Kunden⁵² „amtliche oder andere im öffentlichen Interesse stehende Sendungen“ sämtlichen Haushalten zugestellt. Diese Bestimmung wird in der Broschüre „PromoPost“ konkretisiert. Darin werden Sendungen von öffentlichem Interesse als „offizielle Sendungen“ und solche mit Werbecharakter als „kommerzielle Sendungen“ bezeichnet. Eine Sendung gilt als offiziell, wenn sie eine der Voraussetzungen erfüllt, die in der Broschüre auf S. 6 aufgeführt sind. Die Regelung lautet im Einzelnen wie folgt⁵³:

⁴⁹ BGE 129 III 35, E. 6.4, S. 46.

⁵⁰ Urteil Handelsgericht, S. 9 f.

⁵¹ Urteil Handelsgericht, S. 4.

⁵² Gemeint ist der Auftraggeber einer Massensendung.

⁵³ Broschüre „PromoPost“, S. 6.

„«Offizielle» und «kommerzielle» Sendungen

«Offizielle» Mailings werden in alle Brief- bzw. Ablagekästen verteilt. Dazu müssen sie folgenden Kriterien gerecht werden:

- Sendungen von Behörden, von Verwaltung und öffentlichen Unternehmen des Bundes, von Kantonen und Gemeinden, soweit diese mit ihren unadressierten Sendungen nicht vorwiegend kommerzielle Zwecke verfolgen
- Amtliche Anzeiger und andere amtliche Publikationsorgane
- Sendungen von politischen Parteien
- Sendungen von überparteilichen Komitees, welche in einem konkreten Zusammenhang mit bevorstehenden Wahlen und Abstimmungen stehen
- Sendungen nicht kommerzieller Natur, die dem Informationsbedürfnis einer breiten Öffentlichkeit entsprechen (beispielsweise Blutspendeaufrufe; Informationen über Bauvorhaben / Lärm oder Verkehr / Unterbruch von Versorgungsleitungen wie Strom, Wasser, Gas, Telefon / Sirenentests etc.)
- Sendungen von Entsorgungs- / Recycling-Unternehmen (Kleider- und Schuhsäcke, Batteriebag etc.)
- Sendungen mit Spendeaufrufen von Fundraisern und karitativen Organisationen, welche von der Stiftung ZEWO (Fachstelle für gemeinnützige, Spenden sammelnde Organisationen) zertifiziert sind (www.zewo.ch). Nicht aber kommerzielle Prospekte mit Shop-Artikeln

Unter «kommerziellen Sendungen» verstehen wir Mailings mit Werbecharakter. Sie werden nicht in Briefkästen geliefert, die mit einem «Stopp - keine Werbung»-Kleber gekennzeichnet sind.“

Die Post ist der Meinung, die Zeitschrift des VgT erfülle keine der Voraussetzungen für „offizielle Sendungen“ und sei deshalb als „kommerzielle Sendung“ zu betrachten⁵⁴. Ausserdem sei die Zeitschrift des VgT auch keine „Gratiszeitung“, da das entsprechende Angebot nur für Zeitungen gelte, welche mindestens zwölfmal im Jahr erscheinen würden⁵⁵.

Es stellt sich die Frage, ob die Post den VgT diskriminiert, indem sie das Angebot „PromoPost“ und nicht jenes für Gratiszeitungen für anwendbar erklärt. Aus Ziff. 2 der AGB „GratisZeitungen“ geht hervor, dass „mindestens 12mal pro Jahr erscheinende, unadressierte Informationspublikationen und Presseorgane aller Art für Städte, Gemeinden, Quartiere und andere kulturell oder wirtschaftlich zusammenhängende Gebiete“ als Gratiszeitungen gelten. Da die Zeitschrift des VgT nur fünfmal im Jahr erscheint⁵⁶, gilt sie im Sinne dieser allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht als Gratiszeitung. Es ist zunächst nicht ersichtlich, warum der VgT durch die Zuordnung zum Angebot „PromoPost“ diskriminiert sein sollte. Denn analog zum Angebot „PromoPost“ werden nur Gratiszeitungen von öffentlichem Interesse allen Haushalten zugestellt⁵⁷. Wann ein öffentliches Interesse vorliegt, wird in den AGB „GratisZeitungen“ nicht erläutert; es findet sich auch kein Verweis auf die entsprechende Regelung in der Broschüre „PromoPost“. Diese muss sinngemäss gleichwohl

⁵⁴ Urteil Handelsgericht, S. 5.

⁵⁵ Urteil Handelsgericht, S. 17.

⁵⁶ Die deutsche Ausgabe („VgT-Nachrichten“) dreimal, die französische („Acusa-News“) zweimal, Urteil Handelsgericht, S. 4 und 17.

anwendbar sein, weil eine unterschiedliche Bestimmung des öffentlichen Interesses sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Im Parteiverhör vor dem Handelsgericht sagte die Post jedoch aus, Gratiszeitungen würden - **entgegen Ziff. 3 der AGB „GratisZeitungen“** - allen Haushalten zugestellt, ausser jemand teile der Post mit, er wolle die entsprechende Zeitung nicht erhalten⁵⁸. Das bedeutet, dass die Post die Regelung in Ziff. 3 der AGB „GratisZeitungen“ in der Praxis gar nicht befolgt. Es werden also auch Gratiszeitungen, die im Sinne der Kriterien der Post nicht von öffentlichem Interesse sind, privilegiert zugestellt, d.h. an alle Haushalte. Die Post verhält sich somit höchst widersprüchlich: Einerseits beharrt sie beim Angebot „PromoPost“ darauf, dass sie **nur** Sendungen von öffentlichem Interesse an alle Haushalte zustellt, und andererseits gewährt sie diese privilegierte Zustellungsart beim Angebot „GratisZeitungen“ auch jenen Kunden, deren Sendungen **nicht** von öffentlichem Interesse sind. Indem die Post die Zeitschrift des VgT als kommerzielle Sendung im Sinne des Angebots „PromoPost“ qualifiziert, **diskriminiert** sie den VgT gegenüber Herausgebern von kommerziellen Gratiszeitungen, die das Angebot „GratisZeitungen“ nutzen dürfen. Sie missachtet damit auch den Wunsch derjenigen Empfänger, die gemäss ihrer Erklärung auf dem Briefkasten von Werbung verschont werden wollen. Denn die meisten Gratiszeitungen enthalten viel Werbung, da ihre Einnahmequelle nicht die Leser, sondern die werbenden Firmen sind. Die Zeitschrift des VgT enthält hingegen **keine Werbung**; sie ist inseratfrei und nicht kommerzieller Natur, was die Post auch nicht bestreitet⁵⁹. Trotzdem wird der VgT schlechter behandelt als die Herausgeber von Gratiszeitungen mit Werbung. Der Einwand der Post, der VgT könne das Angebot „GratisZeitung“ nicht beanspruchen, weil dessen Zeitschrift nicht mindestens zwölfmal im Jahr erscheine⁶⁰, vermag diese ungleiche Behandlung nicht zu rechtfertigen. Massgebendes Kriterium für die Zustellung an alle Haushalte kann nur das öffentliche Interesse sein. Ob ein öffentliches Interesse an einer Zeitung besteht, hängt in erster Linie von ihrem Inhalt ab und nicht von der Häufigkeit ihres Erscheinens. Gratiszeitungen wie z.B. „20minuten“ erscheinen täglich und enthalten neben einem grossen Teil an Werbung nur oberflächlichen Journalismus. Die Diskrepanz zwischen der Regelung des Angebots „PromoPost“ und der **tatsächlichen** Regelung des Angebots „Gratiszeitungen“ kann nur aufgehoben werden, indem die Unterscheidung zwischen kommerziellen und offiziellen Sendungen auch auf Gratiszeitungen angewandt wird oder indem **sämtliche** unadressierte Massensendungen entweder an alle Haushalte oder nur an solche ohne den Hinweis „Stopp - keine Werbung“ zugestellt werden. Nur die erste dieser Lösungen erweist sich aber als vereinbar mit dem Wunsch vieler Haushalte, keine Werbung zu erhalten.

⁵⁷ AGB „GratisZeitungen“, Ziff. 3.

⁵⁸ Urteil Handelsgericht, S. 17.

⁵⁹ Urteil Handelsgericht, S. 4 f.

Es ist ausserdem unverständlich, dass die AGB „GratisZeitungen“ auf der Homepage der Post⁶¹ weder unter der Rubrik „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ noch an anderer Stelle veröffentlicht sind. Dies legt den Verdacht nahe, dass die Post die Tatsache, dass ihre Praxis den AGB „GratisZeitungen“ widerspricht, verbergen will. Da eine öffentlich-rechtliche Anstalt wie die Post selbst dann an die Grundrechte gebunden ist, wenn sie sich auf dem Boden des Privatrechts bewegt⁶², hat sie - analog zur Pflicht des Staates, sämtliche Erlasse zu publizieren⁶³ - Allgemeine Geschäftsbedingungen und dergleichen **ausnahmslos** zu veröffentlichen. Auf Grund des in Art. 9 BV und Art. 2 ZGB verankerten Gebots, nach Treu und Glauben zu handeln, hat die Post zudem dafür zu sorgen, dass ihre Geschäftspraxis mit ihren allgemeinen Bestimmungen übereinstimmt. Abgesehen davon, müssen die allgemeinen Geschäftsbedingungen mit den Grundrechten vereinbar sein.

bbb. Diskriminierung durch Anwendung ungeeigneter Kriterien

Ferner stellt sich die Frage, ob die Privilegierung der „offiziellen“ gegenüber den „kommerziellen“ Sendungen gerechtfertigt ist. Die Post kann nicht nur den Wünschen der Auftraggeber von Massensendungen entsprechen, sie muss auch Rücksicht nehmen auf die Wünsche der Empfänger. Der am Briefkasten angebrachte Hinweis „Stopp - keine Werbung“ und andere Hinweise vergleichbaren Inhalts sind, wie das Handelsgericht zutreffend befand, als Willenserklärung des Empfängers mit der Bedeutung einer vorgezogenen Annahmeverweigerung aufzufassen⁶⁴. Die Post hat demzufolge die Zustellung von **Werbesendungen** an die entsprechenden Haushalte zu unterlassen. Umgekehrt folgt daraus, dass die Post diesen Haushalten **alle Sendungen, die nicht Werbesendungen sind, zustellen muss**, also auch unadressierte Massensendungen ohne Werbung. Die besagte Erklärung hat also nicht nur eine negative, sondern auch eine positive Bedeutung: Es wird implizit der Wille kundgetan, **alle anderen** Sendungen zu empfangen. Da nach Art. 16 Abs. 3 BV jede Person das Recht hat, Informationen frei zu empfangen, hat die Post als öffentlich-rechtliche Anstalt dieses Grundrecht zu beachten⁶⁵. Man kann wie die Post „kommerzielle“ und „offizielle“ bzw. „im öffentlichen Interesse stehende Sendungen“ unterscheiden. Wesentlich ist aber, dass diese Unterscheidung auf dem Werbecharakter einer Sendung beruht. Als Sendungen mit Werbecharakter gelten zweifellos Sendungen, die ausschliesslich oder zu einem grossen Teil Werbung enthalten. Anders verhält es sich bei Publikationen, die einen **sehr geringen** Teil an Werbung aufweisen: Ihr Inhalt ist überwiegend nicht kommerzieller Natur, weshalb sich die Zustellung an alle Haushalte rechtfertigt. Weiter stellt sich die Frage, was

⁶⁰ Urteil Handelsgericht, S. 16 f.

⁶¹ www.post.ch.

⁶² Vgl. S. 6 ff.

⁶³ Vgl. Publikationsgesetz des Bundes vom 14. Dezember 2004.

⁶⁴ Urteil Handelsgericht, S. 10.

genau unter Werbung zu verstehen ist. In der Richtlinie 2006/114/EG des europäischen Parlaments und des Rates über irreführende und vergleichende Werbung wird Werbung überzeugend folgendermassen definiert⁶⁶: Werbung bedeutet „jede Äusserung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschliesslich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern.“

Die Sendungen, die die Post in der Broschüre „PromoPost“ als „offizielle Sendungen“ bezeichnet und an alle Haushalte zustellt, sind, wenn man sich die erwähnte Definition der Werbung vor Augen hält, zweifellos keine Werbesendungen. Dieser Katalog offizieller Sendungen ist daher nicht zu beanstanden. **Doch darf er nicht, wie die Post meint, als abschliessend betrachtet werden. Auch andere, nicht in diesem Katalog erwähnte Sendungen ohne Werbung müssen als „offiziell“ gelten** und daher ebenfalls den Haushalten mit dem Hinweis „Stopp - keine Werbung“ zugestellt werden. Die Post sollte in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen vernünftigerweise definieren, was eine Werbesendung ist⁶⁷. Denn darauf muss, wie oben gezeigt, die Unterscheidung der Sendungen beruhen. Der Ansatz der Post, die Sendungen von öffentlichem Interesse zu definieren, erweist sich somit als nicht sachgerecht.

Die Zeitschrift des VgT enthält zahlreiche Berichte über die Tierhaltung in der Landwirtschaft, welche mit Fotos veranschaulicht werden. Sie gibt zudem Wahlempfehlungen ab, veröffentlicht Leserbriefe und stellt Bücher über das Thema „Tier“ sowie vegetarische Rezepte vor. Es finden sich keine Inserate von Unternehmen, die ihre Produkte oder Dienstleistungen anpreisen. Die Zeitschrift ist somit, wie der VgT zu recht sagt und was die Post auch nicht bestreitet, „insetatefrei und nicht kommerzieller Natur“⁶⁸. Die Definition der Werbung trifft auf sie also keinesfalls zu. Daher muss die Post die Zeitschrift des VgT grundsätzlich auch jenen Haushalten zustellen, deren Briefkasten mit dem Hinweis „Stopp - keine Werbung“ versehen ist. Nur wenn jemand die Post anweist, ihm die Zeitschrift des VgT nicht mehr zuzustellen, hat die Post von diesem Grundsatz - im Hinblick auf diesen Empfänger - abzuweichen. Denn diese Erklärung ergänzt den Hinweis „Stopp - keine Werbung“ und erweitert den Kreis der unerwünschten Sendungen. Die Berücksichtigung der Interessen einzelner Empfänger kann der Post, wie aus dem nachfolgenden Abschnitt u.a. hervorgeht, durchaus zugemutet werden.

⁶⁵ Vgl. S. 6 ff.

⁶⁶ Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung.

⁶⁷ Sie könnte sich dazu die erwähnte Definition der Werbung zum Vorbild nehmen, vgl. Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung.

⁶⁸ Urteil Handelsgericht, S. 4 f.

Der Katalog der „offiziellen Sendungen“, den die Post zu Unrecht als abschliessend betrachtet, entbehrt auch aus einem weiteren Grunde einer sachlichen Begründung. Wie bereits dargestellt⁶⁹, geht die jetzige Kategorisierung der Sendungen auf eine Praxisänderung der Post zurück. Die Post stellte zuvor den Haushalten mit dem Hinweis „Stopp - keine Werbung“ von den unadressierten Massensendungen nur den Amtsanzeiger zu. Diese Praxis stiess jedoch auf Kritik, weil verschiedentlich die Zustellung bestimmter unadressierter Sendungen erwünscht war. Da die Post, wie sie behauptet, „aus betrieblichen Gründen“ nicht auf Einzelwünsche eingehen konnte, beschloss sie, die Sendungen „nach objektiven Kriterien“ in Kategorien einzuteilen. Dieses Argument der Post entpuppt sich als Scheinargument. Die Post räumte im Parteiverhör vor dem Handelsgericht ein, Gratiszeitungen würden - entgegen Ziff. 3 der AGB „GratisZeitungen“ - allen Haushalten zugestellt, ausser jemand teile der Post mit, er wolle eine bestimmte Zeitung nicht erhalten⁷⁰. Damit steht fest, dass die Post **sehr wohl in der Lage ist, die Wünsche einzelner Empfänger zu berücksichtigen**⁷¹. Angesichts dieser Tatsache müsste die Post die Zustellung unadressierter Sendungen an Haushalte mit dem Hinweis „Stopp - keine Werbung“ wie folgt handhaben: Offensichtliche Werbesendungen wie z.B. Warenprospekte dürfte sie nicht zustellen. Bei Zweifeln über den Werbecharakter einer Sendung müsste sie die betreffende Sendung jedoch zustellen und die jeweiligen Empfänger entscheiden lassen, ob sie die Sendung erhalten wollen. Wer die Sendung nicht wünscht, könnte daraufhin der Post eine entsprechende Erklärung abgeben. Auf diese Möglichkeit müsste die Post in ihren öffentlichen Informationen hinweisen. Mit dieser Lösung könnte die Post die Interessen sowohl der Empfänger als auch der Absender von unadressierten Massensendungen wesentlich

⁶⁹ Vgl. S. 1 f.

⁷⁰ Urteil Handelsgericht, S. 17.

⁷¹ Vgl. auch die Angebote „PromoPost Selektiv“ und „PromoPost Kombimailing“, welche dem Absender unadressierter Massensendungen erlauben, den Kreis der Empfänger weitgehend nach eigenen Wünschen zu definieren, Broschüre „PromoPost“, S. 8 f.

besser befriedigen, als es bei ihrer jetzigen Praxis beim Angebot „PromoPost“ der Fall ist.

ccc. Diskriminierung durch unsachgemässe Anwendung der eigenen Kriterien

Weiter ist zu prüfen, ob die Post den VgT auch dadurch diskriminiert, dass sie ihre eigenen Kriterien für „offizielle Sendungen“ auf den VgT unsachgemäss anwendet. In Betracht kommen die folgenden Kriterien des Katalogs auf S. 6 der Broschüre „PromoPost“: „Sendungen von politischen Parteien“, „Sendungen nicht kommerzieller Natur, die dem Informationsbedürfnis einer breiten Öffentlichkeit entsprechen“, „Sendungen von Fundraisern und karitativen Organisationen, welche von der Stiftung ZEWO zertifiziert sind“.

Die Post und das Handelsgericht des Kantons Bern sind der Auffassung, der VgT sei keine politische Partei. Das Handelsgericht führt aus, politische Parteien seien grundsätzlich auf Dauer angelegte Vereinigungen von Personen mit gemeinsamen Vorstellungen, die den Zweck verfolgen würden, durch Beteiligung an Wahlen und Stellungnahmen zu allen wichtigen Sachfragen Einfluss auf die Führung des Staates zu gewinnen. Demgegenüber seien Interessenverbände privatrechtliche Organisationen, die sich in der Öffentlichkeit und vor Behörden lediglich für spezifische Interessen einsetzen würden. Der VgT beschränke sich auf ausgewählte politische Fragen wie den Tier-, den Konsumenten- und den Heimatschutz und sei daher ein typischer Interessenverband⁷². Ausserdem sei der in den Statuten ausgewiesene Zweck, eine politische Partei zu sein, allein nicht ausschlaggebend für die Anerkennung als politische Partei. Vielmehr komme es auf die tatsächlich ausgeübte politische Tätigkeit an⁷³. Dieser Ansicht ist auch die Post⁷⁴.

Dem ist entgegenzuhalten, dass es unter den politischen Parteien auch sog. **Einthemenparteien** gibt, die die Durchsetzung eines spezifischen Anliegens in den Vordergrund stellen⁷⁵. Dies räumt auch das Handelsgericht ein⁷⁶. Zudem kann man nicht in Abrede stellen, dass der VgT politischen Einfluss ausübt und zur Meinungsbildung der Bürger beiträgt, indem er Vernehmlassungen und Initiativen einreicht und Wahlempfehlungen für eigene Mitglieder sowie für Politiker anderer Parteien abgibt⁷⁷. Abgesehen davon widersprechen sich die Post und das Handelsgericht, indem sie den Standpunkt vertreten, man müsse für die Anerkennung als politische Partei nicht auf den statutarischen Zweck, sondern auf die tatsächlich ausgeübte politische Tätigkeit abstellen⁷⁸. Denn in einem anderen Zusammenhang

⁷² Urteil Handelsgericht, S. 12 f.

⁷³ Urteil Handelsgericht, S. 14.

⁷⁴ Urteil Handelsgericht, S. 11.

⁷⁵ Z.B. die frühere „Autopartei“.

⁷⁶ Urteil Handelsgericht, S. 13.

⁷⁷ Vgl. Urteil Handelsgericht, S. 14.

⁷⁸ Urteil Handelsgericht, S. 11 und 14.

behaupten sie, die Post sei auf möglichst klare Kriterien für eine wirtschaftliche und effiziente Zustellung von Sendungen angewiesen und es sei ihr nicht zuzumuten, eine eigene Prüfung der Kriterien vorzunehmen⁷⁹. Die Frage, ob jemand eine politische Tätigkeit ausübt, erfordert jedoch vertiefte Abklärungen. Es wäre für die Post wesentlich einfacher, die Eigenschaft eines Vereins als politische Partei auf Grund entsprechender Bestimmungen in den Statuten anzunehmen. Die Post könnte sich die Verordnung der Bundesversammlung über das Parteienregister zum Vorbild nehmen⁸⁰.

Als offizielle Sendungen gelten im Sinne der Broschüre „PromoPost“ auch Sendungen nicht kommerzieller Natur, die dem Informationsbedürfnis einer breiten Öffentlichkeit entsprechen⁸¹. Es ist unverständlich, warum das Handelsgericht sich überhaupt nicht mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob die Zeitschrift des VgT dieses Kriterium erfüllt. Dass die Zeitschrift des VgT nicht kommerzieller Natur ist, muss nicht mehr begründet werden⁸². Es stellt sich folglich nur noch die Frage, ob sie dem „Informationsbedürfnis einer breiten Öffentlichkeit“ entspricht. Die Post nennt als Beispiele für ein solches Informationsbedürfnis Blutspendeaufrufe, Informationen über Bauvorhaben, Lärm oder Verkehr sowie über Unterbrüche von Versorgungsleitungen für Strom, Wasser, Gas und dergleichen⁸³. Der VgT verfolgt Interessen, die sogar verfassungsrechtlichen Rang genießen. Es sind dies der Tier-, der Heimat- und der Konsumentenschutz⁸⁴. Der Bundesgesetzgeber hat gestützt auf die Kompetenzzuweisung in der Bundesverfassung⁸⁵ u.a. das Tierschutzgesetz, das Tierseuchengesetz und das Konsumentenschutzgesetz erlassen. Der VgT setzt sich für die Beachtung dieser gesetzlichen Vorschriften ein und strebt durch seine Tätigkeit eine Verbesserung und Verstärkung des Tierschutzes an. Ein wesentlicher Teil seiner Zeitschrift widmet sich der artgerechten Tierhaltung und enthält Berichte über Verstöße gegen das Tierschutzgesetz, die dank der Nachforschungen des VgT erst an das Tageslicht kommen. Dass der Tierschutz nicht nur den Tieren zu Gute kommt, sondern auch im Interesse der ganzen Bevölkerung liegt, ist offensichtlich: Die Haltung von Nutztieren hat einen wesentlichen Einfluss auf die Qualität von Nahrungsmitteln wie Fleisch, Milch, Eiern usw. Daher dient der Tierschutz indirekt auch dem Konsumentenschutz. Die Art der Tierhaltung wirkt sich auch in anderer Hinsicht aus: Massentierhaltung unter unzumutbaren Bedingungen für die Tiere begünstigen den Ausbruch von Seuchen und dergleichen. Man denke z.B. an den „BSE“⁸⁶-Skandal und die dadurch entfachte Diskussion über die Verfütterung von Tiermehl

⁷⁹ Urteil Handelsgericht, S. 15 f.

⁸⁰ Vgl. Art. 2 der Verordnung der Bundesversammlung über das Parteienregister vom 13. Dezember 2002.

⁸¹ Vgl. Broschüre „PromoPost“, S. 6.

⁸² Vgl. S. 16.

⁸³ Vgl. Broschüre „PromoPost“, S. 6.

⁸⁴ Vgl. Art. 78 bis 80 und 97 BV.

⁸⁵ Vgl. Art. 78 bis 80 und 97 BV.

⁸⁶ „BSE“ steht für „Bovine Spongiforme Enzephalopathie“, auch bekannt unter dem Namen „Rinderwahnsinn“.

an Rinder. Aus diesen Überlegungen folgt, dass die Zeitschrift des VgT ohne weiteres dem Informationsbedürfnis einer breiten Öffentlichkeit entspricht.

Das letzte Kriterium des Katalogs der „offiziellen Sendungen“ betrifft Sendungen mit Spendeaufrufen von Fundraisern und karitativen Organisationen, welche von der Stiftung ZEWO zertifiziert sind⁸⁷. Die Post und das Handelsgericht sind der Meinung, es rechtfertige sich aus ökonomischen Gründen, zur Beurteilung der Frage, ob eine Organisation gemeinnützig sei, darauf abzustellen, ob die fragliche Organisation von der Stiftung ZEWO zertifiziert worden sei⁸⁸.

Dass die Post Sendungen gemeinnütziger Organisationen den „offiziellen Sendungen“ zu-rechnet, ist nicht zu beanstanden. Problematisch ist aber der Umstand, dass sie die Beurteilung der Frage, ob eine Organisation gemeinnützig ist, einer nichtstaatlichen Organisation, der Stiftung ZEWO, überlässt. Die Post kann sich dadurch der Bindung an die Grundrechte nicht entziehen. Da die Stiftung ZEWO eine juristische Person des Privatrechts ist und auch keine ihr vom Staat übertragene hoheitliche Aufgabe erfüllt, ist sie nicht an die Grundrechte gebunden. Die Post müsste sich daher regelmässig Gewissheit darüber verschaffen, dass die Zertifizierungen der Stiftung ZEWO nicht auf diskriminierenden Entscheidungen beruhen. Dieser Aufwand wäre nicht mit dem von der Post geltend gemachten Bedürfnis nach rascher und einfacher Unterscheidung von „offiziellen“ und „kommerziellen Sendungen“ zu vereinbaren⁸⁹. Es wäre für die Post einfach und zudem rechtsstaatlich unbedenklich, darauf abzustellen, ob eine Organisation von den Steuern befreit ist. Auch die Stiftung ZEWO, die es offenbar grundsätzlich ablehnt, Tierschutz- und Konsumentenschutzorganisationen zu zertifizieren⁹⁰, anerkennt, dass die Befreiung von Bundes- und Staatssteuern „ein wichtiges Indiz für die Gemeinnützigkeit einer Organisation“⁹¹ bildet.

3. Verbot sittenwidrigen Verhaltens

Das Bundesgericht hat im Entscheid 129 III 35 eine Kontrahierungspflicht der Post gegenüber dem VgT gestützt auf das Privatrecht bejaht⁹². Es führte aus, der im Privatrecht geltende Grundsatz der Vertragsfreiheit könne durch Kontrahierungspflichten, die sich aus Vertrag, Gesetz oder allgemeinen Prinzipien des Privatrechts ergäben, durchbrochen werden. Auf Grund des allgemeinen Prinzips des Verbots sittenwidrigen Verhaltens bestünde eine Kontrahierungspflicht dann, wenn sich ein Unternehmer ohne sachlich gerechtfertigte

⁸⁷ Vgl. Broschüre „PromoPost“, S. 6.

⁸⁸ Urteil Handelsgericht, S. 15 f.

⁸⁹ Urteil Handelsgericht, S. 15.

⁹⁰ Urteil Handelsgericht, S. 15.

⁹¹ Vgl. Art. 5 des Reglements über das ZEWO-Gütesiegel für gemeinnützige Organisationen.

Gründe weigere, mit einem Interessenten einen Vertrag abzuschliessen über Waren oder Dienstleistungen des Normalbedarfs, die der Unternehmer allgemein und öffentlich anbietet und deren Bezug bei anderen Anbietern dem Interessenten wegen der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmers nicht zuzumuten sei⁹³. Es stellt sich heraus, dass diese aus einem allgemeinen Prinzip des Privatrechts abgeleitete Kontrahierungspflicht vergleichbar ist mit dem bedingten Anspruch auf eine staatliche Leistung⁹⁴. Denn in beiden Fällen hängt die Kontrahierungspflicht von Voraussetzungen ab, die überwiegend übereinstimmen. Daher sind die vorangegangenen Ausführungen, vor allem jene über die Diskriminierung des VgT durch die Post⁹⁵, sinngemäss anwendbar. Die Post verletzt durch ihre Weigerung, die vom VgT gewünschte Dienstleistung zu erbringen, also auch das Verbot sittenwidrigen Verhaltens.

4. Vorschriften des Kartellrechts

Die Vorschriften des Kartellrechts sind auch auf die Post anwendbar, da der Geltungsbereich des Kartellgesetzes Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts umfasst⁹⁶. Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sind sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform⁹⁷. Es stellt sich die Frage, ob sich die Post als marktbeherrschendes Unternehmen⁹⁸ eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG zu Schulden hat kommen lassen. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich nach Art. 7 Abs. 1 KG u.a. unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt die Marktgegenseite benachteiligen. Unter diese kartellrechtliche Generalklausel fallen u.a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen⁹⁹ und die **Diskriminierung** von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen¹⁰⁰. Dass die Post den VgT durch ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen diskriminiert, ist bereits dargelegt worden¹⁰¹. Es wird daher auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen. Somit ergibt sich, dass die Post auch gegen das Kartellrecht verstösst.

⁹² Vgl. S. 4 f.

⁹³ BGE 129 III 35, E. 6.3, S. 45 f.

⁹⁴ Vgl. S. 8 ff.

⁹⁵ Vgl. S. 11 ff.

⁹⁶ Art. 2 Abs. 1 KG.

⁹⁷ Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.

⁹⁸ Vgl. S. 10 und Art. 4 Abs. 2 KG.

⁹⁹ Art. 7 Abs. 2 lit. a KG.

¹⁰⁰ Art. 7 Abs. 2 lit. b KG.

¹⁰¹ Vgl. S. 11 ff.

III. Fazit

Die Post bietet als marktbeherrschendes Unternehmen der Allgemeinheit im Bereich der Wettbewerbsdienste die Beförderung unadressierter Massensendungen als (entgeltliche) Dienstleistung an. Da sie als öffentlich-rechtliche Anstalt auch dann, wenn sie als Subjekt des Privatrechts auftritt, die Grundrechte beachten muss, darf sie den Zugang zu diesem Dienstleistungsangebot nicht durch diskriminierende Geschäftsbedingungen regeln. Diese Pflicht ergibt sich auch aus dem Kartellrecht und dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens. Im vorliegenden Fall verletzt die Post diese Pflicht, da sie sich aus verschiedenen, jeweils diskriminierenden Gründen weigert, mit dem VgT einen Vertrag über die Verteilung von unadressierten Massensendungen an alle Haushalte zu schliessen.

Zürich, 11. März 2008

Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger

HÄFELIN/HALLER

Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6.A., Zürich
2005.

HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN

Allgemeines Verwaltungsrecht, 5.A., Zürich
2006.

Allgemeine Geschäftsbedingungen GratisZeitungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen „Postdienstleistungen“

Allgemeine Geschäftsbedingungen PromoPost

Broschüre PromoPost

Reglement über das ZEWO-Gütesiegel für gemeinnützige Organisationen
vom Juni 2006

Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 6. Februar 2008