



Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT www.vgt.ch

gegründet am 4. Juni 1989

Dr Erwin Kessler, Präsident

Im Bühl 2, CH-9546 Tuttwil, Fax 052 378 23 62, Tel-Beantworter 052 378 23 01

11. Juli 2008

Bundesgericht

1. zivilrechtliche Abteilung

1000 Lausanne 14

4A-144/2008/ABS

Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT ./ Die Schweizerische Post

Replik

I. Zum Rechtsbegehren

1.

Die Post bemängelt, das Rechtsbegehren sei unklar.

2.

Die Formulierung des Rechtsbegehrens vor Bundesgericht ist aufgrund einer Rechtsberatung durch Prof Karl Spühler, emeritierter Bundesrichter, gewählt worden (Beilagen 22 und 23). Wenn solche Juristen nicht in der Lage sind, ein rechtsgenügendes Rechtsbegehren zu formulieren, dann gute Nacht Rechtsstaat.

3.

Zu den Einwänden der Post hat Prof Spühler in Beilage 24 Stellung genommen und kommt zum Schluss, dass die Formulierung des Rechtsbegehrens jedenfalls keine gesetzliche Anforderung verletzt und lediglich mit unklaren formalistischen Hürden des Bundesgerichts in Konflikt kommen könnte, was aber in casu konkret nicht der Fall ist.

4.

Was mit der Beschwerde an das Bundesgericht verlangt wird, geht aus Rechtsbegehren und Begründung klar hervor, nämlich die Aufhebung des Handelsgerichts-Urteils und Rückweisung an das Handelsgericht zur Neuberurteilung, eventualiter direkte Gutheissung der dort erhobenen Klage:

"Die Beklagte sei zu verpflichten, die Zeitschrift des Vereins gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) als Promopost "offiziell", dh für die Zustellung in alle Haushaltungen, entgegenzunehmen."

Anmerkung dazu:

Dass die Post intern zwischen Promopost und Gratiszeitungen unterscheidet, ist erst im Laufe des vorliegenden Verfahrens klar geworden. Vorliegend ist sekundär, ob die Post die VgT-Zeitschriften als Promopost offiziell oder als Gratiszeitung einstuft; das ist dem Beschwerdeführer egal. Der wesentliche Kern der Klage ist die Zustellung in alle Briefkästen. Die Klage kann deshalb auch in der verkürzten Form gutgeheissen werden, *die Post sei zu verpflichten, die Zeitschriften des VgT für die Zustellung in alle Haushaltungen entgegenzunehmen.*

5.

Vor Bundesgericht geht es lediglich um eine Rechtskontrolle; dementsprechend ist das Rechtsbegehren an das Bundesgericht formuliert. Es ist schleierhaft, inwiefern unklar sein soll, was vom Bundesgericht erwartet wird und wie das Rechtsbegehren klarer hätte formuliert werden können.

6.

Der EGMR hat übertriebene formalistische Hürden des Bundesgerichtes ohne erkennbaren Sinn schon wiederholt nicht akzeptiert. Auch das Bundesgericht ist an Artikel 4 BV gebunden, wonach staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen muss, also einen Sinn haben muss. Das Bundesgericht hat denn auch korrekt im Entscheid 8C_674/2007 vom 6. März 2008 in Erwägung 3.3.1 festgehalten, es könne das Begehren auch aus der Begründung der Rechtsschrift folgern. Genau diese Möglichkeit besteht auch im vorliegenden Fall, da das Bundesgericht klar weiss, es habe (eventualiter) der Post zu befehlen, die einschlägigen Drucksachen zu verteilen. Im vorliegenden Fall kann das ohne Weiteres aus Antrag und Begründung geschlossen oder direkt der Klage an das Handelsgericht entnommen werden. Was der Beschwerdeführer will, steht zweifelsfrei fest.

II. Blosser Willkürprüfung durch das Handelsgericht und willkürliche Sachverhaltsfeststellung

7.

Der Appell auf Seite 11 der Beschwerdeantwort der Post, die heutige Regelung sei allseits akzeptiert und habe sich bewährt, geht ins Leere, denn es wird keine grundsätzliche Änderung der heutigen Regelung verlangt, bloss keine Diskriminierung durch willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte Kriterien, wie zB das mindestens 12-malige Erscheinen in Bezug auf Gratiszeitungen.

8.

Das Handelgericht hat bei diesem Kriterium keine Abwägung zwischen den Interessen der Post einerseits und der Meinungs- und Medienfreiheit andererseits vorgenommen und lediglich die Auffassung vertreten, dieses Kriterium sei nicht willkürlich (Beschränkung auf eine Willkürprüfung).

9.

Das Handelsgericht hat indessen sogar diese eingeschränkte Willkürprüfung nur oberflächlich durchgeführt und keine nachvollziehbare Begründung geliefert, warum es dieses Kriterium als nicht willkürlich beurteilt und worin die sachliche Begründung dieses Kriterium bestehen soll.

III. Willkürliche, diskriminierende Kriterien der Post

10.

Auch die Post konnte keine gewichtigen Gründe, ja überhaupt keine nachvollziehbaren Gründe für dieses Kriterium des mindestens 12-maligen Erscheinens angeben. Alle vom VgT eingereichten Gutachten weisen dieses Kriterium als unsachlich zurück. Tatsächlich kann aufgrund der Vorbringungen der Post überhaupt nicht nachvollzogen werden, warum dieses Kriterium nicht auch ganz anders lauten könnte, zB jährlich mindestens 1-mal, 3-mal, 6-mal etc oder wöchentlich oder täglich.

11.

Die Post macht geltend, die marktbeherrschende Stellung der Post sei im Urteil des Handelsgerichts nicht festgestellt und der VgT könne sich deshalb vor Bundesgericht nicht darauf berufen. Indessen wird im Handelsgericht die marktbeherrschende Stellung gar nicht beurteilt. Auf die vom VgT vorgelegten Beweise (Korrespondenz mit privaten Verteilfirmen, bei den Akten) ist das Handelsgericht nicht eingegangen, weil es dies für seine enge, teilweise auf eine Willkürprüfung reduzierten Beurteilung (siehe "II. Zum Rückweisungsantrag" in der Beschwerde vom 13.3.08 an das Bundesgericht) offenbar nicht für nötig hielt.

12.

Der VgT hat in seinem Vortrag an der Hauptverhandlung vor Handelsgericht die marktbeherrschende Stellung der Post ausführlich dargelegt (Beilage 2).

13.

Das Handelsgericht hat sich geweigert, den Text dieses Parteivortrages des VgT als schriftliches Dokument zu den Akten zu nehmen, mit der Begründung, die bernische ZPO verbiete dies. Das Handelsgericht war diesfalls verpflichtet, den Vortrag zu protokollieren, was nicht erfolgt ist. Es wurde rein gar nichts aus

diesem Parteivortrag protokolliert, wie jetzt auf nachprüfung hin festgestellt werden musste. Dadurch wurde das rechtliche Gehör verletzt. Deshalb fehlen jetzt auch die jetzt von der Post als "unzulässige Noven" kritisierten Ausführungen.

14.

Die Sache ist deshalb auch wegen **Verletzung des rechtlichen Gehörs und willkürlicher Sachverhaltsfeststellung** im Sinne von Antrag 2 an die Vorinstanz zurückzuweisen.

15.

Die Post behauptet erneut, Kundenreklamationen hätten dazu geführt, dass die Zustellung der VgT-Zeitschriften in alle Briefkästen inkl solche mit Stopp-Keine-Werbung-Kleber überprüft worden sei, wobei festgestellt worden sei, dass die VgT-Zeitschrift die Kriterien nicht erfüllten. Diese Behauptung hat die Post schon vor Handelsgericht aufgestellt. Das Handelsgericht hat diese unsubstanzierte und durch nichts belegte Behauptung trotz Bestreitung willkürlich als Sachverhaltsfeststellung übernommen (Ziffer 4 e). Die Bestreitung wurde - wie vieles anderes - nicht protokolliert. Das stellt eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung dar. Die Sache ist auch aus diesem Grund gemäss Antrag 2 des Rechtsbegehrens an das Handelsgericht zurückzuweisen.

16.

Immerhin behauptet die Post nicht, die VgT-Zeitschriften hätten zu mehr Reklamationen geführt als andere Gratiszeitungen! Gegenteilige Behauptungen/Suggestionen in dem von der Post eingeholten Gegengutachten der Anwaltskanzlei Lenz & Stähelin vom 12. Juni 2008 entbehren jeglicher Grundlage und werden ausdrücklich bestritten.

17.

Von einem fairen Verfahren vor Handelsgericht - der einzigen Instanz mit voller Kognition und Sachkompetenz - kann jedenfalls mit Blick auf das oben Gesagte keine Rede sein und es ist mit grösster Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass der EGMR dies ggf als Verletzung der Verfahrensgarantien gemäss Artikel 6 EMRK werten würde. (Der VgT hat vor dem EGMR schon dreimal gewonnen und noch nie verloren.)

18.

Für die teilweise blosser Willkürprüfung genügt dem Handelsgericht die rudimentären Sachverhaltsdarstellungen in seinem Urteil. Diese unvollständige Sachverhaltsdarstellung mit Unterdrückung der Parteivorträge verhindert jedoch ein korrektes Rechtsmittelverfahren, weil das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden ist. Insofern ist dem Einwand der Post in der Beschwerdeantwort zuzustimmen. Die Konsequenz daraus kann nur die Rückweisung im Sinne von Antrag 2 sein.

Mit freundlichen Grüßen

Beilagen:

22 Vorschlag vom 12. März 2008 von Prof Karl Spühler zur Formulierung des Rechtsbegehrens

23 Stellungnahme von Prof Spühler vom 27. Juni 2008 zur gegnerischen Behauptung, die Beschwerde enthalte keinen genügenden Antrag

24 Stellungnahme von Prof Karl Spühler vom 27. Juni 2008 zur Formulierung des Rechtsbegehrens