

den hat, als Zwischenverdienst anzurechnen ist, auch wenn kein Praktikumslohn entrichtet wird. Die Konsequenz ist gravierend: Bei einer Ablehnung der Vermittlungsfähigkeit während des Praktikumbesuchs besteht kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, bei einer Anwendung der Bestimmungen über den Zwischenverdienst besteht Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Differenz zwischen dem erzieltem Zwischenverdienst und dem vollen Taggeld. Zwischenverdienst liegt im Übrigen immer dann vor, wenn das Einkommen tiefer als die dem Versicherten zustehende Arbeitslosenentschädigung ist. Damit nicht ein zu tiefer Verdienst vereinbart wird und demzufolge zu Lasten der Arbeitslosenversicherung die Differenz "aufgestempelt" wird, legt das Gesetz fest, dass der Verdienst orts- und berufsüblichen Ansätzen entsprechen müsse.

Im vorliegenden Fall ist nun ein Praktikum ohne Praktikumsentschädigung geleistet worden. Als Zwischenverdienst muss jedoch der orts- und berufsübliche Ansatz in Anrechnung gebracht werden. Den Erwägungen des EVG, wonach sich diese Ansätze nach dem Ort der Ausübung der Tätigkeit richten und nicht nach dem Wohnsitz, kann gefolgt werden. Im vorliegenden Fall führt dies zu einem tieferen Zwischenverdienst und demzufolge zu einer höheren Arbeitslosenentschädigung. In andern Fällen wird ohne weiteres jedoch auch das Gegenteil eintreten können, wonach beispielsweise bei einem Versicherten mit Wohnsitz in ländlichen Gebieten und Absolvierung eines Praktikums in einer städtischen Agglomeration ein höherer Ansatz als am Wohnsitz zur Anwendung gelangt. Damit ist klargestellt, dass bei der Prüfung der Orts- und Berufsüblichkeit nicht nach dem Günstigkeitsprinzip verfahren werden kann, wonach sich Arbeitslosenversicherung oder versicherte Person ausschliesslich auf die für sie günstigere Variante berufen können.

## 2. Privatrecht / Droit privé

### 2.7. Schuldrecht – allgemein / Droit des obligations – en général

**(4) Die Schweizerische Post: Pflicht der Post zur Beförderung unadressierter Massensendungen; Abgrenzung zwischen den "Universaldiensten", insbesondere den "nicht reservierten Diensten" (Art. 4 PG) und den "Wettbewerbsdiensten" (Art. 9 PG); Frage der Grundrechtsbindung; privatrechtliche Kontrahierungspflicht auf der Grundlage des Verbotes sittenwidrigen Verhaltens.**

Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 7.5.2002 i.S. *Die Schweizerische Post c. Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT*, Berufung (4C.297/2001/rnd); zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen.

Bemerkungen von Dr. iur. RUTH ARNET,  
Rechtsanwältin und Notarin, Aarau/Baden



#### *Zusammenfassung des Sachverhalts:*

Im Dezember 1999 übergab der Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT (im Folgenden: "VgT") der Hauptpost St. Gallen zwei seiner Publikationen, nämlich die "VgT-Nachrichten" und die "ACUSA-News" als unadressierte Massensendungen zum Versand an alle Haushaltungen. Die beiden Publikationen erscheinen vierteljährlich, haben eine Auflage von 500 000 bzw. 200 000 Exemplaren und enthalten Berichte samt Fotos über die Tierhaltung in der Landwirtschaft, Leserbriefe, Hinweise auf Bücher zum Thema "Tier" sowie vegetarische Rezepte. Die Post lehnte den Versand der Publikationen ab mit der Begründung, diese schädeten ihrem guten Ruf und beeinträchtigten ihre Geschäftstätigkeit, weil viele Landwirte darin mit Namen kritisch erwähnt würden.

Das Bezirksgericht Frauenfeld stellte auf Klage des "VgT" fest, die Weigerung der Post sei widerrechtlich. Das Obergericht des Kantons Thurgau bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Es begründete seinen Entscheid damit, die Beförderung unadressierter Sendungen gehöre zum Universaldienst der Post. Selbst wenn diese Dienstleistungen zu den Wettbewerbsdiensten der Post zu zählen wären, sei die Post an die Pressefreiheit gebunden; da die Voraussetzungen für die zulässige Einschränkung der Pressefreiheit fehlten, sei die Verweigerung der Beförderung seitens der Post widerrechtlich erfolgt (vgl. die Wiedergabe des Entscheides des Obergerichts des Kantons Thurgau in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, [ZBl] 2002, 268). Gegen das obergerichtliche Urteil erhob die Post Berufung an das Bundesgericht.

#### *Zusammenfassung der Erwägungen:*

1. In materieller Hinsicht prüft das Bundesgericht zunächst die Rechtsgrundlagen einer *Beförderungspflicht in der Postgesetzgebung*. Es formuliert als massgebliche Frage, ob die beiden Publikationen des "VgT" Zeitungen bzw. Zeitschriften seien, für welche Art. 15 des Postgesetzes (PG) im Interesse der Pressevielfalt die Beförderung zu Vorzugspreisen vorsieht. Ob es sich bei den streitigen Publikationen um Zeitungen bzw. Zeitschriften im Sinne dieser Bestimmung handle, beurteile sich einzig nach den in Art. 11 der Postverordnung (VPG) genannten Kriterien: mindestens vierteljährliches Erscheinen, Gewicht nicht über 1 kg, Beförderung an mindestens 1 000 Abonentinnen und Abonenten, keine überwiegenden Geschäfts- und Reklamezwecke sowie redaktionelle Beiträge von mindestens 15% in jeder Ausgabe. Soweit diese Elemente nicht erfüllt seien, bestehe keine Pflicht der Post zur Beförderung und Gewährung von Vorzugspreisen. Mit Bezug auf die Publikationen des "VgT" hält das Bundesgericht fest, da es sich nicht um abonnierte Publikationen gemäss Art. 11 VPG handle, sei "eine Beförderungspflicht der Post gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG" zu verneinen. Im hier betroffenen Bereich der Wettbewerbsdienstleistungen der Post sei diese zur Erbringung ihrer Dienstleistungen nicht verpflichtet, da sie wie ein privater Dienstleister auftrete.

2. Zum Zweiten untersucht das Bundesgericht die Frage, ob sich eine *Beförderungspflicht der Post als Folge einer*

*Grundrechtsbindung*, insbesondere zur Wahrung der Pressefreiheit, ergebe. Es hält fest, eine Grundrechtsbindung der Post bestehe einzig gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV im Bereich der Universaldienste, nämlich bei der Erfüllung "staatlicher Aufgaben". Da die Post im hier relevanten Bereich der Wettbewerbsdienste keine "staatlichen Aufgaben" wahrnehme, sondern Dienstleistungen erbringe, welche "von jedem anderen Privaten auch erbracht werden könnten", falle eine Grundrechtsbindung der Post gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV ausser Betracht. Auch eine Grundrechtsbindung gestützt auf Art. 35 Abs. 1 und Abs. 3 BV sei ausgeschlossen, weil die Post im hier betroffenen Bereich zur Erbringung ihrer Dienstleistungen nicht verpflichtet sei, sondern ihre Dienste gemäss Art. 9 Abs. 1 PG in Konkurrenz zu privaten Anbietern offerieren könne. Zudem sehe Art. 9 Abs. 3 PG ausdrücklich vor, dass die Post vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen den gleichen Regeln unterstehe wie private Anbieter. Damit habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Post im freien Wettbewerb gleich lange Spiesse wie die Konkurrenten haben solle. Nicht ausschliessen wollte das Bundesgericht immerhin, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste von einer Drittwirkung der Grundrechte betroffen sein könnte; es lässt die Frage im konkreten Fall aber offen.

3. Schliesslich beschäftigt sich das Bundesgericht mit der Frage, ob sich eine *Beförderungspflicht der Post aus einem privatrechtlichen gesetzlichen "Kontrahierungszwang"* ableiten lasse. Das Bundesgericht nimmt den Entscheid *Seelig* (BGE 80 II 39) zum Ausgangspunkt seiner Erwägungen und trägt die einschlägigen Auffassungen im Schrifttum zusammen; dabei werden den massgeblichen Lehrmeinungen zum schweizerischen Recht insbesondere auch die Thesen *BYDLINSKIS* hinzu gefügt (vgl. hierzu die Bemerkungen Ziff. 3.1). Das Bundesgericht stellt eine "Tendenz zur Ausweitung von Kontrahierungspflichten" fest und geht davon aus, dass das Bestehen einer Kontrahierungspflicht auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage als allgemein anerkannt gelten dürfe. Es hält fest: "Da sich Einschränkungen der Vertragsabschlussfreiheit bereits heute in grosser Zahl aus ausdrücklichen – meist öffentlichrechtlichen – Gesetzesbestimmungen ergeben, haben Kontrahierungspflichten ausserhalb von ausdrücklichen gesetzlichen Anordnungen ausgesprochenen Ausnahmecharakter und können nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch aus dem Grundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens eine Kontrahierungspflicht abgeleitet werden."

Eine solche Kontrahierungspflicht setze voraus, dass ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbiete, dass die betroffenen Güter zum Normalbedarf gehörten, dass dem Interessenten aufgrund der starken Marktstellung des Anbieters zumutbare Ausweismöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlten und dass der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsschlusses anzugeben vermöge. Die Subsumption des Sachverhaltes unter diese Kriterien ergab eine Kontrahierungspflicht der Post,

da diese den Versand allgemein und öffentlich angeboten habe, der Versand von Informations- und Werbepublikationen zum "Normalbedarf" gehöre, der "VgT" wegen der marktstarken oder sogar marktbeherrschenden Position der Post nicht oder nur mit unzumutbaren Schwierigkeiten auf einen anderen Anbieter habe ausweichen können und weil die Post den Versand ohne sachliche Gründe verweigert habe. Unter diesen Umständen bezeichnet das Bundesgericht die Weigerung der Post, die Publikationen des "VgT" zu transportieren, als Verstoss gegen die guten Sitten.

#### Bemerkungen:

##### 1. Postgesetzgebung

Die Erwägungen des Bundesgerichts zur Bedeutung der einschlägigen Bestimmungen von Postgesetz (Postgesetz vom 30. April 1997 [PG]; SR 783.0) und Postverordnung (Postverordnung vom 29. Oktober 1997 [VPG]; SR 783.01) geben Anlass zu einigen grundsätzlichen Bemerkungen:

1.1. Gemäss Art. 2 PG erbringt die Post einen "ausreichenden *Universaldienst*, bestehend aus Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs". Der Universaldienst dient der Grundversorgung. Zu den Dienstleistungen des Universaldienstes besteht "freier Zugang" (Art. 2 Abs. 2 PG); in diesem Bereich besteht demnach eine *Beförderungspflicht* der Post.

1.2. Das *Postgesetz* unterscheidet verschiedene Kategorien von Dienstleistungen: Der Universaldienst wird erbracht im Bereich der "*reservierten Dienste*" (Art. 3 PG: adressierte Briefpostsendungen und Pakete bis 2 kg mit Ausnahme von Schnellpostsendungen und Sendungen im internationalen Verkehr), für welche ein rechtliches Monopol der Post besteht, und der "*nicht reservierten Dienste*" (Art. 4 PG). Bei der Erbringung dieser "nicht reservierten Dienste" steht die Post zwar in Konkurrenz zu privaten Anbietern; die "nicht reservierten Dienste" bilden nach der Systematik des Postgesetzes aber dennoch Teil des Universaldienstes, so dass die Post "im Gegensatz zu ihren Konkurrenten verpflichtet ist, die nicht reservierten Dienste in allen Landesteilen zu den gleichen Bedingungen zu erbringen" (Botschaft zum Postgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1249 ff., 1282). Als "*Wettbewerbsdienste*" werden demgegenüber Dienstleistungen der Post bezeichnet, welche diese über den Universaldienst hinaus in Konkurrenz mit privaten Anbietern im In- und Ausland erbringt (Art. 9 PG). Hinsichtlich der Dienstleistungspreise sieht Art. 15 PG vor, dass die Post zur Erhaltung einer vielfältigen Presse *Vorzugspreise für abonnierte Zeitungen*, vor allem für die Regional- und Lokalpresse, sowie für abonnierte Zeitschriften gewähre (diese Gewährung von Vorzugspreisen gilt als wenig effiziente Form der indirekten Presseförderung und ist Gegenstand aktueller Revisionsbestrebungen, vgl. Botschaft über die Massnahmen zur Entlastung des Bundeshaushaltes vom 30. September 2002, BBl vom 12.11.2002, 6965 ff., 6980; AB 2002 N 1742 ff.).

Die *Postverordnung* führt die Bestimmungen des Postgesetzes näher aus: Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG umfassen die "nicht reservierten Dienste" insbesondere "die Beför-

derung von Zeitungen und Zeitschriften". Art. 11 VPG konkretisiert zudem die Voraussetzungen für die Gewährung von Vorzugspreisen für Zeitungen und Zeitschriften: mindestens vierteljährliches Erscheinen; Gewicht nicht über 1 kg; Beförderung an mindestens 1 000 Abonnentinnen und Abonnenten; keine überwiegenden Geschäfts- und Reklamezwecke; redaktionelle Beiträge von mindestens 15 % pro Ausgabe.

1.3. Das Bundesgericht nimmt an, dass "postrechtlich nur diejenigen Publikationen als 'Zeitungen' und 'Zeitschriften' gelten, welche die von Art. 11 VPG aufgestellten Kriterien erfüllen". Nur diese Publikationen kämen im Hinblick auf die Erhaltung und Förderung einer vielfältigen Presse in den Genuss des günstigen Zeitungstarifs, und nur bezüglich dieser Publikationen bestehe grundsätzlich eine Beförderungspflicht im Hinblick auf die Sicherstellung einer ausreichenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen; die Beförderung aller anderen Zeitungen und Zeitschriften gehöre zu den Wettbewerbsdiensten. Das Bundesgericht geht demnach von einer Kongruenz des Begriffs der Zeitungen und Zeitschriften in der Umschreibung der "nicht reservierten Dienste" gemäss Art. 4 PG und Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG einerseits und bei der Gewährung von Vorzugstarifen gemäss Art. 15 PG und Art. 11 VPG andererseits aus. Dies widerspricht zum einen dem Wortlaut von Postgesetz und Postverordnung: Während Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG die Beförderung von "Zeitungen und Zeitschriften" ohne Einschränkung den "reservierten Diensten" zuordnet, besteht nur für einen besonders umschriebenen Teil der Zeitungen und Zeitschriften ein Anspruch auf Beförderung zu Vorzugstarifen (Art. 15 PG; Art. 11 VPG). Zum Zweiten wird die Massgeblichkeit des Wortlautes durch das historische (vgl. hierzu die Erwägungen des Obergerichts des Kantons Thurgau in ZBl 2002, 270) und das systematische Auslegungselement bestätigt. Die Auffassung des Bundesgerichts vernachlässigt aber auch den wichtigen teleologischen Unterschied zwischen den zitierten Bestimmungen: Das Ziel der Zuordnung von Postdienstleistungen zu den "nicht reservierten Diensten" gemäss Art. 4 VPG besteht darin, dass "ein ausreichender Universaldienst gewährleistet" wird (Art. 4 Abs. 2 PG), während die Gewährung von Vorzugstarifen die "Erhaltung einer vielfältigen Presse" bezweckt, welche nicht schwergewichtig Geschäfts- oder Reklamezwecke verfolgt (Art. 15 PG; vgl. zur alten Postgesetzgebung auch BGE 120 Ib 142 ff., 120 Ib 150 ff.). Insofern stellt die inhaltliche Unterscheidung zwischen dem Begriff der "Zeitungen und Zeitschriften" gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG und dem Bereich der preislich privilegierten "Zeitungen und Zeitschriften" gemäss Art. 15 PG und Art. 11 VPG eine Notwendigkeit dar. Der Bereich der "nicht reservierten Dienste" betreffend Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften gemäss Art. 4 PG und Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG einerseits und der Bereich des Tarifprivilegs gemäss Art. 15 PG und Art. 11 VPG andererseits sind nicht kongruent. Entsprechend sind die Kriterien zur Gewährung des Tarifprivilegs gemäss Art. 15 PG und Art. 11 VPG für die Frage nach dem Bestehen einer Beförderungspflicht der Post nicht relevant.

1.4. Bei den Publikationen des "VgT", welche sich in gedruckter bzw. vervielfältigter Form an einen grundsätzlich unbegrenzten Empfängerkreis richten, handelte es sich durchaus um "Zeitungen" oder "Zeitschriften" im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG (vgl. ZBl 2002, 271/272; zum Begriff der "Zeitungen" und "Zeitschriften" unter alter Postgesetzgebung; BGE 108 Ib 147), so dass der von der Post verweigte Versand der unadressierten "VgT"-Publikationen nicht den Wettbewerbsdiensten, sondern den "nicht reservierten Diensten", d.h. dem Universaldienst zuzuordnen gewesen wäre. Die Post traf demnach im Grundsatz bereits aufgrund der Bestimmungen von Postgesetz und Postverordnung eine Beförderungspflicht, wenn auch nicht zum Vorzugstarif. Die Grenzen dieser öffentlich-rechtlichen Beförderungspflicht, insbesondere mit Blick auf den Inhalt der zu befördernden Zeitungen und Zeitschriften, werden mangels konkreter Ausnahmebestimmungen allein durch den Gehalt des Begriffs des "ausreichenden Universaldienstes" gesetzt.

## 2. Grundrechtsbindung

Gemäss Art. 35 Abs. 1 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen; gemäss Abs. 2 ist, wer "staatliche Aufgaben wahrnimmt", "an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen".

2.1. Im Bereich der Universaldienste besteht ein ausdrücklicher Leistungsauftrag der Post und eine Verpflichtung, den freien Zugang zu diesen Dienstleistungen zu gewährleisten (Art. 2 Abs. 2 PG). Die Erbringung von Leistungen im Bereich der Universaldienste stellt damit, wie auch das Bundesgericht zu Recht festhält, eine staatliche Aufgabe gemäss Art. 35 Abs. 2 BV dar. Die Post wäre demnach hinsichtlich des Versandes der Publikationen im Rahmen der "nicht reservierten Dienste" gegenüber dem "VgT" – unabhängig von der für den Universaldienst geltenden postgesetzlichen Beförderungspflicht – an die Grundrechte gebunden gewesen.

2.2. Für den Bereich der Wettbewerbsdienste der Post, bei deren Erbringung diese in Konkurrenz zu privaten Anbietern steht, lehnt das Bundesgericht eine Grundrechtsbindung ab, weil hier gemäss der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung in Art. 9 Abs. 3 PG die Post denselben Regeln unterstellt sei wie die privaten Anbieter; nach den Materialien habe der Gesetzgeber mit dieser Anordnung "klar gewollt, dass die Post im freien Wettbewerb mit Privaten gleich lange Spiesse haben soll wie die Konkurrenten" (Erwägung Ziff. 5.3). Dieses Argument gibt zu drei Bemerkungen Anlass: Erstens wäre zu prüfen gewesen, ob der Vorbehalt der "gesetzlichen Bestimmungen" eng, d.h. als Beschränkung auf Vorbehalte in Bundesgesetzen, oder aber weit zu verstehen ist und auch die Grundrechte einschliesst. Zweitens ist die Berufung auf Art. 9 Abs. 3 PG bei engem Verständnis des Vorbehaltes zwar insofern richtig, als Bundesgesetze ungeachtet ihrer Übereinstimmung mit den Grundrechten der Bundesverfassung anzuwenden sind (Anwendungsgebot gemäss Art. 191 BV; ANDREAS AUER/

GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I, L'Etat, Bern 2000, N 1814 ff., 1831 ff.). Sie lässt aber die Bedeutung der neueren bundesgerichtlichen Praxis zum *Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und den Garantien der EMRK* unberücksichtigt (vgl. YVO HANGARTNER, in: BERNHARD EHRENZELLER, PHILIPPE MASTRONARDI, RAINER J. SCHWEIZER, KLAUS A. VALLENDER [Hrsg.], *Die schweizerische Bundesverfassung*, Kommentar, Zürich/Lachen SZ 2002, Art. 191 BV, N 25 ff.). Nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem Entscheid vom 28. Juni 2001 festgestellt hat, die Verweigerung der Fernsehausstrahlung eines Werbespots des "VgT" durch die privatrechtlich organisierte AGW (heute: Publisuisse) verletze Art. 10 EMRK (vgl. AJP/PJA 2003, 104 f.), wäre die Berücksichtigung von Art. 10 EMRK von einiger Relevanz gewesen. Drittens weckt die Erwägung des Bundesgerichts Bedenken, wonach "eine Grundrechtsbindung der Post gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV ausser Betracht" falle, weil diese im Bereich der Wettbewerbsdienste Dienstleistungen erbringe, "die von jedem anderen Privaten auch erbracht werden könnten": Die Vorstellung, wonach ein staatlich beherrschtes Versorgungsunternehmen allein dadurch, dass es in Konkurrenz zu privaten Unternehmen tätig wird, den *Bereich der "staatlichen Aufgabe" gemäss Art. 35 Abs. 2 BV* verlasse und von jeglicher Grundrechtsbindung befreit sei, findet im neueren Schrifttum jedenfalls keine Bestätigung (vgl. die Ansätze, den Begriff der "staatlichen Aufgabe" zu erfassen, bei YVO HANGARTNER, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, AJP/PJA 2000, 516 ff.; MARKUS SCHEFER, Grundrechtliche Schutzpflichten und Auslagerung, AJP/PJA 2002, 1141 ff.; ISABELLE HÄNER, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, AJP/PJA 2002, 1146 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, in: BERNHARD EHRENZELLER, PHILIPPE MASTRONARDI, RAINER J. SCHWEIZER, KLAUS A. VALLENDER [Hrsg.], *Die schweizerische Bundesverfassung*, a.a.O., Art. 35 BV, N 16 f.). Und nebenbei sei schliesslich auch erwähnt, dass bei identischer rechtlicher Einbindung der Post und der privaten Anbieter gerade nicht die vom Gesetzgeber gewünschten "gleich langen Spiesse" resultieren, weil die Post durch ihr Monopol im Bereich der reservierten Dienste von vornherein einen erheblichen Wettbewerbsvorteil auch bei den Wettbewerbsdiensten genießt.

### 3. *Privatrechtliche "allgemeine Kontrahierungspflicht"*

Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts zur Postgesetzgebung und zur Grundrechtsbindung fehlte es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für eine Beförderungspflicht der Post. Unter diesen Umständen stellte sich die Frage nach dem Bestehen einer "allgemeinen", im Gesetz nicht ausdrücklich formulierten Pflicht der Post zum Vertragsschluss.

3.1. Die Vorstellung einer "allgemeinen" Kontrahierungspflicht hat ihren *Ursprung in der deutschen Rechtswissenschaft*. In seiner 1920 veröffentlichten Habilitationsschrift hat HANS CARL NIPPERDEY für das deutsche Recht die Weichen zur dogmatischen Erfassung der als "Kontrahierungszwang" bezeichneten Vertragsabschlusspflicht gestellt

(HANS CARL NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag*, Jena 1920). Seinem Konzept folgend stützen die deutsche Lehre und Rechtsprechung weitgehend einhellig eine allgemeine Kontrahierungspflicht auf das Verbot sittenwidriger Schädigung gemäss § 826 BGB ab. In neuerer Zeit hat besonders der österreichische Rechtslehrer FRANZ BYDLINSKI das Bild einer allgemeinen Kontrahierungspflicht im Rahmen des Verbotes sittenwidriger Schädigung wesentlich ergänzt (FRANZ BYDLINSKI, *Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts*, Juristenzeitung [JZ] 1980, 378 ff.; DERS., *Zu den dogmatischen Grundlagen des Kontrahierungszwanges*, Archiv für civilistische Praxis [AcP] 180, 1 ff.).

3.2. In der *schweizerischen Lehre* besteht, wie das Bundesgericht richtig feststellt, weitgehende Übereinstimmung darin, dass die Vertragsfreiheit unter bestimmten Voraussetzungen einer Vertragsabschlusspflicht zu weichen habe. Die Auffassungen über diese Voraussetzungen einer allgemeinen Kontrahierungspflicht gehen aber weit auseinander. Das Problem liegt in der Lokalisierung der *Rechtsgrundlage einer allgemeinen Kontrahierungspflicht*. Als Rechtsgrundlagen werden die Bestimmungen des Deliktsrechts, die Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz, Art. 2 ZGB oder allgemein das Gebot der Einhaltung "guter Sitten" genannt (vgl. die ausführlichen Hinweise auf das Schrifttum im besprochenen Entscheid).

3.2.1. Das Bundesgericht leitet eine Kontrahierungspflicht aus dem "Verbot sittenwidrigen Verhaltens" ab, ohne sich auf eine konkrete gesetzliche Bestimmung zu berufen. Es geht davon aus, dass "als gesetzliche Grundlage" ... "nicht nur ausdrückliche gesetzliche Regelungen, sondern auch *allgemeine privatrechtliche Rechtsgrundsätze* wie das Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten in Frage" kämen. Eine Kontrahierungspflicht ohne Ankoppelung an eine konkrete Rechtsgrundlage direkt aus einem "allgemeinen privatrechtlichen Rechtsgrundsatz" herzuleiten, muss aber insofern methodische Bedenken wecken, als allgemeine Rechtsgrundsätze nicht unmittelbar subsumtionsfähig sind (vgl. ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, 187 ff.).

3.2.2. Der Umstand, dass das Bundesgericht eine allgemeine Kontrahierungspflicht aus einem "Verstoss gegen die guten Sitten" herleitet und auf die These von BYDLINSKI verweist, welche die allgemeine Kontrahierungspflicht mit Hilfe deliktischer Schadenersatznormen begründet, legt den Gedanken an die *haftpflichtrechtliche Norm des Art. 41 Abs. 2 OR* nahe. Diese Einbettung einer allgemeinen Kontrahierungspflicht in das Haftpflichtrecht steht aber vor dem Problem, dass die deliktische Haftung rein reparatorisch wirkt, während die Anerkennung einer allgemeinen Kontrahierungspflicht ihren Sinn gerade aus der Funktion bezieht, den Interessenten vor Schaden durch Vertragsverweigerung zu bewahren; Art. 41 Abs. 2 OR vermag eine allgemeine Kontrahierungspflicht nicht zu begründen.

3.2.3. Die *Bestimmungen des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 28 ff. ZGB* eignen sich zwar grundsätzlich als

Rechtsgrundlage einer Kontrahierungspflicht, wenn die Verweigerung des Vertragsschlusses die Persönlichkeit des Interessenten verletzt und ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB, insbesondere ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, fehlt. Da eine Persönlichkeitsverletzung seitens des "VgT" nicht geltend gemacht wurde, scheidet Art. 28 ZGB als Rechtsgrundlage im hier besprochenen Streitfall aber von vorneherein aus.

3.2.4. Unter diesen Umständen rückt Art. 2 ZGB als Rechtsgrundlage in den Vordergrund: Das *Rechtsmissbrauchsverbot* gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB in seinen verschiedenen Ausprägungen eröffnet hier die Möglichkeit, der rechtsmissbräuchlichen Verweigerung des Vertragsschlusses die Rechtswirkung zu versagen und damit Raum für das Zustandekommen eines Vertrages zu schaffen. Geht man von der hergebrachten Auffassung aus, wonach das Rechtsmissbrauchsverbot nur zu negativer Sanktion führen könne, indem das rechtsmissbräuchliche Verhalten unbeachtlich sei, stellt sich allerdings die schwierige Frage, auf welchem Weg nach rechtsmissbräuchlicher Ablehnung der Offerte ein Vertrag zustande kommen kann; diese Frage ist durch *Ausschöpfung der Wirkungen des Vertrauensprinzips bei der Entstehung eines Vertrages* zu beantworten.

3.3. Im hier zu beurteilenden Fall hätte eine mögliche Begründung darin bestanden, die Verweigerung des Vertragsschlusses durch die Post, nämlich die Ablehnung der Vertragsofferte des "VgT", als rechtsmissbräuchlich zu taxieren, weil – nach den Kriterien von KRAMER (ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Art. 19–20, N 110) und BYDLINSKI (FRANZ BYDLINSKI, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs, AcP 180, 29 ff.) – die Vertragsleistung zum "Normalbedarf" gerechnet werden darf, weil zumutbare Ausweichmöglichkeiten beim "VgT" fehlten und keine sachlichen Gründe vorlagen, welche die Weigerung der Post gerechtfertigt hätten. Mit der Feststellung der Rechtsmissbräuchlichkeit der Ablehnung der Offerte des "VgT" wurde die entsprechende Ablehnungserklärung unbeachtlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Soweit die Post die gewöhnliche Vertragsleistung allgemein, öffentlich und (wahrscheinlich) Sachverhalt nicht hervorgeht) zudem vorbehalten an den Kunden hatte, durfte der "VgT" von der Bereitschaft der Post ausgehen, Verträge der nachgesuchten Art abzuschliessen, so dass mangels rechtsgültiger Ablehnung der Offerte des "VgT" der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip zustande kam. Anerkennt man diesen Mechanismus des Vertragsschlusses, so hat dies eine bemerkenswerte Konsequenz: Es bestand in diesem Falle nämlich keine "Kontrahierungspflicht" in dem Sinne, dass die Post verpflichtet gewesen wäre, den gewünschten Vertrag erst noch abzuschliessen. Vielmehr hätte sich der "VgT" im Prozess auf den Standpunkt stellen können, der Beförderungsvertrag sei wegen der Rechtsmissbräuchlichkeit der Vertragsverweigerung seitens der Post nach dem Vertrauensprinzip bereits gültig zustande gekommen.

#### Abschliessende Bemerkung:

Wie das Bundesgericht richtig festhielt, besteht ein Anspruch des "VgT" gegenüber der Post auf Beförderung

seiner Zeitungen. Eine Rechtsgrundlage hierzu hätte schon in Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG i.V.m. Art. 2 PG bestanden. Die problematische Weichenstellung in den Erwägungen des Bundesgerichts zur Postgesetzgebung hat indessen eine erfreuliche Konsequenz: Sie führt zu einer Auseinandersetzung mit der Frage nach dem Bestehen einer im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehenen, d.h. "allgemeinen" privatrechtlichen Kontrahierungspflicht. Die Offenheit, mit welcher das Bundesgericht auf dogmatisch schwierigem Terrain dieser Frage nachgeht, ist zu begrüßen, denn die *Vermarchung der Grenzen der Vertragsfreiheit* ist angesichts der vom Vertragsrecht in zunehmendem Masse zu bewältigenden *Probleme individueller und struktureller Ungleichgewichtslagen* sachlich notwendig und fällig. Dass der Entscheidung des Bundesgerichts erst die groben Konturen einer allgemeinen Kontrahierungspflicht erkennen lässt, ist verständlich. Die Verdeutlichung dieser Konturen wird Sache wissenschaftlicher Auseinandersetzung sein.

## 7. Strafrecht / Droit pénal

### 7.3. Strafrecht – Besonderer Teil / Droit pénal – Partie spéciale

#### (5) Pornographie dure (art. 197 ch. 3 CP); protection des droits de l'auteur (art. 67 LDA).

Commentaire de l'arrêt du 26.7.2002 dans la cause *X, Y et Z. c/ Ministère public du Canton de Bâle-Ville*, ATF 128 IV 201.

Commentaire par YVAN JEANNERET,  
Docteur en droit, avocat, Genève



#### Résumé des faits:

Propriétaire d'un Sex-shop, X. vendait ou louait des cassettes vidéo pornographiques présentant notamment des scènes d'actes sexuels, d'une part, impliquant des excréments humains et, d'autre part, comportant des actes de violence. Les clients étaient toujours des personnes adultes intéressées et consentantes. Par ailleurs, X. a réalisé quelques 9500 copies de ces films qu'il a vendues à sa clientèle. Quant à Y. et Z., ils travaillaient comme employés dans le commerce de X. Tous trois ont été condamnés comme auteurs ou complices de pornographie dure (art. 197 ch. 3 CP) et de violation du droit d'auteur (art. 67 al. 1 litt. e et f LDA) avec l'aggravante du métier (art. 67 al. 2 LDA). Ces condamnations ont été pleinement confirmées par le Tribunal fédéral.

#### Les considérants de l'arrêt:

Le Tribunal fédéral répond de manière tout à fait convaincante à trois objections soulevées par les recourants et que l'on peut ainsi résumer: