

Entscheidungen Jurisprudence

690

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht / Droit constitutionnel et administratif

1.4. Grundrechte / Droits fondamentaux

(1) Art. 35 BV. Frage der Bindung eines öffentlichen Unternehmens (Post) an die Grundrechte bei privatrechtlicher Tätigkeit im Wettbewerb mit Privaten.

Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 7.5.2002, *Die Schweizerische Post c. Verein gegen Tierfabriken Schweiz*, Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 22. März 2001 (BGE 129 III 35). Derselbe Bundesgerichtsentscheid war auch Gegenstand einer Besprechung aus privatrechtlicher Optik: AJP/PJA 2003, 593 ff.

Bemerkungen von
Prof. Dr. YVO HANGARTNER, Gossau SG



Zusammenfassung des Sachverhalts:

Der Verein gegen Tierfabriken (Kläger) wollte im Dezember 1999 bei der Hauptpost St. Gallen zwei seiner Publikationen als unadressierte Massensendung zum Versand an alle Haushaltungen übergeben. Die beiden Publikationen erscheinen vierteljährlich. Die Post lehnte den Versand ab. Sie ist der Auffassung, die Publikationen würden ihrem Ruf schaden und ihre Geschäftstätigkeit beeinträchtigen, weil viele Landwirte darin namentlich kritisch erwähnt werden. Auf Klage stellte das Bezirksgericht Frauenfeld fest, dass die Verweigerung der Annahme der Publikationen widerrechtlich erfolgt sei. Das Obergericht des Kantons Thurgau bestätigte das Urteil der Vorinstanz. Mit Berufung an das Bundesgericht beantragt die Post die Aufhebung des Urteils. Das Bundesgericht weist die Berufung ab, soweit darauf einzutreten ist, und bestätigt das Urteil des kantonalen Obergerichts.

Zusammenfassung von Ziff. 5 der Erwägungen (Grundrechtsproblematik):

Das Bundesgericht befasst sich in materieller Hinsicht zunächst mit der Frage, ob es sich bei den beiden Publikationen des Klägers um Zeitungen und Zeitschriften handelt, die aufgrund der Sonderregelung von Art. 15 des Postgesetzes zu einem Vorzugspreis befördert werden müssen. Die Voraussetzungen dazu sind in Art. 11 der Postverordnung umschrieben. Danach besteht eine Beförderungspflicht nur für abonnierte Zeitungen. Gratispublikationen wie die Veröffentlichungen des Klägers fallen nicht darunter. Die Beförderung der Publikationen des Klägers gehört daher nicht zu der von der Post obligatorisch zu erbringenden Grundversorgung, sondern zu den Dienstleistungen, welche die Post erbringen kann, grundsätzlich aber nicht erbringen muss (E. 4).

Damit stellt sich die Frage, ob die Post in ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts verpflichtet ist, im Hinblick auf die Wahrung der Grundrechte der Bürger gewisse Dienstleistungen zu erbringen. Das Obergericht des Kantons Thurgau bejaht die Bindung an

die Grundrechte, auch wenn die Post im Rahmen des Wettbewerbsdienstes privatrechtlich auftritt; die Nichtbeförderung verletze die Medienfreiheit, namentlich die Pressefreiheit. Die Post stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass sie im Bereich der Wettbewerbsdienste in Konkurrenz zu Dritten benachteiligt werde, wenn sie an strengere Auflagen in Bezug auf die Respektierung der Grundrechte gebunden sei (E. 5.1).

Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV ist an die Grundrechte gebunden, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Im Bereich der Wettbewerbsdienste nimmt die Post jedoch keine staatlichen Aufgaben wahr, sondern erbringt Dienstleistungen, die von jedem anderen Privaten auch erbracht werden könnten. Eine Grundrechtsbindung der Post gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV fällt daher ausser Betracht (E. 5.2). Die Post als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts ist auch nicht gestützt auf Art. 35 Abs. 1 und 3 BV an die Grundrechte gebunden. Das Postgesetz bestimmt klar, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste nicht verpflichtet ist, die entsprechenden Dienstleistungen zu erbringen (Art. 9 Abs. 1). Andererseits sieht das Postgesetz in Art. 9 Abs. 3 vor, dass die Post vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen denselben Regeln untersteht wie die privaten Anbieter. Die parlamentarische Beratung zeigt klar, dass die Post im freien Wettbewerb mit Privaten über gleich lange Spiesse verfügen soll. An diese gesetzliche Regelung ist das Bundesgericht gebunden (E. 5.3). Damit entfällt eine spezielle Grundrechtsbindung der Post. Eine Bindung an die Grundrechte liesse sich nur mit einer Drittwirkung der Grundrechte, d.h. der Geltung der Grundrechte im Rechtsverkehr der Privaten untereinander, begründen; doch ist die Diskussion darüber entbehrlich, weil sich aufgrund rein privatrechtlicher Überlegungen ergibt, dass die Post nicht berechtigt war, die Beförderung der Publikationen des Klägers zu verweigern (E. 5.4). Anschliessend begründet das Bundesgericht den Kontrahierungszwang damit, dass die Weigerung der Post, die Publikationen des Klägers zu befördern, gegen die guten Sitten verstossen hat (E. 6).

Bemerkungen zur Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit der grundrechtlichen Problematik des Falls:

a. Ausgangslage

1. Die Vorinstanz hatte argumentiert, dass die Post in ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts an die Grundrechte gebunden sei, auch wenn sie im Rahmen des Wettbewerbsdienstes als privatrechtlich handelnde Anstalt auftritt. Mit ihrer Weigerung, die Publikationen des Klägers zu versenden, verletze die Post die Medienfreiheit. Die Post betont demgegenüber, dass sie im Bereich der Wettbewerbsdienste in Konkurrenz zu Dritten steht. Wenn die Tätigkeit der Post an strengere Auflagen in Bezug auf die Respektierung der Grundrechte gebunden sei, sei sie im Wettbewerb mit privaten Leistungsanbietern benachteiligt.

2. Die Frage der Grundrechtsbindung ist verfassungsrechtlich in Art. 35 BV ("Verwirklichung der Grundrechte") geregelt. Gemäss dem überdachenden, programmatischen Grundsatz von Absatz 1 müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Absatz 2

bestimmt: "Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen." Absatz 3 bezieht sich auf das Verhältnis der Grundrechte unter Privaten (Dritt- oder Horizontalwirkung): "Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden."

b. Frage der Anwendung von Art. 35 Abs. 2 BV

3. Das Bundesgericht wirft in E. 5.3 zunächst die Frage auf, ob die Post mit ihrer Weigerung, Publikationen eines privaten Vereins zu versenden, Art. 35 Abs. 2 BV verletzt hat. Die Frage wird apodiktisch verneint: "Da die Post im hier relevanten Bereich der Wettbewerbsdienste keine 'staatlichen Aufgaben' wahrnimmt, sondern primär Dienstleistungen erbringt, die von jedem anderen Privaten auch erbracht werden könnten, fällt eine Grundrechtsbindung der Post gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV ausser Betracht. Nur im Bereich der Universaldienste kann von der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe (Art. 92 Abs. 2 BV) und dementsprechend auch von einer Grundrechtsbindung des jeweiligen Dienstleisters ausgegangen werden" (E. 5.2).

4. Die zitierte Argumentation ist widersprüchlich und in ihren Konsequenzen nicht durchdacht. Im ersten Satz ("Dienstleistungen, die von jedem Privaten auch erbracht werden könnten") geht das Bundesgericht davon aus, staatliche Aufgaben im Sinn von Art. 35 Abs. 2 BV seien nur jene Aufgaben, die dem Staat (oder einem von ihm beauftragten Privaten) vorbehalten sind. Würde man mit dieser Begründung die verfassungsunmittelbare Grundrechtsbindung des Gemeinwesens und seiner Einrichtungen gemäss Art. 35 Abs. 2 BV verneinen, könnte in Verwaltungsgerichts- und staatsrechtlichen Beschwerden die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte im Zusammenhang der gesamten Leistungsverwaltung ausserhalb der staatlichen Monopolbereiche (Schulen, Spitäler, Subventionen usw.) nicht mehr erhoben werden – ein unhaltbares und praxisfremdes Ergebnis! Im zweiten Satz (Verweis auf Art. 92 Abs. 2 BV) ist ein Verfassungsauftrag massgeblicher Gesichtspunkt. Der Auftrag von Art. 92 Abs. 1 Satz 1 BV, wonach der Bund für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten in allen Landesgegenden sorgt, ist aber nicht nur durch Monopol erfüllbar. Auf dieser Erkenntnis beruht auch das Postgesetz vom 30. April 1997 (SR 783.0). Der Umfang der Grundversorgung wird durch Art. 2 bestimmt (vgl. H. BURKERT, St. Galler Kommentar zu Art. 92 BV, Rz. 8, 1010). Absatz 1 Satz 1 bestimmt in allgemeiner Weise, dass die Post einen ausreichenden Universaldienst, bestehend aus Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs, erbringt. Im Anschluss daran werden die reservierten Dienste (eine euphemistische Bezeichnung für den Monopolbereich, Art. 3) und die nicht reservierten Dienste (Dienste in Konkurrenz zu Privaten, Art. 4) unterschieden. Beide Dienste dienen der Erfüllung des Auftrages, der in Art. 92 Abs. 2 BV bzw. Art. 2 des Postgesetzes der Post erteilt wird. In einer weiteren Bemerkung (dritte Begründung) stellt das Bundesgericht darauf ab, ob die Post zur Erbringung der Leistung verpflicht-

et ist oder nicht; für den Bereich der nicht reservierten Dienste wird dies verneint. Für die Leistungsverwaltung ist es aber in beiden Bereichen geradezu typisch, dass der Gesetzgeber oft nicht Leistungsverpflichtungen in konkreten Fällen begründet, sondern der Exekutive Ermessen von Fall zu Fall (unter Respektierung der Budgetkompetenz des Parlaments) einräumt. Soll in allen diesen Fällen keine verfassungsunmittelbare Grundrechtsbindung der Exekutive mehr bestehen?

5. Das Bundesgericht scheint somit davon auszugehen, staatliche Aufgaben im Sinn von Art. 35 Abs. 2 BV seien Aufgaben, die dem Staat vorbehalten sind oder, in einer zweiten Version, Aufgaben, die staatlichen Organen (oder beauftragten Dritten) im Sinn eines allgemeinen Verfassungsauftrags oder – Variante – rechtlich genau vorgeschrieben sind. Gemäss Botschaft zur neuen Bundesverfassung bezeichnet Absatz 2 die (staatlichen) "Adressaten der Grundrechte und wendet sich in diesem Sinn an die Organe sämtlicher Gemeinwesen und an diejenigen Personen, die eine staatliche Aufgabe wahrnehmen" (Botschaft vom 20. November 1996, BBl 1997 I 193). Bezüglich der Funktionen wird in der Botschaft nicht differenziert. Gleich ist die Darstellung von RHINOW (Die neue Bundesverfassung, Eine Einführung, Basel/Genf/München 2000, 153). SCHWEIZER bezieht (in offensichtlich zu enger Auslegung) Absatz 2 (lediglich) auf Dritte, die vom Staat übertragene Aufgaben wahrnehmen (vgl. St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 15–17, 485 ff.; am Schluss von Rz. 17 werden dann noch unvermittelt und ohne systematische Einordnung zwei bundesgesetzliche Regelungen angeführt, die sich an Staatsorgane wenden). HANGARTNER geht davon aus, dass der Staat (und mit staatlichen Aufgaben betraute Private) und seine Einrichtungen immer, in allen Funktionen, unmittelbar, also gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV, an die Grundrechte gebunden sind (vgl. Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, AJP/PJA 2000, 515 ff.; die Bemerkung des Bundesgerichts in E. 5.4 des vorliegend kommentierten Entscheids, der Autor stütze sich bei dieser Ansicht auf Art. 35 Abs. 3 BV [Grundrechtsbindung unter Privaten], widerspricht der sich ausdrücklich auf Absatz 2 berufenden Darstellung; die These von der sich auf Absatz 2 stützenden, also verfassungsunmittelbaren Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand auch bei privatrechtlicher Tätigkeit ist gerade die These des vom Bundesgericht falsch zitierten Aufsatzes, so dass man als betroffener Autor schon etwas den Kopf schütteln darf).

6. Die Auffassung, dass das Gemeinwesen auch dort, wo es in den Formen des Privatrechts handelt, an die Grundrechte gebunden ist, ist heute in der Literatur akzeptiert (vgl. z.B. U. HÄFELIN/G. MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002, Rz. 295, 61; U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. A., Zürich 2001, Rz. 277, 87). Die Bindung besteht unmittelbar aufgrund der Bundesverfassung. Dieser unmittelbaren grundrechtlichen Verpflichtung kann sich der Staat weder durch eine andere Organisationsform (z.B. Errichtung eines selbständigen staatlichen Unternehmens) noch durch eine andere

Handlungsform (wie privatrechtliches Handeln oder indirekte Steuerung durch Ausrichtung von Subventionen) entziehen. Das heisst aber nichts anderes, als dass der Staat und seine Einrichtungen bei allen Organisations- und Handlungsformen unmittelbar durch Art. 35 Abs. 2 BV gebunden sind. Wahrnehmung staatlicher Aufgaben im Sinn dieser Bestimmung ist jedwede staatliche oder, bei der "Belehnung" Privater mit Staatsaufgaben im formellen Sinn, dem Staat zuzurechnende Aktivität.

7. Inzwischen ist es auch Praxis des Bundesgerichts, dass der Staat auch dann unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist, wenn er privatrechtlich handelt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 296, 61). Dies gilt auch dann, wenn der Staat oder eine staatliche Einrichtung eine Tätigkeit in Konkurrenz zu Privaten ausübt (z.B. Werbeflächen zur Verfügung stellt; vgl. BGE 127 I 84, 90 f.). Allerdings geht diese Praxis von den öffentlichrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts aus. Die I. Zivilabteilung, die im vorliegenden Fall entschieden hat, hätte sich damit auseinandersetzen sollen.

8. Auch völkerrechtlich ist der Staat in allen seinen Tätigkeiten unmittelbar an die Grundrechtsgarantien der Menschenrechtskonventionen gebunden, also auch an die im vorliegenden Fall zur Diskussion stehende Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit. Auch privatrechtliches Handeln fällt darunter. Sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als auch der Ausschuss für Menschenrechte gemäss dem UN-Menschenrechtspakt I haben entschieden, dass auch privatrechtlich organisierte, aber im Eigentum des Staates stehende und besonderer staatlicher Kontrolle unterliegende Unternehmen (und damit a fortiori auch öffentlichrechtlich organisierte Unternehmen wie die Post) und privatrechtliches Handeln des Staates und seiner Unternehmen gegen Konventionsrechte verstossen können (vgl. M. NOWAK, CCPR-Kommentar, 2. A., Kehl am Rhein/Strassburg/Arlington 1996, Rz. 8 zu Art. 8 des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 702; J.A. FROWEIN/W. PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2. A., Kehl am Rhein/Strassburg/Arlington 1996, Rz. 9 zu Art. 1, 21, und Rz. 40 zu Art. 25, 548). Entsprechend kann auch privatrechtliches Handeln angefochten werden (vgl. FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 40 zu Art. 25, 548; anders noch in der 1. A., 1985, Rz. 25 zu Art. 25, 372; wenn SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 15, 486, schreibt, grundsätzlich könne im Anwendungsbereich der EMRK nur die Ausübung hoheitlicher Befugnisse Gegenstand der Beschwerde sein, bezieht er sich auf eine überholte Rechtslage). Im vorliegend kommentierten Entscheid geht das Bundesgericht auf diese konventionsrechtlichen Vorgaben, die in völkerrechtskonformer Auslegung von Art. 35 Abs. 2 BV zu berücksichtigen sind, nicht ein.

c. Frage der Anwendung von Art. 35 Abs. 3 BV

9. Unter der (unzutreffenden) Annahme, dass eine Grundrechtsbindung nach Art. 35 Abs. 2 BV im vorliegenden Fall ausser Betracht fällt, wendet sich das Bundesgericht in

E. 5.3 der Frage zu, ob die Post in ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts gestützt auf Art. 35 Abs. 1 und 3 BV an die Grundrechte gebunden ist, auch wenn sie unmittelbar keine staatlichen Aufgaben wahrnehme. Absatz 1 enthält, wie vorne (Ziff. 2) dargelegt, das allgemeine Postulat der Grundrechtsverwirklichung in der ganzen Rechtsordnung. Absatz 3 verpflichtet die Behörden, dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Konkret geht es somit in Absatz 3, im Gegensatz zu der in Absatz 2 verankerten Grundrechtsbindung des Staates und seiner verselbständigten Einrichtungen und beauftragten Privaten, um die so genannte Dritt- oder Horizontalwirkung der Grundrechte. Das Wirksamwerden der Grundrechte unter Privaten setzt angesichts gegenüberstehender Grundrechte und damit von Grundrechtskonflikten eine Interessenabwägung voraus. Sie obliegt primär dem demokratischen Gesetzgeber und subsidiär, im Rahmen von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen, im Einzelfall den rechtsanwendenden Organen.

10. In diesem Prüfungsschritt wirft das Bundesgericht die Frage auf, ob die Post als "Privater" im Sinn von Art. 35 Abs. 3 BV als öffentlichrechtliche Anstalt speziellen Grundrechtsbindungen unterworfen oder wie irgendein Privater zu behandeln ist. Diese Fragestellung ist die Konsequenz der (unzutreffenden) Annahme, bei privatrechtlicher Tätigkeit in Konkurrenz zu Privaten erfülle die Post keine "staatliche Aufgabe" und falle daher nicht unter die Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV. Das Bundesgericht beantwortet diese von ihm aufgeworfene Frage jedoch nicht. Dafür liefert es zwei Begründungen. Zum einen erklärt es die Diskussion als "im vorliegenden Fall entbehrlich", weil die Post aufgrund rein privatrechtlicher Überlegungen (vgl. E. 6) nicht berechtigt gewesen sei, die Beförderung der Publikationen des Klägers zu verweigern (E. 5.4). Zum andern bezieht sich das Bundesgericht (verdeckt) auf Art. 191 (neu gemäss Justizreform: Art. 190) BV (Massgeblichkeit der Bundesgesetze), indem es erklärt, das Postverkehrsgesetz sehe in Art. 9 Abs. 3 vor, die Post unterstehe im Bereich der Wettbewerbsdienste vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen denselben Regeln wie die privaten Anbieter. Damit sei, wie sich aus den parlamentarischen Beratungen ergebe, gemeint, dass die Post in diesem Bereich gleich lange Spiesse wie die Privaten haben solle ("Wenn der Bundesgesetzgeber klar angeordnet hat, dass die Post im privaten Wettbewerb zur Erzielung von Gewinn wie eine Privatperson tätig sein und genau den gleichen Regeln unterstehen soll wie Private ..., so ist das Bundesgericht daran gebunden"; E. 5.3). Das Bundesgericht hätte (in voller Respektierung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 191 BV und in völkerrechtskonformer Auslegung des Postgesetzes) allerdings näher abklären sollen, ob zu den in Art. 9 Abs. 3 des Postgesetzes vorbehaltenen Ausnahmeregelungen nicht auch die Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV gehört; wegen der Annahme, die Tätigkeit der Post in Konkurrenz zu Privaten sei nicht Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe im Sinn von Art. 35 Abs. 2 BV, hat sich das Bun-

desgericht diese Fragestellung allerdings selbst blockiert. Die Frage wäre zu bejahen gewesen (zur Auslegung von Art. 9 Abs. 3 des Postgesetzes im vorliegenden Zusammenhang vgl. Y. HANGARTNER, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, AJP/PJA 2000, 518.).

11. In der Kommentierung des vorliegenden Entscheides kann dem Bundesgericht auch nicht der Hinweis erspart werden, dass es im Zusammenhang des Arguments, die Post müsse gegenüber konkurrierenden Privaten gleich lange Spiesse haben, sich zumindest im Kontext des vorliegenden Falles selbst widerspricht. Einerseits verneint es eine spezielle Grundrechtsbindung unter Hinweis darauf, dass die Post sonst nicht über gleich lange Spiesse wie die privaten Konkurrenten verfüge (vgl. E. 5.3). Andererseits führt das Bundesgericht später im Zusammenhang der Begründung einer privatrechtlichen Kontrahierungspflicht wörtlich aus: "Schliesslich kann auch festgehalten werden, dass die Post den Transport der fraglichen Publikationen ohne sachliche Gründe verweigert hat. Der Hinweis der Post, die Publikationen würden ihrem Ruf schaden und ihre Geschäftstätigkeit beeinträchtigen, ..., überzeugt nicht" (E. 6.4, mit nachfolgender näherer Begründung). Wenn diese Beurteilung stimmt, dann stellt sich das Problem der ungleich langen Spiesse gar nicht. Dann hätte die spezielle Grundrechtsbindung in E. 5.3 aber auch nicht mit dem Argument der sonst ungleich langen Spiesse abgelehnt werden dürfen.

12. Die Respektierung der Grundrechte im Bereich "ausgelagerter" staatlicher Unternehmen und privatrechtlicher Tätigkeit des Gemeinwesens führt unausweichlich zu einem gewissen Konflikt mit der betriebswirtschaftlichen Freiheit (vgl. G. BIAGGINI, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in R. SCHAFFHAUSER/R. POLEDNA [Hrsg.], Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, 161 ff., unter Hinweis auf BGE 127 I 90 f.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 17, 486 f.). Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das Gemeinwesen und seine Einrichtungen auch in der Konkurrenz zu Privaten gewichtige Vorteile besitzen (die Post u.a. massiv durch die gesetzliche Zuweisung von Monopolbereichen). Zur Beantwortung der Frage, ob ungleiche Spiesse bestehen, müssten bei sauberer Analyse betriebswirtschaftliche Nettobilanzen erstellt werden. Ihr Vergleich könnte rasch zur Frage führen, ob die Tätigkeit eines bestimmten öffentlichen Unternehmens nicht wettbewerbsverzerrend zu Ungunsten der privaten Konkurrenten wirkt und damit gegen Art. 27 und 94 BV verstösst.

d. *Verzicht auf grundrechtskonforme Auslegung des Privatrechts*

13. Das Bundesgericht bejaht im vorliegenden Fall die Kontrahierungspflicht rein privatrechtlich, mit der Begründung, dass die Beförderungsverweigerung gegen die guten Sitten verstossen habe. Auf die Frage einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte (grundrechtskonforme Auslegung des Privatrechts im Sinn von Art. 35 Abs. 3 BV) geht das Bundesgericht ausdrücklich nicht ein (vgl. E. 5.4 am

Schluss und E. 6.2.1 am Schluss). Dies erstaunt etwas, denn auch bei einer dem Privatrecht verpflichteten Betrachtungsweise erscheint die über die Auslegung von Art. 28 ZGB vermittelte mittelbare Grundrechtsbindung (Qualifikation der Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit des Klägers als privatrechtliche Persönlichkeitsverletzung) im Verhältnis zum Gebot der Respektierung der guten Sitten als das konkretere und damit naheliegender zu berücksichtigende Kriterium für die Beurteilung des Verhaltens der Post.

1.11. Ausländer- und Asylrecht / Droit des étrangers et droit d'asile

(2) Inländerdiskriminierung, Wille des Gesetzgebers und grundrechtskonforme Ermessensausübung.

Bundesgericht, II. Öffentlichrechtliche Abteilung, Urteil vom 17.1.2003 (2A.246/2002), i.S. P. A. c. Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kantons Zürich betr. Aufenthaltsbewilligung, Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Bemerkungen von
Dr. iur. MARC SPESCHA, Rechtsanwalt, Zürich



Zusammenfassung des Sachverhalts:

Der aus der Türkei stammende M. A., geb. 1. Juli 1962, gelangte im Dezember 1989 in die Schweiz. Im November 1992 heiratete er eine Schweizerin und 1997 erlangte er das Schweizer Bürgerrecht. Am 13. Januar 2000 ersuchte M. A. um Nachzug seiner in der Türkei lebenden, unehelich geborenen Tochter P. A., die im Gesuchszeitpunkt kurz vor Erfüllung des 13. Altersjahrs stand. Mit Verfügung vom 3. Oktober 2000 wies die Fremdenpolizei des Kantons Zürichs das Gesuch um Bewilligung der Einreise zum Verbleib beim Vater ab mit der Begründung, die Voraussetzungen für den Familiennachzug seien nicht erfüllt. Der Regierungsrat des Kantons Zürich bestätigte mit Rekursentscheid vom 5. September 2001 den vorinstanzlichen Entscheid. Mit Entscheid vom 20. März 2002 wies auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich eine gegen den regierungsrätlichen Rekursentscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab. Das Gericht kam zum Schluss, es liege keine für den Nachzug erforderliche vorrangige Beziehung der Tochter zu ihrem in der Schweiz lebenden Elternteil vor. Gegen diesen Entscheid reichte P. A. fristgerecht Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht ein mit dem Antrag, der Entscheid des Verwaltungsgerichts sei aufzuheben und das Gesuch um Familiennachzug gutzuheissen. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, das Nachzugsgesuch sei wegen der Unzulässigkeit einer Inländerdiskriminierung durch analoge Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens mit der EG auf Schweizer BürgerInnen mit ausländischen Familienangehörigen gutzuheissen.