

Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen

515

Bemerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung
zwischen einer Bürgerbewegung und der Post



Prof. Dr. YVO HANGARTNER,
Gossau SG

Inhaltsübersicht:

1. Sachverhalt
2. Rechtsstellung der Post
3. Grundrechtsbindung bei Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben
4. Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen
5. Grundrechtsbindung auch bei staatlichem Handeln in Wettbewerb mit Privaten
6. Schlussbemerkungen

1. Sachverhalt

Den Medien ist zu entnehmen, dass die eidgenössische Post sich kürzlich weigerte, ein Flugblatt der Gewerkschaftskreisen nahestehenden Bürgerbewegung "Solidarietà" zu versenden. Das Flugblatt wandte sich gegen die geplante Schliessung von Poststellen im Tessin. Die Post begründete ihre Ablehnung damit, das Flugblatt enthalte unrichtige Angaben und schade ihren Geschäftsinteressen. Auf Grund einer Eingabe der "Solidarietà" befasste sich auch das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) mit der Angelegenheit. Gemäss den Presseberichten stellte das UVEK in seiner Antwort fest, dass die Post zu ihrem Vorgehen legitimiert gewesen sei; Streitigkeiten zwischen ihr und den Kunden seien aber durch den Zivilrichter zu entscheiden. Das Vorgehen sei allerdings ungeschickt gewesen. Der Unmut der Post über die falschen Angaben sei zwar verständlich. Der Bund als Eigentümer erwarte aber von jedem seiner Betriebe, dass das Geschäftsgebaren den Grundsätzen entspreche, die der Staat selber einhalten müsse. Namentlich müsse der Verhältnismässigkeit und dem Willkürverbot nachgelebt werden. Bei eigenen Geschäftsinteressen als Verweigerungsgrund sei äusserste Zurückhaltung am Platz, besonders bei Sendungen politischer Art. Nur so könne der Anschein politischer Zensur vermieden werden¹.

2. Rechtsstellung der Post

"Die Schweizerische Post" (Post) ist eine vom Bund durch Gesetz errichtete und von ihm mit unverzinslichem Dota-

tionskapital ausgestattete selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts (Art. 2 und 5 POG²). Sie erbringt Dienstleistungen und hat Rechtsbeziehungen mit den Kunden nach der Postgesetzgebung und der Gesetzgebung über den öffentlichen Verkehr (Art. 3 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 POG).

Das Post- und Fernmeldewesen ist gemäss Bundesverfassung Sache des Bundes (Art. 92 Abs. 1 BV). Diese Regelung erlaubt dem Bund, gesetzlich ein Postmonopol einzuführen beziehungsweise weiterzuführen³. Im neuen Postgesetz gewährt der Bundesgesetzgeber der Post mit gewissen Ausnahmen das ausschliessliche Recht (Monopol), adressierte Briefsendungen und Pakete bis 2 kg zu befördern (Art. 3 PG⁴; sogenannte "Reservierte Dienste"). Daneben erbringt die Post gemäss gesetzlichem Auftrag Dienste in Konkurrenz zu privaten Anbietern (Art. 4 PG; sogenannte "Nicht reservierte Dienste"). Die Post ist im Bereich der Wettbewerbsdienste, also der nicht reservierten Dienste, vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen denselben Regeln unterstellt wie die privaten Anbieter (Art. 9 Abs. 3 PG).

Der Massenversand von nicht adressierten Flugblättern wird in Konkurrenz zu privaten Anbietern erbracht. Dies ist der Hintergrund dafür, warum die Post und offenbar auch das UVEK davon ausgehen, die Post habe das Recht gehabt, sich in diesem Bereich wie ein privater Anbieter zu verhalten und den Versand des ihr inhaltlich nicht genehmen Flugblattes abzulehnen.

3. Grundrechtsbindung bei Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben

Art. 35 Abs. 2 BV bestimmt: "Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflich-

- 1 Vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 2. März 2000, Nr. 52, 14.
- 2 Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz, POG), SR 783.1.
- 3 Art. 2 Abs. 1 POG bezeichnet die Post als "selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit". "Selbständig" und "Rechtspersönlichkeit" ist eine Tautologie. Selbständige öffentlichrechtliche Anstalten sind nach verwaltungsrechtlicher Terminologie Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit; vgl. U. HÄFELIN/G. MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998, N 1046, 273.
- 4 Vgl. M. LENDI, Kommentar BV, N 2 und 3 zu Art. 36 BV 1874 (Vorläufer von Art. 92 BV). Der Gesetzgeber legt also nicht nur die Grenzen des Regals im Einzelnen fest (BB1 1997 I 271), sondern schafft auch erst das Regal.
- 5 Postgesetz vom 30. April 1997, SR 783.0.

tet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen." In Bezug auf das Verhältnis zwischen Privaten (Problem der sogenannten Drittwirkung der Grundrechte) gilt demgegenüber Art. 35 Abs. 3 BV: "Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden."

Die unterschiedliche Regelung ist dadurch begründet, dass der Staat durch die Grundrechte verpflichtet, nicht aber berechtigt wird. Die Grundrechte entfalten daher im Verhältnis zwischen Staat und Privaten volle und unmittelbare Wirkung. Im Verhältnis zwischen Privaten kann sich demgegenüber jeder Beteiligte auf die ihm zustehenden Grundrechte berufen. Im Konfliktfall stehen sich durch verschiedene Grundrechte geschützte Interessen gegenüber. Es ist daher primär Sache des Gesetzgebers, namentlich aber nicht nur des Zivil- und Strafgesetzgebers, festzulegen, wie die Grundrechtsansprüche, soweit sie sich auf das Verhältnis zwischen Privaten beziehen können, abgegrenzt werden (keine sogenannte direkte Drittwirkung der Grundrechte, das heisst keine verfassungsunmittelbare Anwendung im Verhältnis zwischen Privaten⁶). Die Behörden, das heisst der Gesetzgeber und, im Rahmen von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen, die rechtsanwendenden Behörden haben den Ausgleich unter den divergierenden Grundrechtsansprüchen vorzunehmen. Dabei haben sie darauf zu achten, dass dem Privaten, dem gegenüber ein anderer Privater grundrechtlich bestimmte Ansprüche erheben darf, ein substantieller Kern privater Entscheidungsfreiheit, sogenannte privatautonomer Willkür, erhalten bleibt. Der Staat hingegen darf Willkür zum vornherein nicht in Anspruch nehmen (Art. 9 BV). Er besitzt keine (Privat-)Sphäre, in welcher er von Grundrechtsansprüchen der Bürger abgeschirmt wäre.

4. Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen

Die Post ist eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete öffentlichrechtliche Anstalt des Bundes (Art. 2 POG). Als solche ist sie gesetzlich mit erheblicher verwaltungsrechtlicher Autonomie ausgestattet, auch wenn der Bundesrat die strategischen Ziele der Post festlegt (Art. 6 POG) und weitere Vorgaben macht⁷ und die Post, was interessanterweise in der Postgesetzgebung nicht ausdrücklich vermerkt wurde, der Aufsicht des Bundesrates und damit mittelbar auch der Oberaufsicht der Bundesversammlung untersteht (Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV⁸; Art. 169 BV).

Die Autonomie einer öffentlichrechtlichen Körperschaft oder Anstalt ist nicht gleichzusetzen der Freiheit der Privaten. Autonomie heisst Gestaltungsfreiheit in Erfüllung eines rechtlichen Auftrages und in Bindung an die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelungen, die für das Gemeinwesen in allen seinen Erscheinungsformen bestehen. Während Freiheit beliebiges Verhalten innerhalb der gesetzlich spezifiziert bezeichneten Bindungen erlaubt, ist das mit Autonomie ausgestattete öffentliche Gebilde stets auf

das Allgemeinwohl (mit Einschluss der Verwirklichung der Grundrechte der Bürger) ausgerichtet⁹.

Die Grundrechte binden den Staat in allen seinen Erscheinungsformen. Verfassungsrechtlich ist auch eine rechtlich verselbständigte Anstalt des Bundes dem Bund zuzurechnen. Die Ausstattung eines Verwaltungszweiges mit Rechtspersönlichkeit ist lediglich eine aus Zweckmässigkeitsgründen vorgenommene rechtstechnische Konstruktion. In vergleichbarer Weise sind auch die juristischen Personen des Privatrechts unter verfassungsrechtlichen und namentlich grundrechtlichen Gesichtspunkten bloss rechtstechnische Konstruktionen. Daher gelten die besonderen Bindungen des Gemeinwesens durch die Verfassung auch für rechtlich verselbständigte Verwaltungseinheiten, so wie sich juristische Personen des Privatrechts wie natürliche Personen auf die Grundrechte der Privaten berufen können, soweit diese nicht speziell nur auf natürliche Personen zugeschnitten sind.

Das Gemeinwesen in allen seinen Erscheinungsformen ist an die Grundrechte auch dann gebunden, wenn ein Verwaltungszweig privatrechtlich organisiert ist (was für die Post nicht zutrifft) oder privatrechtliche Verträge abschliesst¹⁰.

- 6 Soweit die Verfassung nicht selbst eine Ausnahme vorsieht; siehe z.B. Art. 8 Abs. 3 dritter Satz BV, Anspruch von Mann und Frau auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.
- 7 Siehe u.a. Art. 18 POG; Art. 9 Abs. 2 PG.
- 8 Aufsicht des Bundesrates über "die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes".
- 9 Vgl. Y. HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band II: Grundrechte, Zürich 1982, 173 f.
- 10 Ob die Post privatrechtliche Verträge über ihre Dienstleistungen abschliesst, kann dahingestellt bleiben. Der historische Gesetzgeber ging von einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen der Post und ihren Kunden aus (vgl. Botschaft vom 10. Juni 1996 zum Postgesetz, BBl 1996 III 1267 sowie 1292 i.V. mit dem Verweis auf die Botschaft vom 10. Juni 1996 zu einem Postorganisations- und Telekommunikationsunternehmungsgesetz, BBl 1996 III 1345 f.; in den Beratungen von National- und Ständerat wurde die Frage offenbar nicht näher thematisiert). Objektiv ist die gesetzliche Ausgangslage alles andere als klar. Gemäss Art. 11 Abs. 1 und 2 PG regelt die Post die Inanspruchnahme ihrer Dienstleistungen (der reservierten und der nicht reservierten Dienste) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Bestimmungen des Privatrechts sind nach Art. 11 Abs. 3 PG "ergänzend" anwendbar. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post beruhen also nicht auf Privatrecht und sind daher auch nicht am Privatrecht zu messen. Unter diesen Voraussetzungen ist es eigentlich sachwidrig, privatrechtliche Verträge abzuschliessen zu wollen.

Die Frage der öffentlich- oder privatrechtlichen Natur von Verträgen des Staates oder staatlicher Unternehmen mit Privaten ist auch abgesehen von einer solchen Ausgangslage oft nicht leicht zu beantworten (vgl. U. HÄFELIN/G. MÜLLER [FN 3], N 848-852, 216; P. MOOR, Droit administratif, vol. II, Berne 1991, 276 ff.). Sie ist von Fall zu Fall beziehungsweise von Kategorie zu Kategorie nach materiellen Kriterien zu beurteilen. Auf die Bezeichnung und die subjektive Meinung der Vertragspartner kommt es nicht an. Art. 11 Abs. 3 PG

Die Grundrechte sind den Staatsorganen vorgegeben; ihre Geltung hängt nicht davon ab, welche Organisations- und Handlungsformen der Gesetzgeber für einen bestimmten Verwaltungszweig wählt oder ihm zu wählen gestattet. Dies ist anerkannt¹¹ und heute namentlich auch durch die Europäische Menschenrechtskonvention geklärt. Beschwerden wegen Verletzung von Rechten aus der EMRK setzen nicht hoheitliche Anordnungen voraus, sondern können gegen irgendwelches, also auch privatrechtliches oder faktisches Handeln (oder Untätigsein) des Staates mit Einschluss seiner Körperschaften und Anstalten erhoben werden¹². Die gleiche Rechtslage besteht nach dem internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UN-Menschenrechtspakt I; CCPR); dass die Schweiz das Fakultativprotokoll dazu mit dem Individualbeschwerdeverfahren nicht ratifiziert hat, ändert materiellrechtlich für sie nichts. 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 privatrechtliches Handeln des Staates und seiner Unternehmen gegen Konventionsrechte verstossen können; eine "Flucht in die Privatwirtschaftsverwaltung" schützt den Staat also nicht vor seiner völkerrechtlichen Verpflichtung und Verantwortung¹³. So hat der Ausschuss für Menschenrechte im Fall von Zensurmassnahmen durch die finnische Rundfunkanstalt entschieden, dass Finnland für deren Handlungen verantwortlich ist, weil sie zu 90% im Staatseigentum stehe und einer spezifischen Regierungskontrolle unterliege¹⁴. Aus dem heute noch beschränkten (ungenügenden, unklaren oder in der Praxis aus Rechtsunkenntnis nicht gewährten) Rechtsschutz bei privatrechtlichem und faktischem Handeln des Staates in der Schweiz¹⁵ darf nicht der Schluss gezogen werden, die Grundrechte würden in diesen Bereichen nicht gelten. Diese Problematik sollte ein wichtiger Aspekt der bevorstehenden Revision der Bundesrechtspflege sein.

Bei der Vorbereitung der neuen Bundesverfassung von 1999 wurde, wie sich der Verfasser dieser Zeilen als ehemaliges Mitglied des Leitungsausschusses und als Präsident des wissenschaftlichen Beirates für die Verfassungsreform erinnert, von kantonaler Seite im Zusammenhang des (später so nummerierten) Art. 35 Abs. 2 BV ein Vorbehalt zugunsten der (privat-)wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates und seiner Einrichtungen gefordert. Grund war die Befürchtung, die strikte Bindung an die Grundrechte könnte die wirtschaftliche Tätigkeit unverhältnismässig erschweren. Dem Anliegen konnte mit Blick auf die Funktion der Grundrechte nicht entsprochen werden. Den Befürchtungen – es wurde vor allem auf die Problematik der rechtsgleichen

– die heranzuziehen sind, wenn das Gesetz keine Regelung trifft – wären im Monopolbereich verwaltungsrechtliche Verträge (Erfüllung einer spezifisch öffentlichen Aufgabe) und im Nichtmonopolbereich privatrechtliche Verträge anzunehmen; allerdings wird die freiere Konzeption der nicht reservierten Dienste durch die Vorgaben "Gewährleistung eines ausreichenden Universaldienstes" und "Berücksichtigung des Angebots privater Anbieterinnen und Anbieter" in Art. 4 Abs. 2 PG doch wieder erheblich relativiert.

Wenig aussagekräftig ist für die Frage, ob ein öffentlich- oder zivilrechtlicher Vertrag vorliegt, dass Streitigkeiten zwischen Staat beziehungsweise öffentlichem Unternehmen und Privaten durch die Zivilgerichte beurteilt werden (so Art. 17 Abs. 1 PG in Bezug auf die Streitigkeiten zwischen der Post und der Kundschaft; dazu besteht übrigens auch im Nichtmonopolbereich eine Ausnahme: Art. 18 PG, Anfechtung von "Verfügungen" der Post betreffend die Gewährung von Vorzugspreisen für die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften bei der Rekurskommission des Departementes). Die Einsetzung des Zivilrichters auch in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten kann zweckmässig sein (Beurteilung analoger Fragen). Rechtsgeschichtlich (System der zivilgerichtlichen Verwaltungskontrolle, in der Schweiz eingerichtet in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts und in Restbeständen bis heute erhalten; vgl. M. IMBODEN, Die Verwaltungsrechtsprechung in der Schweiz, in Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgeschichte und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichtes, Band I, Karlsruhe 1963, 309 ff.; das System hat seine Vorläufer im aufgeklärten Absolutismus, der mit der Umdeutung hoheitlicher in privatrechtliche Fälle – z.B. der Streitigkeiten über die Entschädigung aus Enteignung in Streitigkeiten aus einem "Zwangskauf" – (zivil-)richterlichen Rechtsschutz ermöglichte) und rechtsvergleichend (angelsächsische Länder) ist die Betreuung des Zivilrichters mit Verwaltungsstreitigkeiten nichts Ungewöhnliches. Heute zeichnet sich bloss eine gewisse Neigung ab, bestimmte Verwaltungsstreitigkeiten dem Zivilrichter anzuvertrauen, weil der Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht nicht mehr so scharf gezogen wird oder weil sich auf Grund intellektueller Disziplinlosigkeit diffuse Vorstellungen breitmachen.

- 11 Vgl. U. HÄFELIN/G. MÜLLER (FN 3), N 1203 und 1204, 307; P. MOOR, Droit administratif, vol. III, Berne 1992, 372 ff.; einlässlicher Y. HANGARTNER, Öffentlich-rechtliche Bindungen privatrechtlicher Tätigkeit des Gemeinwesens, in Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, 129 ff.
- 12 Vgl. J. A. FROWEIN/W. PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2. A., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, N 9-11 zu Art. 1, 32 ff., und N 40 und 41 zu Art. 25, 548 f.; J. VELU/R. ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, N 117, 96; M. E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. A., Zürich 1999, N 104, 74.
- 13 Vgl. M. NOWAK, CCPR-Kommentar, Kehl am Rhein/Strassburg/Arlington 1989, N 8 zu Art. 1 des Fakultativprotokolles (FP) zum CCPR, 702; J. A. FROWEIN/W. PEUKERT (FN 12), N 40 zu Art. 25, 548 (anders noch in der 1. A., Kehl/Strassburg/Arlington 1985, N 25 zu Art. 25, 372).
- 14 Vgl. M. NOWAK (FN 13), N 8 zu Art. 1 FP, 702.
- 15 Vgl. Y. HANGARTNER (FN 11), 151 ff.; P. RICHLI, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfüpfungsfreien Staatshandeln, AJP/PJA 1992 196 ff.

deutet darauf hin, dass das Gesetz – dessen Entscheidung weitere Erörterungen erübrigen würde – eher von verwaltungsrechtlichen Verträgen ausgeht. Nach allgemeinen Kriterien

Behandlung verwiesen – lag wohl auch ein zu enges Verständnis der verfassungsmässigen Rechte zugrunde. So fordert zum Beispiel im öffentlichen Beschaffungswesen der Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) keineswegs die absolute Gleichbehandlung aller Anbieter, also nicht die Verteilung der Aufträge nach dem Giesskannenprinzip, sondern lediglich die Möglichkeit, sich um Aufträge zu bewerben (bei grösseren Aufträgen also die öffentliche Ausschreibung), und eine faire Beurteilung der Offerten (Chancen- und nicht Ergebnisgleichheit).

5. Grundrechtsbindung auch bei staatlichem Handeln in Wettbewerb mit Privaten

Die Post machte in der Auseinandersetzung mit der Bürgerbewegung "Solidarietà" geltend, sie stehe bei nicht adressierten Massensendungen im Wettbewerb mit Privaten; es könnten hier also nicht die gleichen Regeln wie im Bereich der reservierten Dienste, dem Monopolbereich, gelten. Daraus leitet die Post das Recht ab, den Versand einer Sendung zu verweigern, wenn diese den Interessen der Post zuwiderläuft.

Die Post geht offenbar davon aus, ein Flugblatt, das sich gegen eine von ihr betriebswirtschaftlich als notwendig oder nützlich angesehene Reorganisationsmassnahme (Schliessung von Poststellen) wendet und insofern Stimmung gegen die Post macht, schwäche ihre Stellung im Wettbewerb mit Privaten. Das Postgesetz bestimmt ausdrücklich, die Post sei "im Bereich der Wettbewerbsdienste, vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen, denselben Regeln unterstellt wie die privaten Anbieter" (Art. 9 Abs. 3 PG). Wenn unterstellt wird, ein privater Anbieter dürfe in der gleichen Situation den Versand ablehnen (dies ist wegen Art. 35 Abs. 3 BV allerdings nicht so eindeutig), muss – so die Argumentation – auch die Post ablehnen dürfen. Die Post ist aber im Bereich der nicht reservierten Dienste nicht absolut gleichen rechtlichen Regelungen wie private Wettbewerber unterworfen. Das Postgesetz macht in Art. 9 Abs. 3 ausdrücklich den Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen. Diese wirken sich unter wirtschaftlichen Aspekten zum Teil zugunsten der Post aus; die Post hat erhebliche Wettbewerbsvorteile im Bereich der nicht reservierten Dienste unter anderem dadurch, dass sie im Monopolbereich benützt werden muss, dass sie die unter einem umfassenden Monopol gewachsene bisherige Post übernehmen konnte und dass sie als Unternehmen des Bundes Prestige geniesst und behördliche Unterstützung erhält¹⁶. Andererseits muss die Post eben auch betriebswirtschaftliche Nachteile ertragen, die ihr aus der Stellung als öffentliches Unternehmen erwachsen können. Dazu können auch Nachteile wegen der Grundrechtsbindung der Post gehören; zu den in Art. 9 Abs. 3 des Postgesetzes vorbehaltenen Ausnahmen gehören nicht nur einfachgesetzliche Regelungen, sondern selbstverständlich auch Bestimmungen der Bundesverfassung und internationaler Menschenrechtskonventionen.

Private, die ein Flugblatt durch die Post verteilen wollen, also einen Dienst beanspruchen, den die Post der Öffentlichkeit anbietet, können sich auf ihre Meinungs- und Informationsfreiheit berufen (Art. 16 BV¹⁷). Sie können dies tun, obwohl sie das Flugblatt auch durch andere, private Leistungserbringer verbreiten könnten (und im zur Diskussion stehenden Fall nach der Absage der Post auch verbreitet haben). Die grundrechtlichen Verpflichtungen des Gemeinwesens binden das Gemeinwesen und seine Einrichtungen in der gesamten Tätigkeit und damit unabhängig davon, ob ein berechtigter Privater einer Beschränkung seiner grundrechtlichen Ansprüche ausweichen kann oder nicht. Niemandem würde es zum Beispiel einfallen zu behaupten, es liege kein Grundrechtsproblem vor, wenn eine Gemeinde eine politische Versammlung auf ihrem Gebiet verbietet, nur weil die Versammlung in einer benachbarten Gemeinde zugelassen wird, oder ein gewerbepolizeiliches Verbot eines Produkts sei zum vornherein unproblematisch, weil der Produzent ohne Nachteil auf ein Ersatzprodukt ausweichen könnte. Verfassungsmässige Rechte können hier und heute beansprucht werden, so wie der berechnete Privater sie nach seinem Gutdünken beanspruchen will; er braucht sich nicht auf Ausweichmöglichkeiten verweisen zu lassen.

Die Weigerung der Post, ein Flugblatt nicht zu verteilen, weil die Verteilung wegen des Inhalts der Schrift ihren Geschäftsinteressen widerspreche, ist objektiv ein schwerwiegender Eingriff in die Meinungs- und Informationsfreiheit. Sie läuft, wie in einer Sendung des Schweizer Fernsehens zu Recht gerügt wurde, auf einen Akt der im Verfassungsstaat verpönten politischen Zensur hinaus (die Befugnis der Post, in ihren Geschäftsbedingungen¹⁸ strafgesetzwidrige oder Polizeigüter gefährdende Sendungen von ihren Dienstleistungen auszuschliessen, steht im vorliegenden Zusammenhang nicht zur Diskussion und ist unbestritten). Die Beeinträchtigung von Interessen des Gemeinwesens oder eines öffentlichen Unternehmens rechtfertigt – als Argument per se – keine Grundrechtsbeschränkung. Als zu Beginn des 19. Jahrhunderts und schon vorher im 18. Jahrhundert die grossen staatspolitischen und staatsrechtlichen Diskussionen über das Prinzip der Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit geführt wurden, war ein Hauptargument der konservativen Gegner dieser liberalen Forderung, die Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit trage Unruhe in die Bevölkerung, führe die Leute irre, untergrabe das Vertrauen in die Behörden und hemme den guten Gang der Staatsgeschäfte. Die Kirchen sekundierten mit dem Diktum, nur die Wahrheit, nicht aber der Irrtum habe das Recht

16 Auch der durch Art. 2 POG festgelegte Name "Die schweizerische Post" ist mit Blick auf den Nichtmonopolbereich eine Privilegierung; die damit gemeinte Post ist die eidgenössische Post im Gegensatz zu den privaten Anbietern des Postverkehrs (und zu den früheren kantonalen Postbetrieben). Der Name "Die schweizerische Post" wirkt übrigens wegen des vorangestellten "Die" etwas gestelzt.

17 Siehe auch Art. 10 EMRK; Art. 19 CCPR.

18 Siehe Art. 11 Abs. 1 PG.

auf Verbreitung. Solche Vorstellungen führten dazu, dass einzelne Kantone bis Mitte des 19. Jahrhunderts die Pressefreiheit verweigerten; erst die Bundesverfassung von 1848 (Art. 45) gewährleistete in der ganzen Schweiz den freien Fluss der Informationen und Meinungen. Dass die Meinungs- und Informationsfreiheit die Tätigkeit der Behörden behindern und unter übergeordneten Gesichtspunkten im Einzelfall gemeinwohlschädigend sein kann, ist offensichtlich; man erinnere sich etwa an die Hormonkälberkampagne einer bekannten Boulevardzeitung, durch welche die Bevölkerung in erheblichem Mass verunsichert und die Agrarpolitik des Bundes in unverhältnismässiger Weise gestört wurde. Der Verfassungsgeber hat die Meinungs- und Informationsfreiheit trotzdem gewährleistet, weil sie ein Menschenrecht ist und auch unter Gemeinwohlaspekten – alles in allem – auf sie nicht verzichtet werden kann. Die Verwaltung hat daher Meinungsäusserungen und Informationsvermittlungen auch dann hinzunehmen, wenn ihr diese im Einzelfall missfallen und verzerrte Darstellungen dazu führen können, dass ihre Tätigkeit faktisch behindert wird.

Was die Post im Fall "Solidarietà" beanspruchte, ist im Grunde die Freiheit eines privaten Unternehmens. Die Post aber ist kein privates, sondern ein öffentliches Unternehmen; sie ist uneingeschränkt grundrechtsverpflichtet, aber grundsätzlich nicht grundrechtsberechtigt. Aus diesem Grund darf die gesetzliche Regelung, wonach die Bestimmungen des Privatrechts auf die Dienstleistungen der Post ergänzend anwendbar sind (Art. 11 Abs. 3 PG), bei verfassungskonformer Auslegung nicht als Verweis auf privatautonome Willkür verstanden werden. Der zur Diskussion stehende Fall ist auch nicht zu vergleichen mit Konstellationen, in denen Verwaltungsbehörden in der Rechtsprechung wie Private behandelt werden und ihnen daher zugebilligt wird, sich auf Grundrechte zu berufen. So nimmt zum Beispiel das Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerden von Gemeinden und anderen Selbstverwaltungskörpern wegen Verletzung bestimmter Grundrechte (namentlich der Eigentumsgarantie) entgegen, wenn diese von einem Verfahren "wie Private" betroffen sind¹⁹. Ein Beispiel ist die Beschwerde einer öffentlichen Pensionskasse gegen die Verweigerung der Bewilligung zur Erstellung einer Baute zu Anlagezwecken. Es wäre willkürlich, der öffentlichen Hand in solchen Fällen nicht den gleichen Rechtsschutz zu gewähren wie Privaten. Willkürlich heisst hier ein Verstoss gegen elementare Gerechtigkeitsvorstellungen²⁰. Der Post zu erlauben, die Verbreitung von Flugblättern durch Private abzulehnen, weil darin enthaltene Informationen und Kommentare ihr lästig fallen könnten, hat demgegenüber mit der Durchsetzung elementarer Gerechtigkeitsvorstellungen nichts zu tun. Sachverhalt ist vielmehr ein nicht schützenswerter Rückfall in vorliberale Vorstellungen, mit denen in der Schweiz bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts aufgeräumt wurde.

Die Post ist auch dann verpflichtet, solche Flugblätter zu verteilen, wenn Tatsachen unrichtig wiedergeben werden (wobei die Frage, ob dieser Sachverhalt zutrifft, meist kontrovers beurteilt wird). Es fehlt bereits die formellgesetzliche Ermächtigung, die für eine solch einschneidende Mass-

nahme nötig wäre. Der Gesetzgeber wäre mit Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch nicht gut beraten, der Post eine solche Kompetenz in eigener Sache einzuräumen. Der Post bleibt deshalb nichts anderes übrig, als was auch dem Bundesrat und der Bundesversammlung übrig bleibt, wenn sie glauben feststellen zu müssen, dass ihre Tätigkeit verzerrt dargestellt wird. Sie muss auf dem Markt der Informationen und Meinungen ihre Ansicht der Dinge darstellen; der Post ist zum Beispiel nicht verboten, zur Richtigstellung ein eigenes Flugblatt zu verbreiten. Sollte sie feststellen, dass die Post als Unternehmen oder einzelne ihrer Exponenten persönlichkeitsverletzend angegriffen werden, so kann sie eine richterliche Verfügung erwirken, welche die verlangte Verteilung der Massensendung (provisorisch und später allenfalls definitiv) stoppt. Es fehlen aber die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und die gesetzliche Grundlage für eine Selbstjustiz der Post.

6. Schlussbemerkungen

In der Auseinandersetzung zwischen der Bürgerbewegung "Solidarietà" und der Post hat das UVEK als Aufsichtsbehörde festgestellt, die Post habe sich ungeschickt verhalten; über die Rechtmässigkeit hätte der zuständige (Zivil-)Richter entscheiden müssen. Diese Art der Erledigung ist in solchen Fällen offenbar üblich. Sie ist vielleicht klüger als die Feststellung, es sei rechtswidrig gehandelt worden; sie setzt einerseits – so ist zu hoffen – den Grundrechtsschutz für die Zukunft durch und vermeidet andererseits den Konflikt mit der angegriffenen Verwaltungsbehörde. Angesichts der grundsätzlichen Tragweite des Falles wäre eine eindeutige Stellungnahme der Aufsichtsbehörde aber erwünscht gewesen. Denn **das ist klar: Dass in Verwaltungen tätige Personen, die materiell Angestellte der Bevölkerung sind, im Verkehr mit Bürgern und ihren Vereinigungen eine Herr im Haus-Position einnehmen, entspricht weder verfassungsstaatlichem Verständnis noch schweizerischen politischen Sitten.**

Auch aus allgemeiner Optik gibt der Fall "Solidarietà" zu denken. Im Zuge der Deregulierung, die nach vorherrschender Beurteilung aus Gründen des öffentlichen Wohls grundsätzlich erwünscht ist, werden neben echten Privatisierungen zunehmend Verwaltungseinheiten in Bund, Kantonen und Gemeinden ausgegliedert und mit Autonomie ausgestattet (öffentlichrechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit; öffentlichrechtliche Stiftungen; Pseudoprivatisierungen, d.h. Wahl einer privatrechtlichen Organisations-

19 Vgl. W. KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern 1994, 270 f.; Y. HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 121 f.

20 Vgl. G. MÜLLER, Kommentar BV, N 57 zu Art. 4 BV 1874 (stossende Ungerechtigkeit des Ergebnisses).

form für Verwaltungszweige, die materiell Staatsbetriebe bleiben oder vom Staat beherrscht werden). Diese Entwicklung ist zum Teil auch durch die Notwendigkeit gemeinwesenübergreifender Zusammenarbeit vorgezeichnet. Durch solche neue Organisationsformen, die nicht mit Entlassung in die Privatwirtschaft verwechselt werden dürfen, werden demokratische Einflussnahme und Kontrolle vermindert. Sie sollen jedoch eine betriebswirtschaftlich befriedigendere Führung und eine bessere Output-Orientierung ermöglichen. Dazu gehört auch, Manager aus der Privatwirtschaft zu engagieren und privatwirtschaftliches Denken zu fördern. Damit besteht aber die Gefahr, dass die leitenden Personen die besondere rechtliche Situation und demokratische Einbettung staatlicher Organisationen verkennen und das ihnen anvertraute Unternehmen wie eine private Firma führen, also auch die sogenannte privatautonome Willkür ganz selbstverständlich in Anspruch nehmen. Hier muss Klarheit geschaffen werden. Entweder bedarf ein Unternehmen keiner Einbettung in den Staat; zur Wahrung der öffentlichen Interessen genügt eine allgemeine Gesetzgebung. Dann ist das Unternehmen in die Privatwirtschaft zu entlassen. Oder der Gesetzgeber betrachtet eine besondere Einbindung in den Staat als notwendig. Dann aber sind die Bedingungen zu beachten, die sich für – wie auch immer organisierte – staatliche Gebilde aus einer demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassung ergeben.

Auch die Leiter tatsächlich (und nicht nur nach der Rechtsform) privatisierter Unternehmen sollten die Grundrechtsproblematik nicht ganz ausser Acht lassen. Die Bundesverfassung verpflichtet die Behörden, das heisst den Gesetzgeber und im Rahmen von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen die rechtsanwendenden Organe, dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 Abs. 3 BV). In dieser Bestimmung liegt viel Entwicklungspotential. In der Praxis und Literatur zu den internationalen Menschenrechtskonventionen wird die Frage der Drittwirkung der Grundrechte unter dem Stichwort der Schutzpflichten des Staates gegenüber Privaten auf Grund der Konventionsrechte behandelt. Auch private Unternehmen können im Rechtsstaat grundrechtlichen Verpflichtungen nicht ganz entfliehen. Dies ist jedoch eine andere, hier nur anzudeutende Thematik²¹.

21 Im schweizerischen Schrifttum vgl. namentlich J. P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, 160 ff.; G. MÜLLER, Die Drittwirkung der Grundrechte, ZBl 1978, 235 ff.; P. SALADIN, Grundrechte und Privatrechtsordnung, SJZ 1988, 373 ff.; R. ZÄCH, Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, SJZ 1989, 1 ff. und 25 ff.

La Poste Suisse est une entreprise de la Confédération. Récemment, la Poste a refusé la distribution de tracts d'un mouvement populaire tessinois critiquant la fermeture de bureaux postaux. Ainsi, la Poste a violé la liberté d'expression. Celui qui assume des tâches étatiques est obligé de respecter les droits fondamentaux et doit contribuer à leur réalisation (art. 35 al. 2 Cst). Cette obligation ne cesse pas d'exister lorsqu'une entreprise étatique est en situation de concurrence avec des entreprises privées et agit comme sujet de droit privé.

Une entreprise étatique qui tente de supprimer les expressions de volonté critiques commet une censure politique; or la censure est interdite pour l'Etat et ses entreprises. La Cour européenne des droits de l'homme ainsi que la Commission pour les droits de l'homme de l'ONU admettent que les Etats et leurs institutions, même lorsque ces dernières agissent comme sujets de droit privé, doivent respecter les droits fondamentaux.

(Flurin von Planta)