

Prof. Dr. iur. Karl Spühler
e. Ordinarius für Zivilprozessrecht
Schuldbetreibungs- und
Konkursrecht und Privatrecht
an der Universität Zürich
Rechtsanwalt

Bergblumenstrasse 6, 8408 CH-Winterthur
c/o Meyer Lustenberger Rechtsanwälte
Forchstrasse 452, Postfach 1432, CH-8032 Zürich
Tel./Fax P +41 (052) 222 30 96
Tel. G +41 (044) 396 91 91
Tel direkt G +41 (044) 396 92 57
Fax G +41 (044) 396 91 92
E-Mail karl.spuehler@ml-law.ch

Herr
Dr. Erwin Kessler
Im Bühl 2
9546 Tuttwil

Zürich, 21. Februar 2008

**Kurzgutachten zum Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Bern vom
14. Februar 2008 in Sachen Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT gegen
Schweizerische Post**

Das nachfolgende Gutachten beschränkt sich auf die Fragen des Kontrahierungszwanges, der Zertifizierung und ihre Folgen sowie auf kartellrechtliche Fragen.

1. Kontrahierungszwang

Das Handelsgericht des Kantons Bern verneinte einen Kontrahierungszwang für die Post zur Spedition von fünf Ausgaben einer flächendeckenden Zeitung des Vereins gegen Tierfabriken Schweiz. Zutreffend hält das Handelsgericht in Erwägung 6.5 fest, dass es sich um den Bereich der Wettbewerbsdienste handelt,

wobei hier keine staatlichen Aufgaben erfüllt werden. Auch im Verhältnis zu den politischen Parteien liegt gemäss Handelsgericht keine unzulässige Diskriminierung des Vereins gegen Tierfabriken vor. Nur solche Presseerzeugnisse würden unter das Angebot *Gratiszeitung* fallen, wenn sie mindestens zwölfmal jährlich erscheinen würden. Der Begriff Zeitung gehe eben von einem regelmässigen Erscheinen aus. Das Handelsgericht hielt fest, wenn ein Grenzfall vorliegen würde, z.B. ein elfmaliges Erscheinen pro Jahr, so könnte allenfalls eine gewisse Flexibilität verlangt werden. Dieser Grenzwert sei aber in casu ganz und gar nicht erfüllt.

Vertragsrechtlich liegt ein Auftrag vor, den die Post aber nicht angenommen hat. Rolf Weber (Basler OR-Kommentar N 2 bis 4 zu Art. 395) führt aus, beim Auftrag sei der Kontrahierungszwang grundsätzlich sehr wohl möglich. Dem Kontrahierungszwang unterstehen grundsätzlich auch juristische Personen, wie der Verein gegen Tierfabriken und die Post (Basler ZGB-Kommentar, Huguenin, Art. 19/20 N 7).

Zu bedenken ist ferner Folgendes: Seit dem Inkrafttreten der PTT-Reform am 1. Januar 1998 ist die Post eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern. Die Post ist damit gegenüber der Bundesverwaltung verselbständigt worden. Kundenbeziehungen sind neu dem Privatrecht unterstellt worden. Die Post ist verpflichtet, eine flächendeckende Grundversorgung mit Post- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen sicherzustellen (BGE 129 III 35 S. 37). Anders verhält es sich bei den Wettbewerbsdiensten. Nach dem Handelsgericht Bern ist die Post zur Spedition berechtigt, nicht aber verpflichtet, soweit es sich um Wettbewerbsdienste handle (BGE 129 III 35 S. 40). Das Bundesgericht prüfte in einem früheren Fall demgegenüber auch die Frage der Kontrahierungspflicht, die sich aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechts (Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB) oder den guten Sitten erge-

ben könne (BGE 129 III 35 S. 42 f.). Der Verein gegen Tierfabriken verkörpert eine Minderheit. Seine Meinungsäusserungsfreiheit kann er nur wahrnehmen, wenn seine Zeitungen von der Post spediert werden. Zu beachten ist auch, dass offensichtlich eine eigene Verteilorganisation dem Verein wirtschaftlich unzumutbar ist. Es ist auch rechtsmissbräuchlich, den Verein gegen Tierfabriken auszuschliessen, wenn mit einer unsachlichen Kritik in den Zeitungen zu rechnen sei (BGE 129 III 35 S.43). Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 35 S. 45 auch entschieden, dass eine Kontrahierungspflicht nicht auf die Fälle beschränkt ist, in denen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht. Diese Grundlage kann beispielsweise in Art. 28 ZGB gefunden werden. Den Persönlichkeitsschutz können auch juristische Personen anrufen (Art. 28 N 33 Meili; Huguenin in Basler Kommentar Art. 19/20 N 7).

Aus dem Bundesgerichtsentscheid vom 7. Mai 2002, 4C.297.201, abgedruckt im Zentralblatt 2003 S. 365 ff., ergibt sich, dass im Regelfall folgende, teilweise schon vorstehend abgehandelte Voraussetzungen gegeben sein müssen:

- Ein Unternehmer (Post) muss seine Waren und Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbieten. Diese Voraussetzung ist gegeben, denn die Post entfaltet eine breite Werbung für ihre Dienstleistungen.
- Die Dienstleistungen müssen zum Normalbedarf gehören. In der Schweiz mit ihrer breitgefächerten Demokratie gehört es zum Normalbedarf der Stimmberechtigten, dass sie haufenweise politische Propaganda erhalten. Ähnliche Dinge erhalten sie auch von Verbänden, Vereinen usw. Für eine Schweizerin oder einen Schweizer gehören Zeitungen wie hier zum Normalbedarf. Man denke nur an die vielen Gratiszeitungen, wobei z.B. in der Stadt Winterthur gerade drei wöchentlich verteilt werden.

- Dem Verein gegen Tierfabriken fehlen angesichts der starken Machtstellung der Post zumutbare Ausweichmöglichkeiten, vor allem auch für Streuaktionen in der französischen Schweiz.
- Schliesslich sind keine wirklich sachlichen Gründe für eine Verweigerung des Postversands bekannt.

Unter diesen Umständen stellt die Weigerung der Post, die Publikationen des Klägers zu transportieren, einen Verstoss gegen die guten Sitten dar.

Zwar ist es richtig, dass heute die Post privatrechtlich handelt. Im vorstehend zitierten Bundesgerichtsentscheid (im Zentralblatt 2003 S. 375 ff. abgedruckt), der im Ergebnis das vorangegangene Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau deckte, heisst es, dass die Post zur Spedition der betreffenden Zeitung verpflichtet ist.

Aus allen diesen Gründen ist der Kontrahierungszwang hier zu bejahen. Um allfällige Zweifel zu zerstreuen, sei auf Weber, Basler Kommentar Art. 395 N 2 bis 4 hingewiesen, wonach auch beim Auftrag Kontrahierungszwang möglich ist. Der Auftrag an die Post zum Verteilen von Zeitungen dürfte am ehesten ein einfacher Auftrag i.S. von Art. 394 ff. sein.

2. Verweigerung der Zeitungsbeförderung mangels Zertifizierung?

Geht es um den öffentlich-rechtlichen Bereich, so ist die Zertifizierung allgemein oder im Einzelfall zu verlangen, wobei allerdings die Gebote der Rechtsgleichheit zu beachten sind (vgl. BGE 86 I 318). Im übrigen besteht nur eine sehr schmale Rechtssprechung des Bundesgerichtes zur Zertifizierung. Insbesondere sind in neuerer Zeit die BGE 131 II 44 und 133 V 115 zu nennen, wo es um typische

medizinische Zertifikate geht. Es trifft zu, dass der Verein gegen Tierfabriken keine Zertifizierung durch die ZEWO besitzt. Es handelt sich dabei um eine Stiftung, die in Zürich ihren Sitz hat und welche als Fachstelle für gemeinnützige, Spenden sammelnde Organisationen mit dem Zweck der Förderung von Transparenz und Lauterkeit im Spendemarkt auftritt (Basler Kommentar, Grüninger, Art. 80 N 42). Der Verein gegen Tierfabriken hat diese Stiftung im Mai 2007 um die Zertifizierung ersucht. Dies wurde aber von der Stiftung ausdrücklich abgelehnt. Sie antwortete, dass Organisationen, die ausschliesslich im Bereich des Tierschutzes tätig sind, nicht beurteilt werden, d.h. von der Stiftung keine Zertifizierung erhalten.

Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, dass die Post vom Verein gegen Tierfabriken eine entsprechende Zertifizierung verlangt. Diese kann offensichtlich gar nicht erhältlich gemacht werden. Dass die Zertifizierung fehlt, kann dem Verein gegen Tierfabriken in keiner Art und Weise und keinem Zusammenhang vorgehalten werden. Der Verein gegen Tierfabriken kann nichts dafür, dass die Statuten der ZEWO in diesem Fall angeblich keine Zertifizierung zulassen.

Es ist stossend und persönlichkeitsverletzend, wenn von einem Verein etwas verlangt wird, das er gar nicht leisten kann. Objektive Unmöglichkeit wie hier darf zu keinen Rechtsverlusten führen. Denn es gilt allgemein, dass objektive Unmöglichkeit zu einer Art. 19 entsprechenden Lösung führt (vgl. auch Basler Kommentar, Wiegand, Art. 97 N 13).

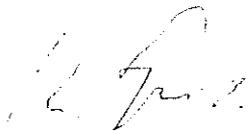
3. Kartellrechtliche Überlegungen

Art. 7 Abs. 2 lit. a Kartellgesetz bestimmt, dass marktbeherrschende Unternehmen sich unzulässig verhalten, indem sie Geschäftsbeziehungen mit Dritten verweigern. Die Post ist für entsprechende Leistungen marktbeherrschend, zumin-

dest weil es nicht überall, vor allem nicht auf der Landschaft, entsprechende andere Verteilorganisationen gibt, wobei sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere beim Wettbewerb behindert. Dabei ist zu beachten, dass Marktmacht an sich legitim ist, unzulässig ist aber der Missbrauch. Die Post missbraucht ihre marktbeherrschende Stellung, wenn sie wie hier von ihren Kunden eine Zertifizierung verlangt und diese die Zertifizierung gar nicht vornehmen lassen können, wobei wie hier davon auszugehen ist, dass eine Zertifizierung gar nicht möglich ist. Die Post handelt demnach nicht rechtmässig (vgl. dazu BGE 124 III 495).

Indem die Post es ablehnte, die betreffenden Zeitungen zu spedieren, obschon der Verein gegen Tierfabriken die Zertifizierung seiner Organisation gar nicht vornehmen lassen kann, handelte sie unzulässig. Auf dieser Grundlage muss ein Kontrahierungszwang verlangt werden. Dies umso mehr, als die ideellen und die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Vereins gegen Tierfabriken ansonsten ebenfalls verletzt würden.

An all dem Ausgeführten ändert nicht, dass die Post erst ab 12 oder auch nur 11 jährlichen Ausgaben Zeitungen spedierte. Soweit ersichtlich fehlt eine Rechtsgrundlage hierfür. Zudem fehlt es auch an sachlichen Gründen.



Karl Spühler