Urteilskopf

129 III 35

7. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. Die Schweizerische Post gegen Verein gegen Tierfabriken (Berufung) 4C.297/2001 vom 7. Mai 2002

Regeste (de):
Verpflichtung der Post zur Beförderung von nicht abonnierten Zeitungen (Art. 35 BV; Art. 2-4, 9 und 15 PG; Art. 1 OR).

Die Beförderung von nicht abonnierten Zeitungen zählt nicht zu der von der Post obligatorisch zu erbringenden Grundversorgung (Universaldienst, Art. 2-4 und 15 PG), sondern gehört zu den Dienstleistungen, welche die Post erbringen kann, grundsätzlich aber nicht erbringen muss (Wettbewerbsdienst, Art. 9 PG; E. 4).

Im Bereich der Wettbewerbsdienste ist die Post gleich zu behandeln wie ihre private Konkurrenz. Eine spezielle Grundrechtsbindung der Post, aus welcher eine Beförderungspflicht abgeleitet werden könnte, ist zu verneinen (E. 5).

Eine privatrechtliche Kontrahierungspflicht kann sich ausnahmsweise aus dem Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten ergeben. Im vorliegenden Fall ist eine Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage zu bejahen (E. 6).

Regeste (fr):
Obligation de la Poste de transporter des journaux qui ne sont pas en abonnement (art. 35 Cst.; art. 2-4, 9 et 15 LPO; art. 1 CO).

Le transport de journaux qui ne sont pas en abonnement ne fait pas partie des services fondamentaux que la Poste doit obligatoirement assurer (Service universel, art. 2-4 et 15 LPO), mais appartient aux prestations que la Poste peut assurer sans y être en principe tenue (Service libre, art. 9 LPO; consid. 4).

Dans le domaine des services libres, la Poste doit être traitée comme ses concurrents privés. Il convient de nier l'existence d'un devoir fondamental particulier de la Poste à partir duquel pourrait être déduite une obligation d'acheminement (consid. 5).

Un devoir de contracter de droit privé peut résulter exceptionnellement de l'interdiction d'agir contrairement aux moeurs. Dans le cas présent, un devoir de contracter doit être admis sur cette base (consid. 6).

Regesto (it):
Obbligo della posta di trasportare giornali che non sono in abbonamento (art. 35 Cost., art. 2-4, 9 e 15 LPO; art. 1 CO).

Il trasporto di giornali che non sono in abbonamento non rientra nel servizio di base che la posta deve tassativamente assicurare (servizio universale, art. 2-4 e 15 LPO), ma appartiene a quei servizi che la posta può effettuare senza esservi in linea di principio obbligata (servizi liberi, art. 9 LPO; consid. 4).

Nell'ambito dei servizi liberi la posta dev'essere trattata allo stesso modo della sua concorrenza privata. Non può essere riconosciuto un particolare vincolo sgorgante dai diritti fondamentali, da cui viene dedotto un obbligo di trasporto della posta (consid. 5).

Un obbligo a contrarre del diritto privato può eccezionalmente risultare dal divieto di agire in modo contra-

rio ai buoni costumi. Nel caso concreto viene riconosciuto un obbligo a contrarre su questa base (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 36

BGE 129 III 35 S. 36

A.- Im Dezember 1999 wollte der Verein gegen Tierfabriken (VgT) (nachfolgend: der Kläger) bei der Hauptpost St. Gallen zwei seiner Publikationen, die "Vgt-Nachrichten" (Publikationsorgan für die Deutschschweiz) und die "ACUSA-News" (Publikationsorgan für die Westschweiz), als unadressierte Massensendung zur Versendung an alle Haushaltungen übergeben. Die "VgT-Nachrichten" und "ACUSA-News" erscheinen vierteljährlich und haben eine Auflage von 500'000 bzw. 200'000 Exemplaren. Es werden Berichte über die Tierhaltung in der Landwirtschaft publiziert, welche mit Fotos veranschaulicht werden, Leserbriefe abgedruckt, Bücher über das Thema "Tier" vorgestellt und vegetarische Rezepte zur Kenntnis gebracht. Die Post lehnte den Versand dieser Publikationen ab.

B.- In der Folge beantragte der Kläger beim Bezirksgericht Frauenfeld, es sei festzustellen, dass die Ablehnung des Versands der "VgT-Nachrichten VN00-1", der Sonderausgabe "VgT-Nachrichten VN00-1a" sowie der "ACUSA-News AN99-01" durch die Post widerrechtlich sei. Die Post beantragte, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. In einem separaten Entscheid vom 3. April 2000 bejahte die Bezirksgerichtliche Kommission sowohl ihre sachliche wie auch ihre örtliche Zuständigkeit, über die Feststellungsklage zu befinden. Dieser Zuständigkeitsentscheid wurde nicht angefochten. Mit Urteil vom 22. September 2000 stellte die Bezirksgerichtliche Kommission fest, dass die Verweigerung der Annahme der erwähnten Publikationen widerrechtlich erfolgt sei. Dagegen erhob die Post Berufung ans Obergericht des Kantons Thurgau. Mit Urteil vom 22. März 2001 bestätigte das Obergericht den Entscheid der Bezirksgerichtlichen Kommission.

BGE 129 III 35 S. 37

C.- Mit Berufung vom 14. September 2001 beantragt die Post dem Bundesgericht, "die Berufung sei gutzuheissen und das Urteil der Vorinstanz aufzuheben". Der Kläger beantragt im Wesentlichen die Abweisung der Berufung. Auch das Obergericht des Kantons Thurgau beantragt die Abweisung der Berufung. Das Bundesgericht weist die Berufung ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4. Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob die Post berechtigt war, den Transport der "VgT-Nachrichten" und "ACUSA-News" zu verweigern. Die Vorinstanz bejaht eine Beförderungspflicht, weil die Post verpflichtet sei, "Zeitungen" und "Zeitschriften" zu einem günstigen Tarif zu versenden. Die Post bestreitet eine Pflicht zur Beförderung der erwähnten Publikationen, da es sich bei diesen nicht um "Zeitungen" oder "Zeitschriften" handle.

4.1 Seit dem Inkrafttreten der PTT-Reform per 1. Januar 1998 ist die Post eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern (Art. 2 des Postorganisationsgesetzes [SR 783.1]).

Die Post ist damit organisatorisch von der Bundesverwaltung verselbständigt worden (BBl 1996 III 1330). Im Gleichschritt mit der Änderung der Rechtsstellung der Post sind deren Dienstleistungen in einem erheblichen Ausmass liberalisiert und die Kundenbeziehungen neu dem Privatrecht unterstellt worden.
In Bezug auf das Dienstleistungsangebot der Post hat der Gesetzgeber eine differenzierte Regelung getroffen. Einerseits ist die Post auch nach der Ausgliederung aus der allgemeinen Bundesverwaltung verpflichtet, eine flächendeckende Grundversorgung mit Post- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen sicherzustellen. Diesbezüglich ist von Universaldienst die Rede (Art. 2 des Postgesetzes vom 30. April 1997 [PG; SR 783.0]). Dieser wird mit Dienstleistungen sichergestellt, die ausschliesslich der Post als Monopolanbieterin vorbehalten sind (sog. "reservierte Dienste" [Art. 3 Abs. 1 PG]) oder die von der Post in Konkurrenz zu privaten Anbietern im ganzen Land erbracht werden müssen (sog. "nicht reservierte Dienste" [Art. 4 Abs. 1 PG und Art. 4 der Postverordnung vom 29. Oktober 1997 [VPG; SR 783.01]). Anders als bei den Universaldiensten verhält es sich bei den Wettbewerbsdiensten (Art. 9 PG). Dazu gehören alle Dienste, die weder durch das Gesetz den reservierten oder durch Bundesratsverordnung den nicht reservierten Diensten zugewiesen sind. In diesen Bereichen tritt die Post wie ein Privater

auf. Insbesondere ist die Post zur Erbringung der Dienste nur berechtigt, nicht aber verpflichtet (BBl 1996 III 1284). Eine spezielle Regelung hat die Pflicht zur Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften erfahren. Zur Erhaltung einer vielfältigen Presse ist die Post verpflichtet, abonnierte Zeitungen und Zeitschriften zu einem Vorzugspreis zu befördern (Art. 15 PG). Die bereits vom Gesetz vorgesehene Pflicht zur Beförderung wurde vom Bundesrat in der Postverordnung konkretisiert. So bestimmt der Bundesrat, dass die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften zum nicht reservierten Dienst gehöre (Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG). Die Post ist somit zur Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften zu einem vergünstigten Tarif nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet.

4.2 Die Vorzugsbehandlung von "Zeitung" und "Zeitschrift" durch einen günstigeren Zeitungstarif und eine Beförderungspflicht bezweckt die Erhaltung und Förderung einer vielfältigen Presse (Art. 15 PG). Der Bundesrat hat in der Verordnung definiert, welche Kriterien eine Publikation erfüllen muss, um vom günstigen Zeitungstarif zu profitieren (Art. 11 VPG), wobei im Wesentlichen die Kriterien der früheren Verordnung übernommen wurden (Art. 39 Abs. 1 PVV [AS 1995 S. 5491]). "Zeitungen" oder "Zeitschriften" sind demnach zu einem Vorzugspreis zu transportieren, wenn sie vierteljährlich mindestens einmal erscheinen (lit. a), mit den Beilagen nicht mehr als 1 kg wiegen (lit. b), zur Beförderung an mindestens 1000 Abonnentinnen und Abonnenten aufgegeben werden (lit. c), nicht überwiegend Geschäfts- und Reklamezwecken dienen (lit. d) und in jeder Ausgabe redaktionelle Beiträge von wenigstens 15 Prozent aufweisen (lit. e). Ob eine Publikation im Hinblick auf das Ziel der Erhaltung einer vielfältigen Presse unter die Sonderbestimmungen für "Zeitungen" und "Zeitschriften" fällt, hängt somit nicht vom äusseren Erscheinungsbild der Schrift ab, sondern von den genannten Kriterien. Das Bundesgericht hatte bereits verschiedentlich Gelegenheit darzulegen, dass Gratisanzeiger - wie die hier zu beurteilenden Publikationen - nicht vom Vorzugspreis profitierten, weil bei Gratispublikationen definitionsgemäss ein entgeltlicher Abonnementsvertrag fehle (BGE 120 Ib 142 ff. betr. "Obersee Nachrichten"; Urteil 2A.119/1993 vom 11. März 1994, betr. "Affaires publiques"). Ferner wurde eine Beförderungspflicht zum bevorzugten Zeitungstarif für eine Publikation verneint, die überwiegend Geschäfts- und Reklamezwecken diente (BGE 120 Ib 150 ff. betr. "Macworld Schweiz"). Da es sich bei Gratisanzeigern wie den "VgT-Nachrichten"

und "ACUSA-News" nicht um abonnierte Publikationen gemäss Art. 11 lit. c VPG handelt, können sie nicht als "Zeitungen" oder "Zeitschriften" im Sinne der Verordnung gelten. Eine Beförderungspflicht der Post gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG ist daher zu verneinen. Daran ändert die Auffassung der Vorinstanz nichts, dass eine Beförderungspflicht auch für nicht abonnierte Zeitungen bestehe, weil in Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften - und nicht bloss von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften - dem reservierten Dienst und damit der von der Post zu gewährleistenden Grundversorgung zugeteilt worden sei. Richtig ist zwar, dass die Verordnung nur von "Zeitungen und Zeitschriften" spricht (Art. 4 Abs. 1 lit. c VPG), während an verschiedenen anderen Stellen von "abonnierten Zeitungen und Zeitschriften" die Rede ist (Art. 4 Abs. 2 und Art. 11 VPG, Art. 15 PG). Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass jedes Presseprodukt eine "Zeitung" oder "Zeitschrift" ist, deren Verbreitung zur Sicherung der Pressevielfalt von Staates wegen zu fördern ist. Wie bereits ausgeführt sind nicht die äussere Erscheinungsform, sondern die in Art. 11 VPG aufgeführten Kriterien massgebend dafür, ob eine Publikation unter dem Gesichtspunkt der Pressevielfalt privilegiert zu behandeln ist.

4.3 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass postrechtlich nur diejenigen Publikationen als "Zeitungen" und "Zeitschriften" gelten, welche die von Art. 11 VPG aufgestellten Kriterien erfüllen. Nur diese Publikationen kommen im Hinblick auf die Erhaltung und Förderung einer vielfältigen Presse in den Genuss des günstigen Zeitungstarifs. Und nur bezüglich dieser Publikationen besteht grundsätzlich eine Beförderungspflicht im Hinblick auf die Sicherstellung einer ausreichenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen. Die Beförderung von unadressierten Massensendungen wie die "VgT-Nachrichten" oder die "ACUSA-News" zählen demgegenüber zu den Wettbewerbsdiensten. Wie erwähnt tritt die Post in diesem Bereich wie ein privater Dienstleister auf. Die Post ist zur Erbringung der Dienste berechtigt, nicht aber verpflichtet. Aus diesen Gründen kann der Post die Verweigerung, die "VgT-Nachrichten" und die "ACUSA-News" zu transportieren, grundsätzlich nicht vorgeworfen werden.

5. Nachdem sich ergeben hat, dass die Beförderung der "VgT-Nachrichten" und "ACUSA-News" nicht zu der von der Post obligatorisch zu erbringenden Grundversorgung (Universaldienst) zählt,

sondern zu den Dienstleistungen gehört, welche die Post erbringen kann, grundsätzlich aber nicht erbringen muss (Wettbewerbsdienst), 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.

5.1 Das Obergericht des Kantons Thurgau hat dazu im Sinn einer Alternativbegründung ausgeführt, 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 auftrete. Mit ihrer Weigerung, die "VgT-Nachrichten" und die "ACUSA-News" zu transportieren, verletze die Post die Medienfreiheit, namentlich die Pressefreiheit. Die Post stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass sie im Bereich der Wettbewerbsdienste in Konkurrenz zu Dritten stehe. Wenn die Tätigkeit der Post an strengere Auflagen in Bezug auf die Respektierung der Grundrechte gebunden sei, als dies bei Dritten der Fall sei, sei sie im Wettbewerb mit privaten Leistungsanbietern benachteiligt.

5.2 Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV ist an die Grundrechte gebunden, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Danach besteht bei der Erfüllung von staatlichen Aufgaben eine Grundrechtsbindung, und zwar unabhängig davon, ob

diese Aufgaben durch den Staat oder durch privatrechtliche Organisationen erfüllt werden (BBl 1997 I 193; JÖRG PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 635). Da die Post im hier relevanten Bereich der Wettbewerbsdienste keine "staatlichen Aufgaben" wahrnimmt, sondern vielmehr 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. Diese Bindung gilt gemäss Art. 35 Abs. 2 BV gleichermassen für die Post als öffentlichrechtliche Anstalt und für Private, die in Anwendung von Art. 5 ff. PG für die Erbringung von nicht reservierten Postdiensten der Konzessionspflicht unterstellt worden sind (vgl. BGE 127 I 84 E. 4b S. 88 f. als Anwendungsfall eines Privaten, der bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben an die Grundrechte gebunden ist).

5.3 Wenn eine Grundrechtsbindung nach Art. 35 Abs. 2 BV im vorliegenden Fall ausser Betracht fällt, kann sich die Frage stellen, 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 staatliche Aufgaben wahrnimmt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist diese Frage zu verneinen. Der Bundesgesetzgeber hat die Stellung der Post im Bereich der Wettbewerbsdienste eindeutig geregelt. Einerseits wird im Postgesetz klar bestimmt, dass die Post in diesem Bereich - im Gegensatz zum Universaldienst - nicht verpflichtet ist, die entsprechenden Dienstleistungen zu erbringen. Vielmehr kann die Post ihre Dienste in Konkurrenz zu privaten Anbieterinnen oder Anbietern im In- und Ausland anbieten (Art. 9 Abs. 1 PG). Andrerseits sieht das Gesetz vor, dass die Post vorbehältlich gesetzlicher Ausnahmen denselben Regeln untersteht wie die privaten Anbieter (Art. 9 Abs. 3 PG). Mit der ausdrücklichen Anordnung hat der Gesetzgeber klar gewollt, dass die Post im freien Wettbewerb mit Privaten gleich lange Spiesse haben soll wie die Konkurrenten. Dies ergibt sich eindeutig auch aus der parlamentarischen Beratung (vgl. AB 1996 N 2337 ff. [S. 2339, Votum Baumberger; S. 2340, Votum Hegetschweiler; S. 2341, Voten Binder und Hämmerli; S. 2342, Votum Christen "...armes égales (gleich lange Spiesse)"; S. 2342, Votum BR Leuenberger). 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 (unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen, die im vorliegenden Zusammenhang nicht vorgesehen sind), so ist das Bundesgericht daran gebunden.

5.4 Damit kann festgehalten werden, dass keine Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV besteht, weil die Post im hier interessierenden Bereich keine staatlichen Aufgaben wahrnimmt (E. 5.2). Desgleichen fällt eine spezielle Grundrechtsbindung der Post in ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts ausser Betracht, wie sie in der Literatur teilweise aus Art. 35 Abs. 1 und 3 BV abgeleitet wird (YVO HANGARTNER, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, in: AJP 2000 S. 515 ff.), weil der Gesetzgeber klar bestimmt hat, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste gleich gestellt ist wie ihre private Konkurrenz (E. 5.3). Wenn aber eine spezielle Grundrechtsbindung der Post bei der Erbringung der Wettbewerbsdienste abzulehnen ist, liesse sich eine Bindung an die Grundrechte nur mit einer Drittwirkung der

Grundrechte - d.h. der Geltung der Grundrechte im Rechtsverkehr der Privaten untereinander - begründen. Diese Diskussion ist im vorliegenden Fall entbehrlich, weil sich im Folgenden aufgrund rein privatrechtlicher Überlegungen ergeben wird, dass die Post nicht berechtigt war, die Beförderung der "VgT-Nachrichten" und "ACUSA-News" zu verweigern.

6. Eine Transportpflicht der Post, die im Bereich der Wettbewerbsdienste wie ihre privaten Konkurrenten in den Formen des Privatrechts handelt, besteht dann, wenn von einem Kontrahierungszwang auszugehen ist.

6.1 Die Privatrechtsordnung beruht auf der Privatautonomie. Im Schuldrecht wird die Privatautonomie durch die Vertragsfreiheit konkretisiert. Die Vertragsfreiheit hat verschiedene Aspekte (Abschlussfreiheit, Partnerwahlfreiheit, Inhaltsfreiheit, Formfreiheit und Aufhebungsfreiheit; anstatt aller GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. Aufl., Zürich 1998, Rz. 613 ff.). Die Abschluss- und Partnerwahlfreiheit als Teilaspekte der Vertragsfreiheit können ausnahmsweise durch Kontrahierungspflichten eingeschränkt werden. Solche Kontrahierungspflichten beruhen entweder auf Vertrag (in der Regel einem Vorvertrag) oder gesetzlicher Grundlage (anstatt aller: ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, N. 100 ff. zu Art. 19/20 OR). Im Folgenden interessieren nur die Kontrahierungspflichten, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen.

6.2 Allgemein anerkannt ist, dass sich eine Kontrahierungspflicht aufgrund einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung ergeben kann (anstatt aller: KRAMER, a.a.O., N. 103). Die überwiegende Zahl der in Betracht fallenden Tatbestände gehören dem öffentlichen Recht an. Ein anschauliches Beispiel im vorliegenden Zusammenhang ist die Kontrahierungspflicht im Bereich der Universaldienste der Post (Art. 2 ff. PG). Umstritten ist hingegen die Frage, ob sich eine Kontrahierungspflicht ausserhalb einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage auch aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechtes - insbesondere dem Schutz der persönlichen Wirtschaftsfreiheit (Art. 28 ZGB) oder der guten Sitten - ergeben kann.

6.2.1 Im viel beachteten Entscheid Seelig (BGE 80 II 26) hatte das Bundesgericht die Klage eines Filmkritikers zu beurteilen, dem der Zutritt zu einem Kino verweigert worden war. Es verneinte unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit eine Rechtspflicht der Kinoinhaberin, mit dem missliebigen Filmkritiker einen Vorstellungsbesuchsvertrag

abzuschliessen. Eine Kontrahierungspflicht könne auch nicht aus dem Gebot zur Beachtung der guten Sitten abgeleitet werden. Ein solcher Zwang könne sich nur in ganz besonderen Ausnahmefällen ergeben, nämlich dort, wo eine sachlich nicht gerechtfertigte Verweigerung des Vertragsabschlusses lebenswichtige Interessen des davon Betroffenen verletze oder gefährde. Davon könne für den vom Filmkritiker angestrebten Zutritt zur Filmvorführung keine Rede sein (E. 4 S. 37). Die Weigerung, mit dem Filmkritiker einen Vertrag abzuschliessen, stelle auch keine Verletzung von Art. 28 ZGB dar, da keine Rechtspflicht zum Vertragsabschluss und damit kein widerrechtliches Handeln vorliege (E. 5 S. 39 f.). Insbesondere liege auch keine Verletzung der privatrechtlichen Pressefreiheit gemäss Art. 28 ZGB vor. Da die verfassungsrechtliche Pressefreiheit nach Art. 55 aBV keinen Rechtsanspruch auf die Vermittlung von Informationen liefere, könne auch aus der privatrechtlichen Pressefreiheit nach Art. 28 ZGB kein Rechtsanspruch auf einen Vertragsabschluss zum Besuch eines Films abgeleitet werden (E. 6 S. 41). Zwar gebe das Vorgehen der Kinoinhaberin, eine ihr nicht genehme Filmkritik mit der Ausschliessung des betreffenden Journalisten zu beantworten, im Hinblick auf die wünschbare Unabhängigkeit der Kritik zu gewissen Bedenken Anlass, doch sei diesen Unzukömmlichkeiten auf dem Boden des geltenden Privatrechtes nicht beizukommen (E. 7 S. 44). Dieser Entscheid wurde in der Literatur unterschiedlich bewertet. Ausdrücklich gebilligt wurde er de lege lata von EUGEN BUCHER, welcher für eine Kontrahierungspflicht des privaten Kinobetreibers die erforderliche gesetzliche Grundlage vermisst ("Drittwirkung der Grundrechte?", in: SJZ 83/1987 S. 37 ff., S. 42 f.). Demgegenüber hat PETER JÄGGI am Entscheid insoweit Kritik geübt, als darin das öffentliche Besuchsangebot und damit die Duldungspflicht des Anbieters zu wenig beachtet worden sei; seines Erachtens liesse sich der Ausschluss eines Filmkritikers vom Vorstellungsbesuch gegen den Vorwurf einer Verletzung von Art. 28 ZGB und das Rechtsmissbrauchsverbot nur halten,

wenn mit einer unsachlichen Kritik zu rechnen sei (Bemerkungen zum Fall Seelig, in: SJZ 50/1954 S. 353 ff.; ähnlich EMILE THILO, in: JdT 1955 I S. 146 ff.). Schliesslich erwuchs dem Entscheid auch aus grundrechtlicher Sicht Kritik (JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 50; PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., Bern 1982, S. 72 und 86), auf welche Diskussion hier aber wie erwähnt nicht weiter einzugehen ist (vgl. oben, E. 5.4).

BGE 129 III 35 S. 44

6.2.2 In der Literatur zum allgemeinen Vertragsrecht werden unterschiedliche Auffassungen zur Frage der Kontrahierungspflicht vertreten. Eine eher restriktive Meinung geht dahin, dass für eine Kontrahierungspflicht eine - in der Regel öffentlichrechtliche - gesetzliche Grundlage erforderlich sei (EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 90; neuerdings lässt dieser Autor allerdings auch Art. 28 ZGB als gesetzliche Grundlage gelten [Basler Kommentar, N. 7 Vorbemerkungen zu Art. 1-40 OR]). Mit Zurückhaltung bejahen andere Autoren eine Kontrahierungspflicht ausserhalb ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung unter Hinweis auf des Verbot sittenwidrigen Verhaltens, wenn eine lebenswichtige Leistung grundlos verweigert wird (VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1979, S. 284 f.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996, Rz. 1507; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 100). Mit ähnlicher Argumentation wird aus dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens eine Kontrahierungspflicht abgeleitet, wenn für die Beschaffung lebenswichtiger Leistungen keine zumutbare Ausweichmöglichkeit besteht (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., Rz. 1114; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N. 541 zu Art. 1 OR; HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992, Rz. 289, S. 153 f.). Noch einen Schritt weiter geht die Meinung, dass eine Kontrahierungspflicht nicht streng an die Monopolstellung des Unternehmers und die Lebenswichtigkeit der von ihm verweigerten Güter- bzw. Dienstleistung gekoppelt werden sollte. Vielmehr rechtfertige es sich, anstelle des Erfordernisses der "Lebensnotwendigkeit" den gesellschaftlich unabdingbaren "Normalbedarf" und anstelle des Erfordernisses der "Monopolstellung" bereits eine "marktbeherrschende oder massgeblich beeinflussende Stellung eines Anbieters" für die Annahme einer Kontrahierungspflicht genügen zu lassen (KRAMER, a.a.O., N. 110 zu Art. 19/20 OR). Die zuletzt genannte Meinung lehnt sich im Wesentlichen an eine auch in der Schweizer Literatur viel zitierte Formel von FRANZ BYDLINSKI an. Danach darf ein Unternehmer, der die Leistung bestimmter Sachen oder Dienste öffentlich in Aussicht gestellt hat, einem zum angesprochenen Personenkreis gehörigen Interessenten, wenn diesem zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen, die zur Befriedigung seines Bedarfs nötige einschlägige Leistung und den sie vorbereitenden Vertragsschluss ohne sachlich gerechtfertigte Gründe nicht verweigern, wenn es sich

BGE 129 III 35 S. 45

um den "Normalbedarf" oder den "Notbedarf" handelt (BYDLINSKI, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs, in: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 180/1980, S. 29 ff., insbes. S. 41).

6.3 Vor dem Hintergrund des Meinungsstandes in der Literatur ist seit dem Entscheid Seelig (BGE 80 II 26) eine Tendenz zur Ausweitung von Kontrahierungspflichten feststellbar. Heute darf allgemein als anerkannt gelten, dass eine Kontrahierungspflicht nicht auf die Fälle beschränkt ist, in denen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vorliegt. Vielmehr kann sich eine Kontrahierungspflicht auch aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechtes wie dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens ergeben. Für die Konkretisierung dieses Grundsatzes ist jedoch vorab festzuhalten, dass die Vertragsfreiheit - und damit auch die Vertragsabschlussfreiheit - als Element der Privatautonomie einen ausserordentlich hohen Stellenwert in der Privatrechtsordnung hat. 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 Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage setzt erstens voraus, dass ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet. Der Bereich des rein privaten Güteraustausches ist von einer Kontrahierungspflicht zum Vornherein ausgenommen. Zweitens kann sich der Kontrahierungszwang nur auf Güter und Dienstleistungen beziehen, die zum Normalbedarf gehören. Dazu zählen Güter und Leistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden. Die Beschränkung der Kontrahierungspflicht auf "lebenswichtige" - d.h. für das nackte Überleben notwendige - Güter und Leistungen (so noch BGE 80 II 26 E. 4c S. 37) scheint zu eng. Drittens kann ein Kontrahierungszwang nur angenommen werden, wenn dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen. Von einer solchen Machtkonstellation ist dann auszugehen, wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend verhalten.

BGE 129 III 35 S. 46

Und viertens kann von einer Kontrahierungspflicht nur dann ausgegangen werden, wenn der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag. Nur wenn diese vier Voraussetzungen kummulativ erfüllt sind, rechtfertigt es sich, die Vertragsabschlussfreiheit ausnahmsweise einzuschränken und den Unternehmer zu verpflichten, mit einem Interessenten einen Vertrag zu den von ihm allgemein kundgegeben Bedingungen abzuschliessen.

6.4 Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass Publikationen wie die "VgT-Nachrichten" und die "ACUSA-News" von der Post normalerweise als unadressierte Massensendung entgegengenommen und transportiert werden, wie die Post selbst einräumt. Das betreffende Dienstleistungsangebot wird in der Informationsbroschüre "Promopost" umschrieben. Es kann daher ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Post die vom Kläger nachgefragte Dienstleistung allgemein und öffentlich angeboten hat.
Ferner kann davon ausgegangen werden, dass die von der Post angebotene Dienstleistung zum "Normalbedarf" im oben umschriebenen Sinn zählt. Die Versendung von Informations- und Werbepublikationen wird von vielen Unternehmen und Institutionen nachgefragt, so dass ohne weiteres gesagt werden kann, dass die von der Post öffentlich angebotene Dienstleistung vom Durchschnittsnachfrager regelmässig in Anspruch genommen wird und insofern zum Normalbedarf zählt. Weiter kann im vorliegenden Fall auch davon ausgegangen werden, dass die Post gegenüber dem Kläger als marktstarke - oder sogar marktbeherrschende - Anbieterin auftritt. Die marktmächtige Position der Post ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass diese vor kurzem aus einem Monopolbetrieb - der PTT - hervorgegangen ist und gegenüber der sich allmählich etablierenden privaten Konkurrenz eine starke Stellung einnimmt. Andrerseits fällt unter diesem Gesichtspunkt auch die heutige Monopolstellung in Teilen des Universaldienstes und das flächendeckende Verteilnetz in Betracht. Für den Kläger dürfte es daher nicht oder nur mit unzumutbaren Schwierigkeiten möglich gewesen sein, auf einen anderen Anbieter als die Post auszuweichen, der bereit und in der Lage gewesen wäre, 500'000 Exemplare der "VgT-Nachrichten" an Deutschschweizer und 200'000 Exemplare der "ACUSA-News" an Westschweizer Haushalte zu verteilen.

BGE 129 III 35 S. 47

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, weil viele Landwirte darin namentlich kritisch erwähnt würden, überzeugt nicht. Es ist allgemein bekannt, dass sich die Leistungen der Post auf die blosse Verteilung von Sendungen jeglicher Art bezieht und beschränkt. Mit dem redaktionellen Inhalt der von ihr beförderten Sendung wird die Post nicht identifiziert. Die Begründung der Post, dass andere Kunden - die namentlich erwähnten Landwirte - durch die Beförderung der Publikation ihre Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten in Frage stellen könnten, dürfte kaum zutreffen. Im Übrigen behauptet die Post auch nicht, dass der redaktionelle Inhalt rechtswidrig sei, was als sachlicher Grund für die Abweisung des Klägers zu anerkennen wäre. Unter diesen Umständen stellt die Weigerung der Post, die Publikationen des Klägers zu transportieren, einen Verstoss gegen die guten Sitten dar. Die Post wäre daher verpflichtet gewesen, die Sendungen des Klägers zu den von ihr in der Broschüre "Promopost" öffentlich und allgemein bekannt gegebenen Bedingungen zu befördern.

6.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste keine staatlichen Aufgaben erfüllt und deshalb nicht an die Grundrechte gebunden ist. Im Bereich der Wettbewerbsdienste gilt daher sowohl für die Post als auch für ihre private Konkurrenz grundsätzlich die Vertragsfreiheit und insbesondere auch die Vertragsabschlussfreiheit (E. 6.1). Eine Kontrahierungspflicht ist ausnahmsweise denkbar, wenn sie auf vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage beruht (E. 6.2). Als gesetzliche Grundlage kommen nicht nur ausdrückliche gesetzliche Regelungen, sondern auch allgemeine privatrechtliche Grundsätze wie das Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten in Frage (E. 6.3). Im vorliegenden Fall hat die Post mit ihrer Weigerung, die klägerischen Publikationen zu transportieren, gegen dieses Verbot verstossen (E. 6.4). Im Ergebnis hat das Obergericht des Kantons Thurgau somit zutreffend festgehalten, dass die Post zur Beförderung der "VgT-Nachrichten" und der "ACUSA-News" verpflichtet gewesen wäre.