

**Nicht "Kontrahierungspflicht" – Schon eher Schutz vor Boykott**  
**BGE 129 III 35 ff. (7. Mai 2002; 4C.297/2001)**

**Inhaltsübersicht**

Vorbemerkungen

- a) Streitlage und dessen Hintergrund
- b) Worum geht es?
- c) Chronologischer Ablauf: Die verschiedenen Phasen des Wissensstandes und der Überlegungen des Betrachters

I. Phase 1: Beurteilung der Entscheidung gestützt auf deren Druckfassung

1. Erwägungen 4 und 5: Auseinandersetzung mit öffentlich-rechtlichen Grundlagen (Postgesetz; Verfassung)
  - a.) Auseinandersetzung mit der Beförderungspflicht gemäss Postgesetz (E. 4)
  - b) Auseinandersetzung mit den Verfassungsargumenten (E. 5)
2. Die privatrechtlichen Abstützung des Entscheids (E. 6)
  - a) Einleitende Bemerkungen (E. 6.2)
  - b) Das Entscheidungsergebnis begründet in E. 6.3 und E. 6.4
3. Kritik der Begründung (der "dogmatischen Konstruktion") des Entscheids
  - a) Vorab zum Terminus "Pflicht" des Kontrahierens
  - b) Verbot kann keine Leistungspflicht begründen
  - c) Unbehelflichkeit des Sittenwidrigkeitsarguments
  - d) Fehlen der Bestimmung der Unrechtsfolge
  - e) Keine Praxisänderung gegenüber dem "Fall Seelig"
4. Vorschlag: zurück zu der herkömmlichen deliktsrechtlichen Begründung
  - a) Delikt – ZGB Art. 28 – Boykott
  - b) Sanktionsvoraussetzung: verbotenes Tun der Post (Boykott)
  - c) Boykott und Monopolstellung

II. Phase 2: Die prozessualen Fragezeichen

1. Prozessuale Standpunkte der Parteien
2. Handhabung des Verfahrens der drei Gerichtsinstanzen
  - a) Prozessuale Unzulässigkeit der Klage
  - b) Ungeklärte Faktenlage
3. Resultierende Fragen und Vermutungen

III. Phase 3: Erster Zufall – Entdeckung der E. 3: Auftauchen der "Prisma"

IV. Phasen 4-6: Zwei weitere Zufälle – Erweiterung der Aktenkenntnis über www: erst jetzt wissen wir, was überhaupt los war.

1. Erkundung über das Prisma führt zur Falsifizierung der die "Kontrahierungspflicht" rechtfertigenden Annahme
2. Weitere Informationen klären manches und schaffen vielleicht sogar halbe Rechtfertigung des getroffenen Sachentscheids

- a) Boykott-Tatbestand?
- b) Rechtfertigungsgründe wegen Inhalts der Publikation?
- c) Gibt es Verletzung? Gibt es Schaden?
- d) Ergebnis

#### V. Zu den Vorzügen der Boykottargumentation

- 1. Unterschiedlichkeit der normativen Aussagen
  - a) Entscheidung über das Vorliegen einer Verletzung
  - b) Sittenwidrigkeitsverbot versagt gegenüber Boykottsabsprachen
  - c) Statt Monopol-Topos und Sittenwidrigkeitsverbot die Boykottverbotregel
  - d) Die in Betracht fallenden Unrechtsfolgen

#### VI. Zum Schluss

## Vorbemerkungen

Im genannten Entscheid i.S. Die Schweizerische Post v. Verein gegen Tierfabriken wird die Verweigerung eines Vertragschlusses (hier durch die schweizerische Post) bei den gegebenen Sonderumständen als "widerrechtlich" qualifiziert und von "Kontrahierungspflicht" gesprochen. Dem Ergebnis kann man zustimmen. Aber nicht nur überzeugt die gewählte Begründung nicht: Der vom Bundesgericht unterstellte Sachverhalt (Monopol der Post) ist blosse Phantasie. Das Spannungsverhältnis zwischen Aktentatbestand und Realität wird hier selber zum Problem.

### *a) Streitlage und dessen Hintergrund*

Ein Verein gegen Tierfabriken (VgT) wollte im Dezember 1999 eine von ihm vierteljährlich im Umlauf gesetzte Drucksache (500'000 Stück auf Deutsch, 200'000 auf Französisch) durch die Post in der ganzen Schweiz verteilen lassen. Die Hauptpost St.Gallen verweigerte die Entgegennahme. VgT klagt beim Bezirksgericht Frauenfeld auf Feststellung, "dass die Ablehnung des Versands der VgT-Nachrichten etc. durch die Post widerrechtlich sei", welche Klage das Bezirksgericht wie das Obergericht des Kantons Thurgau gutheissen. Das Bundesgericht bestätigt das Ergebnis, wenn auch gestützt auf gänzlich andere Rechtsgrundlage.

Hintergrund ist die bis vor kurzem auch in der Schweiz wogende Privatisierungswelle, die u.a. zur rechtlichen Verselbständigung und Aufspaltung der PTT führte und der entstehenden "Schweizerischen Post" (hier "Post") eine rechtliche Doppelnatur verleiht: Teilweise ist sie öffentlichem Recht unterstellt, teilweise handelt sie als privates Unternehmen { **S. 101-102** } (dazu Angaben unten Zif.I/1). Aber die Grenzen zwischen dem im öffentlichen Bereich verbleibenden und dem privatrechtlich ausgerichteten Teil des Unternehmens bleiben schwankend. E.4 und 5 des Bundesgerichtsentscheid und ganz die vorinstanzlichen Urteilsmotive kreisen um die Auslegung der neuen Post-Gesetzgebung in der Frage, ob im Falle des VgT die Post (wie eh und je) wie ein öffentliches Unternehmen zur Erbringung ihrer Dienste verpflichtet sei, oder aber wie ein Privatunternehmen frei darüber entscheide, wie und mit wem sie Geschäfte treiben wolle.

### *b) Worum geht es ?*

Die I. Zivilabteilung qualifiziert hinsichtlich der in Frage stehenden Beförderung nicht adressierter Drucksache die Post als Privatunternehmen, das allein nach privatrechtlichen Regeln handle und keinerlei

öffentlichrechtlichen Regeln unterstellt sei (zu diesem Punkt noch unten Zif. I/1), dies im Gegensatz zu den Vorinstanzen, welche sich allein auf öffentliches Recht, d.h. auf die die Post betreffende Sondergesetzgebung, subsidiär auch BV und EMRK gestützt hatten. Die Statuierung einer "Kontrahierungspflicht" will das Bundesgericht an eng umschriebene Voraussetzungen knüpfen, leitet sie *in casu* indessen aus einer präsumierten quasi-monopolistischen Stellung der Post ab, welche sittenwidrig ausgenützt worden sei.

Auf ersten Blick neigt man dazu, dem Ergebnis freudig zuzustimmen, versteht man die Post doch immer noch als eine Einrichtung, welche öffentliche Bedürfnisse zu respektieren hat. Gleichzeitig ist man aber über die der vorliegenden Innovation unterlegte Begründung unglücklich und würde besseres wünschen (dazu unten Zif.I/2 und 3). Aber bei näherer Betrachtung kommen auch Zweifel auf, ob der vom Bundesgericht als gegeben vorausgesetzte Sachverhalt wirklich Realität sei. Diese Zweifel müssten dem Grundsatz nach beiseite geschoben werden, bezieht sich doch die präjudizielle Wirkung nur auf den präsumierten Tatbestand, während die dahinter liegenden Fakten unerheblich sind. Aber hier sind prozessualer Ablauf, die zu beurteilenden Tatsachen und die auf sie anzuwendenden Rechtsgrundsätze so sehr verflochten, dass man das Auge vor der Realität nicht verschliessen kann.

*c) Chronologischer Ablauf: Die verschiedenen Phasen des Wissensstandes und der Überlegungen des Betrachters*

Da bei der hiermit vorgelegten Ausarbeitung der Fortgang der Ueberlegungen mit einer Vermehrung des Wissens Hand in Hand ging und jeder Schritt nach vorn Neues brachte, wird vorab der Ablauf gegliedert in Etappen chronologisch dargestellt. Dabei müssen auch die Zufälligkeiten genannt werden, welche Wissensvermehrung auslösten.

1. Phase:

Gegen Mitte März 2003 bei Zustellung des "gelben Heftes" (Abteilung III der BGE) enthaltend den Entscheid i.S. VgT herrscht Zustimmung zum *Ergebnis* der privatrechtlich argumentierenden Erwägung 6 unter *Widerspruch* zu dessen *Begründung* (unten Zif.I).

2. Phase:

Es fallen prozessuale Absonderlichkeiten auf: VgT unternimmt keine Schadenersatzklage, vielmehr eine *prima vista* unzulässige Feststellungsklage, und diesbezüglicher Widerspruchs der Post bleibt aus. Angaben über den Ablauf der Ereignisse (vorab das Schicksal der unbefördert bleibenden VgT-Journale) fehlen überhaupt<sup>1</sup>. Erstaunen weckt die Abstützung des Urteils nicht auf von der Vorinstanz festgestellte Fakten, vielmehr allein auf eigene blosse Vermutung des Gerichts, die überdies bei näherer Ueberlegung unglaubhaft wird<sup>2</sup> (unten Zif. II).

---

<sup>1</sup> Der Schreibende fragt sich in diesem Zeitpunkt, ob er durch eigene Untersuchung versuchen soll, die dunkel bleibenden Hintergründe etwas aufzuhellen, verwirft dies aber aus grundsätzlichen Erwägungen: *quod non est in actis, non est in mundo* gilt auch für die Wissenschaft, die ohnehin (anders als die Gerichte) sich nicht primär um den Einzelfall, vielmehr um alle im behandelten Problembereich denkbaren Varianten kümmern soll. Dann sollen auch nur allgemein zugängliche und überprüfbare Informationen ausgewertet werden.

<sup>2</sup> Die fragliche Formel zit. bei Fn.**Fehler! Textmarke nicht definiert.**; dazu unten bei Fn.**Fehler! Textmarke nicht definiert.**

### 3. Phase und erster Zufall:

Bei Abruf des Entscheids über die *home page* des Bundesgerichts kommt eine im gelben Heft nicht wiedergegebene Erwägung 3 zum Vorschein, wo sichtbar wird, dass die Post nicht von VgT selber kontaktiert wurde, sondern von einer Prisma Medienservice AG (hier Prisma). Vermutung, die "Dame im Hintergrund" könnte Ursache der vorgenannten Seltsamkeiten sein<sup>3</sup> (unten Zif. III)

### 4. Phase und zweiter Zufall:

Entgegen seines Vorsatz (Fn. 1) interessiert sich der Schreibende etwas für die Prisma und begegnet beim Abruf von Informationen über diese unerwartet Links zu der Auseinandersetzung VgT v.Post (Urteil der Vorinstanz, zwei Parteivorträge), was das Bild gänzlich verändert. Es wird auf ersten Blick offenkundig, dass von einer Monopolstellung der Post keine Rede sein kann, diese vielmehr Konkurrenten neben sich hat, darunter die Prisma. {S. 102-103 }

### 5. Phase:

Ernsthafter Einblick in wenige der aus unübersehbarer Masse ausgewählten Texte bringt noch einmal einen Szenenwechsel: Der VgT hat seit je neben der Post auch deren Konkurrenten eingesetzt. Letztere sollen es gewesen sein, welche den VgT nicht mehr bedienen wollten. Die von der Post schliesslich zurückgewiesene Vgt-Journal-Ausgabe vom Dezember 1999 war der Prisma zur Verteilung übertragen worden und gelangte nur auf Grund deren Weigerung überhaupt zur Post. Dies wäre nun in der Tat ein unzulässiger Boykott, in welchem Fall unser Bundesgerichtsentscheid, wenn auch mit anderer Begründung, im Ergebnis gerechtfertigt würde.

### 6. Phase:

Näheres Zusehen zeigt, dass die vielen Tonnen des der Post zurückgewiesenen Papiers ihre Destinatäre rasch erreichten. Der Gründer und *spiritus rector* des VgT hat die Abläufe mit grösstem Geschick in Szene gesetzt und aus der Weigerung der Post maximalen Nutzen herausgeholt. Grundlegende Rechtsfrage: Wie soll das dem VgT aus der Post-Weigerung erwachsene Glück in der von ihm angestellten Gerichtsverfahren bei der rechtlichen Beurteilung zu Buche schlagen ? (zu Phasen 4-6 unten Zif.IV)

## **I. Phase 1: Beurteilung der Entscheidung gestützt auf deren Druckfassung**

### **1. Erwägungen 4 und 5: Auseinandersetzung mit öffentlich-rechtlichen Grundlagen (Postgesetz; Verfassung)**

Seit dem 1.Januar 1998 "ist die Post eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit (sc. eigener) Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern", organisatorisch von der Bundesverwaltung verselbständigt und deren Dienstleistungen "in erheblichem Ausmass liberalisiert und die Kundenbeziehungen neu dem Privatrecht unterstellt"<sup>4</sup>. Beide Vorinstanzen, d.h. das Bezirksgericht

---

<sup>3</sup> Etwa: Die Prisma und die Post könnten Konkurrenten und die eigentlichen Streit-Interessierten sein, während dem VgT bloss formal die Klägerrolle bliebe.

<sup>4</sup> Im zit. BGE S.37 E.4.1 (mit Hinweis auf Art.2 des Postorganisationsgesetzes; SR 783.1, sowie BBl 1996 III 1330).

Frauenfeld und das Obergericht des Kantons Thurgau stützen die Gutheissung der Klage auf öffentlich-rechtliche Grundlage (PG, aber auch BV und sogar EMRK) und erwägen keinerlei privatrechtliche Argumente.

*a) Auseinandersetzung mit der Beförderungspflicht gemäss Postgesetz (E.4)*

In E.4.1 verweist das Urteil vorab auf die Unterscheidung zwischen sog. *Universaldiensten*, die weiterhin der Post als Monopolanbieterin vorbehalten sind, und den *Wettbewerbsdiensten* des Art.9 PG, wo die Post wie ein Privater auftritt, daher über die von ihr zu erbringenden Leistungen frei entscheidet<sup>5</sup>. Zu entscheiden war über die Tragweite der Sonderregelung von PG Art.15. Danach ist "die Post verpflichtet, abonnierte Zeitungen und Zeitschriften zu einem Vorzugspreis zu befördern". In E.4.2 und 3 wird dargelegt, dass die vom VgT verbreiteten Papiere, da nicht auf Abonnement beruhend, von PG Art.15 nicht erfasst werden, weshalb die Post unter diesem Gesichtspunkt nicht zur Verteilung verpflichtet sei.

*b) Auseinandersetzung mit den Verfassungsargumenten (E. 5)*

Nach Ablehnung einer Beförderungspflicht auf Grund des Postgesetzes setzt sich das Bundesgericht in E. 5 mit der von der Vorinstanz als Eventualstandpunkt vertretenen Auffassung auseinander, wonach "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" und mit ihrer Weigerung "die Medienfreiheit, namentlich die Pressefreiheit" verletze. Dem gegenüber hält das Bundesgericht in E. 5.2 fest, dass "bei der Erfüllung von staatlichen Aufgaben eine Grundrechtsbindung" besteht, dies "unabhängig davon, ob diese Aufgaben durch den Staat oder durch privatrechtliche Organisationen erfüllt werden" (folgen Hinweise). "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 (sc. BV) ausser Betracht".

Zusätzlich wird in E. 5.3 geprüft, "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."

Dies wird entgegen der Vorinstanz in E.5.4 verneint mit dem Hinweis, dass "der Gesetzgeber klar bestimmt hat, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste gleich gestellt ist wie ihre private Konkurrenz". Sodann: Wenn aber eine spezielle Grundrechtsbindung der Post bei { **S. 103-104** } 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 Ueberlegungen ergeben wird, dass die Post nicht berechtigt war ...".

## **2. Die privatrechtliche Abstützung des Entscheids (E. 6)**

*a) Einleitende Bemerkungen (E. 6.2)*

Das Regest zu E. 6 fasst die Argumentationslinie und den Kerngehalt des Urteils wie folgt zusammen:

---

<sup>5</sup> Mit Hinweis auf Postgesetzes vom 30.4.1997 (PG, SR 783.0).

"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. 6.2.1 bekennt sich einleitend zur Vertragsfreiheit auch im Sinne der Abschlussfreiheit und erinnert, dass explizite gesetzliche Grundlagen zum Kontrahieren verpflichten können. Dann wendet sie sich dem "vielbeachteten Entscheid Seelig (BGE 80 II 26)" zu, in welchem das Bundesgericht *anno* 1954 den Anspruch des Filmkritikers gegen den Betreiber eines Kino-Theaters auf Zulassung zu dortigen Vorführungen abgewiesen hatte. Es folgen Hinweise auf die an diesem Entscheid geübte doktrinale Kritik, d.h. es werden jene Autoren genannt, welche lieber Klagegutheissung, d.h. Bejahung der "Kontrahierungspflicht" gesehen hätten.

E. 6.2.2 geht auf die Doktrin zum allgemeinen Vertragsrecht ein. Es wird eine gegenüber der Kontrahierungspflicht "eher restriktive" Meinung ermittelt, als deren Vertreter genannt zu werden dem Schreibenden die Ehre zufällt. Dann wird auf entgegenkommendere Autoren hingewiesen, welche Kontrahierungspflicht annehmen, "wenn für die Beschaffung lebenswichtiger Leistungen keine zumutbare Ausweichmöglichkeit besteht" und auch jene genannt, die gar "Normalbedarf" genügen lassen. Voraussetzung auf Seiten des zu Verpflichtenden ist dessen "Monopolstellung"; andere Autoren betrachten bereits eine "marktbeherrschende oder massgeblich beeinflussende Stellung eines Anbieters" als hinreichend.

#### *b) Das Entscheidungsergebnis begründet in E. 6.3 und E. 6.4*

Das Gericht gelangt zur Auffassung, dass sich bei Fehlen expliziter gesetzlicher Grundlagen ganz ausnahmsweise auch aus "allgemeinen Prinzipien des Privatrechts" ein Kontrahierungszwang ableiten lasse. Die sich ergebende Regel mündet in vier kumulativ geforderte Voraussetzungen aus (Auszeichnungen im Original):

- *allgemeines und öffentliches* Angebot der fraglichen Leistung;
- die Leistung muss zum "*Normalbedarf*" gehören, "heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen" und "im Alltag in Anspruch genommen werden";
- Voraussetzung, dass "dem Interessenten aufgrund der *starken Machtstellung des Anbieters* zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen"
- Voraussetzung, dass "*keine sachlich gerechtfertigten Gründe* für die Verweigerung des Vertragsschlusses" geltend gemacht werden.

Im Folgenden werden diese Regeln auf den dem Gericht vorliegenden Sachverhalt angewendet. Dieser aber ist ihm nicht bekannt: Seine Feststellung, dass die Post marktstark wenn nicht gar marktbeherrschend sei, beruht auf *common knowledge*, nicht anders der Hinweis auf die Verfügbarkeit des von der PTT übernommenen flächendeckenden Verteilernetzes mit weiterlaufender Monopolwirkung. Massgeblich ist allein das, was VgT tatsächlich zugestossen ist. Darüber weiss das Bundesgericht nichts zu berichten, denn wir müssen über dessen *Vermutung* lesen: "Für den Kläger dürfte es daher nicht oder nur mit unzumutbaren Schwierigkeiten möglich gewesen sein, auf einen anderen Anbieter als die Post auszuweichen..."<sup>6</sup>. Festzuhalten bleibt, dass nirgends Angaben über die infolge der Weigerung der Post sich für VgT ergebenden Folgen (insbesondere auch das Schicksal der zurückgewiesenen Papiermassen) zu finden sind: Die den eingeklagten Anspruch begründenden Fakten bleiben unbekannt.

<sup>6</sup> E.6.4 Absatz 3 (BGE a.a.O S.46 unten).

### 3. Kritik der Begründung (der "dogmatischen Konstruktion") des Entscheids

Die Begründung der statuierten "Kontrahierungspflicht" beschränkt sich in E. 6.3 auf folgenden knappen Hinweis: Pflichten vorliegender Art ergeben sich *"auch aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechts wie dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens"*. An welche anderen "allgemeinen Prinzipien des Privatrechts" zu denken sei, bleibt ungesagt. Im Ergebnis lässt sich die Argumentation reduzieren auf die Behauptung des Vorliegens der Verletzung eines Verbots *sittenwidrigen Verhaltens*.  
{ S. 104-105 }

#### a) Vorab zum Terminus "Pflicht" des Kontrahierens

"Kontrahierungspflicht" und "Kontrahierungszwang" sind gängige Bezeichnungen zur Umschreibung der Rechtslage der staatlichen oder konzessionierten privaten Monopolbetriebe, welche Pflichten haben zu Personen- oder Warentransport, zur Lieferung von Wasser, Elektrizität usw. Allerdings ist die Vorstellung einer Pflicht oder eines Rechtszwangs zum Abschluss eines Vertrages irreführend: Die resultierende Pflicht geht weder auf Abschluss eines Vertrages noch auf Vertragserfüllung oder Schadenersatz wegen Vertrags-Nichterfüllung. Dazu schon vor fast 80 Jahren v.TUHR: "Hat die Bahn vorschriftsgemäss angelieferte Güter zurückgewiesen, so wird Schadenersatz verlangt, nicht dafür, dass die Bahn einen Vertragsschluss verweigert hat, sondern dafür, dass sie die Sachen nicht befördert hat"<sup>7</sup>. Die hier in Frage stehenden Ansprüche sind solche *ex lege*, nicht *ex contractu*.

Die bisher mit den genannten Formulierungen bezeichneten Pflichten haben ihre Wurzel im öffentlichen Recht (d.h. der Gesetzgebung, welche den Status der fraglichen öffentlichrechtlichen Körperschaft oder die Modalitäten der obrigkeitlichen Konzessionierung der eingesetzten privaten Unternehmen) bestimmt. Ganz zutreffend ist der Terminus *Anstaltsnutzung*, leitet sich doch die Leistungspflicht der betroffenen Unternehmen aus den deren Rechtsposition umschreibenden Gesetzen ab. Als bildhafte Umschreibung der gegebenen und weit herum anzutreffenden Rechtslage mag es in diesem Zusammenhang angehen, von Kontrahierungspflicht oder -zwang zu sprechen.

Anders aber hier, wo wir nicht die praktischen Auswirkungen einer problemfreien öffentlichrechtlichen Rechtslage beschreiben, sondern auf der Ebene des Privatrechts für ganz exzeptionelle Situationen nach extralegalen Grundlagen einer Pflicht suchen und dabei, wie das Gericht zutreffend betont, uns auf "allgemeine Prinzipien des Privatrechts" besinnen müssen. In diesem Zusammenhang werden die Begriffe nicht mehr deskriptiv, im Sinne untechnisch-laienhaften Beschreibung von praktischen Auswirkungen von Rechtsinstituten verwendet, sondern nehmen normativen Charakter an und werden zum Ausgangspunkt und zur Stütze rechtlicher Schlussfolgerungen. Und da besinnen wir uns, dass man von Vertrag (oder Kontrakt) nur spricht, wenn beide Partner aus freien Stücken das Geschäft abschliessen und dass "Kontrahieren" den freien Entschluss der Kontraktanten hinsichtlich des Inhalts des Vertrages wie über dessen Abschluss voraussetzt. Wenn wir uns zusammen mit dem Bundesgericht auf privatrechtliche Grundprinzipien besinnen, verbietet dies, auch nur entfernt an eine Pflicht zum Vertragsschliessen zu denken. Das ist allerdings auch gar nicht die Meinung des Bundesgerichts, denn dieses will ja nicht einen Vertragsschluss erzwingen, sondern jene Leistung selber, welche die Parteien vertraglich hätten vereinbaren können. Bloss *falsa demonstratio*, die uns nicht weiter beschäftigen müsste? Doch nicht ganz: Wenn man sich unzulässiger Sprache bedient,

---

<sup>7</sup> v.TUHR, Allgemeiner Teil des OR, 1.Aufl. § 33/III, in Fn. 24. Dort in Fn.25 weiterhin: "Eine Beförderungspflicht der Post entsteht auch dann, wenn ein Vertrag mit dem Absender wegen seiner Handlungsunfähigkeit gar nicht möglich ist." (in 3.Aufl.v.Tuhr/Peter steht Zitat von dortiger Fn.24 in Fn.26/d).

rutscht man auch in der Sache selbst leicht ins Abseits<sup>8</sup>, was bei korrektem Sprachgebrauch nicht vorkäme<sup>9</sup>. Vor allem aber werden mit der unbedachten Herübernahme einer andernorts problemlosen Terminologie die weiteren Ueberlegungen in die Irre gelenkt: Aus vertragsrechtlichen Ueberlegungen lässt sich das gesuchte Ergebnis niemals mit konsistenter Logik ableiten. Man muss andernorts suchen.

#### b) *Verbot kann keine Leistungspflicht begründen*

Zur Begründung der Widerrechtlichkeit des Unterlassens der angebotenen Papierbeförderung durch die Post wird ein behauptetes "Verbot sittenwidrigen Verhaltens" angerufen. Diese Argumentation steht *in Widerspruch zu elementarer Logik*: Ein Verbot (jenes des Verstossens gegen die guten Sitten) kann nicht durch ein Unterlassen (*in casu* die Nichtausführung der Verbreitung der Publikation) verletzt werden. Wo keine Pflicht des Tuns besteht, kann Unterlassen weder rechtswidrig sein noch gar Sanktionen auslösen. Die Regeln der Logik stehen nicht zur Disposition, und auch die Begründung von Urteilen kann sich nicht über solche Regeln hinwegsetzen. Der Urteilsredaktor versucht, den Logikverstoss zu verschleiern: Es wird das als Verletzungstatbestand vorausgesetzte Tun mit dem Terminus "Weigerung" herbeigeschafft<sup>10</sup>. Dass { **S. 105-106** } Weigerung i.S. eines Tuns, d.h. als verbale Erklärung im vorliegenden Zusammenhang rechtlich unbeachtlich ist und auch weggedacht werden kann, braucht keiner Erläuterung: Der an die Post zu richtende Vorwurf bezieht sich allein auf deren Unterlassung, das Negativ-Faktum des Unterbleibens der Beförderung, und dieses kann nicht gegen eine Verbotsnorm verstossen

#### c) *Unbehelflichkeit des Sittenwidrigkeits-Arguments*

Eine Verpflichtung bzw. Sanktionierung der Post setzt ein Gebot des Tuns voraus, und ein solches kann dem Topos der Sittenwidrigkeit nicht entnommen werden, denn dieser kann nur verbieten. Zuerst das *logische Argument*: Die Gesamtheit der gebotenen oder wenigstens erlaubten Verhaltensweisen ist eine unendliche Grösse, die sich niemals abschliessend bezeichnen lässt. Bei jeglicher normativer Betrachtung (im Recht wie auf der Ebene jeglicher Ethik-Lehre) lassen sich allein die Verbote abschliessend formulieren, während Gebote höchstens exemplifikativen Charakter haben können, die genau bezeichnete konkrete Gebote sein müssen, niemals aber als Generalklauseln entgegnetreten können<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> So muss man lesen, seit dem Entscheid Seelig sei "eine Tendenz zur Ausweitung von Kontrahierungspflichten feststellbar". Ist es aber erlaubt, bei der Beschreibung des Istzustandes leichthin in der Mehrzahl von "Kontrahierungspflichten" zu sprechen, wo es doch bis zum Tag des zu begründenden Urteils keinen einzigen solchen Entscheid und damit keine "Kontrahierungspflicht" gab? Und ist es gar erlaubt, bei einem Nichts von "Tendenz der Ausweitung" zu sprechen?

<sup>9</sup> Gemeint ist nur, dass die der Rechtsprechung den Weg weisende Doktrin heute bereit sei, die ausnahmsweise eine ausservertragliche Leistungspflicht auslösenden Tatbestände grosszügiger zu umschreiben als früher.

<sup>10</sup> E.6.4 letzter Absatz: "Unter diesen Umständen stellt die *Weigerung* der Post, ... einen Verstoss gegen die guten Sitten dar.". Sodann heisst es in E.6.5, anschliessend an "allgemeine privatrechtliche Grundsätze wie das *Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten*": "Im vorliegenden Fall hat die Post mit ihrer *Weigerung*, die klägerische Publikation zu transportieren, gegen dieses Verbot verstossen."

<sup>11</sup> In der bundesgerichtlichen Formel des "Verbots sittenwidrigen Verhaltens" liegt eine doppelte Negation. Deren Auflösung und Umwandlung in ein Gebot sittengemässen Tuns würde Formeln ergeben wie: "*Jedermann muss all das tun, was die guten Sitten ihm zu tun gebieten*". Derartiges ist inhaltslos und als Rechtsregel nicht denkbar.



Ebenso unzulässig ist das Argument auf der Ebene der *Rechtsüberlieferung*. Das Urteil beruft sich auf diese durch seine Verweisung auf "Allgemeine Prinzipien des Privatrechtes" (S. 45), entstehen doch derartige Prinzipien nicht von einem Tag auf den anderen, sondern wurzeln in der Vergangenheit. Der Blick dorthin falsifiziert die höchstrichterliche Argumentation: Die guten Sitten werden inhaltlich niemals anders als bestimmt als durch die Feststellung der Abwesenheit von Sittenverstössen, von Tatbeständen "schlechter Sitten" (dies, wie gezeigt, aus sachlogischer Notwendigkeit). Niemals ist darin ein Befehl des Tuns enthalten; etwas derartiges lässt sich nicht dem römischen Recht der Antike, nicht der Rechtsüberlieferung der Rezeptionszeit, nicht der unser Schuldrecht bestimmenden Pandektendoktrin des 19. Jahrhunderts entnehmen, hat aber auch keine Grundlage in der Gesetzgebung oder Literatur unserer Tage.

#### *d) Fehlen der Bestimmung der Unrechtsfolge*

Einer sich im "Verbot sittenwidrigen Verhaltens" erschöpfenden Regel ist auch deshalb vorerst noch keine Rechtsnorm, weil die an deren Verletzung geknüpften Rechtsfolgen nicht bestimmt werden. Allgemeine Ermahnung zu sittengemäsem Benehmen ist nicht Sache des Rechts. Dass sich hier das Urteil herbeilässt, eine normative Feststellungen (sc. die Feststellung eines Verstosses gegen die guten Sitten) zu treffen, deren Verletzungsfolge nicht zu erkennen ist und die daher ins Leere fällt, ist seltsam.

#### *e) Keine Praxisänderung gegenüber dem "Fall Seelig"*

Die Motivierung des privatrechtlich abgestützten "Kontrahierungszwanges" der Post beginnt mit dem Hinweis auf den "viel beachteten Entscheid Seelig" (BGE 80 II 26), den die I. Zivilabteilung am 2. Februar 1954, d.h. 48 Jahre vor dem hier besprochenen, gefällt hatte. Damit soll die heutige Gutheissung der Klage gegenüber der damaligen Abweisung abgegrenzt und die behauptete Praxisänderung begründet werden.

Näheres Zusehen zeigt, dass von Praxisänderung keine Rede sein kann, die I. Zivilabteilung vielmehr auf gleichem Pfad weitergeschritten ist: Wenn man die heute vom Bundesgericht statuierten Grundsätze (E. 6.3, Abs. 2, S. 45 unten; dazu oben Zif. 3 lit. b) auf den "Fall Seelig" anwendet, ist auch heute wie damals allein Klageabweisung möglich. Dazu das Folgende. Ausser der erstgenannten Voraussetzung des "allgemeinen und öffentlichen Angebots" ist das Vorliegen der übrigen ungewiss oder klar nicht vorhanden.

Der Inhaber des Kinotheaters ABC (hier "das ABC") in Zürich verweigert Carl Seelig, freiem Mitarbeiter des Tagesanzeigers, den Zutritt zu den dortigen Vorführungen. Gehört der Kinobesuch im ABC zum "Normalbedarf" und wird er "im Alltag in Anspruch genommen"? Da damals noch kein Fernsehen bestand und der Kinobesuch grössere Bedeutung hatte als heute, mag man dies für Kinobesuch im allgemeinen gelten lassen. Aber das steht nicht zur Debatte: Es geht nur um den Besuch eines einzigen Kinotheaters unter gewiss mehr als dreissig solchen in Zürich, und dass der Besuch des Kino ABC zum damaligen "Zürcher Normalbedarf" gehört habe und "im Alltag in Anspruch genommen" werde, lässt sich nicht leicht behaupten. Erst recht trifft es nicht zu, dass "aufgrund der *starken Machtstellung des Anbieters*" Seelig "zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs" gefehlt hätten. Wenn im damaligen Zürich in allen Kinotheatern pro Jahr wohl fünfhundert oder mehr Filme gezeigt wurden, von denen Seelig nur einen geringen Teil sehen und besprechen mochte, kann durch das Ausfallen eines guten Dutzends nicht von einer Infragestellung der Deckung des "Normalbedarfs" gesprochen werden. { S. 106-107 }

Kernpunkt des hier betrachteten Regelungskonzepts ist die "Marktmacht"; sie spielt nicht nur hier bei

der I.Zivilabteilung, sondern auch bei den sie inspirierenden Autoren eine grosse Rolle. Im Fall Seelig ist "Marktmacht" nirgends zu erkennen: "Markt" ist das Gesamtangebot der Filme in Zürich, und der Kinobetreiber des ABC "beherrscht" nur gerade sein eigenes Theater, das bloss wenige Prozente des Filme-Angebots abdeckt. Und nicht nur sind andere, nicht im ABC gezeigte Filme in Unmenge vorhanden: Wenn Seelig aus beruflichem Interesse glaubte, auch die dort gezeigten Filme sehen zu müssen, konnte er diese in Vorortsgemeinden, gewiss aber in Baden oder Winterthur anschauen, beide weniger als 25 Kilometer von Zürich entfernt (das ABC, vom Schreibenden damals regelmässig besucht, zeigte überwiegend bedeutende und attraktive Streifen, die lange liefen und verbreitet gezeigt wurden). Wenn man dem in jedem Fall juristisch höchst verdächtigen Gesichtspunkt "Macht" aber noch weiter nachgehen will, so sei es denn: Frägt man hier nach Verteilung von Macht und Schwäche, kann man Macht allein bei Seelig, Schwäche beim Kino-Besitzer erkennen: Seelig schrieb für den Tagesanzeiger, die damals wie heute auflagestärkste Tageszeitung im Raume Zürich<sup>12</sup>. Seine Beurteilung konnte daher, vorab bei Filmen ohne vorauseilende Reputation, Besuch und Vorführdauer entscheidend beeinflussen, im Falle von "Verrissen" für den Kino-Besitzer teuer werden und Spuren in dessen Jahresschlussrechnung hinterlassen. Derartiger Macht konnte der Betreiber des ABC nur gerade die Zutrittsverweigerung zu seinem Kino entgegensetzen und ihn zu anderweitiger Besichtigung einiger weniger Filme zwingen, eine im Vergleich zum Schädigungspotential des Filmkritikers schwächliche Gegenmassnahme. Diese und weitere Gesichtspunkte<sup>13</sup> liessen im Jahre 1954 es so wenig als heute zu, den Betreiber des ABC zur Zulassung Seeligs zu zwingen, auch wenn man -wie der Schreibende- bei gegebenen Voraussetzungen einen Zutrittsanspruch gestützt auf Art.28 ZGB anerkennt<sup>14</sup>.

#### 4. Vorschlag: zurück zu der herkömmlichen deliktsrechtlichen Begründung

Welche Begründung soll an die Stelle der verfehlten Bezugnahme auf ein "Verbot sittenwidrigen Verhaltens" treten?

##### a) Delikt -ZGB Art.28 – Boykott

Das Bundesgericht hat Deliktsrecht als mögliche Anspruchsgrundlage erkannt: In E. 6.2 *in fine* wird

---

<sup>12</sup> Der Tagesanzeiger hat denn auch für Publizität gesorgt und die Berichterstattung über Gerichtsverfahren ihres Mitarbeiters genussvoll orchestriert. Seelig hatte zwar in der "Literaturszene" bereits einen Namen (bekannt etwa seine Beziehung zu dem kranken Robert Walser; welche später in seinem Buch "Wanderungen mit R.W.", Frankfurt/M. 1977 Niederschlag fand), erlangte durch den "Fall S." zusätzliche Notorietät. Sein Anwalt, Dr.Zellweger, als früherer Botschafter im Nachkriegs-Jugoslawien damals bekannt, versuchte, der Angelegenheit Gewicht zu verleihen, und die Zürcher Sozialdemokratie, deren rechtem Flügel Zellweger wohl zuzurechnen war, sorgte ihrerseits für Stimmung.

<sup>13</sup> Zu berücksichtigen wäre etwa noch, dass für Seelig das Rezensieren von Filmen nur einen Bruchteil seiner Aktivitäten als Journalist ausmachte. Sodann steht keineswegs fest, dass er die von ihm für die Zeitung zu besprechenden Filme selber auswählen konnte: Vermutlich musste er in Kauf nehmen, ihn interessierende Filme nicht besprechen zu können, weil die Redaktion damit andere Mitarbeiter betraute. Gegenüber dieser unvermeidlichen und selbstverständlichen Beschränkung der Möglichkeit des Publizierens ist der Nachteil, einen zu besprechenden Film nicht im nächstgelegenen Kinotheater sehen zu können, eine Kleinigkeit. Schlechter Geschmack, vor diesem Hintergrund gar von einer Gefährdung der Pressefreiheit Seeligs durch den Kinobesitzer zu sprechen.

<sup>14</sup> Die grundsätzliche Zustimmung des Schreibenden zum Entscheidgehalt steht daher nicht in Widerspruch zu der vom Bundesgericht in E.6.2.2 vermerkten Billigung des "Entscheidunges Seelig", so wenig als dessen Zulassung von "Art.28 ZGB als gesetzliche Grundlage" im Geringsten, wie dort behauptet, eine Neuorientierung bedeutet (hat der Schreibende doch bereits 1983 Art.28 ZGB im Zusammenhang mit dem Boykott als potentielle Anspruchsgrundlage genannt; vgl. unten Fn.Fehler! Textmarke nicht definiert.).

im Zusammenhang der "allgemeinen Prinzipien des Privatrechts" erwähnt, dass sich die "Kontrahierungspflicht" ergeben könne aus "insbesondere dem Schutz der persönlichen Wirtschaftsfreiheit (Art. 28 ZGB)". Allein diese Argumentationslinie kann weiterführen. Leider wählt das Bundesgericht den Weg der gleichenorts erwähnten "guten Sitten". Ist gewählte Begründung (Unterlassener Vertragsschluss - Verstoss gegen das Verbot sittenwidrigen Verhaltens) nicht schlüssig, müssen die Gerichte zu der erstgenannten Argumentationsalternative, dem Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB zurückkehren<sup>15</sup>, sollte die Frage überhaupt je wieder aufkommen.

Bereits v.TUHR zieht deliktische Anspruchsgrundlage als einzige in Betracht: Am Beispiel der Verweigerung der Beförderung durch die Bahn erwägt er allein eine Schadenersatzsanktion<sup>16</sup>. Auch in Deutschland wird im Zusammenhang der dort "Abschlusszwang" genannten Erscheinung allein an Schadenersatzsanktionen gedacht, welche ihrerseits deliktisch begründet werden<sup>17</sup>. Bei den { S. 107-108 } hier betrachteten privatrechtlichen Sachverhalten steht ebenfalls deliktischer Schadenersatz im Vordergrund, obwohl zu zeigen sein wird, dass Art. 28 ZGB darüber hinausgehende weitere Ansprüche ermöglicht (unten Zif. V).

Als Anspruchsgrundlage bietet sich im Rahmen des *Deliktsrechts im engeren Sinne* Art. 41 Abs. 2 OR an: Schadenersatzpflicht als Folge absichtlicher Schadenszufügung, wenn diese letztere "in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise" erfolgt. Der Tatbestand "gegen die guten Sitten verstossend" ist deckungsgleich mit jenem der "Verletzung des Verbots sittenwidrigen Verhaltens" im Sinne des vorliegenden BGE.

Wenn wir Art. 41 Abs. 2 zur Grundlage einer Haftung der Post machen, bleiben zwei Fragen offen: jene nach dem Bestehen einer Schutznorm und jene nach der Haftungsbegründung durch Unterlassen. Beide werden ihrer Beantwortung näher gebracht, wenn man den Persönlichkeitsschutz von Art. 28 des ZGB mit einbezieht. In der ursprünglichen wie der neuen Fassung dieser Bestimmung liegt in ihr die Zuerkennung von Persönlichkeitsrechten, welche i.S. von absoluten Rechten (analog den dinglichen Rechten bei Sachen) eine Abwehrbefugnis gegenüber Eingriffen Dritter in die sog. Persönlichkeitssphäre verleihen. Im Abwehranspruch des Betroffenen ist eine Schutznorm im haftpflichtrechtlichen Sinne zu erblicken, deren Verletzung Widerrechtlichkeit begründet (vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB: "Eine Verletzung ist widerrechtlich...").

#### b) Sanktionsvoraussetzung: Verbotenes Tun der Post (Boycott)

Auf der Grundlage von Art. 28 ZGB kommen wir auch vom blossen Unterlassen weg und finden den Weg zu einem haftungsbegründenden Tun. Dies allerdings bloss auf einem Umweg. Es ist der

<sup>15</sup> So wie vom Schreibenden seit je vertreten: vgl. BUCHER, in SJZ 83/1987 III/5/b S.42 [<www.eugenbucher.ch> Nr.40]; DERS. OR AT 2.Aufl.1988 [<www.eugenbucher.ch>] § 9 Fn. 5 ("indirekt ein Kontrahierungszwang ... unter bestimmten Voraussetzungen [aus] ZGB 28."); DERS. Basler Komm.; N.7 Vorbemerkungen zu OR 1-40. Dass im "Fall Seelig" nicht die Voraussetzungen von ZGB Art.28 gegeben waren, aber auch nach den vom Bundesgericht im vorliegenden Entscheid entwickelten Grundsätzen bereits damals nur Klageabweisung möglich gewesen wäre, siehe oben Zif.I/3 lit.e.

<sup>16</sup> Vgl. oben Fn.**Fehler! Textmarke nicht definiert.** Freilich kann im Beispiel der Bahn die Schadenersatzpflicht unmittelbar auf den die Beförderungspflicht statuierenden Gesetzesnormen gestützt werden. Das schliesst nicht aus, dass im exzeptionellen Fall der Sanktionierung trotz des Fehlens solcher Gesetzesbestimmungen die deliktische Grundlage beibehalten wird.

<sup>17</sup> Vgl. HEINRICHS in Palandt, Komm.BGB (62.Aufl.2003) vor § 145 Rn.9 mit zahlreichen Hinweisen und Verweisung auf BGB § 826 ("Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze verpflichtet.") Diese Bestimmung ist Vorbild des erst in der Revision von 1911 eingefügten Abs.2 von Art.41.

Tatbestand des *Boykotts*, der wenigstens mittelbar das hier gewünschte Ergebnis rechtfertigt. Seit Bestehen von Kartellgesetzen (Inkrafttreten des ersten KG am 15.2.1964) scheint in Vergessenheit zu geraten, dass das Bundesgericht im Kartellbereich eine abundante Praxis entwickelt hatte, die sich auf Art. 27 (zum internen Kartellzwang) und auf Art.28 zum *Boykott* Dritter stützte und aus letzterer Bestimmung auch eine Pflicht zum Kontrahieren ableitete<sup>18</sup>. Daran anschliessend hat der Schreiber seit je erwähnt, dass der Schutz von Art.28 ZGB einen Schutz vor *Boykott* einschliesse, so etwa in der vom Bundesgericht in E.6.2.2 zitierten N.7 des Basler Kommentars (Vorbem. zu Art. 1-40 OR<sup>19</sup>): "eine Kontrahierungspflicht lässt sich in Ausnahmefällen aus dem Verbot der Persönlichkeitsverletzung durch *Boykott* mittelbar begründen"<sup>20</sup>.

*Boykott* liegt nicht, wie einige anzunehmen scheinen, bereits vor bei Nichtstun, d.h. bei Verweigerung eines Vertragsschluss. Vorausgesetzt ist ein vielmehr eine Aktivität zur Schaffung einer Sperre<sup>21</sup>: Seelig war weit davon entfernt, boykottiert zu werden, denn das ihm verwehrt Kinotheater war eines unter vielen Dutzenden<sup>22</sup>.

### c) *Boykott und Monopolstellung*

Der Post kann nicht *Boykott* im eigentlichen Wortsinn angelastet werden, denn sie stand allein und hat nichts unternommen, weitere vom Kontrahieren abzuhalten. Sie konnte dies allerdings auch nicht, denn, wenn wir uns an die faktischen Annahmen des Bundesgerichts halten, waren keine Konkurrenten vorhanden, welche hätten die geforderte Leistung erbringen können. Die Post, wenn wir sie als einzigen möglichen Anbieter der von VgT gesuchten Leistung unterstellen, hatte nun aber die selbe Macht, wie sie ein Zusammenschluss aller von mehreren im selben Bereich tätigen Unternehmer haben würde, wobei ihre Nachfolgestellung eines (heute zu beseitigenden) staatlichen Monopolbetrieb das Fehlen von Konkurrenz erklärt. Die Gleichstellung des Monopolisten mit dem *Boykottierenden* liesse sich demnach vorliegendenfalls rechtfertigen<sup>23</sup>. { S. 108-109 }

<sup>18</sup> Wichtig BGE 86 II 365, wo man im Rubrum Zif.2 lit.b liest: "Der Unterlassungsanspruch aus unmittelbarem *Boykott* hat zur Folge, dass der Richter den *Boykottierenden* verpflichten muss, Verträge bestimmten Inhalts auch mit dem *Boykottierten* abzuschliessen."

<sup>19</sup> Wo sich noch der Hinweise findet auf BUCHER in SJZ 1987, 37-47, insbes.42. Demnach hat der Schreiber bereits im Jahr 1987 als potentielle Grundlage einer "Kontrahierungspflicht" Art.28 ZGB erwähnt. Auch in OR AT S.90 ist Art.28 ZGB in dortiger Fn.5 [einsehbar <www.eugenbucher.ch>] ist das selbe vermerkt. Von einem Gesinnungswandel, wie vom Bundesgericht angedeutet, kann keine Rede sein: Die Befürwortung des Seelig-Entscheidungs beruht nicht auf Ablehnung von Art.28 als potentieller Grundlage von "Kontrahierungspflichten" (insbes. als Schutz vor *Boykott*), sondern im Fehlen deren Voraussetzungen im "Fall Seelig" (dazu oben Zif.4 lit.e).

<sup>20</sup> Diese Formel tönt zu affirmativ, d.h. sie könnte dahin verstanden werden, dass derartiges bereits vorgekommen wäre. Im übrigen benennt sie bereits damals genau die heute wiederum empfohlene Argumentationslinie.

<sup>21</sup> WEBSTER'S Dictionary of the English Language: "boycott: 1. *v.t.* to join with others in refusing to have any dealings with (some other individual or group); 2. *n.* the act of boycotting [after Charles Boycott, ostracized in Ireland, 1880]. -- BGE 81 II 122 zitiert BGE 76 II 285: "Die Rechtsprechung sieht 'das Wesen des *Boykottes* in der organisierten Meidung eines Gewerbetreibenden, ...."

<sup>22</sup> *Boykott* hätte eine Sperre seitens des Verbands der Kinobetreiber für alle Säle vorausgesetzt und wäre auch dann gegeben gewesen, wenn der Betreiber des ABC sich ernsthaft und mit einigem Erfolg darum bemüht hätte, andere Kinobetreiber zu überreden, seinem Beispiel zu folgen.

<sup>23</sup> Vergleichsweise kann man BGE 86 II 365 (Fn.**Fehler! Textmarke nicht definiert.**) berücksichtigen, wo die I.Zivilabteilung *Boykott* angenommen hatte, obwohl dieser primär allein von einer Genossenschaft, d.h. einem einzelnen Rechtssubjekt, getragen war.

## II. Phase 2: Die prozessualen Fragezeichen

### 1. Prozessuale Standpunkte der Parteien

Die dem Entscheidstext zu entnehmenden Positionsbezüge der Parteien sind unverständlich, zwingen zu Ueberlegungen und wecken den Verdacht, dass die Parteien uns die Hintergründe ihrer Auseinandersetzung verbergen.

VgT beantragt, "es sei festzustellen, dass die Ablehnung des Versands der VgT-Nachrichten VN00-1 durch die Post widerrechtlich sei." Ueber dieses Klagepetitum haben alle drei Instanzen geurteilt und es (mit unterschiedlicher Begründung) gutgeheissen, d.h. erklärt, "dass die Post zur Beförderung der ... verpflichtet gewesen wäre." (E. 6.5 *in fine*). Wir haben hier die Gutheissung einer "Quasi-Feststellungsklage"<sup>24</sup> ohne erkennbare rechtliche Wirkungen vor uns: Die richterliche Feststellung, dass jemand am Tage X in der Sache Y sich sittenwidrig verhalten hat, verhindert nicht Wiederholung.

Die beklagte Post erhebt nicht den naheliegenden und gerechtfertigten Einwand der prozessualen Unzulässigkeit der Klage. Einleuchtende Gründe dazu kann man dem Urteilstext nicht entnehmen. Die Beklagte hätte, so würde man meinen, Interesse gehabt, den Kläger zur Substantiierung der Klage, d.h. zur Darlegung der ihm erwachsenen Nachteile zu zwingen (was wahrscheinlich eine Klageabweisung bewirkt hätte; unten Zif. IV/1).

### 2. Handhabung des Verfahrens der drei Gerichtsstufen

#### a) *prozessuale Unzulässigkeit der Klage*

Alle drei Instanzen haben übereinstimmend über das vorliegende, als "Feststellungsklage" bezeichnete Begehren entschieden, davon die beiden oberen, ohne zur Frage deren prozessualer Zulässigkeit auch nur ein Wort zu verlieren. Zwar hat die Beklagte keine diesbezügliche Einwendung erhoben<sup>25</sup>, indessen ist die prozessuale Zulässigkeit von Amtes wegen zu prüfen. Weshalb dies weder vor Obergericht noch vor Bundesgericht geschehen ist, bleibt unklar<sup>26</sup>.

#### b) *Ungeklärte Faktenlage*

VgT macht keinerlei Ausführungen zu den für ihn aus der Weigerung der Post sich ergebenden Nachteilen. Man erfährt nicht einmal etwas über das Schicksal der von der Post nicht beförderten

---

<sup>24</sup> "Quasi-Feststellungsklage" deshalb, weil eine echte Feststellungsklage (bzw. ein daraufhin ergehendes Feststellungsurteil) sich auf einen rechtlichen Sachverhalt (etwa Bestand oder Nichtbestand eines Vertrages) bezieht, aus dem sich rechtliche Schlussfolgerungen ergeben. Hier hat man Mühe, eine aus dem Urteil deduzierbare rechtliche Folgerung zu erkennen: Die Angelegenheit ist abgeschlossen, zwangsläufig sich ergebende rechtliche Folgerungen irgend welcher Feststellung sind nicht zu erkennen. In Frage käme für VgT nur zweierlei: Neben Schadenersatzanspruch hier die Erlangung der Gewissheit, künftig von der Post bedient zu werden. Aber darauf ist die Klage nicht ausgerichtet und taugt auch dazu nicht: Gewissheit für die Zukunft würde fordern eine Feststellungsklage mit dem Begehren der Feststellung, dass die Post verpflichtet sei, künftig die VgT-Publikationen zu befördern.

<sup>25</sup> Die Post beantragte gemäss Darlegung unter lit.B. zwar Nicht-Eintreten auf die Klage, indessen allein wegen angeblich fehlender örtlicher und sachlicher Zuständigkeit des Gerichts, nicht wegen Unzulässigkeit der Klage (Urteil des Obergerichts TG, E.1 lit.a; Hinweis unten IV/2).

<sup>26</sup> Das Bezirksgericht macht dazu in ihrer E.3 Ausführungen, die indessen nicht so überzeugend sind, dass sie die folgenden Instanzen von eigener Beurteilung dispensieren könnten.

Publikationen, geschweige denn, ob oder auf welche Weise sie ihre Destinatäre erreicht haben. Auf der Ebene der Fakten machen die dem VgT erwachsenen Nachteile recht eigentlich das Prozessthema aus, wenn die Klage nach privatrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden ist.

Das Bundesgericht beschränkt sich auf die Entwicklung seiner normativen Theorie zur Begründung einer "Kontrahierungspflicht" der Post und schliesst detaillierte Umschreibung der Voraussetzungen an. Bei der Subsumption, d.h. der Prüfung, ob die Fakten des vorliegenden Falles bei Anwendung der von ihm herausgestellten Regeln die Statuierung dieser Kontrahierungspflicht rechtfertigen, wird der Urteilstext nicht nur wortkarg: Er verzichtet überhaupt auf die Bezugnahme auf Fakten und beschränkt sich auf die Formulierung einer blossen Vermutung (oben bei Fn.6 **Fehler! Textmarke nicht definiert.** wörtlich zitiert).

### 3. Resultierende Fragen und Vermutungen

Die Klage kann nur unter Vorbehalten überhaupt als Feststellungsklage qualifiziert werden (oben Fn. 24), die ihrerseits überdies einer hier nicht zu erkennenden besonderen Rechtfertigung bedürfte. Nach allgemein anerkannter Regel schliesst die Möglichkeit einer Leistungsklage eine Feststellungsklage aus. Hier hat VgT ohne weiteres die Möglichkeit einer Klage auf Schadenersatz. Warum verzichtet VgT darauf? Die naheliegendste Erklärung geht dahin, dass ein Schaden nicht eingetreten ist. Wenn dem so wäre, würde das bei Feststellungsklagen vorausgesetzte Feststellungsinteresse fraglich, und noch fraglicher natürlich, ob eine Beförderungspflicht der Post angenommen werden kann, wenn ihre Weigerung keinen Schaden auslöst.

Die Streitlage mit ihren tatsächlichen Hintergründen zu verstehen und die Interessenlage der Parteien zu kennen, ist unentbehrlich, soll man { S. 109-110 } Prozessablauf und -ergebnis beurteilen können. Bei vorliegendem Wissensstand ist man geneigt, anzunehmen, dass zwischen den Prozessparteien keine echte Gegnerschaft bestand, vielmehr Drittinteressen ins Spiel kamen, etwa auf der Seite des VgT ein Stellvertreter-Krieg geführt wurde, und anderes mehr.

### III. Phase 3: Erster Zufall - Entdeckung der E. 3: Auftauchen der "Prisma"

Aus nicht mehr erinnerlichem Anlass hat der Schreibende die Veröffentlichung des Entscheids auf WS abgerufen und findet dort neben den auf Papier publizierten E. 4 bis 6 zusätzlich noch eine E. 3 vor. Diese beantwortet die offenen Fragen in keiner Weise, gibt aber neuen Vermutungen Raum: Es kommt ins Bild eine bisher nicht erwähnte Prisma Medienservice AG (hier "Prisma"). Dieses Unternehmen war es, das die zu verteilenden Drucksachen für den VgT zur Post brachte, welche letztere deshalb denn auch im Verfahren die Aktivlegitimation des VgT bestritt mit der Behauptung, sie habe allein mit der Prisma zu tun gehabt, welcher Einwand vom Obergericht und ihm folgend vom Bundesgericht (in E. 3) verworfen wurde<sup>27</sup>. Welche Rolle die Prisma im Gesamtprozess spielte, bleibt unklar. Aber es interessiert dieses Unternehmen als solches<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Die ausgebliebene Schadenersatzforderung liesse auch die Deutung zu, dass VgT am Verfahren kein Interesse hat und nur *pro forma* in der Klägerrolle steht, während diese eigentlich der Prisma zukommt, welche die Prozessführung bestimmt.

<sup>28</sup> Wenn die Prisma ihrerseits das Geschäft der Drucksachenverteilung betreiben würde, wäre es verständlich,

#### **IV. Phase 4: Zwei weitere Zufälle: Erweiterung der Aktenkenntnis über www: Erst jetzt wissen wir, was überhaupt los war.**

So kommt es den zum nächsten Zufall: Um seinen Informationsstand über die ihm bisher unbekannte Prisma zu verbessern, sucht der Schreibende auf dem Netz über das Suchprogramm "google" und gibt den Namen dieses Unternehmens ein. Wissenszuwachs und resultierende Überraschung sind gross.

##### **1. Erkundung über die Prisma führt zur Falsifizierung der die "Kontrahierungspflicht" rechtfertigenden Annahme**

Die genannte zufällige Abruf auf dem Netz ergibt (am 29.3.2003) 251 Eintragungen, darunter an 6. Stelle stehend einen Beschrieb der Prisma: Sie ist Tochtergesellschaft der St.Galler Tagblatt-Zollikofer AG und wird im übrigen so charakterisiert: "die führende Ostschweizer Vertragsorganisation mit einem umfassenden Zustelldienst". Sodann werden Links angeboten, über welche man sich über die Möglichkeiten der Zustellung in allen Gegenden der Schweiz kundig machen kann. Auf der WS der Prisma kann man lesen: "Ueber dreissig Jahre Erfahrung in Zustellung und Direktwerbung", und der Betrachter wird eingeladen zum "Sofortservice: Berechnen Sie hier in Sekundenschnelle Ihren geplanten Aussand".

Die Prisma ist eine Organisation, die (neben anderem) die Verteilung nicht adressierter Drucksachen betreibt und daher in diesem Bereich direkte Konkurrentin der Post ist. Das Vorhandensein von Konkurrenten und damit der Möglichkeit anderweitigen Versands der VgT-Publikationen ist eine entscheidende Einsicht: Wer je an die Vermutung des Bundesgerichts (oben bei Fn. 6) zu glauben vermochte, dass die Post im Bereich der Verteilung unadressierter Drucksachen eine monopolistische Stellung habe und es deshalb für VgT "nicht oder nur mit unzumutbaren Schwierigkeiten" möglich gewesen wäre, auf einen anderen Anbieter auszuweichen, erfährt hier das Gegenteil. Man erinnert sich: Seit Bestehen der Eidgenossenschaft besitzt der Bund ein Postregal, das aber bis heute niemals nicht adressierte Drucksachen einschloss<sup>29</sup>. Vor 1997 hat die Post wohl in diesem Geschäftssektor überhaupt nicht mitgespielt. Die aus dem Monoporsektor überkommene Infrastruktur der Post ist gewiss bedeutend und verschafft ihr heute noch in diesem Bereich monopolistische Vorteile. Das bringt aber für die Verteilung unadressierten Papiers keinen Nutzen, fordert doch diese unvergleichlich einfachere Aufgabe andersartige Verteilermechanismen. Persönliche Erfahrung des Lesers tut ein übriges: **{S. 110-111 }** Das viele in die Briefkästen gelangende Papier stammt weit überwiegend aus anderen Händen als jenen der Post.

Derartige Information schliessen die Annahme aus, dass die vom Bundesgericht definierten Voraussetzungen der "Kontrahierungspflicht" im Falle der Post gegeben seien.

---

dass die Post gegenüber einer Konkurrentin nicht in Pflicht stehen will, aushilfsweise für diese Aufträge zu erledigen.

<sup>29</sup> Wenigstens in einer Fussnote darf auf die Darstellung der Verhältnisse durch die Post hingewiesen werden. Im erstinstanzlichen Urteil, dem Entscheid des Bezirksgerichts Frauenfeld (Datum nicht ersichtlich, vom VgT am 13.11.2000 auf WS veröffentlicht) wird unter Zif.3 eine Passage der Klageantwort der Post wie folgt zusammengefasst: "Es sei unrichtig, dass die Beklagte über ein Monopol verfüge. Vielmehr herrsche eine erhebliche Konkurrenzsituation zwischen der Beklagten und den in der sogenannten SwissMail zusammengefassten Verteilorganisationen. Diese seien praktisch in der ganzen Schweiz tätig und verfügten über ein effizientes Zustellnetz, welches jenem der Beklagten mehr oder weniger ebenbürtig sei." Dies eine Tatsachenbehauptung, die nicht unlaubwürdig tönt und im Verfahren unbestritten blieb.

## 2. Weitere Informationen klären manches, und schaffen vielleicht sogar halbe Rechtfertigung des getroffenen Sachentscheids

### a) *Boykott-Tatbestand ?*

Im Netz über "www.google.ch"<sup>30</sup> nach der Prisma Medienservice AG fragend wird man unaufgefordert mit Material aus vorliegendem Rechtsstreit konfrontiert, das zu konsultieren man sich nicht verwehren mag, obwohl man damit gegen gute Vorsätze (oben bei Fn. 1) verstösst. Allein die ersten zehn Positionen überblickend findet man (in Position 7) Zugang zu unserem BGE, und dann weiter:

Unter Position 8 der Titel: "Postzensurprozess vor dem Thurgauer Obergericht". Hier ist wiedergegeben das Plädoyer des Präsidenten des VgT, Kessler, vor diesem Gericht. Über ein an gleicher Stelle eingefügter Link "www.vgt.ch" werden zehn Texte abrufbar, davon neben den beiden soeben genannten hier zu nennen das Urteil des Bezirksgerichts, die bei diesem am 11. Januar 1999 eingereichte Klageschrift, im übrigen auch noch ein Artikel der Oberthurgauer Nachrichten vom 9.12.1999 (Interview mit dem VgT-Präsidenten) und schliesslich eine VgT-Publikation vom 24.12.1999. In prozessualer Hinsicht machen die beiden Urteilstexte erstmals deutlich, dass sich die beiden Vorinstanzen allein mit Gesetzesauslegung beschäftigten, daher in den Urteilsbegründungen die von den Parteien vorgetragenen Fakten (Monopolstellung der Post, Schicksal der zurückgewiesenen Sendung usw.) nicht darzustellen brauchten, damit aber das Bundesgericht diesbezüglich unwissend liessen.

Bereits die diesen wenigen Texten (insgesamt ein minimaler Bruchteil allen Materials, das über das Netz erreichbar wäre) zu entnehmenden Informationen verändern in wesentlichen Punkten unser Bild:

Der VgT ist nicht, wie auf Grund der gestellten Anträge hätte vermutet werden können, ein Club weltfremder Idealisten, vielmehr eine Vereinigung von unglaublicher Aktivität, thematisch nicht bloss auf Tierfabriken, sondern alle Bereiche des Tierschutzes ausgerichtet. Dessen Gründer und heutiger Präsident, Urheber auch der Klageschrift und des Plädoyers vor Obergericht, beherrscht alle Register politischer Selbstdarstellung, besitzt beachtenswerte Kampfeslust und scheint im übrigen zu wissen: Viel Feind - viel Ehr. Und viele Feinde hat er: Neben der Post gehört sogar die Prisma zu diesen. Er streitet gerne und weiss aus dem Streit auch Profit zu schlagen: Die Auseinandersetzung mit der Post hat ihm und seiner Vereinigung Auftrieb gegeben, nicht Schaden, sondern nur Vorteil gebracht: Da er den Prozess allein um der davon zu erwartenden Publizität willen führt, verstehen wir endlich die Wahl des ins Leere fallende Klagebegehrens und das Schweigen über das Schicksal der von der Post zurückgewiesenen Publikationen.

Beim ersten Blick auf das genannte Material ist man vom allenthalben auftauchenden Schlagwort "*Postzensur*" überrascht (dies in den vom VgT ausgehenden Texten und in den von diesem beigefügte Ueberschrift bei den Gerichtsurteilen). Näheres Zusehen zeigt, dass die VgT-Schriften anscheinend Unmut verursacht und Repressionsversuche ausgelöst zu haben, weshalb die Verteiler unter Druck gesetzt werden, ihre Verteilung zu unterlassen. Das führt anscheinend bei der Post zu interner Vorkontrolle der VgT-Vierteljahresschrift und erstmals im Dezember 1999 zu der uns beschäftigenden

---

<sup>30</sup> Das Vorgehen des Schreibenden (zweite Märzhälfte und 17.Mai 2003) wird angegeben, um wenigstens für nahe Zukunft erwarten zu können, dass der Leser eine ähnliche Informationslage antrifft wie dieser. Der Zufall dessen Vorgehens über <google> und dann <Prisma Medienservice AG> ist deshalb von Bedeutung, weil man auf diesem Weg an eine Auswahl hier relevanten Materials herangeführt wird, während bei Oeffnen der Homepage des Klägers (<vgt.ch>) eine Masse auftaucht, in der das vorliegendenfalls Bedeutsame zu suchen der Schreibende nicht unternommen hätte.



Zurückweisung, dies nach folgendem Ablauf: Am 2. Dezember vorläufige Verweigerung der Annahme gegenüber der den VgT vertretenden Prisma mit der Begründung, vorerst müsse der Inhalt überprüft werden; am 7. Dezember Mitteilung der definitiven Weigerung. Dies der Hintergrund der "Zensur".

Aber weit wichtiger ist, dass der Terminus "*Postboykott*" (dazu oben bei Fn. 21) sich plötzlich als möglicherweise zutreffend erweist. VgT hat in der Vergangenheit seine Publikationen einerseits durch Prisma (und anscheinend auch weitere private Verteiler), andererseits durch die Post verteilen lassen<sup>31</sup>. Aber angeblicher Druck von ungenannter Seite hat die von VgT beauftragten Verteilerorganisationen zur Verweigerung veranlasst. Die hier interessierende Dezemberausgabe {S. 111-112} war von VgT zur Verteilung der Prisma übertragen worden. Die Prisma ihrerseits nahm den Auftrag an und hatte bereits die zu verteilenden Journale bei sich an Lager genommen, "als von höherer Stelle die Weisung kam, den Auftrag abzulehnen." Zusätzlich steht auch im Raume die Behauptung, dass vor der Prisma auch die weiteren Verteilerorganisationen die Beförderung abgelehnt hätten.

### *b) Rechtfertigungsgründe wegen Inhalts der Publikation ?*

Bei der Beurteilung der Gesamtsituation dürfte wohl auch die von der Post (wie den übrigen widerstrebenden Verteilerorganisationen) angeführte Begründung nicht kurzerhand beiseite geschoben werden: Die VgT-Publikationen machen es sich zur Aufgabe, die von ihm aufgestöberten, angeblich tierquälerischen Praktiken im Bilde darzustellen, dies, weil die übrigen Medien nicht bereits seien, die abgebildeten Vorkommnisse dem Publikum vorzuführen (dazu etwa das Interview der Oberthurgauer Nachrichten vom 8.12.1999 mit VgT-Präsidenten Kessler). Diesen naturgemäss tendenziösen und einseitigen Darstellungen unter Angabe von Ort und Namen der Betroffenen können diese nichts entgegensetzen. In voller Schärfe erleben wir hier den alten Konflikt zwischen Informationsbedürfnis der Allgemeinheit und der Pressefreiheit auf der einen, dem Schutz der Privatsphäre auf der anderen Seite. Ohne nähere Prüfung wird man sich kein Urteil erlauben, aber festzuhalten bleibt, dass die Weigerung der Post (und der übrigen Verteiler) nicht als zum vornherein haltlos abgetan werden kann.

### *c) Gibt es Verletzung? Gibt es Schaden ?*

Mit obigem wird die Widerrechtlichkeit der Beförderungsverweigerung (gegen die Persönlichkeitsrechte i.S. Art.28 ZGB verstossender Boykott) der Post wenn nicht erwiesen, so doch als Möglichkeit aufgezeigt. Im Rahmen vorliegenden Feststellungsbegehrens fordert das Bundesgericht, dass dem VgT Nachteile entstanden seien ("unzumutbare Schwierigkeiten" bei der Verteilung der VgT-Publikation). Wie steht es damit?

Zwei Tage nach der endgültigen Weigerung der Post erscheint in den Oberthurgauer Nachrichten vom 9.12.1999 ein Interview mit herzerweichender Schilderung der Folgen der Weigerung der Post. Auf die Frage "Was bedeutet dieser Boykott für Sie resp. den VgT?" antwortet der Präsident: "Der VgT ist damit praktisch lahmgelegt". Dann, auf Frage: "Ohne Publikationsmöglichkeit ist der VgT, Ihr Lebenswerk, wohl gefährdet, wenn nicht gar am Ende?" heisst es: "Da mir dies (sc. Aufklärung der Öffentlichkeit) nun verunmöglicht wurde, werde ich meine Tierschutzaktivitäten weitgehend einstellen müssen."

Dieses jammervolle Bild kann glücklicherweise bald aufgeheitert werden. Am 24.12.1999 kann man

---

<sup>31</sup> Genau sind die Verhältnisse mit bescheidenem Aufwand nicht abzuklären.. Gewiss zu sein scheint, dass VgT zu Zeiten über die Post und andere Organisationen verteilen liess. Soweit die Prisma eingeschaltet war, erledigte sie die Aufgabe selber oder aber übertrug diese (sei es nach Absprache mit VgT, sei es aus eigener Initiative) der Post.

lesen: "Auch der Postboykott kann Kessler nicht stoppen: Lokaler Privatvertreter will mit VgT-Nachrichten landesweit ins Geschäft steigen; Zustellung gesichert."<sup>32</sup> Es wird von einer "unerwarteten Wende" gesprochen und erwähnt, dass Präsident Kessler sage, es "habe die Angelegenheit eine grosse Sympathiewelle für den VgT ausgelöst". Für die Entscheidung in vorliegender Sache kann nichts anderes ausschlaggebend sein als die durch Beförderungsverweigerung der Post geschaffene Faktenlage. Und wer kann diese vorliegendenfalls unverdächtiger darstellen als der "Verletzte" selber? Daher noch weitere Hinweise auf dieses dem Schreibenden durch Zufall zu Kenntnis gelangte Dokument, das die Abläufe schildert und deren Ergebnis darstellt, wie es drei Wochen vor Klageeinleitung vorliegt. Endlich erfahren wir hier, was mit den von der Post zurückgewiesenen Exemplaren des VgT-Journals passiert ist: "Trotz Verteilboykotts der Post wird der VgT seine millionenstarke Dezember-Grossauflage also doch noch los". Man liest nicht ohne Erheiterung: "Die Zustellung der französischen Ausgabe ('Acusa-News') hatte trotz allem die Post selber vorgenommen: 468'000 Journale [*nota*: in den Akten 200'000] wurden ohne Nennung des VgT in Lausanne aufgegeben, wo niemand den simplen Trick bemerkt zu haben scheint." Und dann weiter: "auch um die 500'000 deutschsprachigen Journale braucht sich der VgT kein Sorgen mehr zu machen, und dies nicht zuletzt dank der tatkräftigen Mithilfe zahlreicher Mitglieder". Unter dem Titel "Rohrkrepierer für die Post" folgen die Zitate zweier Aussagen Kesslers: "Die Post und die grossen Verteilfirmen schaffen sich mit ihrer politischen Zensur neue Konkurrenz". Dann aber, vorliegenden Prozess betreffend, heisst es: "Ueber die Post-Zensur soll nicht so schnell Gras wachsen", dies zur Erklärung der "Anzeige, die er [sc.der VgT-Präsident] gegen den Staatsbetrieb wegen Verletzung des Postgesetzes eingereicht hat und mit der sich in erster Instanz die Thurgauer Gerichte zu beschäftigen haben werden...". Abschliessend wird unter dem Titel "Spenden- und Mitgliederwelle ausgelöst" illustriert, dass wie andere Krisen auch die hier beschriebene den VgT nur stärken kann. { S. 112-113 }

Dies das hoffnungsvolle Bild bereits vor Klageeinleitung. Für die höchstrichterliche Beurteilung wäre massgeblich gewesen der Stand der Dinge am Ende des Beweisverfahrens der Vorinstanz. Die Beförderungssperre der Post blieb unangefochten bis zum Ergehen des hier besprochenen BGE. Wer sich für das Ergehen des VgT in dieser Zeit und darüber hinaus interessiert, wird gewiss kundig werden über dessen Homepage <[www.vgt.ch](http://www.vgt.ch)>. Aber auch so deutet alles auf Wohlergehen: Gut für die Tierfreunde, und, wie der Schreibende hofft, auch etwas für die Tiere.

#### *d) Ergebnis*

Die Darstellung, wonach die Prisma im Dezember 1999 sich weigerte, wie bisher die VgT-Publikation zu befördern und dass erst diese Weigerung zur erfolglos gebliebenen Auftragserteilung an die Post führte, blieb unbestritten. Wäre darüber hinaus zutreffend, dass die anderen grösseren Verteiler noch vor der Prisma Weigerung erklärt und damit sämtliche bisher in Betracht gezogenen privaten Verteiler mit der Post gemeinsame Front gebildet hätten, würde fraglos ein widerrechtlicher Boykott der schweren Art vorliegen, der, wenn auch mit anderer Begründung und unter Voraussetzung einer adaequaten Formulierung des Klagebegehrens, gerichtlich zu beseitigen wäre<sup>33</sup>.

Eine grundsätzliche Frage wird aufgeworfen durch die Tatsache des glücklichen Ausgangs der

---

<sup>32</sup> Text dat. 24.12.1999 und gezeichnet "Andreas Stricker / ans", abrufbar <[www.vgt.ch/news\\_bis2001/991224.htm](http://www.vgt.ch/news_bis2001/991224.htm)> (so 30.3.2003).

<sup>33</sup> Dies unter Voraussetzung der Unbehelflichkeit des Einwandes des unzulässigen Inhalts der Publikation; oben lit.b. -- Zur Rechtfertigung der Weigerung dürfte wohl nicht eigentliche Strafbarkeit vorausgesetzt werden; Missbilligungswürdigkeit bzw. Nähe zu Straftatbeständen müsste genügen.

Angelegenheit für den VgT, der nicht nur seine Publikation an deren Adressaten verteilen konnte, sondern aus der Angelegenheit Vorteil ideeller wie finanzieller Art (Mitgliederzuwachs, Spendengelder) ziehen kann, all das schon erkennbar vor Klageeinleitung. Dass die vom Bundesgericht gewählte Argumentation vor diesem Hintergrund unmöglich wird, ist offenkundig, ob gleiches auch für die Abstützung auf den Persönlichkeitsschutz und die Boykott-Abwehr gilt, bleibt zu untersuchen. Der glückliche Ausgang erklärt auch das Ausbleiben eines Schadenersatzanspruchs oder sonstiger ergebnisrelevanter Klageanträge: Prozess um des Prozessierens willen, das Abziehen einer Show unter Einbezug der hohen Gerichtsbarkeit dreier Instanzen.

## V. Zu den Vorzügen der Boykott-Argumentation

### 1. Unterschiedlichkeit der normativen Aussagen

Es sind die Ableitung einer Pflicht aus dem "Verstoss gegen das Verbot sittenwidrigen Verhaltens" und jener aus der "Verletzung der Persönlichkeitsrechte (durch Boykott)" gegenüberzustellen. Die beiden Ansätze unterscheiden sich sowohl hinsichtlich der Umschreibung des Verletzungstatbestandes wie auch der in Betracht fallenden Sanktion. Was wir durch Zufall über die tatsächlichen Abläufe erfahren haben, gibt Anschauungsmaterial über die Verschiedenartigkeit der Auswirkungen der beiden Konzepte:

#### *a) Entscheidung über das Vorliegen einer Verletzung*

Das Verbot sittenwidrigen Verhaltens ist eine Generalklausel ohne Bezugnahme auf Fakten. Die Auswahl der zu berücksichtigenden Elemente steht dem zum Entscheid Berufenen anheim, der bei der Entscheidungsfindung auf weiten Strecken seinen Gefühlen folgen muss. Unklar bleibt, ob das sittenwidrige Verhalten als solches oder aber das damit herbeigeführte Resultat den Ausschlag geben soll (Verhaltens- oder Erfolgsunrecht?). Demgegenüber nehmen die Persönlichkeitsrechte direkten Bezug auf die Person des zu Schützenden und verleihen diesem gegenüber Dritten eine Abwehrbefugnis hinsichtlich Gütern von besonderer Beziehungsnähe zur Person, wie deren körperliche Integrität, Ehre usw. oder eben hier den Anspruch auf Erhaltung der ordentlichen Vertragsschluss-Möglichkeiten. Die Abgrenzung des Schutzbereichs ist zwar auch hier bloss durch Bewertung zu erreichen, spielt sich indessen in einem eingengt-konkretisierten Problemausschnitt ab, der auch Regelbildung durch die Praxis erlaubt, wie sie sich früher im Kartellbereich entwickelt hat.

Nachdem wir wissen, dass dem VgT nicht nur die Verteilung der Publikationen trotz des Post-Boykotts geglückt ist und ihm aus den Nebenumständen gar Vorteil erwächst, ist die Frage gestellt, ob dies Widerrechtlichkeit der Weigerung und damit Sanktionen ausschliesst. Der Rückgriff auf den Topos der guten oder schlechten Sitten kann nicht helfen, da er nicht angibt, ob er sich auf das Tun oder dessen Erfolg bezieht. Aus den Urteilmotiven muss man schliessen, dass das Gericht den missbilligten Erfolg, die "schwere Beeinträchtigung" des Betroffenen, als Voraussetzung der Klagegutheissung betrachtet: Erfolgseintritt als Tatbestandsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit. Das hätte vorliegendenfalls { **S. 113-114** } zur Abweisung der Klage geführt. Bei Anwendung von Art.28 ZGB folgt jedoch das entgegengesetzte Ergebnis, d.h. Abwehr des Boykotts: Wenn die Verhinderung normalen Kontrahierens einen unzulässigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen ausmacht, wird daran nichts geändert, wenn dieser mit Geschick einen Ausweg findet: Weder darf man ihn für die Zukunft mit

Sonderanstrengungen belasten noch ist gewiss, dass das Glück ihm auch in Zukunft hold sein werde. Die Persönlichkeitsverletzung i.S. von Art.28 wird durch den unzulässigen Eingriff ausgelöst; dessen Auswirkungen werden allein bei der Bemessung der resultierenden Sanktionen berücksichtigt.

*b) Sittenwidrigkeits-Verbot versagt gegenüber Boykottabsprachen*

Unterstellen wir Richtigkeit der Darstellung des VgT, er sei von den in Betracht fallenden privaten Verteilern boykottiert worden. Wie kann man der Post, wenn sie dem schlechten Beispiel ihrer Konkurrenten folgt, Sittenwidrigkeit vorwerfen? Das Verbot der Sittenwidrigkeit kann eigentlich nur untersagen, dass jemand sich schlechter betrage als andere, nicht aber fordern, *besser* zu sein als alle Übrigen: Der Boykottwille der übrigen Verteiler rechtfertigt so gesehen jenen der ihnen nachfolgenden Prisma und schliesslich der Post. Auch hier versagt das Sittenwidrigkeitsverbot den geforderten Schutz, der allein mit gegen Boykottmassnahmen gerichteten Rechtsregeln (hier mit Art. 28 ZGB) verwirklicht werden kann.

*c) Statt Monopol-Topos und Sittenwidrigkeitsverbot die Boykottverbot-Regel*

Um dem Sittenwidrigkeitsverbot Profil zu geben, wird es vom Bundesgericht in Bezug zum Monopolbegriff gesetzt und sittenwidrige Ausnutzung der Monopolstellung als unzulässig erklärt. Aber auch das führt ins Abseits. Massgeblich ist die Entstehung, nicht der Gebrauch des Monopols. Ist in solches geschaffen worden durch Uebernahme von Konkurrenten oder deren sonstige Ausschaltung aus dem Wettbewerb, dies möglicherweise mittels kartellrechtlich missbilligter Massnahmen, ist jegliche Ausnutzung der Monopolistenstellung, d.h. jegliche Vertragsverweigerung reprobirt. Anders, wenn die Abwesenheit von Konkurrenz billigerswerterweise zu Stande kam: Der Erfinder eines neuen, erst ihm bekannten Verfahrens oder der Inhaber eines weltumfassenden Patentes ist zum Kontrahieren nicht verpflichtet. Während im ersten Fall jeglicher Monopolgebrauch widerrechtlich ist, bleibt im zweiten Fall jegliche Geltendmachung der Monopolstellung zulässig; für das Anlegen der Elle der Sittenwidrigkeit bleibt kein Raum. Die Widerrechtlichkeit des Ergebnisses ergibt sich allein aus den Umständen der *Entstehung* des Monopols, niemals der Tatsache dessen Durchsetzung. Der von der Literatur und dem Bundesgericht angestrebte Schutzzweck kann allein auf dem Wege der Boykott-Abwehr erreicht werden, in deren Rahmen die Benutzung einer auf unerlaubte Art zu Stande gekommene Monopolistenstellung als Sonderfall des Boykottierens gedeutet wird.

*d) Die in Betracht fallenden Unrechtsfolgen*

Die im Falle Verletzung ausgelösten Sanktionen bleiben bei Annahme einer "Kontrahierungspflicht" wie auch bei einem Verstoss gegen das "Verbot sittenwidrigen Verhaltens" vorerst offen. Schadenersatz ist die im Vordergrund stehende und praktisch wohl auch wichtigste Sanktion, die hier keine weitere Betrachtung fordert. Wie wir gesehen haben, wurde vorliegendenfalls nicht nur nicht auf Ersatz von Schaden geklagt, sondern es war kein solcher entstanden. Welche Sanktionen fallen darüber hinaus noch in Betracht? Gerichtliche Durchsetzung der Realexekution (Erzwingung der Erbringung der vertraglich nicht zugestanden Leistung) wäre als eine Form der "Beseitigung der Störung" möglich, aus praktischen Gründen aber im hier betrachteten Umfeld kaum je durchführbar. Bei Fehlen von Schaden fällt allenfalls symbolische oder gar substantielle Genugtuung in Betracht.

Im vorliegenden Verfahren strebte der Kläger eine (seltsam umschriebene) gerichtliche Feststellung an. Wie jede Feststellungsklage hätte diese einer besonderen Rechtfertigung bedurft, deren

Vorhandensein bisher nicht einsichtig war. Anders beim Persönlichkeitsschutz: Art. 28a Abs. 1 Zif. 3 erlaubt im Falle einer weiterhin sich auswirkenden Störung die Feststellung deren Widerrechtlichkeit. Besteht diese Widerrechtlichkeit in einer Vertragsverweigerung, kann im Urteil sehr wohl die Feststellung einer Pflicht zum Vertragsschluss erfolgen. Dieser Anspruch geht über die gewöhnlichen Deliktsansprüche hinaus und stellt eine Besonderheit des Persönlichkeitsschutzes des ZGB dar.

## VI. Zum Schluss

Was Doktrin und vorliegendenfalls das Bundesgericht als "Kontrahierungspflicht" bezeichnet, kommt auf der Ebene des Obligationenrechts kaum je vor: Der fast ein halbes Jahrhundert zurückliegende "Fall Seelig" war kein Anwendungsfall, und im Fall VgT v. Post bleibt das Ergebnis im Ungewissen. Im Grundsätzlichen ist festzuhalten, { S. 114-115 } dass ein aus dem Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB abzuleitender Schutz vor Boykottmassnahmen unerachtet der Kartellrechts-Gesetzgebung eine gewisse Bedeutung behält und im Auge behalten werden muss, in Sachverhalten vorliegender Art jedenfalls allein ein sinnvolles Resultat ermöglicht.

Der Terminus "Kontrahierungspflicht" u.dgl. ist hier wie im Schuldrecht überhaupt abzulehnen (er stammt aus dem Bereich staatlich geordneter Leistungserbringung wie Wasser, Energie, Transportleistungen u.s.w, ist aber selbst dort nur bildhaft zu verstehen; vgl. Zif. I/3 lit. a).

Die unzureichende, ja irreführende Information nicht bloss des Lesers des Urteils, sondern des Bundesgerichts selber findet seine Erklärung im Umstand, dass die Parteien die Auseinandersetzung allein auf der Ebene der Auslegung der Post-Gesetzgebung austrugen, jedoch privatrechtliche Gesichtspunkte ganz ausserhalb der Betrachtung blieben. Rückweisung an die Vorinstanz oder Berücksichtigung der vor diesen ergangenen Parteivorträge wäre angezeigt gewesen und hätte insbesondere sofort die fehlende Monopolistenstellung der Post aktenkundig gemacht. Die aufgeworfenen verfahrensrechtlichen Fragen mussten hier beiseite bleiben.

Der "Fall Seelig" hat auf der Ebene von allgemeinen Grundsätzen und Forderungen eine Diskussion in Schlagworten ausgelöst, welche kaum noch Realitätsbezug erkennen liess und sich um Fakten nicht kümmerte. Das Bundesgericht und die Urteilsredaktion hat mit dem Stichwort "Kontrahierungspflicht" dieser Linie etwas Gefolgschaft geleistet und von den Tatsachen abstrahiert (Anlass war, dass sich das auf Auslegung der Post-Gesetzgebung beschränkende angefochtene Urteil nicht über Fakten berichtete). Das oben Vorgetragene möchte die Realitäten, das Geschehene und dessen Hintergründe, wieder mehr in die Betrachtung der mit vorliegendem Entscheid von neuem ins Gespräch gebrachten Frage einbringen, eine Frage, deren praktische Bedeutung allerdings höchstens eine marginale ist.