

HG 08 52, publiziert September 2009

Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Steiner (Vorsitz), Handelsrichter Bircher, Handelsrichter Egli sowie Gerichtsschreiberin Leiser

vom 07. Juli 2009

in der Streitsache

A.

Klägerin 1

B.

Klägerin 2

C.

Klägerin 3

D.

Klägerin 4

E.

Klägerin 5

F.

Klägerin 6

G.

Klägerin 7

H.

Klägerin 8

alle vertreten durch Fürsprecher X

gegen

Die Schweizerische Post

vertreten durch Fürsprecher und Notar Y

Beklagte

Regeste:

1. *Art. 2 ff. PG – Die von der Schweizerischen Post zu erbringenden Dienste werden in Universal- und Wettbewerbsdienste unterteilt. Im Bereich der Universaldienste besteht für die Schweizerische Post sowohl bei den reservierten als auch bei den nicht reservierten Diensten eine absolute Kontrahierungspflicht. Weder den Materialien noch dem zitierten Bundesgerichtsentscheid ist zu entnehmen, dass zwischen den Universal- und Wettbewerbsdiensten eine Art Schnittmenge besteht, welche eine Lockerung des Kontrahierungszwangs für die nicht reservierten Dienste zur Folge haben könnte.*
2. *Art. 36 BV - Eine zwingende Gesetzesbestimmung kann nicht im Rahmen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Die Kündigung der Postkonti ist daher nichtig.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Sämtliche Klägerinnen verfügen über ein Postkonto bei der Schweizerischen Post. Die Klägerinnen resp. ihre Geschäftspraktiken werden in der Öffentlichkeit stark kritisiert und es finden vermehrt Gerichtsprozesse statt, die sowohl zu Gunsten als auch zu Ungunsten der Klägerinnen ausfallen. Dabei steht meistens die Frage im Zentrum, ob die Klägerinnen ihre Kunden zivilrechtlich durch Täuschung oder erweckten Irrtums zu einem Vertragsabschluss verleiten und ob die allgemeinen Vertragsbedingungen sachgerecht sind.

Mit Schreiben vom 20.08.2007 zeigte die Beklagte allen Klägerinnen den Abbruch der Geschäftsbeziehungen an. Die Kündigung der Postkonti wurde wie folgt begründet:

„[...] Eine Analyse Ihres Kundendossiers hat ergeben, dass sich unsere Ausrichtung nicht mit Ihrem Profil und Ihren Geschäftsaktivitäten deckt und/oder dass wir unsere Sorgfaltspflicht nicht mehr wahrnehmen können.“

Die Klägerinnen teilten der Beklagten zusammengefasst mit, dass aus dem Schreiben nichts über die konkreten Gründe der Kündigungen hervorgehe. Anscheinend sei die Beklagte unzureichend über die wirklichen Aktivitäten der Klägerinnen informiert. Die Klägerinnen seien bereit, die Unklarheiten bei einem Gespräch zu bereinigen. Zwischen den Parteien entstand ein umfangreicher Briefverkehr, eine Einigung konnte jedoch nicht gefunden werden.

Am 18.08.2008 reichten die Klägerinnen beim Handelsgericht des Kantons Bern Klage gegen die Beklagte ein und beantragten, die Beklagte sei anzuweisen, im Rahmen und Umfang des Universaldienstes die Postkonti aufrecht zu erhalten und weiterzuführen. Eventualiter sei die Nichtigkeit der Kündigung der Konti festzustellen.

Die Klägerinnen berufen sich dabei auf den Kontrahierungszwang der Schweizerischen Post. Die Beklagte hingegen stellt sich auf den Standpunkt, dass der Kontrahierungszwang nicht absolut sei und im Rahmen von Art. 36 BV eingeschränkt werden könne. Zudem sei eine Kündigung aus wichtigen Gründen zulässig.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

(...)

II. Formelles

(...)

III. Materielles

A. Sachverhalt

(...)

B. Rechtliche Würdigung

1. Gemäss Art. 2 PG hat die Beklagte einen ausreichenden Universaldienst, bestehend aus Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs, zu erbringen. Art. 3 und 4 PG ist zu entnehmen, dass diese Leistungen in reservierte Dienste, welche nur die Beklagte anbieten darf und in nicht reservierte Dienste, die die Beklagte in Konkurrenz mit privaten Anbietern erbringt, unterteilt werden. Nebst den Universaldiensten sieht das Postgesetz noch die Wettbewerbsdienste vor, welche ebenfalls von privaten Unternehmen erbracht werden dürfen. Im Gegensatz zu den Universaldiensten besteht bei den Wettbewerbsdiensten kein Kontrahierungszwang.

Vorliegend unbestritten ist, dass die Postkonti bzw. der Zahlungsverkehr zu den Universaldiensten der Beklagten und innerhalb derselben zu den nicht reservierten Diensten gehören (Art. 3 lit. e VPG; AB 12; pag. 72). Nicht einig sind sich die Parteien, ob bei den nicht reservierten Diensten eine absolute Kontrahierungspflicht der Beklagten besteht oder nicht.

Die Klägerinnen machen geltend, dass die Beklagte kein Wahlrecht habe, ob sie die von ihnen beanspruchten Dienste erbringen wolle oder nicht. Gestützt auf die gesetzliche Regelung hätten sie einen absoluten Anspruch auf die Benutzung dieser Dienstleistung (pag. 14 ff.). Dies werde auch im Bundesgerichtsentscheid 129 III 35 bestätigt.

Die Beklagte hingegen macht geltend, dass die Kontrahierungspflicht auf der Grundrechtsbindung im Bereich der Universaldienste beruhe (pag. 44 ff.). Daraus folge, dass im Bereich der nicht reservierten Dienste keine Kontrahierungspflicht bestehe, wenn durch die Verweigerung bzw. Kündigung eines Vertrages keine Grundrechtsverletzung begangen werde. Im vorliegenden Fall würden die Kündigung resp. die Leistungsverweigerung keine Grundrechtsverletzungen darstellen, weswegen auch kein Kontrahierungszwang bestehe (Art. 35 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 36 BV). Die nicht reservierten Dienste würden eine Zwischenstellung zwischen den reservierten Diensten (Kontrahierungszwang und Monopol-

stellung) und den Wettbewerbsdiensten (kein Kontrahierungszwang) einnehmen. Eine Lockerung des Kontrahierungszwangs im Bereich der nicht reservierten Dienste, zumindest für die Auflösung aus wichtigem Grund, sei daher gerechtfertigt (AB 16).

Nachfolgend ist mithin zu überprüfen, ob im Bereich der nicht reservierten Dienste eine absolute Kontrahierungspflicht der Beklagten besteht resp. ob es sich bei Art. 2 Abs. 2 PG um eine zwingende Gesetzesnorm handelt.

Gemäss Art. 2 Abs. 2 PG gewährleistet die Post den freien Zugang zu den Dienstleistungen des Universaldienstes. Dieser muss in allen Landesteilen nach gleichen Grundsätzen, in guter Qualität und zu angemessenen Preisen angeboten werden. Art. 1 lit. c der Postverordnung [VPG] ist zu entnehmen, dass nicht reservierte Dienste zu den Dienstleistungen des Universaldienstes gehören, welche die Post in Konkurrenz mit anderen Anbieterinnen erbringt und zu deren Erbringung die Post verpflichtet ist. Der Botschaft ist zu entnehmen, dass sich aus dieser Leistungspflicht der Kontrahierungszwang des Universalanbieters ableitet. Im Gegensatz zu dem im freien Wettbewerb geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit kann der Universaldienstanbieter zum Vertragsabschluss gezwungen werden (BBI III 1996 1274). Dies im Gegensatz zu den Wettbewerbsdiensten, welche die Beklagte in Konkurrenz mit privaten Anbietern erbringt (Art. 9 PG).

Die eindeutige Formulierung der entsprechenden Gesetzesartikel sowie die klaren Ausführungen in der Botschaft werden entgegen den beklagischen Ansichten durch BGE 129 III 35 wie folgt bestätigt:

„[...] 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 (BBI 1996 III 1284)

„[...] 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 gehört dem öffentlichen Recht an. Ein anschauliches Beispiel im vorliegenden Zusammenhang ist die Kontrahierungspflicht im Bereich der Universaldienste der Post (Art. 2 ff. PG) [...]“

Aus diesem Bundesgerichtsentscheid kann nicht geschlossen werden, dass die Kontrahierungspflicht sich aus Art. 35 der Bundesverfassung [BV] ableitet und infolgedessen eine Verletzung dieser Pflicht nur innerhalb von Art. 36 BV erfolgen kann. Die von der Beklagten zitierten Ausführungen von TARKAN GÖSKU beziehen sich auf den BGE 129 III 35 und damit auf die Wettbewerbsdienste der Beklagten, welche - im Gegensatz zu den Universal-

diensten - nicht dem Kontrahierungszwang unterliegen (TARKAN GÖSKU, Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 35, in: ZBJV, 140 2004, S. 40). Aufgrund dessen können die von ihm gemachten Überlegungen nicht auf die hier zu beurteilenden Universaldienste angewandt werden. TARKAN GÖSKU führt sodann selbst aus, dass das Bundesgericht in der genannten Entscheidung eine sich aus Art. 35 Abs. 2 BV ergebende Kontrahierungspflicht nicht ausdrücklich bestätigt. Vorliegend ergibt sich die Kontrahierungspflicht nicht aus Art. 35 BV, sondern aus Art. 2 PG.

Weder den Materialien noch dem zitierten Bundesgerichtsentscheid ist zu entnehmen, dass - wie dies die Beklagte geltend macht - zwischen den Universal- und Wettbewerbsdiensten eine Art Schnittmenge bestehe, welche eine Lockerung des Kontrahierungszwangs für die nicht reservierten Dienste zur Folge habe. Die eindeutige gesetzliche Systematik und die mit dem Gesetz übereinstimmende Bundesgerichtspraxis schliessen eben gerade aus, dass die Beklagte bei den Universaldiensten frei entscheiden kann, ob sie eine bestimmte vertragliche Beziehung eingehen will oder nicht. Eine solche Bindung ohne entsprechende Ausstiegsmöglichkeit muss im Bereich des Service public in Kauf genommen werden. Der Gesetzgeber hat dies eben gerade angestrebt, um eine flächendeckende Versorgung gewährleisten zu können. Sodann hat der Gesetzgeber ein Korrektiv für das Spannungsverhältnis zwischen Leistungserbringungspflicht bei gleichzeitiger Konkurrenzierung durch Private bei den nicht reservierten Diensten geschaffen, in dem bspw. Konzessionsgebühren erhoben werden können (BBI 1996 III 1277 ff.). Eine Gesetzeslücke, die eine Lockerung des Kontrahierungszwangs bei den nicht reservierten Diensten erlauben würde, ist daher ebenfalls auszuschliessen. Folglich muss die Beklagte die Leistung auf Wunsch des Kunden im Einzelfall tatsächlich erbringen und kann nicht frei darüber entscheiden, ob sie eine solche Beziehung aufrechterhalten will oder nicht.

Eine wie im vorliegenden Fall zwingende Gesetzesbestimmung kann nicht im Rahmen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Dies hätte eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Aushöhlung des zwingenden Rechts zur Folge. Der von der Beklagten aufgestellten Theorie, wonach die Kontrahierungspflicht auf Art. 35 BV beruhe und deshalb eine Verletzung dieser Pflicht im Rahmen von Art. 36 BV zulässig sei, kann mangels gesetzlicher Grundlage nicht gefolgt werden. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass eine Einschränkung des zwingenden Rechts grundsätzlich zulässig wäre, scheitert diese hier mangels einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 BV). Auch dürfte eine solche Einschränkung das Diskriminierungsverbot nicht verletzen. Die Beklagte erklärte zwar anlässlich der Hauptverhandlung, dass sie allen einschlägigen Kunden gekündigt habe, belegt dies aber nicht weiter. Es sei auch nicht auszuschliessen, dass sie nicht allen gekündigt habe (Ausführungen 2. Parteivortrag). Die Voraussetzungen damit eine Gesellschaft für die Beklagte als einschlägig gilt, wurden nicht dargelegt. Unter Berücksichtigung, dass die Beklagte nicht belegen kann, dass allen einschlägigen Firmen gekündigt wurde resp. dass alle Kunden mit gleichen Massstäben beurteilt worden sind, sowie der Tatsache, dass den Klägerinnen bisher kein strafrechtlich relevantes Verhalten vorgeworfen werden konnte, würde eine Kündigung, selbst wenn sie zulässig wäre, das Diskriminierungsverbot verletzen.

2. Die Kontrahierungspflicht beeinflusst zwangsmässig auch die Inhaltsfreiheit (KRAMER, Berner Kommentar Band VI/1/2/1a, Bern 1991, Art. 19-20 OR, N 95). Bei Dauerschuldverhältnissen beinhaltet die Kontrahierungspflicht sowohl den Abschluss des Vertrages als auch dessen Aufrechterhaltung und schliesst die voraussetzungslose jederzeitige Kündbarkeit aus, durch die sie ansonsten vollständig ausgehöhlt würde.

Die Parteien haben einen Vertrag über die Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs abgeschlossen. Zum Vertragsabschluss wurden dem Handelsgericht keine Unterlagen eingereicht. Die Klägerinnen legten dem Handelsgericht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen 2008 der PostFinance vor und auch die Beklagte bezieht sich in ihren Ausführungen auf die AGB 2008 (pag. 42; KB 20). Gestützt darauf kann davon ausgegangen werden, dass die AGB genehmigt wurden und infolgedessen grundsätzlich auf den vorliegenden Streitfall anwendbar sind.

Gemäss Art. 17 AGB dauern der Basisvertrag sowie die Vereinbarung für die Benutzung der Zusatzleistungen auf unbestimmte Zeit. Sie können von beiden Parteien jederzeit schriftlich gekündigt werden, sofern nicht etwas anderes vereinbart worden ist. Der Wortlaut dieser Bestimmung verstösst gegen Art. 2 Abs. 2 PG. Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst (Art. 19 Abs. 2 OR). Wie unter Ziffer III.B.1. ausgeführt, besteht für die Beklagte bei den Universaldiensten und damit eben auch bei den nicht reservierten Diensten ein Kontrahierungszwang. Dies wird entgegen den beklaglichen Ausführungen auch durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung bestätigt. Art. 17 AGB verstösst damit gegen zwingendes Recht und ist somit nichtig. Die anderen Bestimmungen der AGB werden von dieser Teilnichtigkeit nicht betroffen und behalten infolgedessen ihre Gültigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR).

3. Die Beklagte macht sodann geltend, dass die Kündigung aus wichtigem Grund erfolgt sei. Die Auflösung sei daher aus vertraglicher Sicht zulässig (pag. 44). Die Klägerinnen stellen sich diesbezüglich auf den Standpunkt, dass die Beklagte gegen ihre Kontrahierungspflicht keine sachlich gerechtfertigten Gründe vorzutragen vermöge, die einen Abbruch der Geschäftsbeziehungen erlauben würden. Die Beklagte habe auch keinen gesetzlichen Auftrag, welcher es ihr erlauben würde, die Geschäftstätigkeiten der Klägerinnen zu beurteilen, insbesondere da ihnen kein strafrechtlich relevantes Verhalten vorgeworfen werden könne. Falls wichtige Gründe im Sinne des Strafrechts vorliegen würden, gebe es genügend gesetzliche Mittel, um die Vermögenswerte sicherzustellen, ohne dass die Beklagte eine Aufsichtsfunktion wahrnehmen müsse (Ausführungen 2. Parteivortrag).

In einem ersten Schritt ist damit zu überprüfen, ob wichtige Gründen für eine Kündigung - im Sinne einer "escape clause" - vorhanden sind, wie dies TARKAN GÖSKU andeutet (a.a.O., S. 50). Nach dessen Meinung könnte (ausnahmsweise) ein sachlicher Grund vorliegen, der es der verweigernden Person (hier: der Beklagten) schlichtweg unzumutbar machen könnte, ihre Leistung gerade diesem Vertragspartner zu erbringen.

Die Beklagte verweist diesbezüglich auf die Geschäftsgebaren der Klägerinnen, welche immer wieder in den Medien diskutiert werden (AB 2-13). Die mediale Präsenz wird durch die Klägerinnen nicht bestritten. Jedoch stellen sie sich auf den Standpunkt, dass es sich dabei um „anwaltlichen Journalismus“ handelt. Die Klägerinnen würden nichts Verbotenes machen wollen und seien bemüht die gesetzlichen Schranken einzuhalten (Ausführungen 2. Parteivortrag). Aus den durch die Parteien eingereichten Beweismitteln kann entnommen werden, dass den Klägerinnen kein strafrechtlich relevantes Verhalten vorgeworfen werden kann. In zivilrechtlicher Hinsicht gibt es mit verschiedenen Begründungen sowohl Entscheide zu Gunsten als auch solche zu Ungunsten der Klägerinnen. Damit können aus den eingereichten Entscheiden keine wichtigen Gründe, welche zu einer Kündigung führen könnten, abgeleitet werden.

Auch ein durch die mediale Präsenz der Klägerinnen ausgelöster Reputationsschaden ist zu verneinen. Es ist allgemein bekannt, dass sich die Leistungen der Beklagten auf den Zahlungsverkehr beschränken und in keinem Zusammenhang mit der Tätigkeiten ihrer Kunden steht (vgl. auch BGE 129 III 47: „Argumentation des Reputationsschadens nicht überzeugend“). Die Begründung der Beklagten, dass andere Kunden durch die Führung der klägerischen Konti ihre Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten in Frage stellen könnten, trifft nicht zu (BM 5 und 6). Die Anzahl der eingereichten Kundenreklamationen (zwei) ist im Verhältnis zum gesamten Kundenstamm der Beklagten marginal und hat keine repräsentative Bedeutung. Im Geschäftsbereich müssen sodann gewisse negative Einflüsse toleriert werden.

Zusammengefasst kann somit festgestellt werden, dass die Kündigung der Beklagten gegen zwingendes Recht verstösst und daher nichtig ist. Wichtige Gründe welche eine Kündigung allenfalls rechtfertigen könnten, liegen ebenfalls nicht vor, so dass die Frage, ob eine solche Kündigung aus wichtigen Gründen überhaupt zulässig wäre, vorliegend offen gelassen werden kann. Die Klage ist daher gutzuheissen.

Das Eventualbegehren entfällt damit.

(...)

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.