

Klausur im Öffentlichen Recht II vom 10. September 2004:

Lösungsskizze

Vorbemerkung: Der Sachverhalt wirft auch einige Fragen auf, die nach heutigem Stand von Rechtsprechung und Lehre nicht eindeutig beantwortet werden können. Dies wurde bei Korrektur und Bewertung berücksichtigt. Auch wer andere Lösungswege einschlug oder zu anderen Ergebnissen gelangte, konnte bei guter Argumentation die volle Punktzahl erreichen. Die volle Punktzahl konnte in der Regel auch mit Antworten erzielt werden, die weniger ausführlich sind als die nachstehenden. [Ausführungen in den Fussnoten bzw. in eckigen Klammern enthalten weiterführende Hinweise.]

I. Poststelle „Nordwest“ (Gewichtung ca. 36 %)

1. Rechtsmittel

Vorüberlegungen (max. 5 Punkte)¹

Art. 7 Abs. 3 VPG bezeichnet die Entscheidung der Post über die Schliessung einer Poststelle als „endgültig“. Es scheint somit kein Rechtsmittel zur Verfügung zu stehen. Es muss indes geprüft werden,

- ob diese Anordnung wirklich als Rechtsmittelausschluss verstanden werden darf (= Frage der Auslegung von Art. 7 Abs. 3 VPG) und – gegebenenfalls –
- ob die Verordnungsbestimmung mit übergeordnetem Recht in Einklang steht (= Frage der Gesetzes-, Verfassungs- bzw. Völkerrechtskonformität von Art. 7 Abs. 3 VPG).

ad Auslegung:

Heisst „endgültig“ wirklich endgültig? Bei der Auslegung ist nicht nur auf den Wortlaut abzustellen. Ein Einbezug der weiteren traditionellen Elemente der Auslegung (Systematik, Entstehungsgeschichte, Zweck) – soweit hier überhaupt möglich – erbringt indes kein anderes Ergebnis.² Zu einer anderen Beurteilung könnte allenfalls der Grundsatz der gesetzes-, verfassungs- oder völkerrechtskonformen *Auslegung* führen. Diese Frage erfordert – gleich wie die Frage nach der Gesetzes-, Verfassungs- und Völkerrechts*konformität* – einen Blick auf den Inhalt allenfalls einschlägiger Bestimmungen des übergeordneten Rechts:

¹ Die im Zusammenhang mit Aufgabe 1.a. erforderlichen Überlegungen allgemeiner Natur werden in der vorliegenden Lösungsskizze vorangestellt. Eine Behandlung dieser Gesichtspunkte im Rahmen der einzelnen Teil-Antworten zu 1.a. ist ebenfalls möglich.

² Insbesondere gibt es keinen konkreten Anhaltspunkt dafür, dass der Verordnungsgeber beim Erlass von Art. 7 VPG vergessen hätte, die Bestimmung mit einem Zusatz nach dem Muster des Art. 105 Abs. 4 AsylG („endgültig, soweit nicht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ... zulässig ist“) zu versehen.

ad Anforderungen des übergeordneten Rechts:

- *Gesetzesrecht:* Es ist kein Widerspruch zwischen Art. 7 Abs. 3 VPG und der Postgesetzgebung (POG, PG) ersichtlich.
- *Völkerrecht:* Die Rechtsmittelgarantien der EMRK kommen hier nicht zur Anwendung: Es geht hier weder um „civil rights“ noch um eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK (oder Art. 14 UNO-Pakt II). Da kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass die Entscheidung der Post Konventionsgarantien berührt, greift auch das Recht auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) nicht.
- *Verfassungsrecht:* Die Bundesverfassung enthält (noch) keine allgemeine Rechtsweg- oder Rechtsmittelgarantie (vgl. Frage 2). Spezielle Garantien (wie Art. 31 Abs. 4, Art. 32 Abs. 3 BV) greifen hier nicht. Die Kantonsverfassung enthält zwar gemäss Sachverhalt eine allgemeine Rechtsweggarantie (Art. 77). Diese kommt hier indes nicht zur Anwendung (vgl. Frage 1.b.)
Art. 164 Abs. 1 BV verlangt, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Dazu gehören auch die grundlegenden Bestimmungen über die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden (Bst.g.). Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass die Frage der Weiterzugsmöglichkeit eine „wichtige“ Bestimmung im Sinne des Art. 164 BV ist.³ Ob Art. 164 BV verletzt und das Wort „endgültig“ in Art. 7 VPG unbeachtlich ist (bzw. durch Auslegung „korrigiert“ werden darf/muss), kann hier offen bleiben. Denn die Möglichkeit, die Entscheidung der Post auf dem Rechtsmittelweg weiterzuziehen, ist aus anderen Gründen nicht gegeben.

a. Rechtsmittel der Stadt X.

- *Zuständigkeit/Vorinstanz* (max. 2 Punkte)

Entschieden hat gemäss Sachverhalt das abschliessend zuständige Organ der Post. Ein (post)internes Rechtsmittel steht mithin nicht zur Verfügung. [Die in Art. 7 VPG vorgesehene unabhängige Kommission ist keine Rechtsmittelinstanz, sie übt lediglich eine Art Ombudsfunktion aus.] Angesichts von Art. 98 Bst.d. OG kommt als externes Rechtsmittel in erster Linie die *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* an das Bundesgericht in Betracht. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde steht gemäss Art. 98 Bst.d. OG offen gegen Verfügungen letzter Instanzen *autonomer eidgenössischer Anstalten* und Betriebe, wenn nicht spezialgesetzlich eine vorgängige Beschwerde an eine der in Art. 98 Bst.b., c. oder g. OG genannten Instanzen vorgesehen ist. In Bezug auf die Post sind diese Anforderungen erfüllt:

- Die Post ist eine selbständige *Anstalt* des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit (Art. 2 POG).
- Die Bundesgesetzgebung (POG, PG) räumt ihr eine beträchtliche *Autonomie* ein.
- Die Postgesetzgebung sieht keine vorgängige Beschwerde vor.

Zuständig für die Behandlung eines allfälligen Rechtsmittels wäre folglich das Bundesgericht (Verwaltungsgerichtsbeschwerde). [Keine Punkte wurden vergeben für Ausführungen betreffend Art. 17 und 18 PG, Aufsichtsbeschwerde, Frage der Wiedererwägung u.ä.]

³ In diese Richtung weist Art. 46 VwVG. Danach ist die (Verwaltungs-) Beschwerde unzulässig gegen: „d. Verfügungen, die nach anderen *Bundesgesetzen* endgültig sind“ (Hervorhebung hinzugefügt). Der Bundesgesetzgeber scheint hier davon auszugehen, dass die Entscheidung über die „Endgültigkeit“ dem Gesetzgeber zusteht, d.h. nicht Sache des Verordnungsgebers ist.

- *Beschwerdeobjekt* (max. 3 Punkte)

Der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen grundsätzlich nur *Verfügungen* im Sinne des Art. 5 VwVG (Art. 97 OG). Es stellt sich die Frage, ob die schriftliche Mitteilung vom 7. September 2004 unter formalen Gesichtspunkten (Art. 34 f. VwVG) als Verfügung anzusehen ist (oder als „blosse“ informelle Mitteilung). Die Frage kann offen bleiben, da die Entscheidung der Post unter inhaltlichen Gesichtspunkten nicht die Merkmale einer Verfügung aufweist. Gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen

- (hoheitliche, einseitige) „Anordnungen der Behörden“
- „im Einzelfall“,
- „die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen“ und
- „zum Gegenstand haben:
 - a. Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;
 - b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten oder Pflichten;
 - c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren.“
 (= auf Rechtswirkungen gerichtete Anordnung)

Zu den Merkmalen der Verfügung gehören sodann die Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit.⁴

Im vorliegenden Fall ist die Anordnung *nicht*, wie dies Art. 5 VwVG voraussetzt, auf Rechtswirkungen im Rahmen einer verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung gerichtet: Weder im Verhältnis zur Stadt X. noch im Verhältnis zu Privatpersonen werden Rechte oder Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder festgestellt. Bei der Entscheidung der Post handelt es sich um eine (post)interne *organisatorische Anordnung*, die zwar gewisse „Aussenwirkungen“ haben mag, aber nicht der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegt (Art. 97 OG i.V.m. Art. 5 VwVG).⁵ Der Beschwerdeweg stünde nur dann offen, wenn die Spezialgesetzgebung die Anordnung (trotz fehlender „Verfügungsnatur“) als anfechtbar qualifizieren würde.⁶ Dies ist aber nicht der Fall. [Aus analogen Überlegungen scheidet auch eine Verwaltungsbeschwerde gemäss Art. 44 VwVG von vornherein aus. Keine Punkte wurden vergeben für Ausführungen zur Möglichkeit einer Feststellungsverfügung, denn Gegenstand einer Feststellungsverfügung kann nur sein, was materiell unter den Verfügungsbegriff fällt.]

Gemäss Fragestellung sind auch die weiteren Rechtsmittelvoraussetzungen zu prüfen:

- *mögliche Beschwerdegründe* (max. 3 Punkte)

Angesichts der gesetzlichen Beschwerdegründe (Art. 104 OG) und des Sachverhalts läge es für die Stadt X. nahe, geltend zu machen:

- eine *Verletzung von Bundesrecht* wegen Missachtung des rechtlichen Gehörs (Art. 7 Abs. 1 VPG, Art. 29 ff. VwVG, Art. 29 Abs. 2 BV);
- eine *Verletzung von Bundesrecht* wegen Missachtung des bundesrechtlich festgelegten Grundversorgungsauftrags (Art. 92 Abs. 2 BV, Art. 2 Abs. 3 PG, Art. 6 VPG).

⁴ Vgl. *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 858 ff.

⁵ Nicht weiter von Interesse ist somit die Frage, ob die Entscheidung – die einen grösseren, nicht individuell bestimmten Kreis von Personen betrifft – als Allgemeinverfügung einzustufen ist und welche Folgen sich gegebenenfalls daran knüpfen.

⁶ Z.B. nach dem Muster des Art. 29 BöB („Als ... anfechtbare Verfügungen gelten ...“).

[Im Sachverhalt angedeutet ist eine weitere denkbare Rüge, nämlich dass die Entscheidung der Post, weil sie vor allem ältere Menschen treffe, das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV (Kriterium „Alter“) verletze. In Betracht kommen auch weitere Rügen (vgl. Frage 3). Da hier eine nicht-richterliche Vorinstanz entschieden hat, könnten an sich auch Rügen betreffend die Sachverhaltsfeststellung vorgebracht werden (vgl. Art. 105 Abs. 2 OG). Die Rüge der Unangemessenheit wäre hingegen nicht möglich, da keiner der in Art. 104 Abs. 3 OG genannten Fälle gegeben ist.]

- *Beschwerdelegitimation* (max. 2 Punkte)

Die Beschwerdelegitimation richtet sich nach Art. 103 OG. Die Stadt X. ist keine Behörde im Sinne von Bst.b. Auch liegt keine spezialgesetzliche Ermächtigung im Sinne von Bst.c. vor. Somit könnte die Beschwerdeberechtigung nur dann bejaht werden, wenn die Stadt X. durch die Anordnung *gleich oder ähnlich wie ein Privater*⁷ berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat (Bst.a.). Ein Interesse an der Aufhebung der Entscheidung ist zweifellos vorhanden. Auch kann die Schutzwürdigkeit bejaht werden: Die Aufhebung eröffnet der Stadt X. die Chance, ihren Standpunkt doch noch in das Entscheidungsverfahren einzubringen. Entscheidend ist somit, ob die Stadt X. durch die Anordnung *gleich oder ähnlich wie ein Privater* berührt ist. Hier ist keine eindeutige Antwort möglich, weil der Sachverhalt (bewusst) keine näheren Hinweise zur konkreten Situation gibt (z.B. ob die Stadt X. als Postkundin direkt betroffen ist, weil sich Amtsstellen in der Nähe der Poststelle befinden usw.). [Mit blossen Definitionen der Legitimationsvoraussetzungen konnten keine Punkte erzielt werden.]

- *Beschwerdefrist und Formalien* (max. 1 Punkt)

Die Wahrung der 30-tägigen Frist (Art. 106 OG) und der Formalien (Art. 108 OG) sollte keine Probleme bereiten. Die Stadt will eine Aufhebung des Entscheids erreichen. Ein solches Begehren ist im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig (Art. 114 OG).

Fazit: In Betracht kommt – wenn überhaupt (siehe Vorüberlegungen) – das Rechtsmittel der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Das Bundesgericht wird aber auf eine allenfalls eingereichte Beschwerde nicht eintreten, weil es an einem tauglichen Beschwerdeobjekt fehlt (organisatorische Anordnung, nicht Verfügung im Sinne des Art. 5 VwVG).

b. Rolle des Art. 77 KV (max. 2 Punkte)

Der Bund ist (auch) beim Erlass von Verordnungsrecht (hier: Art. 7 VPG) nicht an kantonales Recht gebunden (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV). Auch von der Sache her ist Art. 77 KV nicht angesprochen, da es im vorliegenden Fall um einen Gesetzgebungsbereich geht, dessen Vollzug (ungeachtet der allgemeinen Maxime des Art. 46 Abs. 1 BV) nicht den Kantonen obliegt, sondern dem Bund.⁸ Art. 77 KV könnte höchstens indirekt eine Rolle spielen, nämlich dann, wenn das Bundesgericht es in Erwägung ziehen sollte, die Rechtsweggarantie (gestützt auf die unter der alten Bundesverfassung entwickelten Kriterien⁹) als ungeschriebenes Grundrecht *des Bundes* zu anerkennen. Ob man von einer „weitverbreiteten

⁷ Vgl. Häfelin/Müller (Fn. 4), Rz. 1785, 1954.

⁸ Vgl. Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 1103.

⁹ Unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes, weitverbreitete Verfassungswirklichkeit in den Kantonen, allgemeiner Konsens. Vgl. Häfelin/Haller (Fn. 8), Rz. 228.

Verfassungswirklichkeit“ in den Kanton sprechen kann, ist fraglich. Im Sachverhalt ist nur Art. 77 KV erwähnt. Hinweise auf weitere vergleichbare Bestimmungen fehlen. Die Frage kann indes offen bleiben. Denn selbst wenn man die Frage bejaht (und auch die weiteren Voraussetzungen gegeben wären): Die Rechtsweggarantie hilft hier nicht weiter (siehe Frage 2.). [Keine Punkte erhielt, wer die fehlende Bedeutung von Art. 77 KV mit dem Vorbehalt in Satz 2 begründete.]

2. Rechtsweggarantie

a. Chancen, wenn Art. 29a BV bereits in Kraft wäre (max. 5 Punkte)

Art. 29a BV gewährleistet die Beurteilung durch eine richterliche Behörde (garantiert somit mehr als nur ein Rechtsmittel). Dieser Anspruch besteht allerdings:

- (1) nur bei „Rechtsstreitigkeiten“,
- (2) nur, wenn die richterliche Beurteilung nicht „durch Gesetz“ ausgeschlossen ist (was jedoch nur „in Ausnahmefällen“ zulässig ist);
- (3) nur für Grundrechtsträger.

[Zu Art. 29a BV besteht noch keine Praxis. Etliche Fragen sind nicht abschliessend geklärt.]

ad (3): Art. 29a BV gewährleistet ein verfassungsmässiges Individualrecht. Es stellt sich die Frage, ob das Grundrecht auch juristischen Personen *des öffentlichen Rechts* (bzw. dem Gemeinwesen) zusteht. Dies kann man bejahen, wenn und soweit das Gemeinwesen (wie hier) gleich oder ähnlich „wie ein Privater betroffen“ ist (Analogie zu anderen Grundrechten).

ad (2): Ausnahmen von der Rechtsweggarantie bedürfen einer Regelung „durch Gesetz“. Ob ein legitimer Ausnahmefall vorliegt, ist fraglich. Fraglich ist auch, ob ein Rechtsweg-Ausschluss durch blosses Ordnungsrecht erfolgen darf (vgl. bei 1.a. zu Art. 164 BV). Dies kann indes offen bleiben, denn:

ad (1): Die Rechtsweggarantie des Art. 29a BV greift nur bei „Rechtsstreitigkeiten“. Dieser Begriff wird von den zur Grundrechtskonkretisierung berufenen Organen noch näher zu bestimmen sein. Es wäre sehr gut denkbar, darunter nicht nur Streitigkeiten betreffend die Rechtmässigkeit von *Verfügungen* oder Verträgen zu verstehen, sondern bspw. auch Streitigkeiten betreffend die Rechtmässigkeit von tatsächlichem Verwaltungshandeln.¹⁰ Allerdings wird man auch dann verlangen müssen, dass die Streitigkeit im Zusammenhang mit einer spezifischen *Rechtsbeziehung* (mit wechselseitigen Rechten und Pflichten) steht. Beim Streit um die Schliessung einer Poststelle fehlt es – im Verhältnis zur Stadt X., aber auch im Verhältnis zu betroffenen Privaten – an einer Rechtsbeziehung (vgl. vorne bei 1.a.: Beschwerdeobjekt). Der hier zu beurteilende Konflikt liegt ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 29a BV.

Fazit: Mit dem Inkrafttreten der Rechtsweggarantie werden sich die Chancen der Stadt X., eine Instanz zu finden, die auf ihr Rechtsmittel eintritt, nicht verbessern.

b. „Vorwirkung“ / „vorzeitige Anwendung“ von Art. 29a BV (max. 2 Punkte)

Eine (positive) Vorwirkung – Anwendung zukünftigen Rechts, wie wenn es schon in Kraft stünde – gilt als grundsätzlich unzulässig.¹¹ [Dieser aus dem Legalitätsprinzip und dem

¹⁰ Vgl. Häfelin/Müller (Fn. 4), Rz. 1728.

¹¹ Vgl. Häfelin/Müller (Fn. 4), Rz. 346 ff.

Rechtssicherheitsprinzip fliessende Grundsatz leuchtet ohne Weiteres ein, soweit es um (bürger)belastende Normen geht, hat aber auch bei begünstigenden Normen seine Berechtigung. Bei Letzteren könnte man sich immerhin überlegen, ob – ähnlich wie bei der Rückwirkung – unter Umständen gewisse Ausnahmen zuzulassen sind.] Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass die Kompetenz zur Inkraftsetzung des Art. 29a BV aufgrund ausdrücklicher Anordnung des Verfassungsgebers (vgl. Ziffer III. des BB vom 8.10.1999 über die Reform der Justiz) der *Bundesversammlung* zusteht und dass diese die Inkraftsetzung (bewusst) hinausgeschoben hat. Über diese verfassungsrechtliche Kompetenzzuweisung dürfen sich die rechtsanwendenden Behörden (inkl. Bundesgericht) nicht hinwegsetzen.

Eine andere Frage ist, ob das Bundesgericht befugt wäre, ein *ungeschriebenes Grundrecht* mit demselben (oder einem ganz ähnlichen) Inhalt wie Art. 29a BV zu anerkennen. Die Annahme des Art. 29a BV in der Volksabstimmung vom 12. März 2000 belegt, dass der „Souverän“ die Rechtsweggarantie als wichtigen (sogar unentbehrlichen?) Bestandteil der Rechtsordnung des Bundes einstuft. Auch darf man wohl heute von einem breiten Konsens sprechen. Ob die Rechtsweggarantie einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen entspricht, lässt sich aufgrund der Angaben im Sachverhalt nicht beurteilen. Die Gewährleistung in bloss einem Kanton dürfte nicht genügen. Die Frage kann offen bleiben, da auch eine ungeschriebene Rechtsweggarantie (nach dem Muster des Art. 29a BV) wohl nur auf *Rechtsstreitigkeiten* Anwendung finden kann (siehe vorne bei 2.a.).

Fazit: Eine „Vorwirkung“/„vorzeitige Anwendung“ des Art. 29a BV kommt nicht in Betracht.

3. Stichhaltigkeit der Vorbringen der Stadtregierung

- *Verletzung des Gehörsanspruchs?* (max. 3 Punkte)

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 ff. VwVG und Art. 29 Abs. 2 BV bezieht sich auf gerichtliche Verfahren und Verwaltungsverfahren. Wegen seines Gegenstandes (blosse organisatorische Anordnung, vgl. oben zu 1.a.) liegt das hier interessierende Verfahren nicht im Anwendungsbereich des VwVG (vgl. Art. 1) und wohl auch nicht im Anwendungsbereich der verfassungsrechtlichen Garantie (Art. 29 BV).

Zu prüfen bleibt, ob Art. 7 Abs. 1 VPG verletzt ist. Diese Bestimmung verpflichtet die Post ausdrücklich dazu, vor der Verlegung oder Schliessung einer Poststelle die Behörden der betroffenen Gemeinden anzuhören. Eine Anhörung ist zwar im vorliegenden Fall erfolgt. Allerdings war gemäss Sachverhalt zum besagten Zeitpunkt nur von der Umwandlung zu einer „Kleinfiliale“, nicht aber von einer Schliessung der Poststelle die Rede. Man darf annehmen, dass es der Stadt X. damit erschwert (wenn nicht verunmöglicht) wurde, ihre Interessen in dem dafür vorgesehenen Verfahren wirksam zu vertreten. Der Stadt X. wurde insbesondere die Chance genommen, dass die in Art. 7 VPG vorgesehene unabhängige Kommission den Fall prüft. Wegen der inhaltlichen Beschränkung der Anhörung wurde letztlich der Zweck des Verfahrens gemäss Art. 7 VPG vereitelt. Das Vorgehen der Post verletzt Art. 7 VPG.

Eine andere Frage ist, welche *Folgen* eine Verletzung der Anhörungspflicht gemäss Art. 7 VPG nach sich zieht. Auch wenn es nicht um ein herkömmliches Verwaltungsverfahren geht, bildet die Anhörung hier doch offenkundig ein wichtiges Element der Entscheidungsfindung. Man kann sich daher auf den Standpunkt stellen, dass die Anhörung (in Analogie zum gesetzlichen

bzw. grundrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss VwVG bzw. Art. 29 BV¹²) hier selbständigen („formellen“) Charakter besitzt, so dass die Post verpflichtet ist, das Versäumte nachzuholen, dies ohne Rücksicht darauf, ob die korrekte Anhörung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist.

Fazit: Der Standpunkt der Stadtregierung, wonach der Schliessungsentscheid an einem rechtlichen Mangel leide und aufzuheben sei, erweist sich als zutreffend. Allerdings besteht, wie gesehen, keine Möglichkeit, eine korrekte Anhörung via Rechtsmittel durchzusetzen.

- *Verletzung des Grundversorgungsauftrags?* (max. 2 Punkte)

Der Grundversorgungsauftrag im Bereich des Postwesens ist auf Verfassungsstufe in sehr vagen Worten umschrieben (Art. 92 Abs. 2 BV; Adressat: Bund). Dieser verfassungsrechtliche Grundversorgungsauftrag wird mit der Schliessung einer Quartierpost nicht in Frage gestellt.

Etwas konkreter ist die Umschreibung in Art. 2 Abs. 3 PG und in Art. 6 Abs. 1 VPG. (Adressat: die Post). Zur Konkretisierung dieser wortgleichen Bestimmungen ist in erster Linie die Post berufen. Die Post verfügt dabei (als bundesgesetzlich mit beträchtlicher Autonomie ausgestattete selbständige Anstalt) über einen weiten Spielraum. Entscheidungen, die sachlich vertretbar sind, überschreiten die (naturgemäss nicht exakt angebbaren) Grenzen dieses Spielraums nicht.

Der Sachverhalt enthält (bewusst) nur wenige Angaben zur tatsächlichen Situation in der Stadt X. Ob die allfällige Schliessung der Poststelle „Nordwest“ dazu führt, dass die Post ihre gesetzliche Pflichten – „flächendeckendes Poststellennetz“ betreiben; „Dienstleistungen des Universaldienstes in allen Regionen für alle Bevölkerungsgruppen in angemessener Distanz“ sicherstellen – nicht mehr erfüllt, lässt sich daher nicht abschliessend entscheiden. Konkrete Anzeichen dafür, dass die Entscheidung sachlich nicht vertretbar wäre, gibt es allerdings nicht.¹³

[Würde sich bei einer allfälligen Annahme der Volksinitiative «Postdienste für alle» an dieser Beurteilung etwas ändern? (max. 1 Punkt) Die neue Fassung des Art. 92 BV träte per 26. September 2004 in Kraft (Art. 195 BV). Eine spezielle übergangsrechtliche Regelung (bzw. Rückwirkung) ist nicht vorgesehen. Der Schliessungsentscheid vom 7. September 2004 wäre von der späteren Änderung der (verfassungs)rechtlichen Rahmenbedingungen nicht tangiert und die Post somit nicht verpflichtet, auf ihren Entscheid zurückzukommen. In einem allfälligen Beschwerdeverfahren käme (mangels einer gegenteiligen übergangsrechtlichen Regelung)¹⁴ der Grundsatz zur Anwendung, dass bei der gerichtlichen Beurteilung auf das im Zeitpunkt der ursprünglichen Entscheidung (7. September 2004) geltende Recht abzustellen ist. Eine Ausnahme könnte dann in Betracht gezogen werden, wenn zwingende Gründe eine sofortige Anwendung des neuen Rechts verlangen. Solche Gründe sind hier nicht ersichtlich.]

[Bewertet (max. 1 Punkt) wurden auch begründete Ausführungen zu nicht zentral betroffenen (verfassungs)rechtlichen Vorgaben wie z.B. Treu und Glauben gemäss Art. 9 BV (hier fehlt

¹² Vgl. Häfelin/Müller (Fn. 4), Rz. 1709.

¹³ Nach den Angaben im bundesrätlichen „Abstimmungsbüchlein“ zur Postinitiative (Volksabstimmung vom 26.9.2004) wird der Passus „für alle Bevölkerungsgruppen in angemessener Distanz“ (Art. 6 Abs. 1 VPG) vom Bundesrat in dem Sinne verstanden, dass „in der Regel die Erreichbarkeit innert 20 Minuten mit öffentlichen Verkehrsmitteln“ gegeben sein soll.

¹⁴ Vgl. Häfelin/Müller (Fn. 4), Rz. 340; André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor Eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel usw., 1998, 73.

es allerdings insb. an einer Vertrauensbetätigung); allgemeines Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV); Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV).]

Fazit: Mit ihrem Vorgehen hat die Post die Anhörungspflicht gemäss Art. 7 Abs. 1 VPG verletzt (mit der Folge, dass die Anhörung wiederholt werden muss).

II. „Hauptpost“ (Gewichtung ca. 64 %)

4. Bundesrechtmässigkeit ...

a. ... der Massnahme I („Verkaufsverbot“)

Vorbemerkung (max. 2 Punkte)

Bundesrechtswidrig sein könnte die Massnahme I,

- weil sie gegen ein *Grundrecht* verstösst; in Betracht fallen primär die *Wirtschaftsfreiheit* (Verkauf von Waren) und die *Eigentumsgarantie* (freie Nutzung der Liegenschaft);
- weil etwas geregelt wird, was aus *Kompetenzgründen* nicht (mehr) durch kantonales bzw. kommunales Recht geregelt werden darf (Verletzung der Kompetenzordnung bzw. des Vorrangs des Bundesrechts, Art. 49 BV); zu denken ist an die „*Postkompetenz*“ (Art. 92 BV) und die entsprechende Gesetzgebung (PG, POG, VPG) sowie an das BGBM.

[Keine Punkte wurden hier vergeben für Ausführungen zu Art. 8 und Art. 9 BV und für allgemeine Aussagen zu Rechtsform und Stellung der Post.]

- *Missachtung der „Postkompetenz“* (Art. 92 BV) bzw. *Postgesetzgebung?* (max. 8 Punkte)

Ausgangslage: Es stellt sich die Frage, ob die kommunale Massnahme einen Sachverhalt regelt, der in die ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes fällt bzw. vom Bundesgesetzgeber abschliessend geregelt wurde. Art. 92 BV erklärt das Postwesen zur „Sache des Bundes“. Die Bestimmung wird in der Rechtslehre zu den „Monopolkompetenzen“ gezählt¹⁵ und häufig als ausschliessliche Kompetenz qualifiziert.¹⁶ Dies bedeutet indes nicht, dass jede kantonale/kommunale Regelung, die in irgendeiner Weise (auch) die Tätigkeit der Post tangiert, von vornherein kompetenzwidrig und unzulässig wäre. [Man denke etwa an Bauvorschriften, allfällige Nutzung kommunalen/kantonalen öffentlichen Grundes durch die Post usw.] Mit Blick auf den vorliegenden Sachverhalt, der nicht die traditionelle „Kerntätigkeit“ der Post betrifft, sondern Fragen des „Nebenerwerbs“, ist aus kompetenzrechtlicher Sicht die Frage bedeutsam, wie weit die Regelungskompetenz des Bundes reicht; konkret: wie weit der Bund gestützt auf Art. 92 BV den Kreis der Postaktivitäten über den hergebrachten Bereich hinaus ausdehnen darf (siehe unten).

Zur Einordnung der geplanten Postaktivitäten: Die Postgesetzgebung unterscheidet zwischen:

- dem Universaldienst (Art. 2 ff. PG); dieser umfasst zum einen die „reservierten“ (monopolisierten) Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs, zum anderen gewisse „nicht reservierte“ (nicht monopolisierte) Dienstleistungen;
- und den Wettbewerbsdiensten (Art. 9 PG).

Der Universaldienst ist hier nicht im Spiel. Es fragt sich, ob bzw. inwieweit im Bereich der *Wettbewerbsdienste* Raum für eine kommunale Massnahme der hier interessierenden Art

¹⁵ Vgl. z.B. Paul Richli/Georg Müller/Tobias Jaag, *Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes*, 3. Aufl., Basel usw. 2001, 15.

¹⁶ Vgl. Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Bern 2004, 285.

(Verkaufsverbot) besteht. Betrachtet man die Absätze 1, 2 und 4 des Art. 9 PG, so scheint eine abschliessende bundesgesetzliche Regelung vorzuliegen. Beim Lesen von Art. 9 Abs. 3 PG könnte man zu einem anderen Schluss kommen. Die Post ist danach von Bundesrechts wegen „denselben Regeln“ unterstellt wie die privaten Anbieter. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass der Bundesgesetzgeber hier Raum für gewisse kantonale bzw. kommunale Vorschriften lässt, die (unter Wahrung der Maxime der „gleich langen Spiesse“) auch die Tätigkeit der Post erfassen. Die Frage nach der Tragweite der Bestimmung kann hier offen bleiben. Denn Art. 9 PG hat die *Wettbewerbsdienste* zum Gegenstand. Es ist bei genauerer Betrachtung aber gerade fraglich, ob die von der Stadt X. ins Visier genommenen Postaktivitäten (Verkauf von Papeterieartikeln, Spielwaren, Kosmetika) überhaupt zu den Wettbewerbsdiensten zu rechnen sind. Gemäss Art. 9 Abs. 1 PG kann die Post:

- a. weitere Dienstleistungen und Produkte im Bereich des Post- und Zahlungsverkehrs sowie damit *unmittelbar zusammenhängende* Dienstleistungen und Produkte anbieten;
- b. Dienstleistungen und Produkte *im Auftrag Dritter* anbieten, soweit dies der üblichen Nutzung der Infrastruktur entspricht.

Das Gesetz überträgt es dem Bundesrat (nicht der Post), die Wettbewerbsdienste zu bezeichnen (Art. 9 Abs. 2 PG). In der Postverordnung (Art. 12 VPG) finden sich gewisse bundesrätliche Konkretisierungen des Art. 9 Abs. 1 Bst. b. PG (Vertrieb von Anlagefonds-Anteilen, Vermittlung von Bankdienstleistungen und von Sach- und Lebensversicherungen). Art. 9 Abs. 1 Bst. a. PG hingegen wird nicht weiter konkretisiert. [Es fragt sich, ob der Bundesrat seine Konkretisierungsaufgabe erfüllt hat. Bei grosszügiger Auslegung könnte man immerhin argumentieren, dass es der Post gestattet sei, auch ohne spezifisches „Plazet“ des Bundesrates weitere Dienstleistungen und Produkte anzubieten, die mit dem Post- und Zahlungsverkehr *unmittelbar zusammenhängen*.]

Fällt das geplante Angebot unter die in Art. 9 PG/Art. 12 VPG genannten Kategorien?

- Um weitere Dienstleistungen und Produkte im Bereich des Post- und Zahlungsverkehrs handelt es sich mit Sicherheit nicht.
- Es gibt kein Indiz dafür, dass es hier um Angebote im Auftrag Dritter geht.
- Um Wettbewerbsdienste handelt es sich somit nur, wenn man einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Post- und Zahlungsverkehr bejahen kann.

Dies trifft mit Sicherheit nicht zu für Spielwaren und Kosmetika und wohl auch nicht für Papeterieartikel. [Allenfalls bei bestimmten Papeterieartikeln – nicht jedoch schematisch bei allen – könnte man dies eventuell bejahen. Wer diesen Weg einschlug, konnte ebenfalls Punkte erzielen. In der vorliegenden Lösungsskizze wird diese Variante nicht weiter verfolgt.]

Zwischenergebnis: Die Post ist nach dem heutigen Stand der Gesetzgebung nicht befugt, die besagten Waren in ihr Sortiment aufzunehmen (ausgenommen eventuell gewisse Papeterieartikel). Die kommunale Massnahme I untersagt somit etwas, was die Post mangels genügender Grundlage in der geltenden Postgesetzgebung ohnehin nicht tun dürfte. Die Postgesetzgebung und der Vorrang des Bundesrechts sind nicht verletzt.

Kompetenzfrage: Eine andere Frage ist, ob die Stadt X. mit ihrem Verkaufsverbot eine Regelung trifft, die in eine ausschliessliche Bundeskompetenz übergreift. Wie weit reicht die „Sperrwirkung“ des Art. 92 BV? Umfasst die Monopolkompetenz des Bundes auch die Befugnis, das Sortiment des Staatsbetriebs Post (nach Gutdünken) zu definieren und (z.B. durch eine weiter gefasste gesetzliche Definition der „Wettbewerbsdienste“) auch auf „postfremde“ Angebote auszudehnen? Eine solche weite Auslegung des Art. 92 BV ist abzulehnen. Sie würde letztlich dazu führen, dass die Post ohne Weiteres zu einem

„Gemischtwaren-Laden“ um- und ausgebaut werden kann. Eine solche Auslegung liesse sich schlecht mit dem ebenfalls auf Verfassungsstufe verankerten Grundsatz einer prinzipiell staatsfreien Wirtschaftsordnung¹⁷ vereinbaren. Es ist davon auszugehen, dass die durch Art. 92 BV begründete „Ausschliesslichkeit“ enger gefasst werden muss (Posttätigkeiten im mehr oder weniger traditionellen Sinn).

Fazit: Es spricht einiges dafür, dass die Stadt X. mit dem geplanten Verkaufsverbot weder in eine ausschliessliche Kompetenz des Bundes eingreift noch die Postgesetzgebung missachtet.

- *Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)?*

Schutzobjekt (max. 4 Punkte): Art. 27 BV schützt die *privatwirtschaftliche* Erwerbstätigkeit.¹⁸ Der Verkauf von Papeterieartikeln, Spielwaren und Kosmetika fällt an sich in den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (dies auch dann, wenn der Verkauf nur „nebenher“ erfolgt, denn die Wirtschaftsfreiheit schützt auch blosser Nebentätigkeiten). Die Massnahme I hat indes allein die Tätigkeit von „Staatsbetrieben“ im Visier. Fällt auch deren Erwerbstätigkeit in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit? Die Frage ist umstritten:

- Ein Teil der Lehre ordnet die *privatrechtliche* Tätigkeit des Gemeinwesens (bzw. das Auftreten als *Privatrechtssubjekt*) dem Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit zu.¹⁹
- Gegen diese Position lässt sich anführen, dass die Wirtschaftsfreiheit nicht die *privatrechtliche*, sondern die *privatwirtschaftliche* Erwerbstätigkeit schützt und dass die schweizerische Wirtschaftsverfassung vom Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft ausgeht, mithin eine „Privatwirtschaftsordnung“²⁰ begründet. Der Staat selbst bzw. seine Unternehmen dürfen daher nur unter bestimmten Voraussetzungen zu Privatanbietern in Konkurrenz treten; sie sind durch staatliche Beschränkungen gewöhnlich nicht „wie Private“ betroffen.
- Vermittelnde Auffassungen bewegen sich zwischen diesen beiden Polen.²¹

Die umstrittene Frage muss hier nicht abschliessend entschieden werden. Denn eine Anrufung der Wirtschaftsfreiheit durch einen Staatsbetrieb wie die Post (bzw. die Zuordnung der Tätigkeit zum Schutzbereich des Art. 27 BV) kann wohl doch nur dann in Betracht fallen, wenn und soweit das betreffende öffentliche Unternehmen überhaupt befugt ist, die fragliche Tätigkeit auszuüben, d.h. wenn und soweit die Tätigkeit im Rahmen des Unternehmenszwecks bzw. des gesetzlich abgedeckten Tätigkeitsfeldes liegt. Dies ist aber im vorliegenden Fall gerade nicht so (ausgenommen eventuell für bestimmte Papeterieartikel, siehe oben).²²

Fazit: Es ist zweifelhaft, ob das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit im konkreten Fall einschlägig ist. (Die Grundrechtsberechtigung der Post könnte eventuell bejaht werden, wenn

¹⁷ Vgl. Häfelin/Haller (Fn. 8), Rz. 623; Richli/Müller/Jaag (Fn. 15), 14.

¹⁸ Vgl. z.B. Häfelin/Haller (Fn. 8), Rz. 632 ff.

¹⁹ So z.B. Häfelin/Haller (Fn. 8), Rz. 632, 2004.

²⁰ Vgl. Richli/Müller/Jaag (Fn. 15), 14; Häfelin/Haller (Fn. 8), Rz. 623.

²¹ Vgl. Giovanni Biaggini, Sind öffentliche Unternehmen grundrechtsberechtigt? – Betrachtungen am Beispiel der Wirtschaftsfreiheit, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 2003, 623 ff.

²² *Hilfsüberlegung:* Vergleich mit der Rechtslage bei Beamten. Gemäss BGE 121 I 326 ff. kann sich ein Beamter für die Ausübung einer entgeltlichen nebenberuflichen Beschäftigung auf Art. 27 BV berufen, wenn es um eine mit seiner amtlichen Funktion *in keinem Zusammenhang* stehende Tätigkeit geht. Vgl. Häfelin/Haller (Fn. 8), Rz. 636. Gerade daran fehlt es bei der Post (vgl. Art. 9 Abs. 1 PG). Der Beamte ist in seiner Freizeit Privatperson; die Post aber ist und bleibt Staatsbetrieb, auch wenn sie privatrechtlich handelt.

und soweit die privatwirtschaftliche Tätigkeit gesetzlich hinreichend abgestützt ist.)
 [Der Aufgabenstellung gemäss sind die weiteren grundrechtlichen Anforderungen zu prüfen.]

- *Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit: Anforderungen gemäss Art. 36 und 94 BV*²³

Gesetzliche Grundlage (max. 4 Punkte): Ob das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage erfüllt ist, kann unter mehreren Gesichtspunkten fraglich sein:

- Die Massnahme soll durch ein kommunales *Parlament* beschlossen werden. Der Sachverhalt sagt nicht, ob eine Referendumsmöglichkeit besteht oder nicht. Dies ist aus der Sicht des Art. 36 Abs. 1 BV indes unerheblich. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts²⁴ kann (sofern die einschlägige kantonale Verfassungsordnung diese Rechtsetzungsform kennt) auch ein blosser Parlamentserlass ein Gesetz im Sinne des Art. 36 BV sein; es gibt mit anderen Worten keine bundesrechtliche Verpflichtung, Gesetzgebungsakte dem Referendum zu unterstellen (vgl. Art. 51 BV).
- Weiter fragt es sich, ob ein *kommunaler* Erlass ein Gesetz im Sinne des Art. 36 BV sein kann. Auch wenn man auf kommunaler Ebene von autonomen Satzungen, und nicht von Gesetzen, zu sprechen pflegt²⁵, ist die Frage zu bejahen; dies jedenfalls bei Erlassen, die (unter Beachtung der innerkantonalen Kompetenzverteilung) von der Gemeindeversammlung oder vom Gemeindeparlament als demokratisch besonders legitimierten Organen beschlossen werden (sonst wäre es für die Gemeinden letztlich unmöglich, Grundrechte zu beschränken).
- Weiter fragt es sich, ob die Regelung den Anforderungen des *Bestimmtheitsgebotes* genügt. Diese Frage kann nicht abschliessend beurteilt werden, da der Regelungswortlaut im Sachverhalt nicht angeführt ist.

[Da eine Regelung der Gesetzesstufe geplant ist, braucht nicht näher geprüft zu werden, ob es im vorliegenden Fall um eine schwer wiegende Grundrechtsbeschränkung geht oder nicht.]

Öffentliches Interesse/Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (max. 4 Punkte)

Die Massnahme ist offenkundig protektionistisch motiviert (Schutz des einheimischen Gewerbes vor neuer Konkurrenz). Die Bundesverfassung (Art. 27 in Verbindung mit Art. 94 Abs. 1 BV) verbietet es den Kantonen (und Gemeinden) grundsätzlich, sog. wirtschaftspolitische Massnahmen zu treffen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge oder Wirtschaftsformen zu begünstigen.²⁶ Angesichts dieser Rechtslage könnte man versucht sein, das Verkaufsverbot ohne nähere Prüfung allein wegen des protektionistischen Motivs bzw. der wettbewerbsverzerrenden Wirkungen als unzulässig einzustufen. Indes ist eine genauere Betrachtung angezeigt, denn die Massnahme schützt *nicht generell* vor neuer Konkurrenz,

- sondern nur vor Konkurrenz durch *Staatsbetriebe* (d.h. vor Konkurrenz, die in einer am Grundsatz der Staatsfreiheit orientierten Wirtschaftsordnung als Fremdkörper erscheint);

²³ Auch eine andere Abfolge der Prüfschritte ist möglich, zumal es für die Prüfung der allgemeinen Voraussetzungen (Art. 36 BV) und der besonderen Anforderungen (Art. 94 BV: Grundsatzkonformität, Wahrung der Gleichbehandlung der Konkurrenten) keine zwingend vorgegebene Reihenfolge gibt (zum uneinheitlichen Prüfungsprogramm des Bundesgerichts vgl. *Giovanni Biaggini*, Die Wirtschaftsfreiheit und ihre Einschränkungen, in: ius.full 2003, 2 ff.).

²⁴ Vgl. BGE 126 I 182.

²⁵ Vgl. *Häfelin/Müller* (Fn. 4), Rz. 157.

²⁶ Vgl. *Häfelin/Haller* (Fn. 8), Rz. 660.

- im konkreten Fall sodann nur vor staatlicher Konkurrenz, die einem „unternehmenszweckfremden Nebenerwerb“ nachgeht.

Die Massnahme ist also zwar protektionistisch motiviert, sie entfaltet jedoch nicht wettbewerbsverzerrende Wirkungen in Bezug auf (aktuelle oder potenzielle) private Marktteilnehmer. Sie soll (aus der Sicht der Stadt X.) lediglich Konkurrenten fernhalten, die ohnehin nicht befugt sind, sich auf dem fraglichen Markt zu bewegen. Eine derartige „Abwehr unzulässiger Konkurrenz“ (bzw. „ungesetzlichen Nebenerwerbs“) wird man – trotz des Schutzmotivs und -effekts – aus der Sicht der Wirtschaftsfreiheit schwerlich als unzulässig einstufen können. Das Vorliegen eines legitimen öffentlichen Interesses darf bejaht werden. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wird nicht beeinträchtigt.

Verhältnismässigkeit (max. 3 Punkte)

Das Verkaufsverbot ist fraglos geeignet, das angestrebte Ziel (Schutz des örtlichen Gewerbes vor Konkurrenzierung durch Staatsbetriebe) zu erreichen. Auch die Erforderlichkeit kann bejaht werden, da weder in sachlicher, zeitlicher, örtlicher oder persönlicher Hinsicht eine weniger weitgehende (mildere) Massnahme ersichtlich ist, die ebenso gut geeignet wäre wie das Verkaufsverbot. Dass neben der Post auch andere auf „unternehmenszweckfremden Nebenerwerb“ ausgehende Staatsbetriebe erfasst werden, ist nicht zu beanstanden. Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit) ist gewahrt, zumal es nur um eine Nebentätigkeit der Post geht und diese ihre gesetzlichen Aufgaben weiterhin wahrnehmen kann. Die Verhältnismässigkeit des Verkaufsverbots ist somit zu bejahen. [Keine Punkte für Pauschalaussagen ohne Sachverhaltsbezug.]

Wahrung des Kerngehalts (max. 1 Punkt)

Der schwer fassbare Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit ist mit Sicherheit nicht tangiert, zumal die Massnahme nicht Private, sondern nur Staatsbetriebe trifft und zumal nur ein Nebenerwerb (zudem ein „ungesetzlicher“) untersagt wird.

Gleichbehandlung (Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten) (max. 2 Punkte)

Als direkte Konkurrenten gelten gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts „Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen“.²⁷ Wenn man (wie das Bundesgericht) von einem engen „Branchenbegriff“ ausgeht, so fällt es schwer, die Post (und die übrigen betroffenen Staatsbetriebe) einerseits und die privaten Anbieter andererseits in Bezug auf die hier interessierenden Geschäftsfelder als Angehörige der „gleichen Branche“ zu verstehen. Aber auch wenn man – mit der neueren Lehre – nicht auf die Branchenzugehörigkeit, sondern auf den relevanten Markt abstellt, ist der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht tangiert, da es hier um eine Abwehr unzulässiger Konkurrenz geht.

- *Verletzung der Eigentumsgarantie* (Art. 26 BV)? (max. 3 Punkte)

Der Schutz durch das Grundrecht der Eigentumsgarantie tritt gewöhnlich hinter den durch die Wirtschaftsfreiheit vermittelten Schutz zurück, wenn – wie hier – bei der Liegenschaftsnutzung der Erwerbzzweck (lukrative Tätigkeit) im Zentrum steht. [Theoretische Ausführungen zum Schutzbereich wurden nicht bepunktet.] Eine eigenständige Rolle könnte die Eigentumsgarantie indes dann spielen, wenn man zum Schluss gelangt, dass

²⁷ BGE 125 I 436.

im vorliegenden Fall die Wirtschaftsfreiheit nicht einschlägig ist (siehe vorne). Diesfalls muss geprüft werden, ob die Anforderungen des Art. 36 BV erfüllt sind. Hierbei können die im Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit angestellten Überlegungen sinngemäss herangezogen werden (siehe vorne). Am Ergebnis ändert sich nichts: Eine Massnahme, die darauf abzielt, der Post einen „ungesetzlichen Nebenerwerb“ zu untersagen, ist auch unter dem Aspekt der Eigentumsgarantie als grundrechtskonform einzustufen.

Da das Verkaufsverbot eine zulässige Eigentumsbeschränkung darstellt, könnte man sich – theoretisch – die Frage stellen, ob eine Entschädigung wegen materieller Enteignung (Art. 26 Abs. 2 BV) geschuldet ist. Die Frage kann ohne eingehende Prüfung der einzelnen Voraussetzungen verneint werden. Die untersagte Nutzung ist ja, wie gesehen, gar nicht zulässig. Damit fehlt es aber an einer Grundvoraussetzung für eine Entschädigung nach Massgabe der bundesgerichtlichen Formel.²⁸

- *Missachtung des Binnenmarktgesetzes?* (max. 7 Punkte)

Die Bundesverfassung möchte einen grundsätzlich „einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum“ verwirklicht sehen (Art. 95 Abs. 2 BV). Ein Instrument dazu ist das Binnenmarktgesetz. Dieses gewährleistet „dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben“ (Art. 1 BGBM). Das Verkaufsverbot

- hindert die Post am Marktzugang auf dem Gebiet der Stadt X. und
- behindert (zumindest nach Behauptung der Post) eine „gesamtschweizerische Angebots- und Werbestrategie“.

Es ist daher zu prüfen, ob die Massnahme mit dem BGBM in Widerspruch steht.

Ein Widerspruch kann nur gegeben sein, wenn und soweit das BGBM auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt Anwendung findet. Anwendung findet das BGBM (nur) auf Erwerbstätigkeiten, „die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit“ (heute: Wirtschaftsfreiheit) geniessen (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Der Verkauf von Waren steht an sich unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Die Anwendbarkeit des BGBM scheint somit „objektiv“ betrachtet (Tätigkeit) grundsätzlich gegeben zu sein. [Fraglich könnte sie bei einer „subjektbezogenen“ Betrachtung sein: Will das BGBM auch die Tätigkeit von Staatsbetrieben schützen?]

Geht man von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des BGBM aus, so ist weiter zu klären, ob bzw. inwieweit hier der Grundsatz des freien Marktzugangs (Art. 2 BGBM) einschlägig (und gegebenenfalls verletzt) ist. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person „das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist.“ Entsprechend dem hier zum Ausdruck kommenden „Herkunftsprinzip“²⁹ richtet sich das Anbieten von Waren usw. nach den Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung oder des Sitzes der Anbieterin oder des Anbieters. Ist das Inverkehrbringen eines Produkts dort nicht untersagt, so darf die Ware auf dem gesamten Gebiet der Schweiz in Verkehr gebracht werden (Art. 2 Abs. 3 BGBM).

Der Sitz der Post befindet sich in Bern (Art. 2 Abs. 1 POG), mithin nicht im ostschweizerischen Kanton, in welchem die Stadt X. liegt. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen,

²⁸ Vgl. z.B. BGE 125 II 433.

²⁹ Vgl. z.B. *Richli/Müller/Jaag* (Fn. 15), 37 f.

dass das Vorgehen der Stadt X. bisher noch nicht „Schule gemacht“ hat. Man darf daher wohl annehmen, dass im Sitzkanton Bern bisher noch kein vergleichbares Verkaufsverbot verhängt wurde und der Grundsatz des freien Marktzugangs somit verletzt sein könnte. Der Grundsatz des freien Marktzugangs ist indes nicht absolut gewährleistet. Die Kantone (und Gemeinden) sind befugt, den freien Marktzugang zu beschränken, sofern gewisse bundesrechtliche Rahmenbedingungen beachtet werden (Art. 3 BGBM). Der freie Zugang zum Markt darf für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter eingeschränkt werden, wenn die Beschränkungen:

- a. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten,
- b. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind und
- c. verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM).

Solche Beschränkungen dürfen „in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten“ (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

Prima vista scheint das von der Stadt X. geplante Verkaufsverbot diesen Anforderungen nicht zu entsprechen. Man darf zwar annehmen, dass das Verkaufsverbot gleichermassen auch für ortsansässige Staatsbetriebe gelten soll. Aber das geltend gemachte öffentliche Interesse (Schutz des lokalen Gewerbes) erscheint im Lichte des Art. 3 Abs. 2 BGBM betrachtet sehr suspekt, und das Verkaufsverbot bewirkt, ja zielt offen auf den Schutz „einheimischer Wirtschaftsinteressen“.

Bei näherer Prüfung zeigt sich jedoch, dass es übereilt wäre, sogleich von einem Verstoß gegen das Binnenmarktgesetz zu sprechen. Denn Sinn und Zweck des Binnenmarktgesetzes ist die Gewährleistung der *interkantonalen* Dimension der Wirtschaftsfreiheit, d.h. die Bekämpfung von (zu hohen) Hürden im zwischenkantonalen Wirtschaftsverkehr. Die Massnahme der Stadt X. zielt aber *nicht* darauf ab, ein zwischenkantonales Handelshemmnis zu errichten. Es geht vielmehr darum, Staatsbetriebe davon abzuhalten, über das ihnen gesetzlich zugestandene Betätigungsfeld hinauszugehen (durch Verkauf von „unternehmenszweckfremden“ Produkten). Diese *nicht*-interkantonale Dimension der Massnahme kommt nicht zuletzt in der Tatsache zum Ausdruck, dass das Verkaufsverbot nicht unterschiedslos alle ortsfremden Anbieter trifft, sondern nur Staatsbetriebe. Genau besehen liegt die geplante Regelung, entgegen dem ersten Eindruck, doch nicht im Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetzes.

Fazit: Aus den genannten Gründen steht das Verkaufsverbot nicht in Widerspruch mit dem Binnenmarktgesetz.

b. ... der Massnahme II (Verhinderung der Eröffnung des „PostCafés“)

[Wie in der Aufgabenstellung vermerkt, ist hier nur eine kurze Stellungnahme zu *spezifischen* Gesichtspunkten, verlangt.] *Bundesrechtswidrig* sein *könnte* die Massnahme II,

- weil sie gegen ein *Grundrecht* verstösst;
- weil sie einen Sachverhalt regelt, der aus *Kompetenzgründen* nicht (mehr) durch kantonales/kommunales Recht geregelt werden darf.

Einschlägig sind auch hier: die *Wirtschaftsfreiheit* (Bewirtung von Gästen als Erwerbstätigkeit), die *Eigentumsgarantie* (freie Nutzung der Liegenschaft) und die bundesstaatliche Kompetenzordnung bzw. der Vorrang des Bundesrechts („Postkompetenz“, Postgesetzgebung, Binnenmarktgesetz).

- *Besonderheiten unter dem Aspekt Art. 92 BV / Postgesetzgebung?* (max. 1 Punkt)

Es stellt sich die Frage, ob der Betrieb eines Cafés zum gesetzlich abgedeckten Geschäftsfeld der Post gehört:

- Der Betrieb eines „PostCafés“ gehört sicher nicht zu den weiteren Dienstleistungen und Produkten im Bereich des Post- und Zahlungsverkehrs (Art. 9 Abs. 1 Bst.a. PG).
- Der Sachverhalt enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Post im Auftrag Dritter tätig werden will; ausserdem sprengt der Betrieb eines Cafés (mit Mittagsverpflegung) – auch wenn in der Schalterhalle Platz vorhanden sein sollte – den Rahmen der „üblichen Nutzung der Infrastruktur“ (Art. 9 Abs. 1 Bst.b. PG).
- Auch wird man nicht ernstlich behaupten können, dass das geplante Angebot mit dem Post- und Zahlungsverkehr „unmittelbar zusammenhängt“ (Art. 9 Abs. 1 Bst.a. PG).

Fazit: Die Massnahme II untersagt etwas, was der Post nach heutigem Stand der Gesetzgebung nicht gestattet ist, und ist insoweit nicht bundesrechtswidrig.

- *Besonderheiten unter dem Aspekt der Wirtschaftsfreiheit ? (max. 4 Punkte)*

Der Betrieb eines Cafés (bzw. das Anbieten entsprechender Waren und Dienstleistungen) fällt unbestrittenermassen in den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit. Eine andere Frage ist, ob sich die *Post* diesbezüglich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann. Dies ist, wie vorne ausgeführt, zweifelhaft. Die Überlegungen zur Massnahme I gelten hier sinngemäss.

Unter dem Gesichtspunkt der *Grundrechtseinschränkung* zeigt sich folgende Besonderheit:

Die Kantone und – soweit sie gemäss kantonalem Recht dafür zuständig sind – die Gemeinden sind gemäss Art. 196 Ziffer 7 BV noch bis Ende 2009 befugt, „zur Sicherung der Existenz bedeutender Teile eines bestimmten Zweigs des Gastgewerbes“ die Eröffnung von Gastgewerbebetrieben von einem Bedürfnisnachweis abhängig zu machen. Es handelt sich hier um eine (befristete) Ermächtigung, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) abzuweichen, d.h. wettbewerbsverzerrende Massnahmen zu treffen.

Eine sog. wirtschaftspolitische, wettbewerbsverzerrende Massnahme darf aber nur ergehen, wenn die soeben zitierten Anwendungsvoraussetzungen des Art. 196 Ziffer 7 BV erfüllt sind. Dies darf im vorliegenden Fall angenommen werden. Im Sachverhalt ist von einem Überangebot und von einem „ruinösen“ Wettbewerb zwischen bestehenden Betrieben die Rede, was man wohl mit „existenzbedrohend“ gleichsetzen darf. Anhaltspunkte dafür, dass diese Aussagen nicht den Tatsachen entsprechen, sind nicht ersichtlich. Der Stadt X. ist es folglich grundsätzlich erlaubt, durch Erlass einer entsprechenden kommunalen Regelung (für die das kantonale Recht Raum lässt, siehe Sachverhalt)

- eine Bedürfnisklausel zu statuieren (sofern eine solche noch nicht bestehen sollte) bzw.
- gestützt auf die Bedürfnisklausel die Eröffnung des geplanten PostCafés zu verbieten.

Ein Vorbehalt bleibt anzubringen: Dass Art. 196 Ziffer 7 BV die Kantone (und Gemeinden) von der Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit dispensiert, verschafft keinen „Freipass“. So müssen das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt bleiben (Art. 36 bzw. Art. 5 BV). Die grundsatzwidrige Massnahme muss grundsätzlich tauglich sein, sie darf nicht weiter gehen als erforderlich und muss verhältnismässig im engeren Sinn (zumutbar) sein. Die prinzipielle Tauglichkeit des Instruments der Bedürfnisklausel wird vom Verfassungsgeber bejaht (Art. 196 Ziffer 7 BV). Gründe dafür, die konkrete Massnahme (Verhinderung der Eröffnung des „PostCafés“) als untauglich oder als (für die Post) unzumutbar einzustufen, sind nicht ersichtlich. Der Sachverhalt sagt, dass das Überangebot nicht generell, sondern im Bereich der „Mittagsverpflegung“ bestehe. Man könnte sich daher mit Blick auf das Kriterium der *Erforderlichkeit* fragen, ob es nicht genügen würde, der Post zu verbieten, *über Mittag* warme

Mahlzeiten anzubieten (eventuell die Post dazu zu verpflichten, das „PostCafé“ über Mittag geschlossen zu halten).

- *Besonderheiten mit Blick auf Eigentumsgarantie und Binnenmarktgesetz?* (max. 1 Punkt)

Eigentumsgarantie: Es sind keine Besonderheiten ersichtlich.

Binnenmarktgesetz: Nach heutigem Stand der Rechtsprechung schützt das Binnenmarktgesetz den interkantonalen Wirtschaftsverkehr, nicht jedoch die freie Niederlassung in einem anderen Kanton.³⁰ Das Verbot, einen (Gastgewerbe-) *Betrieb einzurichten*, dürfte wohl in erster Linie den Aspekt der Niederlassung beschlagen. Das BGBM bietet daher hier wohl keinen Schutz. Die besagte Rechtsprechung wird in der Lehre zum Teil kritisiert. Im vorliegenden Zusammenhang verfängt diese Kritik jedoch nicht, denn die Verneinung eines Schutzes durch das BGBM liegt in der Logik des Art. 196 Ziffer 7 BV. Die Ermächtigung, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen, hat ja gerade zum Ziel, die Etablierung neuer Betriebe zu unterbinden. *Fazit:* Das BGBM steht der allfälligen Statuierung einer Bedürfnisklausel und ihrer Anwendung auf die Post nicht entgegen.

5. Legitimation der Post (Beschwerde beim Bundesgericht)

– *Vorfragen* (max. 3 Punkte)

Um die Legitimationsfrage beantworten zu können, muss zunächst geklärt werden, welches Rechtsmittel in Betracht kommt. Die Post wird vorgehen wollen:

- gegen eine generell-abstrakte Regelung (Verkaufsverbot, eventuell: Einführung eines Bedürfnisnachweises),
- eventuell gegen einen konkreten Anwendungsakt (Untersagung der Café-Eröffnung).

Sowohl beim Verkaufsverbot wie auch bei der Untersagung der Café-Eröffnung geht es der Sache nach um den Akt einer Behörde, welche der *kantonalen* Ebene zuzurechnen ist (kantonaler Hoheitsakt im Sinne des Art. 84 OG). Die Untersagung der Café-Eröffnung (Rechtsanwendungsakt) stützt sich nicht auf öffentliches Recht des Bundes. Somit liegt keine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG vor und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kommt nicht zum Zug. Als Rechtsmittel zum Bundesgericht kommt einzig die staatsrechtliche Beschwerde in Betracht. Zuvor müssen jedoch allfällige Rechtsmittel im Kanton ausgeschöpft werden (siehe Art. 86 OG). [Wer die Einschlägigkeit des BGBM bejaht, muss wegen Art. 9 Abs. 2 BGBM zum Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde greifen.]

Bei der staatsrechtlichen Beschwerde richtet sich die Legitimation nach Art. 88 OG. Das Recht zur Beschwerdeführung steht danach „Bürgern (Privaten) und Korporationen bezüglich solcher Rechtsverletzungen zu, die sie durch allgemein verbindliche oder sie persönlich treffende Erlasse oder Verfügungen erlitten haben.“ Juristische Personen des öffentlichen Rechts (zu denen die Post gehört; vgl. Art. 2 POG) sind grundsätzlich nicht zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert. Von diesem Grundsatz gibt es einzelne Ausnahmen.³¹

³⁰ Vgl. BGE 125 I 276; *Richli/Müller/Jaag* (Fn. 15), 40.

³¹ Vgl. *Walter Kälin*, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2. Aufl., Bern 1994, 212 ff.

- Die staatsrechtliche Beschwerde kommt in Betracht, wenn eine juristische Person des öffentlichen Rechts „wie ein Privater“ betroffen ist (z.B. wenn es um ein Grundrecht geht, dessen Trägerin sie ist).
- Juristische Personen des öffentlichen Rechts (insb. Gemeinden) können die staatsrechtliche Beschwerde zur Verteidigung ihrer Autonomie einsetzen.³²

- *Partei- und Prozessfähigkeit* (max. 1 Punkt)

Die Post ist eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts und besitzt gemäss Art. 2 Abs. 1 POG Rechtspersönlichkeit (vgl. auch Art. 21 POG). Man darf annehmen, dass ein vertretungsbefugtes Organ vorhanden ist.

- *Trägerschaft des angerufenen verfassungsmässigen Rechts* (max. 4 Punkte)

Angesichts der Überlegungen bei Aufgabe 4 gilt es zu prüfen, ob die Post sich berufen kann:

- auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV),
- auf die Eigentumsгарantie (Art. 26 BV),
- auf den Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV).

Wirtschaftsfreiheit: Wie vorne ausgeführt, ist umstritten, ob sich eine juristische Person des öffentlichen Rechts auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann. Selbst wenn man dies grundsätzlich bejaht³³, ist die Anrufbarkeit im vorliegenden Fall zweifelhaft, da sich die Post in einem Bereich bewegt, in welchem sie sich mangels entsprechender gesetzlicher Ermächtigung gar nicht bewegen darf („ungesetzlicher Nebenerwerb“). [Punkte erzielen konnte auch, wer die Grundrechtsberechtigung der Post bejahte.]

Eigentumsгарantie: Gemäss Bundesgericht können sich im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde auch öffentliche Unternehmen auf die Eigentumsгарantie berufen.³⁴ Die Post ist Eigentümerin der Liegenschaft „Hauptpost“, die durch die hier zu beurteilenden Massnahmen eine Nutzungsbeschränkung erleidet. Die Grundrechtsträgerschaft kann grundsätzlich bejaht werden.³⁵ [Eine andere Frage ist, ob die Eigentumsгарantie verletzt ist; vgl. Aufgabe 4.a.].

Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 BV): Der Vorrang des Bundesrechts wird vom Bundesgericht als verfassungsmässiges Individualrecht eingestuft.³⁶ Ob bzw. inwieweit dieses verfassungsmässige Recht auch einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (insb. der Post als Bundesbetrieb) zusteht, kann nach dem gegenwärtigen Stand von Rechtsprechung und Lehre nicht eindeutig beantwortet werden. Herkunft und Hauptfunktion der staatsrechtlichen Beschwerde (Schutz der Bürgerinnen und Bürger gegen „Übergriffe“ ihres Kantons/ihrer Gemeinde; Schutz der Gemeinden gegen „Übergriffe“ ihres Kantons) sowie die Interessenlage in der hier zu beurteilenden Konstellation (öffentliches Unternehmen der Bundesebene sucht Schutz gegen kommunale Massnahme) sprechen eher dagegen. Dem könnte man entgegenhalten:

- dass die Post (ähnlich wie Gemeinden) über *Autonomie* verfügt (und diese hier tangiert sein könnte),
- dass die Autonomie (anders als bei Gemeinden) hier nicht durch kantonales Recht, sondern durch Bundesrecht umschrieben wird,

³² Vgl. Häfelin/Haller (Fn. 8), Rz. 2025.

³³ So z.B. Häfelin/Haller (Fn. 8), Rz. 632, 2004.

³⁴ Vgl. BGE 120 Ia 270, *Deutsche Bundesbahn*.

³⁵ Nicht restlos geklärt ist, ob die Eigentümereigenschaft allein genügt oder ob noch hinzu kommen muss, dass die Post „wie ein Privater“ betroffen ist. Vgl. Kälin (Fn. 32), 214 (mit Rechtsprechungshinweisen).

³⁶ Vgl. Häfelin/Haller (Fn. 8), Rz. 1176.

- dass es hier somit zur Verteidigung der Autonomie unumgänglich ist, sich auf das Bundesrecht und dessen Vorrang zu berufen.
- *persönliches Betroffensein, Verletzung von rechtlich geschützten Interessen, aktuelles Rechtsschutzinteresse* (1 Punkt)

Die Post ist durch die fraglichen generell-abstrakten Regelungen (Verkaufsverbot, Bedürfnisklausel) unzweifelhaft betroffen, ebenso als Adressatin eines allfälligen Anwendungsaktes (konkretes Verbot der Café-Eröffnung). Rechtlich geschützte Interessen sind jedenfalls dann im Spiel, wenn und soweit die Post als Grundrechtsträgerin betroffen ist (siehe vorne). Man darf annehmen, dass der Nachteil auch noch im Zeitpunkt der Beurteilung durch das Bundesgericht besteht. Im Fall der generell-abstrakten Regelung genügt ein virtuelles Betroffensein, das hier offenkundig gegeben ist.

Fazit: Zumindest in Bezug auf die behauptete Verletzung der Eigentumsgarantie ist die Legitimationsfrage zu bejahen (staatsrechtliche Beschwerde).

6. Tragweite von BGE 129 III 35 ff. (Erw.5) für den Fall (max. 4 Punkte)

In BGE 129 III 35 ff., Erw. 5, kommt das Bundesgericht zum Schluss:

- dass die Post *im Bereich der Wettbewerbsdienste keine staatliche Aufgabe* wahrnimmt, weshalb eine *Grundrechtsbindung* gemäss Art. 35 Abs. 2 BV zu *verneinen* sei.
- dass der Gesetzgeber die Post im Bereich der *Wettbewerbsdienste* grundsätzlich denselben Regeln unterstellt sehen will wie die privaten Anbieter entsprechender Dienstleistungen, weshalb die Post auch nicht wegen Art. 35 Abs. 1 oder 3 BV an die Grundrechte gebunden sei. Unstrittig war offenbar im Entscheid, dass es sich um eine Dienstleistung handelt, die zu den *Wettbewerbsdiensten* zählt („welche die Post erbringen kann, ... aber nicht erbringen muss“).

Im Unterschied zu BGE 129 III 35 ff. bewegt sich die Post im vorliegenden Fall gerade *nicht* im Bereich der Wettbewerbsdienste (ausgenommen eventuell bei gewissen Papeterieartikeln). Die Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 3 PG („gleiche Regeln“) bzw. der Maxime der „gleich langen Spiesse“ ist damit nicht gegeben.

Im Unterschied zu BGE 129 III 35 ff. ist im vorliegenden Fall zudem nicht die Frage der Grundrechtsbindung zu klären, sondern die Frage der *Grundrechtsberechtigung*. Darf man aus der Verneinung der Grundrechtsbindung (BGE 129 III 35 ff.) auf Bejahung der Grundrechtsberechtigung (Aufgabe II.) schliessen? Wer (in einer bestimmten Konstellation) grundrechtsberechtigt (bzw. Grundrechtsträger) ist, dem wird die Rechtsordnung kaum zugleich eine Bindung an das fragliche Grundrecht auferlegen. Die These, wonach das eine (Grundrechtsberechtigung) das andere (Grundrechtsbindung) ausschliesst, hat eine gewisse Plausibilität für sich. Dies bedeutet jedoch nicht, dass man – im „Umkehrschluss“ – von der *fehlenden Grundrechtsbindung* der Post auf ihre *Grundrechtsberechtigung* bzw. –trägerschaft schliessen darf. Es ist durchaus denkbar, dass die Rechtsordnung einen Akteur zwar einerseits von grundrechtlichen Bindungen frei halten will, ihm jedoch andererseits die Berufung auf Grundrechte vorenthalten will. Die Grundrechtsberechtigung ist insoweit nicht „komplementär“ zur Grundrechtsbindung. Die Frage der Grundrechtsberechtigung bedarf daher einer gesonderten Prüfung (vgl. Aufgabe 4).

Fazit: Die Post kann aus der Erwägung 5 des Entscheids BGE 129 III 35 ff. nichts für sich ableiten.