

BVGer A-4307/2008 vom 5. Juni 2009

Bundesverwaltungsgericht, 2009-06-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4307_2008

FR: TAF A-4307/2008 du 5 juin 2009

IT: TAF A-4307/2008 del 5 giugno 2009

Regeste

Post (Übriges)

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Weil keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt und das UVEK eine Vorinstanz nach Art. 33 Bst. d VGG ist, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Gleiches hält Art. 36 der Postverordnung vom 26. November 2003 (VPG, SR 783.01) fest, wonach gegen Verfügungen des UVEK betreffend das Konzessionswesen (Art. 20 ff. VPG) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht geführt werden kann.

E. 2

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 2.1

Keine Möglichkeit an der Teilnahme am Verfahren ist unter anderem dann gegeben, wenn jemand ohne eigenes Verschulden an der Teilnahme verhindert war, weil ihm die Durchführung des Verfahrens nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein musste. Dasselbe gilt, wenn erst der angefochtene Entscheid die Parteistellung begründet. Das Erfordernis des "besonderen Berührtseins" bedeutet, dass sich die beschwerdeführende Person über ein persönliches Interesse ausweisen muss, das sich vom allgemeinen Interesse der übrigen Bürger klar abhebt. Inhaltlich ist damit gemeint, dass die beschwerdeführende Person mehr als jedermann betroffen sein muss. Das Anfechtungsinteresse kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Damit die Beschwerdelegitimation bei einem Dritten gegeben ist, muss dieser ein unmittelbares, eigenes und selbständiges Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung haben. Ob die Beziehungsnähe gegeben ist, muss jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden. Ist jemand besonders berührt, so hat er in der Regel ein schutzwürdiges Interesse. Die beiden Erfordernisse lassen sich denn auch nicht klar voneinander unterscheiden (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 45 ff. Rz. 2.62, 2.64, 2.65, 2.78).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin musste nicht in das Konzessionsverfahren der Beschwerdegegnerin vor der Vorinstanz einbezogen werden, da sie erst durch den angefochtenen Entscheid beschwert wurde und somit erst dieser ihre Parteistellung begründete. Die Beschwerdeführerin hatte demnach keine Möglichkeit zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG, vgl. auch Isabelle Häner, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 48. N. 8 und ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, S. 179, mit weiteren Hinweisen).

E. 2.3

Umstritten ist dagegen, ob die Beschwerdeführerin durch die Verfügung vom 29. Mai 2008 auch genügend betroffen ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG).

E. 2.3.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie als Konkurrentin der Beschwerdegegnerin, der durch die Verfügung vom 29. Mai 2008 die Zulassung zum schweizerischen Postmarkt im Bereich des Universaldienstes gewährt wurde, beschwert sei. Ihre Interessen seien durch die Bezeichnung der Beschwerdegegnerin als "La Poste" besonders berührt, indem mindestens in der französischen Sprache eine hochgradige Verwechslungsgefahr für das Schweizer Publikum bestehe. In der Replik vom 30. Januar 2009 führt die Beschwerdeführerin weiter aus, dass die Postgesetzgebung auch wirtschaftspolitische Zielsetzungen verfolge, weshalb eine besondere Beziehungsnähe im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts bestehe. Die Beschwerdeführerin habe ein schutzwürdiges Interesse, eine Verschlechterung ihrer Marktposition durch das Auftreten von Konkurrenz abzuwehren. Die Vorinstanz hält dagegen, dass die Beschwerdeführerin keine spürbare Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Position erfahre. Die Legitimation ergebe sich zudem nicht bereits daraus, dass die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin der gleichen Postgesetzgebung unterstehen würden. Insbesondere im nicht reservierten Bereich würden die anwendbaren gesetzlichen Grundlagen nicht eine spezifische wirtschaftsrechtliche Ordnung schaffen, welche die Anbieter von Postdiensten in eine besondere Beziehung zueinander setzen würde. Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, dass die Gesetzgebung im Bereich der nicht reservierten Dienste den Wettbewerb vorsehe. Aufgrund der Konkurrenzsituation bestehe keine Beschwerdebefugnis. Zudem müssten Fragen der Verwechslungsgefahr in einem privatrechtlichen Verfahren geklärt werden.

E. 2.3.2

Für Konkurrenten eines Bewilligungsempfängers ergibt sich das schutzwürdige Interesse für eine Anfechtung der Bewilligung nicht schon auf Grund der blossen Befürchtung, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, denn Letzteres liegt im Wesen der freien Wirtschaftsordnung. Ebenso wenig vermögen die Unterstellung unter die gleiche gesetzliche Regelung, das blosses Interesse an der Wahrung des Qualitätsstandards einer Berufsbranche oder die ausschliessliche Geltendmachung öffentlicher Interessen eine Legitimation des Konkurrenten zu begründen. Weiter genügt auch die Rüge der unrichtigen Anwendung der einschlägigen Vorschriften nicht, um die Legitimation zu bejahen - ansonsten wäre immer jeder Gewerbetreibende legitimiert, da eine unrichtige Anwendung der einschlägigen Vorschriften stets denkbar ist. Erforderlich ist vielmehr eine spezifische Beziehungsnähe zwischen den Konkurrenten. Eine solche kann sich insbesondere durch

wirtschaftspolitische oder sonstige spezielle Regelungen (wie z.B. eine Kontingentierung oder eine Bedürfnisklausel) ergeben, denen die Konkurrenten gemeinsam unterworfen sind. Oft wird zudem verlangt, dass der Konkurrent eine spürbare Verschlechterung der wirtschaftlichen Position geltend macht. Wo das Gesetz ausdrücklich den Schutz bestehender Betriebsinhaber bezweckt, besteht für diese gar ein rechtlich geschütztes Interesse, vor Konkurrenz geschützt zu werden. Ein Konkurrent ist sodann legitimiert, soweit er vorbringt, andere Konkurrenten würden rechtsungleich bzw. privilegiert behandelt (Bernhard Waldmann, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 89, N. 23 ff., vgl. auch Häner, Kommentar zum VwVG., a.a.O., Art. 48, N. 15 und BGE 125 I 7). In der Lehre wird zudem die Auffassung vertreten, dass unter anderem alle Konkurrenten legitimiert sind, die bereits als Konzessionäre im selben Konzessionssystem tätig sind und aufgrund einer noch gültigen Konzession dies auch weiterhin sein werden (vgl. Daniel Kunz, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Bern 2004, S. 336).

E. 2.3.3

An dieser Stelle ist kurz auf die gesetzliche Regelung des Postwesens einzugehen. Das Postgesetz vom 30. April 1997 (PG, SR 783.0) bezweckt, die landesweite Versorgung mit Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs sicherzustellen (Art. 1 Abs. 1 PG). Es regelt die Dienstleistungen, die von der Unternehmung "Die Schweizerische Post", d.h. der Beschwerdeführerin, im Post- und Zahlungsverkehr angeboten werden. Das PG unterteilt den Postmarkt in Universaldienst und Wettbewerbsdienste. Der Universaldienst umfasst die reservierten und nicht reservierten Dienste (Art. 3 und 4 PG, vgl. auch Giovanni Biaggini, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007, Art. 92, Rn 7). Im reservierten Dienst hat die Beschwerdeführerin das ausschliessliche Recht, adressierte Briefpostsendungen und Pakete bis 2 kg zu befördern. Den nicht reservierten Dienst erbringt die Beschwerdeführerin dagegen in Konkurrenz zu privaten Anbietern wie der Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdeführerin ist aber, im Gegensatz zu ihren Konkurrenten, verpflichtet, die nicht reservierten Dienste in allen Landesteilen zu den gleichen Bedingungen zu erbringen (vgl. Art. 2 Abs. 2 PG und Botschaft des Bundesrates vom 10. Juni 1996 zum PG [BBl 1996 III 1282], nachfolgend: Botschaft zum PG). Zur Erbringung der Wettbewerbsdienste ist die Beschwerdeführerin sodann berechtigt, nicht aber verpflichtet. Im Wettbewerbsbereich tritt die Beschwerdeführerin also wie eine Private auf (vgl. Botschaft zum PG [BBl 1996 III 1284]). Unter gewissen Voraussetzungen sind die privaten Anbieter nicht reservierter Postdienste konzessionspflichtig (Art. 5 PG i.V.m. Art. 20 ff. VPG).

E. 2.3.4

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 29. Mai 2008 eine Konzession zur Erbringung nicht reservierter Postdienste im Bereich des Universaldienstes (vgl. Art. 4 und 5 ff. PG) zugesprochen erhalten. Bei den nicht reservierten Diensten stehen sich die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin grundsätzlich als Konkurrenten gegenüber. Alleine die Befürchtung, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, oder die Unterstellung unter die gleiche gesetzliche Regelung - im vorliegenden Fall das PG und die VPG - genügt jedoch nicht, um die Legitimation der Beschwerdeführerin zu bejahen. Zudem macht diese insofern lediglich öffentliche Interessen geltend als sie rügt, das Recht könne gegenüber einer Anbieterin im Ausland nicht durchgesetzt werden. Auch der

Einwand, die Beschwerdegegnerin erfülle die Voraussetzungen der Konzessionserteilung nicht, bezieht sich nur auf die unrichtige Anwendung des PG und der VPG und vermag für sich alleine keine Legitimation der Beschwerdeführerin zu begründen. Da schon mehrere andere, private Anbieter konzessioniert wurden und insbesondere auch eine Tochtergesellschaft der Beschwerdegegnerin über eine Konzession verfügt, ist nicht davon auszugehen, dass sich die wirtschaftliche Position der Beschwerdeführerin durch die zusätzliche Konzessionierung der Beschwerdegegnerin spürbar verschlechtert. Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin nicht, die Beschwerdegegnerin würde privilegiert behandelt. Auch die Tatsache, dass gemäss Art. 24 Abs. 1 VPG jede Unternehmung, die die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt, Anspruch auf eine Konzession hat, spricht gegen eine besondere Beziehungsnähe zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin (vgl. Beschwerdeentscheid der Rekurskommission EVD vom 4. Januar 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.118 E. 1.3.1). Demzufolge gibt es einige Gründe, die an sich gegen eine Legitimation der Beschwerdeführerin sprechen. Zu prüfen bleibt aber, ob die Legitimation deshalb zu bejahen ist, weil die Bestimmungen des PG als eine Regelung zu qualifizieren sind, welche die spezifische Beziehungsnähe der Beschwerdeführerin zu den Konkurrentinnen begründet. Zu beachten ist dabei, dass der vorliegende Fall nicht die von der Rechtsprechung behandelten Fälle, wo Kontingente oder eine Bedürfnisklausel in Frage stehen (vgl. BGE 97 I 293 E. 1c, BGE 127 II 264 E. 2h), betrifft. Wohl erbringt die Beschwerdeführerin die nicht reservierten Dienste in Konkurrenz zu den privaten Anbietern. Sie ist jedoch im Gegensatz zu diesen schon von Gesetzes wegen zur Erbringung der nicht reservierten Dienste verpflichtet. Die Beschwerdeführerin ist damit den privaten Anbietern im Bereich der nicht reservierten Dienste nicht gleichgestellt (im Gegensatz zum Bereich der Wettbewerbsdienste, vgl. oben E. 2.3.3). Das PG weist also der Beschwerdeführerin eine spezielle Stellung gegenüber den privaten Anbietern (wie der Beschwerdegegnerin) zu. Ob diese spezielle Stellung genügt, um eine Regelung zu bejahen, die eine spezifische Beziehungsnähe der Beschwerdeführerin zu den Konkurrentinnen begründet, ist fraglich, da der Markt im Übrigen nicht beschränkt ist und für die privaten Anbieter bei Erfüllen der Voraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung der Konzession besteht. Immerhin schafft die Bejahung der Legitimation der Beschwerdeführerin keine Gefahr einer Popularbeschwerde, da ein privater Anbieter bei der Konzessionierung eines anderen privaten Anbieters nach wie vor nicht zur Beschwerde legitimiert wäre. Das Gesetz räumt ihm ja - im Gegensatz zur Beschwerdeführerin - keine spezielle Stellung ein. Aufgrund der Tatsache, dass die Praxis des Bundesgerichts zur Konkurrentenbeschwerde uneinheitlich ist (vgl. René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998, § 17 Rz. 40) und das PG die Beschwerdeführerin im Bereich der nicht reservierten Dienste zur Leistungserbringung verpflichtet, ihr mithin eine spezielle Stellung zuweist, ist die spezifische Beziehungsnähe der Beschwerdeführerin zu bejahen. Sie ist somit zur Beschwerde berechtigt.

E. 3

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist daher einzutreten. Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Recht von Amtes wegen an und ist nicht an die Begründung der Beschwerdeführerin gebunden (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG). Auch ist diese lediglich verpflichtet, in der Beschwerdeschrift sämtliche Begehren und Eventualbegehren vorzubringen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 1.54, 1.57 und 2.208). Neue Rügen können dagegen, auch im Verlaufe des Schriftenwechsels, bei gleichzeitiger Beibehaltung der Rechtsbegehren, erhoben werden. Entgegen der Auffassung

der Beschwerdegegnerin sind deshalb auch diejenigen Vorbringen der Beschwerdeführerin zu prüfen, die erst in der Replik vom 30. Januar 2009 vorgebracht wurden.

E. 4

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht - einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie im Konzessionsverfahren vor der Vorinstanz hätte angehört werden müssen. Sie rügt damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 f. VwVG).

E. 5.2

Die Parteien haben das Recht, vor Erlass der Verfügung angehört zu werden (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz war und ist der Ansicht, dass der Beschwerdeführerin im Konzessionsverfahren der Beschwerdegegnerin keine Parteistellung und Beschwerdelegitimation zukommt. Demzufolge hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin erst nach Erlass der Verfügung über das Konzessionsverfahren informiert. Die unter E. 2.3.4 beschriebene besondere Stellung der Beschwerdeführerin begründet zwar ihre Legitimation im Beschwerdeverfahren, hat aber nicht zur Folge, dass sie auch in das vorinstanzliche Verfahren hätte einbezogen werden müssen. Ihre Parteistellung wurde nämlich erst durch den angefochtenen Entscheid begründet (vgl. E. 2.2). Da der Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung noch gar keine Parteistellung zukam, musste sie im vorinstanzlichen Verfahren auch nicht angehört werden. Die Vorinstanz hat den Grundsatz des rechtlichen Gehörs somit nicht verletzt. Aufgrund dieser Ausführungen wird die Vorinstanz der Beschwerdeführerin aber in Zukunft allfällige Neukonzessionierungen privater Anbieter zu eröffnen haben.

E. 6

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin die Konzession zu Recht erteilt hat. Dabei ist auf die einzelnen Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen, unter Berücksichtigung der gesetzlichen Grundlagen der Konzessionserteilung. Insbesondere von Bedeutung sind Art. 5 PG i.V.m. Art. 20 VPG betreffend die Konzessionspflicht sowie Art. 5 Abs. 2 PG i.V.m. Art. 22 VPG betreffend die Konzessionsvoraussetzungen.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin bestreitet zuerst das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses der Beschwerdegegnerin an der Erteilung einer Konzession. Zur Begründung bringt sie vor, dass die Beschwerdegegnerin die Konzession gar nicht selber gebrauchen und mit der Konzession lediglich Bestimmungen des Immaterialgüterrechts umgehen wolle.

E. 7.2

Einer Konzession bedarf, wer nicht reservierte Postsendungen regelmässig und gewerbsmässig für andere befördert und damit einen Mehrwertsteuerpflichtigen Umsatz von mindestens Fr. 100'000.- erreicht (Art. 20 Abs. 1 VPG). Konzessionspflichtig ist auch ein Unternehmen, das den ganzen Prozess der Wertschöpfung steuert, zur Erledigung

bestimmter Tätigkeiten aber Dritte bezieht (Subunternehmer, Tochtergesellschaften etc.). Diesfalls ist nicht auf eine rein rechtliche, sondern wirtschaftliche Betrachtung abzustellen. Konzessionspflichtig ist dasjenige Unternehmen, dem die Koordination und Steuerung der gesamten Wertschöpfungskette obliegt. Es ist nicht notwendig, dass die Konzessionärin alle Elemente der Wertschöpfungskette (d.h. Annahme, Abholung, Sortierung, Transport und Zustellung) selber erbringt. Es genügt, wenn sie nur einzelne dieser Elemente erfüllt, aber die Wertschöpfungskette verantwortlich steuert, mit andern Worten die Gesamtleitung inne hat (Kommentierung - Revision 2004 der Postverordnung vom 26. November 2003, S. 18 f., nachfolgend: Kommentierung VPG und "Leitfaden zu den Formularen für die Konzessions- bzw. Meldepflichtigen betreffend Erbringung nicht reservierter Postdienstleistungen" vom 26. November 2003, S. 6, nachfolgend: Leitfaden, beides unter www.postreg.admin.ch abrufbar).

E. 7.3

Gemäss diesen Ausführungen ist es der Beschwerdegegnerin erlaubt, die Abholung und den Transport durch von ihr beauftragte Unternehmen erbringen zu lassen (z.B. durch ihre Tochtergesellschaft DPD [Schweiz] AG) und nur die Sortierung und Zustellung selbständig in Frankreich vorzunehmen. Die Beschwerdegegnerin muss also, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, nicht persönlich in der Schweiz tätig werden. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin halte sich völlig vom Schweizer Postmarkt fern, geht insofern fehl. Zudem ergibt sich weder aus den Akten noch aus den Behauptungen der Beschwerdeführerin, dass die Beschwerdegegnerin die Wertschöpfungskette nicht auch tatsächlich steuern wird. Ist die Beschwerdegegnerin also für die Gesamtleitung verantwortlich, so benötigt sie auch eine Konzession, ungeachtet der Tatsache, dass ihre Tochtergesellschaft DPD (Schweiz) AG schon über eine solche verfügt. Schliesslich bestreitet auch die Beschwerdeführerin die übrigen Voraussetzungen einer Konzessionspflicht (regelmässige und gewerbsmässige Beförderung, geforderter Umsatz) nicht. Die Konzessionspflicht der Beschwerdegegnerin ist somit zu bejahen. Da die Beschwerdegegnerin konzessionspflichtig ist, hat sie verständlicherweise auch ein schutzwürdiges Interesse an der Erteilung einer Konzession mittels Verfügung. Der Behauptung der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin wolle mit der Konzession lediglich Bestimmungen des Immaterialgüterrechts umgehen, kann nicht gefolgt werden (zum Kennzeichenrecht vgl. auch E. 9.1 ff.).

E. 8

Wer die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt, hat Anspruch auf die Erteilung der Konzession (Art. 24 Abs. 1 VPG). Die Konzessionsvoraussetzungen sind in Art. 5 Abs. 2 PG i.V.m. Art. 22 VPG geregelt: Art. 5 Abs. 2 PG Wer eine Konzession erwerben will, muss: a. dafür Gewähr bieten, dass er oder sie das anwendbare Recht, namentlich dieses Gesetz, seine Ausführungsbestimmungen sowie die Konzession einhält; b. die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhalten und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleisten. Art. 22 VPG Wer eine Konzession erwerben will, muss Gewähr bieten für a. die Bereitstellung der notwendigen logistischen Mittel, die fachlichen Fähigkeiten und die Leistungsfähigkeit; b. die Einhaltung des anwendbaren Rechts, der Konzessionsbestimmungen und der branchenüblichen Arbeitsbedingungen.

E. 9.1

Die Beschwerdeführerin rügt unter anderem eine Verletzung des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (POG, SR 783.1), des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220), des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241), des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG, SR 232.11) und des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291). Bei Erlass der Verfügung habe die Vorinstanz die firmenrechtlichen Ansprüche und wohl auch die Markenrechte der Beschwerdeführerin völlig ausser Acht gelassen resp. der Beschwerdegegnerin die Möglichkeit gegeben, die Rechte der Beschwerdeführerin zu verletzen. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin halten dagegen, dass mit dem anwendbaren Recht gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a PG bzw. Art. 22 Bst. b VPG nicht das gesamte schweizerische Recht gemeint sei. Insbesondere die Fragen des Kennzeichenrechts (Markenrecht, Firmenrecht, UWG) seien im Konzessionsverfahren nicht zu prüfen.

E. 9.2

Wer eine Konzession erwerben will, muss Gewähr bieten für die Einhaltung des anwendbaren Rechts, namentlich des PG und seiner Ausführungsbestimmungen (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. a PG und Art. 22 Bst. b VPG). Mittels Auslegung ist nachfolgend zu ermitteln, was unter dem Begriff des "anwendbaren Rechts" im Sinne der oben erwähnten Bestimmungen zu verstehen ist. Dabei werden die verschiedenen Auslegungsmethoden nebeneinander berücksichtigt und im Einzelfall abgewogen, welche Methode oder Methodenkombination geeignet ist, den wahren Sinn der Norm wiederzugeben (sog. Methodenpluralismus). Dabei hat das rechtsanwendende Organ auch auf das Resultat der Auslegung zu achten und das Ergebnis auf ein befriedigendes, vernünftiges und praktikables Ergebnis auszurichten (vgl. Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 130 ff. und 135).

E. 9.2.1

Mit der Formulierung "anwendbares Recht" wird insofern eine Einschränkung gemacht, als dass nicht das gesamte Recht, sondern nur das anwendbare, mit andern Worten nur das für die Konzessionserteilung relevante Recht eingehalten werden muss. Der französische Gesetzestext verdeutlicht dies, indem er in Art. 5 Abs. 2 Bst. a PG von "le droit applicable en la matière" spricht. Mit einer beispielhaften Aufzählung ("namentlich") stellt der Gesetzgeber jedoch klar, dass nicht nur das PG und seine Ausführungsbestimmungen eingehalten werden müssen. Zu den Ausführungsbestimmungen, die sich auf das PG stützen, gehört die VPG (vgl. Art. 21 PG i.V.m. Ingress VPG) und die dazugehörige Verordnung des UVEK vom 18. März 1998 zur Postverordnung (SR 783.011, nachfolgend: VO UVEK). Die grammatikalische Auslegung ergibt somit, dass das PG, die VPG, die VO UVEK und weitere für die Konzessionserteilung relevante Bestimmungen eingehalten werden müssen. Zudem sind gemäss Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 Bst. b PG auch arbeitsrechtliche Vorschriften einzuhalten. Daneben hält die Konzession vom 29. Mai 2008 in den Ziff. 1.2 und 3.4 explizit fest, dass folgende Erlasse zum anwendbaren Recht gehören: Das Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SR 823.20), das BÜPF und die Verordnung vom 31. Oktober 2001 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF, SR 780.11).

E. 9.2.2

Das POG stützt sich direkt auf Art. 36 BV und bildet damit keinen Ausführungserlass zum PG. Das Gesetz regelt die Errichtung und Organisation der Postunternehmung des Bundes, d.h. der Beschwerdeführerin (vgl. Art. 1 f. POG). Es steht insoweit in einem gewissen Zusammenhang mit dem PG, welches die Dienstleistungen umschreibt, die die Beschwerdeführerin im Post- und Zahlungsverkehr anbietet (Art. 1 Abs. 1 PG). Beim POG handelt es sich jedoch um einen reinen Organisationserlass, welcher lediglich die Organisation der Beschwerdeführerin zum Inhalt hat. Damit stellt es kein Gesetz dar, welches durch einen privaten Anbieter wie die Beschwerdegegnerin eingehalten werden könnte bzw. müsste. Die systematische Auslegung ergibt somit, dass das POG nicht unter den Begriff des anwendbaren Rechts im Sinne der Art. 5 Abs. 2 Bst. a PG und Art. 22 Bst. b VPG fällt.

E. 9.2.3

Die Botschaft zum PG enthält keine Aussagen zum Begriff des anwendbaren Rechts (vgl. Botschaft zum PG, BBl 1996 III 1283). Auch den Ratsprotokollen ist nichts Näheres zu entnehmen, da Art. 5 PG jeweils diskussionslos verabschiedet wurde. So stimmte der Nationalrat dem Vorschlag des Bundesrates (AB 1996 N 2337) und der Ständerat dem Beschluss des Nationalrats (AB 1997 S 112) zu. Die historische Auslegung ergibt somit keinen Hinweis darauf, wie der Begriff des anwendbaren Rechts zu verstehen ist.

E. 9.2.4

Die Konzessionspflicht für private Anbieter soll zu einer minimalen Kontrolle über den Postmarkt bei der schrittweisen Marktöffnung verhelfen. Überdies ermöglicht die Einführung solcher Konzessionen die Erhebung von Konzessionsgebühren (Botschaft zum PG, BBl 1996 III 1283, S. 18 der Kommentierung VPG). Zweck der Konzessionsvoraussetzungen ist also eine minimale Kontrolle der privaten Anbieter. Daraus ergibt sich, dass - in Übereinstimmung mit der grammatikalischen Auslegung - nur spezifische für die Konzessionierung unmittelbar relevante Bestimmungen eingehalten resp. überprüft werden müssen. Nicht Zweck der Konzessionsbestimmungen ist dagegen der Schutz der Firma oder der Marken der Beschwerdeführerin bzw. der privaten Anbieter. Die Konzessionserteilung an die Beschwerdegegnerin verleiht dieser denn auch keine Rechte im Hinblick auf die Firma oder allfällige Marken. Die Beschwerdeführerin kann ihre diesbezüglichen Rechte nach wie vor in einem privatrechtlichen Verfahren wahren. Gegen diese Auffassung spricht auch nicht die Tatsache, dass das OR gemäss Anhang zum Leitfaden unter das anwendbare Recht fällt. Für die Konzessionierung unmittelbar relevant sind nämlich nicht die Bestimmungen des Firmenrechts, sondern die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR. Nicht unter den Begriff des anwendbaren Rechts fallen also gemäss teleologischer Auslegung die Bestimmungen des OR betreffend Firmenschutz (Art. 944 ff. OR), das MSchG und das UWG.

E. 9.2.5

Gemäss vorstehenden Erwägungen fallen also insbesondere die Art. 944 ff. OR, das MSchG, das UWG, das IPRG und das POG nicht unter den Begriff des anwendbaren Rechts im Sinne der Art. 5 Abs. 2 Bst. a PG und Art. 22 Bst. b VPG.

E. 10

Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1-3 BV (Legalitätsprinzip, öffentliches Interesse, Treu und Glauben) und Art. 26 BV (Eigentumsgarantie). Sie beruft sich dabei ausschliesslich auf den Firmenschutz. Wie aber oben unter E. 9.2.5 gesehen, wird das Firmenrecht im Rahmen des Konzessionsverfahrens eben nicht geprüft.

E. 11.1

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, dass die Beschwerdegegnerin keinen Sitz in der Schweiz habe. Die Vergabe einer Konzession an eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland sei nur unter der Bedingung zuzulassen, dass die Aufsicht durch die Aufsichtsbehörde faktisch unter den gleichen Voraussetzungen ausgeübt werden könne wie die Aufsicht über einen Konzessionär mit Sitz in der Schweiz.

E. 11.2

Die Konzessionsvoraussetzungen sind in Art. 5 Abs. 2 Bst. a PG und Art. 22 Bst. b VPG abschliessend geregelt. Wer die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt, hat Anspruch auf Erteilung der Konzession (Art. 24 Abs. 1 VPG). Weder das PG noch die VPG sehen als Voraussetzung vor, dass die Konzessionärin Sitz in der Schweiz haben muss. Auch Gesuchsteller mit Sitz im Ausland haben Anspruch auf eine Konzession, wenn sie die Konzessionsvoraussetzungen erfüllen. Die Beschwerdeführerin anerkennt denn auch in ihrer Replik vom 30. Januar 2009 (vgl. S. 17 Rn 43), dass ein Konzessionär grundsätzlich Sitz im Ausland haben kann. Auch kann der Ansicht der Beschwerdeführerin, die jährliche Prüfung der Konzessionärin sei nicht möglich und diese könne den Informationspflichten nicht nachkommen, nicht gefolgt werden. Die Beschwerdegegnerin ist insbesondere in der Lage, der Informationspflicht gemäss Art. 27 VPG nachzukommen. Art. 27 VPG verpflichtet die Konzessionäre nämlich, der Regulationsbehörde gewisse Informationen in schriftlicher oder elektronischer Form zukommen zu lassen. Um dieser Pflicht nachzukommen, ist es nicht nötig, dass die Beschwerdegegnerin Sitz in der Schweiz hat. Bei Verletzung der Konzessionsvorschriften und bei Nichtbezahlung der Konzessions- oder Verwaltungsgebühren, hat die Vorinstanz zudem die Möglichkeit, der Beschwerdegegnerin die Konzession zu entziehen (Art. 8 Abs. 1 PG und Art. 24 Abs. 4 VPG). Die Behörden sind also durchaus in der Lage, die Einhaltung des anwendbaren Rechts und der Konzessionsbestimmungen zu kontrollieren und nötigenfalls Sanktionen gegenüber der Beschwerdegegnerin auszusprechen (vgl. auch "Dokumentation Sanktionen bei Verstössen", unter www.postreg.admin.ch abrufbar).

E. 12.1

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, es bestehe kein öffentliches Interesse an der Konzessionserteilung, da kein neuer Anbieter auf dem Schweizer Postdienstleistungsmarkt auftrete. Die landesweite Versorgung der Bevölkerung mit Postdiensten würde sich damit nicht verbessern.

E. 12.2

Die Beschwerdeführerin verkennt bei dieser Argumentation, dass das Vorliegen eines öffentlichen Interesses nicht Voraussetzung der Konzessionserteilung ist (vgl. 5 Abs. 2 Bst. a PG und Art. 22 Bst. b VPG). Da bei Erfüllung der Konzessionsvoraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung der Konzession besteht (vgl. Art. 24 Abs. 1 VPG), erübrigt sich die Prüfung, ob ein öffentliches Interesse gegeben ist.

E. 13.1

Auch ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, der ausländische Sitz der Beschwerdegegnerin verunmögliche die Durchsetzung des BÜPF rechtlich und faktisch.

E. 13.2

Unbestritten ist, dass die Beschwerdegegnerin dafür Gewähr bieten muss, dass die Bestimmungen des BÜPF und der VÜPF eingehalten werden. Ziff. 3.4 der Konzession vom 29. Mai 2008 hält denn auch ausdrücklich fest, dass diese Bestimmungen unter das anwendbare Recht fallen. Die Beschwerdegegnerin ist somit schon aufgrund der Konzession i.V.m. Art. 5 Abs. 2 PG verpflichtet, die Bestimmungen des BÜPF und der VÜPF einzuhalten und allenfalls auch eine Überwachung durchzuführen (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. b BÜPF). Wie die Beschwerdegegnerin diese Überwachung organisieren würde, ist hier nicht von Bedeutung. Entscheidend ist, dass wenn sich die Beschwerdegegnerin weigern würde, allfällige Anweisungen der Behörden auszuführen, sie gegen die Konzessionsbestimmungen verstossen würde und die Behörden die notwendigen Sanktionen gegen sie verhängen könnten (Art. 8 Abs. 1 Bst. b PG und Art. 24 Abs. 4 VPG). Die Einhaltung der Bestimmungen des BÜPF und der VÜPF sind somit gesichert.

E. 14.1

Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Beschwerdegegnerin das konzessionierte Recht gar nicht auszuüben gedenkt und damit die von der VPG geforderten notwendigen logistischen Mittel, fachlichen Fähigkeiten und die Leistungsfähigkeit nicht in der Schweiz bereitstellen werde.

E. 14.2

Art. 22 Bst. a VPG schreibt vor, dass wer eine Konzession erwerben will, Gewähr für die Bereitstellung der notwendigen logistischen Mittel, die fachlichen Fähigkeiten und die Leistungsfähigkeit bieten muss.

E. 14.3

Wie unter E. 7.2 f. ausgeführt, ist die Beschwerdegegnerin nicht verpflichtet, persönlich in der Schweiz tätig zu werden. Es genügt, wenn die von ihr beauftragten Unternehmen (wie insbesondere ihre Tochtergesellschaft DPD [Schweiz] AG) die Voraussetzungen von Art. 22 Bst. a VPG erfüllen. Dies ist hier der Fall. Auch diese Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich somit als unbegründet.

E. 15

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beschwerdegegnerin konzessionspflichtig ist und alle Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 5 Abs. 2 PG i.V.m. Art. 22 VPG erfüllt. Die Rügen der Beschwerdeführerin sind unbegründet, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

E. 16

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Ihr sind deshalb die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 2'000.- festzusetzen und mit dem Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen. Die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin haben am 25. Februar 2009 eine nicht weiter detaillierte Kostennote in der Höhe von insgesamt Fr. 48'934.75 eingereicht. Darin enthalten sind Vertretungshonorare von Fr. 45'000.-, Barauslagen von Fr. 478.40 sowie die

Mehrwertsteuer von Fr. 3'456.35. Angesichts der beiden Eingaben an das Bundesverwaltungsgericht von total 25 Seiten und des mutmasslich damit verbundenen Aufwands kann jedoch nicht der volle Betrag entschädigt werden. Die von der Beschwerdegegnerin angeführten Übersetzungsarbeiten sind zudem als nicht sehr umfangreich einzustufen. Eine Entschädigung von Fr. 7'500.- erscheint als angemessen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.