

BVGer A-4721/2021 vom 3. Januar 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-01-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4721_2021

FR: TAF A-4721/2021 du 3 janvier 2024

IT: TAF A-4721/2021 del 3 gennaio 2024

Regeste

Post (Übriges)

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine solche Verfügung, die von einer eidgenössischen Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG erlassen wurde (vgl. Anhang 2 Ziff. 2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]; vgl. ferner Urteil des BVGer A-2274/2019 vom 9. Oktober 2019 E. 1.1). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anders vorsieht (Art. 37 VGG). Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 1.2

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). In letzterem Punkt auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht eine gewisse Zurückhaltung, wenn technische Fragen zu beurteilen sind oder die Vorinstanz gestützt auf die eigene Fachkompetenz entschieden hat. Dies setzt voraus, dass im konkreten Fall der Sachverhalt vollständig und richtig abgeklärt worden ist, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die Vorinstanz die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (vgl. BGE 142 II 451 E. 4.5.1 m.H.; Urteil des BVGer A-296/2020 vom 3. November 2020 E. 2.1). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist nicht an die Anträge oder die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

E. 3.1

Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin als Betreiberin einer Internetplattform für Essensbestellungen und -lieferungen der Meldepflicht von Anbieterinnen von Postdiensten nach Art. 4 Abs. 1 PG untersteht. Nicht zu beurteilen sind dagegen Fragen der Plattformarbeit im arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Sinne, wie etwa die Aushandlung eines Gesamtarbeitsvertrags [GAV] oder von Mindestlöhnen. Diese Fragen wären einzig eine Folge der Meldepflicht (vgl. Art. 4 Abs. 3 PG). Auch die durch das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Plattformarbeit bereits gefällten Leitentscheide zur vertragsrechtlichen oder sozialversicherungsrechtlichen Stellung von Kurieren bzw. Fahrern beschlagen nicht das vorliegende Verfahren (vgl. BGE 148 II 426 und BGE 149 V 57). Ob die Regulierung der Plattformarbeit ausserhalb des Postgesetzes sachgerecht erscheint, ist Sache des Gesetzgebers.

E. 3.2

Zunächst ist zu prüfen, ob formelle Fehler vorliegen (E. 4). Anschliessend ist darauf einzugehen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Anbieterin von Postdiensten der Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG unterstellt ist (E. 5). In einem nächsten Schritt sind die verfassungsmässigen Grundlagen und deren Geltungsbereiche im Postwesen zu ermitteln (E. 6). Weiter ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin als Vermittlerin von Essenslieferungen der Meldepflicht als Postdiensteanbieterin unterstellt ist (E. 7). Abschliessend sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu ermitteln (E. 9).

E. 4.1

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Zur Begründung bringt sie in ihrer Replik vor, die Vorinstanz habe mit Schreiben vom 28. Juni 2021 Ergänzungsfragen gestellt. Zum weiteren Vorgehen habe das Fachsekretariat der Vorinstanz festgehalten, dass es nach Erhalt der Angaben die Frage der Meldepflicht detailliert prüfen werde und vor Antrag an die Vorinstanz Gelegenheit geben werde, sich zum Sachverhalt und zur rechtlichen Einschätzung schriftlich zu äussern, sofern es zum Schluss komme, sie sei meldepflichtig. Nachdem die Beschwerdeführerin die gewünschten Angaben gemacht habe, habe die Vorinstanz am 7. Oktober 2021 aber direkt die angefochtene Verfügung erlassen. Mit anderen Worten sei ihr vor Erlass der Verfügung das rechtliche Gehör nicht mehr gewährt worden - dies entgegen der ausdrücklichen anderslautenden Ankündigung. Vorliegend sei eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs gegeben. Zudem würde der Instanzenzug zu Unrecht verkürzt, sofern von einer Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs ausgegangen würde, was ebenfalls gegen eine Heilung spreche. Entsprechend sei die angefochtene Verfügung der Vorinstanz schon aus diesem Grund aufzuheben und die Angelegenheit sei zu neuem Entscheiden an die Vorinstanz zurückzuweisen, unabhängig von der inhaltlichen Begründetheit der Beschwerde. Sofern die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht durch Aufhebung der angefochtenen Verfügung sanktioniert werde, sei diesem Verfahrensmangel jedenfalls bei der Regelung der Kosten und der Parteientschädigung Rechnung zu tragen.

E. 4.2

Die Vorinstanz entgegnet, sie habe in der angefochtenen Verfügung auf die von der Beschwerdeführerin eingereichten Dokumente abgestellt, die ihr somit bekannt gewesen seien. Die Beschwerdeführerin habe sich zu allen Akten äussern können sowie im Rahmen der Beantwortung der Ergänzungsfragen vom 28. Juni 2021 zum Sachverhalt ihre

Einwände gegen die von ihr bestrittene Meldepflicht vorbringen können. Somit habe sie ihren Anspruch auf das rechtliche Gehör vor dem Erlass der Verfügung betreffend die Feststellung der Meldepflicht vollumfänglich wahrnehmen können, auch wenn ihr vor der Antragstellung des Fachsekretariats an die Vorinstanz keine Gelegenheit zur Stellungnahme mehr eingeräumt worden sei.

E. 4.3

Der Anspruch auf rechtliches Gehör, der als selbständiges Grundrecht in der Bundesverfassung verankert ist (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) und sich für das Bundesverwaltungsverfahren aus den Art. 29 ff. VwVG ergibt, umfasst unter anderem das Recht der Parteien auf vorgängige Anhörung und Äusserung (Art. 30 Abs. 1 VwVG) sowie das Recht, dass die verfügende Behörde von diesen Äusserungen auch Kenntnis nimmt, sich damit auseinandersetzt (Art. 32 VwVG) und ihre Verfügung begründet (Art. 35 Abs. 1 VwVG; Urteile des BVGer A-5018/2021 vom 18. September 2023 E. 5.3.1 und A-1813/2009 vom 21. September 2011 E. 7).

E. 4.4

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt grundsätzlich dazu, dass im Beschwerdeverfahren der formell mangelhafte Entscheid der Vorinstanz aufgehoben wird. Das Bundesgericht lässt es jedoch zu, eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rechtsmittelverfahren zu heilen bzw. die unterbliebene Gewährung nachzuholen. Dies setzt voraus, dass die Verletzung nicht besonders schwer wiegt und der Betroffene die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen berechtigt ist. Des Weiteren dürfen dem Betroffenen durch die Heilung keine unzumutbaren Nachteile entstehen (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; Urteil des BGE 2C_856/2013 vom 10. Februar 2014 E. 3.2; Bernhard Waldmann/Jürg Bickel, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Rz. 114 ff. zu Art. 29).

E. 4.5

Art. 9 BV sieht vor, dass jede Person einen Anspruch darauf hat, von staatlichen Behörden nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Dieser Anspruch umfasst insbesondere das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens auf Seiten der Behörden sowie den Vertrauensschutz auf Seiten der Rechtsunterworfenen, wobei eine genaue Grenzziehung nicht vorgenommen werden kann, weil sich beide Aspekte überschneiden (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 216 m.H.; vgl. zum Ganzen Beatrice Weber-Dürler, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBl 2002, S. 282 f.).

E. 4.6

Vorliegend hat das Fachsekretariat der Vorinstanz der Beschwerdeführerin zugesichert, vor Antragsstellung an die Vorinstanz erneut Stellung nehmen zu können. Zwar ist der Vorinstanz dahingehend zuzustimmen, dass das rechtliche Gehör sich grundsätzlich nur auf den rechtserheblichen Sachverhalt und nicht auf die rechtliche Würdigung bezieht, es sei denn sie beabsichtige sich auf einen nicht voraussehbaren Rechtsgrund zu stützen (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.2). Da das Fachsekretariat indessen die Gelegenheit zu einer erneuten Stellungnahme ausdrücklich zugesichert hat, ist die Vorinstanz darauf zu behaften. Indem die Vorinstanz ohne die Gelegenheit zur erneuten Stellungnahme verfügte, verstösst sie gegen Treu und Glauben sowie das Verbot widersprüchlichen Verhaltens und verletzt damit

den Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Verstoß wiegt jedoch nicht schwer, weil die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren bereits zweimal Stellung nehmen konnte und die rechtliche Würdigung nicht überraschend war. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden, da dieses über die gleiche Kognition verfügt wie die Vorinstanz (vgl. E. 2 hiervor) und die Beschwerdeführerin Gelegenheit hatte, sich vor dem Bundesverwaltungsgericht umfassend zu äussern. Aufgrund des Verfahrensausgangs zieht die Heilung keine Kostenfolgen nach sich.

E. 5

In materieller Hinsicht ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin der Meldepflicht der Anbieterinnen von Postdiensten nach Art. 4 Abs. 1 PG untersteht.

E. 5.1

Art. 4 Abs. 1 PG lautet wie folgt: "Wer Kundinnen und Kunden im eigenen Namen gewerbsmässig Postdienste anbietet, muss dies der PostCom melden. Die PostCom registriert die Anbieterinnen von Postdiensten."

E. 5.2

Nach Art. 2 PG sind Postdienste, Postsendungen, Briefe und Pakete wie folgt definiert: "In diesem Gesetz bedeuten: a. Postdienste: das Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren und Zustellen von Postsendungen; b. Postsendungen: adressierte Sendungen in der endgültigen Form, in der sie von einer Anbieterin von Postdiensten übernommen werden, namentlich von Briefen, Paketen sowie Zeitungen und Zeitschriften; c. Briefe: Postsendungen von maximal 2 cm Dicke und maximal 2 kg Gewicht; d. Pakete: Postsendungen von mehr als 2 cm Dicke bis zu einem Gewicht von 30 kg (...)"

E. 5.3

In Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. a und b PG (sowie bezüglich der Meldepflicht in Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. a und b PG) wird der Geltungsbereich des Gesetzes einerseits durch den Prozess der Postdienste (gewerbsmässiges Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren sowie das Zustellen von adressierten Postsendungen), andererseits durch die Produkte definiert (Postsendungen; Botschaft des Bundesrates zum Postgesetz vom 20. Mai 2009 [nachfolgend: Botschaft PG 2010], BBl 2009 5181, 5205, 5209 f.). Unter Postsendungen sind Briefe, Pakete bis 30 kg sowie Zeitungen und Zeitschriften zu verstehen (vgl. Art. 2 Bst. b i.V.m. Bst. c, d und e PG; Botschaft PG 2010, BBl 2009 5209 f.). Nicht unter den Geltungsbereich des Gesetzes fällt der sogenannte Stückguttransport. Darunter sind Transporte zu verstehen, bei denen in der Regel für jede Ladung ein Frachtschein mitgeführt und die einzelne Ladung ausgeschieden nach dem jeweiligen Empfänger transportiert wird. Nach der bundesrätlichen Botschaft wird im Einzelfall die zuständige Behörde zu entscheiden haben, ob und mit welchen Dienstleistungen ein Unternehmen dem Postgesetz untersteht. Ebenfalls fallen die unadressierten Sendungen nicht in den Geltungsbereich (Botschaft PG 2010, BBl 2009 5205, 5210). Auf Verordnungsstufe findet sich der Begriff der Express- und Kurierpostsendungen (vgl. Art. 29 Abs. 8 der Postverordnung vom 29. August 2012; VPG, SR 783.01), die ebenfalls unter das Postgesetz fallen, obschon sie darin nicht erwähnt werden (vgl. Botschaft PG 2010, BBl 2009 5205).

E. 5.4

Festzuhalten ist, dass das Postgesetz keine besonderen Bestimmungen für die Vermittlung von Essenslieferungen enthält. Eine parlamentarische Initiative zur Änderung des Postgesetzes zur ausdrücklichen Ausklammerung der Lieferdienste von verderblichen Produkten wie Essens-, Lebensmittel- oder Blumenlieferungen vom Postgesetz befindet sich zurzeit erst im Stadium der Vorprüfung der ständerätlichen Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen (als Zweitrat) und berührt damit das Verfahren nicht (vgl. Parlamentarische Initiative Nr. 21.505, Anwendungsbereich des Postgesetzes. Präzisierung, < <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210505> >, zuletzt abgerufen am 6. Dezember 2023).

E. 6

Die Parteien stimmen überein, dass Express- und Kurierdienste unter das Postgesetz fallen, obschon sie im Postgesetz nicht erwähnt werden. Dagegen sind sie sich uneinig, ob Essenslieferungen unterstellt sind bzw. ob diese als Postsendungen und als das Anbieten von Postdiensten gelten (Unterstellung in sachlicher Hinsicht). Weiter sind sich die Parteien uneinig, ob die Beschwerdeführerin in eigenem Namen Postdienste anbietet (Unterstellung in persönlicher Hinsicht).

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass für die Auslegung des Postgesetzes und der Meldepflicht gemäss Art. 4 PG die verfassungsrechtlichen Grundlagen zu berücksichtigen seien. Das Postwesen sei ein Begriff des Verfassungsrechts. Gemäss Art. 92 Abs. 2 BV Sorge der Bund für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten in allen Landesgegenden. Die Tarife würden nach einheitlichen Grundsätzen festgelegt. Die Reichweite der Regelung im Postwesen und damit der Anwendungsbereich des Postgesetzes seien verfassungsmässig auf das öffentliche Interesse an einer möglichst preiswerten und qualitativ guten Grundversorgung aller Landesteile mit Postdiensten nach den gleichen Grundsätzen beschränkt. Dafür solle die Existenz der Post mit ihrem Dienstleistungsangebot durch Schaffung bzw. Beibehaltung eines Monopols aufrechterhalten werden. Der Warentransport solle nie im ganzen Umfang der Post zufallen, sondern nur insoweit, als die Post konkurrenziert werde. Das Postgesetz solle und wolle nicht beliebige Wirtschaftsbereiche regeln, sondern nur solche, die einen Bezug zu den Dienstleistungen der Post hätten. Die Vorinstanz führe hierzu aus, dass der Gesetzgeber mit der Postgesetzrevision 2010 wirksamen Wettbewerb habe ermöglichen wollen und dieser potentiell untergraben werde, wenn "sich einzelne Firmen, die in Wirklichkeit gewerbsmässig Postdienste erbringen, nicht melden" und dadurch nicht alle Marktteilnehmer überwacht würden. Dieser Einwand sei zirkelschlüssig. Voraussetzung für die Meldepflicht nach Art. 4 PG sei, dass gewerbsmässig Postdienste angeboten würden.

E. 6.2

Die Vorinstanz erwidert, dass das Postgesetz einen weiteren Anwendungsbereich habe und das Parlament den von der zuständigen Aufsichtsbehörde überwachten Bereich erweitert habe. So würden Express- und Kurierdienste, wie sie die Beschwerdeführerin und zahlreiche Essenslieferer anböten, gemäss der Botschaft explizit unter den Begriff der Postdienste fallen. Die Beschwerdeführerin könne sich somit nicht auf die Zuständigkeit des Bundes gemäss der zitierten Verfassungsbestimmung berufen, wenn der Gesetzgeber die Postdienste im Postgesetz anders als in bisherigen Erlassen definiert habe. Die offene Definition der Postdienste ermögliche und beabsichtige vielmehr wie vom Gesetzeszweck

vorgesehen eine Überwachung der Rahmenbedingungen für einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen der Postdienste.

E. 6.3

In ihrer Replik äussert sich die Beschwerdeführerin dahingehend, dass die verfassungsmässige Kompetenz in Art. 92 BV nur so weit reichen könne, wie daran ein Gemeinwohlinteresse bestehe. Die Branchenregulierung des Postwesens sei auf die üblichen Postleistungen wie die Brief- und Paketpost sowie den Postzahlungsverkehr zu beschränken, da ansonsten Art. 92 BV seines Sinnes entleert würde. Es bestünden keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber beim Erlass des Postgesetzes vom verfassungsmässigen Rahmen hätte abweichen wollen. Das Ziel des Postgesetzgebers beim Erlass des Postgesetzes sei es gewesen, "gleich lange Spiesse für alle Marktteilnehmenden" zu schaffen. Da die Post z. B. verpflichtet gewesen sei, einen Gesamtarbeitsvertrag abzuschliessen, sollte diese Verpflichtung auch für Wettbewerber gelten, die neu in den Postmarkt eintreten würden. Die von ihr ausgeübte Tätigkeit, d.h. das Betreiben einer Vermittlungsplattform für Essensbestellungen, stehe nicht in Konkurrenz zur Tätigkeit der Post und gehöre damit auch nicht zum Postmarkt. Die Vorinstanz verweise darauf, dass Express- und Kurierdienste gemäss Botschaft des Bundesrates explizit unter den Begriff der Postdienste fallen würden. Sie übersehe dabei, dass mit der Postgesetzrevision 2010 nur diejenigen Express- und Kurierdienste wieder dem Geltungsbereich des Postgesetzes unterstellt würden, die im Postgesetz 1997 vom Geltungsbereich ausgenommen worden seien, dass aber eine Ausweitung des Begriffs nicht beabsichtigt gewesen sei. Entsprechend würden unter diesen Begriff nur Eilsendungen und Postkurierdienste fallen. Essenslieferungen seien damit nicht umfasst.

E. 6.4

Die Vorinstanz dupliziert dahingehend, dass Art. 1 Abs. 3 PG als Gesetzeszweck erstens die Gewährleistung einer ausreichenden Grundversorgung in allen Landesteilen mit Postdiensten und Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs und zweitens die Schaffung der Rahmenbedingungen für einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen der Postdienste nenne. Vor dem Erlass des Postgesetzes 1997 habe die Postgesetzgebung hauptsächlich die Regelung der Dienstleistungen und der Organisation der Post bezweckt. Danach - und umso mehr seit der letzten Revision der Postgesetzgebung im Jahr 2010 - habe der Bund seine Zuständigkeit gemäss Art. 92 BV wahrgenommen, um die notwendigen Rahmenbedingungen für einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen der Postdienste zu schaffen. Durch diesen neuen Ansatz habe aber keine materielle Änderung des Geltungsbereichs des Postwesens stattgefunden. Gesetzliche Kriterien zur Abgrenzung des Postmarktes als Ganzes - und damit zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Bundes im postalischen Bereich - seien erst mit dem Postgesetz von 2010 erlassen worden. Daraus, dass der Gesetzgeber früher keinen Bedarf für eine abschliessende Marktabgrenzung des Postwesens von den anderen Wettbewerbsdiensten gesehen habe und die früheren Bestimmungen in erster Linie die Rechte und Pflichten der Post als Organisation geregelt hätten, könne aber nicht abgeleitet werden, dass davor keine Zuständigkeit des Bundes für einen gesamtheitlichen Ansatz im Postwesen bestanden hätte. Die in Art. 2 Bst. a und b PG vorgenommene Definition der Postdienste und Postsendungen grenze den Postmarkt deutlich etwa vom Transportwesen oder der Beförderung von Stück- oder Schüttgut ab. Der Gesetzgeber sei indessen nie der Auffassung gewesen, gewisse Pakete, aufgrund ihres Inhalts oder weil die Post keine solchen Sendungen befördere, vom Postmarkt

auszuschliessen. Vielmehr habe er mit der Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG einen niederschweligen, offenen und nicht von bestimmten Technologien oder Geschäftsmodellen abhängigen Zugang zum Postmarkt geschaffen, der die Monopolstellung der Post und das bisherige Konzessionswesen weitgehend abgelöst habe. Art. 92 Abs. 2 BV verpflichte den Bund, eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung sicherzustellen. Aus diesem Auftrag der Sicherstellung einer landesweiten Versorgung könne aber nicht geschlossen werden, dass Postdienste im Bereich der Verarbeitung von Essensbestellungen und der Zustellung der bestellten Gerichte an ihre Adressaten nicht dem Postgesetz unterstehen sollten. Ob Postdienste vorliegen würden oder nicht, ergebe sich aus der Definition in Art. 2 Bst. a PG und nicht aus dem Grundversorgungsauftrag des Bundes im Postbereich. Es gebe daher keinen Grund, den Bereich der Essenslieferungen vom Postgesetz generell ausnehmen zu wollen mit dem Hinweis darauf, die schweizerische Post stelle in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen andere Anforderungen an den Versand von Paketen als die Beschwerdeführerin oder weitere Anbieterinnen von Postdiensten.

E. 6.5

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin stützen sich hauptsächlich auf ein Privatgutachten das die Uber Portier B.V. in einem anderen Verfahren bezüglich der Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG erstellen liess (vgl. (Felix Uhlmann/Oliver Knöpfli, Postgesetz ohne Grenzen?, in: Jusletter 26. April 2021; nachfolgend: Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13; vgl. Urteil des BVGer A-429/2021 vom 26. Januar 2022). Diesem Gutachten kommt lediglich die Stellung eines Parteigutachtens zu, dem nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern von blossen Parteibehauptungen beizumessen ist (vgl. statt vieler Urteil des BGer 2C_750/2020 vom 25. März 2021 E. 9.3.2 m.w.H.).

E. 6.6

Das Privatgutachten führt zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen im Wesentlichen aus, dass die Reichweite von Art. 92 BV nur so weit gehen könne, wie dafür auch ein öffentliches Interesse bzw. ein Gemeinwohlbezug bestehe. Diese Überlegung teile die herrschende Lehre, die davon ausgehe, dass das "Post-, Telefon- und Telegrafemonopol" als "vorwiegend sozialpolitisch motiviertes Monopol" zu verstehen sei. Ziel sei insbesondere, dass "alle Landesteile nach den gleichen Grundsätzen und möglichst preiswert mit Post- und Fernmeldediensten" versorgt werden könnten. Bestrebungen, das Transportwesen über Verfassungsänderungen der exklusiven Regelungskompetenz des Bundes zu unterstellen, seien vor dem Volk gescheitert. Aus den vorhergehenden Ausführungen ergebe sich, dass im heutigen Rechtsverständnis nicht das gesamte Transportwesen von Art. 92 BV erfasst werde (Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13, Rz. 1 - 9). Umstritten sei das Verhältnis zwischen verfassungsrechtlicher Kompetenz und gesetzlicher Konkretisierung. Nach einer Lehrmeinung schliesse das Postwesen "traditionellerweise sowohl den regelmässigen und gewerbsmässigen Personentransport, soweit er nicht durch besondere Verfassungsbestimmungen erfasst werde, als auch die üblichen postalischen Leistungen des Brief- und Paket- sowie des Geldverkehrs im Sinne des Geldtransportes ein", wobei jedoch "der Umfang der staatlichen Tätigkeiten im Post- und Telegraphenwesen (...) gemäss historischer Auslegung relativ eng zu bestimmen" sei. Dabei komme "der geltungszeitlichen Interpretation erhöhte Bedeutung zu, da nicht nachweisbar sei, dass der historische Gesetzgeber eine klare Wertung zwischen mehreren

denkbaren politischen Alternativen getroffen hat" (Martin Lendi, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblatt, Basel 1987-1996, Stand: Juni 1987, Rz. 5 zu Art. 36 aBV [AS 1 1]). Eine Ausdehnung auf das ganze Transportwesen könne nicht statthaft sein, da der Gesetzgeber den Geltungsbereich einer Verfassungsbestimmung nicht beliebig definieren dürfe. Er habe zwar nach Buser "das Recht, das Postregal auf alle Geschäftszweige der Postverwaltung, die in einem Transport bestehen, auszudehnen" (Jakob Buser, Die rechtliche Stellung der Postanstalt nach schweizerischem Recht, Diss. Bern, Chur 1912, S. 8). Dies beziehe sich aber, wie aus der zitierten Aussage hervorgehe, erstens nur auf die Geschäftszweige der Postverwaltung, also auf das Postwesen, und gelte zweitens, wie in der Folge klar werde, nur innerhalb der Grenzen der Verfassung. Auch bei Burckhardt gehe deutlich hervor, dass die Verfassung in Bezug auf das Postmonopol die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers beschränke (Walther Burckhardt, in: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, Art. 36 aBV S. 309). Giovanni Biaggini vertrete die Auffassung, dass der Monopolbereich und die Ausschöpfung des Monopols durch den Gesetzgeber voneinander zu trennen seien (Giovanni Biaggini, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Rz. 6 zu Art. 92 BV). Dieser Auffassung sei zuzustimmen, da ansonsten Art. 92 BV seines Sinnes entleert würde. Dies gelte insbesondere für den Gemeinwohlbezug nach Art. 92 Abs. 2 BV. Mit Blick auf die technischen Entwicklungen im Postwesen sei aber unbestritten, dass die Postgesetzgebung ein wichtiges Indiz für die Konkretisierung der Verfassungsbestimmung und damit für die Bestimmung der Reichweite von Art. 92 BV sein müsse. Nicht von Art. 92 BV erfasste Bereiche müssten der Privatwirtschaft (mindestens unter Art. 92 BV) vollumfänglich offenstehen (Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13, Rz. 10 - 16).

E. 6.7

Insofern, als die Beschwerdeführerin rügt, dass das Postgesetz nicht über Art. 92 BV hinausgehen dürfe, ist der Geltungsbereich dieser Verfassungsbestimmung zu ermitteln.

E. 6.7.1

Die in Art. 4 Abs. 1 PG geregelte Meldepflicht von Postdiensteanbieterinnen beruht auf Art. 92 BV, der eine umfassende Bundeskompetenz im Bereich des Post- und Fernmeldewesens vorsieht. Der Umfang des Postwesens ist vor dem Hintergrund seiner historischen Entwicklung zu sehen. Das Postwesen umfasst die allgemeinen Postleistungen (Brief- und Paketpost) einschliesslich des Postzahlungsverkehrs sowie die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung. Vom Personenbeförderungsregal nicht abgedeckt ist der allgemeine Güterverkehr (Peter Hettich/Thomas Steiner, St. Galler Kommentar, a.a.O., Rz. 4 f. zu Art. 92 BV; vgl. ferner bereits zu Art. 36 aBV: Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, S. 310 zu Art. 36 aBV). Entsprechend abzulehnen ist nach Peter Hettich/Thomas Steiner die Qualifikation von "Essenslieferungen" über Plattformen wie "UBER Eats" oder "eat.ch" als Postdienste (Peter Hettich/Thomas Steiner, St. Galler Kommentar, a.a.O., Rz. 5 letzter Satz zu Art. 92 BV).

E. 6.7.2

Nach Kern definiert sich das Postwesen "traditionell nach den Kapazitäten der Postkutsche". Umfasst sind zunächst die hergebrachten Postdienste, also insbesondere das Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren und Zustellen von Postsendungen (namentlich Briefe, Pakete, Zeitungen und Zeitschriften), der Zahlungsverkehr sowie die regelmässig und gewerbsmässig betriebene Personenbeförderung, soweit sie nicht durch eine spezifische Verfassungsbestimmung (vgl. Art. 87 BV) erfasst wird (Markus Kern, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Rz. 5 zu Art. 92 BV; vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post [Postorganisationsgesetz, PoG] vom 20. Mai 2009, BBl 2009 5265, 5304; vgl. ferner zur aBV Martin Lendi, a.a.O., Rz. 1 zu Art. a36 BV; vgl. bereits das Bundesgesetz über die Postregale vom 12. Juni 1849 [BBl 1849 II 102], das in Art. 2 das Postregal wie folgt definierte: den Transport von verschlossenen Briefen, den Transport von anderen verschlossenen Gegenständen aller Art (Pakete, Gelder u. s. w.), wenn sie nicht über 10 Pfund schwer sind, den regelmässigen periodischen Transport von Personen und die Beförderung von Personen durch Extraposten).

E. 6.7.3

Die Botschaft vom 20. Dezember 1982 über die Grundlagen einer koordinierten Verkehrspolitik hält fest, seit den Ordnungsversuchen für den Gütertransport mit Motorfahrzeugen in den dreissiger, vierziger und den frühen fünfziger Jahren, die auf Verfassungs- und Gesetzesstufe durch Volksentscheide verworfen worden seien, gelte es als feststehend, dass Art. 36 aBV keine Handhabe zur Einführung eines Güterverkehrsmonopols bietet, das über die übliche Paketbeförderung hinaus gehen würde (BBl 1983 I 941, 1022). Die Regelung des Güterverkehrs wurde demnach bewusst nicht als Bundeskompetenz ausgestaltet, nachdem entsprechende Vorstösse gescheitert waren (vgl. zum Volksbegehren betreffend eine Gütertransportordnung 1946: Beschluss des Parlaments [BBl 1943 22], Botschaft vom 19. Dezember 1941 über die Änderung der Bundesverfassung für den Transport auf der Eisenbahn, der Strasse zu Wasser und in der Luft [BBl 1941 I 1120 ff.]; vgl. zur Autotransportordnung 1951: Beschluss des Parlaments [BBl 1950 II 292], Botschaft vom 29. Juli 1949 zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über den Transport von Personen und Sachen mit Motorfahrzeugen auf öffentlichen Strassen [BBl 1949 II 212 ff.]; vgl. Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13, Rz. 8 m.w.H.).

E. 6.7.4

Die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 hält (mit Verweis auf die damalige Lehre) fest, dass zum Postwesen die üblichen Postleistungen wie insbesondere die Brief- und Paketpost sowie der Postzahlungsverkehr gehören würden. Eingeschlossen sei dabei auch die Personenbeförderung, soweit sie regelmässig und gewerbsmässig betrieben werde und nicht unter die Verfassungsbestimmungen über Schifffahrt, Eisenbahnverkehr oder Luftfahrt falle. Der allgemeine Güterverkehr (namentlich der Transport von grösserem Stückgut und Schüttgut) und das Bankgeschäft seien hingegen von dieser Bestimmung nicht erfasst; der Gesetzgeber lege die Grenzen des Regals im Einzelnen fest (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 271).

E. 6.7.5

Schliesslich stellt auch das Privatgutachten fest, dass eine Ausdehnung auf das ganze Transportwesen nicht statthaft sein könne, da der Gesetzgeber den Geltungsbereich einer

Verfassungsbestimmung nicht beliebig definieren dürfe (Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13, Rz. 14).

E. 6.7.6

Zusammenfassend ergibt sich, dass aus verfassungsrechtlicher Perspektive das Postwesen in objektiver Hinsicht im Wesentlichen auf hergebrachten Postdienstleistungen begrenzt ist. Es ergibt sich zudem, dass der Warentransport bzw. der Güterverkehr (insbesondere der Stückguttransport) ausdrücklich nicht in die Regelungskompetenz des Bundes nach Art. 92 BV fällt.

E. 6.8

Als nächstes ist der geltend gemachte Gemeinwohlbezug nach Art. 92 BV zu behandeln.

E. 6.8.1

Auch im Rahmen der Verfassungsinterpretation ist in erster Linie auf die traditionellen Lehren zur Auslegungsmethodik abzustellen (vgl. E. 7.5.1 hiernach). Insofern ist die Verfassungsauslegung nicht per se etwas Anderes als Gesetzesauslegung. D.h. auf Verfassungsebene besteht das grundlegende Auslegungsziel u.a. in der herkömmlichen Ermittlung von Sinn und Zweck bzw. Inhalt und Tragweite der Regelung. Viele der oftmals unbestimmt redigierte Verfassungsnormen gewinnen erst durch die Auslegung, die sie erfahren, konkreten Gehalt, denn je offener die Normierung des Verfassungsrechts, desto verborgener ist auch sein Bedeutungsgehalt, welche es mittels Auslegung zu entdecken gilt (vgl. BGE 139 II 243 E. 8 m.H.; Pierre Tschannen, Staatsrecht, 2021, § 4 Rz. 138 f. m.w.H.; Christoph Grüniger, Aspekte der Verfassungsinterpretation in der Schweiz, Diss. Basel 2023, Zürich 2023, Rz. 135, 137 und 146, m.w.H.).

E. 6.8.2

Art. 92 Abs. 2 Satz 1 BV formuliert einen an den Bund gerichteten Leistungsauftrag. Der Staat hat im Rahmen seiner Gesamtverantwortung für das Post- und Fernmeldewesen für eine ausreichende, preiswerte und in allen Landesgegenden verfügbare Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten zu sorgen (Peter Hettich/Thomas Steiner, St. Galler Kommentar, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 92; Markus Kern, a.a.O., Rz. 16 zu Art. 92). Dies ist das Ziel des staatlichen Ausschliesslichkeitsrechts (vgl. Karin Sutter-Somm, Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Basel 1989, S. 65 vgl. ferner bereits Jakob Buser, Das Schweiz. Postverkehrsgesetz, Zürich 1929, S. 27). Klar ist die verfassungsrechtliche Ausgangslage: Auch wenn der Begriff des Postwesens interpretationsbedürftig ist, ermächtigt Art. 92 BV nur zu solchen wirtschaftlichen Tätigkeiten, die unter den Begriff des Postwesens subsumieren werden können (vgl. Botschaft zum POG, BBl 2009 5265, 5303). Die (theoretische) Monopolreichweite gemäss Art. 92 BV ist vom Mass der Ausschöpfung durch den Bundesgesetzgeber zu trennen. Der Gesetzgeber hat den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen, hat aber einen grossen Gestaltungsspielraum (vgl. Giovanni Biaggini, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 92 BV; vgl. ferner zur aBV Martin Lendi, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 36 aBV sowie bereits Jakob Buser, PG, a.a.O., S. 15.). Die Postgesetzgebung stellt jedenfalls ein wichtiges Indiz für die Konkretisierung der Verfassungsbestimmung von Art. 92 BV dar. Dies ergibt sich bereits aus den allgemeinen Grundsätzen zur Verfassungsauslegung (vgl. E. 6.8.2 hiervor).

E. 6.8.3

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Leistungsauftrag der Post bereits von Verfassung wegen mit dem Gemeinwohl verknüpft war und nach wie vor verknüpft ist (vgl. namentlich Art. 92 Abs. 2 BV).

E. 6.9

Als nächstes ist zu beurteilen, ob die zwar nicht ausdrücklich im Postgesetz erwähnten, aber unbestrittenermassen vom Postgesetz erfassten "Express- und Kurierdienste" über Art. 92 BV hinausgehen.

E. 6.9.1

Die Liberalisierung des Postwesens wurde mit dem Inkrafttreten des Postgesetzes vom 30. April 1997 (aPG, AS 1997 2452) eingeleitet (vgl. Botschaft zum Postgesetz vom 10. Juni 1996 [nachfolgend: Botschaft PG 1996], BBl 1996 III 1249, 1250 ff. und 1263 ff.) und hat seither zu einer schrittweisen Marktöffnung geführt. Die Ausführungsgesetzgebung im Postwesen basiert auf der Unterscheidung zwischen einem Wettbewerbs- und einem Monopolbereich einerseits sowie zwischen Grundversorgungsleistungen und Leistungen, die nicht Teil der Grundversorgung darstellen, andererseits. Im Monopolbereich und als Teil der Grundversorgung wird der sog. reservierte Dienst erbracht, der heute das Recht umfasst, Briefe bis 50 g zu befördern (Art. 18 Abs. 1 PG). Die übrigen Leistungen der Grundversorgung gehören zum Pflichtdienst der Post, können aber auch von Drittanbietern erbracht werden. Es handelt sich dabei um die Inlandzustellung von Briefen über 50 g und bis 1 kg, Paketen bis 20 kg, abonnierten Zeitungen und Zeitschriften, Gerichts- und Betreuungsurkunden und im grenzüberschreitenden Verkehr von Briefen über 50 g und bis 1 kg, Paketen bis 20 kg, Leistungen für Absender (Zustellungsnachweis, Rücksendung) und Empfänger (Nachsendung, Umleitung, Rückbehalt) sowie Leistungen des Zahlungsverkehrs (Zahlungsverkehrskonto, Transaktionen im Inland, Bareinzahlungen und Bargeldbezug; Art. 29 und 43 VPG). Schliesslich gibt es weitere Dienste des Postwesens, die nicht zur Grundversorgung gehören und im Wettbewerb erbracht werden, wie die Zustellung von Briefen zwischen 1 und 2 kg oder von Paketen zwischen 20 und 30 kg (Art. 2 Bst. b, c und d PG). Die Tätigkeit im Postwesen setzt nicht mehr wie früher eine Konzession, sondern lediglich einer Meldung an die Aufsichtsbehörde voraus (Art. 4 Abs. 1 PG). Von der gesetzlichen Regelung gänzlich ausgenommen ist die Beförderung von nicht adressierten Sendungen, von Paketen über 30 kg sowie von Stückgut (Botschaft PG 2010, 5198 und 5205 f.).

E. 6.9.2

Gemäss Botschaft sollen die Express- und Kurierdienste vom Postgesetz erfasst werden (BBl 2009 5205). Allerdings findet sich darin weder eine Begründung noch fand darüber eine Diskussion im Parlament statt. Der Begriff wird im heutigen Postgesetz sodann nicht erwähnt (vgl. Art. 18 Abs. 2 Bst. a PG; vgl. dagegen Art. 29 Abs. 8 VPG, wo der Begriff erstmals verwendet wird). Im alten Recht fand sich der mit den Express- und Kurierdiensten vergleichbare Begriff der "Schnellpostsendungen" (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a aPG; vgl. ferner Botschaft PG 1996, 1280 f.). Eine Definition erfolgte im Verordnungsrecht (vgl. Art. 2 der Postverordnung vom 29. Oktober 1997, aVPG; AS 1997 2461).

E. 6.9.3

Nach den Feststellungen des Privatgutachtens wurde bei den Sitzungen der vorberatenden Kommissionen im National- und Ständerat für das PG 2010 die Frage diskutiert, ob Express- und Kurierdienste vom Postgesetz erfasst werden. Im Vordergrund seien Fragen

der Regulierung gestanden, namentlich, ob statt einer Konzessionspflicht für die Anbieter von Postdiensten eine Meldepflicht eingeführt werden solle und welche Unternehmen davon betroffen wären. Für alle Anbieter auf dem Postmarkt hätten die gleichen Spielregeln zu gelten. Als zuständige Behörde für die Überwachung der Einhaltung dieser neuen Vorschriften sei anstelle der Postregulationsbehörde die Gründung der Vorinstanz vorgeschlagen worden. Aus diesem Grund sei in Art. 4 Abs. 1 PG bewusst eine weit gefasste Formulierung gewählt worden. Umstritten gewesen sei, ob auch kleine Unternehmen der Meldepflicht unterstehen würden, wobei insbesondere die Formulierung der Bestimmung, die kleine Unternehmen von der Meldepflicht befreit hätte, für Diskussionsstoff gesorgt habe. Klar werde aus den Wortwechseln der Kommissionsmitglieder, dass auch Velokuriere unter den Geltungsbereich des Postgesetzes fallen sollten und damit - wenn keine Ausnahmeregelung getroffen worden wäre - meldepflichtig sein würden. Eines der Kommissionsmitglieder habe die Einführung eines Art. 4 Abs. 1bis PG 2010 beantragt, der das Austragen von Zeitschriften und Zeitungen sowie die Beförderung von "Schnellsendungen oder Kurierdienstleistungen" von der Meldepflicht ausgenommen hätte. Der Antrag sei später aber zurückgezogen worden. Aus den Materialien sei ersichtlich, dass "Express- und Kuriersendungen" synonym für "Schnellpostsendungen" verwendet würden. Dies spreche dafür, dass der Gesetzgeber unter den Geltungsbereich weiterhin diejenigen Sendungen habe subsumieren wollen, welche Express- und Kuriersendungen anlässlich der Revision des PG 1997 dargestellt hätten (Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13, Rz. 29 - 34).

E. 6.9.4

Vorliegend ist gemäss den im Privatgutachten erwähnten, nicht publizierten Protokolle der vorberatenden Kommissionen und mangels einer Definition im Postgesetz für die Definition von Express- und Kuriersendungen auf das alte Recht in Art. 3 Abs. 2 Bst. a aPG und somit auf den Begriff der "Schnellpostsendungen" abzustellen. Es gibt keine Hinweise, dass der Begriff "Express- und Kuriersendungen" weiter hätte verstanden werden sollen als unter dem alten Recht. Dazu passt, dass die beiden Begriffe im schweizerischen Recht synonym benutzt werden (vgl. Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13, Rz. 33 m.H.). Das Postregal (Art. 3 Abs. 1 aPG 1997) umfasste nur Dienste, die die Post auch tatsächlich anbot (Vicente Tuason/Meinrad Romanens, Das Recht der schweizerischen PTT-Betriebe, 3. Aufl., Bern 1980, S. 27; vgl. bereits Art. 3 Abs. 2 Bst. a aPG). Vergleichbare Essenslieferdienste bzw. deren Vermittlung bietet die Post jedoch nicht an (vgl. ausführlich E. 7.9.1 hiernach). Express- und Kurierpostsendungen gehören im Übrigen auch heute weder zu den reservierten Diensten noch zum Grundversorgungsangebot (Art. 18 Abs. 1 PG; Art. 29 Abs. 8 VPG). Daraus folgt, dass bei diesen Dienstleistungen ein (starker) Gemeinwohlbezug im Sinne von Art. 92 Abs. 2 BV fehlt (vgl. ferner Art. 1 Abs. 2 PG). Die Postgesetzgebung bezweckt indessen nicht die Regelung beliebiger Wirtschaftsbereiche im Sinne einer umfassenden Marktordnung, sondern nur solcher, die einen Bezug zu den Dienstleistungen der Post haben (Botschaft PG 2010, 5205). Dafür spricht auch der Ingress des Postgesetzes, der sich einzig auf Art. 92 BV (Post- und Fernmeldewesen) und nicht auf Art. 95 BV (Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit) stützt. Entsprechend ist der Begriff eng auszulegen.

E. 6.10

Zusammenfassend sind die Begriffe der Express- und Kurierdienste im heutigen PG gleich zu verstehen wie die Schnellpostsendungen im aPG. Mit der Unterstellung der Express- und

Kurierdienste unter das Postgesetz ging er nicht über Art. 92 BV hinaus. Daraus folgt, dass die Postgesetzgebung nicht zum Ziel hatte, beliebige Wirtschaftsbereiche im Sinne einer umfassenden Marktordnung (über Art. 92 BV hinaus) zu regeln. Entsprechend ist namentlich der Begriff der Express- und Kurierdienste verfassungskonform und somit eng auszulegen.

E. 7

Zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin in sachlicher Hinsicht unter Art. 4 Abs. 1 PG fällt.

E. 7.1

In sachlicher Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, dass sie keine Postdienste erbringe. Sie nehme "Postsendungen" weder an noch hole sie diese ab, noch transportiere oder stelle sie diese zu. Die Vorinstanz übersehe, dass mit der Postgesetz-Revision 2010 nur diejenigen Express- und Kurierdienste wieder dem Geltungsbereich des Postgesetzes unterstellt werden sollten, die im Postgesetz 1997 vom Geltungsbereich ausgenommen worden seien. Eine Ausweitung des Begriffs sei nicht beabsichtigt worden. Entsprechend seien unter diesen Begriff nur Eilsendungen und der Postkurierdienst gefallen. Gemäss Gesetzgebungsmaterialien falle der sogenannte "Stückguttransport" explizit nicht unter das Postgesetz. Als Stückguttransporte würden Transporte verstanden, bei denen die einzelne Ladung einzeln transportiert werde. Bei der von einem Restaurant ausgeführten oder veranlassten Lieferung des über die Vermittlungsplattform bestellten Essens komme es weder zu einem Sortierungsvorgang noch zu einer Bündelung der Zustellungsvorgänge, welche für die Postdienstleistungen typisch sei. Die über die Vermittlungsplattform bestellten Essen würden von den Restaurants pro Bestellung einzeln an jeden Endkunden geliefert. Es gebe keine Sammellieferungen für mehrere Bestellungen bzw. für mehrere Endkunden. Entsprechend handle es sich bei der Essensauslieferung um vom Anwendungsbereich des Postgesetzes ausgenommene Stückguttransporte. Essenslieferungen, wie sie über ihre Plattform vermittelt würden, seien auch keine Postsendungen. Die von der Takeaway.com European Operations B.V. mit Sitz in Amsterdam bzw. der Zweigniederlassung Schweiz in Zürich eingesetzten Kuriere würden einen speziellen grossen Lieferrucksack verwenden, der über Innenisolierungen verfüge, so dass heisse Speisen während der Lieferung heiss und kalte Speisen kalt bleiben würden. Der Lieferrucksack sei innen vollständig isoliert und wasserdicht. Die Post würde die von Restaurants bereitgestellten Essenslieferungen in nur zugeklappten, aber nicht komplett geschlossenen Verpackungen, die teilweise hohe Temperaturen hätten, gar nicht transportieren. Entsprechend würden die Essenslieferungen grundsätzlich nicht als "Postsendungen" qualifizieren. Ansonsten unterstünde jedes Takeaway-Restaurant einer entsprechenden Meldepflicht und der Pflicht zur Registrierung bei der Vorinstanz. Die Auslegung der Vorinstanz nehme dem Wortteil "Post" in den gesetzlichen Begriffen "Postdienste" und "Postsendung" jede Bedeutung und damit jegliche Begrenzungsfunktion. Sie widerspreche auch dem allgemeinen Wortgebrauch, würde doch bei der Lieferung eines Pizzakuriers niemand sagen "Du hast Post". Essenslieferungen seien nicht unter den Begriff "Postdienste" im Sinne von Art. 321ter des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0; Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses) zu subsumieren. Ein Essenskurier sei im Gegenteil sogar angehalten zu prüfen, was er ausliefere, so beispielsweise bei Auslieferung von alkoholischen Getränken nur an Personen im erforderlichen Mindestalter. Postsendungen könnten nur Sendungen sein, die durch das Postgeheimnis geschützt seien.

E. 7.2

Die Vorinstanz widerspricht der Beschwerdeführerin dahingehend, dass Postsendungen u.a. alle Pakete seien, die in ihrer endgültigen Form von Anbieterinnen postalisch befördert werden könnten. Neben den Kriterien der endgültigen Form, des Gewichts sowie des Formats einer Sendung könne z. B. auch der Einsatz besonderer technischer Mittel - wie etwa ein aktiv temperaturkontrollierter Transport - dazu führen, dass eine Sendung nicht dem postalischen Bereich zugeordnet werde. Solche technischen Hilfsmittel seien aber für Essenslieferungen, wie sie von der Beschwerdeführerin unter Zuhilfenahme einer Subunternehmerin durchgeführt würden, nicht vorgesehen. Trotz Ähnlichkeiten mit einer Richtlinie der Europäischen Union (EU) oder anderen Rechtsordnungen lasse sich daraus nicht ableiten, ob gewisse Dienstleistungen in der Schweiz unter den Anwendungsbereich des Postgesetzes fallen würden oder nicht. Vielmehr habe der Schweizer Gesetzgeber entschieden, dass durch die Meldepflicht von Postdiensten der gesamte Postmarkt überwacht werden solle.

E. 7.3

Die Beschwerdeführerin repliziert dahingehend, dass Pakete regelmässig stabil und sicher verpackt würden, um als Postsendung verarbeitet werden zu können. Dies werde sichergestellt, indem die Post Vorgaben für den Versand mache und bestimmte Güter ausdrücklich ausschliesse. Die Post würde die von Restaurants bereitgestellten Essenslieferungen also gar nicht transportieren. Diese würden nämlich in nur zugeklappten, aber nicht komplett verschlossenen Verpackungen transportiert, würden riechen (wenn auch regelmässig nicht übel) und würden häufig auslaufende Flüssigkeiten, z. B. Suppen, Saucen oder Smoothies enthalten. Zudem seien Postsendungen definiert als "adressierte Sendungen in der endgültigen Form, in der sie von einer Anbieterin von Postdiensten übernommen werden". Unadressierte Sendungen würden nicht in den Geltungsbereich des Postgesetzes fallen. Die von den Restaurants zubereiteten Speisen würden regelmässig in Plastik- oder Papiertüten verpackt, die keine Adresse des Empfängers enthalten würden. Es handle sich entsprechend nicht um eine "adressierte Sendung". Die Argumentation der Vorinstanz sei zirkelschlüssig, da sie voraussetze, dass der zu regulierende "gesamte Postmarkt" auch Essenslieferungen umfasse. Sowohl die (einschlägige) EU-Richtlinie als auch das deutsche Postgesetz würden Begriffe verwenden, die mit Art. 2 Bst. b PG vergleichbar seien. Die beispielhafte Aufzählung von Büchern, Katalogen, Zeitungen und Zeitschriften sowie Paketen lasse darauf schliessen, dass Essenslieferungen nicht von der Definition umfasst seien. Nach ihrem Kenntnisstand habe denn bislang auch keine Behörde in der EU Dienstleistungen der Art, wie sie in der Schweiz von ihr erbracht würden, als Postdienstleistungen qualifiziert.

E. 7.4

In ihrer Duplik entgegnet die Vorinstanz, dass sich viele Anbieterinnen von Postdiensten im Express- und Kuriersegment auf das Angebot von Sendungen spezialisiert hätten, die von der schweizerischen Post nicht verarbeitet würden. Daraus, dass die Post keine Sendungen dieser Art annehme und zustelle, lasse sich indessen nicht ableiten, dass es sich bei Paketen mit dem Inhalt von warmen oder kalten Gerichten nicht um Postsendungen im Sinne von Art. 2 Bst. b PG handle.

E. 7.5.1

Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des wahren Sinngehalts einer Gesetzesbestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Norm. Ist der Wortlaut nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar eindeutiger Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historische Auslegung), ihren Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (systematische Auslegung). Dabei befolgt die Rechtsprechung einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (vgl. BGE 145 III 63 E. 2.1, BGE 144 V 333 E. 10.1 und BGE 143 II 268 E. 4.3.1, jeweils m.H.; vgl. ferner Urteil des BVGer A-1972/2021 vom 18. Januar 2023 E. 7.2.7).

E. 7.5.2

Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger rasch nahelegen. Bleiben letztlich mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht (sog. verfassungskonforme bzw. verfassungsbezogene Auslegung; vgl. zum Ganzen BGE 144 V 333 E. 10.1 und BGE 135 I 161 E. 2.3; Urteil des BVGer A-322/2018 vom 28. Januar 2019 E. 3.5; Ernst Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 117 f.; je m.H.).

E. 7.6.1

Aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 PG geht hervor, nur Postdienste meldepflichtig sind. Nach der Legaldefinition bedeutet Postdienste das Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren und Zustellen von Postsendungen (Art. 2 Bst. a PG). Solche sind adressierte Sendungen in der endgültigen Form, in der sie von einer Anbieterin von Postdiensten übernommen werden, namentlich von Briefen, Paketen sowie Zeitungen und Zeitschriften (Art. 2 Bst. b PG). Pakete sind definiert als "Postsendungen von mehr als 2 cm Dicke bis zu einem Gewicht von 30 kg" (Art. 2 Bst. d PG).

E. 7.6.2

Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 PG ist insofern nicht eindeutig, als er keine Aussage zum Inhalt einer Postsendung sowie zur Abgrenzung zwischen den vom Postgesetz erfassten Kurier- und Expressdiensten sowie den nicht dem Postgesetz unterstellten Stückgut- und Warentransporten macht. Die Begriffe des Stückguts sowie der Kurier- und Expresssendungen werden in der Botschaft sodann erwähnt, sind jedoch im Postgesetz nicht definiert (vgl. auf Verordnungsstufe die Erwähnung von "Express- und Kurierpostsendungen" in Art. 29 Abs. 8 VPG).

E. 7.6.3

Nach der allgemeinen Wortbedeutung von "Post" in den Begriffen Postdienste bzw. Postsendung zeigt sich, dass der Begriff "Post" bzw. "Postsendungen" in der Alltagssprache keineswegs für Essenslieferungen, etwa für Pizzabestellungen, die Lieferung von Smoothies oder gar Salatsaucen verwendet wird. Der Beschwerdeführerin sowie dem Privatgutachten ist dahingehend beizupflichten, dass bei der Wendung "Du hast Post." die Wenigsten die Lieferung eines Pizzakuriers damit assoziieren dürften (vgl. Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13, Rz. 66). Richtig ist zwar, dass etwa eine Pizzaschachtel - isoliert nach Format und Gewicht betrachtet - womöglich als Paket qualifiziert werden könnte und

der Katalog der Postsendungen in Art. 2 Bst. b PG ("namentlich von Briefen, Paketen sowie Zeitungen und Zeitschriften") ohnehin nicht abschliessend ist. Die Parteien sind sich allerdings auch nicht einig, ob Essenslieferungen als "(...) Sendungen in der endgültigen Form, in der sie von einer Anbieterin von Postdiensten übernommen werden" gelten (vgl. Art. 2 Bst. b PG; vgl. ferner Postcom, Leitfaden über die Meldepflicht und die Abgrenzung des Postmarkts, < https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Meldepflichtige_Unternehmen/Leitfaden_Meldepflicht_2020_DE.pdf >, zuletzt abgerufen am 6. Dezember 2023). Wie es sich damit verhält, kann aufgrund des Ausgangs des Verfahrens indessen offen bleiben.

E. 7.6.4

Zusammenfassend ist der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. a, b und d PG nicht eindeutig, da er keine Aussage zur Abgrenzung zwischen Kurier- und Expresssendungen einerseits sowie Stückgut- und Warentransport andererseits macht. Zumindest nach dem allgemeinen Wortsinn wären Essenslieferungen nicht als "Postsendungen" zu betrachten. Ob es sich stets um Pakete bzw. Sendungen "in der endgültigen Form" handelt, kann letztlich offen bleiben.

E. 7.7.1

In historischer Hinsicht ist zu beachten, dass die Meldepflicht anstelle der bisherigen Konzessionspflicht trat und für alle Anbieterinnen von Postdienstleistungen eingeführt wurde (vgl. E. 6.9.1 hiavor). Nach der Botschaft sollte die Meldepflicht die Voraussetzung schaffen, dass alle Marktteilnehmenden mit gleich langen Spiessen tätig sein können (Botschaft PG 2010, 5198). So erklärt sich insbesondere die Verpflichtung der Konkurrenz zur Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen, der Verhandlungen über einen GAV, der Informationspflichten sowie der Niederlassungs- bzw. Sitzpflicht in der Schweiz (vgl. Art. 4 Abs. 3 PG). Ausnahmen, d.h. zusätzliche Rechte oder Pflichten, sind nur dort vorgesehen, wo sie für die Erbringung der Dienstleistungen der Grundversorgung unentbehrlich sind (Botschaft PG 2010, 5198). Mit anderen Worten soll der Schutz vor unlauterem Wettbewerb durch gleiche Rahmenbedingungen einerseits die Post schützen. Andererseits gilt er auch für die privaten Anbieterinnen, nämlich mit dem Schutz vor unzulässiger Quersubventionierung durch die Post (vgl. Art. 19 Abs. 1 PG). Daraus ergibt sich nach Ansicht des Privatgutachtens der verfassungsrechtlich notwendige Gemeinwohlbezug der Regelung, wenn auch nur mittelbar: Die Post soll nicht durch unlauteren Wettbewerb geschwächt werden, weil ansonsten auch ihr Grundversorgungsauftrag gefährdet wäre (Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13, Rz. 50). Es gibt jedenfalls keine Hinweise, dass der Gesetzgeber bei den Express- und Kurierdiensten von Art. 92 BV hätte abweichen wollen (vgl. E. 6.10 hiavor).

E. 7.7.2

Trotz neuer Marktordnung bzw. Marktöffnung für die Postdienstleistungen infolge der Liberalisierung (vgl. für den verbliebenen reservierten Dienst von Briefen bis 50 g: Art. 18 Abs. 1 PG) wurde nicht beabsichtigt, eine allgemeine Marktordnung zu erschaffen. Der Gesetzgeber wollte den Stückguttransport ausdrücklich nicht regeln (Botschaft PG 2010, 5205). Die Materialien unterstreichen zur Meldepflicht, dass es einzig um eine neue Marktordnung im Zuge der Liberalisierung des Postmarktes geht (Botschaft PG 2010, 5182): "Die Marktordnung: Das Postgesetz schafft gleich lange Spiesse für alle Marktteilnehmenden. Alle im Postmarkt tätigen Unternehmen unterstehen derselben Marktordnung. Vom Grundsatz der gleichen Rechte und Pflichten wird nur dort

abgewichen, wo es für die Erbringung der Grundversorgung zwingend notwendig ist. Als flankierende Massnahme zur Öffnung des Postmarktes unterliegen alle Anbieterinnen von Postdiensten der Verhandlungspflicht über einen Gesamtarbeitsvertrag und sind verpflichtet, die branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten."

E. 7.7.3

Auch an anderer Stelle wird bezüglich der Grundversorgung mit Postdiensten das Argument der "gleich langen Spiesse" und damit dem Schutz vor unlauterem Wettbewerb erneut aufgegriffen (Botschaft PG 2010, 5204): "Nach der Abschaffung des Monopols wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass die Post die Grundversorgungsaufträge im freien Markt eigenwirtschaftlich erbringen kann. Aus diesem Grund soll sie grundsätzlich gleich lange Spiesse wie ihre Konkurrenz erhalten und über die notwendigen unternehmerischen Freiheiten verfügen. Das Gesetz ermöglicht ihr deshalb, die Preise der Grundversorgung nach wirtschaftlichen Grundsätzen festzusetzen und Poststellen auch als Agenturen zu betreiben."

E. 7.7.4

Ausgehend von der von Verfassungs- und Gesetzgeber getätigten Abgrenzung zwischen Postsendungen und Gütertransporten sowie Stückgütern (vgl. E. 6.10 hiavor) ist zu vertiefen, wie Essenslieferungen zu qualifizieren sind. Der Begriff "Stückgut" bedeutet nach dem Online-Wörterbuch Duden "als Einzelstück zu beförderndes Gut" (< www.duden.de/rechtschreibung/Stueckgut >, zuletzt abgerufen am 6. Dezember 2023). In der Lehre wird der Begriff unterschiedlich verwendet (vgl. Hans-Peter Ziegler, Die Beförderungspflicht der Bahnen unter besonderer Berücksichtigung des Stückgutproblems, Diss. St. Gallen 1975, Winterthur 1976, S. 57: "Analog gelten auch für Strassentransporte alle diejenigen Güter als Stückgüter, die ein Transportfahrzeug kapazitätsmässig nicht auslasten können."; Franz Gerber/Christian Hidber, Potential- und Verteilungsmodelle für den schweizerischen Stückgutverkehr nach Regionen, Zürich 1977: "Als Stückgut gelten für die Bahn Schnellgut-, Eilgut- und Frachtgutsendungen; für die Strasse alle Sendungen deren Gewicht 2 Tonnen nicht überschreitet."; vgl. Michael Hochstrasser, Der Beförderungsvertrag: Die Beförderung von Personen und Gütern nach schweizerischem Recht und im Vergleich mit ausgewählten internationalen Übereinkommen, Habil. Zürich 2013, Zürich 2015 Fn. 435 [Rz. 189]: "'Stückgut' bezeichnet eine einzelne Ladungseinheit (...)"; vgl. ferner Timm Gudehus, Transportsysteme für leichtes Stückgut, Düsseldorf 1977, S. 11). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich beim Stückguttransport in der Regel um den Transport einer Sendung handelt, deren Gewicht nicht zu gross ist und die in der Regel einzeln - ausgeschieden nach dem jeweiligen Empfänger - transportiert wird. Dies trifft auf Essenslieferungen grundsätzlich zu. Bei Stückguttransporten wird (nach den Ausführungen des Gesetzgebers in der Botschaft) in der Regel für jede Ladung ein Frachtschein mitgeführt (vgl. Botschaft PG 2010, 5205). Ob die Essenskuriere tatsächlich Frachtscheine mit sich führen und ob es sich tatsächlich bei allen Essenslieferungen um Stückguttransporte handelt, braucht nicht abschliessend beantwortet zu werden. Denn auch der Waren- bzw. Gütertransport fallen nach dem Willen des Verfassungs- und des Gesetzgebers nicht unter das Postgesetz (vgl. E. 6.7.6 hiavor). Daher fallen - nebst den ausdrücklich im Postgesetz statuierten Dienstleistungen - nur Kurier- und Expressdienste zusätzlich darunter. Express- und Kurierdienste sind indessen gleich wie Schnellpostsendungen im alten Recht und damit eng auszulegen. Essenslieferungen und deren Vermittlung gehörten nicht dazu (vgl. E. 6.10 hiavor). Diese Meinung teilt auch die

aktuelle Lehre zu Art. 92 BV, die eine Qualifikation von Essenslieferungen als Postdienste ausdrücklich ablehnt (Peter Hettich/Thomas Steiner, St. Galler Kommentar, a.a.O., Rz. 5 letzter Satz zu Art. 92 BV; vgl. E. 6.7.1 hiervor).

E. 7.7.5

Als Zwischenergebnis geht aus der Botschaft hervor, dass die Post bei der Liberalisierung der Postdienstleistungen vor unlauterem Wettbewerb geschützt werden sollte. Demgegenüber steht das Verbot der Post zur Quersubventionierung ausserhalb der beiden Grundversorgungsaufträge (vgl. Art. 19 Abs. 1 PG). Stückgüter sind nicht vom Postgesetz erfasst. Die historische Auslegung spricht somit dafür, dass Essenslieferungen nicht unter das Postgesetz fallen. Es gibt keine Hinweise, dass der Gesetzgeber bei den Express- und Kurierdiensten von Art. 92 BV hätte abweichen wollen (vgl. bereits E. 6.10 hiervor). Dazu passt, dass bei gegenteiliger Auslegung weitere Dienstleistungen bzw. Waren ebenfalls dem Postgesetz unterstellt wären, obschon sie in der Regel nicht in Konkurrenz zur Post tätig sind (z. B. Blumenkuriere). Auch dieser Umstand deutet daraufhin, dass eine derart extensive Auslegung des Postgesetzes nicht dem gesetzgeberischen Willen entspricht. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass das Postgesetz keine Angaben über den Inhalt einer Postsendung macht. Darauf kommt es bei der Abgrenzung von Stückgütern bzw. Waren- und Postsendungen nicht an.

E. 7.8

Unter systematischen Gesichtspunkten ist in erster Linie darauf einzugehen, ob die Überlegungen des Kartellrechts zur Marktabgrenzung auch für das Postgesetz herangezogen werden können.

E. 7.8.1

Bei der kartellrechtlichen Marktabgrenzung (d.h. unter anderem bei der Fusionskontrolle nach Art. 9 - 11 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 [KG, SR 251] und analog bei der Beurteilung von unzulässigen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 f. KG sowie analog bei der Beurteilung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG: vgl. z. B. Urteile des BVGer B-4003/2016 vom 10. Mai 2022 E. 7.2, B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 E. 5.1 und B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.2) umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996; VKU, SR 251.4).

E. 7.8.2

Nach der Praxis der WEKO gibt es eigene Märkte für Expresssendungen, da sich diese durch Geschwindigkeit und Preis stark von den übrigen Sendungen unterscheiden (vgl. RPW 2020/2, S. 433 ff. Rz. 669 ff., Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; RPW 2018/4, 993 ff., Rz. 57 ff., TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl). Auch angebotsseitig unterscheiden sich nach den Feststellungen der WEKO die Prozesse aufgrund der notwendigen Geschwindigkeit von Standard- und Express-/Kuriersendungen. Zudem seien andere Wettbewerber im Bereich der Schnellpostsendungen tätig und diese seien vielen der Grosskunden der Post auch bekannt. Die meistbekanntesten Wettbewerber seien DHL, UPS und Fedex, im Nahbereich würden auch Velokuriere benutzt (RPW 2020/2, S. 433 ff. Rz. 672, Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen). Essenslieferungen wurden dagegen nicht als Teil des

sachlich relevanten Marktes untersucht. Daran vermag auch der Marktbegriff bzw. der Untersuchungsgegenstand der WEKO nichts zu ändern, da die Prämisse der "gleich langen Spiesse" im Postmarkt auf den gleichen Überlegungen der Substituierbarkeit beruht.

E. 7.8.3

Anzumerken bleibt diesbezüglich, dass die britische Wettbewerbsbehörde bei einer Fusionskontrolle die (eigenen) Marktplätze für Essensbestellungen (Just Eat und Hungryhouse) und Dienstleistungen von Bestell- und Logistikspezialisten (Deliveroo, UberEATS und Amazon Restaurants) als sachlich relevanten Markt eingestuft hat (vgl. Competition and Markets Authority, Just Eat and Hungryhouse, Final Report, Rz. 4.28, < <https://www.gov.uk/cma-cases/just-eat-hungryhouse-merger-inquiry#final-report> >, zuletzt abgerufen am 6. Dezember 2023). Schliesslich hat die WEKO einen von der zugrundeliegenden Dienstleistung ("Hotelübernachtung") getrennten Markt für die Vermittlung von Online-Hotelbuchungen angenommen (RPW 2016/1, S. 67 ff, Rz. 176, Online-Buchungsplattformen für Hotels). Dies untermauert das Zwischenergebnis der Auslegung.

E. 7.8.4

Aus dem Gesagten folgt, dass Essenslieferungen (bzw. deren Vermittlung) bei der kartellrechtlichen Marktabgrenzung des sachlich relevanten Marktes mangels Substituierbarkeit nicht mit Postsendungen (namentlich Express- und Kuriersendungen) gleichzustellen sind. Auch dieser Umstand spricht (ausgehend von der gesetzgeberischen Prämisse der "gleich langen Spiesse") dafür, dass Essenslieferungen nicht zu den Express- und Kurierdiensten gemäss Botschaft zum Postgesetz gehören.

E. 7.8.5

Das Privatgutachten führt in systematischer Hinsicht ergänzend aus, dass nur diejenigen Sendungen Postsendungen sein könnten, die durch das Postgeheimnis geschützt seien. Die herrschende Lehre stelle sich auf den Standpunkt, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes alle Mitarbeitenden von Unternehmen, die Postdienste erbringen würden, zum potentiellen Täterkreis gehören würden - egal ob deren Arbeitgeber konzessions- bzw. meldepflichtig seien oder nicht. Aus der einschlägigen Literatur werde klar, dass eine eigenständige strafrechtliche Definition des Begriffs "Postdienste" gar nicht existiere, sondern auf denjenigen des Postgesetzes Bezug genommen werde. Da Art. 321ter StGB die Erbringer jeglicher Postdienste erfasse, müsste das Postgeheimnis auch Essenslieferungen betreffen. Dies könne vom Gesetzgeber kaum beabsichtigt sein. Das Privatgutachten kommt zum Schluss: "Das Postgeheimnis ist kein Pizzateilgeheimnis" (Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13, Rz. 55 ff. und Rz. 67).

E. 7.8.6

Nach der wohl herrschenden Lehre gilt Art. 321ter StGB (als echtes Sonderdelikt) für sämtliche Mitarbeitenden von Postdiensten inkl. privaten Dienstleistungserbringenden (als taugliche Täter; vgl. Stefan Trechsel/Marianne Johanna Lehmkuhl, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2021, Rz. 3 zu Art. 321ter StGB; Wolfgang Wohlers, in: Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020, Rz. 2 zu Art. 321ter StGB; Niklaus Oberholzer, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2018, Rz. 3 zu Art. 321ter StGB; kritisch Jörg Rehberg, Änderungen im

Strafgesetzbuch durch das neue Fernmeldegesetz, AJP 1998, S. 562 ff., S. 563 zum alten Recht, der eine Beschränkung auf Organisationen verlangt, welche reservierte Dienste anbieten oder einer Konzessions- oder Meldepflicht unterstellt sind). Würden Essenslieferungen als Postsendungen verstanden, so unterstünden sie dem Postgeheimnis, da Art. 321ter StGB auf die verwaltungsrechtliche Legaldefinition von Art. 2 PG abstellt (vgl. Stéphane Werly, Art. 321ter StGB, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal II, Art. 111-392 CP, Basel 2017, Rz. 14 zu Art. 321ter StGB). Auch dieser Umstand spricht gegen eine Unterstellung von Essenslieferungen unter das Postgesetz.

E. 7.8.7

Als Zwischenergebnis steht fest, dass - ausgehend von der gesetzgeberischen Prämisse der "gleich langen Spiesse" der Postdiensteanbieterinnen - die kartellrechtliche Marktabgrenzung gegen eine Unterstellung unter das Postgesetz spricht. Zum einen bestehen separate Märkte für Expresssendungen, bei denen Essenslieferungen nie untersucht wurden. Zum anderen gibt es wiederum separate Märkte für Vermittlungsangebote von Online-Plattformen. Ebenso spricht das Postgeheimnis gegen eine Qualifikation von Essenslieferungen als Postsendungen, da ansonsten das Öffnen von Essenslieferungen strafbewehrt wäre.

E. 7.9

Dasselbe wie bei der historischen und systematischen Auslegung hat aus nachfolgenden Gründen auch in teleologischer Hinsicht zu gelten.

E. 7.9.1

Aus den Materialien lässt sich folgern, dass es sich bei der Meldepflicht um Postdienste in Konkurrenz zum Angebot der Post handelt ("gleich lange Spiesse"). Das Postgesetz soll die Rahmenbedingungen für einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen der Postdienste schaffen (Art. 1 Abs. 3 Bst. b PG). Es bezweckt insbesondere die Vermeidung von unfairer Konkurrenz, d.h. von unlauterem Wettbewerb sowie von unzulässiger Quersubventionierung (vgl. E. 7.7.1 hiervor). Die heutigen Angebote der Post schliessen den Transport von offenen, stark übelriechenden oder auslaufenden Sendungen sowohl für Geschäfts- als auch Privatkunden aus (vgl. Anleitung für den Versand von Swiss-Express- und Paketsendungen für Geschäftskunden vom Oktober 2022, < https://www.post.ch/-/media/portal-opp/pl/dokumente/paketversand.pdf?vs=16&sc_lang=de&hash=10993169F975E750CF5AD3A1F5FBE08B >, zuletzt abgerufen am 6. Dezember 2023; "Versand von Swiss-Express und Paketsendungen" für Privatkunden vom April 2022, < https://www.post.ch/-/media/post/pk/dokumente/factsheet-versand-swiss-express-und-paketsendungen-privat.pdf?sc_lang=de&hash=19D3B0EC48B30C8EE965D22D8808BC2E >, zuletzt abgerufen am 6. Dezember 2023). Vergleichbare Essenslieferungsangebote der Post bestehen jedenfalls nicht (vgl. Privatgutachten, Beschwerdebeilage 13, Fn. 89 m.H.). Das Problem der "gleich langen Spiesse" (und mittelbar Auswirkungen auf die Grundversorgung der Post) sind bei Essenslieferungen mangels Konkurrenz daher nicht zu erkennen. Dies unterstreicht die systematische Auslegung, wonach die Vermittlung von Essenslieferungen kein gemeinsamer sachlich relevanter Markt mit gewöhnlichen Express- und Kurierdiensten oder gar Postsendungen im Allgemeinen darstellt (vgl. E. 7.8.7 hiervor).

E. 7.9.2

In teleologischer Hinsicht steht fest, dass die Meldepflicht nur Postsendungen erfassen soll, die in Konkurrenz zu den Dienstleistungen der Post stehen, was bei den strittigen Essenslieferungen (bzw. deren Vermittlung) nicht der Fall ist. Dieses Zwischenergebnis wird durch die systematische Auslegung unterstrichen.

E. 7.10

Abschliessend gilt es in rechtsvergleichender Hinsicht zu untersuchen, wie die ausländischen europäischen Rechtsordnungen mit den strittigen unbestimmten Rechtsbegriffen umgehen bzw. ob bereits ein ausländischer europäischer Staat Essenslieferungen einem Postgesetz unterstellt hat.

E. 7.10.1

Eingangs ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht - soweit ersichtlich - das erste Gericht in Europa ist, dass die hier strittigen Auslegungsfragen zu beurteilen hat (vgl. bereits nicht publizierte Zwischenverfügung des BVerfG A-4721/2021 vom 10. Dezember 2021 E. 3.8). Die Schweiz hat eine fast gleichlautende Regelung zu den Legaldefinitionen in Art. 2 PG wie in Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, ABl. L 52 vom 27. Februar 2008, S. 3 für die unbestimmten Rechtsbegriffe der Postsendungen und der Postdienste gewählt. Die Schweiz ist jedoch nicht verpflichtet, Richtlinie 2008/6/EG umzusetzen (vgl. Botschaft PG 2010, 5246).

E. 7.10.2

In der EU berät die Gruppe der Europäischen Regulierungsbehörden für Postdienste (ERGP) die Europäische Kommission, namentlich zur einheitlichen Anwendung der Postgesetzgebung in allen Mitgliedstaaten (< https://ec.europa.eu/growth/sectors/postal-services/european-regulators-group-postal-services_en >, zuletzt abgerufen am 2. November 2023). Nach dem Bericht der ERGP vom 27. November 2020 gibt es zwei Ansätze um Essenslieferungen aus regulatorischer Sicht einzuordnen (ERGP, Report PL II (20) 7 on Postal Definitions vom 27. November 2020, S. 20 ff., <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/43991>, zuletzt abgerufen am 6. November 2023): Beim ersten Ansatz gibt es keinen Unterschied bei der Auslieferung einer Vielzahl an Waren oder bei der Auslieferung von Essen, sofern auf die Prozesse nach der Richtlinie 2008/6/EG bzw. deren mitgliedstaatliche Umsetzung abgestellt wird. Diesen Ansatz hat die Vorinstanz im vorliegenden Verfahren gewählt. Im Bericht der ERGP wird denn auch erwähnt, dass in der Schweiz der Inhalt irrelevant sei, solange Essenslieferanten die Kriterien des Postgesetz erfüllen würden. Beim zweiten Ansatz wird auf den Inhalt des Pakets abgestellt. Kroatien habe etwa Essenslieferungen (von Absender zu Empfänger) aufgrund ihrer nationalen Gesetzgebung ausdrücklich nicht der Postgesetzgebung unterstellt. Estland betrachte Essenslieferungen nicht als adressiert und korrekt verpackt. Die spanische Gesetzgebung sehe vor, dass die Verpackung und Etikettierung zu prüfen sei, um festzustellen, ob es sich um eine Postsendung handle. In Spanien seien zwei Unternehmen als Postanbieterinnen registriert, die sowohl traditionelle Postsendungen als auch frische Lebensmittel zustellen würden. Dänemark lasse Essenslieferungen nicht als Postsendungen zu.

E. 7.10.3

Die ERGP kommt in ihrem Bericht zum Schluss, dass die Vielfalt der Fälle erneut zeige, dass die derzeitigen Definitionen nicht eindeutig angeben würden, ob die Zustellung von Lebensmitteln, wie auch die Zustellung anderer spezifischer Artikel, in den Geltungsbereich des Sektors einbezogen werden sollte. In Anbetracht der Tatsache, dass sich der Markt noch in der Entwicklung befinde, sollte diese Frage bei der künftigen Überprüfung der Rechtsvorschriften weiter analysiert werden (Bericht der ERGP vom 27. November 2020, a.a.O., S. 21). Nach demselben Bericht der ERGP seien die derzeitigen Rechtsgrundlagen auch für "E-Retailer" nicht klar und würden keine einheitliche Anwendung gewährleisten. Daher sollte dieser Aspekt bei der künftigen Postregulierung berücksichtigt werden (Bericht der ERGP vom 27. November 2020, a.a.O., S. 24 f.).

E. 7.10.4

Zusammenfassend wäre die Schweiz nach dem Bericht der ERGP vom 27. November 2020 das einzige Land in Europa, das Anbieter bzw. Vermittler von Essenslieferungen dem Postgesetz unterstellen würde. Diese Feststellung ist zwar für sich genommen nicht aussagekräftig, da die Schweiz nicht an die einschlägige EU-Richtlinie gebunden ist, sie untermauert aber das Auslegungsergebnis aufgrund der ähnlichen Terminologie im Postwesen.

E. 7.10.5

Die relevanten Begriffe des deutschen Postgesetzes (z. B. Postdienstleistungen und adressierte Pakete in § 4 "Begriffsbestimmungen") sind mit denjenigen des Schweizer Postgesetzes vergleichbar ([BGBI. I 3294]), zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 9. März 2021 [BGBI. I 324] geändert). Der Beck'sche Kommentar zum Postgesetz erhellt, dass man sich bezüglich der Marktbeherrschung für die Frage des sachlich relevanten Marktes an der Produktpalette der Deutschen Post AG zu orientieren habe, um einen Überblick über die angebotenen Leistungen auf dem Postmarkt zu erhalten (Matthias Herdegen, in: Peter Badura/Thomas von Danwitz/Matthias Herdegen/Jochim Sedemund/Klaus Stern (Hrsg.), Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., München 2004, Rz. 1 ff. und Rz. 67 ff.). Diese Auffassung stützt die systematische Auslegung, wonach es darauf ankommt, dass die Post keine vergleichbaren Essenslieferungen anbot bzw. anbietet und damit nicht in Konkurrenz zur Beschwerdeführerin tätig ist. Damit besteht mangels Konkurrenz auch kein Grund für eine Unterstellung unter das Postgesetz (vgl. ausführlich E. 7.8.1 f. hiervor).

E. 7.10.6

Der Rechtsvergleich unterstreicht, dass die Schweiz bei vergleichbaren unbestimmten Rechtsbegriffen soweit ersichtlich das einzige Land in Europa wäre, das Essenslieferungen als Postsendungen auffassen würde. Demnach spricht auch die rechtsvergleichende Betrachtung gegen eine Unterstellung von Essenslieferungen unter die Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG.

E. 7.11

Als Gesamtauslegungsergebnis ergibt sich Folgendes: Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 PG ist nicht klar. Die historische, die systematische sowie die teleologische Auslegung sprechen alle gegen eine Unterstellung von Essenslieferungen bzw. deren Vermittlung unter das Postgesetz. Die Rechtsvergleichung stützt dieses Ergebnis. Somit steht fest, dass Essenslieferungen unter Berücksichtigung einer verfassungs- und gesetzeskonformen Interpretation des Postgesetzes nicht als Postsendungen zu qualifizieren sind, sondern

vielmehr dem Waren- und Stückguttransport zuzurechnen sind. Im Ergebnis ist daher der objektive Geltungsbereich der Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG mangels Vorliegens von Postdiensten nicht eröffnet.

E. 7.12

Die übrigen von den Parteien gemachten Vorbringen sind bei diesem Verfahrensgang nicht zu vertiefen. Es kann daher offen bleiben, ob die bei den Essenslieferungen verwendeten Papiertüten inkl. allfälliger Beschriftung bzw. allfälligen Quittungen etc. tatsächlich mit einer Adressierung im Sinne des Postgesetzes gleichzusetzen wären (vgl. z. B. die Abbildungen in der Replik, Rz. 8). Ebenso braucht nicht beantwortet zu werden, ob die Sicherung und allfällige Warmhaltung von Essenslieferungen gegen eine Qualifikation als Sendung in der endgültigen Form sprechen bzw. ob diesbezüglich auf die Verwaltungsverordnung der Vorinstanz abzustellen wäre. Zudem ist nicht zu entscheiden, ob das allenfalls fehlende einheitliche Auftreten der Kuriere entscheidend ist, ob das "Sortieren" bei Express- und Kurierdiensten entfällt oder ob der Entscheid der Vorinstanz in einem ähnlich gelagerten Verfahren zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung von Konkurrenten führt. Unbeantwortet bleibt ferner, ob die Beschwerdeführerin in subjektiver Hinsicht der Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG unterstellt ist.

E. 8

Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung Nr. 14/2021 der Vorinstanz vom 7. Oktober 2021 aufzuheben und festzustellen, dass die Beschwerdeführerin nicht meldepflichtig nach Art. 4 Abs. 1 PG ist.

E. 9

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zu befinden.

E. 9.1

Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz ist insgesamt als vollständig unterliegend zu betrachten. Vorinstanzen werden jedoch keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Dem Verfahrensausgang entsprechend sind deshalb keine Verfahrenskosten zu erheben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- ist dieser nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

E. 9.2

Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Nach dem zu den Kostenfolgen Gesagten ist die Beschwerdeführerin als obsiegend zu betrachten und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung.

E. 9.3

Das Bundesverwaltungsgericht legt die Entschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote, oder, wenn keine oder keine detaillierte Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 1 und 2 VGKE).

E. 9.4

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reicht eine Kostennote vom 20. Dezember 2023 über insgesamt Fr. 38'411.20 (inkl. Mehrwertsteuer) ein. Der zeitliche Aufwand wird dabei mit 101.9 Stunden à Fr. 350.- beziffert. Der Stundenaufwand erscheint angemessen. Sodann liegt der Stundenansatz in der zulässigen Bandbreite (vgl. Art. 10 Abs. 2 VGKE). Die geltend gemachte Parteientschädigung ist somit im Grundsatz nicht zu beanstanden. Allerdings umfasst die Parteientschädigung keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, da die Beschwerdeführerin im UID-Register als mehrwertsteuerpflichtige Person eingetragen und damit als vorsteuerabzugsberechtigte Partei zu behandeln ist (vgl. Urteil des BGer 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3). Somit hat die Beschwerdeführerin im Ergebnis Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 35'665.- zu Lasten der Vorinstanz. (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

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