



## Urteil vom 3. Januar 2024

---

Besetzung

Richter Alexander Mistic (Vorsitz),  
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,  
Richter Jürg Marcel Tiefenthal,  
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

---

Parteien

**Uber Portier B.V.**,  
Mr. Treublaan 7, NL-1097 DP Amsterdam,  
vertreten durch  
lic. iur. David Mamane, LL.M., Rechtsanwalt,  
Dr. iur. Frank Bremer, Rechtsanwalt,  
MLaw Tobias Magyar, Rechtsanwalt,  
Schellenberg Wittmer AG, Rechtsanwälte,  
Löwenstrasse 19, Postfach 2201, 8021 Zürich 1,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössische Postkommission PostCom**,  
Monbijoustrasse 51A, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Meldepflicht als Anbieterin von Postdiensten.

**Sachverhalt:****A.**

Die Uber Switzerland GmbH mit Sitz in Zürich ist seit dem 27. März 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (vgl. Tagesregister-Nummer 10520; Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB] vom 3. April 2013). Der Zweck der Gesellschaft ist insbesondere die Erbringung von Marketing- und Support-Tätigkeiten für andere (verwandte) Unternehmen in Bezug auf Dienstleistungen im Zusammenhang mit On-Demand-Transportdiensten und On-Demand-Lieferdienstleistungen durch Mobilgeräte und webbasierten Support sowie damit zusammenhängende Dienste.

Die Uber Portier B.V. ist eine Gesellschaft nach niederländischem Recht mit Sitz in Amsterdam (Handelsregisternummer: 65851307). Die Uber Portier B.V. besitzt die Rechte an der Uber Eats-Plattform, einer mobilen Applikation und einer Website, die die Bereitstellung von Dienstleistungen zur Generierung von Kunden- bzw. Nutzernachfragen (sog. "Leads"), von Zahlungseinzugsdiensten und der Rechnungsstellung ermöglicht.

Die Uber Eats Switzerland GmbH ist eine Schweizer Gesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie ist seit dem 19. Dezember 2022 im Handelsregister eingetragen (vgl. Tagesregister-Nummer 50397; SHAB vom 22. Dezember 2022). Die Gesellschaft bietet On-Demand-Leadgenerierung, Zahlungsabwicklung, Marketing und andere damit verbundene Dienstleistungen für Händler an. Das Unternehmen wird auch Lieferdienste von Lieferpartnern kaufen und Lieferdienste an die Endkunden verkaufen.

**B.**

Mit Verfügung Nr. 11/2020 vom 10. Dezember 2020 erwog die PostCom, dass die die Uber Switzerland GmbH weder Partei noch Verfügungsadressatin sei, da sie keine Verbindung zu den Essenslieferdiensten in der Schweiz aufweise und sich weder aus dem Gesellschaftszweck noch aufgrund der Abklärungen durch das Fachsekretariat Hinweise auf das Anbieten von Postdiensten ergäben. Sie führte weiter aus, dass die Uber Portier B.V. eine postalische Tätigkeit in Form eines Kurierdienstes im eigenen Namen in der Schweiz ausübe und stellte fest, dass diese für das gewerbemässige Anbieten dieses Postdienstes meldepflichtig nach Art. 4 Abs. 1 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (PG, SR 783.0) sei. Zusätzlich ordnete sie an, dass die Uber Portier B.V. sich in ihrer Datenbank der meldepflichtigen Anbieterinnen von Postdiensten zu registrieren habe.

**C.**

Eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde der Uber Portier B.V. hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-429/2021 vom 26. Januar 2022 wegen Verletzung der Ausstandsregeln gut und wies die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die PostCom zurück.

**D.**

Nachdem der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör gewährt worden war, verfügte die Vorinstanz am 25. August 2022 erneut (Verfügung Nr. 13/2022). Sie wies den Antrag um Erlass einer selbständig anfechtbaren Verfügung über die Zuständigkeit ab (Dispositiv-Ziff. 1), stellte fest, dass die Uber Portier B.V. meldepflichtig nach Art. 4 Abs. 1 PG sei (Dispositiv-Ziff. 2) und sich bis zum 31. Oktober 2022 in der Datenbank der meldepflichtigen Anbieterinnen von Postdiensten zu registrieren habe (Dispositiv-Ziff. 3). Weiter auferlegte sie ihr die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 6'000.– (Dispositiv-Ziff. 3).

**E.**

Gegen diese Verfügung der PostCom (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt die Uber Portier B.V. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 28. September 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit dem Begehren, Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 4 der Verfügung vom 31. Oktober 2022 betreffend Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass sie nicht meldepflichtig nach Art. 4 PG sei; eventualiter seien Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 4 der Verfügung vom 31. Oktober 2022 aufzuheben und die Angelegenheit sei zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Sie rügt eine unrichtige bzw. unvollständige Sachverhaltserstellung, eine Verletzung der Begründungspflicht sowie eine fehlerhafte Rechtsanwendung.

Zur Begründung bringt sie vor, dass die über Uber Eats vermittelten Lieferungen unadressierte Stückgüter seien. Für den Versand als Postsendungen seien sie völlig ungeeignet. Sie würden daher keine Postsendungen im Sinne von Art. 2 Bst. b PG darstellen und auch keine Sortierung von Waren beinhalten. Ihre Zustellung sei damit auch kein Postdienst im Sinne von Art. 2 Bst. a PG. Mangels Postdienstes seien weder der Geltungsbereich des Postgesetzes (vgl. Art. 1 Abs. 1 PG) noch der sachliche Anwendungsbereich der Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG eröffnet. Die Verfassungsgrundlage von Art. 92 BV würde nicht für die Unterstellung von

Dienstleistungen ausreichen, die nicht das Postwesen betreffen würden. Die Qualifikation als meldepflichtige Anbieterin von Postdiensten würde zudem den durch das Postgesetz regulierten Postmarkt in Widerspruch zur kartellrechtlichen Abgrenzung der Postmärkte durch die Wettbewerbsbehörden setzen. Eine Anwendung des Postgesetzes auf Bestell- und Lieferservices widerspreche zudem der bisherigen eigenen Verwaltungspraxis der Vorinstanz. Die über Uber Eats vermittelten Lieferdienstleistungen bzw. vergleichbaren Dienstleistungen wie z. B. diejenigen von Blumenkurieren oder Kurieren von medizinischen Proben, seien soweit ersichtlich, bisher nie als meldepflichtig eingestuft worden, geschweige denn wegen Verletzung einer Meldepflicht untersucht worden. Mit einer Ausweitung des Anwendungsbereiches des Postgesetzes auf Uber Eats würde sich die Vorinstanz auch in Widerspruch zur internationalen Postregulierungspraxis setzen. Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht die über Uber Eats vermittelten Waren als Postsendungen qualifizieren sollte, so würden darüber noch immer keine Postdienste vermittelt bzw. durch die Uber Portier B.V. erbracht.

**F.**

In ihrer Vernehmlassung vom 31. Oktober 2022 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen. Sie bekräftigt im Wesentlichen ihre in der Verfügung vom 25. August 2022 gemachten Ausführungen.

**G.**

In ihren Schlussbemerkungen vom 19. Januar 2023 hält die Beschwerdeführerin vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren sowie an ihren Sach- und Rechtsvorbringen fest. Zudem macht sie Noven zu einem ähnlich gelagerten Verfahren vor der Vorinstanz geltend. Mit Eingabe vom 6. März 2023 hält die Vorinstanz ebenso an ihren Begehren und Ausführungen fest und nimmt Stellung zu den Noven.

**H.**

Mit Eingabe vom 23. März 2023 macht die Beschwerdeführerin geltend, dass sich ihr Geschäftsmodell geändert habe. Im Rahmen des neuen Geschäftsmodells betreibe sie die Uber Eats-Plattform nun nicht mehr selbst, sondern lizenziere die hierfür erforderliche Software an die neu gegründete Uber Eats Switzerland GmbH, eine Schweizer Gesellschaft mit Sitz in Zürich. Die Uber Eats Switzerland GmbH kaufe die Lieferdienste zur Auslieferung der über die Uber Eats-Plattform vermittelten Waren von unabhängigen Drittunternehmen ein und verkaufe sie an die bestellenden

Endkunden weiter. Zudem macht die Beschwerdeführerin Ausführungen zum Suspensiveffekt.

**I.**

Die Vorinstanz nimmt mit Vernehmlassung vom 28. April 2023 Stellung, worauf die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 28. August 2023 ihrerseits eine zweite ergänzende Stellungnahme einreicht.

**J.**

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 20. Oktober 2023 wurde die Uber Eats Switzerland GmbH beigeladen (nachfolgend: Beigeladene) und den Verfahrensparteien Gelegenheit gegeben, sich zu einer allfälligen Weiterführung des Beschwerdeverfahrens, zu einem allfälligen Parteiwechsel oder der allfälligen Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens (inkl. Kostenfolgen) zu äussern und allfällige Beweismittel einzureichen.

**K.**

Mit Eingaben vom 6. November 2023 sowie jeweils vom 28. November 2023 vertreten die drei Verfahrensbeteiligten im Wesentlichen die Auffassung, dass nach wie vor ein schutzwürdiges Interesse an einem Sachentscheid bestehe und stellen unter anderem (teilweise sinngemäss) den Antrag, es sei von einem Parteiwechsel abzusehen.

**L.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheiderelevant – in den Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**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 daher 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).

**1.2** Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids auch besonders berührt.

**1.3** Am 23. März 2023 teilt die Beschwerdeführerin mit, dass sich ihr Geschäftsmodell geändert habe. Im Rahmen des neuen Geschäftsmodells betreibe sie die Uber Eats-Plattform nun nicht mehr selbst, sondern lizenziere die hierfür erforderliche Software an die neu gegründete Uber Eats Switzerland GmbH, eine Schweizer Gesellschaft mit Sitz in Zürich. Die Uber Eats Switzerland GmbH kaufe die Lieferdienste zur Auslieferung der über die Uber Eats-Plattform vermittelten Waren von unabhängigen Drittunternehmen ein und verkaufe sie an die bestellenden Endkunden weiter.

**1.4** Vorab ist darauf einzugehen, ob ein Parteiwechsel stattgefunden hat bzw. hätte stattfinden müssen.

**1.4.1** Die Parteien stimmen zusammengefasst dahingehend überein, dass kein Parteiwechsel stattgefunden habe, da ein solcher nur bei Rechtsnachfolge in Frage komme. Die Beschwerdeführerin verweist auf die konkrete vertragliche Ausgestaltung mit der Beigeladenen und widerspricht der Vorinstanz dahingehend, dass es sich nicht um eine "Reorganisation" gehandelt habe, sondern um die Umsetzung eines neuen Geschäftsmodells (gemäss Beilage 1 zur Eingabe vom 27. November 2023, "Distribution and Services Agreement").

**1.4.2** Im VwVG ist die Rechtsnachfolge nicht ausdrücklich geregelt, d.h. was geschieht, wenn eine ursprüngliche Verfahrenspartei durch eine andere abgelöst wird (Subjektwechsel), sei es (von Gesetzes wegen) durch Universalsukzession oder (auf Antrag hin) durch Singularsukzession. Ein zwangsweiser Parteiwechsel ist bei übertragbaren Pflichten denkbar, wenn z.B. eine das Streitobjekt erwerbende Person zwangsweise als Partei anzuerkennen ist, will die Behörde das bisherige Verfahren nicht wegen Gegenstandslosigkeit abschreiben und ein neues Verfahren mit der objekterwerbenden Person eröffnen (VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in:

Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Rz. 48 zu Art. 6 m.H.; vgl. ferner Urteile des BVerG A-2617/2019 vom 17. Februar 2020 E. 3.2 und A-6569/2013 vom 23. April 2014 E. 3.1).

**1.4.3** Aus den Akten ergibt sich, dass die Vorinstanz ein neues Verfahren gegen die Beigeladene bezüglich einer allfälligen Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG eröffnet hat (vgl. Beilagen 1 und 2 zur zweiten ergänzenden Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 28. August 2023). Dieses berührt jedoch das vorliegende Verfahren nicht, da die Beschwerdeführerin neu als Lizenzgeberin an die Beigeladene fungiert und nach ihren nachvollziehbaren Ausführungen keine Reorganisation stattfand (vgl. Eingabe vom 27. November 2023 sowie Beilage 1 diesbezüglich). Zu einer Rechtsnachfolge und einem Parteiwechsel ist es somit nicht gekommen und ein zwangsweiser Parteiwechsel ist unter diesen Umständen nicht angezeigt.

**1.5** Als nächstes ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin nach wie vor ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung hat.

**1.5.1** Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn der Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann. Das schutzwürdige Interesse muss grundsätzlich nicht nur bei der Beschwerdeeinreichung, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung aktuell und praktisch sein (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4 und BGE 140 II 214 E. 2.1).

**1.5.2** Die Beschwerdeführerin führt aus, dass sie weiterhin ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung der angefochtenen habe. Würde die Verfügung nicht aufgehoben, müsste sie sich als Anbieterin von Postdiensten registrieren, obwohl sie keine Tätigkeit ausübe (und auch nie ausgeübt habe), die auch nur im Entferntesten etwas mit Postdiensten zu tun habe.

**1.5.3** Trotz neuem Geschäftsmodell ist der Beschwerdeführerin dahingehend beizupflichten, dass sie nach wie vor ein aktuelles und praktisches Interesse hat, da sie weiterhin als Lizenzgeberin bestehen bleibt und die Vorinstanz die angefochtene Verfügung nicht in Wiedererwägung gezogen hat. Würde das angefochtene Beschwerdeverfahren abgeschrieben, so

bestünde die angefochtene Verfügung weiterhin, was für ein bestehendes aktuelles und praktisches Interesse der Beschwerdeführerin spricht.

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

## **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).

## **3.**

**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.

**3.2** Zunächst sind die geltend gemachte unvollständige bzw. unrichtige Sachverhaltsfeststellung sowie die geltend gemachte Verletzung des



rechtlichen Gehörs in der Form der Begründungspflicht zu prüfen (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 gilt es, die verfassungsmässigen Grundlagen heranzuziehen und gestützt darauf zu beurteilen, ob das Postgesetz bei Kurier- und Expresssendungen über die Bundesverfassung hinausgeht (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).

#### **4.**

**4.1** In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine unvollständige bzw. unrichtige Sachverhaltsfeststellung sowie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in der Form der Begründungspflicht.

**4.2** Soweit die Beschwerdeführerin eine unvollständige bzw. unrichtige Sachverhaltsfeststellung rügt, beschlägt diese die subjektive Unterstellung unter das Postgesetz (Rz. 51 – 94 sowie Rz. 98 – 103 der Beschwerde) sowie die Adressierung von Postsendungen (Rz. 95 – 97). Aufgrund des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens (E. 8) erübrigt es sich auf diese Rügen einzugehen. Aus demselben Grund kann offenbleiben, ob die geltend gemachten Verletzungen des rechtlichen Gehörs in der Form der Begründungspflicht zur Kassation führen könnten.

#### **5.**

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

**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."

**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 (...)"

**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* (gewerbmässiges 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], BBI 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, BBI 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 – ausgedehnt 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, BBI 2009 5205, 5210). Auf Verordnungsebene 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, BBI 2009 5205).

**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).

## **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).

**6.1** In der angefochtenen Verfügung führte die Vorinstanz aus, dass Art. 92 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] den Bund verpflichte, für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung zu sorgen. Aus dem Verfassungsauftrag der Sicherstellung einer landesweiten Versorgung könne aber nicht e contrario geschlossen werden, dass andere Postdienste, etwa im Bereich der Verarbeitung von Essensbestellungen und der Zustellung der bestellten Essen an ihre Adressaten, nicht dem Postgesetz unterstünden. Vielmehr bestimme sich nach der Definition in Art. 2 Bst. a PG, ob Postdienste vorliegen würden oder nicht. Art. 92 Abs. 2 BV habe keine gesetzeskonkretisierende Wirkung und könne deshalb auch nicht als Auslegungshilfe herangezogen werden. Es gebe daher auch aus dem Verfassungsartikel des Grundversorgungsauftrags keinen Grund, den Bereich der Essenslieferungen generell vom Postgesetz auszunehmen. Schliesslich halte Art. 190 BV ungeachtet der Argumentation der fehlenden Zuständigkeit aufgrund des Gesetzgebungsauftrags von Art. 92 BV fest, dass Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die übrigen rechtsanwendenden Behörden massgebend seien.

**6.2** Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, Art. 92 BV umfasse nur die "üblichen Postsendungen". Mit den üblichen Postleistungen seien diejenigen gemeint, die traditionell dem Tätigkeitsbereich der Schweizerischen Post zugerechnet würden. Nur diejenigen Tätigkeiten könnten dem Begriff "Post" zugerechnet werden, die dem Gemeinwohl dienen würden. Eine Gemeinwohlverpflichtung sei dem Begriff "Post" gewissermassen inhärent. Der Warentransport könne nicht als gesamte Branche Teil des Postwesens sein. Art. 92 BV erfasse nicht das gesamte Transportwesen. Art. 92 BV setze dem Bundesgesetzgeber bei der gesetzlichen Konkretisierung des Postwesens klare Grenzen.

**6.3** Die Vorinstanz erwidert, dass der Gesetzgeber im Postgesetz ausdrücklich eine Ausweitung des früheren Anwendungsbereichs des Gesetzes von 1997 vorgenommen habe. Auf die Hinweise der Beschwerdeführerin, Lieferservices via Plattformen würden nicht unter den traditionellen Postmarkt fallen, sei im angefochtenen Entscheid entgegnet worden, dass viele Anbieterinnen von Postdiensten sich auf schnelle Lieferungen von Paketen spezialisiert hätten und zahlreiche Anbieterinnen elektronisch gesteuerte Prozesse ohne Disponenten einsetzen würden. Damit könne nicht generell davon ausgegangen werden, dass Foodkuriere keine Postdienste erbringen würden.

**6.4** Die Ausführungen der Beschwerdeführerin stützen sich hauptsächlich auf ein Privatgutachten (vgl. (FELIX UHLMANN/OLIVER KNÖPFLI, Postgesetz ohne Grenzen?, in: Jusletter 26. April 2021; nachfolgend: Privatgutachten, vgl. auch die nicht publizierte Fassung in Beschwerdebeilage 15). 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.).

**6.5** 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, 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, Rz. 10 – 16).

**6.6** Insofern als die Beschwerdeführerin rügt, dass die Verfassungsgrundlage von Art. 92 BV nicht für die Unterstellung von Dienstleistungen ausreiche, die nicht das Postwesen betreffen würden, ist der Geltungsbereich dieser Verfassungsbestimmung zu ermitteln.

**6.6.1** 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).

**6.6.2** 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, BBI 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 [BBI 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).

**6.6.3** 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 (BBI 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 [BBI 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 [BBI 1941 I 1120 ff.]; vgl. zur Autotransportordnung 1951: Beschluss des Parlaments [BBI 1950 II 292], Botschaft vom 29. Juli 1949 zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über den Transport von Personen und Sachen mit Motorfahrzeugen auf öffentlichen Strassen [BBI 1949 II 212 ff.]; vgl. Privatgutachten, Rz. 8 m.w.H.).

**6.6.4** 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, BBI 1997 I 1, 271).

**6.6.5** 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, Rz. 14).

**6.6.6** 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.

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

**6.7.1** Auch im Rahmen der Verfassungsinterpretation ist in erster Linie auf die traditionellen Lehren zur Auslegungsmethodik abzustellen (vgl. E. 7.4.1 hiernach). Insofern ist die Verfassungsauslegung nicht per se etwas Anderes als Gesetzesauslegung. D.h. auf Verfassungsstufe besteht das grundlegende Auslegungsziel u.a. in der herkömmlichen Ermittlung von Sinn und Zweck bzw. Inhalt und Tragweite der Regelung. Viele der oftmals unbestimmt redigierten 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 GRÜNINGER, Aspekte der Verfassungsinterpretation in der Schweiz, Diss. Basel 2023, Zürich 2023, Rz. 135, 137 und 146, m.w.H.).

**6.7.2** 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, BBI 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. 6.7.2 hiervor).

**6.7.3** 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).



**6.8** 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.

**6.8.1** 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 Dritten 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.).

**6.8.2** 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).

**6.8.3** 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. 1<sup>bis</sup> 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, Rz. 29 – 34).

**6.8.4** 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,

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. 7.8.1 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.

**6.9** 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 der Gesetzgeber 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.

## 7.

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

**7.1** Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, dass die Postgesetzgebung bei den Postsendungen wie auch bei den Paketen keine spezifischen Verpackungskriterien vorsehe. Paketsendungen müssten über den ganzen Beförderungsprozess, d.h. von der Abholung bis zur Endzustellung, unverändert verarbeitet werden können (in ihrer endgültigen Form). Das heisse, dass Volumen, Format und Gewicht während der Beförderung gleich bleiben würden und die Sendung ohne den Einsatz besonderer Infrastrukturen (z. B. durch aktiv temperaturkontrollierte Transporte) befördert werde. Das Kriterium der endgültigen Form bedeute nicht, dass Pakete in steife oder geschlossene Verpackungen (z. B. Kartons oder

Plastikboxen) eingepackt sein müssten, Postdienstanbieterinnen würden zum Beispiel auch Pakete in Form von Körben, Stoff- oder Plastiksäcken verarbeiten. Auch gekochte Gerichte, die von Kurierfirmen geliefert würden, könnten sehr unterschiedlich verpackt sein (Kartonboxen, Metallbehälter, Taschen, usw.).

Um als Postsendung zu gelten, müssten die Sendungen nicht kumulativ durch alle Postdienste verarbeitet werden (Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren, Zustellen). In gewissen Fällen würden die Kunden Vorleistungen (z. B. das Sortieren) übernehmen. In anderen Fällen, wie etwa bei Direktfahrten, bei denen Postsendungen direkt vom Absender zum Empfänger befördert würden, falle das Sortieren vollständig weg. Auch wenn keine Sortierungen stattfinden würden, würden Kurierdienste in den Anwendungsbereich der Postgesetzgebung fallen. Soweit die verderblichen Nahrungsmittel ohne technische Hilfsmittel (z. B. aktive Temperaturregulierung) befördert würden und allein durch die speditive postalische Verarbeitung in einer simplen, isolierenden Verpackung sachgemäss geliefert werden könnten, würden die Kriterien einer Postsendung als erfüllt gelten. Grundsätzlich seien die Versender, die den Inhalt der Sendung bestimmen würden, für das Verpacken der Ware zuständig. Dies sei üblicherweise auch bei den Essenslieferungen der Fall. Dass gewisse Paketinhalte einen besonderen Schutz vor Beschädigungen erfordern würden, sei bei Postdiensten nicht aussergewöhnlich. Damit handle es sich bei den von Uber transportierten Nahrungsmittel um Postsendungen im Sinne des Postgesetzes.

**7.2** In sachlicher Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz den Begriff der Postsendung im Sinne von Art. 2 Bst. b PG falsch auslege und anwende. Die Vorinstanz dehne dabei den Geltungsbereich des Postgesetzes und damit ihre eigenen Kompetenzen in rechtswidriger Weise über das vom Gesetzgeber beabsichtigte Ausmass aus. Der Stückgütertransport falle nicht unter den Geltungsbereich des Postgesetzes. Eine Sendung sei keine Postsendung im Sinne von Art. 2 Bst. b PG, wenn es sich um ein Stückgut handle. Die über Uber Eats vermittelten Lieferungen seien Einzelstücke mit einem elektronischen Frachtschein, die direkt zum jeweiligen Besteller der Ware transportiert würden. Der Kurier erhalte die Bestellung vom Anbieter und fahre damit direkt zum Bestellenden. Somit komme es weder zu einer Sortierung noch einer Bündelung der Bestellung. Dies sei wegen der schnellen Verderblichkeit sowie der Temperaturempfindlichkeit der über Uber Eats bestellten Waren denn auch nicht möglich. Die Bestellenden würden die schnellstmögliche Zustellung erwarten,

andernfalls könnten sie die bestellte Ware auch selbst abholen. Damit sei klar, dass die über Uber Eats vermittelten Lieferungen Einzelwarensendungen bzw. Stückgütertransporte seien.

Die von den vermittelten Kurieren für die Essensanbieter transportierten Speisen seien verderblich, häufig stark riechend, würden in der Regel auslaufende Flüssigkeiten enthalten und würden in speziell für den Mahlzeitentransport angefertigten Wärme bzw. Kälte speichernden Rucksäcken transportiert. Die Post würde diese Waren vom regulären Postversand ausschliessen. Aufgrund dieser besonderen Beschaffenheit würden die auf Vermittlung von Uber Eats transportierten Essensbestellungen in der Regel lose in Plastik- oder Papiertüten gelegt und anschliessend in Wärme bzw. Kälte speichernden Rucksäcken transportiert. Die losen Plastik- oder Papiertüten seien fragil und daher für den Versand als Postsendungen generell ungeeignet.

Die Definition "Postsendung" in der EU und in Deutschland seien mit Schweizer Terminologie vergleichbar. Der via Uber Eats vermittelte Transport von zubereiteten Essensbestellungen sei weder von der europäischen noch von deutscher Definition einer Postsendung umfasst.

**7.3** Die Vorinstanz widerspricht der Beschwerdeführerin dahingehend, dass der Gesetzgeber im Postgesetz ausdrücklich eine Ausweitung des früheren Anwendungsbereichs des Gesetzes von 1997 vorgenommen habe. Wie aus der Botschaft des Bundesrats vom 20. Mai 2009 zum PG hervorgehe, sollten alle gewerbsmässigen Anbieterinnen von Postdiensten im Sinne von Art. 2 Bst. a PG der Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG und damit ihrer Aufsicht unterstehen. Dies ergebe sich bereits aus dem Geltungsbereich, nach welchem das Gesetz das gewerbsmässige Erbringen von Postdiensten regle, sowie aus dem Gesetzeszweck, gemäss welchem das Gesetz die Rahmenbedingungen für einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen der Postdienste schaffen solle. In der Botschaft werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch diejenigen Anbieterinnen, die Express- oder Kurierdienste anbieten würden oder die Frühzustellung abonniertes Zeitungen und Zeitschriften besorgen würden, dem Gesetz unterstünden. Nicht unter die Bestimmungen des Gesetzes würden hingegen die Beförderung nicht adressierter Sendungen, der Transport von Sendungen über 30 kg sowie die Stückgüter fallen.

Sie übe ihren Beurteilungsspielraum bei der Registrierung der meldepflichtigen Anbieterinnen beziehungsweise der hoheitlichen Feststellung der

Meldepflicht gemäss dem im Vergleich zum früheren Postgesetz erweiterten Anwendungsbereich aus. Auch gemäss der systematischen Auslegung des Begriffs des Postmarkts entspreche es dem Willen des Gesetzgebers, dass alle Anbieterinnen von Postdiensten, d.h. auch neue Geschäftsformen wie Plattformen, die ihre postalischen Prozesse teilweise oder ganzheitlich digitalisieren würden, dem Postgesetz unterstünden. Es handle sich um einen dynamischen Markt mit neuen Geschäftsformen, der aber immer die Beförderung physischer Sendungen bezwecken würde. Das Postgesetz sehe im Gegensatz zum früheren Recht, welches eine Konzession vorgesehen habe, eine einfache, gesetzliche Meldepflicht vor. Dies bedeute, dass jede Firma, die sich bei ihr registriert habe, ohne das Einholen einer Bewilligung oder das Erfüllen besonderer Voraussetzungen für eine Konzession als Anbieterin von Postdiensten auftreten könne. Für diejenigen Anbieterinnen, die bisher eine Konzession hätten beantragen müssen, bedeute dies eine wesentliche administrative Erleichterung.

Zur Rüge der Beschwerdeführerin, die Wettbewerbskommission (WEKO) grenze den Postmarkt im Verfahren gegen die schweizerische Post anders ab, sei festzuhalten, dass dort die Frage der Meldepflicht keine Rolle gespielt habe, da es sich bei den von der WEKO zu untersuchenden Geschäftsmodellen zweifelsohne um meldepflichtige Postdienste der Post CH AG gehandelt habe. Aus der Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen könnten somit keine Aussagen in Bezug auf die Meldepflicht abgeleitet werden. Aufgrund des Gegenstands ihrer Untersuchung habe die WEKO nicht den ganzen Postmarkt inkl. der Kurier- und Expressdienste und Zeitungszusteller, sondern nur den Briefmarkt und die Rolle der schweizerischen Post in diesem abklären müssen. Sie habe somit in ihrer Untersuchung des Briefmarkts einen anderen als den hier zur Diskussion stehenden Marktbegriff des Postmarkts verwendet. Aus der Sicht der Aufsichtsbehörde sei es wichtig, dass alle Anbieterinnen von Postdiensten der Aufsicht unterstünden, damit im Postmarkt keine Ungleichheit bei der Einhaltung der Arbeitsbedingungen oder ein Preisdruck im Wettbewerb zu den gemeldeten Anbieterinnen entstehe, der daher rühre, dass einzelne Anbieterinnen bei Gesetzesverstössen keine Aufsichtsmaßnahmen riskieren würden, weil sie nicht registriert seien. Ebenso wenig relevant seien für die Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG die Hinweise der Beschwerdeführerin auf die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden, welche separate Märkte für die Vermittlung von Online-(Essens-)angeboten oder Booking-Plattformen abgrenzen und untersuchen würden.

## 7.4

**7.4.1** 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).

**7.4.2** 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.).

## 7.5

**7.5.1** 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).

**7.5.2** 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).

**7.5.3** 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 Salsaucen verwendet wird. Dem Privatgutachten ist dahingehend beizupflichten, dass bei der Wendung "Du hast Post." die Wenigsten die Lieferung eines Pizzakuriers damit assoziieren dürften (vgl. Privatgutachten, 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](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.

**7.5.4** 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.

## 7.6

**7.6.1** In historischer Hinsicht ist zu beachten, dass die Meldepflicht anstelle der bisherigen Konzessionspflicht trat und für alle Anbieterinnen von Postdienstleistungen eingeführt wurde (vgl. E. 6.8.1 hiervor). 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, Rz. 50). Es gibt jedenfalls keine Hinweise, dass der Gesetzgeber bei den Express- und Kurierdiensten von Art. 92 BV hätte abweichen wollen (vgl. E. 6.9 hiervor).

**7.6.2** 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."

**7.6.3** 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."

**7.6.4** Ausgehend von der von Verfassungs- und Gesetzgeber getätigten Abgrenzung zwischen Postsendungen und Gütertransporten sowie Stückgütern (vgl. E. 6.9 hiervor) 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](http://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 – ausgedehnt 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 Essenskurriere 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. 6.6.6 hiervor). 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. 6.9 hiervor). 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. 6.6.1 hiervor).

**7.6.5** 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. 6.9 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.

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

**7.7.1** 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).

**7.7.2** 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.

**7.7.3** 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.

**7.7.4** Aus dem Gesagten folgt, dass Essenslieferungen (bzw. deren Vermittlung) bei der kartellrechtlichen Markttabgrenzung 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.

**7.7.5** 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. 321<sup>ter</sup> des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0; Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses) 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 Pizzageheimnis" (Privatgutachten, Rz. 55 ff. und Rz. 67).

**7.7.6** Nach der wohl herrschenden Lehre gilt Art. 321<sup>ter</sup> 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. 321<sup>ter</sup> StGB; WOLFGANG WOHLERS, in: Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020, Rz. 2 zu Art. 321<sup>ter</sup> StGB; NIKLAUS OBERHOLZER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2018, Rz. 3 zu Art. 321<sup>ter</sup> 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. 321<sup>ter</sup> StGB auf die verwaltungsrechtliche Legaldefinition von Art. 2 PG abstellt (vgl. STÉPHANE WERLY, Art. 321<sup>ter</sup> StGB, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal II, Art. 111–392 CP, Basel 2017, Rz. 14 zu Art. 321<sup>ter</sup> StGB). Auch dieser Umstand spricht gegen eine Unterstellung von Essenslieferungen unter das Postgesetz.

**7.7.7** 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.

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

**7.8.1** 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. 7.6.1 hiavor). 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](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](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, 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. 7.7.7 hiavor).

**7.8.2** 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.

**7.9** 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.

**7.9.1** 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).

**7.9.2** 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](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.

**7.9.3** 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.).

**7.9.4** Zusammenfassend wäre die Schweiz nach dem Bericht der ERGP vom 27. November 2020 das einzige Land in Europa, dass 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.

**7.9.5** Die relevanten Begriffe des deutschen Postgesetzes (z. B. Postdienstleistungen und adressierte Pakete in § 4 "Begriffsbestimmungen") sind mit denjenigen des Schweizer Postgesetzes vergleichbar ([BGBl. I 3294]), zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 9. März 2021 [BGBl. 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. 7.7.1 f. hiervor).

**7.9.6** Der Rechtsvergleich unterstreicht, dass die Schweiz bei vergleichbaren unbestimmten Rechtsbegriffen soweit ersichtlich das einzige Land in Europa wäre, dass 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.

**7.10** 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.

**7.11** 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 Abbildung Nr. 6 in der Beschwerde, Rz. 96). 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 die Verfügung der

Vorinstanz in einem ähnlich gelagerten Verfahren zu einer Diskriminierung der Beschwerdeführerin bzw. zur Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Konkurrenten führt oder ob das "Sortieren" bei Express- und Kurierdiensten entfällt. Unbeantwortet bleibt ferner, ob die Beschwerdeführerin in subjektiver Hinsicht der Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG unterstellt ist.

## **8.**

Zusammengefasst ist die Beschwerde gutzuheissen und Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 4 der Verfügung Nr. 13/2022 der Vorinstanz vom 25. August 2022 sind aufzuheben. Es ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin nicht meldepflichtig nach Art. 4 Abs. 1 PG ist.

## **9.**

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

**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.

**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.

## **9.3**

**9.3.1** 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).

**9.3.2** Wird eine detaillierte Kostennote eingereicht, sind die ausgewiesenen Kosten nicht unbesehen zu ersetzen. Vielmehr ist zu prüfen, ob diese als notwendig anerkannt werden können; die Parteientschädigung hat nicht jeden erdenklichen, sondern nur den notwendigen Aufwand zu ersetzen. Als notwendig zu erachten sind Kosten, wenn sie im Zeitpunkt der Kostenaufwendung zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder Rechtsvertretung unerlässlich scheinen (vgl. Urteil des BGer 2C\_172/2016, 2C\_173/2016 vom 16. August 2016 E. 4.2 unter Verweis u.a. auf BGE 131 II 200 E. 7.2).

**9.3.3** Bei der Beurteilung, ob es sich bei geltend gemachtem Aufwand um notwendige Kosten handelt, steht dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu. In Betracht zu ziehen ist nebst der Komplexität der Streitsache etwa, ob der Rechtsvertretung die Sach- und Rechtslage bereits bekannt war (vgl. Urteile des BGer 2C\_730/2017 vom 4. April 2018 E. 3.5.2, 8C\_329/2011 vom 29. Juli 2011 E. 6, 2C\_343/2010 vom 11. April 2011 E. 8.3.4 und 2C\_445/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5). Zu einer Herabsetzung der angebehrten Parteientschädigung haben nach der Rechtsprechung sodann Wiederholungen in Rechtsschriften und Eingaben sowie der nicht sachlich begründete Beizug mehrerer Rechtsvertreter geführt (Urteile des BVGer A-644/2020 vom 24. Juni 2020 E. 3.2.5, A-5904/2018 vom 4. Dezember 2019 E. 7.2.1 und A-1969/2017 vom 22. Januar 2019 E. 13.2.1, je m.H.).

**9.3.4** Kommt das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass die Kostennote zu reduzieren ist, kürzt es diese in pauschaler Weise und ohne einlässliche Berechnung (Urteil des BVGer A-644/2020 vom 24. Juni 2020 E. 3.2.5 m.H. auf die Rechtsprechung).

**9.3.5** Die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reichen am 19. Dezember 2023 eine detailliert begründete Kostennote ein. Ausgehend von Stundenansätzen in Höhe von Fr. 110.50, Fr. 212.50, Fr. 238.–, Fr. 297.50, Fr. 340.–, Fr. 374.– und Fr. 550.10 (ohne Auslagen und Mehrwertsteuer) und bei einem Aufwand von 344.8 Stunden für verschiedene Sozietätsmitarbeiter und Hilfspersonen machen sie für das gesamte Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht Vertretungskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 114'445.02 (ohne Auslagen und Mehrwertsteuer) geltend.

Dies erweist sich als zu hoch. Der vorliegenden Streitsache ist zwar eine gewisse Komplexität nicht abzuspochen, zumal die Beschwerdeführerin zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung zu nehmen hatte. Auch

waren ihre Rechtsschriften sorgfältig ausgearbeitet und zeichneten sich, insbesondere durch klar (aber nicht gerade knapp) formulierte Argumente aus. Allerdings bestand dieselbe Rechtsvertretung teilweise bereits im ersten Rechtsgang als auch im erstinstanzlichen Verfahren, weshalb ihr der Sachverhalt sowie die Rechtsfragen weitestgehend bekannt waren. Zudem war die angefochtene Verfügung sehr kurz gehalten, weshalb weniger Aufwand entstanden ist. Schliesslich erhöhte sich der Koordinationsbedarf durch den Beizug von verschiedenen Anwälten und Hilfspersonen (insgesamt fünf Anwälte, fünf Substituten sowie eine Kurzpraktikantin) was jedenfalls nicht zwingend angezeigt war. Die Regelungen der VGKE zur Parteientschädigung sehen sodann nicht vor, dass von einer Partei in Auftrag gegebene Parteigutachten zu entschädigen sind, was auch nicht geltend gemacht wird. Aufgrund des im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes sowie der juristischen Fachkompetenz des Gerichts sind jedenfalls Honorare für Rechtsgutachten grundsätzlich nicht als notwendige Parteikosten zu qualifizieren (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 807). Dasselbe hat für Aufwände zur Koordination oder Besprechung mit dem Privatgutachter zu gelten, die die Beschwerdeführerin unter anderem aufführt. Diese sind nicht zu entschädigen.

Angesichts dieser Umstände sowie des Umfangs und den rechtlichen Ausführungen in den Rechtsschriften erscheint ein zeitlicher Aufwand von insgesamt 160 Stunden für alle Rechtsanwälte und Hilfspersonen als der Sache angemessen.

**9.3.6** Der geltend gemachte Stundenansatz überschreitet teilweise den Höchstbetrag von Fr. 400.– gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE. Zur Berechnung der zu leistenden Parteientschädigung ist dieser (soweit überschritten) zu reduzieren bzw. im Übrigen auf die angegebenen Stundensätze abzustellen. Damit resultiert bei einem Aufwand von 344.8 Stunden eine Parteientschädigung von Fr. 110'566.15. Dementsprechend ist der Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz bei einem anerkannten Aufwand von 160 Stunden eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 51'306.80 zuzusprechen. Die Parteientschädigung umfasst keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, da die Beschwerdeführerin ihren Sitz im Ausland hat. Ein solcher wurde im Übrigen auch nicht beantragt.

**9.4** Die Beigeladene, vertreten durch dieselben Rechtsvertreter wie die Beschwerdeführerin, äusserte sich einzig zum Parteiwechsel mit einer sehr kurzen Eingabe bzw. stellte diesbezüglich sowie zur Kostenlosigkeit des

Verfahrens Anträge. Dagegen hat sie im Verfahren selbst keine Anträge gestellt, weshalb sie nicht als obsiegende Partei zählt (vgl. Urteil des BVGer B-161/2021 vom 30. September 2021 Rz. 842). Unter diesen Umständen ist ihr keine Parteienschädigung zuzusprechen. Dazu passt, dass sie auch keine Parteienschädigung verlangt.

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)*

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

**1.1** Die Beschwerde wird gutgeheissen und Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 4 der Verfügung Nr. 13/2022 der Vorinstanz vom 25. August 2022 werden aufgehoben.

**1.2** Es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin nicht meldepflichtig nach Art. 4 Abs. 1 PG ist.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

**3.**

**3.1** Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 51'306.80 zu bezahlen.

**3.2** Der Beigeladenen wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz, an das Generalsekretariat UVEK und an die Beigeladene.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Alexander Misic

Joel Günthardt

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: