



Urteil vom 26. Januar 2022

Besetzung

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

Parteien

Uber Portier B.V.,
vertreten durch
lic. iur. David Mamane, LL.M., Rechtsanwalt,
Dr. iur. Frank Bremer, Rechtsanwalt und
PD Dr. iur. Vanessa Rügger, Rechtsanwältin,
Schellenberg Wittmer AG, Rechtsanwälte,
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-Nr. 10520 vom 27. März 2013; 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. Sie befindet sich vollständig im Besitz von Uber International Holding B.V.

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.

B.

Mit Schreiben vom 21. Januar 2020 machte das Fachsekretariat der Eidgenössischen Postkommission PostCom die Uber Switzerland GmbH darauf aufmerksam, dass diese mit ihrem Service Uber Eats Postdienste im Sinne von Art. 2 Bst. a des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (PG, SR 783.0) anbiete und deshalb nach Art. 4 Abs. 1 PG meldepflichtig sei. Es wies sie darauf hin, dass sich eine Anbieterin von Postdiensten innert zwei Monaten nach der Geschäftsaufnahme bei der PostCom registrieren müsse und eine Verletzung der Meldepflicht eine Übertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. a PG darstelle, die von der PostCom nach den Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes vom 22. März 1974 (VStrR, SR 313.0) verfolgt und beurteilt werde. Das Fachsekretariat der PostCom lud die Uber Switzerland GmbH ein, bis zum 14. Februar 2020 zur Meldepflicht Stellung zu nehmen und ihr ebenfalls mitzuteilen, seit wann sie meldepflichtige Postdienste in der Schweiz anbiete.

C.

Innert erstreckter Frist beantragte die anwaltlich vertretene Uber Switzerland GmbH am 13. März 2020, die Vorabklärungen des Fachsekretariats betreffend eine allfällige Meldepflichtverletzung seien einzustellen, da sie zum einen in keiner rechtlichen Beziehung zu den geprüften Tätigkeiten

stehe und sie zum anderen mangels Vorliegen eines Postdienstes nicht meldepflichtig sei.

D.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2020 teilte das Fachsekretariat der PostCom den Rechtsvertretern der Uber Switzerland GmbH mit, dass noch zu klären sei, welche Einheit des Uber-Konzerns sich registrieren müsse. Ohne weitere Angaben gehe es davon aus, dass dies die Uber Portier B.V. betreffe. Weiter stufte es die Dienstleistungen von Uber Portier B.V. als meldepflichtiges Anbieten von Postdiensten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 PG ein. Sie ersuchte diese, sich bis zum 23. Oktober 2020 zu registrieren. Falls sie sich weiterhin für nicht meldepflichtig halte, werde das Fachsekretariat der PostCom den Erlass einer Feststellungsverfügung über die Meldepflicht beantragen. Es lud die Rechtsvertreter von Uber Switzerland GmbH ein, ihr mitzuteilen, ob sie ebenfalls die Interessen von Uber Portier B.V. vertreten würden oder ein Zustellungsdomizil von Uber Portier B.V. in der Schweiz bekannt zu geben. Sie gab der für den "Uber Eats Service verantwortlichen Einheit" Gelegenheit, bis am 2. November 2020 Stellung zu nehmen.

E.

Am 22. Oktober 2020 teilten die Rechtsvertreter der Uber Switzerland GmbH dem Fachsekretariat der PostCom mit, dass sie ebenfalls die Interessen von Uber Portier B.V. mit Sitz in Amsterdam vertreten würden. Sie beantragten die Frist vom 23. Oktober 2020 zur Registrierung bei der PostCom sei abzunehmen, da eine Verfügung vor deren Erlass keine Wirkungen entfalten könne.

F.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2020 nahm das Fachsekretariat die Frist zur Registrierung der Uber Portier B.V. ab und teilte der Uber Switzerland GmbH sowie der Uber Portier B.V. mit, dass es eine materielle Stellungnahme bis zum 2. November 2020 erwarte. Am 28. Oktober 2020 wurde die Frist für eine Stellungnahme bis zum 23. November 2020 erstreckt.

G.

Die Uber Portier B.V. sowie die Uber Switzerland GmbH ersuchten das Fachsekretariat der PostCom am 6. November 2020 um Zustellung des Aktenverzeichnisses sowie um Auskunft über Parallelverfahren und allfällige frühere Verfügungen und Entscheide, die Aufschluss über die Praxis der PostCom betreffend die Feststellung der Meldepflicht von Postdiensteanbieterinnen geben könnten.

H.

Nachdem ihnen das Aktenverzeichnis mit Schreiben vom 11. November 2020 zugestellt worden war, beantragten die Uber Portier B.V. sowie die Uber Switzerland GmbH mit Stellungnahme vom 23. November 2020 die PostCom solle in einer selbständig anfechtbaren Verfügung ihre Unzuständigkeit in der Sache feststellen und auf das Verfahren betreffend Feststellung der Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 PG nicht eintreten. Eventualiter sei festzustellen, dass keine Gesellschaft innerhalb des Uber-Konzerns der Meldepflicht unterstehe. Weiter beantragten sie, die (damalige) Präsidentin der PostCom habe wegen Befangenheit in den Ausstand zu treten, und es sei über das Ausstandsbegehren in einer selbständig anfechtbaren Verfügung zu entscheiden. Diese habe nämlich den Ausgang des Verfahrens durch mehrere Äusserungen in der Öffentlichkeit bereits vor Abschluss der Untersuchungen und dem Entscheid der PostCom vorweggenommen.

I.

Mit Verfügung Nr. 11/2020 vom 10. Dezember 2020 erwog die PostCom, dass 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. In derselben Verfügung wies sie das Gesuch der Uber Portier B.V. um Fällung eines Zwischenentscheids über den Ausstand der damaligen Präsidentin ab. Weiter lehnte sie das Ausstandsbegehren der Uber Portier B.V. gegen die damalige Präsidentin ab, nachdem diese den Raum verlassen habe. In materieller Hinsicht stellte die PostCom fest, dass die Uber Portier B.V. mit Sitz in Amsterdam nach Art. 4 Abs. 1 PG meldepflichtig sei. Zusätzlich ordnete sie an, dass die Uber Portier B.V. sich bis zum 30. Januar 2021 in ihrer Datenbank der meldepflichtigen Anbieterinnen von Postdiensten zu registrieren habe und auferlegte ihr die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 6'000.–.

J.

Gegen diese Verfügung der PostCom (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt die Uber Portier B.V. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 29. Januar 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und verlangt unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, die Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass sie nicht meldepflichtig nach Art. 4 Abs. 1 PG sei. Eventualiter sei die die Verfügung vom 10. Dezember 2020 vollumfänglich aufzuheben und zur vollständigen Sachverhaltsfeststellung

und Neubeurteilung an die Vorinstanz in anderer Zusammensetzung, das heisst ohne die damalige Präsidentin, zurückzuweisen.

Zur Begründung führt sie insbesondere an, dass die Vorinstanz gegen die Ausstandspflicht verstossen habe, indem die damalige Präsidentin der Vorinstanz trotz ihrer Befangenheit an der Entscheidung mitgewirkt habe.

K.

In ihrer Vernehmlassung vom 19. März 2021 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Sie bekräftigt im Wesentlichen ihre in der Verfügung vom 10. Dezember 2020 gemachten Ausführungen, wonach die Rüge der Beschwerdeführerin, der Entscheid über ihr Ausstandsbegehren sei verfahrensfehlerhaft getroffen worden, unbegründet sei.

L.

Innert erstreckter Frist hält die Beschwerdeführerin in ihren Schlussbemerkungen vom 31. Mai 2021 an ihren Begehren fest.

M.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 5. November 2021 ersucht das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz, ihr mitzuteilen, in welcher Besetzung sie die Verfügung Nr. 11/2020 vom 10. Dezember 2020 gefällt habe, und in welcher Besetzung sie über den Ausstand sowie über das Gesuch bezüglich Erlass einer Zwischenverfügung zum Ausstand entschieden habe. Weiter gibt es ihr Gelegenheit, allfällige Beweismittel einzureichen.

N.

Die Vorinstanz hält mit Vernehmlassung vom 19. November 2021 im Wesentlichen an ihren Ausführungen fest und legt erstmals das Protokoll der Sitzung vom 10. Dezember 2020 in teilweise geschwärzter Form ins Recht.

O.

Mit Stellungnahme vom 4. Januar 2022 hält die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist ihrerseits im Wesentlichen an ihren Ausführungen zum Ausstand fest.

P.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) 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 BVer 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).

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).

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

2.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 f. VwVG). Es würdigt dabei die Beweise grundsätzlich frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss (Grundsatz der freien Beweiswürdigung; vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2; BVGE 2012/33 E. 6.2.1). Eine rechtserhebliche Tatsache, für die grundsätzlich der volle Beweis zu erbringen ist (Regelbeweismass), gilt als bewiesen, wenn das Gericht gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, sie habe sich verwirklicht. Absolute Gewissheit ist indes nicht erforderlich; es genügt, wenn das Gericht an der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BVGE 2012/33 E. 6.2.1). Auch im öffentlichen Recht

gilt sodann der allgemeine Grundsatz gemäss Art. 8 ZGB, wonach derjenige die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat, der aus der unbewiesen gebliebenen Tatsache Rechte ableitet (vgl. BGE 144 II 332 E. 4.1.3 und 142 II 433 E. 3.4.2 m.w.H.; BVGE 2012/33 E. 6.2.2).

3.

Die Beschwerdeführerin rügt verschiedene formelle Mängel. Zunächst ist die geltend gemachte Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes zu prüfen (E. 4). Danach ist die gerügte Verletzung der Ausstandspflicht durch die damalige Präsidentin der Vorinstanz zu behandeln (E. 5). Anschliessend ist auf die Konsequenzen der Verletzung einer allfälligen Ausstandspflicht einzugehen (E. 6).

4.

4.1 Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung – gestützt auf die Botschaft des Bundesrates zum Postgesetz vom 20. Mai 2009 (BBI 2009 5181) – fest, dass diejenige Anbieterin, die gegenüber dem Absender alle Elemente der Wertschöpfungskette zu vertreten habe bzw. den ganzen Prozess steuere, meldepflichtig sei. Mit der "Marketplace Method" (gemäss den Zusatzgeschäftsbedingungen) biete die Beschwerdeführerin den Restaurants Instrumente zur Bestellung von Lieferdiensten an. Restaurants, die sich für diese Methode entscheiden würden, könnten die Gerichte über die Lieferpartner der Beschwerdeführerin gegen eine Liefergebühr ihren Kunden liefern lassen. Die Lieferkosten würden zu Lasten der Restaurants verrechnet. Als Grundlage für die Berechnung dieser Kosten würden verschiedene Komponenten berücksichtigt, insbesondere eine Abholgebühr, eine Zustellgebühr, die Lieferzeit, die Distanz sowie weitere Promotionen und Anreize. Die dafür eingesetzten Lieferpartner seien Fahrer und Fahrerinnen, die sich auf der Uber-Plattform registriert hätten, um Essenszustellungen auf Abruf zu tätigen. Sobald eine Bestellung mit anschliessender Lieferung eingehe, kontaktiere die Beschwerdeführerin über ihre Plattform einen geeigneten Lieferpartner, der den Auftrag übernehme. Dabei sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin die logistische Dienstleistung sowohl durch ihre Geschäftsbedingungen mit den Restaurants und den Lieferpartnern, wie auch bei den einzelnen Lieferungen bestimme, indem sie jede Lieferung operativ mittels der Uber-Plattform steuere, einen bestimmten Lieferpartner mit der Zustellung beauftrage, den Preis für die Lieferung festsetze und die Entschädigung zugunsten des Lieferpartners festlege. Sie steuere somit bei der "Marketplace Method" den ganzen Prozess und

sei dafür verantwortlich. Dabei sei der Digitalisierungsgrad in der Steuerung der postalischen Prozesse nicht massgebend, da etliche registrierte Anbieterinnen sowohl beim Verkauf der Dienstleistungen, als auch bei der Steuerung der operativen Prozesse vermehrt oder vollständig digitale Instrumente einsetzen würden. Somit seien mit der "Marketplace Method" die Kriterien des Anbietens von Postdiensten im eigenen Namen erfüllt. Der in der Schweiz angebotene Lieferservice mit der "Marketplace Method" stelle somit das Angebots eines Postdiensts dar.

4.2 Die Beschwerdeführerin sieht den Untersuchungsgrundsatz verletzt, da die Vorinstanz keine materiellen Abklärungen zum Sachverhalt getroffen habe, das heisst namentlich kein Auskunftsbegehren an sie gerichtet und ihr keinen Fragebogen zugestellt habe. In materieller Hinsicht bringt die Beschwerdeführerin vor, dass Uber Eats ein digitaler Vermittlungsservice für Essensbestellungen und -auslieferungen sei. Der Uber Eats Service bestehe darin, auf zwei zweiseitigen Märkten zwischen mehreren Nachfragergruppen – namentlich den Essensanbietern und den Endkunden bzw. den Essensanbietern und Kurieren eine direkte Transaktion – nämlich die Essensbestellung bzw. die Essensauslieferung zu vermitteln. Die Nutzer (Essensanbieter und Kuriere) seien in der Inanspruchnahme der Uber Eats App vollkommen frei.

4.3 Die Vorinstanz weist den Vorhalt der fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung als unbegründet zurück. Sie führt im Wesentlichen aus, dass aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen über die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin und ihrer beiden Stellungnahmen kein weiteres Beweisverfahren zur Erstellung der rechtserheblichen Tatsachen notwendig gewesen sei. Deshalb könne von einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes bei der Abklärung der Meldepflicht nicht die Rede sein.

4.4 In ihren Schlussbemerkungen entgegnet die Beschwerdeführerin, dass öffentlich verfügbare Quellen keinen Aufschluss über die gemäss Vorinstanz massgebliche Steuerung des ganzen Prozesses der Essensauslieferung und die diesbezügliche Verantwortlichkeit gäben. Die Vorinstanz versuche sich in ihrer Vernehmlassung damit zu behelfen, dass sie die entsprechenden Untersuchungsmassnahmen kurzerhand für nicht beweisheblich erkläre. Damit widerspreche sie indes ihrer eigenen angefochtenen Verfügung, wonach es gerade darauf ankomme, ob sie die Essensauslieferer mit einem bestimmten Lieferauftrag beauftrage und damit den ganzen Prozess steuere und dafür verantwortlich sei. Fehlte tatsächlich die Beweiserheblichkeit, wäre die Verfügung der Vorinstanz folglich

schon wegen eines materiellen Begründungsfehlers aufzuheben. An der Sache vorbei gehe schliesslich das Vorbringen der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin sei zweimal Gelegenheit des rechtlichen Gehörs und die Möglichkeit, sich zu registrieren, geboten worden. Der Untersuchungsgrundsatz nach Art. 12 VwVG und das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 VwVG seien unabhängig voneinander zu gewährleistende Verfahrensgarantien.

4.5 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes haben einen engen Bezug zum Inhalt der angefochtenen Verfügung, d.h. dem Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz ist aufgrund der Zusatzgeschäftsbedingungen zum Uber Eats Service zur Überzeugung gelangt, dass der von der Beschwerdegegnerin angebotene Lieferservice mit der "Marketplace Method" das Anbieten eines Postdiensts darstelle. Deshalb durfte sie die tatsächlichen Abklärungen auf die ihrer Ansicht nach entscheiderelevanten Punkte des Geschäftsmodells beschränken. Ob die rechtliche Würdigung der Vorinstanz zutreffend ist, wird bei einer allfälligen materiellen Prüfung zu klären sein (vgl. in diesem Sinne bereits das Urteil des BVGer A-2434/2013 vom 9. Dezember 2013 E. 3.1). Hier ist einzig festzuhalten, dass die vorgenommene Erhebung des Sachverhalts als genügend zu erachten ist. Jedenfalls lässt sich aus dem Umstand, dass die Vorinstanz die rechtlich relevante Ausgangslage anders als die Beschwerdeführenden gewürdigt hat, noch nicht auf eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes schliessen.

4.6 Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem bisher Gesagten fest, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer formellen Rüge bezüglich der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes nicht durchzudringen vermag.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin bringt in formeller Hinsicht verschiedene Ausstandsörungen vor. Sie trägt namentlich vor, der Erlass einer separaten Zwischenverfügung über das Ausstandsgesuch sei verfahrensfehlerhaft verweigert worden und es bestünden konkrete Anhaltspunkte, dass die damals amtierende Präsidentin an diesem formalen "Teilentcheid" mitgewirkt habe.

5.2 In ihrer Vernehmlassung vom 19. November 2021 äussert sich die Vorinstanz dahingehend, dass alle Kommissionsmitglieder an der Sitzung

vom 10. Dezember 2020 teilgenommen hätten. In Ziff. 7 Abs. 1 des Protokolls werde festgehalten, dass die Präsidentin vor Beginn der Diskussion über das Ausstandsbegehren gegen sie das Sitzungszimmer verlassen und der Vizepräsident die Sitzungsleitung für die Diskussion und den Entscheid über das Ausstandsbegehren übernommen habe. Nach Abweisung des Ausstandsbegehrens habe die Präsidentin den Saal wieder betreten und die Leitung der Sitzung wieder übernommen. Der Entscheid über die Meldepflicht sei anschliessend von allen sieben Kommissionsmitgliedern gefällt worden (vgl. Protokoll Ziff. 7 Abs. 2). Aus der Formulierung in Erwägung 11.1 der angefochtenen Verfügung könne nicht hergeleitet werden, dass der Entscheid, keine Zwischenverfügung zu erlassen, unter Mitwirkung der (damaligen) Präsidentin getroffen worden sei. Diese Darstellung sei unzutreffend, denn in Erwägung 11.1 werde als Teil der Entscheidbegründung allein in verfahrensrechtlicher Hinsicht festgehalten, dass die Angelegenheit spruchreif sei und zum Entscheid vorgelegt werde.

5.3 Die Beschwerdeführerin äussert sich mit Stellungnahme vom 4. Januar 2022 dahingehend, dass der Begriff des Ausstandes in einem weiten Sinn zu verstehen sei und insbesondere auch organisatorische Fragen beinhalte. Es sei nunmehr aktenkundig, dass die damalige Präsidentin über die Verweigerung einer separat anfechtbaren Verfügung im Rahmen der Fällung des Endentscheids mitbeschlossen habe. Dies sei entgegen der Behauptung der Vorinstanz bereits aus der Begründung der angefochtenen Verfügung erkennbar gewesen.

5.4

5.4.1 Ausserparlamentarische Kommissionen im Sinne von Art. 57a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) gehören zu den Milizorganen des Bundes. Sie ergänzen die Bundesverwaltung in bestimmten Bereichen, in denen ihr die speziellen Kenntnisse fehlen (vgl. Botschaft des Bundesrates über die Neuordnung der ausserparlamentarischen Kommissionen vom 12. September 2007, BBl 2007 6641, 6644). Ausserparlamentarische Kommissionen sind ihrer Funktion nach entweder Verwaltungs- oder Behördenkommissionen (Art. 8a Abs. 1 RVOV). Die Vorinstanz ist eine zur dezentralen Bundesverwaltung gehörende Behördenkommission mit Entscheidungsbefugnissen (vgl. Art. 7a Abs. 1 Bst. a und Art. 8a Abs. 3 RVOV) und eine marktorientierte Kommission gemäss Anhang 2 Ziff. 2 RVOV. Ihre Mitglieder werden vom Bundesrat gewählt; die Kommission ist jedoch unabhängig und nicht weisungsgebunden (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 2 PG; Urteile des

BVGer A-173/2015 vom 8. Juni 2015 E. 6.1.1 und A-4175/2013 vom 13. Dezember 2013 E. 4.1). Sie setzt sich aus sieben durch den Bundesrat gewählten Mitgliedern zusammen und wird durch ein Fachsekretariat unterstützt (vgl. Art. 20 Abs. 1 PG; < <https://www.postcom.admin.ch/de/postcom-startseite> >, zuletzt abgerufen am 06.01.2022). Das Fachsekretariat bereitet die Geschäfte vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen in Absprache mit dem Präsidium (Art. 21 Abs. 1 PG).

5.4.2 Die Ausstandspflicht der Mitglieder der PostCom richtet sich nach Art. 10 VwVG (Art. 17 Abs. 1 des Geschäftsreglements der Postkommission vom 11. Oktober 2012 [nachfolgend: Geschäftsreglement], SR 783.024). Ist der Ausstand streitig, so entscheidet die PostCom unter Ausschluss des betreffenden Mitglieds (Art. 17 Abs. 2 des Geschäftsreglements; Art. 10 Abs. 2 VwVG).

5.5

5.5.1 Gemäss Art. 10 VwVG muss eine Person, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten hat, in den Ausstand treten, wenn sie in der Sache befangen sein könnte. Das befangene Mitglied einer Kollegialbehörde hat den Raum zu verlassen, wenn die anderen Mitglieder dieser Behörde über seinen Ausstand entscheiden. Nur so können jegliche Einflussnahme ausgeschlossen und eine freie Entscheidungsfindung gewährleistet werden (vgl. Art. 10 Abs. 2 VwVG; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 10 N. Rz. 114).

5.5.2 Die Bestimmungen über den Ausstand sind in einem weiten Sinn zu verstehen und schliessen mithin auch Zwischenverfügungen zu organisatorischen Fragen mit ein, wie z.B. der zahlenmässigen Besetzung einer Behörde (vgl. UHLMANN/WÄLLE-BÄR, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 45 N. 20). Die Vorschriften über den Ausstand gelten daher für das Gesuch über den Erlass einer Zwischenverfügung zur Frage des Ausstands. Zu prüfen ist einzig, ob die damalige Präsidentin den Saal für die Diskussion und den Entscheid über den Verfahrensantrag verlassen hat.

5.5.3 Aus der angefochtenen Verfügung geht unter E. 11.1 zum *verfahrensrechtlichen Gesuch* über den Erlass einer Zwischenverfügung zum Ausstand nicht hervor, ob die damalige Präsidentin den Raum verlassen oder abgestimmt hat. Gleichwohl wird das Gesuch bereits in dieser

Erwägung abgewiesen. Damit handelt es sich – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – nicht um eine Bemerkung, dass die Angelegenheit spruchreif ist. Erst in Erwägung 11.2 wird erwähnt, dass die damalige Präsidentin nicht mitgewirkt und den Raum für die *Ausstandsfrage* verlassen hat. Aus dem Protokoll der Sitzung 10. Dezember 2020 wird unter Traktandum Nr. 7 ausschliesslich auf den Ausstand Bezug genommen. Dagegen schweigt sich das Protokoll darüber aus, ob die Präsidentin für den Entscheid über das Gesuch bezüglich den Erlass einer Zwischenverfügung im Raum war oder abgestimmt hat. Damit gibt es keinerlei Belege dafür, dass die Vorinstanz in korrekter Besetzung, d.h. ohne die Anwesenheit bzw. Mitwirkung der damaligen Präsidentin, über das verfahrensrechtliche Gesuch entschieden hat. Nach dem unter E. 2 Gesagten hat die Vorinstanz die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, womit von einer falsch besetzten Kommission und einer Ausstandspflichtverletzung auszugehen ist.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass eine Verwirkung des Anspruchs weder geltend gemacht wird noch ersichtlich ist, da die Beschwerdeführerin diese Rüge unverzüglich mit der Beschwerde vorträgt, nachdem erst die angefochtene Verfügung Anlass zu dieser Rüge gegeben hat (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. statt vieler BGE 140 I 240 E. 2.4).

Somit liegt eine Verletzung der Bestimmungen über den Ausstand und damit ein Verfahrensmangel vor.

6.

Als nächstes ist zu prüfen, welche Konsequenzen die Ausstandspflichtverletzung der damaligen Präsidentin hat.

6.1 Die Beschwerdeführerin stellt eventualiter den Antrag, die Verfügung der Vorinstanz vom 10. Dezember 2020 sei vollumfänglich aufzuheben und zur vollständigen Sachverhaltsfeststellung und Neubeurteilung an die Vorinstanz in anderer Zusammensetzung, das heisst ohne die (damalige) Präsidentin, zurückzuweisen. Sie trägt vor, dass der Anspruch auf eine unbefangene Vorinstanz formeller Natur sei. Eine in Verletzung der Ausstandspflicht erlassene Verfügung sei daher anfechtbar und aufzuheben. Eine Heilung sei ausgeschlossen, da ansonsten der Instanzenzug verkürzt würde.

6.2 Die Vorinstanz lässt sich nicht zu den Folgen einer Ausstandspflichtverletzung vernehmen.

6.3

6.3.1 Der Anspruch auf eine unbefangene Entscheidungsinstanz ist formeller Natur. Eine Verfügung, die in Missachtung der Ausstandsvorschriften getroffen wurde, ist daher anfechtbar und damit aufzuheben, und zwar unabhängig davon, ob ein materielles Interesse an ihrer Aufhebung besteht. Aus diesem Grund muss eine die Verfügung wegen Verletzung der Ausstandsbestimmungen anfechtende Person nicht nachweisen, dass diese ohne Mitwirkung der befangenen Person anders ausgefallen wäre. Unbeachtlich ist auch, wie gross der Aufwand bei einer Wiederholung des Verfahrens ist (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 109 m.H.). Eine Heilung der Verletzung der Ausstandsbestimmungen ist zwar nicht ausgeschlossen, sollte jedoch nur mit grosser Zurückhaltung und bei nicht sehr bedeutenden Verstössen angenommen werden, ansonsten der Instanzenzug verkürzt wird. Aus diesem Grund ist eine Heilung meist (vgl. Urteil des BGer 2C_178/2020 vom 19. Juni 2020 E. 2.7 m.H.), nach der Lehre stets und ganz, auszuschliessen (vgl. BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 112 m.H.).

6.3.2 Wenn der Anschein der Befangenheit nicht seit Beginn des Verfahrens vorliegt, sondern zu einem spezifischen, genau bestimmbareren Zeitpunkt während des Verfahrens eingetreten ist, so müssen nur die Verfahrenshandlungen wiederholt werden, die nach diesem Zeitpunkt vorgenommen wurden (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 108 m.H.). Die korrekte Anordnung eines Schriftenwechsels durch eine befangene Amtsperson führt in der Regel nicht zu dessen Wiederholung. Wurden hingegen Prozessakten durch den befangenen Amtsträger selber erstellt oder hat er persönlich einen Augenschein vorgenommen bzw. daran teilgenommen, sind die entsprechenden Verfahrenshandlungen zu wiederholen (BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, 2002, S. 216 f. m.H.).

6.3.3 Der Beschwerdeführerin ist dahingehend zuzustimmen, dass der Instanzenzug zu Unrecht verkürzt würde, sofern man von einer Heilung des Verfahrensmangels ausginge. Rein prozessökonomische Gründe reichen im Lichte des verfassungsmässigen Anspruchs auf gleiche und gerechte Behandlung bzw. des darin enthaltenen Gebots der Unbefangenheit nicht aus (Art. 29 Abs. 1 BV; vgl. Urteil des BGer 2C_989/2020 vom 29. April 2021 E. 2.2), um eine Heilung der Verletzung der Bestimmungen über den Ausstand zu bejahen und von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzu- sehen. Dazu passt, dass die Vorinstanz nicht mehr in derselben Besetzung

tagt und die Rückweisung daher kein rein prozessualer Leerlauf darstellt. Daran vermag – aufgrund der formellen Natur des Anspruchs auf eine unbefangene Kommission – auch nichts zu ändern, dass die damalige Präsidentin der Vorinstanz nicht mehr als solche tätig ist und sich damit die Beurteilung des Gesuchs um Erlass einer Zwischenverfügung bei neuem Entscheid erübrigt.

6.3.4 Fraglich ist, ab welchem Zeitpunkt die Verfahrenshandlungen wiederholt werden müssen. Die damalige Präsidentin der Vorinstanz hat den Schriftenwechsel nicht selbst veranlasst, sondern dieser wurde durch den Leiter bzw. die stellvertretende Leiterin des Fachsekretariats geführt (vgl. Vorakten 1, 4, 6, 7, 10, 11, 16 und 19). Er erfolgt indes in Absprache mit der Präsidentin (vgl. Art. 21 Abs. 1 Satz 2 PG). Selbst wenn sie den Schriftenwechsel persönlich angeordnet hätte, bräuchte dessen korrekte Anordnung nach dem zuvor unter E. 6.3.3 Gesagten in der Regel nicht wiederholt zu werden. Vielmehr beschlägt der Ausstandsgrund klarerweise nur die angefochtene Verfügung. Schliesslich begehrt die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin ausschliesslich die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Einen Antrag auf Wiederholung aller Verfahrenshandlungen hat sie dagegen nicht gestellt.

Aus diesen Gründen ist einzig die Verfügung Nr. 11/2020 der Vorinstanz vom 10. Dezember 2020 aufzuheben und die Vorinstanz zu verpflichten, neu zu entscheiden. Nachdem sich als richtig erwiesen hat, dass der Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt ist (E. 4 hiervor), ist im Übrigen keine weitere Sachverhaltserstellung anzuordnen.

6.3.5 Soweit die Beschwerdeführerin weitere Ausstandsrügen vorbringt, ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Aussagen der damaligen Präsidentin zur Meldepflicht von Essenslieferdiensten und der Sanktionierung von nichtregistrierten meldepflichtigen Unternehmen anlässlich der Jahresmedienkonferenz vom 15. Juni 2020 von sehr vielen Medien aufgegriffen wurden (vgl. Beschwerdebeilagen 4 – 8). Es kann problematisch sein, wenn sich Behördenmitglieder zu Sachverhalts- oder Rechtsfragen eines Verfahrens derart äussern, dass ein unbefangener Entscheid nicht mehr möglich erscheint. Dies ist der Fall, wenn eine Meinungsäusserung inhaltlich wie zeitlich einen hinreichend engen Zusammenhang zum Verfahren aufweist und einen gewissen Grad an Bestimmtheit erlangt (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, a.a.O., S. 132 m.H). Ob sich die damalige Präsidentin mit ihren Äusserungen mit einem genügenden Grad an Bestimmtheit festgelegt hat,

braucht jedoch nicht vertieft zu werden. Angesichts des Ausgangs des Verfahrens würde sich im Ergebnis nichts ändern.

7.

Zusammengefasst ist die Beschwerde gutzuheissen, die Verfügung Nr. 11/2020 der Vorinstanz vom 10. Dezember 2020 aufzuheben und die Vorinstanz zu verpflichten, im Sinne der Erwägungen neu zu entscheiden.

8.

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

8.1 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.

8.2 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). Das Gericht setzt die Entschädigung aufgrund der Kostennote oder, sofern keine solche eingereicht wird, der Akten fest (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Nach dem zu den Kostenfolgen Gesagten ist die Beschwerdeführerin als obsiegend zu betrachten und hat Anspruch auf eine Parteientuschädigung. Sie hat keine Kostennote eingereicht. In Anbetracht des mutmasslichen Zeitaufwands für das Verfahren erscheint eine Entschädigung von Fr. 1'000.– als angemessen. Dementsprechend ist dieser Betrag der Beschwerdeführerin durch die unterliegende Vorinstanz als Parteientuschädigung zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Verfügung Nr. 11/2020 der Vorinstanz vom 10. Dezember 2020 wird aufgehoben und die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

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.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref.-Nr. Verf.-Nr. 11/2020, Aktenzeichen: [...]; Gerichtsurkunde)
- das UVEK (Gerichtsurkunde)

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: