Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-4762/2022

Urteil vom 12. November 2024

Besetzung

Richter Alexander Misic (Vorsitz),
Richter Maurizio Greppi, Richter Jürg Marcel Tiefenthal,
Gerichtsschreiber Benjamin Strässle.

Parteien

Goldbach Neo OOH AG,
vertreten durch
Prof. Dr. iur. Urs Saxer, Rechtsanwalt, oder
Dr. iur. Daniela Kühne, Rechtsanwältin,
Steinbrüchel Hüssy Rechtsanwälte,
Beschwerdeführerin,

gegen

Post CH AG,
vertreten durch
Dr. Stefan Rechsteiner, Rechtsanwalt, oder
Dr. iur. Livia Camenisch, Rechtsanwältin,
Vischer AG,
Beschwerdegegnerin,

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Vorinstanz.

Gegenstand

Aufsichtsbeschwerde, Parteistellung.

Sachverhalt:

A.
Die Goldbach Neo OOH AG, vormals Clear Channel Schweiz AG, mit Sitz in Hünenberg, ist im Bereich der analogen und digitalen Aussenwerbung tätig. Sie bezweckt gemäss dem Handelsregistereintrag im Wesentlichen die Erstellung und Bewirtschaftung von Plakatwänden und anderen Reklameobjekten, die Übernahme von Reklamekonzessionen und die Nutzung derselben sowie die Betätigung im gesamten Gebiet der Reklame- und Verkaufsorganisation sowie allen damit zusammenhängenden Ge-schäften.

B.
Mit Wirkung ab dem 1. Juli 2021 hat die Post CH AG (nachfolgend: die Post) mit Sitz in Bern, eine Konzerngesellschaft der Schweizerischen Post AG (nachfolgend: Schweizerische Post) mit Sitz ebenfalls in Bern, die Livesystems AG mit Sitz in Köniz übernommen. Die Livesystems AG ist heute eine selbständige Konzerngesellschaft der Schweizerischen Post.

Die Livesystems AG ist insbesondere im Bereich der digitalen Aussenwerbung tätig und darauf spezialisiert, Werbung via digitaler Plakate und Bildschirme in Bussen und Trams, an Bahnhöfen sowie in Läden zu verbreiten. Gemäss dem Handelsregister bezweckt sie im Wesentlichen den Kauf und Verkauf von Werberaum beziehungsweise Werbezeit in Medien und sonstigen Werbeträgern sowie das Erbringen von weiteren Dienstleistungen in den Bereichen Marketing, Kommunikation und Werbung.

C.

C.a Am 22. Dezember 2021 richteten die Goldbach Neo OOH AG und der Verein Aussenwerbung Schweiz AWS ein als Aufsichtsbeschwerde bezeichnetes Schreiben an die Eidgenössische Postkommission (nachfolgend: PostCom). Sie beantragten (im Ergebnis), es sei die Übernahme der Livesystems AG durch die Post rückgängig zu machen oder es seien eventualiter bestimmte Massnahmen zu ergreifen, um Wettbewerbsverzerrungen künftig zu vermeiden. Zudem seien Verwaltungssanktionen anzuordnen. Sie stellten zudem verschiedene Verfahrensanträge. So sei der Goldbach Neo OOH AG Parteistellung und – in der Folge – Akteneinsicht zu gewähren. Zudem seien vorsorgliche Massnahmen zu verfügen; konkret beantragten die Goldbach Neo OOH AG und der Verein Aussenwerbung Schweiz AWS, es sei der Post einstweilen zu untersagen, weitere (im Bereich der Aussenwerbung tätige) Firmen zu erwerben.

C.b Mit Schreiben vom 24. März 2022 teilte die PostCom der Goldbach Neo OOH AG mit, sie sei einzig zuständig, die Einhaltung des Quersubventionierungsverbots zu überwachen. Als Behörde mit einer «Auffangzuständigkeit» sei in der Postgesetzgebung das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) vorgesehen.

D.
Mit Schreiben vom 31. März 2021 (recte: 2022) richteten die Goldbach Neo OOH AG und der Verein Aussenwerbung Schweiz AWS ein als Aufsichtsbeschwerde bezeichnetes Schreiben auch an das BAKOM. Sie wandten sich erneut gegen den Erwerb der Livesystems AG und beantragten vor dem Hintergrund des Schreibens der PostCom vom 24. März 2022, das BAKOM habe vorab einen Entscheid über seine Zuständigkeit zu treffen. In der Sache verlangten die Goldbach Neo OOH AG und der Verein Aussenwerbung Schweiz AWS gleich wie von der PostCom, es sei der Erwerb der Livesystems AG durch die Post CH AG rückgängig zu machen oder es seien eventualiter bestimmte Massnahmen zu ergreifen, um Wettbewerbsverzerrungen künftig zu vermeiden. Zudem seien Verwaltungssanktionen anzuordnen und es sei der Goldbach Neo OOH AG – in formeller Hinsicht – im aufsichtsrechtlichen Verfahren Parteistellung sowie damit verbunden Akteneinsicht zu gewähren.

Die Goldbach Neo OOH AG und der Verein Aussenwerbung Schweiz AWS machten zusammenfassend geltend, die Post weite mit der Übernahme der Livesystems AG ihr bisheriges Tätigkeitsfeld – die Verbreitung von physischer Werbung – erheblich aus. Mit der Übernahme erhalte die Post Werbeinventar im öffentlichen Raum, den sie allen Werbetreibenden zur Verfügung stellen könne. Die Post werde mit der Übernahme zu einem Anbieter im Bereich der digitalen Aussenwerbung. Im selben Geschäftsbereich sei auch die Goldbach Neo OOH AG tätig. Die Post werde mithin zu einer direkten Konkurrentin der Goldbach Neo OOH AG, weshalb dieser im aufsichtsrechtlichen Verfahren Parteistellung zu gewähren sei.

Die Goldbach Neo OOH AG und der Verein Aussenwerbung Schweiz AWS sehen sodann die Übernahme der Livesystems AG in verschiedener Hinsicht als nicht mit der Postgesetzgebung des Bundes vereinbar an. Ihrer Ansicht nach fehlt es der Post für ihre Tätigkeit im Bereich der Aussenwerbung – und damit der Übernahme der Livesystems AG – an einer gesetzlichen Grundlage. Zudem sei die Post im Bereich der Aussenwerbung gegenüber Konkurrenten klar bevorteilt. So komme der Post auch im Bereich der privatwirtschaftlichen Tätigkeit eine implizite Staatsgarantie zu, was es

ihr insbesondere ermögliche, im Rahmen etwa von Ausschreibungen für öffentliche Beschaffungen höhere Risiken einzugehen als private Anbieter. Die faktischen Vorteile würden privaten Konkurrenten ihre Tätigkeit erschweren und seien dadurch auch ein Verstoss gegen das Gebot der Vielfalt und Qualität bei der Versorgung mit Postdiensten. Die Goldbach Neo OOH AG und der Verein Aussenwerbung Schweiz AWS verlangen aus diesen Gründen, es seien Massnahmen nach der Postgesetzgebung zu ergreifen und es sei die Übernahme der Livesystems AG rückgängig zu machen.

E.

E.a Mit Verfügung vom 15. September 2022 wies das BAKOM das Begehren der Goldbach Neo OOH AG um Gewährung der Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren ab.

Nach den Ausführungen des BAKOM erhält Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren nur, wer ein eigenes, unmittelbares und hinreichend intensives Rechtsschutzbedürfnis nachzuweisen vermöge. Eine Person müsse mithin durch die Handlung der beaufsichtigten Stelle besonders berührt sein und zudem ein schutzwürdiges Interesse an einem aufsichtsrechtlichen Einschreiten haben. Stehe ein Verhältnis unter Konkurrenten in Frage, sei nach der Rechtsprechung eine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe erforderlich, die sich aus der einschlägigen gesetzlichen Ordnung ergebe. Die Nähe der Beziehung zwischen der Goldbach Neo OOH AG und der Post gehe jedoch nicht über dasjenige unter konkurrierenden Marktteilnehmenden hinaus. Die erforderliche besondere Beziehungsnähe sei daher zu verneinen und das Gesuch um Gewährung der Parteistellung abzuweisen.

E.b Mit separatem Schreiben ebenfalls vom 15. September 2022 teilte das BAKOM der Goldbach Neo OOH AG und dem Verein Aussenwerbung Schweiz AWS mit, die aufsichtsrechtliche Anzeige an die Hand zu nehmen.

F.

Mit Schreiben vom 19. Oktober 2022 liess die Goldbach Neo OOH AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung des BAKOM (nachfolgend: Vorinstanz) vom 15. September 2022 führen. Sie beantragt, es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 15. September 2022 aufzuheben und der Beschwerdeführerin im (hängigen) Aufsichtsverfahren vor der Vorinstanz Parteistellung zu gewähren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangt sie wie vor der Vor-

instanz, es sei der Post (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu untersagen, weitere (im Bereich der Aussenwerbung tätige) Firmen zu erwerben.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin sei im Bereich der streitbetroffenen privatwirtschaftlichen Tätigkeit im Vergleich zur Beschwerdeführerin klar bevorteilt. Die Beschwerdegegnerin profitiere im Bereich ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit von ihrer Bekanntheit und einer impliziten Staatsgarantie und damit von günstigeren Finanzierungsbedingungen. Dies ermögliche es ihr, in öffentlichen Ausschreibungen höhere Risiken einzugehen als private Anbieter. Aufgrund dieser Bevorteilung beziehungsweise Privilegierung der Beschwerdegegnerin sei eine besondere Beziehungsnähe zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zu bejahen und der Beschwerdeführerin im aufsichtsrechtlichen Verfahren Parteistellung zu gewähren.

G.
Mit Zwischenverfügung vom 14. Dezember 2022 wies der Instruktionsrichter das Begehren der Beschwerdeführerin vom 19. Oktober 2022 um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab; die Beschwerdegegnerin habe nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihr ohne den Erlass vorsorglicher Massnahmen ein nicht leicht weide gutzumachender Nachteil entstehe. Die Zwischenverfügung ist in Rechtskraft erwachsen.

H.
Die Vorinstanz schliesst mit Vernehmlassung vom 27. März 2023 auf Abweisung der Beschwerde.

Zur Begründung verweist die Vorinstanz zunächst auf die angefochtene Verfügung. Ergänzend führt sie aus, weder die Post- noch die Postorganisationsgesetzgebung würden in Bezug auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt eine Beschwerdemöglichkeit vorsehen. Einzelne könnten daher aus den betreffenden Bestimmungen keine individuellen Rechtsansprüche ableiten. Im Weiteren lege die Beschwerdeführerin nicht begründet dar, dass sie durch die Tätigkeit der Beschwerdegegnerin in ihrer eigenen Tätigkeit konkret und unmittelbar beeinträchtigt werde. Sie mache vielmehr geltend, die Beschwerdegegnerin sei in erheblichem Mass faktisch bevorteilt. Die damit verbundenen Befürchtungen eigener Nachteile gingen jedoch nicht über jene anderer Konkurrenten hinaus und würden für sich allein nicht ausreichen, eine besondere Beziehungsnähe der Beschwerdeführerin zu begründen.

I.
Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Beschwerdeantwort vom 11. Mai 2023, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin kommt einem Anzeigeerstatter im aufsichtsrechtlichen Verfahren keine Parteistellung zu. Gegen das Ergebnis der Aufsichtstätigkeit der Behörde stehe mithin kein Rechtsmittel zur Verfügung. Die Beschwerdeführerin sei zudem auch nicht als Konkurrentin der Beschwerdegegnerin zur Beschwerde berechtigt. Die Anforderungen an die Legitimation zur Erhebung einer sogenannten Konkurrentenbeschwerde seien nicht erfüllt. Hierfür sei eine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe erforderlich, die sich aus der gesetzlichen Ordnung ergebe; anders als im Rahmen der allgemeinen Beschwerdebefugnis und zur Abgrenzung der unzulässigen Popularbeschwerde genüge ein tatsächliches Interesse nicht. Eine solche besondere Beziehungsnähe sei im Verhältnis zur Beschwerdeführerin nicht gegeben. Insbesondere habe die Beschwerdeführerin den Nachweis eines spürbaren wirtschaftlichen Nachteils in Form von Umsatzeinbussen nicht erbracht; der Verweis auf die Bevorteilung eines Konkurrenten reiche hierfür nicht aus. Der Beschwerdeführerin komme im aufsichtsrechtlichen Verfahren daher keine Parteistellung zu.

J.
Die Beschwerdeführerin hält mit Schlussbemerkungen vom 16. Juni 2023 an ihren Rechtsbegehren und an ihrer Begründung gemäss der Beschwerdeschrift vom 19. Oktober 2022 fest. Sie weist erneut und insbesondere darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin in Bezug auf ihre privatwirtschaftliche Tätigkeit – soweit sie hier streitbetroffen ist – erheblich bevorteilt sei. Die Beschwerdeführerin befinde sich als direkte Konkurrentin mithin in einer besonderen Beziehungsnähe zur Beschwerdegegnerin und habe ein schutzwürdiges Interesse am Ausgang des aufsichtsrechtlichen Verfahrens. Es sei ihr daher Parteistellung zu gewähren.

K.
Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten und die bei den Akten liegenden Schriftstücke wird, sofern für den Entscheid erheblich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), soweit diese von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG erlassen worden sind und kein Ausnahmegrund im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt.

Die Vorinstanz hat es mit Verfügung vom 15. September 2022 abgelehnt, der Beschwerdeführerin Parteistellung zu gewähren. Sie ist damit im Ergebnis auf die von der Beschwerdeführerin in der Sache gestellten Rechtsbegehren nicht eingetreten. Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich mithin – in der Sache – um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG über ein Gesuch um Erlass von Massnahmen gestützt auf die Post- und die Postorganisationsgesetzgebung des Bundes. Damit liegt ein taugliches Anfechtungsobjekt vor. Mit dem BAKOM hat zudem eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG verfügt. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der Beschwerde sachlich und funktional zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Das Verfahren vor der Vorinstanz wurde auf Begehren der Beschwerdeführerin hin eingeleitet. Diese hat mithin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Die Beschwerdeführerin hat vor der Vorinstanz Anträge in der Sache gestellt. Auf diese Begehren ist die Vorinstanz mangels Parteistellung im Ergebnis nicht eingetreten. Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, ist die Beschwerdebefugnis unabhängig vom Rechtsschutzinteresse in der Sache selber zu bejahen; das schutzwürdige Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung besteht in diesem Fall im Interesse an einer materiellen Prüfung der in der Aufsichtsbeschwerde gestellten Rechtsbegehren (Urteil des BGer 2C_107/2024 vom 19. August 2024 E. 1.2 mit Hinweisen auf die

Rechtsprechung; Urteile des BVGer A-1079/2023 vom 18. Juni 2024 E. 1.2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und A-3484/2018 vom 7. September 2021 E. 3.3.4 mit Hinweis u.a. auf BGE 135 II 145 E. 3.2; zum Streitgegenstand nachfolgend E. 1.3). Die Beschwerdeführerin ist insoweit durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerdeerhebung berechtigt.

1.3 Näher einzugehen ist auf den Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach dem in der angefochtenen Verfügung geregelten Rechtsverhältnis, soweit es nach Massgabe der Beschwerdebegehren im Streit liegt. Die angefochtene Verfügung bildet mithin den Rahmen, der den möglichen Umfang des Streitgegenstands begrenzt. Gegenstände, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die Beschwerdeinstanz nicht beurteilen, da sie ansonsten in die funktionale Zuständigkeit der ersten Instanz eingreifen würde. Liegt wie hier ein Nichteintretensentscheid vor, kann grundsätzlich lediglich die formelle Prüfung der Vorinstanz Gegenstand der materiellen Beurteilung durch die Beschwerdeinstanz sein; Begehren in der Sache können nicht gestellt werden beziehungsweise es wäre darauf nicht einzutreten (Urteile des BGer 2C_107/2024 vom 19. August 2024 E. 1.4 und 1C_435/2022 vom 23. Januar 2024 E. 1.2.1, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil des BVGer A-3484/2018 vom 7. September 2021 E. 5.2.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Die Vorinstanz hat die besondere Betroffenheit der Beschwerdeführerin verneint und ist im Ergebnis auf die Begehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten. Es liegt mithin ein Nichteintretensentscheid vor und das Bundesverwaltungsgericht kann grundsätzlich einzig überprüfen, ob die Vorinstanz zu Recht eine besondere Betroffenheit und (damit) die Parteistellung verneint hat. Die Vorinstanz hat zudem keine materielle Beurteilung vorgenommen, so dass keine Umstände vorliegen, aufgrund derer das Bundesverwaltungsgericht aus prozessökonomischen Gründen von einer Rückweisung absehen und in der Sache selbst entscheiden könnte (vgl. Urteil des BGer 5A_456/2017 vom 1. März 2018 E. 1.3 mit Hinweis u.a. auf BGE 139 II 233 E. 3.2).

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

2.
Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehlern bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt sodann innerhalb des Streitgegenstands den rechtserheblichen Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG) und wendet das Recht von Amtes wegen an, ohne an die rechtliche Begründung der Parteibegehren gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Dabei würdigt es die Beweise grundsätzlich frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss (Urteil des BVGer A-2088/2021 vom 27. Mai 2024 E. 2 mit Hinweis). Das Bundesverwaltungsgericht kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von derjenigen der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (sog. Motivsubstitution, vgl. Urteil des BVGer A-4112/2021 vom 5. Juli 2023 E. 2).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin wendet sich in der Sache gegen die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin im Bereich Aussenwerbung. Sie macht geltend, es bestehe hierfür keine gesetzliche Grundlage. Zudem rügt sie eine unzulässige Bevorzugung der Livesystems AG. Die Beschwerdeführerin verlangt aus diesen Gründen, es sei der Erwerb der der Livesystems AG rückgängig zu machen oder es seien Massnahmen zu ergreifen, um Wettbewerbsverzerrungen künftig zu vermeiden.

Die Vorinstanz hat eine Parteistellung der Beschwerdeführerin im aufsichtsrechtlichen Verfahren verneint und ist im Ergebnis auf die Begehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten.

Anfechtungsobjekt ist ein Nichteintretensentscheid. Damit ist der Streitgegenstand auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht eine besondere und schutzwürdige Betroffenheit und (damit) die Parteistellung der Beschwerdeführerin verneint hat (vgl. vorstehend E. 1.3). Das öffentliche Verfahrensrecht dient der Verwirklichung des materiellen Rechts (vgl. BGE 142 I 10 E. 2.4.3). Die Frage der Parteistellung ist daher nicht isoliert,

sondern im Kontext des materiellen Rechts zu beurteilen. Vor diesem Hintergrund ist Folgenden zunächst auf die geltende gesetzliche Regelung betreffend das Erbringen von Postdiensten und die Organisation der Schweizerischen Post einzugehen (nachfolgend E. 3.2). Anschliessend wird zu prüfen sein, ob die Vorinstanz zu Recht die Parteistellung der Beschwerdeführerin verneint hat (nachfolgend E. 4). Zudem ist auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit einzugehen (nachfolgend E. 5).

3.2

3.2.1 Das gewerbsmässige Erbringen von Postdiensten und die Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs sind im Postgesetz (PG, SR 783.0) geregelt (Art. 1 Abs. 1 PG). Die Begriffe werden in Art. 2 PG definiert. Das geltende Postgesetz ist seit dem 1. Oktober 2012 in Kraft.

3.2.2 Zentrales Ziel des Postgesetzes ist die ausreichende und preiswerte Grundversorgung der Bevölkerung mit Postdiensten und Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs (Art. 1 Abs. 3 Bst. a PG). Zudem sollen mit dem revidierten Gesetz die Rahmenbedingungen geschaffen werden für einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Postdiensten (Art. 1 Abs. 3 Bst. b PG). Die Grundversorgung mit Postdiensten und Dienstleistungen im Zahlungsverkehr ist durch die Schweizerische Post zu gewährleisten (Art. 13 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 PG). Der gesetzliche Auftrag wird in den Art. 14–17 und Art. 32 PG näher umschrieben und in der Postverordnung (VPG, SR 783.01) konkretisiert. Die Schweizerische Post muss die Grundversorgung nicht selbst erbringen. Sie kann sowohl mit Dritten zusammenarbeiten als auch Teile ihres Auftrags auf Tochterunternehmen übertragen (Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Postgesetz [PG], Bundesblatt [BBl] 2009 5181, 5218 [nachfolgend: Botschaft Postgesetz]).

Hinsichtlich der Grundversorgung mit Postdiensten unterscheidet das Postgesetz zwischen reservierten und nicht reservierten Diensten. Im Bereich der reservierten Dienste verfügt die Post über ein Monopol zur Beförderung von Briefen bis 50 Gramm (Art. 18 Abs. 1 PG). Die nicht reservierten Dienste sind die weiteren Dienstleistungen der Grundversorgung, welche die Post in Konkurrenz mit anderen Anbietern zu erbringen hat (Art. 13 ff. PG). Da im Monopolbereich der Wettbewerb als Mittel zur Preisbildung fehlt, enthält das Gesetz in Art. 18 Abs. 3 PG Vorgaben zur Preisgestaltung im Bereich der reservierten Dienste. Der Bundesrat legt zudem Preisobergrenzen fest (Botschaft Postgesetz, BBl 2009 5181, 5224). Die Finanzierung der Grundversorgung ist mit den Umsatzerlösen der Schweizerischen Post und der Postkonzerngesellschaften zu gewährleisten

(Art. 46 VPG), wobei hierbei den Erträgen aus dem reservierten Dienst eine tragende Rolle zukommt (Art. 18 f. PG). Damit ist gesetzlich festgelegt, dass die Grundversorgung eigenwirtschaftlich zu finanzieren ist. Die Post darf zudem die Erträge aus dem reservierten Dienst nur zur Deckung der Kosten aus der Grundversorgung verwenden, nicht hingegen zur Verbilligung von Dienstleistungen ausserhalb der Grundversorgungsaufträge (Quersubventionierungsverbot; Art. 19 Abs. 1 PG). Das Quersubventionierungsverbot stützt sich auf den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 Abs. 1 BV und soll verhindern, dass mit Einkünften aus dem Monopolbereich der Wettbewerb verzerrt wird (Botschaft Postgesetz, BBl 2009 5181, 5225). Die Schweizerische Post hat die Einhaltung des Quersubventionierungsverbots jährlich nachzuweisen (Art. 19 Abs. 3 Satz 1 PG).

3.2.3 Die Schweizerischen Post wird durch unterschiedliche Instanzen beaufsichtigt. Die Kontrolle erfolgt zunächst durch den Bundesrat (vgl. hierzu nachfolgend E. 3.3). Die Schweizerische Post ist sodann in unterschiedlichen Märkten tätig und wird durch die im jeweiligen Markt zuständige Aufsichtsbehörde beaufsichtigt. Von Interesse ist hier die Aufsicht durch die PostCom und das BAKOM.

Die PostCom übt im Rahmen ihrer Aufgaben die Aufsicht aus über die Anbieterinnen von Postdiensten (Art. 24 Abs. 1 PG). Ihre Aufgaben werden im Einzelnen in Art. 22 Abs. 2 PG genannt. So kontrolliert die PostCom insbesondere die Einhaltung der Marktzugangsbedingungen wie der Meldepflicht, der Informationspflichten und der branchenüblichen Arbeitsbedingungen (Bst. a, b und d). Sie stellt zudem sicher, dass die Grundversorgungsaufträge mit Postdiensten eingehalten werden (Bst. e) und prüft das Einhalten der gesetzlichen Vorgaben zu den Preisen in der Grundversorgung (Bst. h). Ferner überwacht sie die Einhaltung des Quersubventionierungsverbots gemäss Art. 19 PG (Bst. i). Dabei kommen der PostCom die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Vollzugs- und Verfügungsbefugnisse zu (Art. 22 Abs. 1 PG). Damit die PostCom die ihr übertragenen Aufgaben wahrnehmen kann, statuiert das Gesetz zudem Auskunftspflichten gegenüber der PostCom (Art. 23 PG). In Art. 24 Abs. 2 PG sind die administrativen Massnahmen festgelegt, welche die PostCom ergreifen kann, wenn sie in einer entsprechenden Untersuchung eine Rechtsverletzung festgestellt hat. Im Vordergrund stehen die Behebung des festgestellten (Rechts-)Mangels und die Vorkehren, die zu treffen sind, damit sich die Rechtsverletzung nicht wiederholt (Bst. a). Gemäss Art. 25 PG kann die PostCom sodann Verwaltungssanktionen verhängen. Für Aufsichts- und

Sanktionsverfahren geltend die Bestimmungen des VwVG (Art. 25 Abs. 2 PG; Botschaft Postgesetz, BBl 2009 5181, 5231).

Aufsichtsbehörde im Bereich der Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs ist das BAKOM (Art. 63 Bst. a VPG). Es beurteilt zudem Gesuche im Bereich der indirekten Presseförderung (Art. 63 Bst. b VPG) und ist zuständig für die Einhaltung bestimmter gesetzlicher Vorgaben zur Preisgestaltung im Bereich der Grundversorgung mit Postdiensten (Art. 47 Abs. 3 VPG; Urteil des BGer 2C_36/2016 vom 31. Juli 2017 E. 4).

3.3 Die Organisation der Schweizerischen Post ist im Postorganisationsgesetz geregelt. Demnach ist die Schweizerische Post eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft (Art. 2 Abs. 1 des Postorganisationsgesetzes [POG, SR 783.1]), deren Mehrheitsaktionär der Bund ist (Art. 6 POG). Das geltende Postorganisationsgesetz ist ebenfalls seit dem 1. Oktober 2012 in Kraft.

Der Unternehmenszweck der Schweizerischen Post ist in Art. 3 Abs. 1 POG definiert. Der Zweckartikel bestimmt, «was die Post machen darf und was nicht» (Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post [Postorganisationsgesetz, POG], BBl 2009 5265, 5279 [nachfolgend: Botschaft Postorganisationsgesetz]) und bildet in diesem Sinne die gesetzliche Grundlage für die drei Hauptgeschäftsbereiche der Post, die Beförderung von Postsendungen (Bst. a), das Erbringen von Finanzdienstleistungen (Bst. b) und den Personentransport (Bst. c). Ausgehend von den jeweiligen Grundversorgungsaufträgen kann die Schweizerische Post auch «damit zusammenhängende Dienstleistungen» anbieten.

Der Zweckartikel basiert auf den Grundversorgungaufträgen in den Bereichen Postdienste, Zahlungsverkehr und Personentransport. Zudem ermöglicht er es der Schweizerischen Post, in Konkurrenz zu Privaten weitere Dienstleistungen und Produkte im Zusammenhang mit dem Kerngeschäft anzubieten. Darunter sind die vormals in der Postgesetzgebung geregelten sogenannten Wettbewerbsdienste zu verstehen (vgl. Art. 9 des Postgesetzes vom 30. April 1997 [aPG; AS 1997 III 2454] und Art. 10 ff. der Postverordnung vom 26. November 2003 [aVPG; AS 2003 IV 4756; nachfolgend: aVPG]). Sie sind ein wesentliches Standbein zur Sicherstellung der geforderten Eigenwirtschaftlichkeit der Schweizerischen Post und sollen es ihr ermöglichen, ihre bisherigen Aktivitäten sinnvoll und angemessen zu erweitern (vgl. zur Entstehungsgeschichte der Schweizerischen Post

sowie zur Bedeutung und zu den Schranken der Wettbewerbsdienste das Urteil des BGer 2P.154/2005 vom 14. Februar 2006 E. 3 f. mit Hinweisen auf die Materialien). Dabei muss sie sich an die verfassungsrechtlichen Grenzen halten und die Bedingung, dass alle Dienstleistungen der Schweizerischen Post im Zusammenhang mit ihrem Kerngeschäft stehen müssen, stellt die gesetzmässige Anbindung ihrer Tätigkeit sicher (Botschaft Postorganisationsgesetz, BBl 2009 5265, 5279 f. und 5289 f.). Zur Erfüllung des Unternehmenszwecks kann die Schweizerische Post unter anderem Unternehmen gründen und sich an Gesellschaften beteiligen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c POG).

Der Bundesrat legt als Eigner jeweils für vier Jahre fest, welche strategischen Ziele der Bund erreichen will (Art. 7 Abs. 1 POG). Diese sogenannte Eignerstrategie enthält Vorgaben für die allgemeine Ausrichtung der Schweizerischen Post und es werden finanzielle Ziele formuliert sowie Leitplanken für Kooperationen und Beteiligungen festgelegt. Die operative Führung obliegt den Organen des Unternehmens (Botschaft Postorganisationsgesetz, BBl 2009 5256, 5281 f.).

4.

4.1

4.1.1 Die Beschwerdeführerin richtet ihre Rechtsbegehren in der Sache zunächst an die – ihrer Ansicht nach umfassend zuständige – PostCom. Die PostCom teilte der Beschwerdeführerin in der Folge mit, in der Sache nur teilweise – für die Einhaltung des Quersubventionierungsverbots – zuständig zu sein. Im Übrigen verwies sie die Beschwerdeführerin an die Vorinstanz. Die Beschwerdeführerin verlange in der Folge auch von der Vorinstanz, diese habe in Bezug auf die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin im Bereich Aussenwerbung (aufsichtsrechtlich) einzuschreiten (vgl. vorstehend Sachverhalt Bst. C und D).

Die Vorinstanz ist auf die Begehren der Beschwerdeführerin im Ergebnis nicht eingetreten; sie hat die Parteistellung der Beschwerdeführerin verneint.

4.1.2 Gemäss Art. 71 Abs. 1 VwVG kann jedermann jederzeit Tatsachen, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen eine Behörde von Amtes wegen erfordern, der Aufsichtsbehörde anzeigen. Die Aufsicht dient der Verwaltungskontrolle, wobei sich die Aufsichtsbehörde regelmässig Zurückhaltung auferlegt. Dies gilt insbesondere dort, wo die Aufsicht gegenüber einer ausgegliederten Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit

in Frage steht und die Körperschaft über eine gewisse Autonomie verfügt (BGE 136 II 457 E. 3.1 mit Hinweisen).

Der Anzeiger hat gemäss Art. 71 Abs. 2 VwVG nicht die Rechte einer Partei. Das aufsichtsrechtliche Verfahren nähert sich jedoch einem ordentlichen Verwaltungsverfahren an, wenn dem Anzeiger gemäss der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Ordnung Parteistellung zukommt; nach der Rechtsprechung erwirbt derjenige, der bei einer Aufsichtsbehörde eine Anzeige erstattet oder ein aufsichtsrechtliches Vorgehen gegen einen Dritten fordert, Parteistellung, wenn er durch die Verfügung oder Handlung der beaufsichtigten Stelle besonders berührt beziehungsweise aufgrund einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stärker als die Allgemeinheit betroffen ist und zusätzlich ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass sich die angerufene Instanz mit der Sache befasst (BGE 139 II 279 E. 2.3; Urteil des BGer 2C_959/2014 vom 24. April 2015 E. 3.1).

Nach der Rechtsprechung gibt es keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung der allgemeinen Beschwerdebefugnis zur Popularbeschwerde oder zur Aufsichtsbeschwerde, die dem Anzeiger wie gesagt keine Parteistellung verschafft. Wo diese Grenze verläuft, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen. Wegleitend ist zunächst die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – beispielsweise auf zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen. So soll etwa die aufsichtsrechtliche Behörde nicht Fragen, die in einem späteren Verfahrensstadium formell angefochten werden können, in sachwidriger Weise präjudizieren, oder anderen Verfahren vorgreifen. Zudem soll die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig erschwert werden (BGE 145 II 259 E. 2.3 unter Verweis auf BGE 142 II 451 E. 3.4.1 f.; Urteil des BVGer A-4282/2022 vom 6. März 2024 E. 3.7.3 mit Hinweisen).

4.1.3 Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin Parteistellung zukommt und ob diese im aufsichtsrechtlichen Verfahren zu gewähren ist und sich dieses als Folge dessen einem ordentlichen Verfahren annähert (nachfolgend E. 4.2 ff.). Gegebenenfalls wird im Anschluss die Frage der (aufsichtsrechtlichen) Zuständigkeit zu klären sein (nachfolgend E. 5). Dabei ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin mit der Konzerngesellschaft Livesystems AG ausserhalb der Grundversorgung und damit privatwirtschaftlich tätig ist.

4.2

4.2.1 Als Parteien in einem Verwaltungsverfahren gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Die Parteistellung und die Beschwerdebefugnis sind mithin aufeinander abgestimmt: Die Bestimmung von Art. 6 VwVG umschreibt den Parteibegriff offen und knüpft über den Verweis auf die Beschwerdebefugnis gemäss Art. 48 VwVG an das Rechtsschutzinteresse an (BGE 142 II 451 E. 3.4.1 und Urteil des BGer 2C_888/2015 vom 23. Mai 2016 E. 2.2, je mit Hinweisen). Daraus folgt, dass über den Kreis der beschwerdeberechtigten Personen auch die Parteien im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren umschrieben werden (Urteil des BGer 2C_417/2019 vom 13. Juli 2020 E. 4.1 mit Hinweisen).

Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung geltend machen kann (vgl. vorstehend E. 1.2). Zu den Parteien zählen neben den materiellen Verfügungsadressaten auch Dritte, die in einem besonders engen, spezifischen Verhältnis zum Verfügungsgegenstand stehen und deren Situation durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden kann (BGE 147 II 144 E. 4.5 mit Hinweisen).

4.2.2 Konkurrenten sind nach der Rechtsprechung berechtigt, sich gegen staatliche Wettbewerbsverzerrungen unter Anrufung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten zur Wehr zu setzen. Danach sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren und (dadurch) nicht wettbewerbsneutral sind.

Nach der Rechtsprechung ist die Beschwerdebefugnis eines Konkurrenten nicht schon aufgrund der blossen Befürchtung gegeben, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein; diese Art des Berührtseins liegt im Prinzip des gewollten freien Wettbewerbs (Art. 94 Abs. 1 BV) und kann deshalb für sich alleine kein relevantes Interesse an einem gerichtlichen Rechtsschutz begründen. Erforderlich ist vielmehr eine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe, die sich aus der einschlägigen gesetzlichen Ordnung ergibt. So kann ein schutzwürdiges Interesse für Konkurrenten in Wirtschaftszweigen vorliegen, in welchen sie durch wirtschaftspolitische oder sonstige spezielle Regelungen in eine solche besondere Beziehungsnähe untereinander versetzt werden (BGE 142 II 80 E. 1.4.2 mit Hinweisen; Urteile des

BGer 2C_264/2023 vom 11. Januar 2024 E. 5.4, 2D_53/2020 vom 31. März 2023 E. 4.4–4.5 und 2C_1024/2016 vom 23. Februar 2018 E. 3.1, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

4.3

4.3.1 Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihren Rechtsbegehren nicht gegen die ungerechtfertigte Privilegierung eines *anderen* Konkurrenten durch staatliche Rechtsakte oder hoheitliches Realhandeln. Vielmehr macht sie (im Ergebnis) geltend, die Beschwerdegegnerin als öffentliches Unternehmen trete in unzulässiger Weise *als* Konkurrentin auf.

Die individualrechtliche Komponente der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) bietet dem Einzelnen keinen allgemeinen Schutz vor Konkurrenz. Das gilt auch für die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates. Tritt ein staatliches Unternehmen mit gleichen Rechten und Pflichten wie ein privater Unternehmer und im Wettbewerb zu diesem auf, so entsteht dem Privaten bloss ein weiterer Konkurrent, was keine Einschränkung der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit darstellt (BGE 138 I 378 E. 6.2.2; Urteil des BGer 2D_53/2020 vom 31. März 2023 E. 4.5.3 mit Hinweisen).

Eine privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates ist indes nicht ohne Weiteres zulässig. Darauf ist im Folgenden mit Blick auf die hier zu beurteilende Frage der Parteistellung der Beschwerdeführerin einzugehen.

4.3.2 Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C_485/2010 zur Frage geäussert, ob und unter welchen Voraussetzungen eine privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates zulässig ist (Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, teilweise publiziert in BGE 138 I 378 [Glarnersach]).

Gegenstand des genannten Verfahrens war das Gesetz des Kantons Glarus über die kantonale Sachversicherung Glarus («Glarnersach»). Im Rahmen der Totalrevision des Gesetzes wurde derjenige Geschäftsbereich, den die «Glarnersach», eine selbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts, im Monopol ausübt, beibehalten. Derjenige Geschäftsbereich, den die «Glarnersach» im Wettbewerb mit Privaten ausübt, wurde jedoch ausgedehnt. Neu war es der «Glarnersach» erlaubt, in Konkurrenz zu privaten Versicherungsgesellschaften weitere Versicherungen anzubieten, sofern diese mit den im Monopolbereich versicherten Sachen (bewegliche Sachen und Gebäude) im Zusammenhang stehen. Diese weiteren Versicherungen sollte die «Glarnersach» darüber hinaus auch ausserhalb des Kantons Glarus anbieten dürfen. Gegen diese neue Regelung erhoben

zahlreiche private Versicherungsgesellschaften Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht ging in seinem Entscheid in formeller Hinsicht zunächst auf die Rechtsprechung und die Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation von Konkurrenten ein (vgl. hierzu vorstehend E. 4.2.2). Gestützt darauf erwog es (Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012 E. 1.2.5):

> Die Beschwerdeführer begründen ihre Legitimation nicht mit der blossen Tatsache, dass sie Konkurrenten der Glarnersach sind und diese aufgrund der angefochtenen Gesetzesbestimmungen die gleiche Tätigkeit ausführen darf wie sie, wodurch ihr eigener Umsatz zurückgehen könnte. In vertretbarer Weise erblicken sie vielmehr darin einen Verstoss gegen verfassungsrechtliche Grundsätze, dass der Glarnersach als staatlicher Anstalt mit Teilmonopol erlaubt wird, ausserhalb ihrer Monopoltätigkeit im Wettbewerb tätig zu sein. Ebenso machen sie geltend, die Glarnersach werde in wettbewerbsverzerrender und verfassungswidriger Weise privilegiert. Damit besteht ein schutzwürdiges Interesse privater Konkurrenten an einer Anfechtung dieser Bestimmungen (vgl. auch [...]).

In der Sache verneinte das Bundesgericht zunächst einen Eingriff in die individualrechtlich garantierte Wirtschaftsfreiheit; durch die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates entstehe den Privaten lediglich ein weiterer Konkurrent, was grundsätzlich keine Einschränkung der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit darstelle, jedenfalls, so lange das private Angebot durch die staatliche Massnahme nicht geradezu verdrängt werde (BGE 138 I 378 E. 6.2.2). Nach Ansicht des Bundesgerichts setzt jedoch die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht mehr die Beeinträchtigung einer (individuellen) Rechtsposition voraus. Es könne vielmehr auch die Verletzung objektiv-rechtlicher Normen gerügt und in diesem Rahmen eingewendet werden, durch die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates werde Art. 94 BV verletzt, der das Bestehen einer Wettbewerbswirtschaft schütze. Diese Rüge könnten unabhängig davon erhoben werden, ob eine Einschränkung der individualrechtlichen Komponente (Art. 27 BV) vorliege.

Das Bundesgericht prüfte sodann in der Sache die Vereinbarkeit der angefochtenen Gesetzesbestimmungen mit Art. 94 BV. Hinsichtlich der Anforderungen an die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates hielt es fest (BGE 138 I 378 E. 6.3.2):

> Die herrschende Lehre nimmt an, dass die Bundesverfassung einen Grundsatzentscheid für eine privatwirtschaftliche Wirtschaftsordnung enthält in dem Sinne, dass die wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich den Privaten

> vorbehalten ist [...] oder jedenfalls vom Staat nur zurückhaltend ausgeübt werden soll [...], dass aber eine unternehmerische Tätigkeit des Staates trotzdem grundsätzlich zulässig ist [...]. Vorausgesetzt für unternehmerisches Handeln des Staates wird nach der Lehre eine formell-gesetzliche Grundlage [...], was sich unabhängig vom Vorliegen eines Grundrechtseingriffs im Sinne von Art. 36 BV schon aus staatsorganisationsrechtlichen Gründen ergibt [...]. Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates muss sodann im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; [...]). Zudem soll sie wettbewerbsneutral bzw. nicht wettbewerbsverzerrend sein (Art. 94 BV; [...]). Sie muss deshalb den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterworfen sein wie ein entsprechendes privates Unternehmen [...].

Das Bundesgericht ging im Weiteren auf die Wettbewerbsneutralität staatlicher Wirtschaftstätigkeit ein, die es aus dem institutionellen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) ableitete. Es erwog, bezugnehmend unter anderem auf die Postgesetzgebung (BGE 138 I 378 E. 9.1):

> Die herrschende Lehre leitet aus der Wirtschaftsfreiheit bzw. dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ab, dass öffentliche Unternehmen, die teilweise in einem Monopolbereich, teilweise im Wettbewerbsbereich tätig sind, diese beiden Bereiche kalkulatorisch trennen müssen und systematische Quersubventionierungen des Wettbewerbsbereichs aus dem Monopolbereich unzulässig sind [...]. Diese Auffassung überzeugt. Die Wirtschaftsfreiheit schützt zwar nicht vor Konkurrenz, und der private Wettbewerbsteilnehmer kann sich deshalb nicht dagegen zur Wehr setzen, dass der Staat selber unternehmerisch tätig wird und zu ihm in Konkurrenz tritt. Das gilt jedoch nur, wenn der Staat dabei den gleichen Regeln wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer unterworfen ist, er also bei seiner wettbewerblichen Tätigkeit keine Sonderrechte beansprucht. Diese Voraussetzung ist bei Quersubventionierungen zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich eines Staatsbetriebs nicht erfüllt. Eine Quersubventionierung ist deshalb unzulässig, soweit sie in systematischer Weise erfolgt und daher geeignet ist, den freien Wettbewerb zu verfälschen.
>
> Von dieser verfassungsrechtlichen Beurteilung gehen auch neuere Bundesgesetze aus, die eine unternehmerische Staatstätigkeit vorsehen, aber ausdrückliche Bestimmungen enthalten, wonach Quersubventionierungen unzulässig sind bzw. der Wettbewerb nicht verfälscht werden darf ([...] Art. 9 Abs. 4 [a]PG; [...]).

Im Ergebnis hielt das Bundesgericht fest, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die privatwirtschaftliche Tätigkeit der «Glarnersach» erfüllt sind und somit die angefochtenen Gesetzesbestimmungen nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit verstossen.

4.3.3 Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung auf den Entscheid «Glarnersach» Bezug genommen. Im Verfahren 2C_582/2016 war unter anderem zu prüfen, ob in einem Vergabeverfahren ein Verstoss

gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität durch einen Anbieter mit staatlichem Hintergrund einen Ausschlussgrund im Sinne des Beschaffungsrechts darstellt (Urteil des BGer 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017, teilweise publiziert in BGE 143 II 425 [Publicom]). Das Bundesgericht hat dies unter Bezugnahme und Bestätigung seiner Entscheidung zur «Glarnersach» bejaht. Es hat zudem präzisiert, dass ein Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bereits vorliegt, «wenn die Offerte der staatlichen Anbieterin auf einer unzulässigen Quersubventionierung beruht und deshalb geeignet ist, den Wettbewerb auf dem fraglichen Beschaffungsmarkt zu verfälschen» (BGE 143 II 425 E. 4, insbes. E. 4.5). Eine weitere Bestätigung hat die Entscheidung «Glarnersach» im Urteil des Bundesgerichts 2D_53/2020 erfahren, wobei in diesem Urteil – wie das Bundesgericht entscheid – keine öffentliche, sondern eine private Tätigkeit zu beurteilen war (Urteil des BGer 2D_53/2020 vom 31. März 2023 E. 4). Im Übrigen hat sich das Bundesgericht mit der Frage der Zulässigkeit der privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates – soweit ersichtlich – nicht mehr vertieft zu befassen gehabt.

4.3.4 In der Lehre ist die soeben referierte Entscheidung des Bundesgerichts zur privatwirtschaftlichen Tätigkeit der «Glarnersach» breit kommentiert worden. Grundsätzlich wurde begrüsst, dass das Bundesgericht die verfassungsmässigen Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates präzisiert hat. Im Weiteren ist insbesondere die Beurteilung des Bundesgerichts in der Sache beziehungsweise der Prüfungsrahmen einer kritischen Beurteilung unterzogen worden. Im Wesentlichen wurde moniert, das Bundesgericht habe ohne nähere beziehungsweise nachvollziehbare Begründung eine allfällige Verletzung der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV durch die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates ausgeschlossen. Dies habe zur Folge, dass die Voraussetzungen für eine solche Tätigkeit nicht gemäss Art. 36 BV, sondern gemäss Art. 5 Abs. 1 und 2 BV geprüft und damit die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage und das öffentliche Interesse zu stark herabgesetzt worden seien (vgl. hierzu sowie im Allgemeinen zum Entscheid «Glarnersach» GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl. 2017; Art. 27 Rz. 25a und Art. 94 Rz. 6a; DERS., Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. Juli 2012, 2C_485/2010, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2012 S. 665 ff.; YVO HANGARTNER, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. Juli 2012, Schweizerischer Versicherungsverband (SVV), sechs Versicherungsunternehmen und A. c. Kanton Glarus, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

[2C_485/2010], Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2012 S. 1817 ff.]nachfolgend: Glarnersach]; VALLENDER/HETTICH, in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl. 2023, Art. 27 Rz. 30 und Art. 94 Rz. 4; HÄNNI/STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, Rz. 1713 ff; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, Rz. 660a; NATASCHA BOUCHER-KIND, Staatliche Marktteilnahme, Rechtliche Rahmenbedingungen und Regulierungsvorgaben am Beispiel der Post, 2020, insbes. Rz. 162 ff.; PHIL BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, 2019, insbes. Rz. 284 ff.; KRAEMER/STÖCKLI, Grenzenlose Staatswirtschaft? Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil «Glarnersach» vom 3. Juli 2012, recht 2013 S. 28 ff.; PETER HETTICH, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 3. Juli 2013, Schweizerischer Versicherungsverband und andere c. Kanton Glarus, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, BGer 2C_485/2010, AJP 2012 S. 1467 ff.; ferner MALINVERNI/HOTTELIER/RANDALL/FLÜCKIGER, Droit constitutionnnel suisse, Vol. II, 4. Aufl. 2021, Rz. 1035 f. sowie, auch zum Entscheid Publicom, ABEGG/FREI, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, recht 2018 S. 142 ff.; ferner zur privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates [auch im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrierenden] PETER HETTICH, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann/Randall/Schindler [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Band 3, 2020, S. 2296; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 18 Rz. 53 ff., insbes. Rz. 64 und Rz. 106–116; MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb, 2010, Rz. 731–733; PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, 2007, Rz. 180 und 334; YVO HANGARTNER, Der Staat als Unternehmer, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen [HSG], 2007, S. 237 ff., S. 241–246).

Von der Lehre begrüsst wurde, dass das Bundesgericht auf die öffentlich-rechtliche Beschwerde eingetreten ist. Es wurde hervorgehoben, dass – entsprechend der im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässigen Rügen – neu eine Verletzung objektiv-rechtlicher Normen geltend gemacht und somit eingewendet werden könne, durch die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates werde Art. 94 BV verletzt und dies unabhängig davon, ob eine Einschränkung der individualrechtlichen Komponente der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) vorliege (VALLENDER/HETTICH, a.a.O, Art. 27 Rz. 30 und Art. 94 Rz. 4). Damit sei ein «erhebliches Rechtsschutzdefizit» behoben worden, nachdem das Bundesgericht zuvor

auf entsprechende Beschwerden gegen die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates (mangels eines rechtlich geschützten Interesses) regelmässig nicht eingetreten war (HETTICH, a.a.O., AJP 2012 S. 1469; ebenfalls zustimmend GIOVANNI BIAGGINI, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. Juli 2012, 2C_485/2010, ZBl 2012 S. 674; vgl. auch RENÉ WIEDERKEHR, Die Beschwerdebefugnis des Konkurrenten, recht 2014 S. 84 und 87 ff.; KRAEMER/STÖCKLI, a.a.O., S. 35 ff.; HANGARTNER, Glarnersach, AJP 2012 S. 1820). An anderer Stelle wird der Entscheid «Glarnersach» als «Fortsetzung der Rechtsprechung zum Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten» bezeichnet (FELIX UHLMANN, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015, Art. 27 Rz. 68 mit Hinweisen).

4.4

4.4.1 Die Vorinstanz hat die Parteistellung der Beschwerdeführerin verneint mit der Begründung, es fehle an einer speziellen wirtschaftspolitischen oder sonstigen Regelung, die in Bezug auf die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin eine besondere, über das blosse Konkurrenzverhältnis hinausgehende Beziehungsnähe zwischen den Parteien erzeuge. Eine solche spezielle wirtschaftspolitische Regelung ist jedoch nicht in jedem Fall erforderlich. Vielmehr können gemäss der dargestellten Rechtsprechung Konkurrenten auch durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität untereinander in eine spezifische Beziehungsnähe (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) gesetzt werden. Dies gilt gemäss dem Entscheid «Glarnersach» insbesondere für Konkurrenz durch eine privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 89 Rz. 25b mit Hinweis auf den Entscheid «Glarnersach»; ferner den Bericht des Bundesrates vom 8. Dezember 2017 in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.09.2015, Staat und Wettbewerb; Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, insbes. S. 23 f. und S. 38, zu möglichen faktischen Vorteilen einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates im Vergleich zu privaten Konkurrenten).

Dabei ist nicht von Bedeutung, dass der dem Entscheid «Glarnersach» zu Grunde liegende Sachverhalt ein anderer war, als er hier zu beurteilen ist; im Entscheid «Glarnersach» war zu beurteilen, ob eine privatwirtschaftliche Tätigkeit überhaupt zulässig ist, während hier materiell zu beurteilen wäre, ob die Beschwerdegegnerin mit ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit über das hinausgeht, was ihr erlaubt ist. Die materiellen Voraussetzungen für eine privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates sind in beiden Fällen

dieselben und aus diesem Grund auch keine unterschiedlichen Voraussetzungen an die Legitimation beziehungsweise Parteistellung zu stellen. Es kann somit nicht (mehr) gesagt werden, es fehle der Beschwerdeführerin von vornherein an der erforderliche besonderen Beziehungsnähe zur privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates. Zudem ist kein anderes Verfahren erkennbar, welches es der Beschwerdeführerin ermöglichen würde, den angestrebten Erfolg zu erzielen; insbesondere steht der Beschwerdeführerin betreffend die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin kein zivil- und auch kein wettbewerbsrechtliches Verfahren zur Verfügung, das eine Prüfung der für die Beschwerdegegnerin geltenden Marktzugangsvoraussetzungen ermöglichen würde (vgl. BGE 149 I 2 E. 3.23 f., insbes. E. 3.2.2 und E. 3.3.3, auch zum Realakt). Die Parteistellung der Beschwerdeführerin kann daher nicht grundsätzlich verneint werden.

4.4.2 Zu demselben Ergebnis führt auch eine weitere Betrachtung.

Die Bundesverfassung gewährleistet in Art. 27 die Wirtschaftsfreiheit und damit insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Das verfassungsmässige Recht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) schützt damit den individualrechtlichen Gehalt, Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit, wobei diese beiden Aspekte freilich eng aufeinander bezogen sind und nicht isoliert betrachtet werden können (BGE 138 I 378 E. 6.1). Nach der herrschenden Lehre ergibt sich aus Art. 27 und Art. 94 BV ein ordnungspolitischer Grundentscheid für eine marktwirtschaftlich organisierte Privatwirtschaft (hierzu FRITZ GYGI, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 1970 II S. 314–321; vgl. zudem, auch das Schrifttum zusammenfassend, VALLENDER/HETTICH, a.a.O., Art. 27 Rz. 91 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, a.a.O., § 4 Rz. 81 ff.; KLAUS A. VALLENDER, Grundzüge der «neuen» Wirtschaftsverfassung, AJP 1999 S. 681–684). Die Verfassungsbestimmung von Art. 94 BV richtet sich in diesem Sinne in (in erster Linie) an den Gesetzgeber und hält diesen an, besagtem Ordnungsprinzip Rechnung zu tragen.

Den Materialien zum Postorganisationsgesetz lässt sich in diesem Zusammenhang zum Zweckartikel (Art. 3 POG) entnehmen was folgt (Botschaft Postorganisationsgesetz, BBl 2009 5265, 5289; vgl. auch vorstehend E. 3.3; im Parlament gab die Bestimmung, soweit hier von Interesse, zu keinen Diskussionen Anlass):

> [...]
>
> Mit diesem Zweckartikel soll der Post ermöglicht werden, unter Berücksichtigung der bisherigen Entwicklung und mit Blick auf die vollständige Marktöffnung, ihre bisherigen Aktivitäten sinnvoll und angemessen zu erweitern. Dabei muss sie sich an die verfassungsrechtlichen Grenzen halten. Sie kann ihre Dienstleistungen im In- und Ausland erbringen. Die Bedingung, dass alle Dienstleistungen der Post im Zusammenhang mit ihrem Kerngeschäft stehen müssen, stellt die gesetzmässige Anbindung ihrer Tätigkeit sicher.
>
> [...]

Gemäss dem Entscheid des Bundesgerichts zur «Glarnersach» setzt die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten keine Beeinträchtigung in einer (individuellen) Rechtsposition voraus. Es kann mit ihr mithin die Verletzung objektiv-rechtlicher Normen gerügt werden. Dies gilt auch für die Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht, soweit – wie hier – gegen ein Urteil des Bundesverwaltungsgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor Bundesgericht geführt werden kann; gemäss dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens darf die Rechtsmittelbefugnis im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nicht enger gefasst werden, als dies für die Beschwerde an das Bundesgericht vorgesehen ist. Soweit also wie hier die Beschwerdeführerin einwendet, die Beschwerdegegnerin verfügte als ihre Konkurrentin nicht über eine hinreichende Marktzugangsberechtigung und es sei Art. 3 POG verletzt, kann eine besondere Beziehungsnähe der Beschwerdeführerin zur privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin nicht von vornherein verneint werden. Dieses Ergebnis führt sodann nicht nur dazu, dass grundsätzlich individueller Rechtsschutz möglich ist (vgl. BGE 149 I 2 E. 3.3.2, wonach nicht ohne Weiteres davon auszugehen ist, der Gesetzgeber habe den Rechtsschutz einschränken wollen). Vielmehr trägt der individuelle Rechtsschutz auch zu einer Verwirklichung des ordnungspolitischen Grundentscheids bei, der im Zweckartikel des Postorganisationsgesetzes konkretisiert wird. Die zu beurteilende Streitsache ist mithin zusätzlich wirtschaftsverfassungsrechtlich von Bedeutung.

4.5 Das Vorliegen einer besonderen Beziehungsnähe reicht mit Blick auf die erforderliche Abgrenzung zur unzulässigen Popularbeschwerde für sich

allein zur Begründung der Parteistellung nicht aus. Die Beschwerdeführerin hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darüber hinaus in vertretbarer Weise ein eigenes schutzwürdiges Interesse am Ausgang des Verfahrens beziehungsweise der Anordnung allfälliger Massnahmen (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) geltend zu machen, wobei die beiden Voraussetzungen – die besondere Beziehungsnähe und das eigene schutzwürdige Interesse – nicht isoliert voneinander betrachtet werden können. Das schutzwürdige Interesse kann rechtlicher oder auch bloss tatsächlicher Natur sein. Die streitbetroffene privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin muss mithin zumindest geeignet sein, sich (aufgrund eines hinreichend direkten Konkurrenzverhältnisses) auf die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin auszuwirken (vgl. zur Voraussetzung des direkten Konkurrenzverhältnisses BGE 141 V 577 E. 7.2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Zum Erfordernis des schutzwürdigen Interesses im beschriebenen Sinn haben sich die Verfahrensbeteiligten bisher nicht (vertieft) geäussert.

4.6 Das Bundesverwaltungsgericht stellt den massgebenden Sachverhalt, soweit für den Entscheid relevant, von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG; vorstehend E. 2) und entscheidet alsdann in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

Vorliegend sind weitere Sachverhaltsfeststellungen notwendig. Es wird von der Beschwerdeführerin darzulegen und alsdann von der zuständigen Behörde zu prüfen sein, ob der Beschwerdeführerin ein hinreichendes, das heisst die Parteistellung begründendes schutzwürdiges Interesse am Ausgang des aufsichtsrechtlichen Verfahrens beziehungsweise der Anordnung der von ihr verlangten aufsichtsrechtlichen Massnahmen zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht verfügt nicht über die erforderlichen Angaben und über das erforderliche Fachwissen, um eine solche Beurteilung erstinstanzlich vorzunehmen und alsdann – sollte die Legitimation zu bejahen sein – materiell zu prüfen, ob der Beschwerdegegnerin eine hinreichende Marktbetätigungserlaubnis zukommt und die gesetzlichen und verfassungsmässigen Anforderungen erfüllt sind. Aus diesen Gründen kommt einzig ein kassatorischer Entscheid in Betracht. Die Angelegenheit ist an die sachlich zuständige Behörde zurückzuweisen.

Zwischen den Parteien ist strittig, ob die PostCom oder die Vorinstanz (teilweise) zuständig ist, die Voraussetzungen für die privatwirtschaftliche

Tätigkeit der Beschwerdegegnerin zu prüfen. Die Beschwerdeführerin verlangt, es sei *eine* Behörde für zuständig zu erklären, die Einhaltung der Voraussetzungen gesamthaft zu überprüfen. Eine geteilte Zuständigkeit sei nicht zweckmässig. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, welche Behörde (gesamthaft) zur materiellen Beurteilung der Voraussetzungen für die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin und damit der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin zuständig wäre, sollte die Parteistellung der Beschwerdeführerin zu bejahen sein.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin hatte vor ihrer Eingabe an die Vorinstanz in derselben Angelegenheit bereits bei der PostCom eine als aufsichtsrechtliche Anzeige bezeichnete Eingabe eingereicht und in der Sache im Wesentlichen dieselben Rechtsbegehren gestellt. Die PostCom teilte der Beschwerdeführerin in der Folge mit, in der Sache nur teilweise zuständig zu sein. Sie verweis die Beschwerdeführerin im Übrigen an die Vorinstanz (vgl. vorstehend Sachverhalt Bst. C). Die PostCom hat sodann mit Verfügung vom 16. Juni 2022 die Parteistellung der Beschwerdeführerin ebenfalls verneint und sich zudem teilweise für sachlich nicht zuständig erklärt. Die Beschwerdeführerin hat gegen die Verfügung der PostCom vom 16. Juni 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben (Verfahren A-3629/2022).

Dier PostCom hat abgesehen von der Prüfung der Einhaltung des Quersubventionierungsverbots (Art. 22 Abs. 2 Bst. i PG), ihre sachliche Zuständigkeit verneint. Sie erachtet sich mithin als nicht zuständig, umfassend zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin über eine hinreichende Marktzugangserlaubnis verfügt. Zur Begründung macht sie geltend, der Zweck der Beschwerdegegnerin werde im Postorganisationsgesetz in Art. 3 definiert. Es sei jedoch weder Aufgabe der PostCom, die Anwendung des Postorganisationsgesetzes zu überwachen, noch komme ihr eine generelle Aufsichtsbefugnis über die Beschwerdegegnerin zu. Die PostCom und die Vorinstanz gehen in der Sache mithin von einer geteilten Zuständigkeit aus; die PostCom sei sachlich zuständig für die Einhaltung des Quersubventionierungsverbots und die Vorinstanz sei sachlich zuständig für die Einhaltung der weiteren Marktzugangsvoraussetzungen.

5.2

5.2.1 Nach der vorstehend dargestellten Rechtsprechung folgt aus dem ordnungspolitischen Grundentscheid für eine marktwirtschaftlich organisierte Privatwirtschaft, dass privatwirtschaftliches Handeln des Staates auf

einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sowie wettbewerbsneutral sein muss. Aus der geforderten Wettbewerbsneutralität staatlicher Wirtschaftstätigkeit ergibt sich das Verbot der Quersubventionierung des Wettbewerbsbereichs eines staatlichen Unternehmens aus seinem Monopolbereich – hier den reservierten Diensten (vgl. BGE 143 II 425 E. 4.3 sowie vorstehend E. 4.3.2 f.).

Grundlage beziehungsweise Ausgangspunkt für die Beurteilung, welche Behörde gegenüber der Beschwerdegegnerin die Aufsicht über die Einhaltung der genannten Voraussetzungen ausübt, ist die geltende formell-gesetzlichen Regelung zur privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin. Konkret ist zu prüfen, ob sich besagter formell-gesetzlichen Regelung beziehungsweise dem anwendbaren Sachgesetz eine Zuständigkeitsordnung in Bezug auf die Überprüfung der Marktzugangserlaubnis entnehmen lässt. Bei Bedarf sind die gesetzlichen Bestimmungen nach den üblichen Regeln auszulegen (vgl. zur Auslegung das Urteil des BVGer A-2088/2021 vom 27. Mai 2024 E. 6.2.2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

5.2.2 Die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin ist im Postorganisationsgesetz im Rahmen des Zweckartikels (Art. 3 POG) geregelt. Demnach ist es der Beschwerdegegnerin erlaubt, in Konkurrenz zu Privaten *mit dem jeweiligen Grundversorgungsauftrag zusammenhängende Dienstleistungen* zu erbringen. Mit diesem Erfordernis wird die gesetzmässige Anbindung der Tätigkeit der Beschwerdeführerin sichergestellt (vgl. vorstehend E. 3.3).

Das Postorganisationsgesetz regelt im Weiteren nicht, welcher Behörde die Aufsicht über die Einhaltung der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Schranken für die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 3 POG zukommt. So ist zwar innerhalb der Schlussbestimmungen in Art. 12 POG festgehalten, dass der Bundesrat das Postorganisationsgesetz vollzieht. Damit ist jedoch der Erlass von Ausführungsbestimmungen gemeint ist (Botschaft Postorganisationsgesetz, BBl 2009 5265, 5295). Letztere enthalten keine Regelung zu der hier interessierenden Frage.

Unter dem alten, bis zum 30. September 2011 für die Schweizerische Post geltenden Recht war die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin unter der Überschrift «Wettbewerbsdienste der Post» in der Postgesetzgebung geregelt (vgl. vorstehend E. 3.3). Es ist daher in einem

weiteren Schritt zu prüfen, ob die Postgesetzgebung die Aufsicht über die Einhaltung der Voraussetzungen für die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin regelt(e).

5.2.3 Die Postgesetzgebung differenziert hinsichtlich der Aufsicht über die Beschwerdegegnerin je nach betroffenem Versorgungsauftrag. Demnach wird die Beschwerdegegnerin unter anderem durch die PostCom und durch die Vorinstanz beaufsichtigt; die PostCom ist als unabhängige Behördenkommission zuständig für die Aufsicht über die Anbieterinnen von Postdiensten, während die Vorinstanz insbesondere Aufsichtsbehörde im Bereich der Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs ist (vgl. vorstehend E. 3.2.3).

Gemäss Art. 24 Abs. 1 PG wacht die PostCom *im Rahmen ihrer Aufgaben* darüber, dass das internationale Recht, das Postgesetz und die Ausführungsbestimmungen eingehalten werden. Die Zuständigkeit der PostCom ist mithin auf Fragen beschränkt, die sich aus der Anwendung der Postgesetzgebung ergeben und ihre Aufgaben sind abschliessend im Katalog gemäss Art. 22 Abs. 2 PG aufgeführt (Botschaft Postgesetz, BBl 2009 5181, 5207 f. und 5228); es handelt sich um eine Wiederholung der Aufgaben, die im Gesetz in den jeweiligen Bestimmungen erwähnt sind. Demnach überwacht die PostCom unter anderem die Einhaltung des Quersubventionierungsverbots gemäss Art. 19 PG (Art. 22 Abs. 2 Bst. i PG). Die Zuständigkeit der Vorinstanz findet sich auf Verordnungsstufe in Art. 63 VPG geregelt. Demnach ist die Vorinstanz insbesondere zuständig für die Aufsicht über die Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs.

Nach dem Gesagten kann dem Postgesetz keine (umfassende) Regelung zur Frage der Aufsicht über die Einhaltung der Voraussetzungen für die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin entnommen werden. Die Aufgaben der PostCom und der Vorinstanz sind vielmehr abschliessend enumeriert beziehungsweise auf den Geltungsbereich der Postgesetzgebung beschränkt. Auf formell-gesetzlicher Ebene wird sodann keine Behörde – im Sinne einer Auffangzuständigkeit – für zuständig erklärt für den Fall, dass keine andere Behörde ausdrücklich zuständig ist.

Auch im alten Recht findet sich keine Regelung zu der hier interessierenden Frage. Die Aufsicht oblag damals der sogenannten Regulierungsbehörde (Art. 40 Abs. 2 aVPG). Die Aufgaben der Regulierungsbehörde als fachlich unabhängige Behörde waren abschliessend in Art. 41 Abs. 1 aVPG geregelt; demnach oblag es der Regulierungsbehörde unter

anderem, über die Einhaltung des Quersubventionierungsverbots zu wachen. Die Aufsicht über die damals noch in der Postgesetzgebung geregelten Wettbewerbsdienste war auch in der alten Postverordnung nicht positivrechtlich geregelt.

5.2.4 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass weder das Postorganisationsgesetz noch das Postgesetz regelt, welche Behörde die Aufsicht über die Einhaltung der Vorgaben für die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin ausübt. Mit Blick darauf, dass ein Rechtsschutzbedürfnis an der Überprüfung der betreffenden Vorgaben grundsätzlich zu bejahen ist (vgl. vorstehend E. 4.4), kann diese Frage nicht offen bleiben. Es ist daher von einer planwidrigen Unvollständigkeit der Gesetzgebung beziehungsweise von einer offenen Lücke auszugehen (BGE 146 III 426 E. 3, insbes. E. 3.1 und 3.3 und BGE 144 II 281 E. 4.5.1, je mit Hinweisen; vgl. zur Begrifflichkeit HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 201–216 mit [kritischen] Hinweisen auf die Entwicklung der Rechtsprechung sowie KRAMER/ARNET, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl. 2024, S. 220 ff.); alleine aus dem Umstand, dass im Postgesetz die Aufgaben der PostCom abschliessend geregelt sind, kann nicht auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers geschlossen werden, umso mehr, als den Materialien nichts entnommen werden kann, was darauf schliessen liesse, der Gesetzgeber habe eine Aufsicht über die Einhaltung der Marktzugangsbeschränkungen stillschweigend ausschliessen wollen.

Es ist im Folgenden Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, die Lücke zu füllen. Massstab hierbei sind die dem Gesetz selbst zu Grunde liegenden Zielsetzungen und Wertungen. Lücken können zudem oftmals auf dem Weg der Analogie oder – die Frage der Zuständigkeit betreffend – auf dem Weg der Kompetenzattraktion geschlossen werden (vgl. BGE 146 III 426 E. 3.1; Urteil des BVGer A-3974/2020 vom 15. Dezember 2020 E. 3.8.3 mit Hinweisen).

5.3

5.3.1 Die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin muss auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sowie wettbewerbsneutral sein, wobei aus dem Gebot der Wettbewerbsneutralität das Verbot der Quersubventionierung folgt (vgl. vorstehend E. 4.3.2 f.).

Der Gesetzgeber hat mit der PostCom eine institutionell unabhängige Regulierungs- und Aufsichtsbehörde eingesetzt und dieser ein Fachsekretariat zur Seite gestellt (Art. 21 PG). Die PostCom befasst sich mit der Funktionsweise des Marktes und mit den notwendigen staatlichen Eingriffen bei Marktversagen. Zu ihren Aufgaben gehört insbesondere die Aufsicht über die Marktordnung und die Grundversorgung. Zudem überwacht sie die Einhaltung der Quersubventionierungsverbots gemäss Art. 19 PG (Art. 22 Abs. 2 Bst. i PG). Die PostCom ist in diesem Rahmen befugt und verpflichtet, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern und die gewollte Marktordnung nötigenfalls mit den ihr zur Verfügung stehenden Sanktionsinstrumenten durchzusetzen (Botschaft Postgesetz, BBl 2009 5181, 5207 f. und 5230 f.).

Die Lücke im Gesetz ist mit Blick auf diese Wertungen und Festlegungen des Gesetzgebers zu schliessen. Die PostCom ist Aufsichtsbehörde über die Marktordnung und zudem positivrechtlich für die Einhaltung einer der vorgenannten Voraussetzungen für die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdegegnerin – die Einhaltung des Quersubventionierungsverbots und damit der Wettbewerbsneutralität – sachlich zuständig. Aufgrund des engen Sachzusammenhangs zur bestehenden positivrechtlichen Zuständigkeitsordnung ist die PostCom in richterlicher Lückenfüllung gesamthaft für die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin für zuständig zu erklären (vgl. in diesem Sinne auch BGE 149 I 2 E. 3, insbes. E. 3.3.4, und Urteil des BGer 1C_297/2018 vom 28. März 2019 E. 3.5).

5.3.2 Jedes andere Ergebnis würde sodann zu einer geteilten Zuständigkeit führen. Eine solche wäre nicht zweckmässig. So ist die PostCom gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. i PG für die Einhaltung des Quersubventionierungsverbots zuständig. Diese positivrechtliche Zuständigkeitsordnung bliebe bestehen und wäre zu beachten; die Zuständigkeitsordnung im öffentlichen Verfahrensrecht ist zwingender Natur, von der grundsätzlich nicht abgewichen werden darf (Urteil des BGer 1C_297/2018 vom 28. März 2019 E. 2.1; vgl. zur ausnahmsweisen Möglichkeit der Kompetenzattraktion 1C_546/2023 vom 13. Mai 2024 E. 4.2 mit Hinweisen). Würde also im Rahmen der richterlichen Lückenfüllung die Vorinstanz als weitere Aufsichtsbehörde im Bereich der Postgesetzgebung oder der Bundesrat als oberste Vollzugsbehörde für das Postorganisationsgesetz für sachlich zuständig erklärt, die Einhaltung der Marktzugangsvoraussetzungen zu prüfen, verbliebe die Zuständigkeit und auch die Verfügungskompetenz positivrechtlich gleichwohl teilweise bei der PostCom; die bestehende

Zuständigkeitsordnung betrifft nicht allein das Einschreiten auf Begehren beziehungsweise Anzeige hin, sondern begründet eine allgemeine behördliche Aufsicht in diesem Bereich (vgl. Art. 19 Abs. 3 PG). Es sprechen mithin auch das Gebot der Rechtssicherheit und (damit) das Bestreben, sich widersprechende Entscheide zu vermeiden, für die PostCom als einzig zuständige Behörde. Selbst wenn der Vorinstanz, wie das Bundesgericht in anderem Zusammenhang erwog, durch Verordnungsrecht eine Auffangzuständigkeit zukäme (vgl. Urteil des BGer 2C_36/2016 vom 31. Juli 2017 E. 4.4) und hierfür eine Bestimmung auf Verordnungsstufe ausreichen würde, wäre zur Vermeidung einer geteilten Zuständigkeit und unter Berücksichtigung der Wertungen des Gesetzgebers die Zuständigkeit der PostCom im Rahmen einer Kompetenzattraktion von der Einhaltung des Quersubventionierungsverbots auf die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin auszudehnen (vgl. Urteil des BVGer A-3974/2020 vom 15. Dezember 2020 E. 3.8.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

5.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass das geltende Recht in Bezug auf die Frage, welche Behörde für die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin (umfassend) zuständig ist, eine Lücke aufweist. Diese ist in richterlicher Lückenfüllung zu schliessen und die Zuständigkeit aufgrund des engen Sachzusammenhangs zur bestehenden positivrechtlichen Zuständigkeitsordnung umfassend der PostCom zuzuweisen.

Die Beschwerdeführerin verlangt, es sei ihr im aufsichtsrechtlichen Verfahren vor der Vorinstanz Parteistellung zu gewähren. Dies setzt jedoch voraus, dass die Vorinstanz in der Sache zuständig ist. Nachdem, wie vorstehend ausgeführt, die PostCom für die Einhaltung der Marktzugangsvoraussetzungen durch die Beschwerdegegnerin umfassend zuständig ist, ist die Beschwerde abzuweisen.

6.

Im Ergebnis sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates wie hier derjenigen der Beschwerdegegnerin verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt: Die Tätigkeit muss auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhen, sie muss im öffentlichen Interesse liegen und sie muss verhältnismässig sowie wettbewerbsneutral sein. Durch das Erfordernis der Wettbewerbsneutralität können Konkurrenten untereinander in eine spezifische Beziehungsnähe versetzt werden. Es kann daher nicht (mehr) gesagt werden, es fehle der Beschwerdeführerin

von vornherein an der für die Parteistellung erforderlichen besonderen Beziehungsnähe zur privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin.

Die Frage, welche Behörde für die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin zuständig ist, findet sich weder im Post- noch im Postorganisationsgesetz geregelt. Es ist von einer echten Lücke als Folge einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes auszugehen. Die PostCom ist positivrechtlich für die Einhaltung des Quersubventionierungsverbots als eine Voraussetzung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin zuständig. Aufgrund des engen Sachzusammenhangs ist die PostCom in richterlicher Lückenfüllung gesamthaft für die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin für zuständig zu erklären. Dem Gesetzgeber steht es freilich zu, eine andere Zuständigkeitsordnung festzulegen, die ebenso effektiven Rechtsschutz ermöglicht.

Die Vorinstanz ist daher nicht (teilweise) zuständig, die Einhaltung der Marktzugangsvoraussetzungen durch die Beschwerdegegnerin zu überwachen. Die Beschwerde ist aus diesem Grund abzuweisen.

7.

7.1 Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Beschwerdeverfahren zu entscheiden.

7.2 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Kosten für das Beschwerdeverfahren in der Regel der unterliegenden Partei. Ausnahmsweise können die Kosten erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Die Kosten für das Beschwerdeverfahren (einschliesslich der Zwischenverfügung vom 14. Dezember 2022) sind unter Berücksichtigung dessen, dass zusätzlich zu der vorliegenden Beschwerde drei weitere Beschwerden mit vergleichbarer Fragestellung zu beurteilen sind, auf Fr. 2'500.– festzusetzen (Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Verfahrenskosten sind der unterliegenden Beschwerdeführerin zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aufzuerlegen. Der Betrag ist dem von der Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 3'000.– geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 500.– ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des

vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Sie hat dem Bundesverwaltungsgericht hierzu ihre Kontoverbindung bekannt zu geben.

7.3 Das Bundesverwaltungsgericht spricht der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Höhe der Parteientschädigung aufgrund einer detaillierten Kostennote oder, wenn keine Kostennote beigebracht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE). Die Entschädigung für die anwaltliche Vertretung wird nach dem zeitlichen Aufwand bemessen, wobei bei der Beurteilung des notwendigen und verhältnismässigen Aufwands nebst der Komplexität der Streitsache auch zu berücksichtigen ist, 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 und 8C_329/2011 vom 29. Juli 2011 E. 6).

Die obsiegende Beschwerdegegnerin hat keine Kostennote eingereicht. Die Höhe der ihr zuzusprechenden Parteientschädigung ist daher aufgrund der Akten zu bestimmen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass vor Bundesverwaltungsgericht insgesamt vier Beschwerden hängig sind, in denen im Wesentlichen dieselben Rechtsfragen zu beurteilen sind und die Parteien jeweils über dieselbe Rechtsvertretung verfügen. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 7'000.– für angemessen. Diese ist der Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu bezahlen. Keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben die unterliegende Beschwerdeführerin und die Vorinstanz (Art. 7 Abs. 1 und Abs. 3 VGKE).

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auferlegt. Der Betrag wird dem von der Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 3'000.– geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Sie hat dem Bundesverwaltungsgericht hierzu ihre Kontoverbindung bekannt zu geben.

3.
Der Beschwerdegegnerin wird eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 6'000.– zugesprochen. Diese ist ihr von der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und an das Generalsekretariat des Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Alexander Misic	Benjamin Strässle

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 Handen 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:

Zustellung erfolgt an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Einschreiben)
– das Generalsekretariat des Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK (Gerichtsurkunde)