



*Diese Verfügung wurde **angefochten**
beim Bundesverwaltungsgericht und
ist **nicht rechtskräftig**.*

Verfügung Nr. 9/2022

vom 16. Juni 2022

der Eidgenössischen Postkommission PostCom

in Sachen

Abacus Research AG

Abacus-Platz 1, 9300 Wittenbach

vertreten durch RA Prof. Dr. iur. Urs Saxer und RA Dr. iur. Daniela Kühne, Steinbrüchel Hüsey, Grossmünsterplatz 8, 8001 Zürich

Anzeigerin

gegen

Schweizerische Post AG

Wankdorfallee 4, 3030 Bern

Beteiligte Partei

betreffend

Aufsichtsbeschwerde betr. Übernahme Aktienmehrheit/Kapitalerhöhung KLARA;
Zuständigkeit der PostCom und Parteistellung der Anzeigerin (Nichteintreten)



I. Sachverhalt

1. Mit Eingabe vom 2. November 2021 reichte die Anzeigerin bei der PostCom eine Aufsichtsbeschwerde gegen die Post CH AG betreffend die Übernahme der Aktienmehrheit von bzw. die Kapitalerhöhung bei KLARA Business AG (nachfolgend: KLARA) ein. Sie beantragte namentlich die Rückgängigmachung der Übernahme der Aktienmehrheit bzw. der Kapitalerhöhung und die Ergreifung von Verwaltungssanktionen nach Art. 25 PG. Eventualiter forderte die Anzeigerin,
 - dass die bisher von KLARA gratis angebotenen Dienstleistungen nur zu mindestens kostendeckenden, marktüblichen Bedingungen angeboten werden dürfe;
 - dass die Angebote von KLARA nicht mehr quersubventioniert werden dürften;
 - dass die Post alle ihre Angebote (Schnittstellen) für andere Marktteilnehmerinnen zu den gleichen Konditionen (gratis) öffnen müsse, wie sie KLARA von der Post erhält;
 - dass die Post ihre Marketingaktionen zugunsten KLARA oder ihrer Angebote mit alleinigem Fokus auf KLARA einstelle.

Darüber hinaus beantragte die Anzeigerin die Parteistellung sowie Akteneinsicht in sämtliche Verfahrensakten. Die Anzeigerin begründete Ihre Anträge namentlich mit einer generellen Aufsichtsfunktion der PostCom im Postmarkt bzw. für die Belange der Schweizerischen Post, die auch die Prüfung des Umfangs des Unternehmenszwecks der Post umfasse. In diesem Zusammenhang rügte die Anzeigerin eine Verletzung des Legalitätsprinzips nach Art. 5 Abs. 1 BV, weil die Post mit der Übernahme von KLARA ihren Unternehmenszweck, der aus den Grundversorgungsaufträgen im Postgesetz ableitbar sei, verletze. Weitere Rügen betreffen namentlich die Verletzung des Quersubventionsverbots, einen Verstoss gegen das Vielfaltsgebot und eine Verletzung des Öffentlichkeitsprinzips nach BGÖ.

2. Mit Eingabe vom 22. Dezember 2021 reichten die Rechtsvertreter der Anzeigerin eine in weiten Teilen gleichlautende Aufsichtsbeschwerde für Aussenwerbung Schweiz AWS sowie Clear Channel Schweiz AG gegen die Post betreffend die Übernahme von Livesystems AG ein. Die beiden Aufsichtsbeschwerden wurden in der Folge von der PostCom parallel behandelt.
3. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2021 reichte die Anzeigerin ein Gutachten betreffend Umfang und Zulässigkeit der Wettbewerbsdienste der Post von Prof. Dr. Felix Uhlmann ein. Dieses stellt eine Verletzung des Unternehmenszwecks der Post gemäss Art. 3 POG in mehreren Bereichen, in denen KLARA tätig ist, fest.
4. Mit Schreiben vom 24. März 2022 informierte die PostCom die Anzeigerin, dass sie aufgrund der Vorbringen das Vorliegen einer möglichen Quersubventionierung im Sinne der Postgesetzgebung abkläre. Darüber hinaus bezeichnete sich die PostCom als nicht zuständig, die übrigen Rügen zu prüfen. Auch lehnte die PostCom die Zuerkennung der Parteistellung der Anzeigerin ab.
5. Mit Schreiben vom 29. März 2022 beantragte die Anzeigerin bei der PostCom eine anfechtbare Verfügung.
6. Die PostCom ersuchte die Anzeigerin mit Schreiben vom 31. März 2022, ihre Anträge und Begründung angesichts der aufgezeigten Rahmenbedingungen und der in den Medien kolportierten Eingabe der Anzeigerin bei der WEKO zu präzisieren. Weiter ging die PostCom davon aus, dass die Anzeigerin Ihre Ausführungen den Unternehmenszweck betreffend durch die Einreichung des Gutachtens von Prof. Felix Uhlmann implizit korrigieren wollte.
7. Die Anzeigerin reichte mit Eingabe vom 8. April 2022 eine ergänzende Stellungnahme ein. Zusätzlich zu den Anträgen vom 2. November 2021 beantragte sie sinngemäss, dass sich die PostCom mit dem BAKOM vorab über die Zuständigkeit zu einigen und einen Entscheid darüber zu treffen habe. Sie legte ihrer Eingabe eine Aufsichtsbeschwerde vom 31. März 2022 bei, die sie beim BAKOM eingereicht hatte. Zudem präziserte sie ihre Ausführungen zur Zuständigkeit

der PostCom in Bezug auf die Prüfung einer Verletzung des Unternehmenszwecks sowie des Vielfaltgebots.

8. Im Mai und Juni tauschte sich das Fachsekretariat der PostCom mit dem BAKOM mehrmals telefonisch über das Vorgehen bei der Behandlung der Aufsichtsbeschwerden aus.

II. Erwägungen

9. Gemäss Art. 71 Abs. 1 VwVG kann jeder der Aufsichtsbehörde Tatsachen anzeigen, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten von Amtes wegen erfordern. Die Aufsichtsbeschwerde ist formlos, subsidiär und verleiht gemäss Art. 71 Abs. 2 VwVG keine Parteistellung.
10. Die Zuständigkeit der PostCom ist in Art. 22 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (PG; SR 783.0) abschliessend geregelt (vgl. Urteil A-173/2015 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juni 2015, E 6.1.2). Die Aufgabe der PostCom besteht vorrangig darin, das Geschehen im Postmarkt zu regulieren und zu beaufsichtigen. Ihre Zuständigkeiten sind dabei auf Fragen, die sich aus der Anwendung der Postgesetzgebung ergeben, beschränkt. Für Fragen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, insbesondere in Fällen unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, sind die allgemeinen Wettbewerbsbehörden, die WEKO sowie der Preisüberwacher, zuständig (vgl. Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Postgesetz, BBl 2009 5228, ad Art. 25).
11. Die Anzeigerin geht davon aus, dass die Aufzählung der Aufgaben der PostCom in Art. 22 Abs. 2 und 3 PG nicht abschliessend sei und verweist auf Art. 24 Abs. 1 PG, gemäss welchem die PostCom für die Einhaltung des internationalen Rechts, des Postgesetzes und der Ausführungsbestimmungen zuständig sei. Die Überwachung der Einhaltung dieser Gesetzgebung durch die PostCom erfolgt gemäss Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 PG jedoch ausschliesslich im Rahmen ihrer Aufgaben. Die Bestimmung nimmt somit Bezug auf Art. 22 Abs. 2 PG. Vorbringen, die nicht mit den Aufgaben gemäss Abs. 2 Bst. a-m sowie Abs. 3 in Verbindung gebracht werden können, fallen nicht in den Zuständigkeitsbereich der PostCom. Somit lässt sich entgegen der Auffassung der Anzeigerin eine generelle Aufsicht bezüglich aller in der Postgesetzgebung geregelten bzw. die Post betreffenden Belange nicht konstruieren.
12. Die Anzeigerin rügt eine Verletzung des Leistungsauftrags der Post und stützt sich dabei auf die Rechtsgrundlagen für die postalische Grundversorgung gemäss Art. 13-17 PG. Die Aufsicht über die Einhaltung des gesetzlichen Auftrages zur Grundversorgung ist gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. e PG eine Aufgabe der PostCom. Allerdings beanstandet die Anzeigerin nicht, dass die Post die postalische Grundversorgung nicht in ausreichender Form erbracht habe. Vielmehr bringt sie vor, dass die Post mit der Übernahme von KLARA und der Implementierung von deren Softwaredienstleistungen in das eigene Angebot den Leistungsauftrag der Post überschreite. Die Anzeigerin erkennt dabei, dass die Vorgaben in Art. 13-17 PG und die sich darauf stützenden Ausführungsbestimmungen in der Postverordnung vom 29. August 2012 (VPG; SR 783.01) einzig bezwecken, die postalische Angebote und deren Qualität, welche die Post zwingend zu erbringen hat, zu bestimmen. Kein Ziel der postalischen Grundversorgung ist es, das Leistungsangebot der Post darauf zu beschränken. Der Unternehmenszweck der Post ist hingegen in Art. 3 des Postorganisationsgesetzes vom 17. Dezember 2010 (POG; SR 783.1) festgelegt, wie dies im nachträglich eingereichten Gutachten von Prof. Uhlmann vom 28. Dezember 2021 korrekterweise aufgezeigt wird. In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 8. April 2022 hält die Anzeigerin hingegen an ihrer ursprünglichen Argumentation fest. Indem die Anzeigerin beanstandet, dass die Post als Unternehmen im staatlichen Eigentum und mit einem Monopol versehen, sich in neue, branchenfremde Märkte ausdehnt, beruft sie sich implizit auf eine Verletzung des Postorganisationsgesetzes und nicht des Postgesetzes. Die Anwendung des POG gehört jedoch nicht zu den Aufgaben der PostCom (Art. 22 und 24 PG e

contrario), ebensowenig wie die von der Anzeigerin gerügten Marktverzerrungen. Die PostCom hat nach Art. 22 PG keine Kompetenz, die Einhaltung von Art. 3 POG zu beaufsichtigen.

13. Die Anzeigerin rügt weiter eine Verletzung des Vielfaltgebots und stützt sich dabei auf Art. 22 Abs. 2 Bst. I PG. Damit will sie veranlassen, dass die PostCom das (kostenlose) Softwareangebot der Post bzw. von KLARA namentlich in den Bereichen Onlinebuchhaltung, Kundendatenverwaltung, Lohnadministration, etc. unterbindet. Sie geht sinngemäss davon aus, dass diese Produkte Teil des Postmarktes darstellen, wenn die Post sie direkt oder über ihre Tochtergesellschaft anbietet.
Art. 22 Abs. 2 Bst. I PG besagt, dass die PostCom die Entwicklungen des *Postmarktes* im Hinblick auf eine vielfältige, preiswerte und qualitativ hochstehende Versorgung aller Landesteile beobachtet. Der Postmarkt wird im Postgesetz nicht direkt definiert; der Gegenstand des Postgesetzes wird jedoch in Art. 1 Abs. 1 PG einerseits durch den Prozess, andererseits durch die Produkte bestimmt (vgl. auch Botschaft zum Postgesetz, ad Art. 1). Als Postdienste gelten das gewerbsmässige Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren sowie das Zustellen von Postsendungen (Art. 2 Bst. a PG). Dieser Prozess wird auch als Beförderung von Postsendungen verstanden. Unter Postsendungen (Produkte) sind adressierte Sendungen in der endgültigen Form, in der sie von einer Postdiensteanbieterin übernommen werden, zu verstehen, namentlich Briefe bis 2 kg, Pakete bis 30 kg sowie Zeitungen und Zeitschriften (Art. 2 Bst. b PG). Die von der Anzeigerin aufgeführten Dienstleistungen bzw. Softwareprodukte haben keinerlei Bezug zu Postdiensten bzw. Postsendungen und können deshalb nicht dem Postmarkt zugeordnet werden. Damit liegt auch keine Zuständigkeit der PostCom gestützt auf Art. 22 Abs. 2 Bst. I PG vor. Ohnehin bezieht sich die Aufgabe nach Art. 22 Abs. 2 Bst. I PG auf die Sammlung und Auswertung von Informationen zwecks Information der Öffentlichkeit und des Bundesrates über den Postmarkt. Eine Aufsichtskompetenz gegenüber der Post ist damit jedoch nicht verbunden.
14. Auch für die weiteren, über eine Verletzung des Quersubventionierungsverbots hinausgehenden Rügen der Anzeigerin liegt keine Zuständigkeit der PostCom vor, namentlich auch nicht bezüglich der beanstandeten Wettbewerbsbeschränkungen und der Verletzung des Öffentlichkeitsprinzips.
15. Gemäss Art. 9 Abs. 2 VwVG tritt eine Behörde, die sich als unzuständig erachtet, durch Verfügung auf die Sache nicht ein, wenn eine Partei die Zuständigkeit behauptet. Mit Schreiben vom 29. März sowie ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 8. April 2022 verlangte die Anzeigerin explizit den Erlass einer Verfügung der PostCom über deren Zuständigkeit für die Anträge 1-5 bzw. die damit in Zusammenhang stehenden Anträge 1-3. Mangels Zuständigkeit bezüglich den über das Quersubventionierungsverbot hinausgehenden Rügen ist auf die Anträge 1-5 der Anzeigerin und die sich darauf beziehenden prozessualen Anträge 1-3 aufgrund der oben aufgeführten Erwägungen somit nicht einzutreten.
16. Die Anzeigerin beantragt weiter die Zuerkennung von Parteirechten. Angesichts der Zuständigkeitsordnung kann die Parteistellung nur im Zusammenhang mit der Prüfung der Einhaltung des Quersubventionierungsverbots im Einzelfall geprüft werden. Die Aufsichtsbeschwerde verleiht der Anzeigerin keine Parteistellung (Art. 71 Abs. 2 VwVG). Die Zuerkennung der Parteistellung richtet sich nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG.
17. Die Anzeigerin ist eine Anbieterin von Softwarelösungen und damit eine Konkurrentin der von der Post übernommenen KLARA Business AG. Dies wird auch klar von der Anzeigerin in ihren Eingaben bestätigt. Sie verlangt deshalb unter anderem, im Rahmen eines Eventualantrages in der Aufsichtsbeschwerde vom 2. November 2021, dass die Post CH AG die Angebote von KLARA Business AG nicht mehr quersubventionieren dürfe. Es ist nachvollziehbar, dass eine allfällige Quersubventionierung der Angebote von KLARA billigere Preise ermöglichen könnte, was KLARA gegenüber den Konkurrenten einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte.

18. Das Konkurrenzverhältnis begründet jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen eine besondere, schutzwürdige Beziehungsnähe und damit eine Parteistellung der Konkurrentin. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (139 II 328, Erw. 3.3) «sind Konkurrenten nicht schon aufgrund der blossen Befürchtung, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, beschwerdebefugt; diese Art des Berührtseins liegt vielmehr im Prinzip des freien Wettbewerbs. Erforderlich ist 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 (Urteil 2C_694/2009 vom 20. Mai 2010 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 136 II 291; vgl. auch BGE 135 II 243 E. 1.2 S. 246 f.; MOOR/POLTIER, Droit administratif, Bd. II, 3. Aufl. 2011, S. 740). Ferner ist ein Konkurrent beschwerdebefugt, soweit er geltend macht, andere Konkurrenten würden privilegiert behandelt. Hingegen kann das blosse allgemeine Interesse der Konkurrenten, dass die für alle geltenden Vorschriften gegenüber den anderen Wirtschaftsteilnehmern korrekt angewendet werden, keine Beschwerdebefugnis begründen (BGE 125 I 7 E. 3g/bb S. 11 f.; BGE 123 II 376 E. 4b/bb S. 380 f.), und zwar auch nicht zugunsten der Konkurrenten, welche befürchten, infolge einer angeblich rechtswidrigen Zulassung neuer Produkte einen Umsatzrückgang zu erleiden (BGE 123 II 376 E. 5b S. 382 ff.; Urteil 2C_348/2011 vom 22. August 2011 E. 2.3). Konkurrenten sind sodann nicht beschwerdebefugt, wenn sie nicht eine Dritten zugestandene Begünstigung rügen, sondern im Gegenteil verhindern wollen, dass - ohne Vorliegen einer "Schutznorm" im genannten Sinne - Dritten das zugestanden wird, was ihnen auch zusteht (BGE 131 I 198 E. 2.6 S. 203 ff.). Eine Beziehungsnähe könnte somit angenommen werden, wenn die Verletzung einer Schutzbestimmung für Marktteilnehmer vorliegen würde. Zuständig ist die PostCom zur Prüfung der Einhaltung des Quersubventionierungsverbots (Art. 22 Abs. 2 Bst. i PG). Die PostCom kann auf Anzeige hin oder von Amtes wegen die Post verpflichten, den Nachweis im Einzelfall zu erbringen (Art. 19 Abs. 3 PG). Die Prüfung dieses Nachweises erfolgt in Anwendung von Art. 55 Abs. 4 und 5 i.V.m Art. 48 VPG. Weitergehende Prüfungen können von der PostCom im Verfahren nach Art. 19 Abs. 3 PG nicht vorgenommen werden. Das Quersubventionierungsverbot in Art. 19 Abs. 1 PG stellt jedoch keine solche Schutzbestimmung dar. Dies zeigt sich schon aus dem Wortlaut von 19 Abs. 3 PG, der von einer Prüfung im Einzelfall auf Anzeige hin – und nicht auf Antrag – spricht. Der Gesetzgeber ging somit nicht davon aus, dass die Anzeiger in diesem Bereich über Parteirechte verfügen sollen. Mangels Parteistellung fehlt es an der Legitimation der Anzeigerin, Anträge zu stellen. Somit ist auch nicht auf die diesbezüglichen Anträge der Anzeigerin einzutreten.
19. Zusammengefasst tritt die PostCom mangels Legitimation der Anzeigerin nicht auf deren Anträge vom 2. November 2021, 31. März 2022 und 8. April 2022 ein. Damit unterliegt die Anzeigerin im vorliegenden Verfahren vollumfänglich.
20. Die PostCom erhebt kostendeckende Verwaltungsgebühren für ihre Verfügungen und Dienstleistungen (Art. 30 Abs. 1 PG), nach Zeitaufwand gemäss den Gebührenansätzen in Art. 3 iVm. Art. 4 Abs. 2 des Gebührenreglements der PostCom vom 26. August 2013 (SR 783.018). Die Gebühren für die vorliegende Verfügung betragen 990 Franken und sind von der Anzeigerin zu tragen. Eine Parteikostenentschädigung wird bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht gesprochen.

III. Entscheid

1. Auf die Anträge der Anzeigerin vom 2. November 2021, 31. März 2022 und 8. April 2022 wird im Sinne der Erläuterungen nicht eingetreten.
2. Die Verfahrenskosten von 990 Franken werden der Anzeigerin auferlegt.

Eidgenössische Postkommission

Anne Seydoux-Christe
Präsidentin

Michel Noguét
Leiter Fachsekretariat

Zu eröffnen (Einschreiben mit Rückschein):

Abacus Research AG,
vertreten durch RA Prof. Dr. iur. Urs Saxer und RA Dr. iur. Daniela Kühne, Steinbrüchel Hüssy, Gross-
münsterplatz 8, 8001 Zürich

Kopie an:

Schweizerische Post AG, Wankdorfallee 4, 3030 Bern
Bundesamt für Kommunikation, Sektion Post

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Eröffnung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen.

Die Frist steht still: Vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern; vom 15. Juli bis und mit dem 15. August; vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.

Versand: 21. Juni 2022