



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Prof. Dr. Andreas Stöckli, RA
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht
Universität Freiburg
Av. Beauregard 1
1700 Freiburg

andreas.stoeckli@unifr.ch
+41 26 300 81 62

Kurzgutachten

betreffend

Unternehmenszweck der Schweizerischen Post AG

erstellt im Auftrag der Schweizerischen Post AG

Freiburg, 24. April 2022

Prof. Dr. Andreas Stöckli, Universität Freiburg

Inhaltsverzeichnis

Summary	3
A. Gutachtensauftrag	5
B. Grundlagen.....	6
I. Verfassungsrechtlicher Rahmen.....	6
1. Vorbemerkungen.....	6
2. Zuständigkeit des Bundes	6
3. Wirtschaftsfreiheit.....	8
II. Verwaltungsrechtliche Grundlagen	10
1. Rechtsform und Unternehmenszweck.....	10
2. Spezialitätsprinzip und Zulässigkeit von Annex Tätigkeiten	12
C. Gesetzliche Umschreibung des Tätigkeitsbereichs der Post.....	15
I. Grundversorgungsauftrag gemäss Postgesetz	15
II. Unternehmenszweck gemäss Art. 3 Postorganisationsgesetz	16
1. Überblick.....	16
2. Annex Tätigkeiten im Besonderen	19
a) Zweck der Annex Tätigkeiten.....	19
b) Anknüpfung an die Wettbewerbsdienste gemäss alter Postgesetzgebung	21
c) Weitere Hinweise in der Botschaft zum POG	24
d) Vorgaben in den strategischen Zielen des Bundes.....	24
3. Zwischenfazit.....	26
D. Beurteilung konkreter Tätigkeiten	29
I. Tätigkeiten im digitalen Werbemarkt, insb. Brings Labs AG und Livesystems Group AG.....	29
1. Umschreibung des Tätigkeitsfelds	29
2. Rechtliche Würdigung	30
II. Tätigkeiten im Bereich des vertraulichen Transports von digitalen Informationen, insb. Klara Business AG.....	31
1. Umschreibung des Tätigkeitsfelds	31
2. Rechtliche Würdigung	32
III. Tätigkeiten im Bereich des vertraulichen Transports von digitalen Informationen, insb. Tresorit AG.....	34
1. Umschreibung des Tätigkeitsfelds	34
2. Rechtliche Würdigung	34
IV. Tätigkeiten im Bereich des vertraulichen Transports von digitalen Informationen, insb. Dialog Verwaltungs-Data AG	34
1. Umschreibung des Tätigkeitsfelds	34
2. Rechtliche Würdigung	35
E. Schlussbemerkungen	35
Literatur / Materialien	37

Summary

Die Post hat in den vergangenen Jahren – zum Teil via Beteiligungsgesellschaften – ihre Geschäftsaktivitäten laufend weiterentwickelt und neue Geschäftsfelder erschlossen. Diese Diversifizierung der Geschäftstätigkeit ist unter anderem auch auf veränderte Marktentwicklungen und damit einhergehend auf den Umstand zurückzuführen, dass die Umsätze der Post in den angestammten Geschäftsbereichen zurückgehen. In diesem Kurzgutachten erfolgte eine Beurteilung der Rechtskonformität von verschiedenen Aktivitäten der Post bzw. von Postkonzerngesellschaften in den Bereichen des digitalen Werbemarkts und des vertraulichen Transports von digitalen Informationen. Im Vordergrund stand dabei die Frage der Vereinbarkeit dieser Tätigkeiten mit Art. 3 Postorganisationsgesetz (POG). ¹

Von zentraler Bedeutung für die Bestimmung des Tätigkeitsfelds der Post ist die Umschreibung des Unternehmenszwecks in Art. 3 POG. Der Zweckartikel nach Art. 3 POG legt fest, was die Post und ihre Konzerngesellschaften machen dürfen und was nicht. Hinsichtlich des Tätigkeitsfelds der Post unterscheidet Art. 3 POG zwischen «Hauptgeschäftsbereichen» (Beförderung von Postsendungen, Finanzdienstleistungen und Personentransport), Annex Tätigkeiten («damit zusammenhängende Dienstleistungen») sowie der effizienteren Randnutzung bestehender Infrastruktur. Von Bedeutung ist weiter, dass der zugewiesene Aufgabenbereich der Post in Art. 3 POG nicht durch Unterbeteiligungen oder Tochtergesellschaften unterlaufen werden darf; solche müssen sich vielmehr ebenfalls im Rahmen von Art. 3 POG bewegen. Während die «Hauptgeschäftsbereiche» an die Grundversorgungsaufträge der Post anknüpfen (in Bezug auf die Postdienst- und Finanzdienstleistungen sind diese im Postgesetz verankert), besteht eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich der Frage, welche Annex Tätigkeiten die Post gestützt auf Art. 3 POG zulässigerweise wahrnehmen darf. ²

Nach der im vorliegenden Kurzgutachten vertretenen und begründeten Auffassung liegt dem Zweckartikel nach Art. 3 POG nicht nur ein weites Verständnis (insbesondere auch hinsichtlich des Umfangs der Annex Tätigkeiten) zugrunde, sondern er ist – im Sinne einer dynamischen Interpretation – auch so auszulegen, dass er es der Post erlauben soll, auf künftige Entwicklungen (wie etwa die Digitalisierung) flexibel reagieren zu können. Klare Grenzen sind der Post dort gesetzt, wo Tätigkeiten durch den Gesetzgeber ausdrücklich untersagt worden sind bzw. wo Tätigkeiten in keinem sachlich zu begründenden Zusammenhang zu den Haupttätigkeiten mehr stehen. Ein enges Verständnis der Annex Tätigkeiten ergibt sich auch nicht im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung: Das Verständnis desjenigen Bereichs, der durch den Begriff «Postwesen» (heute Art. 92 Abs. 1 BV) abgedeckt ist, hat sich seit der Bundesstaatsgründung stetig erweitert und war einem erheblichen Wandel unterworfen. Tätigkeiten im Bereich der digitalen Informationsübermittlung können des Weiteren unter Umständen auf die Kompetenz des Bundes im Fernmeldewesen (ebenfalls Art. 92 Abs. 1 BV) oder auf jene im Bereich von Radio und Fernsehen (Art. 93 Abs. 1 BV) abgestützt werden. Auch lassen sich – ³

folgt man dem «Glarnersach»-Urteil des Bundesgerichts – aus der Wirtschaftsfreiheit kaum klare Grenzen hinsichtlich des Aktionsradius von öffentlichen Unternehmen ableiten, solange die Vorgaben an ein wettbewerbsneutrales Verhalten beachtet werden. So hat das Bundesgericht im «Glarnersach»-Entscheid mit Blick auf die institutionelle Komponente der Wirtschaftsfreiheit sogar betriebswirtschaftliche Gründe einer Geschäftsfelderweiterung als ein «sachlich haltbares Ziel» angesehen.

4 Dieses Auslegungsergebnis (weites und zukunftsoffenes Verständnis des Zweckartikels und der Annexstätigkeiten) wird bestätigt durch allgemeine Überlegungen zur Auslegung von Zweckbestimmungen von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften sowie zur Bedeutung der strategischen Ziele des Bundes für die Post im Rahmen der Auslegung des Zweckartikels: So sind Zweckumschreibungen von (privatrechtlichen und spezialgesetzlichen) Aktiengesellschaften weit auszulegen, wobei Geschäfte erst dann ausserhalb des Zwecks einer Gesellschaft liegen, wenn sie durch die Zweckumschreibung geradezu ausgeschlossen werden. Weiter konnte aufgezeigt werden, dass die strategischen Ziele des Bundes für die Post bei der Frage, ob sich eine Tätigkeit der Post noch im Rahmen des gesetzlichen Unternehmenszwecks bewegt, nicht unberücksichtigt gelassen werden dürfen, zumal der Unternehmenszweck der Post in Art. 3 POG – insbesondere was die Annexstätigkeiten anbelangt – ziemlich offen formuliert ist und dem Bundesrat bei der Konkretisierung des Unternehmenszwecks im Rahmen der strategischen Ziele, die für den Verwaltungsrat der Post zumindest eine gewisse faktische Wirkung entfalten, ein gewisser Gestaltungsspielraum zukommt. Die strategischen Ziele des Bundes für die Post 2021–2024 sehen denn etwa vor, dass die Post «in ihrem Kerngeschäft in den Geschäftsfeldern Kommunikation und Logistik, Finanzdienstleistungen und Personenverkehr qualitativ hochstehende, marktfähige und innovative Produkte, Dienstleistungen und Lösungen in physischer und elektronischer Form an[bietet]; sie generiert dabei ein rentables Wachstum und stärkt durch Effizienzsteigerungen die Ertragskraft des Unternehmens» (Ziff. 1.2). Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutsam ist weiter die Vorgabe in den aktuellen strategischen Zielen des Bundes für die Post, dass diese «im Geschäftsfeld Kommunikation und Logistik die führende Marktstellung im Bereich der nationalen und grenzüberschreitenden Brief- und Paketpost sicher[stellt] und [...] moderne Kommunikations- und Logistikbedürfnisse durch die Entwicklung zeitgemässer Angebote insbesondere im Bereich des Informations- und Datenverkehrs ab[deckt]» (Ziff. 1.3).

5 Vor diesem Hintergrund können die vorliegend zu beurteilenden Tätigkeiten in den Bereichen der digitalen Werbung und der digitalen Informationsaufbereitung und -übermittlung grundsätzlich als konform mit dem Zweckartikel nach Art. 3 POG eingestuft werden. Diese Tätigkeiten sind als zulässige Annexstätigkeiten anzusehen. Ein Zusammenhang zu den Haupttätigkeiten lässt sich begründen.

A. Gutachtensauftrag

Die Schweizerische Post AG (nachfolgend: Post) hat in den vergangenen Jahren zum Teil via 6
Beteiligungsgesellschaften Geschäftsfelder diversifiziert und neue erschlossen. So ist die Post
etwa Beteiligungen an Unternehmen eingegangen, die Tätigkeiten im digitalen Werbemarkt,
im Bereich des vertraulichen Transports von digitalen Informationen oder im Bereich des E-
Government ausüben. Diese Diversifizierung der Geschäftstätigkeit, die unter anderem auf ver-
änderte Marktentwicklungen und damit einhergehend auf den Umstand zurückzuführen ist,
dass die Umsätze der Post in den angestammten Geschäftsbereichen zurückgehen, ist politisch
und rechtlich nicht unumstritten. In diesem Kurzgutachten soll eine Beurteilung der Rechtskon-
formität von verschiedenen konkreten Aktivitäten der Post bzw. von Postkonzerngesellschaften
vorgenommen werden, wobei die Vereinbarkeit mit Art. 3 Postorganisationsgesetz (POG)¹ im
Vordergrund steht.² Folgende Tätigkeiten sind konkret zu beurteilen:

- Tätigkeiten auf dem digitalen Werbemarkt, insbesondere der Livesystems Group AG
sowie der Bring! Labs AG;
- Tätigkeiten im Bereich des vertraulichen Transports von digitalen Informationen (In-
formationslogistik), insbesondere der Klara Business AG, der Tresorit AG sowie der
Dialog Verwaltungs-Data AG.

Die in diesem Gutachten verwendeten Umschreibungen der Tätigkeitsfelder der einzelnen Ge- 7
sellschaften basieren auf den Angaben der Auftraggeberin. Es wurden keine darüberhinausge-
henden Recherchen und Überprüfungen vorgenommen.

Bevor die rechtliche Beurteilung der einzelnen Tätigkeitsfelder erfolgt (D.), sind die verfas- 8
sungs- und verwaltungsrechtlichen Grundlagen zu erarbeiten (B.) und ist in allgemeiner Weise
auf die gesetzliche Umschreibung des Tätigkeitsbereichs der Post einzugehen (C.). Schlussbe-
merkungen runden das Kurzgutachten ab (E.).

¹ Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG) vom 17. De-
zember 2010 (SR 783.1).

² Nicht Gegenstand dieses Kurzgutachtens bildet die Frage der wettbewerbsneutralen Ausgestaltung der Ak-
tivitäten der Post.

B. Grundlagen

I. Verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Vorbemerkungen

9 Im vorliegenden Kurzgutachten steht die Vereinbarkeit von verschiedenen Tätigkeiten der Post bzw. von deren Konzerngesellschaften mit Art. 3 POG im Vordergrund. Die nachfolgenden Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Tätigkeiten der Post beschränken sich demnach auf einige Hinweise. Es ist in der gebotenen Kürze auf die für die vorliegende Fragestellung relevanten verfassungsrechtlichen Kompetenzen des Bundes sowie auf die Anforderungen, die sich aus der Wirtschaftsfreiheit ergeben, einzugehen.

10 Als Vorbemerkung ist weiter darauf hinzuweisen, dass im Sinne der systematischen, verfassungskonformen Auslegung bei der Interpretation des Unternehmenszwecks der Post nach Art. 3 POG die nachfolgenden verfassungsrechtlichen Leitplanken zu berücksichtigen sind, wobei freilich auch zu betonen ist, dass trotz einer allfälligen Verfassungswidrigkeit von Art. 3 POG diese Norm aufgrund von Art. 190 BV für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend ist.³

2. Zuständigkeit des Bundes

11 Der Bund darf aufgrund von Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV nur diejenigen Aufgaben erfüllen, für die ihn die Bundesverfassung für zuständig erklärt. Aufgrund des Vorrangs der Bundesverfassung vor Bundesgesetzen ist es erforderlich, dass sich der durch das POG oder allfällige andere Rechtssätze des Bundes umschriebene Zweck der Post oder einzelner ihrer Konzerngesellschaften im Rahmen jener Aufgaben bewegen muss, welche die Bundesverfassung dem Bund zugewiesen hat. M.a.W. muss sich Art. 3 POG (Unternehmenszweck) im Rahmen der dem Bund durch die Bundesverfassung zugewiesenen Aufgaben bewegen. Aus Kompetenzgründen darf der Bund durch seine Eigenverwaltung oder als Inhaber von Unternehmen nur solche Tätigkeiten ausüben, die sich auf seine verfassungsrechtlichen Kompetenzen zurückführen lassen.⁴ Mit Blick auf die verfassungsrechtliche Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen ebenfalls als zulässig erscheinen sog. «Annexstätigkeiten», sofern für die «Hauptstätigkeiten» eine verfassungsrechtliche Grundlage besteht.⁵

12 Nach der beachtenswerten – aber wohl nicht unbestrittenen – Auffassung von MARTENET muss die Bundesverfassung in Bezug auf die Frage, welche privatwirtschaftlichen Tätigkeiten öffentliche Unternehmen des Bundes mit Blick auf die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen zulässigerweise ausüben dürfen, differenziert ausgelegt werden, indem zwischen den «Aufgaben

³ Die Verfassungsmässigkeit von Art. 3 POG wird etwa von BOUCHER-KIND, Staatliche Marktteilnahme, RN 648 f., kritisch beurteilt.

⁴ So auch BJ, Gutachten Postbank, S. 133, in Bezug auf die Führung einer Bank durch ein Unternehmen, dessen Inhaber der Bund ist.

⁵ Vgl. dazu ausführlicher nachfolgend N 24 ff., 44 ff.

des Bundes» einerseits und den «wirtschaftlichen Tätigkeiten», welche die öffentlichen Unternehmen in Konkurrenz zur Privatwirtschaft ausüben dürfen, andererseits unterschieden wird. «Wirtschaftliche Tätigkeiten» bedürfen nach dieser Auffassung keiner (ausdrücklichen) verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlage; sie seien mit Blick auf die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen zulässig, sofern gewisse Voraussetzungen (Zusammenhang zwischen Aufgabe und wirtschaftlichen Tätigkeiten; keine Beeinträchtigung der Aufgabe; allenfalls quantitative Restriktionen) gegeben seien. Deshalb kommt dieser Autor zum Schluss, dass die Vergabe von Krediten und Hypotheken durch PostFinance eine hinreichende verfassungsrechtliche Grundlage habe.⁶

In Bezug auf die Tätigkeiten der Post steht die Zuständigkeit des Bundes im Postwesen ¹³ (Art. 92 BV) im Vordergrund. Seit der Bundesstaatsgründung hat sich – aufgrund des technologischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandels – das Verständnis desjenigen Bereichs, der den Begriff des «Postwesens» ausmacht, stetig erweitert.⁷ Dem Bundesgesetzgeber steht bei der Konkretisierung des Begriffs des «Postwesens» ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum zu.⁸ In der aktuellen Verfassungsrechtslehre werden darunter insbesondere die hergebrachten Postdienste, d.h. das Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren und Zustellen von Postsendungen (namentlich Briefe, Pakete, Zeitungen und Zeitschriften), der Zahlungsverkehr sowie die regelmässig und gewerbsmässig betriebene Personenbeförderung (soweit sie nicht durch eine spezifische Verfassungsbestimmung [Art. 87, Art. 81a BV] erfasst wird) subsumiert.⁹

Umstritten ist die Frage, ob der Bund neben dem Zahlungsverkehr gestützt auf Art. 92 und ¹⁴ Art. 98 BV (via eigene Unternehmen) weitere Finanzdienstleistungen erbringen darf.¹⁰ Da vorliegend insbesondere Tätigkeiten im Bereich der digitalen Informationsübermittlung zu beurteilen sind, ist auf diese Frage an dieser Stelle nicht näher einzugehen.

Zu ergänzen ist, dass für die Tätigkeiten der Post nicht nur auf die Zuständigkeit im «Postwesen» ¹⁵, sondern auch auf jene im «Fernmeldewesen» (ebenfalls Art. 92 Abs. 1 BV) Bezug genommen werden kann. Das Fernmeldewesen «umfasst die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen, d.h. das elektrische, magnetische, optische oder anderweitig elektromagnetische Senden oder Empfangen über Leitungen oder Funk, soweit die Informationen nicht an die Allgemeinheit gerichtet sind (insb. Telefon, Telefax, E-Mail etc.)»¹¹. Die Regelungskompetenz im Fernmeldewesen bezieht sich allerdings nur auf die fernmeldetechnischen Vorgänge im Zusammenhang mit der Kommunikation, nicht hingegen auf die Regelung der Inhalte derselben.¹² Art. 92 BV ist abzugrenzen von der Bundeszuständigkeit für Radio und Fernsehen

⁶ Vgl. MARTENET, Rechtsgutachten Postfinance, passim.

⁷ Vgl. BURCKHARDT, Kommentar BV, S. 308 ff.; vgl. auch LENDI, Kommentar zu Art. 36 BV 1874, RN 8 ff.

⁸ Vgl. auch LENDI, Kommentar zu Art. 36 BV 1874, RN 8 («Der Begriff des Postwesens [...] ist unbestimmt gehalten und auslegungs- resp. konkretisierungsbedürftig.»).

⁹ BSK BV-KERN, Art. 92 RN 5; vgl. auch OFK BV-BIAGGINI, Art. 92 RN 4.

¹⁰ Vgl. dazu etwa die folgenden, sich widersprechenden Gutachten: BJ, Gutachten Postbank, passim; MARTENET, Rechtsgutachten Postfinance, passim.

¹¹ BSK BV-KERN, Art. 92 RN 6.

¹² BSK BV-KERN, Art. 92 RN 6.

nach Art. 93 BV, wobei die fernmeldetechnischen Aspekte von Radio, Fernsehen und anderen Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen ebenfalls von Art. 93 BV erfasst werden.¹³ In Bezug auf die Internetkommunikation ist zumindest die eigentliche Datenübertragung als Fernmeldedienst zu betrachten.¹⁴ Es können deshalb grundsätzlich auch Tätigkeiten im Bereich der digitalen Informationsübermittlung unter das «Post- und Fernmeldewesen» nach Art. 92 BV subsumiert werden. Sofern es um die fernmeldetechnische Verbreitung von Radio, Fernsehen oder anderen audiovisuellen Angeboten geht, kann ausserdem auf Art. 93 BV Bezug genommen werden.¹⁵

3. *Wirtschaftsfreiheit*

16 Tätigkeiten des Staats bzw. von öffentlichen Unternehmen, die in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV fallen, sind des Weiteren an diesem Grundrecht und am Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 BV zu messen.¹⁶ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre gibt die *individualrechtliche Komponente* der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) dem Einzelnen keinen Schutz vor Konkurrenz, auch nicht vor staatlicher Konkurrenz.¹⁷ In diesem Sinne hat das Bundesgericht in seinem Leitentscheid «Glarnersach»¹⁸ klargestellt, dass keine Einschränkung der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit vorliege, wenn «ein staatliches Unternehmen mit gleichen Rechten und Pflichten wie ein privater Unternehmer und im Wettbewerb zu diesem» auftrete.¹⁹ Etwas anderes könne höchstens gelten, wenn «das private Angebot durch die staatliche Massnahme [...] geradezu verdrängt wird».²⁰ Aus diesen Erwägungen kann gefolgert werden, dass die Ausdehnung der

¹³ BSK BV-KERN, Art. 92 RN 6.

¹⁴ BSK BV-KERN, Art. 92 RN 6.

¹⁵ Vgl. im Übrigen zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die «Veranstaltung» von Radio- und Fernsehprogrammen durch das Bundesunternehmen Swisscom BJ, Gutachten Mehrheitsbeteiligung Swisscom, S. 222 ff.

¹⁶ Vgl. dazu BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen, RN 285 ff.; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, RN 1713 ff.; HETTICH, Öffentliche Unternehmen, S. 156 ff.; RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 18 RN 55 ff.

¹⁷ Vgl. BGE 138 I 378 E. 6.2.2; BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen, RN 286 ff.; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, RN 1725; RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 18 RN 56 f.; UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, S. 176 f.; VOGEL, Marktteilnehmer, S. 102, 120; vgl. zu den davon abweichenden Meinungen BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen, RN 290.

¹⁸ Dieses Urteil ist in der Lehre zum Teil auf Kritik gestossen; vgl. etwa GIOVANNI BIAGGINI, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 2C_485/2010 vom 3.7.2012, ZBl 113 (2012), S. 665–674; PETER HETTICH, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 2C_485/2010 vom 3.7.2012, AJP 2012, S. 1467–1471; RENÉ RHINOW, Die freie Wirtschaftsordnung ernst nehmen. Der vom Bundesgericht beobachtete «Wettbewerb zwischen Staats- und Privatwirtschaft» ist der Schweiz fremd, NZZ vom 4.9.2012, S. 30; MARKUS SCHOTT, Schwacher Schutz vor staatlicher Unternehmenstätigkeit im Wettbewerbsbereich durch die Wirtschaftsfreiheit, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 29.8.2012.

¹⁹ BGE 138 I 378 E. 6.2.2; vgl. auch BGer, Urteil 2P.67/2004 vom 23.9.2004, ZBl 106 (2005) 424, E. 1.5; BGer, Urteil 1P.84/2006 vom 5.7.2006, E. 4.2.

²⁰ BGE 138 I 378 E. 6.2.2.

unternehmerischen Tätigkeit eines öffentlichen Unternehmens grundsätzlich keine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der privaten Konkurrenten darstellt.

Vorgaben an die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit ergeben sich indes aus dem *institutionellen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit*, der aus Art. 94 BV abgeleitet wird.²¹ Von Bedeutung sind dabei sowohl der Grundsatz der Privatwirtschaft als auch der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität.²² Gemäss den bundesgerichtlichen Ausführungen im Entscheid «Glarnersach» ist eine unternehmerische Tätigkeit des Staates dann gerechtfertigt, wenn sie auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist.²³ Diese Anforderungen ergeben sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – mangels eines Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) – nicht aus Art. 36 BV, sondern aus Art. 5 Abs. 1–4 BV.²⁴ Hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage verlangt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass wenigstens der «Sachbereich [...], in welchem die Tätigkeit» des betreffenden öffentlichen Unternehmens «erfolgen soll», in einem formellen Gesetz umschrieben ist.²⁵ Gemäss Bundesgericht ist es primär Sache der Politik, die zulässigen öffentlichen Interessen zu umschreiben.²⁶ Ausser Betracht fällt in diesem Zusammenhang wohl nur die ausschliesslich (und eng verstandene) fiskalisch motivierte unternehmerische Tätigkeit des Staats.²⁷ Das Bundesgericht hat etwa betriebswirtschaftliche Gründe einer Geschäftsfelderweiterung als ein «sachlich haltbares Ziel» angesehen.²⁸ Es hat auch die in der Lehre zum Teil vertretene Ansicht verworfen, wonach das Subsidiaritätsprinzip der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit in dem Sinne Grenzen setze, dass eine staatliche unternehmerische Tätigkeit nur zulässig sei, wenn ein Marktversagen vorliege oder die Privatwirtschaft nicht in der Lage sei, die Bedürfnisse der Bevölkerung abzudecken.²⁹ Unverhältnismässig erscheint die unternehmerische Tätigkeit des Staates gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erst dann, wenn private Konkurrenten insgesamt weitgehend verdrängt werden.³⁰ Ferner verlangte das Bundesgericht, dass die unternehmerische Tätigkeit des Staates wettbewerbsneutral ausgestaltet ist, d.h. den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterworfen ist wie ein entsprechendes privates Unternehmen.³¹

²¹ BGE 138 I 378 E. 6.1.

²² Vgl. HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, RN 1717 ff.

²³ BGE 138 I 378 E. 6.3.2. Vgl. zu diesen Kriterien eingehend BAUMANN, *Wettbewerbsverzerrungen*, RN 301 ff.

²⁴ BGE 138 I 378 E. 6.3.2, E. 8.2.

²⁵ BGE 138 I 378 E. 7.2.

²⁶ BGE 138 I 378 E. 8.3.

²⁷ BGE 138 I 378 E. 8.6.

²⁸ BGE 138 I 378 E. 8.5.

²⁹ BGE 138 I 378 E. 8.4. Anders etwa BJ, *Gutachten Postbank*, S. 140.

³⁰ Vgl. BGE 138 I 378 E. 8.7.

³¹ BGE 138 I 378 E. 6.3.2, E. 9. Vgl. zum Konzept der Wettbewerbsneutralität auch BUNDESRAT, *Bericht Staat und Wettbewerb*, S. 19 ff.

II. Verwaltungsrechtliche Grundlagen

1. Rechtsform und Unternehmenszweck

18 Im Rahmen der von den Eidgenössischen Räten am 17. Dezember 2010 beschlossenen Totalrevision des POG wurde die Post von einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des Bundes umgewandelt (vgl. Art. 2 Abs. 1 POG).³² Der Bund ist Aktionär der Post und muss über die kapital- und stimmenmässige Mehrheit verfügen (Art. 6 POG), wobei er über diese Vorgabe hinaus derzeit nach wie vor sämtliche Aktien an der Post hält.

19 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften beruhen im Gegensatz zu privatrechtlichen Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR nicht auf vertraglicher Grundlage; vielmehr werden sie unmittelbar durch Gesetzesakt geschaffen.³³ Ihre Organisation richtet sich nach dem Spezialgesetz, allfällig bestehenden Statuten und den aktienrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts, sofern auf diese verwiesen wird.³⁴ Art. 4 POG hält ausdrücklich fest, dass für die Post die aktienrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts gelten, soweit das POG nichts anderes bestimmt. Die Normen des Aktienrechts des Obligationenrechts kommen auf diese Weise nicht als Privatrecht, sondern als subsidiäres öffentliches Recht zur Anwendung.³⁵ Das Organisationsstatut der Post lehnt sich weitgehend an das Aktienrecht an. Sondervorschriften sind etwa die gesetzliche Umschreibung des Unternehmenszwecks (Art. 3 POG), die Vorgabe der kapital- und stimmenmässigen Mehrheit des Bundes (Art. 6 POG), die Eignerstrategie (Art. 7 POG), die Vertretung des Personals im Verwaltungsrat (Art. 8 Abs. 3 POG) und die Pflicht, mit den Personalverbänden Verhandlungen über den Abschluss eines GAV zu führen (Art. 9 Abs. 2 POG).

20 Der Zweck der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft Post ergibt sich demnach – abweichend von der allgemeinen aktienrechtlichen Ordnung – nicht aus den Statuten, sondern aus dem Organisationserlass, d.h. aus Art. 3 POG. Er ist folglich mit den üblichen Methoden der Gesetzesauslegung zu ermitteln, wobei auch dem gesetzgeberischen Entscheid für die Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft Bedeutung beizumessen ist.

21 Mit der Wahl der Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft und der weitgehenden Anlehnung an das Aktienrecht wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass die Post in einem veränderten Marktumfeld «eine mit ihren Konkurrenten vergleichbare Unternehmensstruktur» erhält.³⁶ Mit der Rechtsformänderung wurde insbesondere angestrebt, die Kapitalmarktfähigkeit

³² Weitere spezialgesetzliche Aktiengesellschaften des Bundes sind die Swisscom AG sowie die SBB AG.

³³ Vgl. BGE 132 III 470 E. 3.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, RN 1695; STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 139; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 10 RN 9.

³⁴ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, RN 1695; STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 139.

³⁵ Vgl. BGE 132 III 470 E. 3.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, RN 251; STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 140; VOGEL, Aktiengesellschaft, S. 423.

³⁶ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5276.

zu verbessern und die Kooperationsfähigkeit zu erhöhen.³⁷ Diese durch den Gesetzgeber bewusst getroffene Wahl der Rechtsform ist auch für die Auslegung des Zwecks der Post bedeutsam. So ist zu berücksichtigen, dass die Aktiengesellschaft in der Regel gewinnstrebig ist (vgl. Art. 620 Abs. 3 OR). In den strategischen Zielen des Bundesrats für die Post 2021–2024 ist denn etwa zu lesen, dass die Post die Voraussetzungen schafft, «um den Unternehmenswert mittelfristig nachhaltig zu sichern und in allen Geschäftsfeldern ein branchenübliches Ergebnis zu erzielen» (Ziff. 2.1). Zudem ist der Zweck einer Aktiengesellschaft weit auszulegen.³⁸ Mit Blick auf Art. 718a Abs. 1 OR ist demnach auch eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft befugt, «alle Rechtshandlungen vor[zu]nehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann».³⁹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegen aus Gründen des Schutzes des guten Glaubens Dritter nur jene Geschäfte jenseits dessen, was «der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann» (Art. 718a Abs. 1 OR), die durch die Zweckumschreibung «geradezu ausgeschlossen werden».⁴⁰ Für die Auslegung des in einem Bundesgesetz festgehaltenen Unternehmenszwecks sind allerdings nicht nur Überlegungen des Verkehrsschutzes massgeblich; von Bedeutung ist auch die Frage, welche Tätigkeiten bei objektiver Betrachtung nach Treu und Glauben dem Unternehmenszweck förderlich sind.

Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum wird gewöhnlich zwischen dem Endzweck, dem unmittelbaren Zweck und dem Unternehmensgegenstand unterschieden: Der *Endzweck* (zuweilen auch als Zweck *stricto sensu* bezeichnet) betrifft die Frage, ob eine Gesellschaft wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Ziele verfolgt. Das Kriterium zur Unterscheidung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zwecksetzung ist, ob mit dem Zusammenschluss zu einer Gesellschaft die ökonomische Situation der Beteiligten verbessert werden soll. Von einem wirtschaftlichen Zweck kann dann gesprochen werden, wenn die Gesellschaft einen ökonomischen Vorteil (geldwerten Nutzen) zugunsten ihrer Mitglieder erstrebt. Als nichtwirtschaftlich gilt hingegen sowohl eine ideale Zielsetzung (Befriedigung nichtwirtschaftlicher Bedürfnisse der Mitglieder) als auch eine gemeinnützige Zielsetzung (Befriedigung materieller oder idealer Bedürfnisse Dritter). Von diesem Endzweck ist der *unmittelbare Zweck* (zuweilen auch als Zweck *largo sensu* bezeichnet) zu unterscheiden. Der unmittelbare Zweck stellt das Ziel dar, zu dessen Erreichen sich die Beteiligten zusammengetan haben und ist er der Erfolg, den zu erlangen sie bestrebt sind (Herstellung und Vertrieb von bestimmten Produkten, Erbringen gewisser Dienstleistungen). Durch die Verfolgung eines bestimmten gemeinsamen (unmittelbaren) Zwecks soll ein wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Endzweck verfolgt werden. Mit dem Begriff «*Unternehmensgegenstand*» wird schliesslich umschrieben, was eine Gesellschaft tatsächlich tut, d.h. das Mittel, mit welchem der unmittelbare Zweck und letztlich der Endzweck erreicht werden soll (z.B. Betrieb einer Fabrik).⁴¹

22

³⁷ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5278.

³⁸ Vgl. BGE 116 II 320 E. 3a; VON DER CRONE, Aktienrecht, RN 181.

³⁹ Nach Art. 3 Abs. 2 POG darf die Post «alle Rechtsgeschäfte tätigen, die dem Unternehmenszweck dienen».

⁴⁰ BGE 95 II 442 E. 3; VON DER CRONE, Aktienrecht, RN 181.

⁴¹ Vgl. zum Ganzen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Gesellschaftsrecht, S. 116 ff.

2. *Spezialitätsprinzip und Zulässigkeit von Annex Tätigkeiten*

23 Verselbstständigte Verwaltungseinheiten bzw. öffentliche Unternehmen dürfen ihren Tätigkeitsbereich nicht nach freiem Belieben wählen und wechseln.⁴² Vielmehr unterliegen sie dem *Spezialitätsprinzip*, nach dem ein Verwaltungsträger nur für die Besorgung jener Aufgaben zuständig ist, die ihm eigens durch das Gesetz zugewiesen worden sind.⁴³ Das Spezialitätsprinzip, das eng mit dem Legalitätsprinzip verbunden ist, will verhindern, «dass öffentliche Unternehmen ihren angestammten Tätigkeitsbereich verlassen und sich zusätzlichen Aufgaben zuwenden, deren Erfüllung demokratisch nur ungenügend abgestützt ist».⁴⁴ Die Zwecksetzung wird mit der gesetzlich zugewiesenen Aufgabe von aussen abschliessend und verbindlich fixiert.⁴⁵ Tätigkeitserweiterungen sind grundsätzlich nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, dafür ein ausreichendes öffentliches (nicht ausschliesslich fiskalisches) Interesse vorhanden ist und sie sich als verhältnismässig erweisen.⁴⁶ Handlungsspielräume bestehen in der Regel hinsichtlich der Mittel und Wege, wie die gesetzten Ziele zu erreichen sind.⁴⁷ Der gesetzlich zugewiesene Aufgabenbereich darf auch nicht über Unterbeteiligungen und Tochtergesellschaften erweitert werden.⁴⁸

24 Es ist indes allgemein anerkannt, dass auch ohne gesetzliche Grundlage *Nebentätigkeiten* bzw. *Annex Tätigkeiten*, die nicht mehr durch den gesetzlichen Hauptzweck abgedeckt sind, aber in einem (engen) sachlichen Zusammenhang zu diesem stehen, zulässig sind.⁴⁹ Nach einem älteren (im Jahr 1995 erstellten) Gutachten des Bundesamts für Justiz darf man in der Regel die Ausdehnung des Tätigkeitsbereichs eines öffentlichen Unternehmens auf erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten als zulässig erachten, wenn sie «Vor- oder Nachleistungen zu verfassungsrechtlich abgestützten Haupttätigkeiten» darstellen.⁵⁰ Ebenfalls zulässig seien Tätigkeiten, «welche zwar nicht als Annexleistung zum service public erscheinen, die sich aber (allenfalls mit dem

⁴² Die Post nimmt zumindest in den Bereichen der Grundversorgung mit Postdiensten (Art. 14–17 Postgesetz [SR 783.0]) und der Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs (Art. 32 PG) öffentliche Aufgaben des Bundes wahr und ist insoweit im funktionellen Sinn Verwaltungsträgerin. Verwaltungsorganisationsrechtlich ist die Post eine externe Trägerin von Verwaltungsaufgaben nach Art. 2 Abs. 4 RVOG (SR 172.010) und Art. 6 Abs. 3 RVOV (SR 172.010.1) und gehört insofern nicht zum «Bestand der Bundesverwaltung».

⁴³ Vgl. RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 18 RN 112; STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 247; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 5 RN 29; UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, S. 245 ff.; VOGEL, Einheit, S. 192 f.

⁴⁴ RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 18 RN 112.

⁴⁵ VOGEL, Einheit, 192 f.; vgl. auch STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 247.

⁴⁶ VOGEL, Marktteilnehmer, S. 162 f.; vgl. auch STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 247.

⁴⁷ VOGEL, Einheit, S. 193; vgl. auch STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 247.

⁴⁸ VOGEL, Marktteilnehmer, 164; vgl. auch STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 247.

⁴⁹ Vgl. RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 18 RN 112; VOGEL, Marktteilnehmer, S. 163. Auch der BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006, S. 8275 f., führt aus, dass Anstalten bei entsprechender gesetzlicher Grundlage kommerzielle Nebenleistungen erbringen dürfen, soweit diese in engem Bezug zur Hauptaufgabe stehen, deren Erfüllung nicht beeinträchtigen, nicht wettbewerbsverzerrend wirken und insgesamt mindestens die Kosten decken würden.

⁵⁰ BJ, Gutachten Kommerzielle Nebentätigkeiten, S. 5.

Zweck, die Hauptleistung besser zu erfüllen oder Kapazitäten auszulasten) im Rahmen der üblichen Benützung der bestehenden Infrastruktur zur Erfüllung der Haupttätigkeiten erbringen lassen (z.B. der Verkauf von Autobahnvignetten durch die PTT-Betriebe)». ⁵¹ Eindeutig als unzulässig sei dagegen eine Ausdehnung auf Tätigkeiten zu erachten, «welche in keinem sachlichen Zusammenhang mit den Haupttätigkeiten stehen bzw. die Errichtung einer zusätzlichen, spezifischen Infrastruktur voraussetzen». ⁵²

Art. 41a Abs. 2 FHG⁵³ legt fest, unter welchen Voraussetzungen gewisse Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung gewerbliche Leistungen erbringen dürfen: Diese müssen mit den Hauptaufgaben in einem engen Zusammenhang stehen (lit. a), sie dürfen die Erfüllung der Hauptaufgaben nicht beeinträchtigen (lit. b) und sie dürfen keine bedeutenden zusätzlichen sachlichen und personellen Mittel erfordern (lit. c). Diese Voraussetzungen gelten lediglich für die nach Abs. 1 derselben Bestimmung ermächtigten Verwaltungseinheiten. Die Post wie auch die anderen öffentlichen Unternehmen des Bundes sind davon nicht erfasst. Sie unterstehen dem FHG ganz generell nicht (vgl. Art. 2 FHG e contrario). Deshalb dürfen diese Grundsätze nicht unbesehen auf die öffentlichen Unternehmen des Bundes, einschliesslich die Post, übertragen werden. Der Rahmen für wirtschaftliche Nebentätigkeiten der Bundesunternehmen wird vielmehr im Wesentlichen durch die entsprechenden Organisationserlasse festgelegt.

25

UHLMANN weist zu Recht darauf hin, dass die Frage der Spezialität bzw. der Zulässigkeit von Annextätigkeiten in erster Linie anhand des gesetzlichen Unternehmenszwecks eines öffentlichen Unternehmens zu klären sei. Sei die Frage der Diversifizierung des Tätigkeitsfelds im Errichtungserlass ausdrücklich geregelt, kommen in erster Linie diese Vorschriften zur Anwendung. Seien den gesetzlichen Grundlagen hingegen keine Vorgaben zu entnehmen, sei die Zulässigkeit der Ausdehnung des Geschäftsfelds (im Sinne der Leitlinien des Bundesamts für Justiz) danach zu beurteilen, ob die Tätigkeiten auf eine optimale Ressourcenbewirtschaftung abzielen oder in einem engen Zusammenhang zur Haupttätigkeit stehen. ⁵⁴ UHLMANN hebt des Weiteren hervor, dass die Zweiteilung in konnexe und nicht-konnexe Geschäfte nicht als starre Formel verwendet werden sollte, da es beim Spezialitätsprinzip auch auf den «Umfang der fraglichen Tätigkeit» ankomme. ⁵⁵ «Solange beispielsweise gewisse Nebenprodukte wirtschaftlich unbedeutend sind, sollten sie ohne weiteres in der wirtschaftlichen Freiheit des Unternehmens miteingeschlossen gelten. Umgekehrt kann das Spezialitätsprinzip auch durch konnexe Tätigkeiten verletzt werden, wenn diese gegenüber dem Kernbereich des Unternehmens unverhältnismässig erscheinen.» ⁵⁶

26

⁵¹ BJ, Gutachten Kommerzielle Nebentätigkeiten, S. 5.

⁵² BJ, Gutachten Kommerzielle Nebentätigkeiten, S. 5.

⁵³ Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG) vom 7. Oktober 2005 (SR 611.0).

⁵⁴ UHLMANN, Gewinnerorientiertes Staatshandeln, S. 248 f.

⁵⁵ UHLMANN, Gewinnerorientiertes Staatshandeln, S. 249.

⁵⁶ UHLMANN, Gewinnerorientiertes Staatshandeln, S. 249; so auch BJ, Gutachten Mehrheitsbeteiligung Swisscom, S. 228 f.

Da in Art. 3 POG die Frage der Diversifizierung des Geschäftsfelds bereits angesprochen ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 POG: «zusammenhängende Dienstleistungen»; Art. 3 Abs. 4 POG: effizientere Randnutzung bestehender Infrastruktur), ist in Bezug auf die Frage der zulässigen Annex-tätigkeiten der Post in erster Linie Art. 3 POG auszulegen.

C. Gesetzliche Umschreibung des Tätigkeitsbereichs der Post

Der Tätigkeitsbereich der Post ist einerseits im Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (PG)⁵⁷ und 28
andererseits im POG geregelt.

I. Grundversorgungsauftrag gemäss Postgesetz

Im Postgesetz und in der Postverordnung (VPG)⁵⁸ ist der Grundversorgungsauftrag der Post in 29
den Bereichen der Postdienste (vgl. Art. 13 ff. PG; Art. 29 ff. VPG) und der Dienstleistungen
des Zahlungsverkehrs (vgl. Art. 32 f. PG; Art. 43 ff. VPG) umschrieben.⁵⁹

Im Bereich der Postdienste stellt die Post die Beförderung von Briefen, Paketen, Zeitungen und 30
Zeitschriften sicher (Art. 14 Abs. 1 PG). Die Begriffe Postdienste, Postsendungen, Briefe, Pakete,
Zeitungen und Zeitschriften werden im PG definiert (vgl. Art. 2 PG). Unter «*Postdiensten*» wird
«das Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren und Zustellen von Postsendungen verstanden»
(Art. 2 lit. a PG). «*Postsendungen*» sind «adressierte Sendungen in der endgültigen Form, in der sie
von einer Anbieterin von Postdiensten übernommen werden, namentlich von Briefen, Paketen sowie
Zeitungen und Zeitschriften» (Art. 2 lit. b PG). «*Briefe*» sind «Postsendungen von maximal 2 cm
Dicke und maximal 2 kg Gewicht» (Art. 2 lit. c PG). Unter dem Begriff «*Pakete*» werden «Postsen-
dungen von mehr als 2 cm Dicke bis zu einem Gewicht von 30 kg» verstanden (Art. 2 lit. d PG).
«*Zeitungen und Zeitschriften*» sind «regelmässig erscheinende Publikationen in Papierform, welche
einer breiten Leserschaft zugestellt werden» (Art. 2 lit. e PG).

Im Bereich des Zahlungsverkehrs hat die Post eine landesweite Grundversorgung mit entsprechen- 31
den Dienstleistungen sicherzustellen (Art. 32 Abs. 1 PG). Unter «*Dienstleistungen des Zahlungs-
verkehrs*» werden «Einzahlungen, Auszahlungen und Überweisungen» verstanden (Art. 2 lit. f PG).

Für die Finanzierung der gesetzlichen Grundversorgungsaufträge erhält die Post keine Abgel- 32
tungen des Bundes, vielmehr werden diese mit den Umsatzerlösen der Post und der Postkon-
zerngesellschaften finanziert (Art. 46 VPG). Zur Deckung der Kosten der Grundversorgung
darf die Post die Erträge aus dem reservierten Dienst verwenden (vgl. Art. 19 Abs. 1 PG).

Die Post ist berechtigt, die Erfüllung der Verpflichtung zur Grundversorgung mit Postdiensten 33
Postkonzerngesellschaften zu übertragen (Art. 2 Abs. 1 VPG). Die Verpflichtung zur Grund-
versorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs wird durch die PostFinance erfüllt
(Art. 2 Abs. 2 VPG).

⁵⁷ SR 783.0.

⁵⁸ Postverordnung (VPG) vom 29. August 2012 (SR 783.01).

⁵⁹ Vgl. dazu auch BOUCHER-KIND, Marktteilnahme, RN 598 ff.

II. Unternehmenszweck gemäss Art. 3 Postorganisationsgesetz

1. Überblick

34 Von zentraler Bedeutung für die Bestimmung des Tätigkeitsfelds der Post ist die Umschreibung
des Unternehmenszwecks in Art. 3 POG. Dieser Artikel lautet wie folgt:

- 35 ¹ Die Post bezweckt, im In- und Ausland folgende Dienste zu erbringen:
- a. Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen;
 - b. folgende Finanzdienstleistungen:
 - 1. Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs,
 - 2. Entgegennahmen von Kundengeldern,
 - 3. Konto- und damit zusammenhängende Dienstleistungen,
 - 4. Anlagen im eigenen Namen,
 - 5. weitere Finanzdienstleistungen im Auftrag Dritter;
 - c. Dienste im regionalen Personenverkehr sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen.
- ² Sie kann alle Rechtsgeschäfte tätigen, die dem Unternehmenszweck dienen, namentlich:
- a. Grundstücke erwerben und veräussern;
 - b. Gesellschaften gründen;
 - c. sich an Gesellschaften beteiligen;
 - d. Mittel am Geld- und Kapitalmarkt aufnehmen und anlegen.
- ³ Sie darf jedoch keine Kredite und Hypotheken an Dritte vergeben. Sie ist berechtigt, die gestützt auf Artikel 19 der Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung vom 25. März 2020 gewährten Kredite längstens bis zu deren vollständiger Amortisation nach Massgabe von Artikel 3 des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes vom 18. Dezember 2020 weiterzuführen.
- ⁴ Sie kann im Rahmen der üblichen Nutzung ihrer Infrastruktur Dienstleistungen im Auftrag Dritter erbringen.

36 «Der Zweckartikel ist die rechtliche Grundlage für die wirtschaftlichen Aktivitäten der Schweizerischen Post und hat deshalb eine zentrale Bedeutung: Er besagt, was die Post machen darf und was nicht.»⁶⁰

37 In **Abs. 1** wird der Rahmen der «*Geschäftstätigkeit*» (im Sinne des unmittelbaren Zwecks⁶¹) der Post abgesteckt.⁶² Das Gesetz unterscheidet zwischen drei «*Hauptgeschäftsbereichen*»⁶³: Beförderung von Postsendungen (Abs. 1 lit. a), Finanzdienstleistungen (Abs. 1 lit. b) und Personentransport (Abs. 1 lit. c). Der Gesetzgeber knüpfte hierbei an die Grundversorgungsaufträge der Post in diesen Bereichen⁶⁴ an.⁶⁵ Hinsichtlich der Begriffe Postsendungen und Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs, die zur Umschreibung der Hauptgeschäftsbereiche verwendet

⁶⁰ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5279.

⁶¹ Vgl. N 22.

⁶² Vgl. Botschaft POG, BBl 2009, S. 5289.

⁶³ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5289.

⁶⁴ Vgl. zu den Grundversorgungsaufträgen gemäss Postgesetz N 29 ff.; vgl. zum Grundversorgungsauftrag im Bereich der Personenbeförderung BOUCHER-KIND, Marktteilnahme, RN 615 ff.

⁶⁵ Vgl. auch Botschaft POG, BBl 2009, S. 5279 f., 5289.

werden, kann auf die Legaldefinitionen im Postgesetz (vgl. Art. 2 lit. b und lit. f PG) Bezug genommen werden.

Ausgehend von den Hauptgeschäftsbereichen bzw. Grundversorgungsaufträgen darf die Post darüber hinaus – im Sinne von *Annexstätigkeiten* – gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Vorgabe auch «damit zusammenhängende Dienstleistungen» (vgl. Abs. 1 lit. a und lit. c) anbieten. Nach der Botschaft des Bundesrats fallen darunter «die so genannten Wettbewerbsdienste [...], welche bisher für den Bereich der Post- und Finanzdienstleistungen in Artikel 9 des geltenden PG verankert sowie in Abschnitt 4 der Postverordnung vom 26. November 2003 (VPG) konkretisiert worden sind».⁶⁶ Siehe ausführlicher dazu N 44 ff.

In **Abs. 2** von Art. 3 POG werden die *Instrumente* aufgelistet, welche die Post zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben und zur Ausübung ihrer Tätigkeiten in Anspruch nehmen darf.⁶⁷ Sie kann alle Rechtsgeschäfte tätigen, die dem Unternehmenszweck dienen, namentlich Grundstücke erwerben und veräussern, Gesellschaften gründen, sich an Gesellschaften beteiligen und Mittel am Geld- und Kapitalmarkt aufnehmen und anlegen.

Abs. 3 verbietet der Post die Vergabe von Krediten und Hypotheken (mit Ausnahme der Sonderbestimmungen im Bereich der Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung).⁶⁸

Gemäss **Abs. 4** darf die Post schliesslich im Rahmen der üblichen Nutzung ihrer Infrastruktur Dienstleistungen im Auftrag Dritter erbringen. Damit ist das Thema der *effizienteren Randnutzung bestehender Infrastruktur* angesprochen, die auch bereits in einem Gutachten des Bundesamts für Justiz aus dem Jahr 1995 für zulässig erklärt worden ist.⁶⁹ Art. 3 Abs. 4 POG setzt mit anderen Worten diese verwaltungsrechtlichen Überlegungen betreffend das Spezialitätsprinzip für die Post um.

Wie bereits weiter oben ausgeführt, darf der gesetzlich zugewiesene Aufgabenbereich in Art. 3 POG auch nicht durch *Unterbeteiligungen oder Tochtergesellschaften* unterlaufen werden.⁷⁰

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass eine Konkretisierung des Unternehmenszwecks der Post durch die *strategischen Ziele des Bundes* als Eigner der Post erfolgt (vgl. Art. 7 POG).⁷¹ Art. 7 Abs. 3 POG sieht vor, dass der Verwaltungsrat der Post für die Umsetzung der strategischen Ziele zu sorgen hat. Gemäss der Botschaft des Bundesrats wurde bewusst darauf verzichtet, die strategischen Ziele für den Verwaltungsrat der Post verbindlich zu erklären. Die strategischen Ziele würden deshalb keine rechtlich verbindliche Wirkung, sondern bloss (aber

⁶⁶ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5289.

⁶⁷ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5291.

⁶⁸ Der Bundesrat beabsichtigt im Rahmen einer Teilrevision des POG, der Post die Vergabe von Krediten und Hypotheken zu ermöglichen; vgl. den bundesrätlichen Entwurf in BBl 2021 1669.

⁶⁹ Vgl. N 24; vgl. dazu auch BUNDESRAT, Bericht Drittprodukte.

⁷⁰ VOGEL, Marktteilnehmer, S. 164; vgl. auch STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 247.

⁷¹ Vgl. zum Steuerungsinstrument der strategischen Ziele auch STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 327 ff. Die strategischen Ziele für die Post 2021–2024 sind abgedruckt in BBl 2020 10077.

immerhin) eine «faktisch bindende Wirkung» entfalten.⁷² Der Verwaltungsrat könne es sich «auch inskünftig nicht leisten, die Absichten des einzigen Aktionärs zu missachten; andernfalls riskiert er die Abberufung oder Abwahl».⁷³ Freilich muss sich der Bundesrat bei der Festlegung der strategischen Ziele an die gesetzlichen Vorgaben, insbesondere an die gesetzliche Umschreibung des Unternehmenszwecks halten.⁷⁴ Da dieser aber auch bei der Post eine gewisse Offenheit aufweist (nicht zuletzt was die Annexstätigkeiten betrifft), kommt dem Bundesrat bei der Konkretisierung des Unternehmenszwecks im Rahmen der Festlegung der strategischen Ziele ein gewisser Gestaltungsspielraum zu. Insofern dürfen die strategischen Ziele bei der Frage, ob sich eine Tätigkeit der Post noch im Rahmen des gesetzlichen Unternehmenszwecks bewegt, nicht unberücksichtigt gelassen werden. Es ist in der gesetzlichen Organisationsstruktur der Post angelegt, dass der Bundesrat bei der Konkretisierung des Unternehmenszwecks im Rahmen der strategischen Zielvorgaben mitwirkt. Die Umschreibung und Konkretisierung des Unternehmenszwecks und damit des Aktionsradius der Post ist als gestufter Prozess, an dem verschiedene Akteure beteiligt sind, zu verstehen. Hierbei ist auch zu beachten, dass die strategischen Zielvorgaben für die Post nicht durch den Bundesrat in Eigenregie erlassen werden, sondern dass der Bundesrat vor deren Verabschiedung die zuständigen Kommissionen der Bundesversammlung zu konsultieren hat (Art. 7 Abs. 2 POG) und dass darüber hinaus die Bundesversammlung im Rahmen des Steuerungs- und Kontrollprozesses die Möglichkeit hat, auf die inhaltliche Ausgestaltung dieser Ziele einzuwirken (vgl. Art. 28 Abs. 1 lit. b, Art. 28 Abs. 1^{bis} lit. a und lit. b Ziff. 2 ParlG⁷⁵).⁷⁶ Diese Mitwirkungsrechte des Parlaments vermitteln den strategischen Zielen eine erhöhte demokratische Legitimation. Sollte die Bundesversammlung der Ansicht sein, dass sich die strategischen Ziele des Bundesrats nicht mehr im Rahmen des gesetzlichen Zwecks bewegen, kann sie eine Änderung der strategischen Ziele beantragen (Art. 28 Abs. 1^{bis} lit. b Ziff. 2 ParlG). Erfolgen keine Änderungsanträge von Seiten der Bundesversammlung, ist von der (konkludenten) Zustimmung der Bundesversammlung zu den strategischen Zielen auszugehen. Es kommt dazu, dass der Bundesrat in der Botschaft zum POG bei den Erläuterungen zum Zweckartikel auf die (damals geltenden⁷⁷) strategischen Ziele des Bundesrats Bezug genommen und diese als vom Zweckartikel abgedeckt angesehen hat.⁷⁸

⁷² Botschaft POG, BBl 2009, S. 5293.

⁷³ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5293.

⁷⁴ STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 328.

⁷⁵ Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10).

⁷⁶ Vgl. dazu eingehender STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 231 f.

⁷⁷ Die damals geltenden strategischen Ziele des Bundesrats für die Post (2006–2009; abrufbar unter <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/post/strategische-ziele.html>> [besucht am 24.4.2022]) sind zwar nicht deckungsgleich mit den heute geltenden strategischen Zielvorgaben, allerdings war bereits in diesen alten Zielvorgaben zu lesen, dass die Post «zielgerichtet neue Angebote und neue Geschäftsmodelle entwickeln [soll], um Wachstum zu schaffen, ihre Ertragskraft nachhaltig zu sichern und neue Möglichkeiten zur Finanzierung des Universaldienstes zu erschliessen» (Ziff. 1.4).

⁷⁸ Vgl. Botschaft POG, BBl 2009, S. 5280.

2. *Annex Tätigkeiten im Besonderen*

Da die vorliegend zu beurteilenden Tätigkeiten der Post bzw. ihrer Beteiligungsgesellschaften nicht den Hauptgeschäftsbereichen bzw. den Grundversorgungsaufgaben zuzuordnen sind, ist die Frage von besonderer Bedeutung, welche Annex Tätigkeiten im Rahmen von Art. 3 POG als zulässig anzusehen sind. 44

a) *Zweck der Annex Tätigkeiten*

In der Botschaft zum POG begründete der Bundesrat die Möglichkeit der Post, auch ausserhalb des Bereichs der Grundversorgungsaufgaben tätig zu werden, wie folgt: 45

«Die Aufgaben der Post sind durch die Grundversorgungsaufträge im Bereich Briefe und Pakete sowie Zahlungsverkehr und Konzessionen für den Personentransport im Regionalverkehr gegeben. Ein zeitgemässer Zweckartikel muss sich jedoch an einem breiteren Spektrum von Anforderungen orientieren: Mit der Postreform von 1998 wurde die Post als eigenständiges Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Betriebsführung nach unternehmerischen Grundsätzen und zur Eigenwirtschaftlichkeit verpflichtet. Insbesondere wurde von ihr verlangt, dass sie ihre Kosten selber decke. Damit die Post diesen Forderungen nachkommen kann und als Unternehmen auf den sich rasch wandelnden Märkten [...] bestehen kann, muss sie sich entsprechend weiterentwickeln können. So muss sie ausgehend von ihren Kerngeschäften und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen 46

- entlang der Wertschöpfungskette durch die Integration von vor- und nachgelagerten Prozessschritten in geographischer Hinsicht (In- und Ausland), in Beachtung der sich ändernden Kundenbedürfnisse wie auch unter Ausnützung von Verbundeffekten diversifizieren,
- sich in den immer stärker zusammenwachsenden Post-, Kommunikations- und Logistikmärkten günstig positionieren
- und gleichzeitig ihre Abhängigkeit von den traditionellen, tendenziell rückgängigen Geschäften reduzieren können.

In einem vollständig geöffneten Markt gewinnt die Flexibilität bei der Ausgestaltung des Angebotes an Wichtigkeit und ist notwendiges Gegenstück zum gesetzlichen Grundversorgungsauftrag: Nur wenn die Post die Möglichkeit hat, ihr Angebot auch den Entwicklungen des Marktes anzupassen, kann von ihr im Postgesetz verlangt werden, die Grundversorgung auch mittel- und langfristig möglichst eigenwirtschaftlich zu erbringen. In diesem Sinne hat auch der Bundesrat in der Gesamtschau von 2002 hervorgehoben, dass die Post auf eine breite Finanzierungsbasis angewiesen sein wird, die – angesichts der Liberalisierung – vorab im Bereich der Wettbewerbsdienste liege. Eine strikte Beschränkung der Tätigkeit auf die traditionellen Geschäfte (Briefe, Pakete, Postauto und Zahlungen) wäre demzufolge mit dem Risiko verbunden, dass die Post ihre heute starke Position in den Märkten verliert und damit auch die Eigenfinanzierung der Grundversorgung gefährdet wäre.

Der vorgeschlagene Zweckartikel ist auch im Sinne der geltenden strategischen Ziele des Bundes gegenüber der Post: Die Post soll sich auf den dynamischen Märkten als kundenorientiertes, eigenwirtschaftliches und innovatives Unternehmen im Wettbewerb profilieren. Der Bundesrat fordert, dass die Post sowohl im Logistikmarkt, im Bereich der Finanzdienstleistungen und im Personenverkehr neue Angebote und Geschäftsmodelle entwickelt, damit sie Wachstum schaffen, ihre

veränderten Kundenbedürfnissen und den technologischen Entwicklungen zu stellen und innovative Dienstleistungen erbringen zu können.⁸⁵

Vor diesem Hintergrund darf deshalb – im Rahmen der historischen und teleologischen Auslegung – davon ausgegangen werden, dass der Zweckartikel eher weit zu verstehen ist und die «zusammenhängenden Dienstleistungen» auch Tätigkeiten umfassen dürften, die in einem looserer Zusammenhang zu den Haupttätigkeiten stehen. Insbesondere die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrats deuten darauf hin, dass der Gesetzgeber nicht nur mit den Haupttätigkeiten eng verknüpfte Tätigkeiten erlauben wollte.⁸⁶ Weiter gibt es Hinweise in den Materialien, wonach der Zweckartikel (im Sinne einer dynamischen Interpretation) auch so auszulegen ist, dass er es der Post erlauben soll, auf künftige Entwicklungen (wie etwa die Digitalisierung) flexibel reagieren zu können.

b) *Anknüpfung an die Wettbewerbsdienste gemäss alter Postgesetzgebung*

Gemäss der Botschaft des Bundesrats beabsichtigte der Gesetzgeber, hinsichtlich der in Art. 3 Abs. 1 POG genannten Annextätigkeiten («damit zusammenhängende Dienstleistungen») an «die so genannten Wettbewerbsdienste [...], welche bisher für den Bereich der Post- und Finanzdienstleistungen in Artikel 9 des geltenden PG verankert sowie in Abschnitt 4 der Postverordnung vom 26. November 2003 (VPG) konkretisiert worden sind», anzuknüpfen.⁸⁷

Das Postgesetz (PG) vom 30. April 1997 (AS 1997 2452) sah neben dem Universaldienst (Art. 2–4 aPG; = Grundversorgungsauftrag) die sog. Wettbewerbsdienste der Post vor, welche die Post in Konkurrenz zu Privaten erfüllen durfte, aber nicht musste.⁸⁸ Art. 9 lautete wie folgt:

⁸⁵ Vgl. etwa die Voten von Nationalrat Max Binder («Mit dem neuen Postorganisationsgesetz soll die Schweizerische Post die Grundlage erhalten, die nötig ist, um sich den Herausforderungen der Zukunft erfolgreich stellen zu können»; AB 2010 N 1449); Bundesrat Moritz Leuenberger («Sie wissen auch, dass die Technologien sich geändert haben, und das heisst, dass sich auch die Ansprüche an die Grundversorgung verändern. Immer neue Produkte, die zunächst einmal angeboten und nur von wenigen Menschen in Anspruch genommen werden, gelten mit der Zeit als Selbstverständlichkeit und müssen dann in die Grundversorgung eingebaut werden»; AB 2010 N 1455); Nationalrat Christoph von Rotz («Mit dem Postorganisationsgesetz wollen der Bundesrat, der Ständerat und die Mehrheit Ihrer Kommission die Post als spezialrechtliche Aktiengesellschaft ausgestalten. Mit dieser neuen Rechtsform bekommt die Post unternehmerische Freiheiten, um sich im Interesse unserer Bevölkerung auf dem Markt zu gleichen Bedingungen gegen ihre Mitbewerber behaupten zu können. Aufgrund veränderter Kundenbedürfnisse und neuer Technologien soll die Post den notwendigen Handlungsspielraum erhalten, damit sie sich auf dem Markt als wichtigste und starke Anbieterin im Dienstleistungsbereich positionieren kann»; AB 2010 N 1562); Nationalrat Markus Hutter (Wer die Post stärken will, gibt ihr erstens die richtige Rechtsform und zweitens die für den Wettbewerb nötige Flexibilität»; AB 2010 N 1563); Nationalrat Christoph von Rotz («Gerade weil der Briefversand bekanntlich rückläufig ist, steht es unserer Post gut an, sich in ihrem Kerngeschäft mit neuen Technologien auf dem Markt einzubringen, mit neuen, innovativen Angeboten entsprechende Dienstleistungen anzubieten»; AB 2010 N 1567).

⁸⁶ Dies kommt etwa auch darin zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber Tätigkeiten, die er der Post versagen wollte, im Zweckartikel explizit ausgeschlossen hat (vgl. Art. 3 Abs. 3 POG in Bezug auf die Vergabe von Krediten und Hypotheken).

⁸⁷ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5289.

⁸⁸ Vgl. Botschaft Postgesetz 1996, BBl 1996 III, S. 1284 f.

- 52
- ¹ Die Post kann in Konkurrenz mit privaten Anbieterinnen und Anbietern im In- und Ausland über den Universaldienst hinaus:
 - a. weitere Dienstleistungen und Produkte im Bereich des Post- und Zahlungsverkehrs sowie damit unmittelbar zusammenhängende Dienstleistungen und Produkte anbieten;
 - b. Dienstleistungen und Produkte im Auftrage Dritter anbieten, soweit dies der üblichen Nutzung der Infrastruktur entspricht.
 - ² Der Bundesrat bezeichnet die Wettbewerbsdienste der Post.
 - ³ Die Post ist im Bereich der Wettbewerbsdienste, vorbehältlich gesetzlicher Ausnahmen, denselben Regeln unterstellt wie die privaten Anbieter.
 - ⁴ Wettbewerbsdienste dürfen nicht mit Erträgen aus dem Universaldienst verbilligt werden. Der Nachweis dazu obliegt der Post. Zu diesem Zweck ist das Rechnungswesen so auszugestalten, dass Kosten und Erträge der einzelnen Dienstleistungen ausgewiesen werden können.

53 In der Postverordnung (VPG) vom 26. November 2003 (AS 2003 4753) bezeichnete der Bundesrat die Wettbewerbsdienste der Post in den Art. 10–13:

54 *Art. 10 Postverkehr*

Die Wettbewerbsdienste umfassen die Beförderung von Briefen und Paketen ausserhalb des Universaldienstes, Schnellpost- und Stückgutsendungen sowie die mit der Beförderung zusammenhängenden Vor- und Nebenleistungen wie das Adressieren und das Verpacken von Postsendungen, das Abholen von Postsendungen oder Waren und die Kundenberatung.

Art. 11 Zahlungsverkehr

- ¹ Die Wettbewerbsdienste umfassen die Dienstleistungen im Zahlungsverkehr ausserhalb des Universaldienstes und die damit zusammenhängenden Vor- und Nebenleistungen wie Kartengeldprodukte und Checkverkehr.
- ² Die Post kann Geldmarktanlagen anbieten, soweit dafür keine Bewilligung nach dem Börsengesetz vom 24. März 1995 erforderlich ist. Die Bedingungen für das Angebot von Geldmarktanlagen werden in der Tresorerievereinbarung zwischen der Post und der Eidgenössischen Finanzverwaltung geregelt.
- ³ Die Post darf für ihre Kundschaft Konten mit oder ohne Rückzugsbeschränkungen führen, diese zu marktgerechten Bedingungen verzinsen und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse im Zahlungsverkehr marktübliche Kontoüberzüge gestatten.

Art. 12 Vermittlung von Dienstleistungen und Produkten Dritter

Die Post kann im Auftrag Dritter Dienstleistungen und Produkte anbieten, die für den Verkauf über die Infrastruktur der Post geeignet sind, wie den Vertrieb von Anlagefonds-Anteilen, die Vermittlung von Bankdienstleistungen oder die Vermittlung von Sach- und Lebensversicherungen.

Art. 13 Elektronische Dienstleistungen und Produkte

Zu den Wettbewerbsdiensten gehören auch die fernmeldetechnische Übertragung von Mitteilungen beim Erbringen von Post- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen sowie die damit zusammenhängenden Vor- und Nebenleistungen wie die Abgabe von Softwareprogrammen.

55 Vorliegend von besonderer Bedeutung ist der Umstand, dass die Post bereits in der Postverordnung (VPG) vom 26. November 2003 mit Art. 13 ermächtigt wurde, auch elektronische Dienstleistungen und Produkte anzubieten, indem «die fernmeldetechnische Übertragung von Mitteilungen beim Erbringen von Post- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen sowie die damit

zusammenhängenden Vor- und Nebenleistungen wie die Abgabe von Softwareprogrammen» zu den Wettbewerbsdiensten gerechnet wurden.

Art. 13 VPG (vom 26. November 2003) war mit gleichem Wortlaut bereits in der Vorgängerverordnung, in Art. 8 der Postverordnung vom 29. Oktober 1997 (AS 1997 2461) enthalten. Im Erläuternden Bericht vom 25. Mai 1997 zum Entwurf zu dieser Postverordnung war zu diesem Art. 8 (Elektronische Dienstleistungen und Produkte) folgendes zu lesen (S. 13):

56

57

244 Elektronische Dienstleistungen und Produkte
(Art. 8)

Neue Informationstechnologien schaffen neue Kundenbedürfnisse und verlangen entsprechende Anpassungen der Dienstleistungsangebote.

Die klassischen Dienstleistungen der Post werden immer mehr durch die elektronische Übermittlung von Nachrichten und Daten abgelöst bzw. gänzlich ersetzt. Ein Beispiel dafür ist die Hybrid-Post. Bei dieser neuen Dienstleistung werden die Daten des Kunden für die Herstellung eines Mailings elektronisch übertragen, zentral an einem Ort ausgedruckt und dannach per Boten an den Empfänger zugestellt. Der immer öfter anzutreffende Einsatz der E-Mails ersetzt die Briefpost gänzlich. In diesem Umfeld spielen Landesgrenzen keine Rolle mehr, was den Konkurrenzdruck künftig zusätzlich verschärfen wird.

Die Post muss der Substitution mit geeigneten Dienstleistungen und Produkten auch im elektronischen Bereich begegnen. Sie sichert sich damit ihre Stellung, um auch weiterhin einen leistungsfähigen und kundengerechten Service mit ihren Kernprodukten aufrechterhalten zu können. So werden insbesondere im Bereich der Paketpost Softwareprogramme für logistische Lösungen als Zusatzleistungen angeboten. Zudem entstehen neue Distributionskanäle wie das Internet, welche sowohl für die Briefpost als auch für die Paketpost neue Dienstleistungen erfordern. Die Post muss Zugriff auf diese neuen Technologien erhalten und diese entsprechend nutzen können, damit die bestehenden Dienstleistungen und Produkte auch in Zukunft attraktiv, zeit- und kundengerecht angeboten werden können.

Anlässlich der Revisionen des Postgesetzes und des Postorganisationsgesetzes im Jahr 2010 wurde allerdings darauf verzichtet, im Rahmen der Ausführungsbestimmungen die Annextätigkeiten bzw. Wettbewerbsdienste näher zu bestimmen. Anders als die frühere Postverordnung enthalten die heute geltenden Ausführungsbestimmungen zum PG und zum POG keine näheren Angaben zu den Annextätigkeiten bzw. Wettbewerbsdiensten mehr. Auch vor dem Hintergrund, dass der Bundesrat in der Botschaft zum POG darauf hinwies, dass «[m]it diesem Zweckartikel [...] der Post ermöglicht werden [soll], unter Berücksichtigung der bisherigen Entwicklung und mit Blick auf die vollständige Marktöffnung, ihre bisherigen Aktivitäten sinnvoll und angemessen zu erweitern»⁸⁹, darf davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Aktionsradius der Post im Bereich der Annextätigkeiten nicht auf die Festlegungen in der alten Postverordnung einschränken wollte, sondern dass er der Post – mit Blick auf die dynamischen Marktveränderungen und den technologischen Wandel – ermöglichen wollte, «ihre bisherigen Aktivitäten sinnvoll und angemessen zu erweitern»⁹⁰.

58

⁸⁹ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5289.

⁹⁰ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5289.

c) *Weitere Hinweise in der Botschaft zum POG*

59 Weiter finden sich in der bundesrätlichen Botschaft zum POG beispielhafte Aufzählungen von
Annexstätigkeiten. In Bezug auf die Haupttätigkeit der Beförderung von Postsendungen und
Stückgütern handelt es sich um die folgenden Ausführungen:

60 «Wie bei den Paketen gehören auch bei der Beförderung von Stückgütern die Abholung beim Kun-
den und die Zustellung zum Prozess. Für Geschäftskunden transportiert die Post häufig Massensen-
dungen, die ihr zum Versand an einem späteren, erst noch zu bestimmenden Zeitpunkt übergeben
werden. In solchen Fällen muss die Post diese Stückgüter zwischenlagern. Insofern gehört die La-
gerlogistik zu den Vor- und Nachleistungen der Stückgutbeförderung. In den Bereich der mit der
Beförderung von Postsendungen zusammenhängenden Dienstleistungen fallen weitere Vor- und Ne-
benleistungen wie das Adressieren, Verpacken und Abholen von Postsendungen oder Waren sowie
die Kundenberatung. In Zukunft dürfte darunter vor allem das Angebot umfassender Postlösungen
gegenüber Geschäftskunden fallen.»⁹¹

61 In Bezug auf die Haupttätigkeit der Dienste im regionalen Personenverkehr macht der Bundes-
rat in der Botschaft zum POG beispielhaft folgende Ausführungen zu möglichen Annexstätig-
keiten:

62 «Die Wettbewerbsdienste im regionalen Personenverkehr umfassen unter anderem Angebote als
Systemanbieterin, im Management von Verkehrsnetzen, im touristischen Verkehr sowie in Stadt-
netzen. Die Erschliessung dieser Wachstumsquellen entspricht den Vorgaben des Bundes in seinen
strategischen Zielen.»⁹²

d) *Vorgaben in den strategischen Zielen des Bundes*

63 Bereits weiter oben wurde ausgeführt, dass sich der Bundesrat bei der Festlegung der strategi-
schen Ziele an die gesetzlichen Vorgaben, insbesondere an die gesetzliche Umschreibung des
Unternehmenszwecks zu halten hat. Da dieser aber auch bei der Post eine gewisse Offenheit
aufweist (nicht zuletzt was die Annexstätigkeiten betrifft), kommt dem Bundesrat bei der Fest-
legung der strategischen Ziele ein gewisser Gestaltungsspielraum zu. Insofern dürfen die stra-
tegischen Ziele bei der Frage, ob sich eine Tätigkeit der Post noch im Rahmen des gesetzlichen
Unternehmenszwecks bewegt, nicht unberücksichtigt gelassen werden.⁹³

64 In den strategischen Zielen des Bundesrats für die Post 2021–2024 ist in Bezug auf die *strate-*
gischen Schwerpunkte folgendes zu lesen:

- 65
- 1.1 Die Post gewährleistet die Grundversorgung mit Postdiensten und Dienstleistungen des
Zahlungsverkehrs nach dem Postgesetz vom 17. Dezember 2010 landesweit in guter Qua-
lität.
 - 1.2 Die Post bietet in ihrem Kerngeschäft in den Geschäftsfeldern Kommunikation und Logis-
tik, Finanzdienstleistungen und Personenverkehr qualitativ hochstehende, marktfähige und
innovative Produkte, Dienstleistungen und Lösungen in physischer und elektronischer

⁹¹ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5290.

⁹² Botschaft POG, BBl 2009, S. 5291.

⁹³ Vgl. ausführlicher N 43.

Form an; sie generiert dabei ein rentables Wachstum und stärkt durch Effizienzsteigerungen die Ertragskraft des Unternehmens.

- 1.3 Die Post stellt im *Geschäftsfeld Kommunikation und Logistik* die führende Marktstellung im Bereich der nationalen und grenzüberschreitenden Brief- und Paketpost sicher und deckt moderne Kommunikations- und Logistikbedürfnisse durch die Entwicklung zeitgemässer Angebote insbesondere im Bereich des Informations- und Datenverkehrs ab.
- 1.4 Die Post erbringt im *Geschäftsfeld Finanzdienstleistungen* Folgendes:
 - Sie festigt ihre Position als etabliertes Finanzinstitut am Schweizer Markt.
 - Sie hält im nationalen und grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr die Stellung als Marktführerin.
 - Sie entwickelt – eigenständig oder in Kooperation mit Dritten – im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben und der erteilten Banken- und Effektenhändlerbewilligung Angebote für die Finanzbedürfnisse der Kundinnen und Kunden (in den Teilmärkten Zahlen, Sparen, Anlegen, Finanzieren und Vorsorgen) weiter.
 - Sie bleibt im in- und ausländischen Geld- und Kapitalmarkt eine wichtige und risikobewusste Anlegerin.
 - In Ergänzung zu diesen Erwartungen begrüsst es der Bundesrat, dass die Post Auslandschweizerinnen und Auslandschweizern Zahlungsverkehrsdienstleistungen anbietet, soweit dies mit verhältnismässigem Aufwand möglich ist und damit keine Rechts- und Reputationsrisiken verbunden sind.
- 1.5 Die Post erbringt im *Geschäftsfeld Personenverkehr* Folgendes:
 - Im abgeltungsberechtigten Personenverkehr erstellt sie das mit den Bestellern vereinbarte Angebot effizient und in hoher Qualität.
 - Sie festigt ihre Stellung als Marktführerin im Bereich des bestellten öffentlichen Verkehrs auf der Strasse und übernimmt Systemführungsaufgaben im öffentlichen Verkehr.
 - Sie entwickelt ihre Stellung mit neuen Systemdienstleistungen und gesamtheitlichen Mobilitätsangeboten im Inland weiter.
 - Sie koordiniert ihre Tätigkeiten mit den anderen bundesnahen Unternehmen, insbesondere mit den Schweizerischen Bundesbahnen.

In Bezug auf *Kooperationen und Beteiligungen* ist in den strategischen Zielen des Bundesrats für die Post 2021–2024 folgendes zu lesen (Ziff. 4):

Der Bundesrat erwartet, dass die Post Kooperationen (Beteiligungen, Allianzen, Gründungen von Gesellschaften sowie andere Formen der Zusammenarbeit) im In- und Ausland nur eingeht, wenn diese die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- Sie unterstützen das Kerngeschäft im Inland.
- Sie tragen zur Erreichung der strategischen Ziele bei.
- Sie tragen zur nachhaltigen Sicherung des Unternehmenswerts bei.
- Sie werden führungsmässig eng betreut und regelmässig überprüft.
- Sie tragen dem Risikoaspekt genügend Rechnung.
- Sie umfassen keine Beteiligungen an Gesellschaften mit Grundversorgungsverpflichtung im Ausland.

3. Zwischenfazit

68 Von zentraler Bedeutung für die Bestimmung des Tätigkeitsfelds der Post ist die Umschreibung des Unternehmenszwecks in Art. 3 POG. Der Zweckartikel nach Art. 3 POG legt fest, was die Post und ihre Konzerngesellschaften machen dürfen und was nicht. Hinsichtlich des Tätigkeitsfelds der Post unterscheidet Art. 3 POG zwischen «Hauptgeschäftsbereichen» (Beförderung von Postsendungen, Finanzdienstleistungen und Personentransport), Annex Tätigkeiten («damit zusammenhängende Dienstleistungen») sowie der effizienteren Randnutzung bestehender Infrastruktur.⁹⁴ Von Bedeutung ist weiter, dass der zugewiesene Aufgabenbereich der Post in Art. 3 POG nicht durch Unterbeteiligungen oder Tochtergesellschaften unterlaufen werden darf; solche müssen sich vielmehr ebenfalls im Rahmen von Art. 3 POG bewegen.

69 Während die «Hauptgeschäftsbereiche» an die Grundversorgungsaufträge der Post anknüpfen (in Bezug auf die Postdienst- und Finanzdienstleistungen sind diese im Postgesetz verankert), besteht eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich der Frage, welche Annex Tätigkeiten die Post gestützt auf Art. 3 POG zulässigerweise wahrnehmen darf. Im Gesetzestext wird die Wendung «damit zusammenhängende Dienstleistungen» verwendet. Der Wortlaut erfordert demnach bloss einen Zusammenhang zu den jeweiligen Haupttätigkeiten, ohne eine enge Verknüpfung zwischen Haupt- und Annex Tätigkeiten zu verlangen.⁹⁵ Wirft man einen Blick in die Materialien zu Art. 3 POG (insbesondere in die Botschaft des Bundesrats), wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber den Zweckartikel und insbesondere die Annex Tätigkeiten weit verstanden wissen wollte. Gemäss den Ausführungen des Bundesrats in der Botschaft sollte der Zweckartikel insbesondere sicherstellen, dass die Post ihre Eigenwirtschaftlichkeit aufrechterhalten, in den sich rasch wandelnden Märkten bestehen, sich den ändernden technologischen Entwicklungen und Kundenbedürfnissen anpassen und neue Angebote und Geschäftsmodelle entwickeln kann.⁹⁶ Bezüglich der Annex Tätigkeiten nahm der Bundesrat in der Botschaft des Weiteren auf die Wettbewerbsdienste gemäss alter Postgesetzgebung Bezug, die in den Art. 10–13 der Postverordnung vom 26. November 2003 im Einzelnen aufgelistet waren. Bereits Art. 13 dieser Verordnung (der mit gleichem Wortlaut *nota bene* bereits in der Vorgängerverordnung aus dem Jahr 1997 enthalten war) ermächtigte die Post in einem gewissen Umfang auch zum Erbringen von elektronischen Dienstleistungen und Produkten.⁹⁷ Anlässlich der Revisionen des Postgesetzes und des Postorganisationsgesetzes im Jahr 2010 wurde allerdings darauf verzichtet, im Rahmen der Ausführungsbestimmungen die Annex Tätigkeiten bzw. Wettbewerbsdienste näher zu bestimmen. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Aktionsradius der Post im Bereich der Annex Tätigkeiten nicht auf die Festlegungen in der alten Postverordnung

⁹⁴ Vgl. N 37 ff.

⁹⁵ Vgl. auch MARTENET, Rechtsgutachten Postfinance, S. 21, der keinen engen oder inneren Zusammenhang zwischen Hauptaufgaben und Annex Tätigkeiten verlangt, sondern einen «gewissen Konnex» genügen lässt. Art. 41a Abs. 2 lit. a FHG findet auf die Post im Übrigen keine Anwendung; vgl. dazu N 25.

⁹⁶ Vgl. N 45 ff.

⁹⁷ Vgl. N 50 ff.

einschränken wollte, sondern dass er der Post – mit Blick auf die dynamischen Marktveränderungen und den technologischen Wandel – ermöglichen wollte, «ihre bisherigen Aktivitäten sinnvoll und angemessen zu erweitern»⁹⁸. Die historische und teleologische Auslegung deutet demnach darauf hin, dass dem Zweckartikel nicht nur ein weites Verständnis zugrunde liegt, sondern dass er (im Sinne einer dynamischen Interpretation) auch so auszulegen ist, dass er es der Post erlauben soll, auf künftige Entwicklungen (wie etwa die Digitalisierung) flexibel reagieren zu können. Dabei ist zu beachten, dass die Post – so die Expertenkommission Grundversorgung Post – aufgrund ihres hohen Vertrauens und ihrer Erfahrungen im Zusammenhang mit dem Schutz der Privatsphäre über gute Voraussetzungen verfügt, um der Bevölkerung, der Wirtschaft und der öffentlichen Hand digitale Dienstleistungen mit einem direkten Bezug zum klassischen Postgeschäft anzubieten.⁹⁹ Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass Annextätigkeiten unter Umständen (etwa wenn ein entsprechendes Bedürfnis besteht und positive Erfahrungen damit gemacht worden sind) zu einem späteren Zeitpunkt zur Haupttätigkeit der Post werden können, wobei es sich hierbei letztlich um einen politischen Entscheid handelt. So steht derzeit etwa der Vorschlag zur Diskussion, die vertrauensbasierte digitale Infrastruktur zum Grundversorgungsauftrag zu machen.¹⁰⁰ Klare Grenzen sind der Post dort gezogen, wo der Gesetzgeber der Post die Wahrnehmung einer Tätigkeit ausdrücklich untersagt hat (vgl. Art. 3 Abs. 3 POG in Bezug auf die Vergabe von Krediten und Hypotheken) bzw. wo Tätigkeiten in keinem sachlich zu begründenden Zusammenhang zu den Haupttätigkeiten mehr stehen. Weder aus dem Wortlaut von Art. 3 POG noch aus den Materialien zu Art. 3 POG geht im Übrigen hervor, dass eine Annextätigkeit nur vorliegen kann, wenn «keine bedeutenden zusätzlichen sachlichen und personellen Mittel» erforderlich sind.¹⁰¹ Ein enges Verständnis der Annextätigkeiten ergibt sich m.E. auch nicht im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung: Bereits weiter oben wurde darauf hingewiesen, dass das Verständnis desjenigen Bereichs, der durch den Begriff «Postwesen» (heute Art. 92 Abs. 1 BV) abgedeckt ist, sich seit der Bundesstaatsgründung stetig erweitert hat und einem erheblichen Wandel unterworfen war.¹⁰² Tätigkeiten im Bereich der digitalen Informationsübermittlung können des Weiteren unter Umständen auf die Kompetenz des Bundes im Fernmeldewesen (ebenfalls Art. 92 Abs. 1 BV) oder auf jene im Bereich von Radio und Fernsehen (Art. 93 Abs. 1 BV) abgestützt werden.¹⁰³ Auch lassen sich – folgt man dem «Glarnersach»-Urteil des Bundesgerichts – aus der Wirtschaftsfreiheit kaum klare Grenzen hinsichtlich des Aktionsradius von öffentlichen Unternehmen ableiten, solange die Vorgaben an ein wettbewerbsneutrales Verhalten beachtet werden.¹⁰⁴ So hat das Bundesgericht im

⁹⁸ Botschaft POG, BBl 2009, S. 5289.

⁹⁹ Vgl. Schlussbericht Expertenkommission Grundversorgung, S. 33 f.

¹⁰⁰ Vgl. Schlussbericht Expertenkommission Grundversorgung, S. 33 f.

¹⁰¹ Art. 41a Abs. 2 lit. c FHG findet auf die Post keine Anwendung; vgl. dazu N 25.

¹⁰² Vgl. N 13.

¹⁰³ Vgl. N 15.

¹⁰⁴ Vgl. N 16 f.

«Glarnersach»-Entscheid mit Blick auf die institutionelle Komponente der Wirtschaftsfreiheit sogar betriebswirtschaftliche Gründe einer Geschäftsfelderweiterung als ein «sachlich haltbares Ziel» angesehen.¹⁰⁵

70

Dieses Auslegungsergebnis (weites und zukunftsoffenes Verständnis des Zweckartikels und der Annextätigkeiten) wird bestätigt durch allgemeine Überlegungen zur Auslegung von Zweckbestimmungen von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften sowie zur Bedeutung der strategischen Ziele des Bundes für die Post im Rahmen der Auslegung des Zweckartikels: So sind Zweckumschreibungen von (privatrechtlichen und spezialgesetzlichen) Aktiengesellschaften weit auszulegen, wobei Geschäfte erst dann ausserhalb des Zwecks einer Gesellschaft liegen, wenn sie durch die Zweckumschreibung geradezu ausgeschlossen werden.¹⁰⁶ Weiter konnte aufgezeigt werden, dass die strategischen Ziele des Bundes für die Post bei der Frage, ob sich eine Tätigkeit der Post noch im Rahmen des gesetzlichen Unternehmenszwecks bewegt, nicht unberücksichtigt gelassen werden dürfen, zumal der Unternehmenszweck der Post in Art. 3 POG – insbesondere was die Annextätigkeiten anbelangt – ziemlich offen formuliert ist und dem Bundesrat bei der Konkretisierung des Unternehmenszwecks im Rahmen der strategischen Ziele, die für den Verwaltungsrat der Post zumindest eine gewisse faktische Wirkung entfalten, ein gewisser Gestaltungsspielraum zukommt.¹⁰⁷ Die strategischen Ziele des Bundes für die Post 2021–2024 sehen denn etwa vor, dass die Post «in ihrem Kerngeschäft in den Geschäftsfeldern Kommunikation und Logistik, Finanzdienstleistungen und Personenverkehr qualitativ hochstehende, marktfähige und innovative Produkte, Dienstleistungen und Lösungen in physischer und elektronischer Form an[bietet]; sie generiert dabei ein rentables Wachstum und stärkt durch Effizienzsteigerungen die Ertragskraft des Unternehmens» (Ziff. 1.2). Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutsam ist weiter die Vorgabe in den aktuellen strategischen Zielen des Bundes für die Post, dass diese «im Geschäftsfeld Kommunikation und Logistik die führende Marktstellung im Bereich der nationalen und grenzüberschreitenden Brief- und Paketpost sicher[stellt] und [...] moderne Kommunikations- und Logistikbedürfnisse durch die Entwicklung zeitgemässer Angebote insbesondere im Bereich des Informations- und Datenverkehrs ab[deckt]» (Ziff. 1.3).

¹⁰⁵ BGE 138 I 378 E. 8.5.

¹⁰⁶ Vgl. N 21.

¹⁰⁷ Vgl. näher dazu N 43.

D. Beurteilung konkreter Tätigkeiten

Aufbauend auf den bisherigen Erkenntnissen gilt es in der Folge, verschiedene konkrete Tätigkeiten der Post bzw. von Tochtergesellschaften einer rechtlichen Analyse dahingehend zu unterziehen, ob sie sich im Rahmen des gesetzlichen Unternehmenszwecks der Post nach Art. 3 POG bewegen. Die nachfolgenden Umschreibungen der Tätigkeitsfelder basieren auf den Angaben der Auftraggeberin (es wurden keine darüberhinausgehenden Recherchen und Überprüfungen vorgenommen). 71

I. Tätigkeiten im digitalen Werbemarkt, insb. Brings Labs AG und Livesystems Group AG

1. Umschreibung des Tätigkeitsfelds

Die Post ist verschiedene Beteiligungen an Unternehmen, die im digitalen Werbemarkt tätig sind, eingegangen. Vorliegend zu beurteilen sind insbesondere die Beteiligungen an der Bring! Labs AG sowie der Livesystems Group AG. 72

Die Auftraggeberin umschreibt das Tätigkeitsfeld der *Bring Labs AG* wie folgt: «Bring! ist ein auf Werbung auf mobilen Endgeräten spezialisiertes Technologieunternehmen und Betreiber der gleichnamigen Einkaufsplanungs-App (digitale Shopping-Liste). Das Unternehmen generiert Umsätze, indem es Markenherstellern und Detailhändlern ermöglicht, ihre Angebote und Produktneuheiten digital und zielgerichtet an Konsumenten zu kommunizieren. Dies geschieht durch verschiedene Formen von sogenanntem «native Advertising», also die Platzierung von gesponserten Produkten auf der Einkaufsliste von Usern, das Anzeigen von Produktkategorien, das Einblenden von Displaywerbung, das Vorschlagen von Rezeptideen und weiterer Werbevarianten. Dies anstelle der bisher vom Detailhandel am häufigsten genutzten, aber stark rückläufigen Form des physischen unadressierten Werbespekts. Weitere Umsätze generiert Bring! aus der erfolgreichen langjährigen Kooperation mit der Post-Tochter Profital. Bring! zeigt die von Profital über eine Schnittstelle zur Verfügung gestellten digitalen Werbespekte an und erweitert die digitale Reichweite der Post-Tochter über ihre eigenen Kanäle (Profital-App und Webseite) hinaus. Dadurch steigt die Reichweite von Profital.»¹⁰⁸ Weiter führt die Auftraggeberin aus: «Die Diffusion von adressierten und unadressierten Werbesendungen als Kerngeschäft der Post unterliegt einer starken Substitution durch digitale Kanäle. Die Einkaufsliste von Bring! mit Möglichkeiten der nativen Platzierung von Werbung durch Kunden des stationären Handels folgt einer stringenten Logik, indem die unadressierte Streuwurfsendung 73

¹⁰⁸ Nach den Angaben der Auftraggeberin handelt es sich bei Profital um ein «Corporate Startup der Post unter dem Dach der Konzerngesellschaft Direct Mail Company AG». «In der Profital-App (über 1 Mio. Downloads in der Schweiz) und auf profital.ch finden Nutzer digitale Prospekte, Angebote sowie Filialinformationen von mehr als 100 Detailhändlern und Markenherstellern (FMCG). Jeden Monat planen über 450'000 Schweizer Konsumenten ihre Einkäufe mit Profital und lesen dabei mehr als 4 Millionen digitale Prospekte.»

als primärer Werbekanal des Handels im Zeitverlauf nicht verschwindet, sondern durch Bring! eine Digitalisierung und dadurch Modernisierung erfährt.»

74 Die Auftraggeberin umschreibt das Tätigkeitsfeld von *Livesystems Group AG* (Geschäftsteil «Digital Out of Home») wie folgt: «Livesystems ist der führende Anbieter von digitalen Werbeflächen im öffentlichen Verkehr und ein Pionier in der Ausspielung von digitaler Aussenwerbung in Echtzeit in der Schweiz. Das Unternehmen wurde 2007 gegründet. Heute zählt Livesystems im Bereich der Aussenwerbung rund 90 Mitarbeitende und ist schweizweit an acht Standorten vertreten.» Die Auftraggeberin führt weiter aus: «Bei diesem [Geschäftsteil Digital Out of Home] handelt es sich um Bildschirm-Infrastruktur im ÖV, in Tankstellen und an öffentlichen Plätzen sowie Werbedienstleistungen (digitalisierte Werbung).»

2. *Rechtliche Würdigung*

75 Bei den von Bring Labs AG und Livesystems Group AG erbrachten Dienstleistungen handelt es sich nicht um Tätigkeiten, die den «Hauptgeschäftsbereichen» bzw. den Grundversorgungsaufgaben der Post (Beförderung von Postsendungen, Finanzdienstleistungen und Personentransport) zugeordnet werden können.

76 Es stellt sich indes die Frage, ob die von diesen Gesellschaften erbrachten Dienstleistungen den Annextätigkeiten zugeordnet werden können. Zur Diskussion stehen Aktivitäten im Bereich der digitalen Werbung. Bezogen auf die drei Hauptgeschäftsbereiche der Post kann vorliegend ein Zusammenhang zur Hauptgeschäftstätigkeit der Postsendungen hergestellt werden. Die Post ist berechtigt, – im Sinne einer Dienstleistung ausserhalb der Grundversorgung – auch (physische) nicht adressierte Werbesendungen (Direct Mailing) zu befördern.¹⁰⁹ Sie ist seit vielen Jahren im Werbemarkt aktiv. Indem die Post nun in den Bereich der digitalen Werbung vordringt, überführt sie das Geschäftsfeld der nicht adressierten Werbesendungen in den (zukunftsfrächtigen und wirtschaftlich wachsenden) digitalen Bereich. Es ist weiter zu beachten, dass es bei den entsprechenden Aktivitäten (bloss) um die Anzeige, die Verteilung und die Ausstrahlung von Werbeinhalten geht. Agenturleistungen wie die inhaltliche Aufbereitung von Werbung sind hingegen nicht Bestandteil dieser Geschäftsaktivitäten. Geht man – wie vorangehend begründet¹¹⁰ – davon aus, dass dem Zweckartikel nach Art. 3 POG nicht nur ein weites Verständnis (insbesondere auch hinsichtlich des Umfangs der Annextätigkeiten) zugrunde zu legen ist, sondern dass er (im Sinne einer dynamischen Interpretation) auch so auszulegen ist, dass er es der Post erlauben soll, auf künftige Entwicklungen (wie etwa die Digitalisierung) flexibel reagieren zu können, kann in Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Aktivitäten

¹⁰⁹ Die Beförderung von nicht adressierten Werbesendungen fällt nicht in den Grundversorgungsauftrag der Post (im Bereich der Postdienste) (vgl. Art. 13 ff. PG, Art. 29 ff. VPG et contrario; vgl. auch BOUCHER-KIND, Staatliche Marktteilnahme, RN 602 ff.). Diese Dienstleistung war früher als Wettbewerbsdienst (vgl. BGE 129 III 35 E. 4) und ist heute als Dienstleistung ausserhalb der Grundversorgung anerkannt (vgl. BOUCHER-KIND, Staatliche Marktteilnahme, RN 634).

¹¹⁰ Vgl. N 44 ff.

der Post im Bereich der digitalen Werbung der Schluss gezogen werden, dass sie vom Zweckartikel in Art. 3 POG abgedeckt sind. Hinsichtlich der digitalen Werbung in Poststellen sowie in Transportfahrzeugen und an Infrastrukturanlagen, welche die Post für ihre Dienste im regionalen Personenverkehr verwendet, kann des Weiteren auf Art. 3 Abs. 4 POG (effizientere Randnutzung bestehender Infrastruktur) Bezug genommen werden.

Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn auf die strategischen Ziele des Bundes für die Post 2021–2024 abgestellt wird.¹¹¹ Das Engagement der Post im Bereich der digitalen Werbung liegt auf der Linie dieser strategischen Zielvorgaben. Diese sehen etwa vor, dass die Post «in ihrem Kerngeschäft in den Geschäftsfeldern Kommunikation und Logistik, Finanzdienstleistungen und Personenverkehr qualitativ hochstehende, marktfähige und innovative Produkte, Dienstleistungen und Lösungen in physischer und elektronischer Form an[bietet]; sie generiert dabei ein rentables Wachstum und stärkt durch Effizienzsteigerungen die Ertragskraft des Unternehmens» (Ziff. 1.2). Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutsam ist weiter die Vorgabe in den aktuellen strategischen Zielen des Bundes für die Post, dass diese «im Geschäftsfeld Kommunikation und Logistik die führende Marktstellung im Bereich der nationalen und grenzüberschreitenden Brief- und Paketpost sicher[stellt] und [...] moderne Kommunikations- und Logistikbedürfnisse durch die Entwicklung zeitgemässer Angebote insbesondere im Bereich des Informations- und Datenverkehrs ab[deckt]» (Ziff. 1.3). Bei den Aktivitäten der Bring Labs AG und der Livesystems Group AG handelt es sich um zeitgemässe Angebote im Bereich des Informations- und Datenverkehrs, die ein wachsendes Bedürfnis nach digitaler Werbekommunikation abdecken.

II. Tätigkeiten im Bereich des vertraulichen Transports von digitalen Informationen, insb. Klara Business AG

1. Umschreibung des Tätigkeitsfelds

Die Post ist eine Beteiligung an der Klara Business AG eingegangen. Gemäss den Angaben der Auftraggeberin erfüllt die Klara Business AG die folgenden Dienstleistungen:

- «← Vereinfachung der administrativen Last von KMU und Privatpersonen durch offene integrierte Systeme;
- Plattform für die Kommunikation zwischen Behörden, Unternehmen, Kunden, KMU und Privaten durch sichere einfache Kanäle;
- Datenbereitstellung für Deklarationen, Meldungen und Abrechnungen von KMU zu Kunden, Sozialversicherungen, Banken und Privatversicherern;
- Datensammlung von Geschäftstransaktionen im Bereich finanzieller (Buchhaltung) und materieller Datenströme (z.B. Paket Lieferung und Terminbuchung) zwecks Leistungserbringung zum Kunden und Abrechnungen gegenüber Behörden (namentlich Mehrwertsteuer und Kantonale Steuerverwaltungen);

¹¹¹ Zur Bedeutung der strategischen Ziele des Bundes hinsichtlich der Auslegung des Unternehmenszwecks nach Art. 3 POG vgl. N 43.

- Hoch sichere Datenarchivierung (Langzeitspeicherung für Revisionszwecke) gemäss GeBüV;
- Beratungsleistungen rund um die administrativen Belange von KMU (Marketing, Buchhaltung, Kommunikation).»

79 Gemäss den Angaben der Auftraggeberin handelt es sich um ein «Ecosystem, welches stetig wächst. Die Wichtigkeit sieht je nach Ecosystem Partner anders aus. Im Kern geht es aber um Kommunikation, Datenhaltung und Datenaustausch mittels modernster Cloud Technologie. Aus Sicht KMU dürften die administrativen Funktionen für Kundenkommunikation, Buchhaltung, Lohn und Archivierung im Vordergrund stehen. Für Banken wohl die Kundenbindung. Für Behörden wohl die elektronische Datenschnittstelle inkl. Validierungen (z.B. via Swiss-Dec)». Weiter hält die Auftraggeberin hinsichtlich der Dienstleistungen der Klara Business AG fest, dass sie «die Datenströme zwischen Unternehmen, KMU, Kunden, Behörden und Geschäftspartnern» organisiere. «Dabei sind auch finanzielle Transaktionen enthalten (Zahlungen, Löhne, Materialbewegungen). Diese wiederum werden in einer Buchhaltung gesammelt, aggregiert und z.B. für Steuermeldungen benötigt. Im Endeffekt endet jede finanzielle Transaktion irgendwo in der Buchhaltung. Somit kann gesagt werden, dass KLARA auch eine Buchhaltung anbietet, welche sich aber im Gegensatz zu den heutigen im Markt befindlichen Produkten mehrheitlich automatisch führt.»

2. *Rechtliche Würdigung*

80 Bei den von der Klara Business AG erbrachten Dienstleistungen handelt es sich nicht um Tätigkeiten, die den «Hauptgeschäftsbereichen» bzw. den Grundversorgungsaufgaben der Post (Beförderung von Postsendungen, Finanzdienstleistungen und Personentransport) zugeordnet werden können. Ebenfalls handelt es sich nicht um die Randnutzung bestehender Infrastruktur.

81 Es stellt sich indes die Frage, ob die von dieser Gesellschaft erbrachten Dienstleistungen den Annex Tätigkeiten zugeordnet werden können. Bezogen auf die drei Hauptgeschäftsbereiche der Post kann vorliegend ein Zusammenhang zu jenen der Postsendungen und der Finanzdienstleistungen hergestellt werden. Gewisse Tätigkeiten der Klara Business AG stehen dabei sogar in einem engen Zusammenhang zu den Haupttätigkeiten: So hat etwa die Kundendatenverwaltung einen engen Bezug zu Postdienstleistungen und weisen mobile Kassensysteme einen engen Bezug zu Finanzdienstleistungen auf. Eine enge Verknüpfung besteht auch insofern, als es die Klara Kommunikationsplattform ermöglicht, physisch eintreffende Post zu digitalisieren.¹¹² Solche Tätigkeiten sind selbst bei einem engen Verständnis der zulässigen Annex Tätigkeiten vom Unternehmenszweck nach Art. 3 POG abgedeckt. Allgemein kann man die Aktivitäten der Klara Business AG dem Bereich der digitalen Informationsaufbereitung und -übermittlung

¹¹² Die Post bietet bereits seit vielen Jahren Scandienstleistungen und die Weiterbearbeitung der digitalisierten Postsendungen an, sei es durch «Swiss Post Solutions» für Grosskunden oder – vor der Mehrheitsbeteiligung an der Klara Business AG – im Rahmen der ehemaligen Dienstleistungen «E-Post Office Abo mit Scanning» für Private (früher noch als «Swiss Post Box» bekannt) bzw. «Digitaler Posteingang» für KMU.

zuordnen. Mit der Beteiligung der Post an der Klara Business AG will sie gewissermassen das traditionelle Geschäftsfeld der physischen Kommunikation und Informationsübermittlung in den digitalen Bereich überführen. Geht man – wie vorangehend begründet¹¹³ – davon aus, dass dem Zweckartikel nach Art. 3 POG nicht nur ein weites Verständnis (insbesondere auch hinsichtlich des Umfangs der Annexstätigkeiten) zugrunde zu legen ist, sondern dass er (im Sinne einer dynamischen Interpretation) auch so auszulegen ist, dass er es der Post erlauben soll, auf künftige Entwicklungen (wie etwa die Digitalisierung) flexibel reagieren zu können, kann auch in Bezug auf die Aktivitäten der Post im Bereich der digitalen Informationsaufbereitung und -übermittlung der Schluss gezogen werden, dass sie vom Zweckartikel in Art. 3 POG abgedeckt sind. Freilich ist jeweils für jede einzelne Aktivität und in Bezug auf Erweiterungen des Klara-Systems zu prüfen, ob noch ein hinreichender Zusammenhang zu den Hauptgeschäftsfeldern besteht. Ein solcher dürfte vorliegend etwa auch noch bezogen auf die Buchhaltungsfunktion des Klara Systems gegeben sein, zumal dieser im Wesentlichen die Aufgabe zukommt, die Informationen aus finanziellen Transaktionen automatisch zu sammeln und zu aggregieren. Geht man davon aus, dass die elektronische Informationsvermittlung zu den Annexstätigkeiten der Post zählt, dürfte es auch zulässig sein, dass den «Kunden» dieser Dienstleistungen die dazugehörige Software angeboten wird, damit sie von diesen Dienstleistungen der digitalen Informationsvermittlung auch sinnvoll Gebrauch machen können.

Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn auf die strategischen Ziele des Bundes für die Post 2021– 82 2024 abgestellt wird.¹¹⁴ Das Engagement der Post im Bereich der digitalen Informationsaufbereitung und -übermittlung liegt auf der Linie dieser strategischen Zielvorgaben. Diese sehen etwa vor, dass die Post «in ihrem Kerngeschäft in den Geschäftsfeldern Kommunikation und Logistik, Finanzdienstleistungen und Personenverkehr qualitativ hochstehende, marktfähige und innovative Produkte, Dienstleistungen und Lösungen in physischer und elektronischer Form an[bietet]; sie generiert dabei ein rentables Wachstum und stärkt durch Effizienzsteigerungen die Ertragskraft des Unternehmens» (Ziff. 1.2). Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutsam ist weiter die Vorgabe in den aktuellen strategischen Zielen des Bundes für die Post, dass diese «im Geschäftsfeld Kommunikation und Logistik die führende Marktstellung im Bereich der nationalen und grenzüberschreitenden Brief- und Paketpost sicher[stellt] und [...] moderne Kommunikations- und Logistikbedürfnisse durch die Entwicklung zeitgemässer Angebote insbesondere im Bereich des Informations- und Datenverkehrs ab[deckt]» (Ziff. 1.3). Die Beteiligung an der Klara Business AG dürfte diesen Vorgaben voll entsprechen: Bei der Klara Kommunikationsplattform handelt es sich um ein «hochstehendes, marktfähiges und innovatives» Produkt bzw. eine Dienstleistung in elektronischer Form, die moderne Kommunikations- und Logistikbedürfnisse im Bereich des Informations- und Datenverkehrs abdeckt.

¹¹³ Vgl. N 44 ff.

¹¹⁴ Zur Bedeutung der strategischen Ziele des Bundes hinsichtlich der Auslegung des Unternehmenszwecks nach Art. 3 POG vgl. N 43.

III. Tätigkeiten im Bereich des vertraulichen Transports von digitalen Informationen, insb. Tresorit AG

1. Umschreibung des Tätigkeitsfelds

83 Die Post ist eine Beteiligung an der Tresorit AG eingegangen. Die Tresorit AG bietet Dienstleistungen und Produkte zum Schutz der digitalen Kommunikation an. Zu den Produkten zählen insbesondere sichere Workspaces und Angebote im Zusammenhang mit der sicheren Datenspeicherung und -übermittlung (sicheres Senden und Empfangen von vertraulichen Informationen).

2. Rechtliche Würdigung

84 Bei den von der Tresorit AG erbrachten Dienstleistungen und Produkten handelt es sich nicht um Tätigkeiten, die den «Hauptgeschäftsbereichen» bzw. den Grundversorgungsaufgaben der Post (Beförderung von Postsendungen, Finanzdienstleistungen und Personentransport) zugeordnet werden können. Ebenfalls handelt es sich nicht um die Randnutzung bestehender Infrastruktur.

85 Es stellt sich indes die Frage, ob die von dieser Gesellschaft erbrachten Dienstleistungen und Produkte den Annexstätigkeiten zugeordnet werden können. Bezogen auf die drei Hauptgeschäftsbereiche der Post kann vorliegend ein Zusammenhang zu jenem der Postsendungen hergestellt werden. Bereits weiter oben wurde ausgeführt, dass Aktivitäten im Bereich der digitalen Informationsaufbereitung und -übermittlung grundsätzlich als zulässige Annexstätigkeiten der Post angesehen werden können.¹¹⁵ Davon ausgehend dürften auch Dienstleistungen und Produkte, die dazu dienen, die elektronische Informationsübermittlung sicher zu gestalten, als zulässige Annexstätigkeiten qualifiziert werden können. Die Vertraulichkeit, welche die Post im physischen Informationsverkehr sicherzustellen hat (Postgeheimnis), darf sie m.a.W. auch im digitalen Informationsverkehr durch eigene Dienste und Produkte gewährleisten.

IV. Tätigkeiten im Bereich des vertraulichen Transports von digitalen Informationen, insb. Dialog Verwaltungs-Data AG

1. Umschreibung des Tätigkeitsfelds

86 Die Post ist eine Beteiligung an der Dialog Verwaltungs-Data AG eingegangen. Gemäss den Angaben der Auftraggeberin übt die Dialog Verwaltungs-Data AG die folgenden Dienstleistungen aus: «Dialog ist ein Standard-Softwarehersteller für öffentliche Verwaltungen. Die Haupttätigkeiten der Gesellschaft liegen in der Lizenzierung, in der Einführung und im Support von Softwarelösungen für Gemeinden sowie im Betrieb und Support der Cloud Infrastruktur.

¹¹⁵ Vgl. N 81.

Nebentätigkeiten sind die Lizenzierung, die Einführung und der Support von Softwarelösungen für andere öffentliche Verwaltungen wie z.B. Kirch- oder Schulgemeinden.»

2. *Rechtliche Würdigung*

Bei den von der Dialog Verwaltungs-Data AG erbrachten Dienstleistungen handelt es sich nicht um Tätigkeiten, die den «Hauptgeschäftsbereichen» bzw. den Grundversorgungsaufgaben der Post (Beförderung von Postsendungen, Finanzdienstleistungen und Personentransport) zugeordnet werden können. Ebenfalls handelt es sich nicht um die Randnutzung bestehender Infrastruktur. 87

Es stellt sich indes die Frage, ob die von dieser Gesellschaft erbrachten Dienstleistungen den Annextätigkeiten zugeordnet werden können. Bezogen auf die drei Hauptgeschäftsbereiche der Post kann vorliegend ein Zusammenhang zur Hauptgeschäftstätigkeit der Postsendungen hergestellt werden. Mit der Beteiligung an der Dialog-Verwaltungs-Data AG beabsichtigt die Post, insbesondere ein Angebot für Gemeinden und andere öffentliche Verwaltungen zu entwickeln, das die digitale Kommunikation zwischen den Bürgerinnen und Bürgern bzw. den Unternehmen und der öffentlichen Verwaltung einerseits sowie innerhalb der öffentlichen Verwaltung andererseits ermöglicht (z.B. mittels Online-Schalter mit fallabschliessenden Prozessen). Auch diese Aktivität kann demnach der digitalen Informationsübermittlung bzw. Kommunikation zugeordnet werden.¹¹⁶ Bereits weiter oben wurde ausgeführt, dass Aktivitäten im Bereich der digitalen Informationsaufbereitung und -übermittlung grundsätzlich als zulässige Annextätigkeiten der Post angesehen werden können.¹¹⁷ Dies gilt des Weiteren auch für das Zurverfügungstellen der dazu benötigten Software. Auch dieses Engagement der Post liegt im Übrigen auf der Linie der strategischen Ziele des Bundesrats für die Post 2021–2024, zumal sie dadurch moderne Kommunikations- und Logistikbedürfnisse durch die Entwicklung zeitgemässer Angebote insbesondere im Bereich des Informations- und Datenverkehrs abdeckt (vgl. Ziff. 1.3 der strategischen Ziele). 88

E. Schlussbemerkungen

Die Post hat in den vergangenen Jahren – zum Teil via Beteiligungsgesellschaften – ihre Geschäftsaktivitäten laufend weiterentwickelt und neue Geschäftsfelder erschlossen. Diese Diversifizierung der Geschäftstätigkeit ist unter anderem auch auf veränderte Marktentwicklungen und damit einhergehend auf den Umstand zurückzuführen, dass die Umsätze der Post in den angestammten Geschäftsbereichen zurückgehen. Nach der im vorliegenden Kurzgutachten vertretenen und begründeten Auffassung liegt dem Zweckartikel nach Art. 3 POG nicht nur ein 89

¹¹⁶ Die Post engagiert sich im Übrigen schon seit vielen Jahren im Bereich der digitalen Informationsübermittlung bzw. Kommunikation (an der Schnittstelle zwischen Behörden und Bürgern), so etwa in den Bereichen elektronisches Patientendossier, elektronische Identität und elektronische Stimmabgabe.

¹¹⁷ Vgl. N 81.

weites Verständnis (insbesondere auch hinsichtlich des Umfangs der Annex Tätigkeiten) zugrunde, sondern er ist – im Sinne einer dynamischen Interpretation – auch so auszulegen, dass er es der Post erlauben soll, auf künftige Entwicklungen (wie etwa die Digitalisierung) flexibel reagieren zu können. Klare Grenzen sind der Post dort gesetzt, wo Tätigkeiten durch den Gesetzgeber ausdrücklich untersagt worden sind bzw. wo Tätigkeiten in keinem sachlich zu begründenden Zusammenhang zu den Haupttätigkeiten mehr stehen. Vor diesem Hintergrund können die vorliegend zu beurteilenden Tätigkeiten in den Bereichen der digitalen Werbung und der digitalen Informationsaufbereitung und -übermittlung grundsätzlich als konform mit dem Zweckartikel nach Art. 3 POG eingestuft werden. Diese Tätigkeiten sind als zulässige Annex Tätigkeiten anzusehen. Ein Zusammenhang zu den Haupttätigkeiten lässt sich begründen. Dieses Ergebnis wird hingegen kaum teilen können, wer von einem restriktiven Verständnis des Zweckartikels und der zulässigen Annex Tätigkeiten ausgeht.

90 Der Geschäftsbereich Kommunikation und Logistik ist einem erheblichen wirtschaftlichen und technologischen Wandel ausgesetzt. Damit die Post in diesem Bereich am Markt bestehen kann und weiterhin in der Lage ist, auch die Grundversorgungsaufgaben eigenwirtschaftlich zu bestreiten (so wie das vom Gesetzgeber gewünscht ist), ist sie darauf angewiesen, durch zeitgemässe Angebote moderne Kundenbedürfnisse befriedigen zu können. Will man dies – entgegen den Ausführungen in diesem Kurzgutachten – der Post nicht bereits gestützt auf die bestehenden gesetzlichen Grundlagen – in einem gewissen Rahmen – erlauben, ist es letztlich an der Politik, in dieser Frage Klarheit zu schaffen. Zur Diskussion steht dabei auch der Vorschlag, die vertrauensbasierte digitale Infrastruktur zum Grundversorgungsauftrag zu machen.¹¹⁸ Aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht ist insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass die Post und die privaten Wettbewerber über gleich lange Spiesse in den entsprechenden Märkten verfügen.

* * * * *

Freiburg, 24. April 2022



Prof. Dr. Andreas Stöckli

¹¹⁸ Vgl. Schlussbericht Expertenkommission Grundversorgung, S. 33 f.

Literatur / Materialien

PHIL BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen).

GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2018 (zit. OFK BV-BIAGGINI).

NATASCHA BOUCHER-KIND, Staatliche Marktteilnahme, Rechtliche Rahmenbedingungen und Regelungsvorgaben am Beispiel der Post, Diss. Freiburg, Bern 2020 (zit. BOUCHER-KIND, Staatliche Marktteilnahme).

WALTER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931 (zit. BURCKHARDT, Kommentar BV).

ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 (zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht).

PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013 (zit. HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht).

PETER HETTICH, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb: Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung, ZSR 140 (2021) I, S. 155–169 (zit. HETTICH, Öffentliche Unternehmen).

MARTIN LENDI, Kommentar zu Art. 36 BV 1874, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Loseblattsammlung, Basel/Zürich/Bern 1987, Stand Juni 1987 (zit. LENDI, Kommentar zu Art. 36 BV 1874).

VINCENT MARTENET, Rechtsgutachten betreffend «Verfassungsmässigkeit der Vergabe von Krediten und Hypotheken durch die Postfinance AG» (zit. MARTENET, Rechtsgutachten Postfinance).

ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018 (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Gesellschaftsrecht).

RENÉ RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht).

ANDREAS STÖCKLI, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen – Ein Beitrag zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen, Diss. Freiburg, Bern 2012 (zit. STÖCKLI, Behördenmitglieder).

PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014 (zit. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht).

FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Perspektive, Diss. Basel, Basel 1997 (zit. UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln).

STEFAN VOGEL, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Grundprobleme der Verwaltungsorganisation, Rechtliche Rahmenbedingungen, Konzepte, Strukturen und Formen für die Organisation von Aufgabenträgern der öffentlichen Verwaltung, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. VOGEL, Einheit).

STEFAN VOGEL, Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, ZBl 104 (2003), S. 418–427 (zit. VOGEL, Aktiengesellschaft).

STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich, Zürich 2000 (zit. VOGEL, Marktteilnehmer).

HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. VON DER CRONE, Aktienrecht).

BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/-IN).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG) vom 20.5.2009, BBl 2009, S. 5265–5308 (zit. Botschaft POG, BBl 2009).

Botschaft zum Postgesetz (PG) vom 10.6.1996, BBl 1996 III, S. 1249–1305 (zit. Botschaft Postgesetz 1996, BBl 1996 III).

Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.9.2015 (zit. BUNDESRAT, Bericht Staat und Wettbewerb).

Massvolles Angebot an Drittprodukten durch die Schweizerische Post, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 15.3377 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrates vom 23.3.2015 (zit. BUNDESRAT, Bericht Drittprodukte).

Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13.9.2006, BBl 2006, S. 8233–8304 (zit. BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006).

Bundesamt für Justiz, Mehrheitsbeteiligung der Swisscom AG an einer Programmveranstalterin, Gutachten vom 3.3.2008, VPB 2009.12, S. 219–229 (zit. BJ, Gutachten Mehrheitsbeteiligung Swisscom).

Bundesamt für Justiz, Gutachten zur Verfassungsmässigkeit einer Postbank, Gutachten vom 22.11.2006, VPB 2009.9, S. 129–140 (zit. BJ, Gutachten Postbank).

Bundesamt für Justiz, Kommerzielle Nebentätigkeiten von Verwaltungseinheiten und öffentlich-rechtlichen Unternehmungen, Gutachten vom 1.6.1995, in: Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes (Gesetzgebungsleitfaden), Bern 1995, Anhang 23 (zit. BJ, Gutachten Kommerzielle Nebentätigkeiten).

Expertenkommission Grundversorgung Post, Schlussbericht vom 24.2.2022 (zit. Schlussbericht Expertenkommission Grundversorgung).