

Bescheid

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH hat am 10.08.2011 folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 51 Abs 3 des Bundesgesetzes über die Regulierung des Postmarktes (Postmarktgesetz - PMG, BGBl I Nr 123/2009 idF 111/2010) wird der DPD Direkt Parcel Distribution Austria GmbH (im Folgenden „DPD“) mit Sitz in 2333 Leopoldsdorf, Arbeitergasse 46, aufgetragen, den festgestellten Mangel, als Postdiensteanbieter keine Anzeige nach § 25 PMG erstattet zu haben, dadurch abzustellen, die von ihr erbrachten Postdienste der Regulierungsbehörde bis längstens 31.08.2011 anzuzeigen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit 01.01.2011 ist das Bundesgesetz über die Regulierung des Postmarktes (Postmarktgesetz - PMG, BGBl I Nr 123/2009 idF 111/2010) in Kraft getreten.

Mit Schreiben der RTR-GmbH vom 12.01. und 22.02.2011 wurde die DPD auf die Pflicht zur Anzeige nach § 25 PMG hingewiesen.

Mit Schreiben vom 31.03.2011 hat die RTR-GmbH ein Verfahren gemäß § 51 PMG zur Überprüfung des Verdachts auf einen Verstoß gegen die in § 25 PMG festgelegte Verpflichtung der Anzeige von Postdiensten eingeleitet und die DPD aufgefordert, dazu Stellung zu nehmen oder die von diesem Unternehmen erbrachten Postdienstleistungen gemäß § 25 PMG bis zum 14.04.2011 anzuzeigen. Gleichzeitig erging eine Anzeige gemäß § 55 Abs 1 Z 7 PMG an die zuständige Verwaltungsstrafbehörde.

Die DPD teilte in ihrer Stellungnahme vom 26.04.2011 mit, dass ihr Produktangebot über den reinen Versand von Paketen hinausgeht und DPD überdies im reglementierten Gewerbe der Spediteure gemäß § 94 Z 63 GewO tätig sei.

Mit Schreiben vom 22.06.2011 wurde die DPD schließlich über das Ergebnis der Beweisaufnahme informiert, insbesondere über die bereits im Jahr 2009 erfolgte Anzeige von Postdiensten und erhielt abermals Gelegenheit zur Stellungnahme bzw zur Anzeige der Dienste bis zum 08.07.2011.

In ihrer Stellungnahme vom 11.07.2011 verwies die DPD auf die fehlenden Übergangsbestimmungen im PMG und bestritt einen Verstoß gegen § 25 PMG.

B. Festgestellter Sachverhalt

- 1) DPD bietet ua den Versand und die Zustellung von Paketen bis 31,5 kg und Katalogen an.
- 2) Die DPD hat mit Schreiben vom 29.09.2009 eine Anzeige gemäß § 15 Postgesetz – PostG 1997, BGBl 1998/18 idF BGBl I Nr 70/2006 an die RTR-GmbH übermittelt, in der DPD angegeben hat, Postdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Sortieren, dem Transport und der Zustellung von Briefsendungen über 2 kg bzw Paketen bis 31,5 kg zu erbringen.
- 3) DPD hat bis zum Beschluss dieses Bescheides weder die Erbringung von Postdiensten, noch die Änderung oder die Einstellung derselben nach § 25 PMG angezeigt.
- 4) DPD ist Postdiensteanbieter.

C. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf den schlüssigen Akteninhalt, insbesondere die Anzeige der DPD vom 29.09.2009, sowie auf den Inhalt der Website <http://www.dpd.at/produkte-a-services.html> und die Stellungnahmen der DPD. Im Ermittlungsverfahren ergaben sich weiters keine Hinweise, dass die DPD diese Dienste nicht oder nicht mehr anbietet. Insbesondere hat DPD nicht bestritten, den Versand von Paketen bis 31,5 kg anzubieten.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

1.1. Aufsichtsverfahren nach § 51 PMG

§ 51 PMG lautet auszugsweise:

„(1) Hat die Regulierungsbehörde Anhaltspunkte dafür, dass ein Postdiensteanbieter gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid verstößt, teilt sie dies dem Unternehmen mit und räumt gleichzeitig Gelegenheit ein, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen.

(3) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.“

1.2. Zuständigkeit der RTR-GmbH

Nach § 38 Abs 1 PMG hat die RTR-GmbH sämtliche Aufgaben, die durch das PMG und durch die aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Post-Control-Kommission (§ 40 PMG) zuständig ist. Da im hier zugrundeliegenden Verfahren nach § 25 PMG keine Zuständigkeit der Post-Control-Kommission gemäß § 40 PMG besteht, ist für die Durchführung des gegenständlichen Verfahrens gemäß § 51 iVm § 25 PMG die RTR-GmbH zuständig

1.3. Die Verpflichtung zur Anzeige nach § 25 PMG

Nach dem klaren Wortlaut von § 25 Abs 1 PMG haben Postdiensteanbieter bestimmte Anzeigepflichten gegenüber der Regulierungsbehörde (siehe unten). Diese Verpflichtungen bestehen unbeding und ungeachtet allfälliger früherer Rechtslagen.

Mangels Übergangsbestimmungen zur Anzeigepflicht von bereits nach § 15 PostG angezeigten Postdiensten im PMG ist die Erbringung von Postdiensten daher jedenfalls auch nach den Bestimmungen des § 25 PMG anzuzeigen, selbst wenn diese Dienste bereits vor dem Inkrafttreten des PMG am 01.01.2011 angeboten wurden. Die RTR-GmbH hat daher alle Unternehmen, die bereits nach eine Anzeige nach § 15 PostG erstattet haben auf diesen Umstand aufmerksam gemacht und so auch die DPD mit Schreiben von 12.01.2011 bzw 22.02.2011 aufgefordert, die Erbringung, Änderung des Betriebes oder gegebenenfalls die Einstellung von Postdiensten nach § 25 PMG anzuzeigen.

2. Zur Rechtslage

§ 24 PMG lautet wie folgt:

„(1) Jedermann ist nach Maßgabe der Voraussetzungen dieses Bundesgesetzes berechtigt, Postdienste anzubieten und zu erbringen.

(2) Auf das Anbieten von Postdiensten findet die Gewerbeordnung 1994, BGBl 194/1994, keine Anwendung.“

§ 25 PMG lautet (auszugsweise):

„(1) Postdiensteanbieter haben die beabsichtigte Erbringung eines Postdienstes sowie Änderungen und die Einstellung des Dienstes vor Betriebsaufnahme, Änderung oder Einstellung sind gemäß § 25 Abs 1 PMG der Regulierungsbehörde anzuzeigen.“

DPD zieht in ihrer Stellungnahme die Übergangsbestimmung des § 133 TKG 2003 heran, die festlegt, dass Anzeigen nach § 13 TKG (1997) als erloschen gelten, die darüber ausgestellten Bestätigungen jedenfalls weiterhin Geltung haben und kommt so zum Schluss, dass aufgrund der fehlenden Übergangsbestimmungen im PMG keine neuerliche Anzeige eines Dienste abgeleitet werden könne.

Dieser Rechtsansicht kann nicht gefolgt werden. Das PMG trifft – im Gegensatz zu den Bestimmungen des TKG 2003 – keinerlei Aussagen über Anzeigen, die nach § 15 PostG übermittelt wurden und kennt auch nicht das Rechtsinstrument einer „Bestätigung“ dieser Anzeigen. Anders, als beispielsweise § 26 Abs 2 PMG, der ausdrücklich eine Konzessionspflicht für den Universaldienstbetreiber verneint, sieht § 25 PMG keine Ausnahmen vor, weshalb die Verpflichtung zur Anzeige für jeden Postdiensteanbieter besteht, unabhängig davon, ob diese Dienste bereits vor dem 01.01.2011 angeboten oder angezeigt wurden.

Der Verweis auf die zwei „Listen“ auf der Website der RTR-GmbH geht ins Leere, da es sich zum einen um eine Liste der angezeigten Postdienste nach § 15 PostG handelt, auf der durch die Anzeige vom 29.09.2011 auch DPD aufscheint und zum anderen um eine Liste der angezeigten Postdienste nach § 25 PMG. Da die RTR-GmbH derzeit mehrere Aufsichtsver-

fahren betreffend Unternehmen, die eine Anzeige nach § 15 PostG, nicht aber nach § 25 PMG erstattet haben, durchführt, befinden sich bis zur Klärung dieser Angelegenheit beide Listen auf der Website der RTR-GmbH <http://www.rtr.at/de/post/Diensteanzeige>. Wie bereits ausgeführt, kann eine bereits erfolgte Anzeige nach § 15 PostG mangels Übergangsbestimmungen nicht eine Anzeige nach § 25 PMG ersetzen, erstere gilt aber als Indiz für die Erbringung von Postdiensten durch das anzeigende Unternehmen.

DPD weist in ihrer Stellungnahme vom 14.04.2011 weiters darauf hin, dass ihr Produktangebot über den reinen Versand von Paketen hinausgeht und DPD überdies im reglementierten Gewerbe der Spediteure gemäß § 94 Z 63 GewO tätig sei.

Die Tatsache, dass ein Unternehmen ein Speditionsgewerbe ausübt, bedeutet aber noch nicht, dass dieses Unternehmen nicht auch Postdienste erbringt, zumal § 24 Abs 2 PMG festhält, dass die Gewerbeordnung auf das Anbieten von Postdiensten keine Anwendung findet. Klar in den Anwendungsbereich des § 3 Z 2 PMG fällt dabei die Abholung, die Sortierung, der Transport und die Zustellung von Briefen und Paketen. Als Gewichtsgrenze wird dabei – entsprechend den Ausführungen unten, 2.1. – ein Gewicht von max. 31,5 kg je Paket definiert. Damit erbringen Spediteure jedenfalls auch Postdienste, wenn sie Briefe oder Pakete unter 31,5 kg abholen, sortieren, transportieren und/oder zustellen. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der DPD beschränken den Versand von Paketen auf ein Höchstgewicht von exakt 31,5 kg/Paket, womit diese Pakete jedenfalls in den Anwendungsbereich des PMG fallen. Die Veredelung von Diensten durch Zusatzangebote ändert nichts an der Klassifizierung des Paketes als Postdienst.

DPD hat außerdem mit Schreiben vom 29.09.2009 eine Anzeige nach § 15 PostG erstattet und in diesem Schreiben angegeben, Postdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Sortieren, dem Transport und der Zustellung von Briefsendungen über 2 kg bzw Paketen bis 31,5 kg zu erbringen. DPD hat bis dato weder eine Änderung oder Einstellung der von ihr angezeigten Postdienste nach § 15 PostG übermittelt. Die Definition von Postdiensten in § 2 Z 3 PostG entspricht wörtlich der Definition des § 3 Z 2 PMG, weshalb auch nicht davon auszugehen ist, dass die von DPD im Jahr 2009 selbst als Postdienste qualifizierten angezeigten Dienste, nicht auch als Postdienste im Anwendungsbereich des PMG anzusehen sind.

Schließlich hält auch der Erlass des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie betreffend die Auslegung der Begriffe „Postdienste“, „Universaldienst“ und „Dienste im Universaldienstbereich“ vom 20.12.2010 (GZ.: BMVIT-630.036/0002-III/PT1/2010) fest, dass *„(D) das Vorliegen einer Spediteurskonzession allein nicht für die Annahme aus“* reicht, *„kein Postdiensteanbieter im Sinne des PMG zu sein. Allenfalls wird man im Einzelfall zu prüfen haben, ob Postdienste erbracht werden. Im übrigen ist bis zum Beweis des Gegenteils davon auszugehen, dass alle Postdiensteanbieter, die schon derzeit solche Dienstleistungen angezeigt haben, auch nach dem Regime des PMG als Postdiensteanbieter anzusehen sind.“*

2.1. Zu den Begriffsbestimmungen des § 3 PMG: der „Postdienst“

Gemäß § 3 Z 2 PMG sind unter Postdienst „Dienste im Zusammenhang mit der Abholung, dem Sortieren, dem Transport und der Zustellung von Postsendungen“ bzw nach Z 3 unter Postdiensteanbieter „Unternehmen, die einen oder mehrere Postdienste erbringen“ zu verstehen.

Als „Postsendung“ gilt eine „adressierte Sendung in der endgültigen Form, in der sie von einem Postdiensteanbieter im Inland übernommen wird. Es handelt sich dabei neben Briefsendungen z.B. um Bücher, Kataloge, Zeitungen und Zeitschriften sowie um Postpakete, die Waren mit oder ohne Handelswert enthalten.“ (§ 3 Z 10 PMG).

Der Begriff „Postpaket“ ist hingegen weder in der EU-Postdienterichtlinie (RL 97/67/EG, ABI Nr L 15 vom 21.01.1998, S 14, zuletzt geändert durch die RL 2008/6/EG, ABI Nr L 52 vom 27.03.2008, S 3) noch im PMG gesondert definiert. Auch die Vertragswerke des Weltpostvereins, bei dem Österreich Mitglied ist, liefern hierfür keine verlässlichen Angaben.

Der Inhalt des Begriffes „Postpaket“ ist sohin durch Auslegung zu ermitteln. Schon der Wortlaut legt nahe, dass es sich bei einem Postpaket nicht um jedes Paket in beliebiger Form und Größe mit beliebig hohem Gewicht handeln kann, sondern eben um ein Paket, das offenbar üblicherweise „von der Post“ – und nicht etwa von bloß auf Güterbeförderung spezialisierten Unternehmern – befördert wird. Hierbei geht die Regulierungsbehörde von einer Gewichtsgrenze von 31,5 kg aus. Pakete, die diese Gewichtsgrenze nicht überschreiten, gelten als Postpakete iSd § 3 Z 10 PMG; Pakete, die mehr wiegen, gelten nicht als Postpakete iSd PMG. Zwar ist dieses Gewichtslimit von 31,5 kg nicht positivrechtlich verankert, es ist jedoch als historisch gewachsen anzusehen: Neben der Österreichischen Post AG, vergleichbaren europäischen Postbetrieben, wie zB die Deutsche Post („DHL Paket“), TNT Post („EU Pack Spezial“) und La Poste, orientieren sich auch die meisten Paketdienste (GLS, Hermes etc) und auch DPD selbst an diesem Gewichtslimit.

Des Weiteren kann aus § 3 Z 2 PMG geschlossen werden, dass ein Postdienst (erst) dann vorliegt, wenn dieser Dienstleistung ein gewisser (betrieblicher) Organisationsgrad zu Grunde liegt, der ein Abholen, Sortieren, Transportieren oder Zustellen ermöglicht. Zwar wird es nicht konstituierendes Merkmal für einen Postdienst sein, dass alle in § 3 Z 2 PMG genannten Dienste kumulativ erbracht werden müssen (so auch Erwgr 17 RL 2008/6/EG, der besagt, dass Transportleistungen allein nicht als Postdienste gelten sollen). Doch es erscheint insbesondere das Sortieren (von Postsendungen) ein wesentlicher Teil einer Postdienstleistung zu sein. Folgt man dieser Auffassung, können auch Dienstleistungen eines Spediteurs (nach § 407 UGB, § 94 Z 63 GewO) auch Postdienste iSd § 3 Z 2 PMG sein.

Folgende Elemente sind somit für die Erbringung eines Postdienstes wesentlich:

- Adressierte Einzelsendungen
- Gewicht: Pakete bis 31,5 kg
- Gewerbliche Erbringung
- Organisationsgrad des Postdiensteanbieters (Erbringung logistischer Leistungen)

Abgesehen von dem Umstand, dass die DPD bereits im Jahr 2009 die Erbringung von Postdiensten nach § 15 PostG angezeigt hat und bis dato weder eine Änderung noch eine Einstellung dieser Postdienste bekanntgegeben hat, bietet die DPD weiters auf ihrer Website <http://www.dpd.at/produkte-a-services.html> den Versand und die Zustellung von Paketen bis 31,5 kg, und somit Dienste an, die eindeutig in den Anwendungsbereich des PMG fallen.

2.2. Zur Regelung des § 25 PMG

Wie festgestellt, erbringt die DPD Postdienste nach § 3 Z 2 PMG. Seit Inkrafttreten des PMG mit 01.01.2011 wurde die DPD insgesamt vier Mal aufgefordert, die von ihr erbrachten Postdienste bei der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

Der Rechtsansicht der DPD, sie habe der RTR-GmbH „mitgeteilt“, welche Art von Diensten die DPD erbringt und würde diese Dienste eben nicht als Postdienste qualifizieren, weshalb keine Verletzung der Bestimmung des § 25 PMG vorliege, kann nicht gefolgt werden, da – wie bereits unter 2.1. erläutert – DPD selbst im Jahr 2009 die Erbringung von Postdiensten angezeigt hat und diese Anzeige bis dato aufrecht erhalten hat. Da sich auch die Definition von Postdiensten seit der Anzeige der DPD nicht geändert hat und auf der Website <http://www.dpd.at/produkte-a-services.html> eindeutig Dienste angeboten werden, die in den Anwendungsbereich des PMG fallen, ist davon auszugehen, dass DPD nach wie vor Postdienste erbringt. Somit liegt offenkundig eine Verletzung von § 25 PMG vor.

Oben unter Punkt B.3) wurde festgestellt, dass bis dato keine Anzeige erfolgt ist. Dieses Unterlassen der Anzeige ist als Mangel iSd § 51 Abs 1 PMG zu werten, worauf die DPD mit Schreiben der RTR-GmbH vom 31.3.2011 förmlich hingewiesen wurde.

3. Aufsichtsmaßnahmen nach § 51 Abs 3 PMG

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.

Da DPD binnen der von der RTR-GmbH im Rahmen dieses Verfahrens gesetzten Fristen, der Aufforderung der RTR-GmbH nicht nachgekommen ist und auch nicht glaubhaft darlegen konnte, keine Postdienste im Sinne des § 3 Z 2 MG zu erbringen, verletzt die DPD durch die unterlassene Anzeige die Bestimmungen des § 25 PMG. Es waren der DPD daher die gebotenen, angemessenen Maßnahmen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmung sicherstellen, spruchgemäß aufzutragen. Diese Maßnahme besteht in der Verpflichtung, die erbrachten Postdienste umgehend anzuzeigen.

Die dafür eingeräumte Frist bis zum 31.08.2011 ist angemessen, da die DPD bereits mehrfach zur Anzeige aufgefordert wurde und für die Durchführung der Anzeige kein besonderer organisatorischer oder inhaltlicher Aufwand erforderlich ist. Wie die DPD in ihrer Stellungnahme richtig festgestellt hat, besteht keine gesetzliche Verpflichtung zur Vornahme der Anzeige mittels des von der RTR-GmbH zur Verfügung gestellten Formblattes. Die bloße Behauptung, keine Postdienste anzubieten, entspricht allerdings nicht den Erfordernissen des § 25 PMG.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei der Einbringung der Beschwerde ist eine Gebühr von Euro 220,-- zu entrichten.

RTR-GmbH

Rundfunk und Telekom
Regulierungs-GmbH

Dr. Georg Serentschy
Geschäftsführer Fachbereich Telekommunikation