

## 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 TNT Express Austria GmbH (im Folgenden „TNT“) mit Sitz in 1300 Flughafen Wien Schwechat, Cargo Nord Obj. 3, 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 TNT 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 TNT 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.

RUNDFUNK UND TELEKOM  
REGULIERUNGS - G M B H

A-1060 Wien, Mariahilfer Straße 77-79  
Tel: +43 (0) 1 58058 - 0  
Fax: +43 (0) 1 58058 - 9191  
http://www.rtr.at  
e-mail: rtr@rtr.at  
FN: 208312t HG Wien  
DVR-Nr.: 0956732 Austria  
UID-Nr.: ATU43773001

Die TNT teilte in ihrer Stellungnahme vom 26.04.2011 mit, dass TNT keine Tätigkeiten ausübt, die über das reglementierte Gewerbe der Spediteure gemäß § 94 Z 63 GewO hinausgehen würden.

In der ergänzenden Stellungnahme vom 26.05.2011 verwies TNT auf die Unterschiede der von TNT erbrachten Leistungen im Vergleich zu einem „klassischen Postdiensteanbieter“.

Mit Schreiben vom 22.06.2011 wurde die TNT schließlich über das Ergebnis der Beweisaufnahme informiert, insbesondere über die bereits im Jahr 2006 durch den Fachverband Spedition und Logistik erfolgte und von der Wirtschaftskammer Österreich an das damals zuständige Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie übermittelte Anzeige von Postdiensten nach § 15 PMG und die Aussage des Geschäftsführers der TNT im Rahmen des Gespräches mit der RTR-GmbH am 09.05.2011, in dem dieser nicht ausschließen konnte, dass TNT auch Pakete bis 31,5 kg abholt, sortiert, transportiert und zustellt. TNT wurde nochmals zur Stellungnahme bzw zur Anzeige nach § 25 PMG bis zum 08.07.2011 aufgefordert.

In ihrer Stellungnahme vom 11.07.2011 stellte TNT klar, selbst keine Anzeige nach § 15 PostG übermittelt zu haben und diesbezüglich auch der Wirtschaftskammer Österreich keine wie immer geartete Vollmacht dafür erteilt zu haben.

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

- 1) TNT bietet ua den Versand und die Zustellung von Paketen bis 31,5 kg an.
- 2) Die Wirtschaftskammer Österreich hat mit Schreiben vom 06.07.2006 eine über den Fachverband Spedition & Logistik übermittelte Anzeige gemäß § 15 Abs 2 Postgesetz – PostG 1997, BGBl 1998/18 idF BGBl I Nr 70/2006 an das damals zuständige Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie übermittelt. In diesem Schreiben wurde die angezeigten Dienste der TNT von der Wirtschaftskammer Österreich mit „allgemeinen Postdiensten“ umschrieben.
- 3) TNT hat bis zum Beschluss dieses Bescheides weder die Erbringung von Postdiensten, noch die Änderung oder die Einstellung derselben nach § 25 PMG angezeigt.
- 4) TNT ist Postdiensteanbieter.

## **C. Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf den schlüssigen Akteninhalt, insbesondere auf den Inhalt der Website <http://www.TNT.at/produkte-a-services.html> und die Stellungnahmen der TNT. Im Ermittlungsverfahren ergaben sich weiters keine Hinweise, dass die TNT diese Dienste nicht mehr anbietet. Insbesondere hat TNT nicht bestritten, ua auch 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 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 TNT 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.“*

TNT weist in ihrer Stellungnahme vom 26.04.2011 darauf hin, dass ihr Produktangebot über den reinen Versand von Paketen hinausgeht und TNT überdies im reglementierten Gewerbe der Spediteure gemäß § 94 Z 63 GewO tätig sei. Insbesondere seien bei einer verfassungskonformen Auslegung jene Tätigkeiten vom Begriff „Postdienst“ ausgenommen, die Gegenstand einer bestehenden Gewerbeberechtigung sind.

Dieser Rechtsansicht kann nicht zugestimmt werden. Die Tatsache, dass ein Unternehmen ein Speditionsgewerbe ausübt, bedeutet noch nicht, dass dieses Unternehmen nicht auch gegebenenfalls Postdienste erbringt, zumal § 24 Abs 2 PMG ausdrücklich 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 unter 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. TNT hat selbst angegeben, nicht ausschließen zu können, auch Pakete bis zu dieser Gewichtsobergrenze zu befördern. Die Veredelung von Diensten durch Zusatzangebote ändert nichts an der Klassifizierung des Paketes als Postdienst, ebenso wenig wie eine ausschließliche Tätigkeit im B2B/B2C Bereich.

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)as 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 leg cit 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-Postdiensterrichtlinie (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 Gewicht-

grenze 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, DPD etc) 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)

Soweit TNT darauf hinweist, dass das Unternehmen über kein Postnetz, insbesondere über keine Abgabestellen im Sinne des PMG verfügt, ist anzumerken, dass ein solches auch nicht zwingend erforderlich ist, da ein „Postnetz“ im Sinne des § 3 Z 5 PMG nur für den Universaldienstbringer notwendig ist, an den das PMG aufgrund seiner Verpflichtung zur Erbringung des Universaldienstes viel weitgehendere Anforderungen stellt. Weder aus dem PMG noch aus der Postdienste-RL lässt sich ableiten, dass jeder Postdiensteanbieter über ein Postnetz im Sinne des § 3 Z 5 PMG verfügen muss. TNT verfügt aber jedenfalls einen über einen Organisationsgrad, der für die Erbringung logistischer Leistungen notwendig ist, dies wurde auch von TNT nicht bestritten.

Die Ausführungen der TNT zum Transport, den Laufzeiten, der Bemessungsgrundlage für das Entgelt, die Verzollung und den Kundendienst, sowie die Betonung, dass der überwiegende Versand Geschäftskunden betrifft, zielen darauf ab, dass TNT überwiegend Leistungen erbringt, die nicht in den Anwendungsbereich fallen. Zwar fällt der Transport von Frachtgut in nach oben offenen Collis nicht in den Anwendungsbereich des PMG, TNT hat aber selbst angegeben, auch einzelne Pakete bis 31,5 kg zu befördern. Die „Veredelung“ der Dienste durch schnellere Laufzeiten, einen aktiveren Kundendienst etc mag Auswirkungen auf die Beurteilung der Frage haben, ob solche Aktivitäten dem Universaldienstbereich zuzurechnen sind, nicht aber auf die Klassifizierung eines Postdienstes, zumal auch die von TNT zitierte Österreichische Post AG Zusatzdienste wie eine schnellere Beförderung, Zollabwicklung, individuelle Vertragsgestaltung usw. anbietet.

Zusammengefasst bietet TNT auf ihrer Website <http://www.TNT.at/produkte-a-services.html> unter anderem auch den Versand und die Zustellung von Paketen bis 31,5 kg an, somit Dienste, die eindeutig in den Anwendungsbereich des PMG fallen.

## **2.2. Zur Regelung des § 25 PMG**

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

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 TNT 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 TNT 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 PMG zur erbringen, verletzt die TNT durch die unterlassene Anzeige die Bestimmungen des § 25 PMG. Es waren der TNT 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 TNT bereits mehrfach zur Anzeige aufgefordert wurde und für die Durchführung der Anzeige kein besonderer organisatorischer oder inhaltlicher Aufwand erforderlich ist.

### **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