

PS 4/16-10

## Bescheid

Die Post-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Mag. Mathias Grandosek und Ing. Mag. Alfred Ruzicka als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 2. Mai 2016 einstimmig beschlossen:

### I. Spruch

- 1) Gemäß § 34 Abs 9 und 13 iVm § 34a Abs 3 KommAustria-Gesetz (KOG) hat die United Parcel Service Speditionsgesellschaft mbH mit Sitz in 1300 Wien-Flughafen, Cargo Nord, Objekt 1, an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH mit Sitz in 1060 Wien, Mariahilferstraße 77-79, die quartalsweise fälligen, auf Planumsätzen beruhenden Finanzierungsbeiträge für die Zeiträume vom 01.07.2015 bis 30.09.2015 und vom 01.10.2015 bis 31.12.2015 in der Höhe von gesamt **EUR [REDACTED]** (darin enthalten insgesamt EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstigen Zwangsfolgen zu bezahlen.
- 2) Der unter Spruchpunkt 1) genannte Betrag ist gemäß § 34 Abs 9 iVm § 34a Abs 3 KOG auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, [REDACTED], zu überweisen.

## II. Begründung

### A. Verfahrensablauf

#### 1) Verfahren vor der RTR-GmbH

Mit Bescheid der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) vom 10.08.2011, GZ PRAUF 04/2011-11, wurde United Parcel Service Speditionsgesellschaft mbH (im Folgenden „UPS“) gemäß § 51 Abs 3 des Bundesgesetzes über die Regulierung des Postmarktes (Postmarktgesetz – PMG), BGBl I Nr 123/2009 in der damaligen Fassung, aufgetragen, den festgestellten Mangel, als Postdiensteanbieterin keine Anzeige nach § 25 PMG erstattet zu haben, dadurch abzustellen, die von ihr erbrachten Postdienste der Regulierungsbehörde bis längstens 31.08.2011 anzuzeigen. Begründend wurde dazu zusammengefasst ausgeführt, dass UPS auf ihrer Website <http://www.UPS.at/produkte-a-services.html> unter anderem auch den Versand und die Zustellung von Paketen bis 31,5 kg anbietet, somit Dienste, die eindeutig in den Anwendungsbereich des PMG fallen, wodurch UPS als Postdiensteanbieter nach § 3 Z 3 PMG anzusehen ist.

Gegen den vorgenannten Bescheid der RTR-GmbH hat UPS sowohl beim Verfassungsgerichtshof als auch beim Verwaltungsgerichtshof Beschwerde eingebracht. Der Verfassungsgerichtshof hat die Behandlung der Beschwerde von UPS abgelehnt. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerde von UPS als unbegründet abgewiesen. Mit Schreiben vom 27.10.2014 hat UPS die Erbringung von Postdiensten nach § 25 PMG, BGBl I Nr 123/2009 idF BGBl. I Nr 134/2015, schließlich angezeigt.

Mit Schreiben vom 10.12.2014 wurde UPS von der RTR-GmbH aufgefordert, bis zum 15.01.2015 ihren Planumsatz für das Jahr 2015 bekannt zu geben. Mangels Meldung wurde UPS mit Schreiben vom 20.01.2015 erneut zur Bekanntgabe des Planumsatzes aufgefordert.

Da von UPS (erneut) kein Planumsatz für das Geschäftsjahr 2015 bekannt gegeben wurde, teilte die RTR-GmbH dem Unternehmen mit Schreiben vom 09.02.2015 mit, dass der Planumsatz von UPS für das Jahr 2015 auf EUR ██████ geschätzt worden sei und diese dazu bis 24.02.2015 Stellung nehmen könne. Die Schätzung der RTR-GmbH basierte auf dem Umsatzwert von UPS für das Geschäftsjahr 2013.

Von UPS langte keine Stellungnahme zum vorgennannten Schreiben ein.

Die Vorschreibungen der quartalsweise fälligen Finanzierungsbeiträge erfolgten mit Rechnungen vom 13.03.2015, 15.06.2015, 15.09.2015 und 15.12.2015. Seitens UPS erfolgte bloß eine Bezahlung der Rechnungen vom 13.03.2015 und vom 15.06.2015. Eine Bezahlung der Rechnungen vom 15.09.2015 und vom 15.12.2015 erfolgte jedoch nicht.

Mit Schreiben vom 08.04.2015 nahm UPS zu der Vorschreibung des Finanzierungsbeitrags für das 1. Quartal vom 13.03.2015 Stellung und behauptete unter anderem eine Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit der Vorschreibung des Finanzierungsbeitrags. Des Weiteren brachte UPS das aufgrund der von ihr eingebrachten Beschwerde gegen den Bescheid der Post-Control-Kommission vom 30.06.2014 derzeit noch anhängige Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht vor. Da der Bescheid, mit dem UPS zur Zahlung eines Finanzierungsbeitrags in Höhe von EUR ██████ für das Jahr 2013 verpflichtet wurde, jedoch noch nicht rechtskräftig und eine Entscheidung über die Frage, ob die verpflichtende Leistung von Finanzierungsbeiträgen überhaupt dem Grunde nach zulässig wäre, noch nicht abschließend geklärt worden sei, stellte UPS mit Schreiben vom 08.04.2015 den Antrag, das

Verfahren ohne Vorschreibung der Entrichtung von Finanzierungsbeiträgen abzuschließen bzw das Verfahren einzustellen.

Da von UPS sowohl der für das 1. Quartal 2015 mit Rechnung vom 13.03.2015 vorgeschriebene Finanzierungsbeitrag als auch der für das 2. Quartal 2015 mit Rechnung vom 15.06.2015 vorgeschriebene Finanzierungsbeitrag entrichtet wurden, ersuchte die RTR-GmbH mit Schreiben vom 10.08.2015 UPS, mitzuteilen, ob die Entrichtung der Finanzierungsbeiträge als Zurückziehung des oben genannten Antrags angesehen werden könne oder der Antrag weiterhin aufrecht bleibe.

Mit Schreiben vom 14.08.2015 teilte UPS mit, dass die Zahlung der Finanzierungsbeiträge für das 1. und 2. Quartal 2015 aus „besonderer unternehmerischer Vorsicht und unpräjudiziell der Sach- und Rechtslage und der Rechtsansicht von UPS“ erfolgt und ausschließlich aus dem Grund getätigt worden sei, allfällige negative aufsichtsrechtliche Folgen zu vermeiden. Die Zahlung für das 1. und 2. Quartal 2015 sei jedoch keinesfalls so zu verstehen, dass UPS die von der RTR-GmbH vertretene Rechtsmeinung, die Vorschreibung von Finanzierungsbeiträgen betreffend, teilen würde. Der Antrag, das Verfahren ohne Vorschreibung der Entrichtung von Finanzierungsbeiträgen abzuschließen bzw das Verfahren einzustellen, bleibe daher unverändert aufrecht.

Am 29.09.2015 gab UPS eine weitere Stellungnahme zu der von ihr behaupteten Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit der Vorschreibung des Finanzierungsbeitrags ab und nannte erneut das noch anhängige Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem EuGH. Mit selbigem Schreiben wurde außerdem der Antrag gestellt, das Verfahren – diesmal die Rechnung für das 3. Quartal 2015 betreffend – ohne Vorschreibung der Entrichtung von Finanzierungsbeiträgen abzuschließen bzw das Verfahren einzustellen.

Mit Bescheid der RTR-GmbH vom 14.10.2015, PRFIN 5/15-11, wurde der erste Einstellungsantrag von UPS vom 08.04.2015 – das 1. Quartal 2015 betreffend – als unbegründet abgewiesen. Am 11.11.2015 brachte UPS, vertreten durch Freshfields, Bruckhaus, Deringer Rechtsanwälte, eine Beschwerde gegen den Bescheid der RTR-GmbH vom 14.10.2015 ein.

## **2) Verfahren vor der Post-Control-Kommission**

Am 15.01.2016 verständigte die RTR-GmbH die Post-Control-Kommission, dass UPS die quartalsweise fälligen Finanzierungsbeiträge für die RTR-GmbH für das Jahr 2015 nur teilweise bezahlt habe (ON 1). UPS begründet die Weigerung, Finanzierungsbeitrag zu leisten, im Wesentlichen damit, dass UPS zum einen keine Postdienstleistungen erbringe und zum anderen die Vorschreibung eines Finanzierungsbeitrages rechtswidrig sei. Die Post-Control-Kommission beschloss daher in der Sitzung vom 25.01.2016, ein Verfahren zur bescheidmäßigen Vorschreibung des Finanzierungsbeitrages nach § 34 Abs 13 iVm § 34a Abs 3 KOG einzuleiten (ON 2).

Mit Schreiben vom 11.02.2016 wurde UPS das Ergebnis der im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens durchgeführten Beweisaufnahme im Auftrag der Post-Control-Kommission gemäß § 45 Abs 3 AVG zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt (ON 4).

In ihrer Stellungnahme vom 09.03.2016 (ON 5) verwies UPS zunächst auf das laufende Verfahren vor dem BVwG und die in diesem Verfahren eingebrachte Beschwerde. Es sei für UPS daher noch nicht abschließend höchstgerichtlich entschieden, ob die verpflichtende Leistung von Finanzierungsbeiträgen überhaupt dem Grunde nach rechtlich zulässig sei. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass dieses Verfahren derzeit unterbrochen sei, da ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH zur Klärung der Frage der Europarechtskonformität der Einhebung von Finanzierungsbeiträgen anhängig wäre.

Außerdem führte UPS zusammenfassend aus, dass die Vorschreibung eines Finanzierungsbeitrages rechtswidrig sei, weil eine solche Zahlungsverpflichtung in dieser Form sowohl verfassungsrechtlichen als auch europarechtlichen Vorgaben widerspreche. Zum einen sei die verpflichtende Finanzierung von Aufgaben der Regulierungsbehörde, die nicht im Interesse der regulierten Unternehmen lägen, verfassungswidrig. Zum anderen seien die Errechnung und Zusammensetzung des von der RTR-GmbH geschätzten Aufwandes des Fachbereichs Post sowie die für die Bemessung des branchenspezifischen Gesamtumsatzes und der Finanzierungsbeiträge der einzelnen Beitragspflichtigen relevanten Umsätze gesetzlich unzureichend determiniert. Darüber hinaus sei der Aufteilungsschlüssel des Gesamtfinanzierungsentgelts auf die einzelnen Beitragspflichtigen unsachlich und verstoße gegen den Gleichheitssatz, da dieser ausschließlich auf die prozentuellen Umsatzanteile aller Postdiensteanbieter abstelle und dann dementsprechend alle Kosten der Regulierungsbehörde auf alle Unternehmen überwälze, unabhängig davon, ob es sich um Universal-dienstleister bzw konzessionierte Postdiensteanbieter, auf die der Hauptanteil der Regulierungstätigkeit entfalle, oder um bloße registrierungspflichtige Postdienstleister, die von regulatorischen Maßnahmen der RTR-GmbH weder betroffen sein, noch von ihr profitieren könnten.

Ferner verletze die verpflichtende Leistung von Finanzierungsbeiträgen durch die Postdiensteanbieter das Europarecht, da dadurch der Binnenmarkt beeinträchtigt werde und Art 9 PostdiensteRL die Möglichkeit einer Verpflichtung zur Zahlung von Finanzierungsbeiträgen nur für Anbieter im Bereich des Universaldienstes vorsehe. Schließlich sei der Planumsatz von UPS falsch und zwar zu hoch berechnet worden, da die RTR-GmbH bei der Berechnung des Planumsatzes den Gesamtumsatz des Unternehmens berücksichtige, ohne dabei eine gebotene Differenzierung nach einzelnen Diensten vorzunehmen und zu unterscheiden, ob die einzelnen Umsätze aus Postdienstleistungen stammen oder nicht.

UPS stellte anschließend den Antrag, das gegenständliche Verfahren ohne bescheidmäßige Vorschreibung von Finanzierungsbeiträgen abzuschließen bzw das Verfahren einzustellen.

Mit Schreiben vom 21.03.2016 (ON 7) teilte die RTR-GmbH UPS im Auftrag der Post-Control-Kommission zusammenfassend mit, dass bei der Berechnung des geschätzten Gesamtumsatzes der Postbranche für das Jahr 2015 folgende Unternehmen, welche mit ihren (geschätzten) Umsätzen aus Postdiensten über der relevanten Schwelle liegen, berücksichtigt wurden: DHL Express (Austria) GmbH, DPD Direct Parcel Distribution Austria GmbH, Federal Express GmbH, feibra GmbH, General Logistics Systems Austria GmbH, Österreichische Post AG, TNT Express (Austria) Gesellschaft m.b.H., United Parcel Service Speditionsgesellschaft m.b.H. und X1 Express GmbH. Gleichzeitig wurde die Möglichkeit einer Stellungnahme eingeräumt.

In ihrer Stellungnahme vom 01.04.2016 (ON 8) führte UPS aus, dass derzeit noch ein Bescheidbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zur Klärung der Frage der Rechtmäßigkeit der Vorschreibung von Finanzierungsbeiträgen für das Jahr 2013 anhängig sei. Es sei für UPS daher noch nicht abschließend entschieden worden, ob die verpflichtende Leistung von Finanzierungsbeiträgen überhaupt dem Grunde nach rechtlich zulässig sei. Auch wurde auf das vor dem EuGH anhängige Vorabentscheidungsverfahren zur Klärung der Frage der Europarechtskonformität der Einhebung von Finanzierungsbeiträgen verwiesen. Die Vorschreibung eines Finanzierungsbeitrages sei nach Ansicht von UPS rechtswidrig, da eine Zahlungsverpflichtung in dieser Form sowohl verfassungsrechtlichen als auch europarechtlichen Vorgaben widersprechen würde. Im Übrigen verwies UPS auf die Ausführungen in der Stellungnahme vom 09.03.2016 (ON 5) und hielt den Antrag, das gegenständliche Verfahren ohne bescheidmäßige Vorschreibung von Finanzierungsbeiträgen abzuschließen bzw. das Verfahren einzustellen, aufrecht.

## B. Festgestellter Sachverhalt

- 1) UPS hat mit Schreiben vom 27.10.2014 die Erbringung von Postdiensten nach § 25 PMG angezeigt.
- 2) UPS hat ihren Planumsatz für 2015 nicht bekanntgegeben.
- 3) Der Planumsatz von UPS beträgt für das Jahr 2015 unter Berücksichtigung der von der RTR-GmbH vorgenommenen Schätzung EUR [REDACTED]. Die Schätzung der RTR-GmbH basierte auf dem Umsatzwert von UPS für das Geschäftsjahr 2013.
- 4) Bei der Berechnung des geschätzten Gesamtumsatzes der Postbranche für das Jahr 2015 wurden folgende Unternehmen, welche mit ihren (geschätzten) Umsätzen aus Postdiensten über der relevanten Schwelle liegen, berücksichtigt: DHL Express (Austria) GmbH, DPD Direct Parcel Distribution Austria GmbH, Federal Express GmbH, feibra GmbH, General Logistics Systems Austria GmbH, Österreichische Post AG, TNT Express (Austria) Gesellschaft m.b.H., United Parcel Service Speditionsgesellschaft m.b.H. und X1 Express GmbH. Die Addition der Planumsätze der vorgenannten Unternehmen ergibt als geschätzten Gesamtumsatz der Postbranche für das Jahr 2015 den Betrag von EUR 2.169.174.743,00.
- 5) Der geschätzte Aufwand des Fachbereichs Post der RTR-GmbH beläuft sich für das Jahr 2015 auf EUR 660.849,00. Der Zuschuss aus dem Bundeshaushalt beträgt laut § 34a Abs 1 KOG EUR 212.655,00. Somit verblieb ein Aufwand in der Höhe von EUR 448.194,00, welcher aus den Finanzierungsbeiträgen der Postdiensteanbieter iSd § 34a Abs 2 KOG zu bestreiten war. Der Schwellenwert von EUR 329,00 Finanzierungsbeitrag pro Jahr, bei dessen Unterschreitung vom jeweiligen Beitragspflichtigen für 2015 kein Finanzierungsbeitrag einzuheben ist, entsprach einem Jahresumsatz in der Höhe von EUR 1.592.300,00.
- 6) Für UPS errechnet sich der Plan-Finanzierungsbeitrag für das Jahr 2015 wie folgt: Der Planumsatz von UPS beträgt EUR [REDACTED], das sind [REDACTED] % des Gesamtumsatzes der gemäß § 34a Abs 2 KOG zur Finanzierung heranzuziehenden Postbranche. [REDACTED] % des von der Postbranche zu tragenden Aufwandes der RTR-GmbH belaufen sich auf den Nettobetrag von gesamt EUR [REDACTED] für 2015. Zuzüglich 20 % Umsatzsteuer in Höhe von EUR [REDACTED] ergibt sich der Bruttobetrag von gesamt EUR [REDACTED]. UPS lag mit ihrem Planumsatz über der oben angeführten Umsatzschwelle.
- 7) UPS entrichtete den Finanzierungsbeitrag für das Jahr 2015 nur teilweise, nämlich bloß für das 1. und 2. Quartal 2015. Für das Jahr 2015 ergibt sich daher eine Forderung der RTR-GmbH gegenüber UPS für das ausstehende 3. und 4. Quartal in der Höhe von gesamt EUR [REDACTED] (darin enthalten EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer).
- 8) Die Vorschreibungen der quartalsweise fälligen Finanzierungsbeiträge für die Zeiträume vom 01.01.2015 bis 31.03.2015, vom 01.04.2015 bis 30.06.2015, vom 01.07.2015 bis 30.09.2015 und vom 01.10.2015 bis 31.12.2015 in der Höhe von jeweils EUR [REDACTED] (darin enthalten jeweils EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer) erfolgten mit Rechnungen vom 13.03.2015, 15.06.2015, 15.09.2015 und 15.12.2015.
- 9) Die vorgeschriebenen Finanzierungsbeiträge für das 3. und 4. Quartal 2015 in der Höhe von gesamt EUR [REDACTED] (darin enthalten EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer) wurden von UPS bis zum Beschluss des gegenständlichen Bescheides nicht entrichtet.

## **C. Beweiswürdigung**

Die Feststellungen zur Postdiensteanzeige von UPS gründen sich auf den schlüssigen Inhalt des bei der RTR-GmbH geführten Aktes zu GZ PRAUF 04/2011, insbesondere auf den Bescheid der RTR-GmbH vom 10.08.2011, den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 27.02.2012, B 1127/11-13, das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.09.2014, ZI 2011/03/0202-11, und vor allem die Postdiensteanzeige von UPS vom 27.10.2014 (ON 3a). Diese sind auch Bestandteile des verfahrensgegenständlichen Aktes (siehe Punkt II.A.1).

Die Feststellungen zum Planumsatz von UPS ergeben sich insbesondere aus dem schlüssigen Inhalt des verfahrensgegenständlichen Aktes sowie aus dem bei der RTR-GmbH geführten Akt (ON 3), welcher ebenfalls Bestandteil des vorliegenden Aktes ist (siehe Punkt II.A.1). Die von der RTR-GmbH vorgenommene Schätzung des Planumsatzes beruht dabei auf dem Umsatzwert von UPS für das Geschäftsjahr 2013. Für UPS errechnet sich der Plan-Finanzierungsbeitrag für das Jahr 2015 wie folgt: Der geschätzte Planumsatz von UPS stellt ██████ % des Gesamtumsatzes der zur Finanzierung heranzuziehenden Postbranche dar. ██████ % des von der Postbranche zu tragenden Aufwandes der RTR-GmbH belaufen sich auf den festgestellten vorzuschreibenden Finanzierungsbeitrag für 2015 (zuzüglich 20 % Umsatzsteuer).

Der Aufwand der RTR-GmbH ergibt sich aus der Plan-GuV (Gewinn- und Verlustrechnung) auf Basis des vom Aufsichtsrat der RTR-GmbH am ██████ genehmigten Budgets. Es besteht kein Zweifel an der Plausibilität der von der RTR-GmbH bekanntgegebenen Daten.

## **D. Rechtliche Beurteilung**

### **1) Zuständigkeit der Post-Control-Kommission**

Gemäß § 34 Abs 13 iVm § 34a Abs 3 KOG hat die Post-Control-Kommission für den Fall, dass ein Unternehmen der Verpflichtung zur Entrichtung des Finanzierungsbeitrages nicht oder nicht ordnungsgemäß nachkommt, die Entrichtung des Finanzierungsbeitrages mit Bescheid vorzuschreiben.

### **2) Gesetzliche Grundlagen**

Gemäß § 34a Abs 1 KOG dienen zur Finanzierung des in Erfüllung der Aufgaben nach § 17 Abs 3 und 4 leg cit entstehenden Aufwandes der RTR-GmbH betreffend die Postbranche einerseits Finanzierungsbeiträge und andererseits Mittel aus dem Bundeshaushalt. Der Zuschuss aus dem Bundeshaushalt in Höhe von jährlich 200.000 Euro ist der RTR-GmbH in zwei gleich hohen Teilbeträgen per 30. Jänner und 30. Juni zu überweisen. Über die Verwendung dieser Mittel ist von der RTR-GmbH jährlich bis 30. April des Folgejahres dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zu berichten und ein Rechnungsabschluss vorzulegen. Die Gesamtsumme des durch Finanzierungsbeiträge zu leistenden übrigen Aufwandes der RTR-GmbH darf jährlich höchstens 550.000 Euro betragen. Die genannten Beträge verminderten oder erhöhten sich seit dem Jahr 2012 in jenem Maße, in dem sich der von der Bundesanstalt Statistik Österreich verlautbarte Verbraucherpreisindex 2005 oder der an seine Stelle tretende Index des Vorjahres verändert hat.

Die Finanzierungsbeiträge sind laut § 34a Abs 2 KOG von der Postbranche zu leisten. Die Postbranche umfasst jene Postdiensteanbieter, die nach § 25 Postmarktgesetz zur Anzeige verpflichtet sind oder über eine Konzession nach § 26 Postmarktgesetz verfügen.

Nach § 34a Abs 3 KOG gilt § 34 Abs 3 bis 15 leg cit sinngemäß, wobei an die Stelle der Telekom-Control-Kommission die Post-Control-Kommission tritt.

Die Finanzierungsbeiträge sind gemäß § 34 Abs 3 KOG im Verhältnis des jeweiligen Umsatzes des Beitragspflichtigen zum branchenspezifischen Gesamtumsatz zu bemessen und einzuheben, wobei alle im Inland aus der Erbringung von Postdiensten erzielten Umsätze für die Berechnung heranzuziehen sind.

Laut § 34 Abs 4 KOG fließen die Einnahmen gemäß Abs 1 der RTR-GmbH zu. Die Summe der Einnahmen aus den eingehobenen Finanzierungsbeiträgen hat möglichst der Höhe des Finanzierungsaufwandes für die Aufgaben der RTR-GmbH abzüglich des Zuschusses aus dem Bundeshaushalt zu entsprechen. Allfällige Überschüsse oder Fehlbeträge des Vorjahres sind bei der Festlegung der Finanzierungsbeiträge im darauffolgenden Jahr zu berücksichtigen. Bei der Verwendung der Einnahmen sind die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit einzuhalten. Die RTR-GmbH hat jeweils bis zum 10. Dezember ein Budget mit den Planwerten für das kommende Jahr zu erstellen und auf ihrer Website zu veröffentlichen. Den Beitragspflichtigen ist Gelegenheit einzuräumen, zu diesem Budget Stellung zu nehmen.

Unterschreitet der voraussichtliche Finanzierungsbeitrag eines Beitragspflichtigen den Betrag von 300 Euro, ist von diesem Beitragspflichtigen gemäß § 34 Abs 6 KOG kein Finanzierungsbeitrag einzuheben und es werden dessen Umsätze nicht bei der Berechnung des branchenspezifischen Gesamtumsatzes berücksichtigt. Dieser Betrag verminderte und erhöhte sich seit dem Jahr 2012 in jenem Maße, in dem sich der von der Bundesanstalt Statistik Österreich verlaubliche Verbraucherpreisindex 2005 oder der an seine Stelle tretende Index des Vorjahres verändert hat. Der Schwellenwert betreffend das Jahr 2015 beträgt 329 Euro.

Die Beitragspflichtigen haben nach § 34 Abs 7 KOG jeweils bis spätestens 15. Jänner der RTR-GmbH ihre für das laufende Jahr geplanten Umsätze zu melden. Erfolgt trotz Aufforderung und Setzung einer angemessenen Nachfrist keine Meldung der geplanten Umsätze, hat die RTR-GmbH den voraussichtlichen Umsatz des Beitragspflichtigen zu schätzen.

Der branchenspezifische Aufwand der RTR-GmbH ist gemäß § 34 Abs 8 KOG unter Bedachtnahme auf die Stellungnahmen der Beitragspflichtigen nach Abs 4 und unter Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit spätestens bis Ende Februar jedes Jahres von der RTR-GmbH festzustellen und in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Zugleich hat die RTR-GmbH jene Umsatzschwelle zu veröffentlichen, bei deren Unterschreitung (Abs 6 leg cit) kein Finanzierungsbeitrag einzuheben ist. Ebenso ist der branchenspezifische Gesamtumsatz auf Basis der nach Abs 7 leg cit erfolgten Meldungen der Beitragspflichtigen und der allfälligen Schätzungen der RTR-GmbH zu berechnen und zu veröffentlichen.

Laut § 34 Abs 9 KOG sind die Finanzierungsbeiträge den Beitragspflichtigen auf Basis der veröffentlichten Schätzungen in vier Teilbeträgen jeweils zum Ende eines Quartals von der RTR-GmbH vorzuschreiben und von diesen an die RTR-GmbH zu entrichten.

### **3) Rechtliche Konsequenzen**

Die Finanzierungsbeiträge sind nach dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers gemäß § 34a Abs 2 PMG von jenen Postdiensteanbietern zu leisten, die nach § 25 PMG zur Anzeige verpflichtet sind oder über eine Konzession nach § 26 PMG verfügen. „Postdiensteanbieter“ sind nach der Bestimmung des § 3 Z 3 PMG als „Unternehmen, die einen oder mehrere Postdienste erbringen“ definiert.

UPS ist jedenfalls als Postdiensteanbieterin iSd § 34a Abs 2 KOG anzusehen, zumal UPS mit Schreiben vom 27.10.2014 die Erbringung ihrer Postdienste gemäß § 25 PMG angezeigt

hat. Daher hat UPS Beiträge zur Finanzierung des Aufwandes der RTR-GmbH (und der Post-Control-Kommission) zu leisten.

Da von UPS kein Planumsatz für das Geschäftsjahr 2015 bekannt gegeben wurde, schätzte die RTR-GmbH den Planumsatz von UPS für das Jahr 2015 auf EUR [REDACTED]. Dieser Wert wurde im vorliegenden Fall zur Beitragsberechnung herangezogen. Die Schätzung der RTR-GmbH basierte auf dem Umsatzwert von UPS für das Geschäftsjahr 2013.

In rechtlicher Hinsicht erscheint wesentlich, dass die Finanzierungsbeiträge den Beitragspflichtigen nach § 34 Abs 9 iVm § 34a Abs 3 KOG auf Basis der veröffentlichten Schätzungen in vier Teilbeträgen jeweils zum Ende eines Quartals von der RTR-GmbH vorzuschreiben und von diesen an die RTR-GmbH zu entrichten sind.

Änderungen von Planumsatzdaten können jedoch im Laufe des gegenständlichen Verfahrens zur Vorschreibung der vorläufigen Beitragsverpflichtung nicht berücksichtigt werden: Das KOG sieht ein „zweistufiges“ Finanzierungsbeitragssystem vor. Für jedes Kalenderjahr wird jeweils zunächst hinsichtlich der geplanten Umsätze und dann hinsichtlich der tatsächlich erzielten Umsätze ein Verfahren durchgeführt.

In einem ersten Schritt werden nach den Bestimmungen des § 34 Abs 7 bis 9 KOG von den Beitragspflichtigen ihre für das laufende Jahr geplanten Umsätze der RTR-GmbH gemeldet bzw der voraussichtliche Umsatz des Beitragspflichtigen von der RTR-GmbH geschätzt, falls trotz Aufforderung keine Meldung der geplanten Umsätze erfolgt. Anschließend werden der festgestellte branchenspezifische Aufwand der RTR-GmbH, die Umsatzschwelle, bei deren Unterschreitung kein Finanzierungsbeitrag einzuheben ist und der auf Basis der erfolgten Meldungen der Beitragspflichtigen und der Schätzungen der RTR-GmbH berechnete branchenspezifische Gesamtumsatz veröffentlicht und in Folge den Beitragspflichtigen von der RTR-GmbH die Finanzierungsbeiträge auf Basis der veröffentlichten Schätzungen quartalsweise vorgeschrieben.

In einem zweiten Schritt werden nach den Bestimmungen des § 34 Abs 10 bis 12 KOG im Folgejahr von den Beitragspflichtigen ihre tatsächlich erzielten Umsätze der RTR-GmbH gemeldet bzw Umsatzdaten, deren tatsächliche Höhe mit zumutbarem Aufwand nicht erhoben werden kann, von der RTR-GmbH geschätzt. Im Anschluss daran werden der tatsächliche branchenspezifische Aufwand der RTR-GmbH und der tatsächliche branchenspezifische Gesamtumsatz festgestellt sowie veröffentlicht. Anschließend erfolgt eine Schlussabrechnung des Finanzierungsbeitrags. Dabei werden die tatsächlichen Kosten der RTR-GmbH sowie die Ist-Umsätze der Beitragspflichtigen ermittelt und im Rahmen dessen der Ist-Finanzierungsbeitrag jedes Beitragspflichtigen dem Planfinanzierungsbeitrag gegenübergestellt. Wenn der Ist-Finanzierungsbeitrag über dem geplanten Betrag liegt, erfolgt eine Nachforderung, ansonsten wird der zu viel bezahlte Betrag gutgeschrieben.

Mit diesem Finanzierungssystem sind zB die Regelungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG 2002), BGBl I Nr 70/2002 idF BGBl I Nr 87/2015, vergleichbar, die Vorschreibungen seitens des Verwalters und darauf geleistete Akontozahlungen der einzelnen Miteigentümer vorsehen (vgl §§ 20 Abs 2 und 32 Abs 9 leg cit), wobei im Hinblick auf die Erhaltung der Solvenz von Miteigentümern mit der erst im Nachhinein erstellten und gelegten Jahresabrechnung eine Anpassung (Nachforderung oder Rückzahlung) der vorgeschossenen Beträge an die tatsächlichen Auslagen erfolgt (vgl § 34 Abs 4 leg cit).

Die Beitragspflichtigen haben vor Veröffentlichung des geschätzten branchenspezifischen Aufwandes der RTR-GmbH und des geplanten branchenspezifischen Gesamtumsatzes grundsätzlich noch die Möglichkeit, die gemeldeten oder von der RTR-GmbH geschätzten Planumsätze zu adaptieren. Revidierungen der Planumsätze der Beitragspflichtigen, die nach der vorgenannten Veröffentlichung erfolgen, können jedoch für die Berechnung bzw Vorschreibung des (Plan-)Finanzierungsbeitrags nicht mehr berücksichtigt werden, da die von den Beitragspflichtigen der RTR-GmbH vor Veröffentlichung mitgeteilten Planumsätze



als wesentliche Grundlage für die Schätzung des Branchengesamtumsatzes herangezogen werden und sich daher jede Änderung eines Planumsatzes auf den bereits veröffentlichten Gesamtumsatz und folglich auch auf die Höhe der vorzuschreibenden Beiträge jedes anderen Beitragspflichtigen auswirken würde.

Die Regelungen des § 34 Abs 7 bis 9 KOG sollen sicherstellen, dass für die RTR-GmbH und die Post-Control-Kommission (§ 34 Abs 15 iVm § 34a Abs 3 KOG) der regelmäßige „Cashflow“ sichergestellt ist und die gesetzlichen Zuständigkeiten durch die RTR-GmbH und Post-Control-Kommission ausgeübt werden können. Zwischen der Meldung der für das laufende Jahr geplanten Umsätze seitens des jeweiligen Beitragspflichtigen (§ 34 Abs 7 KOG) und der Vorschreibung des ersten Finanzierungsteilbetrages seitens der RTR-GmbH (§ 34 Abs 9 KOG) besteht eine Frist von lediglich 2,5 Monaten. Daraus folgt, dass in Anbetracht der vorgenannten Sicherstellung des „Cashflow“ die geplanten (vorläufigen) Umsatzzahlen als ausschließliche Berechnungsgrundlage heranzuziehen sind. Darüber hinaus ist anzumerken, dass das KOG auch keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich einer Änderung der Finanzierungsbeiträge während eines Kalenderjahres vorsieht.

An dieser Stelle ist weiters ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass Mitte Oktober des Folgejahres (nach der Meldung der tatsächlich erzielten Umsätze seitens des Beitragspflichtigen sowie der Feststellung und Veröffentlichung des tatsächlichen branchenspezifischen Aufwandes und des tatsächlichen branchenspezifischen Gesamtumsatzes seitens der RTR-GmbH) eine Schlussabrechnung des Finanzierungsbeitrags erfolgen wird. Im Zuge dieses Verfahrens werden dann die tatsächlichen Kosten der RTR-GmbH sowie die Ist-Umsätze der Beitragspflichtigen ermittelt. Im Rahmen dessen wird der Ist-Finanzierungsbeitrag jedes Beitragspflichtigen dem Planfinanzierungsbeitrag gegenübergestellt. Liegt der Ist-Finanzierungsbeitrag über dem geplanten Betrag, erfolgt gemäß § 34 Abs 12 iVm § 34a Abs 3 KOG eine Nachforderung, ansonsten wird der zu viel bezahlte Betrag gutgeschrieben.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, beträgt der Plan-Finanzierungsbeitrag von UPS für das 3. und 4. Quartal 2015 gesamt EUR [REDACTED] (darin enthalten insgesamt EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer). Da dieser Betrag nicht bezahlt wurde, ist er gemäß § 34 Abs 13 iVm § 34a Abs 3 KOG bescheidmäßig vorzuschreiben.

Soweit UPS ausführt, dass die Vorschreibung eines Finanzierungsbeitrages verfassungswidrig sei, ist festzuhalten, dass der Verfassungsgerichtshof mit dem Erkenntnis VfSlg 17326/2004, welches auch von UPS angeführt wird, Teile des § 10 KOG in seiner Stammfassung BGBl I Nr 32/2004 als verfassungswidrig aufgehoben hat. Der Verfassungsgerichtshof führte dazu unter anderem aus, dass keine Bedenken bestehen, jene Unternehmen, die als Marktteilnehmer von der Regulierungstätigkeit und der damit herbeigeführten Ordnung im Bereich des Rundfunkmarktes in erster Linie berührt sind, zur Finanzierung dieser Regulierungstätigkeit heranzuziehen. Besteht aber an der Erfüllung der Aufgaben und Ziele, die in § 2 KOG umschrieben sind, auch ein Interesse der Allgemeinheit, das sich vom Interesse der Marktteilnehmer an einem geordneten Rundfunkmarkt deutlich unterscheidet, so erscheint es sachlich nicht gerechtfertigt, die Finanzierung dieser Regulierungstätigkeit ausschließlich den Marktteilnehmern aufzuerlegen, weil diese dann auch Aufgaben zu finanzieren hätten, die im Interesse der Allgemeinheit liegen. Insoweit müsste auch die Finanzierung einer solchen Aufgabe durch die Allgemeinheit, somit aus Steuermitteln, erfolgen. Das KOG wurde mit BGBl I Nr 21/2005, dem vorgenannten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes entsprechend geändert und dabei die Regelung eingefügt, dass zur Finanzierung des Aufwandes jedes einzelnen Fachbereichs der RTR-GmbH neben den Finanzierungsbeiträgen auch Zuschüsse aus dem Bundeshaushalt dienen. Auch betreffend den Fachbereich Telekommunikation und Post, Postbranche sieht das KOG in § 34a Abs 1 KOG vor, dass der Aufwand der RTR-GmbH einerseits durch

Finanzierungsbeiträge und andererseits durch Mittel aus dem Bundeshaushalt in Höhe von jährlich 200.000 Euro finanziert wird.

Des Weiteren ist auf die Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes vom 24.09.2012, B 123/12-9 und B 682/12-7, zu verweisen, in welchem der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der Beschwerden eines Postdiensteanbieters gegen Bescheide der Post-Control-Kommission betreffend Vorschreibung der Entrichtung der Finanzierungsbeiträge auf Grundlage des geschätzten Planumsatzes abgelehnt und die Beschwerden dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten hat. Der Verfassungsgerichtshof hielt hinsichtlich der behaupteten Verletzung in den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, auf Gleichheit, auf ein faires Verfahren und auf Unversehrtheit des Eigentums fest, dass diese Rechtsverletzungen nach den Beschwerdebehauptungen zum erheblichen Teil nur die Folge einer (allenfalls grob) unrichtigen Anwendung des einfachen Gesetzes wären und spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen zur Beurteilung der aufgeworfenen Fragen insoweit nicht anzustellen sind. Zur behaupteten Verletzung im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter durch Unterlassung eines Vorabentscheidungsersuchens führte der Verfassungsgerichtshof aus, dass die Vorlagepflicht nicht die Post-Control-Kommission, sondern allenfalls den Verwaltungsgerichtshof treffen könnte. Schließlich stellte der Verfassungsgerichtshof bezüglich der behaupteten Rechtswidrigkeit der die angefochtenen Bescheide der Post-Control-Kommission tragenden Rechtsvorschriften zusammengefasst Folgendes fest: In VfSlg 17.326/2004 hat der Verfassungsgerichtshof die Verfassungswidrigkeit der die Heranziehung der Rundfunkveranstalter zur Finanzierung der Aufgaben der Rundfunkregulierung regelnden Bestimmung darin gesehen, dass die Wahrnehmung der Regulierungsaufgaben nicht ausschließlich im Interesse der Beitragspflichtigen, sondern letztlich auch im Interesse der Allgemeinheit liegen. Grundsätzlich ist es aber verfassungsrechtlich unbedenklich, die Marktteilnehmer, die von der Regulierungstätigkeit und damit von der im Bereich des Marktes herbeigeführten Ordnung in erster Linie berührt sind, zur Finanzierung der Regulierungstätigkeit heranzuziehen. Auch gegen die Wahl einer Durchschnittsbetrachtung und die Heranziehung des Unternehmensumsatzes zur Berechnung der Beträge hatte der Verfassungsgerichtshof in VfSlg 17.326/2004 keine Bedenken. Vor diesem Hintergrund bestehen gegen die §§ 34, 34a KOG keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da die Finanzierung des Aufwandes der RTR-GmbH betreffend die Postbranche nicht zur Gänze den Postdienstleistern obliegt.

Da UPS jedenfalls Teilnehmerin des Postmarktes ist, hat sie Beiträge zur Finanzierung des Aufwandes der RTR-GmbH gemäß § 34a KOG zu leisten. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die Frage, ob UPS einen konzessionspflichtigen Dienst iSd § 26 PMG oder Universaldienste iSd § 6 PMG erbringt, nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

Zur Ansicht von UPS, dass es keinerlei Regulierungsbedarf im Hinblick auf die Tätigkeiten von UPS gäbe, ist der Vollständigkeit halber anzumerken, dass sich die durch das PMG durchgeführte Liberalisierung auf Postdienste bezieht. Da UPS Postdienste iSd § 3 Z 2 PMG erbringt und als Postdiensteanbieter iSd § 3 Z 3 PMG anzusehen ist, fällt die Erbringung ihrer Postdienste in den Anwendungsbereich des PMG.

Zum Vorbringen von UPS, dass es für den Beitragspflichtigen in keiner Weise ersichtlich oder im Sinne einer ausreichenden gesetzlichen Determinierung nachvollziehbar sei, wie sich der von der RTR-GmbH geschätzte Aufwand für den Fachbereich Post konkret errechnen oder zusammenrechnen solle bzw welche Aufwendungen und Positionen dabei in welchem Ausmaß berücksichtigt worden seien, ist weiters auf die Bestimmungen des § 19 Abs 2, 3 und 4 KOG hinzuweisen, welche besagen, dass die KommAustria, die Telekom-Control-Kommission und die RTR-GmbH jährlich über ihre Tätigkeiten zu berichten und die Ergebnisse in einem gemeinsamen Tätigkeitsbericht (Kommunikationsbericht) zusammenzu-

fassen haben und der Bericht unter anderem einen Abschnitt über die Aufgaben und Tätigkeiten, die Personalentwicklung und die aufgewendeten Finanzmittel der RTR-GmbH, getrennt nach Fachbereich zu enthalten hat (vgl § 19 Abs 3 Z 3 KOG). Der Bericht ist dem Bundeskanzler und dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie jährlich bis zum 30. Juni zu übermitteln. Der Bericht ist vom Bundeskanzler, hinsichtlich jener Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie fallen, im Einvernehmen mit diesem, dem Nationalrat vorzulegen. Im Anschluss ist der Bericht durch die RTR-GmbH in geeigneter Weise zu veröffentlichen.

Soweit UPS ausführt, dass die verpflichtende Leistung von Finanzierungsbeiträgen durch die Postdiensteanbieter das Europarecht verletze, da dadurch der Binnenmarkt beeinträchtigt werde und Art 9 PostdiensteRL die Möglichkeit einer Verpflichtung zur Zahlung von Finanzierungsbeiträgen nur für Anbieter im Bereich des Universaldienstes vorsehe, ist anzumerken, dass sich die Bestimmung des § 25 PMG auf Postdienste und nicht eingeschränkt auf Universaldienste, die (lediglich) einen Teil der Postdienste darstellen (vgl dazu § 6 Abs 1 PMG), bezieht. Daher sind Finanzierungsbeiträge gemäß § 34a Abs 2 KOG nicht nur von Universaldienstbetreibern, sondern von allen Postdiensteanbietern, welche nach § 25 PMG zur Anzeige verpflichtet sind oder über eine Konzession nach § 26 PMG verfügen, zu leisten.

Soweit UPS in ihren Stellungnahmen vom 09.03.2016 und vom 01.04.2016 vorbringt, dass der Planumsatz von UPS falsch und zwar zu hoch berechnet worden sei, da die RTR-GmbH bei der Berechnung des Planumsatzes den Gesamtumsatz des Unternehmens berücksichtige, ohne dabei eine gebotene Differenzierung nach einzelnen Diensten vorzunehmen und zu unterscheiden, ob die einzelnen Umsätze aus Postdienstleistungen stammen oder nicht, ist auf das Schreiben der RTR-GmbH vom 21.12.2012 zu verweisen, in welchem zum einen unter Hinweis auf die Bestimmungen der §§ 34 Abs 3 iVm 34a Abs 3 KOG ausgeführt wurde, dass der finanzierungsbeitragspflichtige Umsatz im Einzelnen die Umsätze aus der Erbringung von Postdiensten gemäß § 3 Z 2 iVm Z 10 PMG umfasse, und zum anderen detailliert dargelegt wurde, welche Dienstleistungen bzw Umsätze zur Berechnung des Finanzierungsbeitrags heranzuziehen sind. Die anschließend vorgenommene Schätzung des Planumsatzes von UPS beruht darauf, dass das Unternehmen keine Angaben zu diesem Schreiben getätigt hat.

UPS wurde von der RTR-GmbH mit Schreiben vom 10.12.2014 sowie vom 20.01.2015 ersucht, den Planumsatz für das Jahr 2015 bekannt zu geben. Vom Unternehmen langte jedoch keine Meldung ein. In weiterer Folge wurde von der RTR-GmbH UPS zur Schätzung des Planumsatzes die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt, vom Unternehmen langte jedoch weiterhin keine Stellungnahme ein. Aufgrund der Weigerung von UPS, ihren geplanten Umsatz zu melden, wurde der Planumsatz des Unternehmens für das Jahr 2015 von der RTR-GmbH auf Grundlage des Umsatzwertes von UPS für das Geschäftsjahr 2013 geschätzt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Post-Control-Kommission

Wien, am 2. Mai 2016

Die Vorsitzende

Dr. Elfriede Solé