

PS 5/12-8

## Bescheid

Die Post-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Dr. Alfred Stratil als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 18. Juni 2012 einstimmig beschlossen:

### I. Spruch

- 1) Gemäß § 34a iVm § 34 Abs 9 und 13 des Bundesgesetzes über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria ("KommAustria") und eines Bundeskommunikationssenates (KommAustria-Gesetz – KOG), BGBl I Nr 32/2001 idF BGBl I Nr 125/2011, hat die Swiss Post International Austria GmbH (im Folgenden „Swiss“) mit Sitz in 2362 Biedermansdorf, Josef Ressler Straße 8, rechtsfreundlich vertreten durch die Juconomy Rechtsanwälte, Wollzeile 17, 1010 Wien, an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH mit Sitz in 1060 Wien, Mariahilferstraße 77-79, die quartalsweise fälligen Finanzierungsbeiträge für die Zeiträume vom 01.01.2011 bis 31.03.2011, vom 01.04.2011 bis 30.06.2011, vom 01.07.2011 bis 30.09.2011 und vom 01.10.2011 bis 31.12.2011 in der Höhe von gesamt EUR [REDACTED] (darin enthalten EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstigen Zwangsfolgen zu bezahlen.
- 2) Der unter Spruchpunkt 1) genannte Betrag ist gemäß § 34a Abs 3 iVm § 34 Abs 9 KOG auf das Konto der RTR-GmbH, [REDACTED], zu überweisen.

POST-CONTROL-KOMMISSION  
BEI DER RUNDFUNK UND TELEKOM  
REGULIERUNGS-GMBH

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

## II. Begründung

### A. Verfahrensablauf

#### 1) Verfahren vor der RTR-GmbH (ON 2 und ON 3)

Mit Bescheid der RTR-GmbH vom 10.08.2011, GZ PRAUF 02/2011-08, wurde der Swiss gemäß § 51 Abs 3 PMG 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 (PRAUF 2/11, ON 8).

Mit Schreiben vom 31.08.2011 und 12.09.2011 zeigte Swiss ihre Postdienste gemäß § 25 PMG an (PRAUF 2/11, ON 9).

Mit Erkenntnis vom 25.01.2012, ZI 2011/03/0199-6, wurde vom Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde von Swiss, mit welcher der vorgenannte Bescheid der RTR-GmbH angefochten wurde, als unbegründet abgewiesen und zusammengefasst ausgeführt, dass ein Unternehmen nicht das vollständige Spektrum von Postdiensten nach § 3 Z 2 anbieten muss, um als Postdiensteanbieter nach § 3 Z 3 PMG qualifiziert zu werden, reicht es doch aus, (bloß) einen Postdienst zu erbringen. Daher kann die Rechtsansicht der belangten Behörde, die Beschwerdeführerin sei zur Erstattung einer Anzeige nach § 25 PMG verpflichtet gewesen, nicht als unzutreffend erkannt werden.

Mit Schreiben vom 15.03.2011 teilte die RTR-GmbH Swiss ihre Schätzung gemäß § 34a Abs 3 iVm § 34 Abs 8 KOG mit und räumte ihr zur Stellungnahme eine Frist bis 21.03.2011 ein. Des Weiteren wurde mitgeteilt, dass die Tatsache, dass Swiss trotz zweimaliger Aufforderung durch die RTR-GmbH keine Dienstanzeige nach § 25 PMG vorgenommen habe, von der Verpflichtung zur Leistung des Finanzierungsbeitrages nach § 34a KOG nicht entbinde (PRFIN 1/11, ON 8).

Mit Schreiben vom 23.03.2011 teilte Swiss der RTR-GmbH zusammengefasst mit, dass es sich bei ihren Diensten nicht um Postdienste im Sinne des § 3 PMG handle, sie die Erbringung eines Postdienstes nicht beabsichtige und daher auch keine Verpflichtung zur Leistung eines Finanzierungsbeitrages bestehe. Zudem sei die Bestimmung des § 34a KOG, welche die RTR-GmbH heranziehe, europarechtswidrig und verfassungswidrig (PRFIN 1/11, ON 9).

Mit Schreiben vom 08.03.2012 wurde Swiss von der RTR-GmbH in Anbetracht des vorgenannten Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes ersucht, die Finanzierungsbeiträge für 2011 in der Gesamthöhe von EUR [REDACTED] (darin enthalten insgesamt EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer) auf das Konto der RTR-GmbH binnen 14 Tagen zu überweisen (PRAUF 2/11, ON 16).

Mit Schreiben 26.03.2012 (PRAUF 2/11, ON 17) teilte Swiss zusammengefasst mit, dass die von der Behörde herangezogene Bestimmung des § 34a Abs 1 KOG richtlinien- und verfassungswidrig sei. Art 9 Abs 2 vierter Spiegelstrich der 3. Post-RL beziehe sich auf „Dienste, die zum Universaldienst gehören“ und besage, dass an die Bewilligung der Genehmigung gegebenenfalls eine Verpflichtung gebunden sein könne, einen finanziellen Beitrag zum betrieblichen Aufwand der nationalen Regulierungsbehörde zu leisten. Diese Verpflichtung knüpfe ausschließlich an Diensten im Universaldienst an, wobei

zusätzlich die Einschränkung „gegebenenfalls“ zu beachten sei. Eine Ausweitung dieser Verpflichtung auf alle Postdiensteanbieter sei europarechtlich unzulässig. Der Hinweis auf Art 22 sei eine Referenz zur Anknüpfung des Begriffs nationale Regulierungsbehörde, er erweitere aber nicht den Kreis der rechtmäßig zur Finanzierung heranzuziehenden Unternehmen. Diese Sichtweise werde durch eine Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 20.09.2010 auch bestätigt.

Verfassungsrechtlich sei weiters zu beachten, dass die Regulierungsbehörde de lege lata keine bzw lediglich insignifikante Aufgaben für Postdiensteanbieter zu erfüllen habe. Angesichts dessen wäre es gleichheitswidrig im Sinne einer Unsachlichkeit der Regelung, Postdiensteanbieter zur Finanzierung einer Behörde heranzuziehen, deren Tätigkeit sich so gut wie ausschließlich auf die Regulierung des Universaldienstbetreibers und der Konzessionäre erstrecke. Universaldienstbetreiber und Postdiensteanbieter würden trotz fundamental unterschiedlicher Inanspruchnahme der Behörde hinsichtlich der Finanzierungsverpflichtung gleich behandelt. Ein sachlicher, objektiver, vernünftiger Grund für diese Gleichbehandlung liege nicht vor. Selbst wenn ein vernünftiger Grund für die Gleichbehandlung vorläge (was nicht der Fall sei), würde die vom Gesetzgeber vorgenommene Nichtdifferenzierung derart gravierende Benachteiligungen der Postdiensteanbieter bewirken, die die Nichtdifferenzierung in der konkreten Ausgestaltung als unverhältnismäßig erscheinen lassen würden. Generell habe das PMG die Tätigkeit der Regulierungsbehörde auf die Überwachung des Universaldienstbetreibers und der Konzessionäre reduziert. Eine marktregulierende Tätigkeit – vergleichbar mit der TKK nach dem TKG 2003 – kenne das PMG ebenso wenig wie eine wettbewerbsrechtliche Missbrauchskontrolle. In der vorliegenden Ausgestaltung des PMG und der PCK als Aufsichtsbehörde der ÖPAG – ohne jede echte sektorspezifische Regulierungskompetenz für Postdiensteanbieter – könne die Verpflichtung zur Finanzierung der Aufgaben der RTR-GmbH daher in verfassungskonformer Interpretation nur der ÖPAG und allfälligen Konzessionären auferlegt werden.

Ferner sei zu beachten, dass Unternehmen, die ihre Tätigkeit als Gewerbeunternehmen erbrächten, solcherart einer zweifachen Beitragsverpflichtung unterworfen würden.

§ 34 KOG sei aus den vorgenannten Gründen richtlinien- und gleichheitswidrig. Die Bestimmung verstoße insofern auch gegen das Grundrecht auf Eigentums- und Erwerbsfreiheit. Sie sei von der Behörde im aufgezeigten Sinn richtlinien- und verfassungskonform auszulegen und es bestehe aus den genannten Gründen daher grundsätzlich keine Verpflichtung der Swiss auf Bezahlung des Finanzierungsbeitrages.

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

Am 10.04.2012 verständigte die RTR-GmbH die Post-Control-Kommission darüber, dass Swiss die fälligen Finanzierungsbeiträge für die RTR-GmbH für das Jahr 2011 nicht bezahlt habe.

Seitens Swiss liegt jedoch eine Dienstanzeige gemäß § 25 des Bundesgesetzes über die Regulierung des Postmarktes (Postmarktgesetz – PMG), BGBl I Nr 123/2009 idF BGBl I Nr 111/2010, vor. Die Post-Control-Kommission beschloss daher in der Sitzung vom 10.04.2012 ein Verfahren zur bescheidmäßigen Vorschreibung des Finanzierungsbeitrages nach § 34a Abs 3 iVm § 34 Abs 13 KOG einzuleiten (ON 1).

Mit Schreiben vom 24.04.2012 wurde der Swiss von der RTR-GmbH im Auftrag der Post-Control-Kommission das Ergebnis der im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens durchgeführten Beweisaufnahme gemäß § 45 Abs 3 AVG zur Kenntnis- und Stellungnahme bis 25.05.2012 übermittelt (ON 4).

Mit Schreiben vom 25.05.2012 (ON 5) verwies Swiss zum Ergebnis der Beweisaufnahme zunächst auf ihr Schreiben vom 26.03.2012 und führte weiters zusammengefasst aus, dass dem Grunde nach keine Verpflichtung auf Bezahlung des Finanzierungsbeitrags bestehe und auch die vorgeschriebene Höhe unrichtig sei, da die Bemessungsgrundlage von der RTR-GmbH falsch eingeschätzt worden sei. Obwohl bereits mitgeteilt worden sei, dass jedenfalls weite Teile der Tätigkeiten von Swiss nicht als Postdienste zu qualifizieren seien, hätte die RTR-GmbH möglicherweise undifferenziert den Gesamtumsatz von Swiss herangezogen. So seien die Umsätze aus Lettershoptätigkeiten, die Umsätze aus Lagerhaltung und Handling (Fulfillment), reine Logistikleistungen sowie die Umsätze mit Freistempelmaschinen nicht in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Weiters sei nicht in die Bemessungsgrundlage einzurechnen, wenn Kunden mit Sitz im Ausland Swiss zwar als Vertragspartner hätten, die Sendungen jedoch nicht über Swiss versendet würden. Die relevante Bemessungsgrundlage sei daher um diese Positionen zu bereinigen. Weiters ersuchte Swiss um Mitteilung, mit welcher Begründung die Behörde die Umsatzteile aus den verschiedenen Geschäftsfeldern von Swiss einbezogen habe, und beantragte dazu die Einvernahme des Geschäftsführers von Swiss. Swiss führte in ihrer Stellungnahme ferner aus, dass auch die Zahlen für den österreichischen Gesamtpostmarkt nicht richtig seien, und verwies in diesem Zusammenhang auf ein Zusammenschlussverfahren, in welches die Muttergesellschaft von Swiss involviert gewesen sei und welches auch hinsichtlich der Gesamtmarktzahlen für Österreich andere Werte ergeben habe. Da Swiss in der Kürze der Zeit ihre diesbezüglichen Erhebungen nicht abschließen habe können, ersuchte Swiss schließlich um die Einräumung einer Frist von 14 Tagen um der Post-Control-Kommission die relevanten Zahlen liefern zu können.

Bei der Behörde langte bis zum 18.06.2012 kein weiteres Schreiben von Swiss ein.

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

Swiss ist Postdiensteanbieter iSd § 3 Z 3 PMG.

Da Swiss keinen Planumsatz für das Geschäftsjahr 2011 bekannt gab, wurde von der RTR-GmbH der voraussichtliche Umsatz von Swiss auf Grundlage einer KSV-Auskunft auf EUR ██████ geschätzt.

Die RTR-GmbH veröffentlichte gemäß § 34 Abs 8 KOG auf ihrer Homepage als geschätzten Gesamtumsatz der Branche Post für das Jahr 2011 den Betrag von EUR 1.676.830.000 und als geschätzten Aufwand des Fachbereichs Telekommunikation und Post, Postbranche, der RTR-GmbH für das Jahr 2011 den Betrag von EUR 712.753. Der Zuschuss aus dem Bundeshaushalt beträgt laut § 34a Abs 1 KOG EUR 200.000. Somit verbleibt ein Aufwand in der Höhe von EUR 512.753, welcher aus den Finanzierungsbeiträgen der Postdiensteanbieter iSd § 34a Abs 2 KOG zu bestreiten ist.

Der geschätzte Planumsatz von Swiss beträgt für 2011 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 EUR [REDACTED] (netto) für 2011. Zuzüglich 20 % Umsatzsteuer in Höhe von EUR [REDACTED], ergibt sich der Bruttobetrag von EUR [REDACTED].

Für das Jahr 2011 ergibt sich daher eine Forderung der RTR-GmbH gegenüber Swiss in der Höhe von gesamt EUR [REDACTED] (darin enthalten EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer).

Nach der Berechnung des Finanzierungsbeitrages von Swiss erfolgten mit Rechnungen vom 22.03.2011, 15.06.2011, 15.09.2011 und 15.12.2011 (PRFIN 1/11, ON 10, ON 11, ON 12 und ON 13) die Vorschreibungen der quartalsweise fälligen Finanzierungsbeiträge für die Zeiträume vom 01.01.2011 bis 31.03.2011, vom 01.04.2011 bis 30.06.2011, vom 01.07.2011 bis 30.09.2011 und vom 01.10.2011 bis 31.12.2011 in der Höhe von jeweils EUR [REDACTED] (darin enthalten jeweils EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer).

Die Finanzierungsbeiträge für das Jahr 2011 in der Höhe von gesamt EUR [REDACTED] (darin enthalten EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer) wurden von Swiss nicht entrichtet.

## **C. Beweiswürdigung**

Die Feststellungen hinsichtlich des Status von Swiss als Postdiensteanbieter, der Diensteanzeige sowie des geschätzten Planumsatzes von Swiss ergeben sich aus den bei der RTR-GmbH zur Zahl PRFIN 1/11 und PRAUF 2/11 geführten Akten sowie aus dem verfahrensgegenständlichen Akt.

Nach den in der Anzeige vom 31.08.2011 und 12.09.2011 enthaltenen Angaben versendet Swiss im Auftrag ihrer Kunden Briefsendungen und Pakete ins Ausland.

Die sonstigen Feststellungen ergeben sich aus den bei den Feststellungen jeweils in Klammer angeführten unbedenklichen Urkunden.

## **D. Rechtliche Beurteilung**

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

Gemäß § 34a Abs 3 iVm 34 Abs 13 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 § 24 Abs 1 PMG ist jedermann nach Maßgabe der Voraussetzungen dieses Bundesgesetzes berechtigt, Postdienste anzubieten und zu erbringen. Auf das Anbieten von Postdiensten findet die Gewerbeordnung 1994, BGBl 114/194, laut Abs 2 keine Anwendung.

Nach § 25 Abs 1 PMG haben Postdiensteanbieter die beabsichtigte Erbringung eines Postdienstes sowie Änderungen des Betriebes und dessen Einstellung vor Betriebsaufnahme, Änderung oder Einstellung der Regulierungsbehörde anzuzeigen. Die Anzeige hat schriftlich unter Angabe der Art des Dienstes sowie der technischen und betrieblichen Merkmale zu erfolgen. Laut Abs 2 ist die Liste der angezeigten Postdienste samt Bezeichnung der Postdiensteanbieter von der Regulierungsbehörde im Internet zu veröffentlichen.

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

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 vermindern oder erhöhen sich ab 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.

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 jeden Jahres von der RTR-GmbH festzustellen und in geeigneter Weise zu veröffentlichen. (...) Ebenso ist der branchenspezifische Gesamtumsatz auf Basis der nach Abs 7 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 (...).

Die Beitragspflichtigen haben nach § 34 Abs 10 KOG jeweils bis spätestens 31. Mai des Folgejahres ihre tatsächlich erzielten Umsätze der RTR-GmbH zu melden. Umsatzdaten, deren tatsächliche Höhe mit zumutbarem Aufwand nicht erhoben werden können, sind von der RTR-GmbH zu schätzen.

Die RTR-GmbH hat gemäß § 34 Abs 11 KOG den tatsächlichen branchenspezifischen Aufwand sowie den tatsächlichen branchenspezifischen Gesamtumsatz jeweils bis zum 30. September des Folgejahres festzustellen und zu veröffentlichen. Vor Veröffentlichung des tatsächlichen branchenspezifischen Aufwandes sowie des tatsächlichen branchenspezifischen Gesamtumsatzes ist den Beitragspflichtigen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Nach der Veröffentlichung des tatsächlichen branchenspezifischen Aufwands und des tatsächlichen branchenspezifischen Gesamtumsatzes hat die RTR-GmbH laut § 34 Abs 12 KOG geleistete Finanzierungsbeiträge allenfalls gutzuschreiben oder eine Nachforderung zu stellen.

### **3) Rechtliche Beurteilung**

Im vorliegenden Fall wurde seitens Swiss weder im Rahmen des Verfahrens zu GZ PRFIN 1/11, noch im Rahmen des Verfahrens zu GZ PRAUF 2/11 (beide geführt vor der RTR-GmbH) eine Umsatzzahl bekanntgegeben. Daher wurde der voraussichtliche Umsatz von Swiss, wie bereits im festgestellten Sachverhalt ausgeführt, gemäß § 34a Abs 3 iVm § 34 Abs 7 KOG seitens der RTR-GmbH geschätzt.

Auch im gegenständlichen Ermittlungsverfahren zu GZ PS 5/12, im Rahmen dessen der Swiss eine Frist von einem Monat zur Stellungnahme eingeräumt wurde, gab Swiss keine Umsatzzahl bekannt. Obwohl Swiss in ihrem Schreiben vom 25.05.2012 um die Einräumung einer Frist von 14 Tagen ersuchte, um „der Post-Control-Kommission auch für den österreichischen Gesamtpostmarkt relevante Zahlen liefern zu können“, langte bei der Behörde auch bis zum 18.06.2012 kein diesbezügliches Schreiben von Swiss ein.

In rechtlicher Hinsicht erscheint wesentlich, dass die Finanzierungsbeiträge den Beitragspflichtigen nach § 34a Abs 3 iVm § 34 Abs 9 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.

Der geplante branchenspezifische Gesamtumsatz beträgt die Gesamtsumme der von den Beitragspflichtigen gemeldeten und – im Fall des fehlenden Vorliegens einer Meldung – der von der RTR-GmbH geschätzten Umsätze (vgl dazu §§ 34a Abs 3 iVm 34 Abs 8 KOG). Das Ergebnis dieser Zusammenrechnung der Planumsatzdaten wurde von der Post-Control-Kommission sowohl hinsichtlich der Zusammensetzung als auch der Höhe überprüft und für plausibel befunden.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, beträgt der Finanzierungsbeitrag von Swiss für das Jahr 2011 gesamt EUR [REDACTED] (darin enthalten EUR [REDACTED] an Umsatzsteuer).

Da dieser Betrag nicht bezahlt wurde, ist er gemäß § 34a Abs 3 iVm § 34 Abs 13 KOG bescheidmässig vorzuschreiben.

Zum Vorbringen von Swiss, dass die vorgeschriebene Höhe unrichtig sei, weil die Behörde die Bemessungsgrundlage falsch einschätze, ist anzumerken, dass die Beitragspflichtigen nach § 34 Abs 7 KOG jeweils bis spätestens 15. Jänner der RTR-GmbH ihre für das laufende Jahr geplanten Umsätze zu melden haben und nur im Falle, dass trotz Aufforderung und Setzung einer angemessenen Nachfrist keine Meldung der geplanten Umsätze erfolgt, die RTR-GmbH den voraussichtlichen Umsatz des Beitragspflichtigen zu schätzen hat. Seitens Swiss wurde – wie bereits oben ausgeführt – zu keinem Zeitpunkt eine Umsatzzahl bekanntgegeben. Daher wurde von der RTR-GmbH der voraussichtliche Umsatz von Swiss geschätzt. Es wurde anschließend der Swiss die Möglichkeit eingeräumt zu dieser Schätzung Stellung zu nehmen. In ihrer Stellungnahme gab Swiss jedoch erneut keine Umsatzdaten bekannt.

Mangels Mitwirkung von Swiss wurde für die Schätzung des relevanten Umsatzes und anschließend für die Berechnung der Finanzierungsbeiträge eine KSV-Auskunft, aus welcher ausschließlich der Gesamtumsatz von Swiss hervorging, als maßgebliche Grundlage herangezogen. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes befreit der Grundsatz der Amtswegigkeit des Verfahrens die Partei nicht von der Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes beizutragen und Verzögerungen des Verfahrens hintanzuhalten (s VwSlg 5007 A ua). Die Behörde trifft die Pflicht, den Sachverhalt von sich aus soweit zu ermitteln, als ihr dies möglich ist. Die Ergebnisse ihrer Ermittlungen hat die Behörde den Parteien im Rahmen des Parteiengehörs zur Kenntnis zu bringen. Ist eine Partei der Meinung, dass die Ermittlungen unvollständig sind, muss sie konkretes Vorbringen erstatten, was gegen die Ermittlungsergebnisse der Behörde spricht, und allenfalls Gegenbeweise vorlegen (VwGH 14.12.1995, 95/19/1046). Unterlässt sie die



erforderliche Mitwirkung, kann der Behörde aus der Unterlassung weiterer Ermittlungen kein Vorwurf gemacht werden (VwGH 15.9.2004, 2002/09/0144). Sie kann die Untätigkeit der Partei im Rahmen ihrer freien Beweiswürdigung berücksichtigen (VwGH 26.2.2002, 2001/11/0220). Im vorliegenden Fall stellt die KSV-Auskunft zwar auf den Gesamtumsatz und nicht nur auf Postdienste ab, aufgrund der – trotz mehrmaliger Aufforderung der Regulierungsbehörden – fehlenden Mitwirkung von Swiss wurde schließlich der Gesamtumsatz für die Schätzung des maßgebenden Umsatzes und folglich für die Berechnung der Finanzierungsbeiträge herangezogen.

Soweit Swiss die Einvernahme ihres Geschäftsführers beantragt, ist auszuführen, dass das KOG ein „zweistufiges“ Finanzierungsbeitragssystem vorsieht: 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 und der auf Basis der erfolgten Meldungen der Beitragspflichtigen und der Schätzungen der RTR-GmbH der branchenspezifische berechnete 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 können, 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 111/2010, vergleichbar, die Vorschriften seitens des Verwalters und darauf geleistete Akontozahlungen der einzelnen Miteigentümer vorsehen (vgl §§ 20 Abs 2 und 32 Abs 9 leg cit), wobei 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).

Da es sich beim gegenständlichen Verfahren, in welchem die „vorläufigen“ Finanzierungsbeiträge berechnet werden, lediglich um die „erste Stufe“ des Finanzierungsbeitragssystems und daher um eine vorläufige Vorschreibung handelt, die die Liquidität der Behörde gewährleisten soll, ist eine allfällige Einvernahme des Geschäftsführers von Swiss nicht erforderlich.

Soweit Swiss ausführt, dass Art 9 Abs 2 vierter Spiegelstrich der 3. Post-RL sich auf Dienste, die zum Universaldienst gehören, beziehe und die Verpflichtung zur Leistung eines finanziellen Beitrages zum betrieblichen Aufwand der nationalen Regulierungsbehörde ausschließlich an Diensten im Universaldienst anknüpfe sowie eine Ausweitung dieser Verpflichtung auf alle Postdiensteanbieter europarechtlich unzulässig sei, 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.

Das von Swiss in ihrer Stellungnahme angeführte Schreiben der Europäischen Kommission vom 20.09.2010 an den Präsidenten der Associazione Italiana Corrieri Aerei Internazionali bezieht sich im Wesentlichen auf die Frage einer Finanzierung des Universaldienstes mittels eines Ausgleichsfonds. Entgegen der Ausführung von Swiss ergibt sich aus diesem Schreiben keinesfalls, dass nur Postdiensteanbieter, welche Universaldienste erbringen, zur Finanzierung der Kosten der nationalen Regulierungsbehörde verpflichtet werden könnten. Im Übrigen stellt sich die Frage nach der rechtlichen Erheblichkeit dieses Schreibens.

Ergänzend wird hier festgehalten, dass die Finanzierung eines Ausgleichsfonds iSd § 14 PMG von der Finanzierung der RTR-GmbH und Post-Control-Kommission iSd §§ 34a iVm 34 Abs 3 bis 15 KOG eindeutig zu trennen ist. Während zur Finanzierung des Ausgleichsfonds die Betreiber von konzessionierten Postdiensten mit einem bestimmten Jahresumsatz verpflichtet sind, sind die Finanzierungsbeiträge zur Finanzierung des Aufwandes der RTR-GmbH und der Post-Control-Kommission von der Postbranche zu leisten, welche nach § 34a Abs 2 KOG jene Postdiensteanbieter umfasst, die nach § 25 PMG zur Anzeige verpflichtet sind oder über eine Konzession nach § 26 PMG verfügen. Die Bestimmung des § 25 PMG bezieht sich auf Postdienste und nicht einschränkend auf Universaldienste, die – wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 25.01.2012, 2011/03/0200, ausführte – nur ein Teilsegment der Postdienste (und zwar ein Mindestangebot von Postdiensten iSd § 6 Abs 1 PMG) darstellen. Daher sind Finanzierungsbeiträge gemäß § 34a Abs 2 KOG nicht nur von jenen Unternehmen, die Leistungen im Universaldienstbereich anbieten, sondern von allen Postdiensteanbietern, welche nach § 25 PMG zur Anzeige verpflichtet sind oder über eine Konzession nach § 26 PMG verfügen, zu leisten.

Die Bestimmung des Art 9 Abs 2 Unterabs 2 vierter Gedankenstrich der Postdiensterrichtlinie (Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, geändert durch die Richtlinie 2002/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juni 2002 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, geändert durch die Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008) über die Beitragsverpflichtung zu den betrieblichen Aufwendungen der in Art 22 leg cit genannten nationalen Regulierungsbehörde unterscheidet sich eindeutig von der Beitragsverpflichtung zu den in Art 7 leg cit aufgeführten Ausgleichsmechanismen (Ausgleichsfonds), welche jedenfalls auf Universaldienst-

betreiber beschränkt ist. Bei der Beitragsverpflichtung nach Art 9 Abs 2 Unterabs 2 vierter Gedankenstrich leg cit handelt es sich um eine Kann-Bestimmung und daher um eine erlaubte Auflage, mit welcher die Bewilligung der Genehmigungen verknüpft werden kann. Im Übrigen räumt Art 9 Abs 2 Unterabs 3 leg cit expressis verbis ein, dass die im vierten Gedankenstrich genannten Verpflichtungen auch anderen Betreibern als dem Universaldienstbetreiber auferlegt werden dürfen.

Zum Vorbringen von Swiss, dass es verfassungsrechtlich zu beachten sei, dass die Regulierungsbehörde de lege lata keine bzw lediglich insignifikante Aufgaben für Postdiensteanbieter zu erfüllen habe und angesichts dessen es gleichheitswidrig im Sinne einer Unsachlichkeit der Regelung wäre, Postdiensteanbieter zur Finanzierung einer Behörde heranzuziehen, deren Tätigkeit so gut wie ausschließlich auf die Regulierung des Universaldienstbetreibers und der Konzessionäre erstreckt, ist auszuführen, dass nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ein Gesetz dem Gleichheitssatz dann nicht entspricht, wenn die in Betracht kommende Regelung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Jede unsachliche Unterscheidung ist, unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes, verfassungswidrig (vgl VfSlg 11.013/1986).

Eine unsachliche Unterscheidung liegt im gegenständlichen Fall nicht vor. Im Erkenntnis VfSlg 17326/2004 führte der Verfassungsgerichtshof aus, dass die Kompetenz des Gesetzgebers zur (Organisations)Privatisierung einer Aufgabe auch die Zuständigkeit zur Regelung der Finanzierung des dafür geschaffenen Rechtsträgers umfasst. Finanzierungsregeln der vorliegenden Art wären unsachlich und verfassungswidrig, wenn sie dazu führten, dass die Beitragspflichtigen auch Aufgaben finanzieren müssen, die unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt in ihrem Interesse liegen (können), bzw die nicht grundsätzlich alle in Betracht kommenden Interessenten nach dem Maßstab des (objektiven) Interesses erfassen. Da vorliegend der Finanzierungsanteil der Marktteilnehmer (und daher auch der Swiss) auf jenen Teil der Kosten der Postmarktregulierung beschränkt ist, der diese Marktteilnehmer betrifft und nicht im allgemeinen Interesse liegt, ist eine unsachliche Differenzierung nicht gegeben.

Bezüglich der Regelungen gemäß § 34a iVm § 34 Abs 3 bis 15 war der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, den aus der Einrichtung einer Behörde bzw eines behördlichen Hilfsapparates als solchen resultierenden Personal- und Sachaufwand zu finanzieren. In diesem Zusammenhang ist auf die Bestimmungen der § 17 Abs 3 und 4 KOG iVm §§ 38 und 40 PMG hinzuweisen, aus welchen sich die wahrzunehmenden Aufgaben der RTR-GmbH und der Post-Control-Kommission ergeben und hinreichend umschrieben sind.

Es wird zudem darauf hingewiesen, dass die Definition der „Postdiensteanbieter“ in § 3 Z 3 PMG, die der „Postdienste“ in § 3 Z 2 PMG und die der „Postsendung“ in § 3 Z 10 PMG geregelt ist. Die Anzeigepflicht der Postdiensteanbieter ist im § 25 PMG geregelt.

Weiters ist auf die Materialien (RV 319 BlgNR 24. GP, 15) Bezug zu nehmen, welche zur Finanzierung des Aufwandes der RTR-GmbH betreffend die Postbranche ausführen, dass sich die Finanzierung der Regulierungsbehörde an dem Finanzierungsmodell des Telekomrechts orientiere und neben den Marktteilnehmern auch der Bund einen entsprechenden Finanzierungsbeitrag zu leisten habe. Da Swiss jedenfalls Teilnehmer des Postmarktes ist, hat sie Beiträge zur Finanzierung des Aufwandes der RTR-GmbH gemäß § 34a KOG zu leisten. Überdies ist anzugeben, dass das PMG für die Postdiensteanbieter Rechte, wie beispielsweise das Recht auf Zugang zu Brieffachanlagen und

Landabgabekästen gemäß § 34 leg cit, Zugang zu Adressdaten gemäß § 35 leg cit, Zugang zu Postleitzahlen gemäß § 36 leg cit oder Inanspruchnahme der Regulierungsbehörde in Streitschlichtungsangelegenheiten gemäß § 53 leg cit verankert. In Anbetracht dieser Bestimmungen erfolgt die Tätigkeit der RTR-GmbH und der Post-Control-Kommission wohl (auch) im Interesse von Swiss.

Soweit Swiss ausführt, dass Unternehmen, die ihre Tätigkeit als Gewerbeunternehmen erbringen würden, solcherart einer zweifachen Beitragsverpflichtung unterworfen würden, ist auf die gesetzlichen Bestimmungen des § 24 Abs 2 PMG zu verweisen.

Die Tatsache, dass ein Unternehmen ein Speditionsgewerbe ausübt und der gewerberechtlichen Aufsicht unterliegt, 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 von der Post-Control-Kommission ein Gewicht von max. 31,5 kg je Paket angenommen. Damit erbringen Spediteure jedenfalls auch Postdienste, wenn sie Briefe oder Pakete unter 31,5 kg abholen, sortieren, transportieren oder zustellen.

Ferner ist auszuführen, dass 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) Folgendes festhält: *„Speditionsunternehmen können in der Regel aufgrund ihrer Betriebsorganisation und der beförderten Produkte sowohl als Spediteur als auch als Postdiensteanbieter tätig werden. Das Vorliegen einer Spediteurskonzession allein reicht nicht für die Annahme aus, 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.“*

In diesem Zusammenhang ist erneut auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.01.2012, ZI 2011/03/0199-6, hinzuweisen.

Im Übrigen ist anzumerken, dass die Stellungnahme von Swiss nicht erkennen lässt, aus welchen Gründen die Bestimmung des § 34 KOG – wie von Swiss behauptet – gegen das Grundrecht auf Eigentum und Erwerbsfreiheit verstößt. Es ist daher nicht geboten, näher auf dieses Vorbringen einzugehen.

Die diesem Bescheid zugrunde gelegten gesetzlichen Bestimmungen wurden von der Behörde jedenfalls richtlinien- und verfassungskonform ausgelegt.

Aus all diesen Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 44 Abs 3 PMG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

### **IV. Hinweis**

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung des Bescheides Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und ebenso an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerden müssen von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei der Einbringung der Beschwerden ist jeweils eine Gebühr von EUR 220,-- zu entrichten.

Post-Control-Kommission

Wien, am 18.06.2012

Die Vorsitzende

Dr. Elfriede Solé