

PS 8/16-28

## Bescheid

Die Post-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Mag. Sabine Joham-Neubauer als weitere Mitglieder über den Antrag der noebote GmbH mit dem Sitz in 3434 Wilfersdorf, Grube 48, in der Sitzung vom 26.09.2016 einstimmig beschlossen:

### I. Spruch

Gemäß § 35 Abs 4 PMG wird für den Zugang der noebote GmbH zu den Adresdaten, die die Österreichische Post AG für das Nachsenden oder das Rücksenden von Postsendungen verwendet, Nachstehendes angeordnet:

**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

## **Anordnung über die Übermittlung von Adressdaten für das Nachsenden oder das Rücksenden von Postsendungen**

### **1.) Gegenstand der Anordnung**

Die Österreichische Post AG (in weiterer Folge: ÖPost) übermittelt der noebote GmbH (in weiterer Folge: noebote) die Adressdaten für das Nachsenden oder das Rücksenden von Postsendungen zu den nachstehenden Bedingungen, ausschließlich für diese Zwecke.

Sowohl die ÖPost als auch die noebote haben bei der Übermittlung und Verwendung der Daten die relevanten Gesetzesbestimmungen, insbesondere des Postmarktgesetzes und des Datenschutzgesetzes 2000 einzuhalten.

### **2.) Art der Datenübermittlung**

Die ÖPost stellt die Adressänderungsdaten einmal monatlich bis zum 10. Werktag des Folgemonats in Form eines elektronischen Dokuments (Excel-File oder .csv-Dateiformat) über sftp oder https für noebote zur Verfügung. Die Vereinbarung eines längeren Lieferintervalls ist möglich (vgl Punkt 8.).

Sollten sich der Aufbau bzw die Struktur der Daten ändern (Datensatzaufbau), so wird die ÖPost noebote hierüber mindestens drei Monate vor Umstellung des Datensatzaufbaus informieren.

### **3.) Umfang der zu übermittelnden Daten**

Die Datenlieferung umfasst sämtliche bei der ÖPost aktuell beauftragte Nachsendeaufträge für jenes Gebiet, für das die noebote zum Anordnungszeitpunkt über eine Konzession verfügt (das beinhaltet sowohl Nachsendeaufträge betreffend den Zuzug in das Gebiet, als auch betreffend den Wegzug aus dem Gebiet oder den Umzug innerhalb davon) sowie (sofern diese von der ÖPost für das Rücksenden von Postsendungen verwendet werden) Daten über Todesfälle und das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit von juristischen Personen in diesem Gebiet.

Ein Adressänderungsdatensatz besteht aus den nachstehenden Daten (sofern der Kunde die entsprechenden Angaben gemacht hat): Familienname, Vorname(n), bei juristischen Personen deren Name, alte und neue Adresse (inklusive Postleitzahl), Zeitpunkt des Zu- oder Wegzuges, sowie gegebenenfalls Gültigkeitsdatum (bei vorübergehenden Nachsendeaufträgen) bzw bei Daten betreffend Todesfälle und Erlöschen der Rechtspersönlichkeit von juristischen Personen das Todesdatum bzw das Datum des Erlöschens der Rechtspersönlichkeit.

Es sind nur jene Daten von der Verpflichtung zur Übermittlung gemäß dieser Vereinbarung erfasst, die von der Österreichischen Post AG selbst generiert werden. Daten, an denen Rechte Dritter bestehen, sind davon ausgenommen.

### **4.) Entgelte**

Die Entgelte, die von der noebote GmbH zu bezahlen sind, gliedern sich in einmalige Projektkosten, Kosten je Datenlieferung sowie Kosten für die Änderung des selektierten Gebietes. Diese Kosten betragen:

- |                              |            |
|------------------------------|------------|
| a) Einmalige Projektkosten:  | EUR 420,34 |
| b) Kosten je Datenlieferung: | EUR 17,51  |

c) Kosten für die Änderung des Gebietes: EUR 105,09

Alle Entgelte verstehen sich als Nettoentgelte, exklusive aller Steuern und Abgaben, insbesondere der Umsatzsteuer. Für die Entgelte gilt Wertbeständigkeit. Als Maß zur Berechnung der Wertbeständigkeit dient der von der Statistik Austria monatlich verlaubliche Verbraucherpreisindex (VPI auf Basis 2015) beziehungsweise der von Amts wegen an seine Stelle tretende Index. Als Bezugsgröße für Anpassungen gemäß dieser Anordnung dient die für das dem Inkraftsetzen dieser Anordnung nachfolgende Monat errechnete Indexzahl. Alle Veränderungsdaten sind auf eine gerundete Dezimalstelle zu berechnen. Die neuen Entgelte sind jeweils ab dem neuen Kalenderjahr gültig. Schwankungen von weniger als 3 % bleiben unberücksichtigt. Die ÖPost hat die noebote mindestens einen Kalendermonat vor Wirksamwerden der neuen Entgelte schriftlich über diese zu informieren.

### **5.) Zahlungsbedingungen**

Die ÖPost stellt der noebote das Entgelt bis zum 3. Werktag des Folgemonats für den Vormonat in Rechnung. Die noebote hat das Entgelt innerhalb von 10 Tagen ab Rechnungsdatum ohne Abzug zu überweisen. Bei Zahlungsverzug hat die ÖPost das Recht, hinsichtlich des jeweils ausstehenden Betrages, unter Vorbehalt der Geltendmachung eines weiteren Verzugschadens, insbesondere Bankspesen, Verzugszinsen in der Höhe des gesetzlichen Zinssatzes gemäß Unternehmensgesetzbuch (UGB) idGF geltend zu machen. Die ÖPost hat das Recht, der noebote sämtliche Mahn- und Inkassospesen, insbesondere diesbezüglich anfallende Anwaltskosten, in Rechnung zu stellen.

Für den Fall, dass die Entgelte im Rahmen des SEPA-Lastschriftverfahrens (SEPA CORE) oder des SEPA-Firmenlastschriftverfahrens (SEPA B2B) von der ÖPost von dem von der noebote angegebenen Konto abgebucht werden, erfolgt die Vorabankündigung (Pre-Notifikation) seitens der ÖPost spätestens einen Tag vor Abbuchung.

Gerät noebote mit der Zahlung über den Fälligkeitstermin hinaus in Zahlungsverzug, so ist die ÖPost berechtigt, nach einmaliger Mahnung, bis zur Beendigung des Zahlungsverzuges die Lieferung von weiteren Adressänderungsdaten einzustellen.

Einwendungen gegen in Rechnung gestellte Entgeltforderungen sind von noebote innerhalb von drei Monaten ab Rechnungsdatum bei der ÖPost schriftlich zu erheben, anderenfalls gilt die Entgeltforderung der ÖPost als anerkannt. Einwendungen hindern nicht die Fälligkeit des Rechnungsbetrages.

### **6.) Pflichten der Parteien**

Noebote darf die von der ÖPost zur Verfügung gestellten Adressdaten ausschließlich für Zwecke des Nachsendens oder des Rücksendens von Postsendungen verwenden.

Bei einem Verstoß dieser Beschränkung zahlt noebote eine Konventionalstrafe in Höhe von EUR 5.000 für jeden Verstoß (für jede einzelne Adresse); der Nachweis eines Schadens ist nicht erforderlich. Die Geltendmachung eines darüber hinaus gehenden Schadens durch die ÖPost bleibt unberührt.

Die ÖPost ist verpflichtet, die ihr zur Verfügung stehenden Adressänderungsdaten vollständig weiterzugeben. Die ÖPost hat daher die Daten sorgfältig zu überprüfen, um Unvollständigkeiten und Fehler nach Möglichkeit auszuschließen.

Kann die Übermittlung der Adressänderungsdaten zum vereinbarten Zeitpunkt aus Gründen, die im Verantwortungsbereich der ÖPost liegen, nicht erfolgen, so hat die ÖPost diese Gründe innerhalb von 24 Stunden zu beseitigen und die Daten zur Verfügung zu stellen. Gelingt dies nicht, so hat die ÖPost der noebote, unabhängig von der Geltendmachung einer darüber hinausgehenden Schadenersatzforderung durch die noebote, eine Konventionalstrafe in Höhe von € 5.000 für jeden Verstoß zu bezahlen.

### **7.) Aufrechnungsverbot**

Gegen wechselseitige Ansprüche können die Parteien der Anordnung nur mit Ansprüchen, die im rechtlichen Zusammenhang mit dieser Anordnung stehen, sowie mit gerichtlich festgestellten oder von der jeweils anderen Partei anerkannten Ansprüchen aufrechnen.

### **8.) Liefertermin**

Die ÖPost hat die Adressänderungsdaten erstmalig längstens einen Kalendermonat nach Mitteilung der noebote, diese Anordnung in Gang setzen zu wollen, zu übermitteln. Die Anzeige, die Anordnung in Gang setzen zu wollen, hat schriftlich (eingeschrieben oder mit sonstigem Absendernachweis) zu erfolgen. Änderungen des angefragten Gebietes sind von der noebote zumindest zwei Kalendermonate vor Anforderung bekanntzugeben. Änderungen des angefragten Lieferintervalls (zb quartalsweise statt monatlich) sind von noebote ebenfalls zumindest zwei Kalendermonate vor Anforderung bekanntzugeben.

### **9.) Gewährleistung und Haftung**

Soweit im Folgenden nicht anderes bestimmt ist, gelten die gesetzlichen Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen.

Die ÖPost übernimmt keine Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Daten, sofern die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit sich aus entsprechenden falschen Angaben in den Nachsendeaufträgen ergibt.

Im Fall der Lieferung mangelhafter Daten hat die ÖPost unverzüglich eine Ersatzlieferung durchzuführen.

### **10.) Änderungen der Anordnung**

Ohne Kündigung der Gesamtanordnung können die Parteien einander begründete Änderungswünsche bezüglich der Neufestlegung von einzelnen Bestimmungen dieser Anordnung schriftlich übermitteln und Verhandlungen darüber führen. Eine erstmalige Bekanntgabe von begründeten Änderungswünschen ist mit Ablauf eines Jahres nach In-Kraft-Treten dieser Anordnung möglich. Für den Fall des Scheiterns dieser Verhandlungen kann die Regulierungsbehörde von jeder der Parteien frühestens nach drei Monaten ab Einlangen der Änderungswünsche angerufen werden. Die Regelung, auf die sich der Änderungswunsch einer der Parteien bezieht, bleibt bis zum In-Kraft-Treten der neuen Regelung aufrecht.

Sämtliche Änderungen und Ergänzungen dieser Anordnung bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform und der Unterfertigung durch die Parteien; dies gilt auch für ein Abgehen vom Erfordernis der Schriftform. Auch ein Verzicht auf Rechte kann nur schriftlich erfolgen.

### **11.) In-Kraft-Treten, Dauer**

Diese Anordnung tritt sofort in Kraft und gilt nach ihrem In-Kraft-Treten auf unbestimmte Zeit.

## **12.) Ordentliche Kündigung**

Eine ordentliche Kündigung der Anordnung ist unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines jeden Kalendermonats, frühestens zum Ablauf des ersten Jahres nach dem In-Kraft-Treten der Anordnung, möglich.

Die Kündigung hat jeweils schriftlich (eingeschrieben oder mit sonstigem Absendernachweis) zu erfolgen.

Sofern die gekündigte Partei binnen vier Wochen ab Erhalt der Kündigung den ausdrücklichen Wunsch nach Fortführung der Datenübermittlung über den Kündigungstermin hinaus äußert, erbringen die Parteien die anordnungsgegenständlichen Leistungen zu den bestehenden Bedingungen weiter, bis zum Abschluss einer neuen Vereinbarung bzw. einer neuen das Übermittlungsverhältnis regelnden Anordnung der zuständigen Regulierungsbehörde.

## **13.) Teilnichtigkeit**

Sollten einzelne Bestimmungen dieser Anordnung unwirksam oder undurchführbar werden, berührt dies nicht die Wirksamkeit oder Durchführbarkeit der restlichen Bestimmungen dieser Anordnung. Die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung wird einvernehmlich durch eine wirksame oder durchführbare Bestimmung ersetzt, die in ihrem technischen und wirtschaftlichen Gehalt der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung möglichst nahe kommt.

Analoges gilt schließlich auch für den Fall, dass einzelne Bestimmungen dieser Anordnung durch eine rechtskräftige Entscheidung der Regulierungsbehörde oder eines Gerichtes, für ganz oder teilweise unwirksam, oder undurchführbar befunden werden. Diesfalls werden die Parteien diese Bestimmung einvernehmlich binnen angemessener Frist ersetzen, soweit diese nicht durch rechtskräftige Entscheidung, Verordnung oder Gesetz näher bestimmt ist.

## **14.) Geheimhaltung**

Die Parteien verpflichten sich, alle Tatsachen, Informationen und Daten, die die jeweils andere Partei betreffen, und die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen und anlässlich der Durchführung der gegenständlichen Anordnung der anderen Partei bekannt wurden, als vertraulich und geheim zu behandeln.

Die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung gilt nicht für Tatsachen, Informationen und Daten, die zum allgemeinen Stand der Technik gehören, von der Regulierungsbehörde aufgrund der jeweils geltenden Rechtslage veröffentlicht wurden oder ohne Zutun und Verschulden der geheimhaltungsverpflichteten Partei sonst öffentlich zugänglich oder bekannt sind bzw. der geheimhaltungspflichtigen Partei bereits vor Inkrafttreten dieser Anordnung bekannt waren. Keine Vertraulichkeitsverpflichtung besteht gegenüber der Regulierungsbehörde, doch sind geheimhaltungspflichtige Umstände als solche zu kennzeichnen. Ebenfalls werden Verpflichtungen zur Offenlegung bzw. Auskunftserteilung aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder gerichtlicher oder verwaltungsbehördlicher Anordnungen hiervon nicht berührt.

Die Parteien verpflichten sich, alle angemessenen Maßnahmen zu ergreifen, um die Geheimhaltung zu wahren und die Offenlegung und die unautorisierte Nutzung von Informationen zu verhindern; d.h. sie müssen insbesondere zumindest diejenigen Maßnahmen ergreifen, die sie zum Schutz ihrer eigenen vertraulichsten Informationen ergreifen, und ihre Mitarbeiter, Subunternehmer, Berater usw., die Zugriff auf die Informationen haben, vor der Offenlegung der Informationen diese Geheimhaltungsvereinbarung überbinden und die jeweils andere Partei bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche gegen Dritte in jeder Weise unterstützen.

Die Parteien sind verpflichtet, die post- und datenschutzrechtlichen Vorschriften, insbesondere die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 - DSG idgF; va die Bestimmung des § 15 DSG) sowie über das Postgeheimnis einzuhalten.

Die Geheimhaltungs- und Datenschutzverpflichtung besteht auch nach der Beendigung der gegenständlichen Anordnung weiter.

Bei Verletzung dieser Verpflichtungen ist der jeweils anderen Partei, unabhängig von der Geltendmachung einer darüber hinausgehenden Schadenersatzforderung durch diese, eine Konventionalstrafe in Höhe von EUR 5.000 zu bezahlen.

### **15.) Außerordentliche Kündigung**

Jede Partei ist berechtigt, das Anordnungsverhältnis mit Ablauf eines jeden Werktages unter Einhaltung einer sechstägigen Kündigungsfrist mit eingeschriebenem (oder mit sonstigem Absendenachweis übermitteltem) Brief zu kündigen, wenn:

- die andere Partei ihr gegenüber mit Zahlungsverpflichtungen von mehr als einem Drittel der geschuldeten und fälligen Entgelte oder sonstiger sich aus dieser Anordnung ergebender Hauptleistungspflichten trotz Fälligkeit und zweimaliger erfolgloser schriftlicher Nachfristsetzung von je 14 Tagen im Verzug ist,
- die andere Partei die Bedingungen der Anordnung schwerwiegend verletzt – insbesondere gegen den Zweck der Datenverwendung in Punkt 1.) und Punkt 6.) dieser Anordnung verstößt –, sodass die Fortsetzung für die kündigende Partei unzumutbar wird.

### **16.) Sonstige Bestimmungen**

Die Parteien sind nicht berechtigt, Rechte aus dieser Anordnung an Dritte abzutreten oder zu übertragen.

Alle Rechte und Pflichten aus dieser Anordnung gehen auf die Gesamtrechtsnachfolger der Parteien über, auf Seiten der noebote jedoch nur dann, wenn es sich bei dem Rechtsnachfolger um einen gem. § 35 Abs 2 PMG Berechtigten handelt.

Sämtliche Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit dieser Anordnung unterliegen österreichischem Recht, unter Ausschluss des UN-Kaufrechts und kollisionsrechtlicher Bestimmungen.

Ausschließlicher Gerichtsstand ist das für 1030 Wien sachlich zuständige Gericht.

## II. Begründung

### A. Verfahrensablauf

Die noebote GmbH (in weiterer Folge: noebote) stellte mit Schreiben vom 03.02.2016 einen Antrag für eine Regelung des Austausches von Adressdaten gemäß § 34 Abs 4 PMG. Darin führt die noebote uA aus, dass sie am 08.10.2015 mit der ÖPost hinsichtlich einer Vereinbarung zum Austausch von Adressdaten für das Nachsenden oder das Rücksenden von Postsendungen gemäß § 35 Abs 2 PMG Kontakt aufgenommen habe, von Seiten der ÖPost darauf jedoch nicht reagiert worden sei. Daher brachte die noebote einen Antrag für eine Regelung des Austausches von Adressdaten ein, wobei im Anhang auch ein Vorschlag für eine entsprechende Regelung übermittelt wurde. Weiters führte die noebote aus, für ihre Zwecke sei die Datenübermittlung in der Prozessvariante „Durchreichen“ (Übermittlung eines Datenfiles mit den Änderungsinformationen) zweckmäßig, und machte Vorschläge für das zu verrechnende Entgelt.

Die Post-Control-Kommission hat in ihrer Sitzung vom 08.02.2016 ein Verfahren nach § 35 Abs 4 PMG eingeleitet.

Am 29.02.2016 langte seitens der ÖPost eine Stellungnahme ein; im Wesentlichen mit dem Inhalt, dass die ÖPost grundsätzlich mit dem Austausch der Adressänderungsdaten in der Form „Durchreichen“ einverstanden sei. Diesem Austausch sei jedoch ein kostenorientiertes Entgelt zugrunde zu legen, zudem seien weitere Bedingungen zu regeln. In der Folge stellt die ÖPost zum kostenorientierten Entgelt sowie zu weiteren Bedingungen (z.B. Rechte, Pflichten, Haftung, Datenschutz etc) ausführlich dar, wie aus ihrer Sicht eine solche Vereinbarung aussehen müsste.

Die Stellungnahme der ÖPost wurde an die noebote übermittelt, mit der Möglichkeit, dazu Stellung zu beziehen sowie mit dem Ersuchen, bekanntzugeben, ob das Angebot der ÖPost für die noebote zumindest insoweit akzeptabel erscheint, dass es eine Grundlage für weitere Verhandlungen darstellt.

Die noebote gab am 11.03.2016 eine Stellungnahme ab, in der sie im Wesentlichen ausführte, die Bedingungen der ÖPost seien für sie nicht akzeptabel und eine Vereinbarung mit der ÖPost ohne Mitwirkung der Regulierungsbehörde nicht möglich. Die noebote ersucht daher, mit dem Verfahren fortzufahren und kündigte die Übermittlung eines alternativen Vorschlages an.

In Ihrer Sitzung vom 21.03.2016 erteilte die Post-Control-Kommission zur Höhe eines kostenorientierten Entgeltes gemäß § 35 Abs 4 PMG den Amtssachverständigen der RTR-GmbH einen entsprechenden Gutachtensauftrag.

Mit Schreiben vom 22.04.2016 und 27.04.2016 gaben die ÖPost und die noebote zur Stellungnahme der jeweils anderen Partei neuerliche Stellungnahmen ab, die im Wesentlichen Ausführungen zum kostenorientierten Entgelt und nähere Vorschläge bezüglich der sonstigen zu regelnden Bedingungen enthielten.

Das Gutachten hinsichtlich der Höhe eines kostenorientierten Entgelts für den Austausch von Adressdaten für das Nachsenden und Rücksenden von Postsendungen nach § 35 PMG (ON 12) wurde den Parteien am 03.05.2016 übermittelt (ON 13 und 14). Diese nahmen dazu mit Schreiben vom 16.05.2016 bzw 17.05.2016 Stellung (ON 15 und 16). Die noebote zeigte sich mit dem Gutachten im Wesentlichen einverstanden, lediglich die Kosten für eine Änderung des selektierten Gebietes wurden von ihr beanstandet. Die ÖPost kritisierte die von den Gutachtern vorgenommenen Reduktionen des von ihr geforderten Entgelts und brachte Argumente vor, weshalb diese Reduktionen aus ihrer Sicht nicht gerechtfertigt seien. Insbesondere der Umstand, dass von den Gutachtern kein Gewinnaufschlag als

gerechtfertigt angesehen wurde, wurde von der ÖPost beanstandet; dies hätte nämlich zur Folge, dass sie kein kostenorientiertes, sondern lediglich ein kostendeckendes Entgelt erhalten würde.

Am 23.08.2016 wurde den Parteien der Entwurf einer Anordnung nach § 35 Abs 4 PMG übermittelt. Am 29.08.2016 fand ein Gesprächstermin zwischen den Parteien und Mitarbeitern der RTR-GmbH statt, in dem noch einmal versucht wurde, auf Grundlage des Anordnungsentwurfes zu einer Einigung zu gelangen. Die Parteien wiederholten im Wesentlichen ihre bereits vorgebrachten Bedenken, zu einer Einigung kam es jedoch weiterhin nicht.

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

1.) Die Österreichische Post AG, Firmenbuchnummer 180219d, mit Sitz in 1030 Wien, Haidingergasse 1, erbringt gemäß § 12 Abs 1 PMG den Universaldienst (Universaldienstbetreiber).

2.) Die noebote GmbH, Firmenbuchnummer 405919s, mit Sitz in 3434 Wilfersdorf, Grube 48, verfügt seit 29.09.2015 über eine Konzession für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen für Dritte bis zu einem Gewicht von 50 g und hat mit Schreiben vom 07.10.2015 bei der RTR-GmbH die Erbringung von Postdiensten angezeigt.

3.) Die noebote hat am 08.10.2015 mit der ÖPost hinsichtlich einer Vereinbarung zum Austausch von Adressdaten für das Nachsenden oder das Rücksenden von Postsendungen gemäß § 35 Abs 2 PMG Kontakt aufgenommen. Es kam in weiterer Folge jedoch keine Einigung zwischen noebote und der ÖPost zustande.

4.) Die Kosten der ÖPost für die Umsetzung der von noebote gewünschten Art der Datenlieferung betragen EUR 420,34 an einmaligen Kosten für die Projektumsetzung, EUR 17,51 je Datenlieferung sowie EUR 105,09 für jede Änderung des selektierten Gebietes.

## **C. Beweiswürdigung**

Die unter Punkt 1.) und 2.) getroffenen Feststellungen sind amtsbekannt. Die Feststellung zu Punkt 3.) ergibt sich aus dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, die Feststellung zu Punkt 4.) aus dem schlüssigen und nachvollziehbaren wirtschaftlichen Gutachten („*Gutachten hinsichtlich der Höhe eines kostenorientierten Entgelts für den Austausch von Adressdaten für das Nachsenden und Rücksenden von Postsendungen nach § 35 PMG*“).

Soweit die Parteien gegen das Gutachten rechtliche Argumente vorbringen, wird auf Punkt D. dieses Bescheides verwiesen, wo diesen Vorhaltungen begegnet wird.

## **D. Rechtliche Beurteilung**

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

Gemäß § 40 Z 10 Postmarktgesetz, BGBl I Nr 123/2009 idF BGBl I Nr 134/2015 (PMG) liegt die Zuständigkeit betreffend die Maßnahmen nach § 35 Abs 4 PMG bei der Post-Control-Kommission, welche aufgrund der Bestimmung des § 39 Abs 1 PMG zur Erfüllung der in § 40 PMG genannten Aufgaben eingerichtet ist.



## **2. Zum Inhalt der Anordnung**

### **2.1. Allgemeines**

Verwenden Postdiensteanbieter Adressdaten für das Nachsenden oder das Rücksenden von Postsendungen, so haben sie gemäß § 35 Abs 2 PMG anderen Postdiensteanbietern auf transparente und nicht diskriminierende Weise Zugang zu diesen Adressdaten zu gewähren. Diese Daten dürfen von den Postdiensteanbietern ausschließlich für diese Zwecke verwendet werden. Die Bedingungen sind zwischen den beteiligten Postdiensteanbietern gemäß § 35 Abs 3 PMG in einer Vereinbarung zu regeln. Der Regulierungsbehörde ist eine Kopie der Vereinbarung zu übermitteln. Kommt zwischen den beteiligten Postdiensteanbietern eine Vereinbarung innerhalb von drei Monaten nicht zustande, so kann gemäß § 35 Abs 4 PMG die Regulierungsbehörde angerufen werden. Diese hat über den begründeten Antrag der sie anrufenden Partei innerhalb einer Frist von drei Monaten zu entscheiden. In dieser Entscheidung sind die Bedingungen, einschließlich eines kostenorientierten Entgeltes, festzulegen.

§ 35 Abs 4 PMG gibt keine genauen Kriterien vor, die bei der Erstellung der Bedingungen durch die Regulierungsbehörde heranzuziehen sind. Es sind aber jedenfalls das Kriterium des transparenten und nicht diskriminierenden Zugangs zu den Adressdaten, welches in § 35 Abs 2 PMG genannt wird, sowie die Zielbestimmung in § 1 Abs 1 lit b PMG, einen fairen Wettbewerb beim Erbringen von Postdiensten zu ermöglichen, zu berücksichtigen. Insbesondere der Nichtdiskriminierung kommt eine wichtige Bedeutung zu, zumal diese im PMG wiederholt als Prüfmaßstab (zB für AGB und Entgelte des Universaldienstbetreibers) auftaucht.

In analoger Anwendung der Judikatur zur diesbezüglich vergleichbaren Bestimmung des § 18 Abs 3 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde im Verfahren nach § 35 Abs 4 PMG nicht streng antragsgebunden zu entscheiden, sondern einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen der Verfahrensparteien herbeizuführen (vgl etwa VwSlg 17056 A/2006).

Generell ist es somit nicht zulässig, eine Partei gegenüber der anderen ohne sachliche Rechtfertigung besser zu stellen. Mehrere Punkte aus dem Vorschlag der ÖPost für die Bedingungen für den Adressaustausch konnten daher in die gegenständliche Anordnung nicht übernommen werden, wie zB die einseitig die ÖPost begünstigenden Haftungs- und Gewährleistungsbestimmungen, das Zutrittsrecht zu den Räumlichkeiten der noebote und nur einer Seite drohende Pönalen.

### **2.2. Zu einzelnen Bedingungen der Anordnung**

Der Umfang der zu übermittelnden Daten ergibt sich aus § 35 Abs 2 PMG. Demnach sind jene Adressdaten erfasst, die vom verpflichteten Postdiensteanbieter für das Nachsenden oder das Rücksenden von Postsendungen verwendet werden. Entgegen den Ausführungen der ÖPost bezieht sich die Regelung daher nicht ausschließlich auf die klassischen „Umzugsdaten“ in Form von Nachsendeaufträgen, sondern auch auf andere Adressdaten, die von der ÖPost für das Rücksenden von Postsendungen verwendet werden. Adressdaten, die die ÖPost selbst zukaufen muss und an denen Schutzrechte Dritter bestehen, sind jedoch von der Verpflichtung zur Übermittlung nicht erfasst, weil der Zweck des § 35 Abs 2 PMG darin besteht, gleiche Ausgangsbedingungen für alle Postdiensteanbieter zu gewährleisten, nicht aber darin, einem Postdiensteanbieter gegenüber einem anderen einen finanziellen Vorteil zu verschaffen, indem er Adressdaten, die dieser selbst kaufen muss, zu einem deutlich niedrigeren Preis erhält.

In die Anordnung war keine Bestimmung aufzunehmen, die es der noebote untersagen würde, die einmal übermittelten Daten zu verändern, zu verbreiten, wiederzugeben oder auf

sonstige Weise weiterzuverwenden. Da die Verwendung der Daten ohnehin dahingehend eingeschränkt ist, dass die Daten nur für die Zwecke des Nachsendens und Rücksendens von Postsendungen verwendet werden dürfen, besteht auf Seiten der ÖPost kein schutzwürdiges Interesse, das eine derartige Einschränkung gebieten würde, und ist die Notwendigkeit einer solchen Einschränkung auch aus dem Gesetz nicht ableitbar (vgl. in diesem Zusammenhang auch das Erkenntnis des VwGH vom 28.05.2008, 2007/03/0223, zu § 18 TKG 2003). Der Umfang, in dem die übermittelten Daten von der Antragstellerin genutzt werden dürfen, ergibt sich aus dem PMG und den Datenschutzbestimmungen, welche selbstverständlich auch von der Antragstellerin einzuhalten sind. Eine schwerwiegend gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßende missbräuchliche Verwendung der Daten durch die noebote würde die ÖPost wohl auch zur außerordentlichen Kündigung berechtigen. Eine Weitergabe der anordnungsgegenständlichen Daten an Personen oder Unternehmen, die diese Daten zu anderen Zwecken als zum Nachsendung oder Rücksendung von Postsendungen verwenden, ist dem Datenempfänger in gleicher Weise untersagt wie dem Übermittler, was sich bereits aus dem Datenschutzgesetz und aus § 35 Abs 2 PMG ergibt. Aus diesem Grund sieht die gegenständliche Anordnung für den Fall eines Verstoßes gegen diese Bestimmung zum Schutz des Übermittlungspflichtigen und der Kunden Pönalezahlungen vor. Da die Adressdaten in der Form, in der sie aufgrund dieser Anordnung zu übermitteln sind, bekanntlich insbesondere aufgrund der gewährleisteten Aktualität der Daten, die durch eine (wenn auch verbotene) Übernahme der Daten aus öffentlich zugänglichen Verzeichnissen wie dem Telefonbuch nicht gewährleistet wäre, als Grundlage für unerwünschte Zusendungen durch Direktmarketingunternehmen geeignet wären, sind Vorkehrungen zu treffen, die einer missbräuchlichen Verwendung der Daten vorbeugen. Die Tatsache, dass eine unerlaubte Weitergabe der Daten durch noebote für die ÖPost unter Umständen sehr schwer und für den Kunden, dem die jeweiligen Daten zugeordnet sind, überhaupt nicht zurückzuverfolgen ist, könnte leicht dazu führen, dass ein erfolgter Missbrauch – neben dem entstandenen Schaden – weder der ÖPost, noch vom einzelnen Kunden geahndet werden kann. Das Interesse der ÖPost, einer unerlaubten Weitergabe der Daten durch noebote vorzubeugen, wird daher anerkannt und war durch die Anordnung eines Pönales für den Fall des Zuwiderhandelns in der gegenständlichen Anordnung abzusichern. Die von der ÖPost vorgeschlagene Höhe des Pönales von EUR 10.000 pro Verstoß (und pro Adresse) erschien jedoch überschießend. Ein Pönale von EUR 5.000 pro Verstoß und Adresse erscheint im Hinblick auf die Unternehmensgröße der noebote ausreichend, um einer allfälligen missbräuchlichen Verwendung der Adressdaten vorzubeugen.

Im Sinne der Ausgewogenheit und Nichtdiskriminierung und um die tatsächliche Übermittlung der Adressänderungsdaten abzusichern bzw. Nachteilen für die noebote, die durch die Nichtübermittlung entstehen können, vorzubeugen, war umgekehrt auch eine Pönale für den Fall vorzusehen, dass die ÖPost ihrer Verpflichtung zur Übermittlung der Daten aus Gründen, die in ihrem Verantwortungsbereich liegen, nicht nachkommt.

Die Aufrechnungsverbote, Rechtsnachfolge sowie Geheimhaltungsverpflichtungen betreffenden Punkte der Anordnung waren jeweils reziprok auszugestalten, da diesbezüglich eine Besserstellung einer der Parteien der Anordnung gesetzlich nicht vorgesehen ist und unverhältnismäßig und sachlich nicht zu rechtfertigen wäre. Die Absicherung der sich aus der Anordnung ergebenden Leistungsverpflichtungen durch die Festsetzung von entsprechenden Pönalen dienen einerseits dem Schutz der Parteien, die im Vertrauen darauf, dass sich die Gegenseite an die Anordnung halten wird, Dispositionen treffen, andererseits – wie bereits oben erwähnt – dem Schutz der Kunden vor einer missbräuchlichen Datenverwendung.

Die Anordnung von generellen, für alle Postdiensteanbieter geltenden Bedingungen für den Austausch von Adressänderungsinformationen, wie sie von der noebote im Rahmen des Verfahrens vorgeschlagen wurden, konnte mangels eines diesbezüglichen Gesetzesauftrages nicht erfolgen.

Die Festlegung des Verlustes der Konzession durch noebote als außerordentlicher Kündigungsgrund konnte nicht erfolgen, weil die Anwendung des § 35 Abs 2 PMG nach dessen klaren Wortlaut nicht auf konzessionierte Postdiensteanbieter beschränkt ist, sondern auch für alle anderen Postdiensteanbieter gilt.

Auch die von der ÖPost geforderte Anordnung der ergänzenden Geltung der AGB Data.Move der ÖPost erscheint nicht sachgemäß, zumal es der ÖPost möglich ist, diese AGB nach eigenem Belieben (auch ohne vorherige Prüfung durch die Regulierungsbehörde) zu ändern und somit von einer Partei einseitig die angeordneten Bedingungen geändert werden könnten.

Die von der ÖPost vorgeschlagene Anordnung einer Sicherheitsleistung in bestimmten Fällen erscheint angesichts der Höhe der gegenständlichen Entgelte überschießend, insbesondere weil die wesentlichsten von der ÖPost genannten Gründe dafür die ÖPost ohnehin zur außerordentlichen Kündigung dieser Anordnung berechtigen.

Die in Punkt 12. festgelegte Bestimmung zur Fortführung der Vereinbarung nach einer ordentlichen Kündigung bis zur Entscheidung der Regulierungsbehörde war notwendig, um zu verhindern, dass durch eine Kündigung ohne außerordentlichen Kündigungsgrund bis zu einer neuerlichen Entscheidung der Regulierungsbehörde eine zeitliche Lücke entsteht, in welcher keine Adressdaten übermittelt werden. Dies wäre nicht im Sinne des Gesetzes und könnte (insbesondere bei wiederholter „grundloser“ Kündigung) für die Antragstellerin erhebliche negative Folgen für die Ausübung ihrer Konzession bzw bei der Erbringung ihrer sonstigen Postdienste haben.

### **2.3. Zum kostenorientierten Entgelt**

Die Daten sind gemäß § 35 Abs 4 PMG gegen kostenorientiertes Entgelt zur Verfügung zu stellen. Mangels Einigung zwischen den Parteien hatte die Post-Control-Kommission diese Entgelte festzusetzen und zu erwägen, in welcher Höhe für die Übermittlung der Daten Entgelte von der ÖPost in Rechnung gestellt werden können. Der Begriff der Kostenorientiertheit des § 35 Abs 4 PMG ist dabei (ebenso wie bei der vergleichbaren Bestimmung des § 18 TKG 2003) so zu verstehen, dass der jeweils zur Übermittlung Verpflichtete so gestellt werden soll, dass er durch die Übermittlung weder einen finanziellen Vorteil noch einen Nachteil hat. Es sind daher jene Kosten zu ersetzen, die mit der tatsächlichen Bereitstellung dieser Adressdaten in einem kausalen Zusammenhang stehen. Die mit dem Erhalt und der Zuordnung dieser Daten verbundenen Kosten sind vom zur Übermittlung verpflichteten Unternehmen selbst zu tragen. Die zusätzlichen, mit dem Zurverfügungstellen verbundenen Kosten, dh die Kosten, die durch die Nachfrage des Datenempfängers verursacht werden, sind allerdings vom entsprechenden Datenempfänger zu tragen (vgl dazu das Erkenntnis des VwGH vom 21.04.2010, 2007/03/0231, zu § 18 TKG 2003, mit Hinweisen auf einschlägige Rechtsprechung des EuGH).

Gemäß diesen Grundsätzen, die der VwGH zur Bestimmung des § 18 TKG 2003 entwickelt hat und die auf den Postbereich übertragbar sind, waren die von der ÖPost veranschlagten Kosten je Datensatz, welche die anteiligen Kosten für die Erfassung und Verwaltung von Nachsendeaufträgen abdecken sollen, also bei der ÖPost unabhängig von der Übermittlung der Daten an noebote anfallen und durch den Preis, den der Kunde für den

Nachsendeauftrag zahlt, bereits abgedeckt sind, nicht zu ersetzen. Gleiches gilt für die von der ÖPost bei ihrer Kalkulation angesetzten Gewinnaufschläge, welche ebenfalls nicht unmittelbar durch das Zurverfügungstellen der Adressdaten entstehen bzw einen finanziellen Vorteil darstellen würden. Die Gewinnaufschläge sind darüber hinaus – wie im Gutachten ausgeführt – auch deshalb nicht zu gewähren, weil die ÖPost im Bereich der Daten für das Nachsenden und Rücksenden von Postsendungen keinem unmittelbaren Konkurrenz- und Wettbewerbsdruck unterworfen ist und das Unternehmerrisiko daher gegen Null tendiert (die ÖPost verfügt als einzige über die Daten zu Nachsendeaufträgen, welche ausschließlich bei der ÖPost in Auftrag gegeben werden).

Dass der ÖPost bei den Entgelten für den Universaldienst von der Post-Control-Kommission ein Gewinnaufschlag zugestanden wird, ändert nichts an der oben dargestellten Argumentation, weil dem § 35 PMG ein ganz anderer Zweck zugrunde liegt als dem § 21 PMG, welcher die Maßstäbe für die Entgelte des Universaldienstes festlegt. Dass die ÖPost aus dem Universaldienst, welcher ein Teil ihres Kerngeschäftes darstellt, innerhalb der von § 21 PMG normierten Grenzen auch einen Gewinn erzielen darf, versteht sich von selbst und bedarf keiner weiteren Ausführungen. § 35 Abs 2 bis 4 PMG hingegen bezweckt, gleiche Bedingungen für alle Postdiensteanbieter – somit auch für die Mitbewerber der ÖPost – zu schaffen, indem er diesen Zugang zu für die Erbringung von Postdiensten essentiellen Adressdaten für das Nachsenden und das Rücksenden von Postsendungen gewährt. Dieser Zugang hat auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu erfolgen. Aus den oben dargelegten Gründen ist dabei für das Lukrieren von Gewinnen kein Raum, wohl aber sind die dadurch entstandenen Kosten abzugelten.

Aus all diesen Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 44 Abs 3 PMG 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 26.09.2016

Die Vorsitzende

Dr. Elfriede Solé