

TE Bvwg Erkenntnis 2021/3/16 W120 2169163-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.03.2021

Entscheidungsdatum

16.03.2021

Norm

B-VG Art133 Abs4

FMaG 2016 §13 Abs1

FMaG 2016 §13 Abs2

FMaG 2016 §2 Abs1

FMaG 2016 §23

FMaG 2016 §28

FMaG 2016 §36 Abs2

FTEG §10 Abs3

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §28 Abs5

1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. FMaG 2016 § 13 heute
 2. FMaG 2016 § 13 gültig ab 28.12.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2024
 3. FMaG 2016 § 13 gültig von 06.06.2024 bis 27.12.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2024
 4. FMaG 2016 § 13 gültig von 01.01.2020 bis 05.06.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
 5. FMaG 2016 § 13 gültig von 26.04.2017 bis 31.12.2019

1. FMaG 2016 § 13 heute
2. FMaG 2016 § 13 gültig ab 28.12.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2024
3. FMaG 2016 § 13 gültig von 06.06.2024 bis 27.12.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2024
4. FMaG 2016 § 13 gültig von 01.01.2020 bis 05.06.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
5. FMaG 2016 § 13 gültig von 26.04.2017 bis 31.12.2019

1. FMaG 2016 § 2 heute
2. FMaG 2016 § 2 gültig ab 26.04.2017

1. FMaG 2016 § 23 heute
2. FMaG 2016 § 23 gültig ab 28.12.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2024
3. FMaG 2016 § 23 gültig von 01.12.2018 bis 27.12.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
4. FMaG 2016 § 23 gültig von 26.04.2017 bis 30.11.2018

1. FMaG 2016 § 28 heute
2. FMaG 2016 § 28 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
3. FMaG 2016 § 28 gültig von 26.04.2017 bis 31.12.2019

1. FMaG 2016 § 36 heute
2. FMaG 2016 § 36 gültig ab 01.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
3. FMaG 2016 § 36 gültig von 26.04.2017 bis 30.11.2018

1. FTEG § 10 heute
2. FTEG § 10 gültig ab 20.05.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 52/2023
3. FTEG § 10 gültig von 17.05.2018 bis 19.05.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 31/2018
4. FTEG § 10 gültig von 31.12.2003 bis 16.05.2018

1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

,

W120 2169163-1/16E

Schriftliche Ausfertigung des am 23.02.2021 mündlich verkündeten Erkenntnisses

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian Eisner über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, gegen den Bescheid des Büros für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (nunmehr: Fernmeldebüro) vom 17. Juli 2017, BMVIT-640.832/00184-III/BFT/2017, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian Eisner über die

Beschwerde der römisch 40 , vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, gegen den Bescheid des Büros für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (nunmehr: Fernmeldebüro) vom 17. Juli 2017, BMVIT-640.832/00184-III/BFT/2017, zu Recht erkannt:

A)

Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos behoben.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

„

Text

Entscheidungsgründe:, Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 17. Juni 2017 wurde der beschwerdeführenden Partei aufgetragen, „binnen 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei dem Produkt XXXX , Bezeichnung XXXX , den gesetzeskonformen Zustand gemäß § 23 des Bundesgesetzes über die Marktüberwachung von Funkanlagen (Funkanlagen-Marktüberwachungs-Gesetz – FMaG 2016) herzustellen“ (Spruchpunkt I.).1. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 17. Juni 2017 wurde der beschwerdeführenden Partei aufgetragen, „binnen 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei dem Produkt römisch 40 , Bezeichnung römisch 40 , den gesetzeskonformen Zustand gemäß Paragraph 23, des Bundesgesetzes über die Marktüberwachung von Funkanlagen (Funkanlagen-Marktüberwachungs-Gesetz – FMaG 2016) herzustellen“ (Spruchpunkt römisch eins.).

Mit Spruchpunkt II. wurde angeordnet:Mit Spruchpunkt römisch zwei. wurde angeordnet:

„Ist die in Spruchpunkt I. genannte Frist verstrichen, ohne dass die Beseitigung der festgestellten Mängel dem Büro für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen ausreichend und nachvollziehbar nachgewiesen wurde, wird die Rücknahme des Produktes XXXX , Bezeichnung XXXX , gemäß § 28 FMaG 2016 aufgetragen.“„Ist die in Spruchpunkt I. genannte Frist verstrichen, ohne dass die Beseitigung der festgestellten Mängel dem Büro für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen ausreichend und nachvollziehbar nachgewiesen wurde, wird die Rücknahme des Produktes römisch 40 , Bezeichnung römisch 40 , gemäß Paragraph 28, FMaG 2016 aufgetragen.“

1.1. Die belangte Behörde führte begründend aus, dass bereits bei vorangegangenen Überprüfungen von Produkten der beschwerdeführenden Partei diese auf diverse Mängel hingewiesen worden sei; die erste sei am 25. November 2015 erfolgt. Auch hier sei ua das Nicht-Vorhandensein der Benutzerinformation (Bedienungsanleitung) in deutscher Sprache beanstandet worden.

Im Rahmen der vorangegangenen Beanstandungen seitens der belangten Behörde sei zugesichert worden, dass sämtliche Produkte der beschwerdeführenden Partei innerhalb des Unternehmens überprüft und allfällige Mängel behoben werden würden. Für allfällige künftige auf dem österreichischen Markt bereitgestellte Produkte sei davon auszugehen, dass diese den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen würden. Im Zuge einer Nachkontrolle habe sich jedoch herausgestellt, dass auch ein „neueres“ Produkt von der beschwerdeführenden Partei nicht gesetzeskonform auf dem Markt bereitgestellt worden sei. Auch diesbezüglich sei die beschwerdeführende Partei zur Mängelbehebung aufgefordert worden.

Im Zuge der mehrfachen Probeziehungen von Produkten der beschwerdeführenden Partei habe die belangte Behörde dieser mitgeteilt, dass entsprechende Nachkontrollen durchgeführt werden würden.

1.2. Die belangte Behörde ist dabei von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

„Festgestellt wird, dass die belangte Partei Hersteller des verfahrensgegenständlichen Produktes ist.

Festgestellt wird, dass die Schönherr Rechtsanwälte GmbH seitens der belangten Behörde mit der rechtfreundlichen Vertretung für Belange, die mit der Fernmeldebehörde I. Instanz Zusammenhängen, betraut ist.Festgestellt wird, dass

die Schönherr Rechtsanwälte GmbH seitens der belangten Behörde mit der rechtfreundlichen Vertretung für Belange, die mit der Fernmeldebehörde römisch eins. Instanz Zusammenhängen, betraut ist.

Festgestellt wird, dass das Produkt XXXX , Bezeichnung XXXX , eine Funkanlage i.S.d. des Bundesgesetzes über die Marktüberwachung von Funkanlagen (Funkanlagen-Marktüberwachungs-Gesetz- FMaG 2016) ist. Festgestellt wird, dass das Produkt römisch 40 , Bezeichnung römisch 40 , eine Funkanlage i.S.d. des Bundesgesetzes über die Marktüberwachung von Funkanlagen (Funkanlagen-Marktüberwachungs-Gesetz- FMaG 2016) ist.

Festgestellt wird, dass das Produkt am 27.06.2017 bei der XXXX , als Probe gezogen und am 11.07.2017 retourniert wurde. Festgestellt wird, dass das Produkt am 27.06.2017 bei der römisch 40 , als Probe gezogen und am 11.07.2017 retourniert wurde.

Festgestellt wird, dass bereits - vor der gegenständlichen Probeziehung - Produkte der belangten Partei als Proben gezogen wurden. Sämtliche Produktproben wiesen Mängel auf. Der Behörde wurde eine Behebung der festgestellten Mängel zugesichert; dies auch für weitere und somit auch das verfahrensgegenständliche Produkt. Von der Behörde wurde mitgeteilt, dass Nachkontrollen durchgeführt werden.

Festgestellt wird, dass das verfahrensgegenständliche Produkt folgende Mängel aufweist und somit nicht den gesetzlichen Bestimmungen des FMaG 2016 entspricht:

- Gebrauchsanleitung in deutscher Sprache fehlt
- das Frequenzband oder die Frequenzbänder, in dem oder denen die Funkanlage betrieben wird, fehlt
- die in dem Frequenzband oder den Frequenzbändern, in dem oder denen die Funkanlage betrieben wird, abgegebene oder abgestrahlte maximale Sendeleistung fehlt
- in der Kurzform der Konformitätserklärung wird anstatt auf die RL 2014/53/EU auf die RL 1999/5/EG verwiesen“

1.3. Die Frist von vier Wochen nach Zustellung des angefochtenen Bescheides zur Beseitigung der festgestellten Mängel erscheine ausreichend, zumal die beschwerdeführende Partei Hersteller sei und es sich ausschließlich um formale Mängel handle. Aus den genannten Mängeln ergebe sich, dass die Voraussetzungen des § 23 FMaG 2016 nicht erfüllt seien. 1.3. Die Frist von vier Wochen nach Zustellung des angefochtenen Bescheides zur Beseitigung der festgestellten Mängel erscheine ausreichend, zumal die beschwerdeführende Partei Hersteller sei und es sich ausschließlich um formale Mängel handle. Aus den genannten Mängeln ergebe sich, dass die Voraussetzungen des Paragraph 23, FMaG 2016 nicht erfüllt seien.

2. Die beschwerdeführende Partei erhob mit Schriftsatz vom 16. August 2017 Beschwerde gegen den angefochtenen Bescheid der belangten Behörde.

2.1. In der vorliegenden Beschwerde wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die erforderliche Form sowie der erforderliche Inhalt der gemäß voll harmonisierendem Unionsrecht Funkanlagen beizulegenden „Bedienungsanleitung“ eingehalten worden seien. Dies betreffe im gegenständlichen Verfahren Form und Inhalt einer solchen Anleitung in Bezug auf jene Produkte, bei welchen umfassende Informationen zur Verwendung mittels einer online verfügbaren App bzw. auch darüber hinaus online zur Verfügung gestellt werden würden. Die Verwendung der App sei gegenständlich erforderlich um das Produkt überhaupt sinnvoll zu benutzen.

Dazu sei zu berücksichtigen, dass die deutschen Sprachfassungen der für die Beurteilung der im gegenständlichen Fall einschlägigen Vorschriften des Unionsrechtes missverständlich erscheine. Betroffene Wirtschaftsakteure könnten somit gehalten sehen, Anforderungen zu erfüllen, welche vom Unionsrecht an sich gar nicht gefordert seien.

Da sich die relevanten österreichischen Rechtsvorschriften von voll harmonisiertem Unionsrecht ableiten würden, müssten sie jedenfalls in einer für alle Mitgliedstaaten einheitlichen Art und Weise umgesetzt und vollzogen werden. Dabei seien die zentralen Prinzipien der Unionsrechtsordnung der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Nicht-Diskriminierung zu beachten. Mit Erlassung des angefochtenen Bescheides habe die belangte Behörde diese Prinzipien klar verletzt: Erstens sei die Vorgangsweise unverhältnismäßig, als die festgestellten Nicht-Konformitäten keine grundlegenden Anforderungen an das Produkt darstellen würden. Sie seien nicht erforderlich, damit der Benutzer das Produkt sicher in Betrieb nehmen bzw. betreiben könne. Hingegen führe die von der belangten Behörde gewünschte Vorgangsweise zu sperrigen Verpackungen und nicht zu notwendigen Kosten im Herstellungsprozess.

Zweitens führe die Unterlassung der Gewährung von Parteiengehör vor Erlassung des angefochtenen Bescheides, und zwar bezogen auf das verfahrensgegenständliche Produkt, zu einer Verletzung in dem Recht auf ein faires Verfahren.

Drittens würden Testkäufe vergleichbarer Produkte zeigen, wie etwa der XXXX sowie des XXXX, dass die Begleitunterlagen jener Produkte grundsätzlich denjenigen des verfahrensgegenständlichen Produktes entsprechen würden. Dies deute auf einen Verstoß gegen die Gleichbehandlung hin. Drittens würden Testkäufe vergleichbarer Produkte zeigen, wie etwa der römisch 40 sowie des römisch 40, dass die Begleitunterlagen jener Produkte grundsätzlich denjenigen des verfahrensgegenständlichen Produktes entsprechen würden. Dies deute auf einen Verstoß gegen die Gleichbehandlung hin.

Viertens dürfe nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union die Sprachfassung einer EU-Richtlinie nicht als alleinige Grundlage für die Auslegung einer Bestimmung herangezogen werden. Der Gerichtshof habe in diesem Zusammenhang erwogen, dass schließlich jener Auslegung der Vorzug zu geben sei, durch welche den EU-Verträgen am ehesten zum Durchbruch verholfen werde. Die Beachtung dieses Grundsatzes sei gerade bei einem Rechtsakt wie der Richtlinie 1999/5/EG (bzw. auch der Richtlinie 2014/53/EU) von erheblicher Relevanz, weil es sich hierbei um voll harmonisierende, also rechtsvereinheitlichende, Vorschriften handle. Jegliche Uneinheitlichkeit der Anwendung zwischen den Mitgliedstaaten würde dem Funktionieren des EU-Binnenmarktes abträglich sein.

Die beschwerdeführende Partei rüge die Nicht-Gewährung von Parteiengehör. Allen Parteien eines Verwaltungsverfahrens seien gemäß § 37 iVm § 45 Abs 3 AVG Gehör zu jenen Sachverhaltsfeststellungen zu gewähren, auf welche die Behörde ihre Entscheidung zu stützen beabsichtige. Im gegenständlichen Fall sei zu keiner einzigen Feststellung, insbesondere nicht zu den internen technischen Erwägungen, welche jedoch im angefochtenen Bescheid erwähnt seien, Gehör gewährt worden, bevor der angefochtene Bescheid erlassen worden sei. Dabei rechtfertige auch die Tatsache, dass die belangte Behörde andere Produkte der beschwerdeführenden Partei in der Vergangenheit beanstandet habe und dabei angekündigt habe, Nachfolgeüberprüfungen durchzuführen, nicht die Unterlassung der Gewährung von Parteiengehör. Wie nachstehend noch dargelegt werde, seien überdies sämtliche dieser beanstandeten Nicht-Konformitäten in der Vergangenheit fristgerecht behoben worden. Die beschwerdeführende Partei rüge die Nicht-Gewährung von Parteiengehör. Allen Parteien eines Verwaltungsverfahrens seien gemäß Paragraph 37, in Verbindung mit Paragraph 45, Absatz 3, AVG Gehör zu jenen Sachverhaltsfeststellungen zu gewähren, auf welche die Behörde ihre Entscheidung zu stützen beabsichtige. Im gegenständlichen Fall sei zu keiner einzigen Feststellung, insbesondere nicht zu den internen technischen Erwägungen, welche jedoch im angefochtenen Bescheid erwähnt seien, Gehör gewährt worden, bevor der angefochtene Bescheid erlassen worden sei. Dabei rechtfertige auch die Tatsache, dass die belangte Behörde andere Produkte der beschwerdeführenden Partei in der Vergangenheit beanstandet habe und dabei angekündigt habe, Nachfolgeüberprüfungen durchzuführen, nicht die Unterlassung der Gewährung von Parteiengehör. Wie nachstehend noch dargelegt werde, seien überdies sämtliche dieser beanstandeten Nicht-Konformitäten in der Vergangenheit fristgerecht behoben worden.

Die Nicht-Gewährung von Parteiengehör verwundere gegenständlich auch deshalb, weil es sich bei den festgestellten Nicht-Konformitäten nicht um grundlegende Anforderungen an die Funkanlagen handle (wie eben im Art 3 der Richtlinie 1999/5/EG bzw. 2014/53/EU dargelegt). Selbst wenn, was ja vollumfänglich bestritten werde, die festgestellten Nicht-Konformitäten gegeben wären, würden diese nicht zu irgendeiner Gefährdung der Benutzer führen und hätten somit ein unverzügliches Handeln der belangten Behörde erfordert. Die Nicht-Gewährung von Parteiengehör verwundere gegenständlich auch deshalb, weil es sich bei den festgestellten Nicht-Konformitäten nicht um grundlegende Anforderungen an die Funkanlagen handle (wie eben im Artikel 3, der Richtlinie 1999/5/EG bzw. 2014/53/EU dargelegt). Selbst wenn, was ja vollumfänglich bestritten werde, die festgestellten Nicht-Konformitäten gegeben wären, würden diese nicht zu irgendeiner Gefährdung der Benutzer führen und hätten somit ein unverzügliches Handeln der belangten Behörde erfordert.

Zusammengefasst habe die belangte Behörde in ihrer Bescheidbegründung bezogen auf das verfahrensgegenständliche Produkt festgestellt, dass dem inspizierten Produkt keine „Gebrauchsanleitung“ in deutscher Sprache beigelegt sei, das Frequenzband bzw. die Frequenzbänder, in welchem die Funkanlage arbeite, nicht angeführt worden sei, die maximale abgestrahlte Übertragungsleistung innerhalb der Frequenzbänder nicht angeführt sei und sich die Kurzform der Konformitätserklärung anstelle auf die Richtlinie 2014/53/EU auf die Richtlinie 1999/5/EG beziehe. Insbesondere wären in Anbetracht der §§ 37 und 39 AVG in Verbindung mit den relevanten Vorschriften des FMaG 2016 bzw. auch des FTEG die folgenden, für die rechtliche Beurteilung relevanten Tatsachen

festzustellen gewesen bzw. würden die diesen Tatsachen entgegenstehenden Feststellungen im angefochtenen Bescheid ausdrücklich bestritten werden. Zusammengefasst habe die belangte Behörde in ihrer Bescheidebegründung bezogen auf das verfahrensgegenständliche Produkt festgestellt, dass dem inspizierten Produkt keine „Gebrauchsanleitung“ in deutscher Sprache beigelegt sei, das Frequenzband bzw. die Frequenzbänder, in welchem die Funkanlage arbeite, nicht angeführt worden sei, die maximale abgestrahlte Übertragungsleistung innerhalb der Frequenzbänder nicht angeführt sei und sich die Kurzform der Konformitätserklärung anstelle auf die Richtlinie 2014/53/EU auf die Richtlinie 1999/5/EG beziehe. Insbesondere wären in Anbetracht der Paragraphen 37 und 39 AVG in Verbindung mit den relevanten Vorschriften des FMaG 2016 bzw. auch des FTEG die folgenden, für die rechtliche Beurteilung relevanten Tatsachen festzustellen gewesen bzw. würden die diesen Tatsachen entgegenstehenden Feststellungen im angefochtenen Bescheid ausdrücklich bestritten werden.

Das verfahrensgegenständliche Produkt sei vor dem 13. Juni 2017 erstmalig am Markt bereitgestellt worden.

In der Verpackung dieses Produktes befänden sich der „Quick-Start-Guide“ und der „Regulatory & Warranty Guide“.

Der Benutzer des Produktes bekomme außerdem Bedienungshinweise nach dem Download und der Installation einer App (als Teil eines sog. „onboarding“-Prozesses) sowie bevor sich das Produkt mit der App synchronisiere. Der Benutzer habe außerdem die Möglichkeit, jederzeit über die installierte App auf Bedienungshinweise zuzugreifen. Diese Hinweise könnten jederzeit auch – in deutscher Sprache – unter einem konkret bezeichneten Weblink abgerufen werden.

Darüber hinaus sei eine deutschsprachige Gebrauchsanleitung für das verfahrensgegenständliche Produkt jederzeit online über einen konkret bezeichneten Weblink abrufbar.

Das Produkt entspreche auch aus technisch/wissenschaftlicher (also fachlicher) Sicht der Verpflichtung gemäß § 10 Abs 3 FTEG (bzw. § 10 Abs 8 FMaG), dem Benutzer Informationen über die bestimmungsgemäße Verwendung zur Verfügung zu stellen. Das Produkt entspreche auch aus technisch/wissenschaftlicher (also fachlicher) Sicht der Verpflichtung gemäß Paragraph 10, Absatz 3, FTEG (bzw. Paragraph 10, Absatz 8, FMaG), dem Benutzer Informationen über die bestimmungsgemäße Verwendung zur Verfügung zu stellen.

Zur fachlichen Feststellung, dass die dem Produkt beiliegenden Informationen in Hinblick auf Form und Umfang ausreichend in Hinblick auf die Anforderungen der §§ 10 Abs 3 FTEG sowie § 10 Abs 8 FMaG seien, dies unter Beachtung der Spezifikationen des Produktes, möge das Bundesverwaltungsgericht eine fachkundige Auskunftsperson der beschwerdeführenden Partei einvernehmen sowie ein Gutachten eines Sachverständigen aus dem Bereich der Kommunikationselektronik einholen. Zur fachlichen Feststellung, dass die dem Produkt beiliegenden Informationen in Hinblick auf Form und Umfang ausreichend in Hinblick auf die Anforderungen der Paragraphen 10, Absatz 3, FTEG sowie Paragraph 10, Absatz 8, FMaG seien, dies unter Beachtung der Spezifikationen des Produktes, möge das Bundesverwaltungsgericht eine fachkundige Auskunftsperson der beschwerdeführenden Partei einvernehmen sowie ein Gutachten eines Sachverständigen aus dem Bereich der Kommunikationselektronik einholen.

Am 1. August 2017 sei ein Testkauf von Produkten anderer Hersteller erfolgt, also Produkte mit einer vergleichbaren Charakteristik wie das verfahrensgegenständliche. In Hinblick auf beide dieser Produkte habe festgestellt werden können, dass Inhalt und Form der beigelegten Verwendungshinweise mit dem verfahrensgegenständlichen Produkt vergleichbar seien. Die Verpackung habe Hinweise auf den sicheren Umgang und gewisse Angaben zur Installation und Inbetriebnahme der Produkte enthalten. Wie auch beim verfahrensgegenständlichen Produkt sei auch bei diesen erwähnten Produkten die Gebrauchsanleitungen nur online mit detailreicheren Bedienungshinweisen verfügbar. Ebenso verweise die Kurzform-Konformitätserklärung beider Produkte auf die Richtlinie 1999/5/EG. Funkanlagen, welche vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht worden seien und welche unter die Definition als „Funkanlage“ gemäß FMaG fielen, dürften, soweit sie mit den Anforderungen des FTEG und den harmonisierenden unionsrechtlichen Vorschriften in Einklang stünden, gemäß § 36 Abs 2 FMaG weiterhin rechtmäßig auf dem Markt bereitgestellt werden. Am 1. August 2017 sei ein Testkauf von Produkten anderer Hersteller erfolgt, also Produkte mit einer vergleichbaren Charakteristik wie das verfahrensgegenständliche. In Hinblick auf beide dieser Produkte habe festgestellt werden können, dass Inhalt und Form der beigelegten Verwendungshinweise mit dem verfahrensgegenständlichen Produkt vergleichbar seien. Die Verpackung habe Hinweise auf den sicheren Umgang und gewisse Angaben zur Installation und Inbetriebnahme der Produkte enthalten. Wie auch beim verfahrensgegenständlichen Produkt sei auch bei diesen erwähnten Produkten die Gebrauchsanleitungen nur online

mit detailreicheren Bedienungshinweisen verfügbar. Ebenso verweise die Kurzform-Konformitätserklärung beider Produkte auf die Richtlinie 1999/5/EG. Funkanlagen, welche vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht worden seien und welche unter die Definition als „Funkanlage“ gemäß FMaG fielen, dürften, soweit sie mit den Anforderungen des FTEG und den harmonisierenden unionsrechtlichen Vorschriften in Einklang stünden, gemäß Paragraph 36, Absatz 2, FMaG weiterhin rechtmäßig auf dem Markt bereitgestellt werden.

Wie noch ausdrücklich festzustellen sein werde, sei das verfahrensgegenständliche Produkt vor dem 13. Juni 2017 „in Verkehr gebracht“ worden, also vor diesem Datum erstmalig am Markt bereitgestellt, und dies in voller Konformität mit den Anforderungen des FTEG und den harmonisierenden unionsrechtlichen Vorschriften, also Richtlinie 1999/5/EG. Es sei somit insgesamt rechtmäßig auf den Markt gebracht worden.

Der aufgrund der oben erwähnten Übergangsbestimmung des § 36 Abs 2 FMaG relevante § 10 Abs 3 FTEG verlange vom Hersteller oder der für das Inverkehrbringen verantwortlichen Person die Zurverfügungstellung von „Informationen“ für den Benutzer „über die bestimmungsgemäße Verwendung“ der Funkanlage. Es sei im FTEG oder der Richtlinie 1999/5/EG keine andere Vorschrift oder Erwägungsgrund vorhanden, welche diese Anforderung näher umschriebe. Ebenso sei auch keine Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union oder eines österreichischen Gerichtes diesbezüglich ersichtlich. Schließlich seien auch der verfügbaren Literatur, vorwiegend dem Leitfaden zur Richtlinie 1999/5/EC in seiner Fassung vom 20. April 2009 (welcher selbst wieder auf den „Blue Guide“ in seiner Fassung 2002 verweise) oder den anderen, angenommenen oder entsprechend gewürdigten Quellen des von der Europäischen Kommission unter der Richtlinie 1999/5/EG (bzw. nun 2014/53/EU) eingerichteten (Fach-)Ausschusses „Telecommunication Conformity Assessment and Market Surveillance Committee“ sowie des Koordinationskörpers der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden „Administrative Coordination Group at EU level in the field of radio equipment“, keine näheren Details über Form und Inhalt der Anforderung nach Art 6 Abs 3 der Richtlinie 1999/5/EG zu entnehmen. Der aufgrund der oben erwähnten Übergangsbestimmung des Paragraph 36, Absatz 2, FMaG relevante Paragraph 10, Absatz 3, FTEG verlange vom Hersteller oder der für das Inverkehrbringen verantwortlichen Person die Zurverfügungstellung von „Informationen“ für den Benutzer „über die bestimmungsgemäße Verwendung“ der Funkanlage. Es sei im FTEG oder der Richtlinie 1999/5/EG keine andere Vorschrift oder Erwägungsgrund vorhanden, welche diese Anforderung näher umschriebe. Ebenso sei auch keine Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union oder eines österreichischen Gerichtes diesbezüglich ersichtlich. Schließlich seien auch der verfügbaren Literatur, vorwiegend dem Leitfaden zur Richtlinie 1999/5/EC in seiner Fassung vom 20. April 2009 (welcher selbst wieder auf den „Blue Guide“ in seiner Fassung 2002 verweise) oder den anderen, angenommenen oder entsprechend gewürdigten Quellen des von der Europäischen Kommission unter der Richtlinie 1999/5/EG (bzw. nun 2014/53/EU) eingerichteten (Fach-)Ausschusses „Telecommunication Conformity Assessment and Market Surveillance Committee“ sowie des Koordinationskörpers der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden „Administrative Coordination Group at EU level in the field of radio equipment“, keine näheren Details über Form und Inhalt der Anforderung nach Artikel 6, Absatz 3, der Richtlinie 1999/5/EG zu entnehmen.

Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass der Richtlinie 1999/5/EG (bzw. nunmehr den Übergangsbestimmungen der Richtlinie 2014/53/EU) keine spezifische Form, in welcher die Information über den bestimmungsgemäßen Gebrauch den Benutzern zur Verfügung zu stellen sei, zu entnehmen sei, insbesondere keine Anforderung, dass diese in der Verpackung enthalten sein müsse.

Nichtsdestotrotz hätte die beschwedeführende Partei als Verpackungsinhalt des verfahrensgegenständlichen Produktes einen „Regulatory & Warranty-Guide“ mit detaillierten Informationen zur sicheren Verwendung des Produktes sowie auch einen „Quick-Start Guide“, beides in deutscher Sprache, zur Verfügung gestellt. Sollte daher, trotz des Fehlens von Rechtsprechung und Literatur, dennoch festgestellt werden, dass Informationen über die bestimmungsgemäße Verwendung tatsächlich in der Verpackung bereitgestellt werden müssten, sei die beschwerdeführende Partei dieser Verpflichtung nachgekommen.

Außerdem sei in diesem Zusammenhang ganz klar in Erwägung zu ziehen, dass es ein offensichtlicher wirtschaftlicher Vorteil der beschwerdeführenden Partei sei, Bedienungsinformationen an den Benutzer in einer zugänglichen und klaren Weise zur Verfügung zu stellen: Sollten Benutzer es umständlich finden, Bedienungsinformationen aufzufinden oder zu verstehen, dann könnten sie nicht das volle Potenzial des Produktes ausnutzen und unzufrieden damit sein.

Genau dies sei aber beim verfahrensgegenständlichen Produkt der Fall. Es könne nur sein gesamtes (technisches)

Potenzial gemeinsam mit der online verfügbaren unterstützenden App entfalten (was sich auch klar aus den Bedienungshinweisen im beigelegten „Quick Start Guide“ ergebe). Davon ausgehend, dass eben das Produkt in seinem vollen Funktionsumfang gemeinsam mit der App benutzt werden könne, sei es nur logisch, dass sich Benutzer am ehesten die Bedienungsinformationen auch über die App ansehen würden.

Im Bewusstsein eben genau dieser kommerziellen Vorteile durch Bereitstellung von Bedienungsinformationen in klarerer und einfach zugänglicher Weise, hätte die beschwerdeführende Partei sichergestellt, dass diese Informationen dem Benutzer bereits bei der erstmaligen sowie jederzeit bei einer weiteren Nutzung der App zur Verfügung stünden.

Sobald ein Benutzer die App herunterlade, werde er durch einen sogenannten „onboarding“-Prozess geführt (also eine Einführungsphase), die genau für den Zweck entwickelt worden sei, um den Benutzer mit dem Produkt vertraut zu machen. Der Benutzer müsse diesen Prozess durchlaufen, bevor er das Produkt benutzen könne.

Darüber hinaus stelle die App selbst einen Leitfaden „101“ zur Verfügung, auf welchen leicht und jederzeit über einen konkret bezeichneten Link zugegriffen werden könne.

Somit sei sichergestellt, dass dem Benutzer Informationen über die bestimmungsgemäße Verwendung der Funkanlage durch eben die App dann zur Verfügung stünden, wenn erwartet werden könne, dass der Benutzer am ehesten diese Information betrachten werde; und dies in Ergänzung zu jenen Bedienungsinformationen, welche bereits in der Verpackung enthalten seien. In Anbetracht des Fehlens einschlägiger Rechtsprechung und Literatur verstünde die beschwerdeführende Partei das Vorgehen der belangten Behörde gegenüber unserer benutzerfreundlichen Herangehensweise nicht.

Die beschwerdeführende Partei erkenne, dass die belangte Behörde ihr anlaste, dass eine „Bedienungsanleitung“ beigelegt hätte werden müssen, weil der zweite Satz von Art 6 Abs 3 der Richtlinie 1999/5/EC auf eine „Bedienungsanleitung“ hinweise. Die beschwerdeführende Partei erkenne, dass die belangte Behörde ihr anlaste, dass eine „Bedienungsanleitung“ beigelegt hätte werden müssen, weil der zweite Satz von Artikel 6, Absatz 3, der Richtlinie 1999/5/EC auf eine „Bedienungsanleitung“ hinweise.

Damit nehme die belangte Behörde jedoch eine unrichtige Rechtansicht ein, was eigentlich unter der Richtlinie 1999/5/EG und dem FTEG in den Inhalt und die Form einer solchen Anleitung betreffe. Erstens sei festzustellen, dass keinerlei ausdrückliche Vorschrift in der Richtlinie 1999/5/EC existiere, dass die „Bedienungsanleitung“ auch in der Verpackung des Produktes enthalten sein müsse. Selbst wenn man anderer Ansicht sein sollte, so sei auch davon auszugehen, dass die Auslegung des Begriffs „Bedienungsanleitung“ durch die belangte Behörde über das hinausgehe, was die Richtlinie 1999/5/EG und damit der Unionsgesetzgeber mit der Bereitstellung von „Informationen für die bestimmungsgemäße Verwendung“ gemäß Art 6 Abs 3 leg cit vor Augen hätten. Damit nehme die belangte Behörde jedoch eine unrichtige Rechtansicht ein, was eigentlich unter der Richtlinie 1999/5/EG und dem FTEG in den Inhalt und die Form einer solchen Anleitung betreffe. Erstens sei festzustellen, dass keinerlei ausdrückliche Vorschrift in der Richtlinie 1999/5/EC existiere, dass die „Bedienungsanleitung“ auch in der Verpackung des Produktes enthalten sein müsse. Selbst wenn man anderer Ansicht sein sollte, so sei auch davon auszugehen, dass die Auslegung des Begriffs „Bedienungsanleitung“ durch die belangte Behörde über das hinausgehe, was die Richtlinie 1999/5/EG und damit der Unionsgesetzgeber mit der Bereitstellung von „Informationen für die bestimmungsgemäße Verwendung“ gemäß Artikel 6, Absatz 3, leg cit vor Augen hätten.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union dürfe eine Sprachfassung eines Rechtsaktes niemals als alleinige Grundlage für die Auslegung einer Bestimmung herangezogen werden oder gar die anderen Sprachfassungen verdrängen. Ein solcher Ansatz wäre unvereinbar mit der einheitlichen Anwendung des Unionsrechtes. Im Fall einer Divergenz verschiedener Sprachfassungen einer Unionsvorschrift müsse diese einheitlich unter Bezugnahme auf den Zweck und den allgemeinen Rahmen jener Regelungen, zu welchen sie gehöre, ausgelegt werden. Weiters habe der Gerichtshof der Europäischen Union mehrfach ausgesprochen, dass, falls die Fassung von sekundärem Unionsrecht mehreren Auslegungen zugänglich sei, jener Auslegung Vorzug zu geben sei, welche der Zielsetzung der Verträge am nächsten komme. Aus diesem Grund hätte die belangte Behörde auch die nationale Rechtslage im Einklang mit den Art 28 bis 37 AUEV und insbesondere Art 35 AUEV, welche jegliche mengenmäßigen Beschränkungen von Exporten und Maßnahmen gleicher Wirkung verbieten würden, auslegen müssen. Die Beachtung dieses Prinzips sei gegenständlich schon deshalb von erheblicher Bedeutung, weil es sich bei der Richtlinie 1999/5/EG um eine Vorschrift der vollständigen Harmonisierung, also einer Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften,

handle. Eine Auslegung im Gegensatz zu einer solcherart gestalteten unionsrechtlichen Vorschrift könnte erheblich nachteilige Wirkungen auf den Binnenmarkt haben. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union dürfe eine Sprachfassung eines Rechtsaktes niemals als alleinige Grundlage für die Auslegung einer Bestimmung herangezogen werden oder gar die anderen Sprachfassungen verdrängen. Ein solcher Ansatz wäre unvereinbar mit der einheitlichen Anwendung des Unionsrechtes. Im Fall einer Divergenz verschiedener Sprachfassungen einer Unionsvorschrift müsse diese einheitlich unter Bezugnahme auf den Zweck und den allgemeinen Rahmen jener Regelungen, zu welchen sie gehöre, ausgelegt werden. Weiters habe der Gerichtshof der Europäischen Union mehrfach ausgesprochen, dass, falls die Fassung von sekundärem Unionsrecht mehreren Auslegungen zugänglich sei, jener Auslegung Vorzug zu geben sei, welche der Zielsetzung der Verträge am nächsten komme. Aus diesem Grund hätte die belangte Behörde auch die nationale Rechtslage im Einklang mit den Artikel 28 bis 37 AUEV und insbesondere Artikel 35, AUEV, welche jegliche mengenmäßigen Beschränkungen von Exporten und Maßnahmen gleicher Wirkung verbieten würden, auslegen müssen. Die Beachtung dieses Prinzips sei gegenständlich schon deshalb von erheblicher Bedeutung, weil es sich bei der Richtlinie 1999/5/EG um eine Vorschrift der vollständigen Harmonisierung, also einer Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften, handle. Eine Auslegung im Gegensatz zu einer solcherart gestalteten unionsrechtlichen Vorschrift könnte erheblich nachteilige Wirkungen auf den Binnenmarkt haben.

Der Begriff „Bedienungsanleitung“ in der deutschen Sprachfassung von Art 6 Abs 3 der Richtlinie 1999/5/EG widerspreche der beabsichtigten Zielsetzung von Art 6 Abs 3 dieser Richtlinie, wenn man dem andere Sprachfassungen gegenüberstelle (Englisch: „instructions for use“, Französisch: „notice d'utilisation“ oder Spanisch: „instrucciones de uso“). Der Begriff „Bedienungsanleitung“ in der deutschen Sprachfassung von Artikel 6, Absatz 3, der Richtlinie 1999/5/EG widerspreche der beabsichtigten Zielsetzung von Artikel 6, Absatz 3, dieser Richtlinie, wenn man dem andere Sprachfassungen gegenüberstelle (Englisch: „instructions for use“, Französisch: „notice d'utilisation“ oder Spanisch: „instrucciones de uso“).

Nach dem Verständnis der beschwerdeführenden Partei handle es sich bei einer „Bedienungsanleitung“ im allgemeinen Verständnis in der deutschen Sprache um ein Dokument mit deutlich detailreicheren Beschreibungen der Installation und Inbetriebnahme eines Produktes, als das, was der Unionsgesetzgeber bei Annahme der Wortfolge „Informationen zu bestimmungsgemäßen Verwendung“ vor Augen gehabt habe. Dies ergebe sich eben eindeutig aus den anderen offiziellen Sprachfassungen der Richtlinie 1999/5/EG.

Sollte tatsächlich festzustellen sein, dass Informationen dem Produkt in der Packung beigelegt werden müssten, so brauche es sich jedoch nur um Basisinformationen zu handeln und um keine umfassende „Bedienungsanleitung“ nach dem allgemeinen Verständnis der deutschen Sprache. Von Herstellern zu verlangen, eine solche umfassende „Bedienungsanleitung“ der Verpackung des Produktes beizulegen, während in anderen Mitgliedstaaten Basisinformationen ausreichen würden, würde klar Art 35 AEUV widersprechen. Es würde vielmehr von diesen die Einhaltung unverhältnismäßig strenger Verpflichtungen am österreichischen Markt verlangen, was sie davon abhalten könnte, solche Produkte in Österreich zu vermarkten. Sollte tatsächlich festzustellen sein, dass Informationen dem Produkt in der Packung beigelegt werden müssten, so brauche es sich jedoch nur um Basisinformationen zu handeln und um keine umfassende „Bedienungsanleitung“ nach dem allgemeinen Verständnis der deutschen Sprache. Von Herstellern zu verlangen, eine solche umfassende „Bedienungsanleitung“ der Verpackung des Produktes beizulegen, während in anderen Mitgliedstaaten Basisinformationen ausreichen würden, würde klar Artikel 35, AEUV widersprechen. Es würde vielmehr von diesen die Einhaltung unverhältnismäßig strenger Verpflichtungen am österreichischen Markt verlangen, was sie davon abhalten könnte, solche Produkte in Österreich zu vermarkten.

Es müsse beachtet werden, dass Mitgliedstaaten die aufgrund von Unionsrecht umsetzenden nationalen Vorschriften in Einklang mit den Grundprinzipien der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung sowie der Nicht-Diskriminierung anwenden würden. Das Verlangen nach einer umfassenden „Bedienungsanleitung“ widerspreche diesem Ansatz ganz klar. Erstens wäre es unverhältnismäßig, die Richtlinie 1999/5/EG dahingehend auszulegen, dass eine umfassende „Bedienungsanleitung“ als bloß Basisinformationen über die Bedienung des Produktes beizulegen wäre, weil dies die Verpackung des Produktes in exzessiver Weise vergrößern und den Herstellungsprozess verteuern würde.

Zweitens könne das verfahrensgegenständliche Produkt ohnedies sinnvoll nur mit der unterstützenden App benutzt werden. Es wäre somit vollkommen unverhältnismäßig, von einem Hersteller zu verlangen, umfangreiche Bedienungshinweise bereits innerhalb der Produktverpackung mitzuliefern, wenn eben entsprechende Informationen

über diese App erhältlich seien.

Nach der Ansicht der beschwerdeführenden Partei stehe die Zurverfügungstellung nicht sicherheitsrelevanter Informationen zum Umgang mit dem Produkt in einer App im Online-Weg im Einklang auch mit den Anforderungen der Richtlinie 2014/53/EU bzw. deren Art 10 Abs 8 leg cit. Nach der Ansicht der beschwerdeführenden Partei stehe die Zurverfügungstellung nicht sicherheitsrelevanter Informationen zum Umgang mit dem Produkt in einer App im Online-Weg im Einklang auch mit den Anforderungen der Richtlinie 2014/53/EU bzw. deren Artikel 10, Absatz 8, leg cit.

Es sei davon auszugehen, dass nach einer Bestimmung wie Art 10 Abs 8 der Richtlinie 2014/53/EU nicht vorgegeben sei, dass Bedienungsinformationen auf Papier bereitgestellt werden müssten. Es sei davon auszugehen, dass nach einer Bestimmung wie Artikel 10, Absatz 8, der Richtlinie 2014/53/EU nicht vorgegeben sei, dass Bedienungsinformationen auf Papier bereitgestellt werden müssten.

Es sei daher zu folgern, dass auch Art 10 Abs 8 der Richtlinie 2014/53/EU nicht die Bereitstellung spezifischer Bedienungsinformationen auf Papier verlange. Daher sei festzustellen, dass es keine Verpflichtung unter der erwähnten Richtlinie gäbe, die im Übrigen sogar strengere Anforderungen enthalte als die Richtlinie 1999/5/EG. Aus diesem Grund erscheine es jedenfalls nicht konsistent, unverhältnismäßig und diskriminierend, wenn verlangt werden würde, Bedienungsinformationen nach der Richtlinie 1999/5/EG auch auf Papier zur Verfügung zu stellen. Es sei daher zu folgern, dass auch Artikel 10, Absatz 8, der Richtlinie 2014/53/EU nicht die Bereitstellung spezifischer Bedienungsinformationen auf Papier verlange. Daher sei festzustellen, dass es keine Verpflichtung unter der erwähnten Richtlinie gäbe, die im Übrigen sogar strengere Anforderungen enthalte als die Richtlinie 1999/5/EG. Aus diesem Grund erscheine es jedenfalls nicht konsistent, unverhältnismäßig und diskriminierend, wenn verlangt werden würde, Bedienungsinformationen nach der Richtlinie 1999/5/EG auch auf Papier zur Verfügung zu stellen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass – wozu noch Sachverhaltsfeststellungen zu treffen sein werden – ohnedies mittels des dem verfahrensgegenständliche Produkt beiliegenden „Regulatory & Warranty Guide“ Sicherheitsinformationen in deutscher Sprache bereitgestellt worden seien.

Durch die in der Verpackung beiliegenden Dokumente „Quick Start Guide“ und „Regulatory & Warranty-Guide“ sowie die weiteren online verfügbaren Informationen, insbesondere die App mit dem „onboarding“-Prozess, werde dem Benutzer in ausreichender Weise „Informationen über die bestimmungsgemäße Verwendung“ der Funkanlage gemäß § 10 Abs 3 FTEG sowie Art 6 Abs 3 Richtlinie 1999/5/EG zur Verfügung gestellt. Durch die in der Verpackung beiliegenden Dokumente „Quick Start Guide“ und „Regulatory & Warranty-Guide“ sowie die weiteren online verfügbaren Informationen, insbesondere die App mit dem „onboarding“-Prozess, werde dem Benutzer in ausreichender Weise „Informationen über die bestimmungsgemäße Verwendung“ der Funkanlage gemäß Paragraph 10, Absatz 3, FTEG sowie Artikel 6, Absatz 3, Richtlinie 1999/5/EG zur Verfügung gestellt.

Informationen über die genutzten Frequenzbänder sowie über die maximale Leistung der übermittelten Funkfrequenz seien nur gemäß Art 43 Abs 1 Z 1 Unterabsatz 2 FMaG (welcher Art 10 Abs 8 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/53/EU umsetze) erforderlich. Dies sei aber unter dem FTEG oder der Richtlinie 1999/5/EG nicht der Fall. Da das verfahrensgegenständliche Produkt vor dem 13. Juni 2017 erstmalig auf dem Markt bereitgestellt worden sei, gäbe es somit gemäß § 36 Abs 2 FMaG keinerlei Verpflichtung zur Bekanntgabe dieser besonderen Informationen. Informationen über die genutzten Frequenzbänder sowie über die maximale Leistung der übermittelten Funkfrequenz seien nur gemäß Artikel 43, Absatz eins, Ziffer eins, Unterabsatz 2 FMaG (welcher Artikel 10, Absatz 8, Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/53/EU umsetze) erforderlich. Dies sei aber unter dem FTEG oder der Richtlinie 1999/5/EG nicht der Fall. Da das verfahrensgegenständliche Produkt vor dem 13. Juni 2017 erstmalig auf dem Markt bereitgestellt worden sei, gäbe es somit gemäß Paragraph 36, Absatz 2, FMaG keinerlei Verpflichtung zur Bekanntgabe dieser besonderen Informationen.

Da das verfahrensgegenständliche Produkt erstmalig vor dem 13. Juni 2017 auf dem Markt bereitgestellt worden sei, gäbe es keine Verpflichtung, in der Kurzform-Konformitätserklärung auf die Richtlinie 2014/53/EU zu verweisen.

Im Lichte der vorstehenden Erwägungen könne somit der Schluss gezogen werden, dass das Produkt in voller Übereinstimmung mit den Anforderungen des FTEG sowie der Richtlinie 1999/5/EG auf dem Markt bereitgestellt worden sei. Es sei daher gemäß § 36 Abs 2 iVm § 28 Abs 2 FTEG unzulässig, die gegenständliche Aufsichtsmaßnahme zu erlassen. Im Lichte der vorstehenden Erwägungen könne somit der Schluss gezogen werden, dass das Produkt in voller Übereinstimmung mit den Anforderungen des FTEG sowie der Richtlinie 1999/5/EG auf dem Markt bereitgestellt

worden sei. Es sei daher gemäß Paragraph 36, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz 2, FTEG unzulässig, die gegenständliche Aufsichtsmaßnahme zu erlassen.

Darüber hinaus sei davon auszugehen, dass, da keine Verpflichtung bestehe, gemäß Art 10 Abs 8 der Richtlinie 2014/53/EU Verwendungsinformationen in Papierform zur Verfügung zu stellen, auch seien § 23 Abs 1 Z 1 zweiter bis fünfter Satz FMaG 2016 erfüllt. Selbst wenn man zum Schluss komme, dass § 36 Abs 2 FMaG 2016 im gegenständlichen Fall nicht herangezogen werden könne, so würden die festgestellten Nicht-Konformitäten nur „formale“ Aspekte betreffen und keine „grundlegenden“ Anforderungen (also tatsächliche Sicherheits- und Gesundheitsschutzaspekte). Wie zuvor bereits dargelegt, seien aber ohnedies auch im Sinne des § 23 Abs 2 Z 1 FMaG 2016 (bzw. Art 10 Abs 8 Richtlinie 2014/53/EU) ausreichende Verwendungsinformationen dem Produkt beigelegt worden. Darüber hinaus sei davon auszugehen, dass, da keine Verpflichtung bestehe, gemäß Artikel 10, Absatz 8, der Richtlinie 2014/53/EU Verwendungsinformationen in Papierform zur Verfügung zu stellen, auch seien Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter bis fünfter Satz FMaG 2016 erfüllt. Selbst wenn man zum Schluss komme, dass Paragraph 36, Absatz 2, FMaG 2016 im gegenständlichen Fall nicht herangezogen werden könne, so würden die festgestellten Nicht-Konformitäten nur „formale“ Aspekte betreffen und keine „grundlegenden“ Anforderungen (also tatsächliche Sicherheits- und Gesundheitsschutzaspekte). Wie zuvor bereits dargelegt, seien aber ohnedies auch im Sinne des Paragraph 23, Absatz 2, Ziffer eins, FMaG 2016 (bzw. Artikel 10, Absatz 8, Richtlinie 2014/53/EU) ausreichende Verwendungsinformationen dem Produkt beigelegt worden.

Selbst wenn festgestellt werden sollte, dass das verfahrensgegenständliche Produkt nicht in vollem Einklang mit den Anforderungen des FTEG oder der Richtlinie 1999/5/EG auf dem Markt bereitgestellt worden sei, und somit auch ein Verstoß gegen das FMaG 2016 bzw. die Richtlinie 2014/53/EU festzustellen wäre, so lägen für die belangte Behörde dennoch nicht die Voraussetzungen vor, eine Aufsichtsmaßnahme gemäß § 28 Abs 1 Z 1 leg cit zu erlassen. Selbst wenn festgestellt werden sollte, dass das verfahrensgegenständliche Produkt nicht in vollem Einklang mit den Anforderungen des FTEG oder der Richtlinie 1999/5/EG auf dem Markt bereitgestellt worden sei, und somit auch ein Verstoß gegen das FMaG 2016 bzw. die Richtlinie 2014/53/EU festzustellen wäre, so lägen für die belangte Behörde dennoch nicht die Voraussetzungen vor, eine Aufsichtsmaßnahme gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, leg cit zu erlassen.

Gemäß § 13 Abs 1 FMaG 2016 hätte die belangte Behörde die beschwerdeführende Partei vorab zumindest auffordern müssen, die festgestellte formale Nicht-Konformität (siehe zu dieser Qualifikation oben) zu beseitigen. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 hätte die belangte Behörde die beschwerdeführende Partei vorab zumindest auffordern müssen, die festgestellte formale Nicht-Konformität (siehe zu dieser Qualifikation oben) zu beseitigen.

Nur falls keine Kooperationsbereitschaft erkennbar gewesen wäre, hätte die belangte Behörde – dies freilich auch nur unter Gewährung entsprechenden Parteiengehörs (siehe dazu oben) – gemäß § 28 Abs 2 FMaG 2016 mittels Aufsichtsmaßnahme Vorgehen dürfen. Die beschwerdeführende Partei habe in der Vergangenheit die von der belangten Behörde aufgezeigten Nicht-Konformitäten in Hinblick auf andere Produkte immer beseitigt und habe dabei in jedem einzelnen Fall Kooperationsbereitschaft erkennen lassen. Die beschwerdeführende Partei sei diesen Aufforderungen auch jeweils zeitgerecht nachgekommen. Selbst wenn man zum Schluss kommen sollte, dass die belangte Behörde berechtigt oder sogar verpflichtet gewesen sei, gemäß § 28 Abs 1 Z 1 FMaG 2016 eine Aufsichtsmaßnahme in Form eines Verbesserungsauftrags zu erlassen, so wäre es dennoch unrichtig, diskriminierend und unverhältnismäßig, gleichzeitig den Produktrückruf anzuordnen, falls der gesetzmäßige Zustand nicht innerhalb der Verbesserungsfrist hergestellt werde. Nur im Fall des Ablaufs der erwähnten Frist und ohne, dass der aufgetragenen Verbesserung nachgekommen worden sei, wäre gemäß § 28 Abs 2 FMaG 2016 die Rücknahme aufzutragen. Nur falls keine Kooperationsbereitschaft erkennbar gewesen wäre, hätte die belangte Behörde – dies freilich auch nur unter Gewährung entsprechenden Parteiengehörs (siehe dazu oben) – gemäß Paragraph 28, Absatz 2, FMaG 2016 mittels Aufsichtsmaßnahme Vorgehen dürfen. Die beschwerdeführende Partei habe in der Vergangenheit die von der belangten Behörde aufgezeigten Nicht-Konformitäten in Hinblick auf andere Produkte immer beseitigt und habe dabei in jedem einzelnen Fall Kooperationsbereitschaft erkennen lassen. Die beschwerdeführende Partei sei diesen Aufforderungen auch jeweils zeitgerecht nachgekommen. Selbst wenn man zum Schluss kommen sollte, dass die belangte Behörde berechtigt oder sogar verpflichtet gewesen sei, gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, FMaG 2016 eine Aufsichtsmaßnahme in Form eines Verbesserungsauftrags zu erlassen, so wäre es dennoch unrichtig, diskriminierend und unverhältnismäßig, gleichzeitig den Produktrückruf anzuordnen, falls der gesetzmäßige Zustand

nicht innerhalb der Verbesserungsfrist hergestellt werde. Nur im Fall des Ablaufs der erwähnten Frist und ohne, dass der aufgetragenen Verbesserung nachgekommen worden sei, wäre gemäß Paragraph 28, Absatz 2, FMaG 2016 die Rücknahme aufzutragen.

Selbst wenn festzustellen wäre, dass das verfahrensgegenständliche Produkt nicht in vollständigem Einklang mit dem FTEG sowie der Richtlinie 1999/5/EG auf dem Markt bereitgestellt worden sei, so wäre doch die zur Verbesserung gewährte Frist unangemessen und kurz. Um den Verbesserungen nachzukommen, hätte die beschwerdeführende Partei ein vollständig neues Dokument mit in Papierform beizulegenden Bedienungsinformationen erstellen und dabei den Produktionsprozess unterbrechen müssen, um sicherzustellen, dass dieses geänderte Dokument in auch jeder einzelnen Verpackung enthalten sei. Dieser Prozess dauere jedenfalls länger als bloß vier Wochen und könnte überdies dazu führen, dass überhaupt eine neu designte Verpackung zu entwerfen wäre (mit weiteren Verzögerungen).

Die gewährte Verbesserungsfrist sei jedenfalls zu kurz.

Die beschwerdeführende Partei rege an, dass das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren aussetze und die entscheidungsrelevanten Fragen der Auslegung des Unionsrechtes dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorlege. Dabei wäre der Gerichtshof insbesondere danach zu fragen, ob in einem Fall wie dem gegenständlichen (dh vor dem Hintergrund dessen Spezifikationen), die Bestimmungen von Art 6 Abs 3 der Richtlinie 1999/5/EG bzw. auch Art 10 Abs 8 der Richtlinie 2014/53/EU in Hinblick auf die Form und den Inhalt von bereitzustellenden Informationen über die bestimmungsgemäße Verwendung einer Funkanlage auszulegen seien. Die beschwerdeführende Partei rege an, dass das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren aussetze und die entscheidungsrelevanten Fragen der Auslegung des Unionsrechtes dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorlege. Dabei wäre der Gerichtshof insbesondere danach zu fragen, ob in einem Fall wie dem gegenständlichen (dh vor dem Hintergrund dessen Spezifikationen), die Bestimmungen von Artikel 6, Absatz 3, der Richtlinie 1999/5/EG bzw. auch Artikel 10, Absatz 8, der Richtlinie 2014/53/EU in Hinblick auf die Form und den Inhalt von bereitzustellenden Informationen über die bestimmungsgemäße Verwendung einer Funkanlage auszulegen seien.

2.2. Die beschwerdeführende Partei stelle die Anträge den angefochtenen Bescheid zur Gänze aufzuheben, in eventu, den angefochtenen Bescheid durch Aufhebung von Spruchpunkt 2 und durch Gewährung einer angemessenen Verbesserungsfrist ab Rechtskraft des Erkenntnisses abzuändern, in eventu, den angefochtenen Bescheid durch Gewährung einer angemessenen Verbesserungsfrist ab Rechtskraft des Erkenntnisses abzuändern, jedoch in jedem Fall eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

3. Mit Beschwerdevorlage vom 28. August 2017 übermittelte die belangte Behörde dem Bundesverwaltungsgericht die Akten zum vorliegenden Verfahren. In ihrer Stellungnahme machte die belangte Behörde geltend, dass im gegenständlichen Fall der beschwerdeführenden Partei im Zuge vorangegangener Verfahren die Möglichkeit einer Bereinigung sämtlicher auf dem Markt befindlicher und mit Mängeln behafteter Produkte eingeräumt worden sei. Der belangten Behörde sei ebenso mehrmals zugesichert worden, dass die beschwerdeführende Partei aus ihren Fehlern gelernt habe und sämtliche Produkte im Sinne des Gesetzes adaptieren würde. Seitens der belangten Behörde sei auch mitgeteilt worden, dass es – sollten weitere Produkte, die nicht den anzuwendenden Rechtsnormen entsprechen würden, aufgefunden werden – ohne weitere Information ein Bescheid erlassen werden würde.

Festgehalten werde an dieser Stelle, dass die nunmehrigen Mängel auch bereits in einem vorangegangenen Verfahren beanstandet worden seien. Auch wenn man davon ausginge, dass es sich nicht ausschließlich um die Klärung reiner Rechtsfragen gehandelt habe, wäre für die beschwerdeführende Partei nichts gewonnen, zumal durch die nunmehrige Beschwerde der Mangel der Nicht-Gewährung des Parteiengehörs als saniert anzusehen wäre. Von dieser Möglichkeit habe die beschwerdeführende Partei Gebrauch gemacht. Inwiefern die beschwerdeführende Partei in ihrem Recht auf ein ordentliches Verwaltungsverfahren verletzt sein könnte, sei der belangten Behörde folglich nicht ersichtlich, zumal ihr durch die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde jedenfalls ein ordentliches Verfahren vor einem unabhängigen Verwaltungsgericht offen stehe. Unrichtig sei auch das Vorbringen, dass die Beschwerdeführerin bis dato immer fristgerecht die Verbesserungen durchgeführt habe. Richtig sei vielmehr, dass die Verbesserungen ua Monate angedauert hätten und mehrmals um Verlängerung der Frist zur Mängelbehebung ersucht worden sei.

4. Mit Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses des Bundesverwaltungsgerichtes vom 28. September 2020 wurde die gegenständliche Rechtssache der Gerichtsabteilung W120 zugewiesen.

5. In ihrer Stellungnahme vom 23. Oktober 2020 führte die beschwerdeführende Partei im Wesentlichen Folgendes

aus:

Das verfahrensgegenständliche Produkt sei vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht worden. Wie das Bundesverwaltungsgericht zwischenzeitlich in ständiger Rechtsprechung bestätigt habe, habe das Produkt in einem solchen Fall ausschließlich den Bestimmungen des FTEG zu entsprechen.

Basierend auf der Übergangsbestimmung des Art 48 RED sehe § 36 Abs 2 FMaG 2016 vor, dass Funkanlagen, die unter das FMaG 2016 fallen würden und die mit dem FTEG, sowie den dazu korrespondierenden einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Europäischen Union, die vor dem 13. Juni 2016 in Kraft getreten seien, im Einklang stünde und die vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht worden seien, weiterhin auf dem Markt bereitgestellt werden dürften. Zweck dieser Übergangsfrist sei, dass Produkte, die die Anforderungen der R&TTE, aber nicht die Anforderungen der RED erfüllen würden, noch bis 12. Juni 2017 rechtskonform in Verkehr gebracht werden dürften (vgl. BVwG 09.05.2019, W273 2212660-1 sowie BVwG 24.02.2020, W179 2175055-1). Basierend auf der Übergangsbestimmung des Artikel 48, RED sehe Paragraph 36, Absatz 2, FMaG 2016 vor, dass Funkanlagen, die unter das FMaG 2016 fallen würden und die mit dem FTEG, sowie den dazu korrespondierenden einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Europäischen Union, die vor dem 13. Juni 2016 in Kraft getreten seien, im Einklang stünde und die vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht worden seien, weiterhin auf dem Markt bereitgestellt werden dürften. Zweck dieser Übergangsfrist sei, dass Produkte, die die Anforderungen der R&TTE, aber nicht die Anforderungen der RED erfüllen würden, noch bis 12. Juni 2017 rechtskonform in Verkehr gebracht werden dürften vergleiche BVwG 09.05.2019, W273 2212660-1 sowie BVwG 24.02.2020, W179 2175055-1).

Entscheidend für die Anwendbarkeit des FMaG 2016 oder des FTEG sei somit, ob das Produkt vor oder nach dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht worden sei (BVwG 09.05.2019, W273 2212660-1).

Da das verfahrensgegenständliche Produkt vor dem 13. Juni 2017 auf dem Unionsmarkt in Verkehr gebracht worden sei und auch in den relevanten Unterlagen auf die Richtlinie 1999/5/EG verweise, sei dessen Konformität ausschließlich nach Maßgabe der Richtlinie 1999/5/EG bzw. des FTEG zu beurteilen. Das verfahrensgegenständliche Produkt dürfe weiterhin auf dem Markt bereitgestellt werden.

Die belangte Behörde habe weder vor Erlassung des verfahrensgegenständlichen Bescheides Parteiengehör eingeräumt noch im Rahmen einer Verfahrensordnung gemäß § 13 Abs 1 FMaG 2016 zur Verbesserung aufgefordert, obwohl sämtliche von der belangten Behörde monierten Mängel ausschließlich formelle Mängel im Sinne des § 13 Abs 1 FMaG 2016 seien. Die belangte Behörde habe weder vor Erlassung des verfahrensgegenständlichen Bescheides Parteiengehör eingeräumt noch im Rahmen einer Verfahrensordnung gemäß Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 zur Verbesserung aufgefordert, obwohl sämtliche von der belangten Behörde monierten Mängel ausschließlich formelle Mängel im Sinne des Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 seien.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes sei bei Unterlassung der gebotenen Verfahrensordnung der Bescheid ersatzlos zu beheben. Dies habe somit auch für den verfahrensgegenständlichen Bescheid zu gelten:

Wie das Bundesverwaltungsgericht in dessen Erkenntnis vom 24.02.2020, W179 2175055-1, ausgesprochen habe, seien auch bei Anwendbarkeit des FTEG allfällige behördliche Aufsichtsmaßnahmen auf dem Boden des FMaG 2016 durchzuführen, weshalb die Vorgaben des FMaG 2016 einzuhalten seien. Die belangte Behörde sei daher verpflichtet, vor Erlassung des angefochtenen Bescheides das im FMaG 2016 determinierte Verfahren einzuhalten.

Wie das Bundesverwaltungsgericht grundlegend ausgesprochen habe, sei die belangte Behörde „gemäß § 13 Abs 1 FMaG 2016 dazu verpflichtet (Arg.: „...hat., dazu aufzufordern...“), die Beseitigung der formal fehlenden Konformität mittels Verfahrensordnung aufzutragen, wenn zu erwarten sei, dass alleine aufgrund einer solchen Anordnung der festgestellte Missstand beseitigt wird“. Aufsichtsmaßnahmen gemäß § 28 FMaG 2016 dürften erst vorgenommen werden, wenn es der Wirtschaftsakteur ablehne, der ausgesprochenen Aufforderung nachzukommen oder er die gesetzte Frist ungenutzt verstreichen lasse. Wie im angefochtenen Bescheid festgestellt worden sei, sei stets Kooperationsbereitschaft gezeigt und zugesichert worden, allfällige Mängel zu beheben. Die Voraussetzungen zur Erlassung der Verfahrensordnung des § 13 Abs 1 FMaG 2016 lägen somit im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides vor, sodass die belangte Behörde somit jedenfalls verpflichtet gewesen wäre, die Verbesserung der Formalmängel der Konformität innerhalb angemessener Frist mittels Verfahrensordnung gemäß § 13 Abs 1 FMaG 2016 aufzutragen. Wie das Bundesverwaltungsgericht grundlegend ausgesprochen habe, sei die

belangte Behörde „gemäß Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 dazu verpflichtet (Arg.: „...hat., dazu aufzufordern...“), die Beseitigung der formal fehlenden Konformität mittels Verfahrensordnung aufzutragen, wenn zu erwarten sei, dass alleine aufgrund einer solchen Anordnung der festgestellte Missstand beseitigt wird“. Aufsichtsmaßnahmen gemäß Paragraph 28, FMaG 2016 dürften erst vorgenommen werden, wenn es der Wirtschaftsakteur ablehne, der ausgesprochenen Aufforderung nachzukommen oder er die gesetzte Frist ungenutzt verstreichen lasse. Wie im angefochtenen Bescheid festgestellt worden sei, sei stets Kooperationsbereitschaft gezeigt und zugesichert worden, allfällige Mängel zu beheben. Die Voraussetzungen zur Erlassung der Verfahrensordnung des Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 lägen somit im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides vor, sodass die belangte Behörde somit jedenfalls verpflichtet gewesen wäre, die Verbesserung der Formalmängel der Konformität innerhalb angemessener Frist mittels Verfahrensordnung gemäß Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 aufzutragen.

Die belangte Behörde sei im gegenständlichen Fall — infolge Verkennung der Rechtslage — nicht nach § 13 Abs 1 FMaG 2016 vorgegangen und habe die Rücknahme der Funkanlagen mit dem angefochtenen Bescheid aufgetragenen, ohne der beschwerdeführenden Partei vorab mittels Verfahrensordnung die Verbesserung der formalen Mängel der Konformität aufzutragen. Bereits deshalb sei die belangte Behörde nicht berechtigt gewesen, den angefochtenen Bescheid zu erlassen. Die belangte Behörde sei im gegenständlichen Fall — infolge Verkennung der Rechtslage — nicht nach Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 vorgegangen und habe die Rücknahme der Funkanlagen mit dem angefochtenen Bescheid aufgetragenen, ohne der beschwerdeführenden Partei vorab mittels Verfahrensordnung die Verbesserung der formalen Mängel der Konformität aufzutragen. Bereits deshalb sei die belangte Behörde nicht berechtigt gewesen, den angefochtenen Bescheid zu erlassen.

Die vorangehende Verfahrensordnung gemäß § 13 Abs 1 FMaG 2016 sei formalrechtlich die notwendige Voraussetzung für die Erlassung eines Aufsichtsbescheides nach § 28 Abs 1 FMaG 2016. Das Fehlen der Verfahrensordnung bewirke die Unzulässigkeit von formal aufgetragenen Aufsichtsmaßnahmen gemäß § 28 Abs 1 FMaG 2016. Da die Voraussetzungen für die Erlassung des angefochtenen Bescheids zur Verhängung der aufsichtsbehördlichen Maßnahme nicht vorlägen, sei der angefochtene Bescheid bereits aus diesem Grund im Ergebnis ersatzlos zu beheben. Die vorangehende Verfahrensordnung gemäß Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 sei formalrechtlich die notwendige Voraussetzung für die Erlassung eines Aufsichtsbescheides nach Paragraph 28, Absatz eins, FMaG 2016. Das Fehlen der Verfahrensordnung bewirke die Unzulässigkeit von formal aufgetragenen Aufsichtsmaßnahmen gemäß Paragraph 28, Absatz eins, FMaG 2016. Da die Voraussetzungen für die Erlassung des angefochtenen Bescheids zur Verhängung der aufsichtsbehördlichen Maßnahme nicht vorlägen, sei der angefochtene Bescheid bereits aus diesem Grund im Ergebnis ersatzlos zu beheben.

In Entsprechung der Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichtes werde darüber hinaus mitgeteilt, dass die Herstellung/Produktion des verfahrensgegenständlichen Produktes mittlerweile eingestellt worden sei.

Unabhängig davon bestehe weiterhin ein rechtliches Interesse an der Beseitigung des angefochtenen rechtswidrigen Bescheides, da es für Rechtsstellung der beschwerdeführenden Partei einen erheblichen Unterschied mache, ob die angefochtene Entscheidung aufrecht bleibe oder aufgehoben werde:

Würde das Verfahren eingestellt, würde der rechtswidrig erteilte Verbesserungs- und Rücknahmeauftrag rechtskräftig werden. Die beschwerdeführende Partei hätte somit keine Möglichkeit mehr die Produktion des verfahrensgegenständlichen Produktes wiederaufzunehmen und das verfahrensgegenständliche Produkt wie bisher weiterhin am Markt zu verkaufen. Insofern mache es für die beschwerdeführende Partei nach wie vor einen Unterschied, ob der angefochtene Bescheid aufgehoben werde oder nicht. Im Falle der Aufhebung des angefochtenen Bescheides hätte die beschwerdeführende Partei die Möglichkeit, die Produktion wiederaufzunehmen und das Produkt wie bisher weiterhin zu verkaufen.

Hinzu komme, dass das verfahrensgegenständliche Produkt nach wie vor in Österreich zum Verkauf angeboten werde und schon in Hinblick darauf nach wie vor ein rechtliches Interesse an der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Bescheides bzw. an der Aufhebung des mit Rechtswidrigkeit belasteten Bescheides bestehe.

6. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2020 teilte die belangte Behörde mit, dass am 25. Februar 2020 weitere Smartwatches probegezogen worden seien. Die belangte Behörde stellte den bisherigen Schriftverkehr zwischen ihr und der beschwerdeführenden Partei dar und führte aus, dass das Verfahren bis zur Klärung des hier

verfahrensgegenständlichen Sachverhalts ausgesetzt worden sei. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass eine weitere Smartwatch am 11. September 2019 als Probe gezogen worden sei.

7. Am 23. Februar 2021 fand eine mündliche Verhandlung statt. Bei dieser wurde das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen sogleich verkündet.

,

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die beschwerdeführende Partei ist die Herstellerin des Produktes XXXX , Bezeichnung XXXX (im Folgenden: Produkt). Die beschwerdeführende Partei ist die Herstellerin des Produktes römisch 40 , Bezeichnung römisch 40 (im Folgenden: Produkt).

Die belangte Behörde ist im angefochtenen Bescheid von folgenden Mängeln dieses Produktes ausgegangen:

- a) Gebrauchsanleitung in deutscher Sprache fehlt,
- b) das Frequenzband oder die Frequenzbänder, in dem oder denen die Funkanlage betrieben wird, fehlt,
- c) die in dem Frequenzband oder den Frequenzbändern, in dem oder denen die Funkanlage betrieben wird, abgegebene oder abgestrahlte maximale Sendeleistung fehlt und
- d) in der Kurzform der Konformitätserklärung wird anstatt auf die RL 2014/53/EU auf die RL 1999/5/EG verwiesen.

Das Produkt wurde jedenfalls vor dem 13. Juni 2017 auf dem Unionsmarkt in Verkehr gebracht.

Die beschwerdeführende Partei wurde von der belangten Behörde nicht aufgefordert, die Nicht-Konformität hinsichtlich des konkreten Produktes innerhalb angemessener Frist zu beseitigen.

Eine Verfahrensordnung gemäß § 13 FMaG 2016 wurde von der belangten Behörde nicht erlassen. Eine Verfahrensordnung gemäß Paragraph 13, FMaG 2016 wurde von der belangten Behörde nicht erlassen.

2. Beweiswürdigung:

Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweis erhoben mittels Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht sowie durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde – insbesondere in den angefochtenen Bescheid vom 17. Juli 2017 – und in die vorliegende Beschwerde.

Die Feststellung, dass die beschwerdeführende Partei nicht aufgefordert wurde, die von der belangten Behörde angenommene Nicht-Konformität zu beseitigen, ergibt sich aus dem Verfahrensakt sowie der Ausführung der Vertreterin der belangten Behörde in der mündlichen Verhandlung.

Der festgestellte Verfahrensgang ergibt sich aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakt und dem Verfahrensakt.

Die Daten der beschwerdeführenden Partei sowie ihre Eigenschaft als Herstellerin des Produktes basieren auf dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei in der Beschwerde. Es ergaben sich im Verfahren keine Gründe an diesen Informationen zu zweifeln.

Der Zeitpunkt der erstmaligen Bereitstellung des Produktes am Unionsmarkt basiert auf den Angaben der beschwerdeführenden Partei, wie insbesondere auf der in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Beilage, aus der ersichtlich ist, dass das verfahrensgegenständliche Produkt vor dem 13. Juni 2017 nach Österreich versendet wurde.

Die Feststellung, dass die beschwerdeführende Partei nicht aufgefordert wurde, die Nicht-Konformität hinsichtlich des konkreten Produktes innerhalb angemessener Frist zu beseitigen, gründet sich auf den Verfahrensakt und die Angaben in der mündlichen Verhandlung.

Dass keine Verfahrensordnung gemäß § 13 FMaG 2016 erlassen wurde, ergibt sich aus dem Verfahrensakt und den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung. Dass keine Verfahrensordnung gemäß Paragraph 13, FMaG 2016 erlassen wurde, ergibt sich aus dem Verfahrensakt und den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

3.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Das im gegenständlichen Fall anzuwendende Bundesgesetz über die Marktüberwachung von Funkanlagen (Funkanlagen-Marktüberwachungs-Gesetz – FMaG 2016, BGBl I Nr 57/2017) sieht für Beschwerden gegen Bescheide des Büros für Funkanlagen und Telekommunikationseinrichtungen keine Entscheidung durch Senate vor (vgl. § 26 FMaG 2016). Es liegt daher gemäß § 6 BVwGG Einzelrichterzuständigkeit vor. 3.1. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Das im gegenständlichen Fall anzuwendende Bundesgesetz über die Marktüberwachung von Funkanlagen (Funkanlagen-Marktüberwachungs-Gesetz – FMaG 2016, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 57 aus 2017,) sieht für Beschwerden gegen Bescheide des Büros für Funkanlagen und Telekommunikationseinrichtungen keine Entscheidung durch Senate vor (vergleiche Paragraph 26, FMaG 2016). Es liegt daher gemäß Paragraph 6, BVwGG Einzelrichterzuständigkeit vor.

3.2. Die belangte Behörde verpflichtete die beschwerdeführende Partei mit dem angefochtenen Bescheid binnen vier Wochen ab Zustellung des Bescheides bei dem im Spruch angeführten Produkt den gesetzeskonformen Zustand gemäß § 23 FMaG 2016 herzustellen. Mit Spruchpunkt II. wurde gemäß § 28 FMaG 2016 die Rücknahme des Produktes aufgetragen, wenn die in Spruchpunkt I. genannte Frist verstrichen ist, ohne dass die Beseitigung der festgestellten Mängel der belangten Behörde ausreichend und nachvollziehbar nachgewiesen wurde. 3.2. Die belangte Behörde verpflichtete die beschwerdeführende Partei mit dem angefochtenen Bescheid binnen vier Wochen ab Zustellung des Bescheides bei dem im Spruch angeführten Produkt den gesetzeskonformen Zustand gemäß Paragraph 23, FMaG 2016 herzustellen. Mit Spruchpunkt römisch zwei. wurde gemäß Paragraph 28, FMaG 2016 die Rücknahme des Produktes aufgetragen, wenn die in Spruchpunkt I. genannte Frist verstrichen ist, ohne dass die Beseitigung der festgestellten Mängel der belangten Behörde ausreichend und nachvollziehbar nachgewiesen wurde.

Die belangte Behörde ist also von der Anwendbarkeit des FMaG 2016 auf den vorliegenden Sachverhalt ausgegangen.

3.3. Das FMaG 2016 verpflichtet die Behörden der Mitgliedstaaten auf mehreren Ebenen des Aufsichtsverfahrens zum Austausch mit den Wirtschaftsakteuren im Sinne der Anwendung des gelindesten Mittels. Die in diesem Zusammenhang einschlägigen Bestimmungen des FMaG 2016 lauten:

„Formal fehlende Konformität

§ 13. (1) Das Fernmeldebüro hat den betreffenden Wirtschaftsakteur dazu aufzufordern, die Nichtkonformität innerhalb angemessener Frist zu beseitigen, wenn zu erwarten ist, dass alleine auf Grund einer solchen Aufforderung der festgestellte Missstand beseitigt wird und es einen der folgenden Fälle feststellt: Paragraph 13, (1) Das Fernmeldebüro hat den betreffenden Wirtschaftsakteur dazu aufzufordern, die Nichtkonformität innerhalb angemessener Frist zu beseitigen, wenn zu erwarten ist, dass alleine auf Grund einer solchen Aufforderung der festgestellte Missstand beseitigt wird und es einen der folgenden Fälle feststellt:

1. Die CE-Kennzeichnung wurde nicht angebracht;
2. Die CE-Kennzeichnung wurde unter Missachtung von §§ 14 oder 15 angebracht². Die CE-Kennzeichnung wurde unter Missachtung von Paragraphen 14, oder 15 angebracht;
3. Die Kennnummer der notifizierten Stelle, falls das Konformitätsbewertungsverfahren nach Anlage 4 angewendet wird, wurde unter Missachtung des § 15 Abs. 4 angebracht oder nicht angebracht;³ Die Kennnummer der notifizierten Stelle, falls das Konformitätsbewertungsverfahren nach Anlage 4 angewendet wird, wurde unter Missachtung des Paragraph 15, Absatz 4, angebracht oder nicht angebracht;
4. Die EU-Konformitätserklärung wurde nicht ausgestellt;
5. Die EU-Konformitätserklärung wurde nicht korrekt ausgestellt;
6. Die technischen Unterlagen sind entweder nicht verfügbar oder unvollständig;

7. Die in § 4 Abs. 6 oder Abs. 7 oder § 6 Abs. 4 genannten Angaben fehlen, sind falsch oder unvollständig⁷. Die in Paragraph 4, Absatz 6, oder Absatz 7, oder Paragraph 6, Absatz 4, genannten Angaben fehlen, sind falsch oder unvollständig;

8. Der Funkanlage sind die Informationen zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung, die EU-Konformitätserklärung oder die Verwendungsbeschränkungen gemäß § 23 Abs. 2 nicht beigelegt⁸. Der Funkanlage sind die Informationen zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung, die EU-Konformitätserklärung oder die Verwendungsbeschränkungen gemäß Paragraph 23, Absatz 2, nicht beigelegt;

9. Die Anforderungen bezüglich der Identifizierung der Wirtschaftsakteure gemäß § 9 werden nicht erfüllt⁹. Die Anforderungen bezüglich der Identifizierung der Wirtschaftsakteure gemäß Paragraph 9, werden nicht erfüllt;

10. Die Anforderungen der Registrierung von Funkanlagentypen bestimmter Kategorien gemäß § 10 Abs. 3 werden nicht erfüllt.¹⁰ Die Anforderungen der Registrierung von Funkanlagentypen bestimmter Kategorien gemäß Paragraph 10, Absatz 3, werden nicht erfüllt.

(2) Lehnt es der Wirtschaftsakteur ab, der Aufforderung nachzukommen oder lässt er die Frist ungenutzt verstreichen, so hat das Fernmeldebüro Aufsichtsmaßnahmen gemäß § 28 vorzunehmen.⁽²⁾ Lehnt es der Wirtschaftsakteur ab, der Aufforderung nachzukommen oder lässt er die Frist ungenutzt verstreichen, so hat das Fernmeldebüro Aufsichtsmaßnahmen gemäß Paragraph 28, vorzunehmen.

Aufsichtsmaßnahmen

§ 28. (1) Wird festgestellt, dass eine Funkanlage nicht entsprechend den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder den auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen auf dem Markt bereitgestellt wurde, kann das Fernmeldebüro alle Aufsichtsmaßnahmen anordnen, die erforderlich sind um den gesetzmäßigen Zustand herzustellen. Diese umfassen insbesondere: Paragraph 28, (1) Wird festgestellt, dass eine Funkanlage nicht entsprechend den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder den auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen auf dem Markt bereitgestellt wurde, kann das Fernmeldebüro alle Aufsichtsmaßnahmen anordnen, die erforderlich sind um den gesetzmäßigen Zustand herzustellen. Diese umfassen insbesondere:

1. Verbesserungsauftrag
2. Rücknahme
3. Rückruf
4. Mitteilung in Medien

(2) Ein Verbesserungsauftrag ist Wirtschaftsakteuren mit Bescheid aufzutragen, wenn die Beseitigung der festgestellten Mängel von jedem Wirtschaftsakteur in der Lieferkette vorgenommen und ihm dies zugemutet werden kann. Dabei hat das Fernmeldebüro eine angemessene Frist zu bestimmen, innerhalb der der gesetzmäßige Zustand herzustellen ist. Falls die gesetzte Frist verstrichen ist, ohne dass die Beseitigung der festgestellten Mängel der Behörde nachgewiesen wurde, ist die Rücknahme aufzutragen.

[...]

(5) Bei der Anwendung der Aufsichtsmaßnahmen gemäß Abs. 1 ist jeweils das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel zu verwenden. Die Entscheidung, ob von einer Funkanlage eine Gefahr ausgeht, und die Entscheidung über das Ausmaß einer allfälligen Gefahr wird auf Grundlage einer angemessenen Risikobewertung vom Fernmeldebüro unter Berücksichtigung der Art der Gefahr und der Wahrscheinlichkeit ihres Eintrittes festgestellt. Dabei ist auf internationale Erfahrung und auf den Stand der Technik Bedacht zu nehmen.⁽⁵⁾ Bei der Anwendung der Aufsichtsmaßnahmen gemäß Absatz eins, ist jeweils das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel zu verwenden. Die Entscheidung, ob von einer Funkanlage eine Gefahr ausgeht, und die Entscheidung über das Ausmaß einer allfälligen Gefahr wird auf Grundlage einer angemessenen Risikobewertung vom Fernmeldebüro unter Berücksichtigung der Art der Gefahr und der Wahrscheinlichkeit ihres Eintrittes festgestellt. Dabei ist auf internationale Erfahrung und auf den Stand der Technik Bedacht zu nehmen.

[...]“

3.4. Das FTEG wurde in Umsetzung der Richtlinie 1999/5/EG über Funkanlagen und

Telekommunikationsendeinrichtungen und die gegenseitige Anerkennung ihrer Konformität, ABl. Nr. L 91 vom 07.04.1999, Seite 10 („Radio and Telecommunication terminal Equipment Directive“ – im Folgenden „R&TTE“) erlassen. Um auf gesellschaftliche und technische Entwicklungen zu reagieren, erließ der Europäische Gesetzgeber 2014 die Richtlinie 2014/53/EU über die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung von Funkanlagen auf dem Markt und Aufhebung der Richtlinie 1999/5/EG, ABl. Nr. L 153 vom 16.04.2014, Seite 62 („Radio Equipment Directive“ – im Folgenden „RED“) als Nachfolgeregelung der R&TTE. Die RED wurde im österreichischen Recht durch das FMaG 2016 umgesetzt, das am 26. April 2017 in Kraft trat. Basierend auf der Übergangsbestimmung des Art 48 RED sieht § 36 Abs 2 FMaG 2016 vor, dass Funkanlagen, die unter das FMaG 2016 fallen und die mit dem FTEG, sowie den dazu korrespondierenden einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Europäischen Union, die vor dem 13. Juni 2016 in Kraft getreten sind, im Einklang stehen und die vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht wurden, weiterhin auf dem Markt bereitgestellt werden dürfen. Zweck dieser Übergangsfrist war, dass Produkte, die die Anforderungen der R&TTE, aber nicht die Anforderungen der RED erfüllen, noch bis 12. Juni 2017 rechtskonform in Verkehr gebracht werden durften. Ab 13. Juni 2017 hatten alle Produkte, die auf dem Unionsmarkt in Verkehr gebracht werden bzw. wurden, die Anforderungen der RED bzw. der nationalen Umsetzungsgesetze zu erfüllen (vgl. Schwertmann/Schwab, Neuerungen im Recht der Funkanlagen aufgrund der RED-Richtlinie, MR 2017, 150). 3.4. Das FTEG wurde in Umsetzung der Richtlinie 1999/5/EG über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen und die gegenseitige Anerkennung ihrer Konformität, ABl. Nr. L 91 vom 07.04.1999, Seite 10 („Radio and Telecommunication terminal Equipment Directive“ – im Folgenden „R&TTE“) erlassen. Um auf gesellschaftliche und technische Entwicklungen zu reagieren, erließ der Europäische Gesetzgeber 2014 die Richtlinie 2014/53/EU über die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung von Funkanlagen auf dem Markt und Aufhebung der Richtlinie 1999/5/EG, ABl. Nr. L 153 vom 16.04.2014, Seite 62 („Radio Equipment Directive“ – im Folgenden „RED“) als Nachfolgeregelung der R&TTE. Die RED wurde im österreichischen Recht durch das FMaG 2016 umgesetzt, das am 26. April 2017 in Kraft trat. Basierend auf der Übergangsbestimmung des Artikel 48, RED sieht Paragraph 36, Absatz 2, FMaG 2016 vor, dass Funkanlagen, die unter das FMaG 2016 fallen und die mit dem FTEG, sowie den dazu korrespondierenden einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Europäischen Union, die vor dem 13. Juni 2016 in Kraft getreten sind, im Einklang stehen und die vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht wurden, weiterhin auf dem Markt bereitgestellt werden dürfen. Zweck dieser Übergangsfrist war, dass Produkte, die die Anforderungen der R&TTE, aber nicht die Anforderungen der RED erfüllen, noch bis 12. Juni 2017 rechtskonform in Verkehr gebracht werden durften. Ab 13. Juni 2017 hatten alle Produkte, die auf dem Unionsmarkt in Verkehr gebracht werden bzw. wurden, die Anforderungen der RED bzw. der nationalen Umsetzungsgesetze zu erfüllen vergleiche Schwertmann/Schwab, Neuerungen im Recht der Funkanlagen aufgrund der RED-Richtlinie, MR 2017, 150).

Unter „in Verkehr bringen“ ist die erstmalige Bereitstellung von Funkanlagen auf dem Unionsmarkt zu verstehen (Art 2 Abs 1 Z 10 RED, § 2 Abs 1 Z 10 FMaG 2016). Unter „Bereitstellung auf dem Markt“ ist jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines Produktes zum Vertrieb, Verbrauch oder zur Verwendung auf dem Unionsmarkt im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit zu verstehen (Art 2 Abs 1 Z 9 RED, § 2 Abs 1 Z 9 FMaG 2016). Die Übergangsbestimmung des § 36 Abs 2 FMaG 2016 ist auf das Produkt anwendbar, weil die Übergangsbestimmung voraussetzt, dass ein Produkt vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht wurde und das konkrete Produkt, wie festgestellt, vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht wurde. Unter „in Verkehr bringen“ ist die erstmalige Bereitstellung von Funkanlagen auf dem Unionsmarkt zu verstehen (Artikel 2, Absatz eins, Ziffer 10, RED, Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 10, FMaG 2016). Unter „Bereitstellung auf dem Markt“ ist jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines Produktes zum Vertrieb, Verbrauch oder zur Verwendung auf dem Unionsmarkt im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit zu verstehen (Artikel 2, Absatz eins, Ziffer 9, RED, Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 9, FMaG 2016). Die Übergangsbestimmung des Paragraph 36, Absatz 2, FMaG 2016 ist auf das Produkt anwendbar, weil die Übergangsbestimmung voraussetzt, dass ein Produkt vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht wurde und das konkrete Produkt, wie festgestellt, vor dem 13. Juni 2017 in Verkehr gebracht wurde.

3.5. Aus dem Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2016 (im Folgenden: Blue Guide) ergibt sich, dass der Begriff Übergangszeit bedeutet, dass bestehende Produktvorschriften weiterhin gültig bleiben, obwohl bereits neue Vorschriften erlassen wurden. Produkte, die nicht vor Ablauf der Übergangszeit in Verkehr gebracht wurden, dürfen nur in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden, wenn sie die Bestimmungen der neuen Rechtsvorschrift uneingeschränkt erfüllen (Blue Guide Seite 27). In Ergänzung zum Gesetzeswortlaut stellt der Blue Guide klar, dass es auf den objektiven Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produktes ankommt. Es kommt nicht

darauf an, auf welche gesetzlichen Bestimmungen sich der Hersteller in den Unterlagen zur Konformität bezieht. Dies würde auch dem Zweck der RED zuwiderlaufen, weil der Hersteller dann durch Verweis auf die R&TTE in den dem Produkt beigelegten Unterlagen bzw. in der EU-Konformitätserklärung die Anwendbarkeit der RED bzw. der nationalen Umsetzungsbestimmungen umgehen könnte. Lediglich während der Übergangszeit besteht für den Hersteller die Möglichkeit, zwischen den für die Beurteilung der Konformität anzuwendenden Bestimmungen zu wählen. Dies ergibt sich schon aus den Ausführungen in der Bekanntmachung der europäischen Kommission; Blue Guide Seite 27). Die RED und damit auch das FMaG 2016 fallen in den Geltungsbereich des Blue Guide (Blue Guide Seite 14).). Nach Ablauf der Übergangszeit stellt ein unrichtiger Verweis auf die angewendeten Rechtsvorschriften in den Konformitätsunterlagen möglicherweise einen formalen Mangel dar, auf die Anwendbarkeit der ab dem Zeitpunkt des Ablaufes der Übergangsfrist anzuwendenden Rechtsvorschriften hat dieser Verweis aber keinen Einfluss.

3.6. Die belangte Behörde ist von den zuvor angeführten Mängeln des Produktes ausgegangen. Bei diesen Mängeln handelt es sich, sofern sie vorliegen, unter Annahme der Anwendbarkeit des FMaG 2016, um formale Mängel, die nach § 13 FMaG 2016 zu beurteilen wären (vgl. dazu auch die Ausführung der belangten Behörde in der mündlichen Verhandlung). Aus den erläuternden Bemerkungen zum FMaG 2016 (EB RV 1460 der Beilagen XXV GP, Seite 6) ergibt sich, dass in den in § 13 Abs 1 FMaG 2016 taxativ aufgezählten Fällen erfahrungsgemäß Kooperationsbereitschaft der Wirtschaftsakteure besteht, sodass es vertretbar erscheint, in diesen Fällen zunächst von der Einleitung eines förmlichen Aufsichtsverfahrens gemäß § 28 FMaG 2016 abzusehen. Der Wirtschaftsakteur soll in diesen Fällen formlos von den aufgetretenen Unregelmäßigkeiten informiert und zur Vornahme von Verbesserungshandlungen aufgefordert werden. Erst wenn diese Vorgangsweise nicht zur vollständigen Herstellung der Konformität führt, weil der Wirtschaftsakteur zB eine ausgedrückte Kooperationsbereitschaft verweigert und die Frist ungenutzt verstreichen lässt, wird auch in diesen Fällen das in § 28 FMaG 2016 vorgesehene Aufsichtsverfahren durchgeführt. Dies bedeutet, sollte die belangte Behörde der Auffassung sein, dass das verfahrensgegenständliche Produkt nicht den gesetzlichen Vorgaben des FMaG 2016 oder des FTEG (vgl. dazu die Ausführungen zur Übergangsbestimmung) entspricht, so wäre sie gehalten gewesen bei formalen Mängeln das Verfahren nach § 13 FMaG 2016 einzuhalten, was sie im konkreten Fall nicht getan hat.

3.6. Die belangte Behörde ist von den zuvor angeführten Mängeln des Produktes ausgegangen. Bei diesen Mängeln handelt es sich, sofern sie vorliegen, unter Annahme der Anwendbarkeit des FMaG 2016, um formale Mängel, die nach Paragraph 13, FMaG 2016 zu beurteilen wären vergleiche dazu auch die Ausführung der belangten Behörde in der mündlichen Verhandlung). Aus den erläuternden Bemerkungen zum FMaG 2016 (EB Regierungsvorlage 1460 der Beilagen römisch 25 GP, Seite 6) ergibt sich, dass in den in Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 taxativ aufgezählten Fällen erfahrungsgemäß Kooperationsbereitschaft der Wirtschaftsakteure besteht, sodass es vertretbar erscheint, in diesen Fällen zunächst von der Einleitung eines förmlichen Aufsichtsverfahrens gemäß Paragraph 28, FMaG 2016 abzusehen. Der Wirtschaftsakteur soll in diesen Fällen formlos von den aufgetretenen Unregelmäßigkeiten informiert und zur Vornahme von Verbesserungshandlungen aufgefordert werden. Erst wenn diese Vorgangsweise nicht zur vollständigen Herstellung der Konformität führt, weil der Wirtschaftsakteur zB eine ausgedrückte Kooperationsbereitschaft verweigert und die Frist ungenutzt verstreichen lässt, wird auch in diesen Fällen das in Paragraph 28, FMaG 2016 vorgesehene Aufsichtsverfahren durchgeführt. Dies bedeutet, sollte die belangte Behörde der Auffassung sein, dass das verfahrensgegenständliche Produkt nicht den gesetzlichen Vorgaben des FMaG 2016 oder des FTEG vergleiche dazu die Ausführungen zur Übergangsbestimmung) entspricht, so wäre sie gehalten gewesen bei formalen Mängeln das Verfahren nach Paragraph 13, FMaG 2016 einzuhalten, was sie im konkreten Fall nicht getan hat.

3.7. Bei Vorliegen solcher Mängel wie im Beschwerdefall verpflichtet § 13 Abs 1 FMaG 2016 die belangte Behörde dazu, den betreffenden Wirtschaftsakteur dazu aufzufordern, die Nicht-Konformität innerhalb angemessener Frist zu beseitigen, wenn zu erwarten ist, dass alleine aufgrund solch einer Aufforderung der festgestellte Missstand beseitigt wird. Gemäß § 13 Abs 2 FMaG 2016 hat die belangte Behörde Aufsichtsmaßnahmen gemäß § 28 FMaG 2016 vorzunehmen, wenn es der Wirtschaftsakteur ablehnt, der Aufforderung nachzukommen oder die gesetzte Frist ungenutzt verstreichen lässt.

3.7. Bei Vorliegen solcher Mängel wie im Beschwerdefall verpflichtet Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 die belangte Behörde dazu, den betreffenden Wirtschaftsakteur dazu aufzufordern, die Nicht-Konformität innerhalb angemessener Frist zu beseitigen, wenn zu erwarten ist, dass alleine aufgrund solch einer Aufforderung der festgestellte Missstand beseitigt wird. Gemäß Paragraph 13, Absatz 2, FMaG 2016 hat die belangte Behörde Aufsichtsmaßnahmen gemäß Paragraph 28, FMaG 2016 vorzunehmen, wenn es der Wirtschaftsakteur ablehnt, der Aufforderung nachzukommen, oder die gesetzte Frist ungenutzt verstreichen lässt.

So wie auch im System des § 360 Abs 1 GewO 1994 ist die vorangehende Verfahrensordnung formalrechtlich die notwendige Voraussetzung zur Erlassung eines Bescheides nach § 28 FMaG 2016. Es ist somit auch hier ein stufenweises Vorgehen der belangten Behörde vorgesehen (vgl. zu § 360 Abs 1 GewO 1994, VwGH 27.06.2007, 2004/04/0221). So wie auch im System des Paragraph 360, Absatz eins, GewO 1994 ist die vorangehende Verfahrensordnung formalrechtlich die notwendige Voraussetzung zur Erlassung eines Bescheides nach Paragraph 28, FMaG 2016. Es ist somit auch hier ein stufenweises Vorgehen der belangten Behörde vorgesehen vergleiche zu Paragraph 360, Absatz eins, GewO 1994, VwGH 27.06.2007, 2004/04/0221).

3.8. Da sämtliche von der belangten Behörde festgestellten Mängel des Produktes formale Mängel der Konformität im Sinne des § 13 Abs 1 FMaG 2016 darstellen, ist zu prüfen, ob die belangte Behörde mit einer Aufforderung nach § 13 Abs 1 FMaG 2016 vorgehen hätte müssen. 3.8. Da sämtliche von der belangten Behörde festgestellten Mängel des Produktes formale Mängel der Konformität im Sinne des Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 darstellen, ist zu prüfen, ob die belangte Behörde mit einer Aufforderung nach Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 vorgehen hätte müssen.

Dazu wurde von der belangten Behörde nicht argumentiert, weshalb nicht zu erwarten ist, dass alleine aufgrund solch einer Aufforderung der festgestellte Mangel beseitigt wird. Der bloße Hinweis im angefochtenen Bescheid, dass bei vorangegangenen Überprüfungen von Produkten der beschwerdeführenden Partei auf diverse Mängel hingewiesen worden sei und auch bei der ersten derartigen Überprüfung am 25. November 2015 das Nicht-Vorhandensein der Benutzerinformation (Bedienungsanleitung) in deutscher Sprache beanstandet worden sei, ersetzt diese Begründung nicht. Auch die Ausführungen in der Stellungnahme vom 29. August 2017 (Seite 3) sind nicht geeignet, eine andere rechtliche Beurteilung zu bewirken. Soweit die belangte Behörde hier darauf verweist, dass der beschwerdeführenden Partei im Zuge vorangegangener Verfahren die Möglichkeit der Bereinigung sämtlicher auf dem Markt befindlicher und mit Mängeln behafteter Produkte eingeräumt worden sei, ist ihr zu erwidern, dass dies nicht geeignet ist, als eine Aufforderung im Sinne des § 13 Abs 1 FMaG 2016 angesehen zu werden. Weder aus der Stellungnahme noch aus dem angefochtenen Bescheid ist obendrein ersichtlich, dass bzw. weshalb für die belangte Behörde nicht zu erwarten war, dass alleine aufgrund einer solchen Aufforderung der festgestellte Mangel beseitigt wird. Auch in der Verhandlung wurde nicht ausgeführt, weshalb betreffend das verfahrensgegenständliche Produkt nicht zu erwarten war, dass alleine aufgrund einer solchen Aufforderung der festgestellte Mangel beseitigt wird. Zumal a priori nicht zu erkennen ist, warum die beschwerdeführende Partei als Wirtschaftsakteurin jedenfalls von vornherein nicht gewillt oder nicht in der Lage gewesen wäre, die konkreten Mängel zu beheben. Die belangte Behörde räumte selbst in der mündlichen Verhandlung ein (vgl. Seite 5 des Verhandlungsprotokolls, arg. „Letztlich wurden die Mängel dann behoben.“), dass in der Vergangenheit nach mehrmaligen Fristsetzungsanträgen die beschwerdeführende Partei der Aufforderung, die Mängel zu beheben, nachgekommen sei. Dazu wurde von der belangten Behörde nicht argumentiert, weshalb nicht zu erwarten ist, dass alleine aufgrund solch einer Aufforderung der festgestellte Mangel beseitigt wird. Der bloße Hinweis im angefochtenen Bescheid, dass bei vorangegangenen Überprüfungen von Produkten der beschwerdeführenden Partei auf diverse Mängel hingewiesen worden sei und auch bei der ersten derartigen Überprüfung am 25. November 2015 das Nicht-Vorhandensein der Benutzerinformation (Bedienungsanleitung) in deutscher Sprache beanstandet worden sei, ersetzt diese Begründung nicht. Auch die Ausführungen in der Stellungnahme vom 29. August 2017 (Seite 3) sind nicht geeignet, eine andere rechtliche Beurteilung zu bewirken. Soweit die belangte Behörde hier darauf verweist, dass der beschwerdeführenden Partei im Zuge vorangegangener Verfahren die Möglichkeit der Bereinigung sämtlicher auf dem Markt befindlicher und mit Mängeln behafteter Produkte eingeräumt worden sei, ist ihr zu erwidern, dass dies nicht geeignet ist, als eine Aufforderung im Sinne des Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 angesehen zu werden. Weder aus der Stellungnahme noch aus dem angefochtenen Bescheid ist obendrein ersichtlich, dass bzw. weshalb für die belangte Behörde nicht zu erwarten war, dass alleine aufgrund einer solchen Aufforderung der festgestellte Mangel beseitigt wird. Auch in der Verhandlung wurde nicht ausgeführt, weshalb betreffend das verfahrensgegenständliche Produkt nicht zu erwarten war, dass alleine aufgrund einer solchen Aufforderung der festgestellte Mangel beseitigt wird. Zumal a priori nicht zu erkennen ist, warum die beschwerdeführende Partei als Wirtschaftsakteurin jedenfalls von vornherein nicht gewillt oder nicht in der Lage gewesen wäre, die konkreten Mängel zu beheben. Die belangte Behörde räumte selbst in der mündlichen Verhandlung ein vergleiche Seite 5 des Verhandlungsprotokolls, arg. „Letztlich wurden die Mängel dann behoben.“), dass in der Vergangenheit nach mehrmaligen Fristsetzungsanträgen die beschwerdeführende Partei der Aufforderung, die Mängel zu beheben, nachgekommen sei.

3.9. Da vor dem Hintergrund dieser Ausführungen und des Akteninhaltes zu erwarten war, dass alleine aufgrund einer solchen Aufforderung der festgestellte Missstand beseitigt wird, hätte eine Verfahrensordnung ergehen müssen.

Das Fehlen der Verfahrensordnung des § 13 Abs 1 FMaG 2016 wirkt sich auf die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides aus: Der Rechtsprechung zu dem mit § 13 FMaG 2016 vergleichbaren System des § 360 Abs 1 GewO 1994 ist zu entnehmen, dass die vorangehende Verfahrensordnung formalrechtlich die notwendige Voraussetzung für die Erlassung eines Aufsichtsbescheides nach § 28 Abs 1 FMaG 2016 ist (vgl. VwGH 27.06.2007, 2004/04/0221). Das Fehlen der Verfahrensordnung bewirkt die Unzulässigkeit von formal aufgetragenen Aufsichtsmaßnahmen gemäß § 28 Abs 1 FMaG 2016 (vgl. dazu die ähnliche Konstellation in VwGH 24.05.2006, 2006/04/0033). Die belangte Behörde ist im gegenständlichen Fall nicht nach § 13 Abs 1 FMaG 2016 vorgegangen und hat die Rücknahme des Produktes mit dem angefochtenen Bescheid aufgetragen, ohne der beschwerdeführenden Partei die Verbesserung der formalen Mängel der Konformität aufzutragen. Da die belangte Behörde die Aufforderung zur Beseitigung der formalen Mängel der Konformität gemäß § 13 Abs 1 FMaG 2016 zu Unrecht unterlassen hat, war sie auch nicht berechtigt, den angefochtenen Bescheid zu erlassen. Der mit dem angefochtenen Bescheid erteilte Auftrag zur Verbesserung sowie die angeordnete Rücknahme des Produktes war daher rechtswidrig. Das Fehlen der Verfahrensordnung des Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 wirkt sich auf die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides aus: Der Rechtsprechung zu dem mit Paragraph 13, FMaG 2016 vergleichbaren System des Paragraph 360, Absatz eins, GewO 1994 ist zu entnehmen, dass die vorangehende Verfahrensordnung formalrechtlich die notwendige Voraussetzung für die Erlassung eines Aufsichtsbescheides nach Paragraph 28, Absatz eins, FMaG 2016 ist (vergleiche VwGH 27.06.2007, 2004/04/0221). Das Fehlen der Verfahrensordnung bewirkt die Unzulässigkeit von formal aufgetragenen Aufsichtsmaßnahmen gemäß Paragraph 28, Absatz eins, FMaG 2016 (vergleiche dazu die ähnliche Konstellation in VwGH 24.05.2006, 2006/04/0033). Die belangte Behörde ist im gegenständlichen Fall nicht nach Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 vorgegangen und hat die Rücknahme des Produktes mit dem angefochtenen Bescheid aufgetragen, ohne der beschwerdeführenden Partei die Verbesserung der formalen Mängel der Konformität aufzutragen. Da die belangte Behörde die Aufforderung zur Beseitigung der formalen Mängel der Konformität gemäß Paragraph 13, Absatz eins, FMaG 2016 zu Unrecht unterlassen hat, war sie auch nicht berechtigt, den angefochtenen Bescheid zu erlassen. Der mit dem angefochtenen Bescheid erteilte Auftrag zur Verbesserung sowie die angeordnete Rücknahme des Produktes war daher rechtswidrig.

Da die Voraussetzungen für den (im Rahmen der Marktaufsicht von Amts wegen zu erlassenden) Bescheid zur Verhängung der aufsichtsbehördlichen Maßnahme nicht vorlagen, war der angefochtene Bescheid in seinem gesamten Umfang ersatzlos zu beheben (vgl. dazu Hengstschläger/Leeb, AVG § 66 Rz 105, Stand 01.07.2007, rdb.at). Zwischen Spruchpunkt II. und Spruchpunkt I. besteht keine Trennbarkeit, da ein Spruchpunkt (Spruchpunkt I.) notwendige Grundlage („Vorstufe“) für den weiteren Bescheidinhalt (Spruchpunkt II.) darstellt (vgl. VwGH 24.07.2014, 2013/07/0270 mit Verweis auf die Rechtsprechungsnachweise bei Hengstschläger/Leeb, AVG § 66 Rz 65 und § 59 Rz 103, sowie auf VwGH 22.03.2012, 2008/07/0125, mwN). Da die Voraussetzungen für den (im Rahmen der Marktaufsicht von Amts wegen zu erlassenden) Bescheid zur Verhängung der aufsichtsbehördlichen Maßnahme nicht vorlagen, war der angefochtene Bescheid in seinem gesamten Umfang ersatzlos zu beheben (vergleiche dazu Hengstschläger/Leeb, AVG Paragraph 66, Rz 105, Stand 01.07.2007, rdb.at). Zwischen Spruchpunkt römisch zwei. und Spruchpunkt römisch eins. besteht keine Trennbarkeit, da ein Spruchpunkt (Spruchpunkt römisch eins.) notwendige Grundlage („Vorstufe“) für den weiteren Bescheidinhalt (Spruchpunkt römisch zwei.) darstellt (vergleiche VwGH 24.07.2014, 2013/07/0270 mit Verweis auf die Rechtsprechungsnachweise bei Hengstschläger/Leeb, AVG Paragraph 66, Rz 65 und Paragraph 59, Rz 103, sowie auf VwGH 22.03.2012, 2008/07/0125, mwN).

Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Einordnung des Produktes als Funkanlage ergibt sich aus der gesetzlichen Definition. Die Frage der Möglichkeit einer Verbesserung des Produktes war eine Beweisfrage. Die Frage der Bedeutung des Auftrags zur Beseitigung von formalen Mängeln der Konformität gemäß § 13 FMaG 2016 war

anhand der Rechtsprechung zu § 360 GewO 1993 zu klären, die Verweise darauf finden sich in der rechtlichen Beurteilung. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Einordnung des Produktes als Funkanlage ergibt sich aus der gesetzlichen Definition. Die Frage der Möglichkeit einer Verbesserung des Produktes war eine Beweisfrage. Die Frage der Bedeutung des Auftrags zur Beseitigung von formalen Mängeln der Konformität gemäß Paragraph 13, FMaG 2016 war anhand der Rechtsprechung zu Paragraph 360, GewO 1993 zu klären, die Verweise darauf finden sich in der rechtlichen Beurteilung.

Hinweise auf grundsätzliche Bedeutungen der aufgeworfenen Rechtsfragen über den Einzelfall hinaus kamen nicht hervor.

Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Schlagworte

angemessene Frist Aufsicht Behebung der Entscheidung ersatzlose Behebung Funkanlage Informationsinteresse Informationspflicht Kassation Kontrolle Mängelbehebung Mängelbeseitigung Mangelhaftigkeit mündliche Verhandlung mündliche Verkündung Parteiengehör Prüfung schriftliche Ausfertigung Telekommunikation Unionsrecht Verbesserung Verfahrensrecht Verhältnismäßigkeit Voraussetzungen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W120.2169163.1.00

Im RIS seit

07.09.2021

Zuletzt aktualisiert am

07.09.2021

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at