jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/5/9 W273 2212660-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 09.05.2019

**Entscheidungsdatum**

09.05.2019

**Norm**

B-VG Art. 133 Abs4
FMaG 2016 §12 Abs2
FMaG 2016 §12 Abs3
FMaG 2016 §2 Abs1
FMaG 2016 §2 Abs1 Z12
FMaG 2016 §23 Abs2 Z3
FMaG 2016 §36 Abs2
FMaG 2016 §4
VwGG §33 Abs1
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §28 Abs5

**Spruch**

W273 2212660-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Isabel FUNK-LEISCH als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch Strebl Rechtsanwälte, Weyrgasse 8/5, 1030 Wien, gegen den Bescheid des BMVIT-III/BFT Büro für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen vom XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben. Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos behoben.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

**Text**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schreiben vom 20. September 2018 forderte die belangte Behörde die XXXX (im Folgenden " XXXX ") auf, das Produkt " XXXX " in Originalverpackung binnen zwei Wochen an die Funküberwachung Kärnten vorzulegen.

2. Die XXXX kam der Aufforderung der belangten Behörde fristgerecht nach. Die belangte Behörde unterzog das Produkt einer Überprüfung und stellte folgende formale Mängel des Geräts und der Begleitunterlagen fest:

Gerät:

* Name des Herstellers fehlt,

* Typenbezeichnung fehlt,

* Los-/Seriennummer fehlt,

* CE-Kennzeichnung zu klein.

Begleitunterlagen:

* Fehlerhafte Referenz zur Konformitätserklärung - nicht zielführend.

3. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 16. November 2018 wurde der XXXX die sofortige Rücknahme des Produkts aufgetragen. Mit E-Mail 22. November 2018 erklärte die XXXX , das Produkt aus dem Sortiment genommen und den Verkauf eingestellt zu haben. Des Weiteren erklärte das Unternehmen, gegen den Auftrag zur Rücknahme des Produkts kein Rechtsmittel zu erheben.

4. Mit Bescheid vom 16. November 2018 trug die belangte Behörde der beschwerdeführenden Partei die sofortige Rücknahme des Vibrators mit der Typenbezeichnung " XXXX ", Artikel Nummer XXXX , auf.

5. Die beschwerdeführende Partei erhob mit Schriftsatz vom 14. Dezember 2018 Beschwerde gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 16. November 2018 (im Folgenden "der angefochtene Bescheid"). Begründend führte die beschwerdeführende Partei im Wesentlichen aus, dass die belangte Behörde den Auftrag zur Rücknahme des Produktes auf gesetzliche Bestimmungen gestützt habe, die bereits außer Kraft getreten seien. Des Weiteren brachte die beschwerdeführende Partei vor, das Produkt sei keine Funkmeldeanlage, sondern habe einen gänzlich anderen Zweck; das CE-Kennzeichen sei ordnungsgemäß angebracht und die von der Behörde festgestellten formalen Mängel lägen ebenfalls nicht vor. Außerdem habe die belangte Behörde das Recht der beschwerdeführenden Partei auf Parteiengehör verletzt, zumal die belangte Behörde der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren zu keinem Zeitpunkt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben habe.

6. Mit Schreiben vom 10. Jänner 2019 übermittelte die belangte Behörde die Beschwerde der beschwerdeführenden Partei an das Bundesverwaltungsgericht samt den Akten des Verwaltungsverfahrens sowie einer Stellungnahme der belangten Behörde zur Beschwerde der beschwerdeführenden Partei.

7. Mit Schreiben vom 15. Jänner 2019 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht die in der Beschwerdevorlage enthaltene Stellungnahme der belangten Behörde an die beschwerdeführende Partei zur Stellungnahme binnen drei Wochen.

8. Die beschwerdeführende Partei erstattete mit 6. Februar 2019 eine Stellungnahme und stellte den Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge der belangten Behörde die Vorlage des Produktes auftragen.

9. Mit Schreiben vom 28. März 2019 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die belangte Behörde, das Produkt binnen 14 Tagen dem Bundesverwaltungsgericht vorzulegen. Die belangte Behörde legte das Produkt mit Mitteilung vom 2. April 2019 dem Bundesverwaltungsgericht vor.

10. Am 25. April 2019 führte das Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung durch. Der Vertreter der beschwerdeführenden Partei erklärte eingangs der Verhandlung, dass das Produkt zwischenzeitlich vom Markt genommen wurde. Außerdem werde das Produkt nunmehr so verändert werden, dass es den Anforderungen der geltenden gesetzlichen Bestimmungen entspricht, insbesondere werde das CE-Kennzeichen vergrößert.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

In dem Verfahren geht es um die Frage, ob das Produkt als Funkanlage im Sinne des Funkanlagen-Marktüberwachungs-Gesetzes zu qualifizieren ist und bejahendenfalls, welche Pflichten den Hersteller des Produktes

in Bezug auf die Kennzeichnung des Produktes treffen und ob der Rücknahmeauftrag der belangten Behörde zulässig war.

1. Feststellungen:

1.1. Die Beschwerdeführerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Jena unter HRB XXXX und dem Sitz in XXXX , Deutschland. Die Beschwerdeführerin ist Herstellerin des Vibrators mit der Typenbezeichnung " XXXX " (in weiterer Folge "das Produkt").

1.2. Das Produkt wurde von der Beschwerdeführerin erstmalig Anfang 2018 auf dem Unionsmarkt zum Verkauf angeboten. In Österreich wurden zwischen XXXX und XXXX Stück des Produkts an die Großhändler zum Vertrieb ausgeliefert.

1.3. Das Produkt empfängt in einer Reichweite von 5 m Bluetooth-Signale von einem Handy oder Tablet. Es handelt sich dabei um Funkwellen mit einer Frequenz von 2,4 GHz. Auf dem sendenden Handy oder Tablet muss vom Nutzer zu diesem Zweck eine App zur Steuerung des Produktes installiert werden.

1.4. An der Unterseite des Produkts ist eine CE-Kennzeichnung in einer Höhe von 3,5 mm eingestanzt.

1.5. Auf dem Produkt selbst sind weder der Name noch die Postanschrift der beschwerdeführenden Partei angebracht. Der goldene Metallbereich des Produktes trägt den deutlich sichtbaren Schriftzug

" XXXX ".

1.6. An dem Produkt selbst ist keine Typen-, Chargen- oder Seriennummer oder ein anderes Kennzeichen zur Identifikation des Produkts angebracht.

1.7. Seite 3 der dem Produkt beigelegten Bedienungsanleitung enthält unter dem Abschnitt "Zur Konformität..." folgenden Text:

"Hiermit erklärt die XXXX , dass sich das Gerät XXXX in Übereinstimmung mit den Anforderungen der Richtlinie 1999/5/EG über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen befindet. Die vollständige Konformitätserklärung ist unter der Adresse XXXX zu finden."

Zum Zeitpunkt der Prüfung des Produkts durch die belangte Behörde war unter XXXX keine vollständige EU-Konformitätserklärung des Produktes verfügbar.

Seit Anfang 2019 ist eine überarbeitete EU-Konformitätserklärung für das Produkt unter XXXX verfügbar.

1.8. Die beschwerdeführende Partei nahm sämtliche in Österreich zum Vertrieb an Großhändler bereitgestellten Produkte nach Kenntnis der Aufforderung der belangten Behörde an die XXXX und vor Durchführung der Beschwerdeverhandlung durch Rückerwerb von den Großhändlern zurück. Das Produkt kann nach wie vor über die Website der beschwerdeführenden Partei erworben werden.

1.9. Die beschwerdeführende Partei plant die Verbesserung der formalen Mängel der zurückgenommenen Ausgaben des Produkts.

Die CE-Kennzeichnung in einer Mindesthöhe von 5 mm kann an dem Produkt durch Laser-Gravur oder durch Aufdruck dauerhaft angebracht werden. Dies kann an den bereits ausgelieferten Produkten auch nachträglich erfolgen. Die beschwerdeführende Partei plant, die CE-Kennzeichnung in der Mindesthöhe von 5mm auf den vom Markt genommenen Produkten dauerhaft anzubringen. Die Verbesserung der übrigen formalen Mängel kann und soll nach dem Vorhaben der beschwerdeführenden Partei durch Anbringung der fehlenden Kennzeichnung zur Identifikation und des fehlenden Herstellernachweises an dem Produkt erfolgen.

Die beschwerdeführende Partei plant überdies, die Begleitunterlagen zu dem Produkt dahingehend zu überarbeiten, dass der Verweis die vollständige EU-Konformitätserklärung auf die jeweils anzuwendenden Rechtvorschriften Bezug nimmt. Die geplanten Verbesserungsmaßnahmen wurden an den in Österreich über den Großhändler vom Markt genommenen Produkten bislang noch nicht umgesetzt.

2. Beweiswürdigung:

Beweise wurden erhoben durch Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakt inklusive dem Produkt selbst, durch Einvernahme des informierten Vertreters der beschwerdeführenden Partei, Herrn

XXXX , sowie des Zeugen XXXX und durch Einsichtnahme in die Website der beschwerdeführenden Partei ( XXXX ) vor und während der mündlichen Verhandlung (OZ 11, S. 14).

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

2.2. Die Daten der Beschwerdeführerin sowie Ihre Eigenschaft als Herstellerin des Produkts ergeben sich aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde (OZ 1, S. 2). Es ergaben sich im Verfahren keine auf Gründe, an diesen Informationen zu zweifeln.

2.3. Der Zeitpunkt der erstmaligen Bereitstellung des Produkts am Unionsmarkt ergibt sich aus den Angaben des Zeugen XXXX . Der Zeuge führte aus, dass die Bedienungsanleitung, die dem Produkt beigelegt wird, mit Dezember XXXX abgeschlossen war. Das Produkt konnte erst nach Abschluss dieser Unterlagen auf den Markt gebracht werden. Aufgrund der Unterlage ging der Zeuge auf Basis seiner Erinnerung davon aus, dass das Gerät in der ersten Jahreshälfte 2018 am Unionsmarkt bereitgestellt wurde (OZ 11, S. 11 bis 12). Die in Österreich ausgelieferten Stück Angaben von 30 bis 100 Stück beruhen ebenfalls auf den Angaben des Zeugen (OZ 11, S. 15).

2.4. Die Feststellungen zum Empfang von Bluetooth Signalen durch das Produkt beruhen auf den Angaben der Beschwerdeführerin in der Beschwerde (OZ 1, S. 7). Diese Informationen wurden im gesamten Verfahren nicht bestritten.

2.5. Die Feststellung zur CE-Kennzeichnung ergibt sich aus den Angaben der Beschwerdeführerin in der Beschwerde (OZ 1, S. 9) sowie aus einer Begutachtung des von der Behörde vorgelegten Produkts (OZ 10).

Dies gilt auch für die Feststellungen zum fehlenden Namen und der Postanschrift auf dem Produkt sowie zum Fehlen eines Kennzeichens zur Identifikation auf dem Produkt (OZ 1, S. 11 bis 12, OZ 11).

2.6. Die Feststellungen zum Inhalt des Verweises auf die vollständige Konformitätserklärung in der Bedienungsanleitung ergibt sich aus der dem Produkt beigelegten Bedienungsanleitung, die von der beschwerdeführenden Partei als Beilage ./C mit der Beschwerde (OZ 1) vorgelegt wurde.

Die Feststellung, dass zum Zeitpunkt der Prüfung des Produkts durch die belangte Behörde unter der Website der beschwerdeführenden Partei eine vollständige EU- Konformitätserklärung des Produktes nicht verfügbar war, ergibt sich aus der mit der Beschwerdevorlage erstatteten Stellungnahme der belangten Behörde (Beilage zu OZ 4, S. 7). Außerdem gab der Zeuge XXXX in der mündlichen Verhandlung an, dass die Anpassung der EU-Konformitätserklärung unter der Website der beschwerdeführenden Partei erst im Dezember 2018 erfolgte, um dem Auftrag der belangten Behörde nachzukommen (OZ 11, S. 14).

2.7. Der Rechtsvertreter der beschwerdeführenden Partei gab eingangs der Beschwerdeverhandlung an, dass das Produkt zwischenseitig vom Markt genommen und von den Großhändlern zurückgerufen wurde. Der Rechtsvertreter gab außerdem an, dass das Produkt auch im Internetvertrieb käuflich nicht mehr erworben werden kann (OZ 11, S. 3). Der Rückerwerb der in Österreich bereitgestellten Produkte wurde durch den Zeugen XXXX bestätigt, der angab, dass die beschwerdeführende Partei von der XXXX über die Aufforderung der Behörde verständigt worden war und daraufhin das Produkt über einen Rückruf und Gutschriften an die Großhändler vom Markt genommen hat (OZ 11, S. 15). Der Zeuge gab auch an, dass die beschwerdeführende Partei nach dem Schreiben der Behörde so rasch wie möglich reagieren und alle Verbesserungen vornehmen wollte (OZ 11, S. 14). Das Gericht geht aufgrund dieser Angaben des Rechtsvertreters der beschwerdeführenden Partei und des Zeugen davon aus, dass die beschwerdeführende Partei die in Österreich an den Großhandel zum Verkauf übergebenen Ausgaben des Produkts vom Markt genommen hat.

Dass das Produkt aber entgegen der Angaben des Rechtsvertreters der beschwerdeführenden Partei nach wie vor über die Website der beschwerdeführenden Partei verfügbar ist, ergibt sich aus einer Prüfung der Website XXXX durch das Bundesverwaltungsgericht am Tag vor der mündlichen Verhandlung. Zu diesem Zeitpunkt konnte das Produkt jedenfalls im Onlinehandel erworben werden. Dies wurde den Parteien in der mündlichen Verhandlung auch mitgeteilt (OZ 11, S.3).

Das Bundesverwaltungsgericht geht daher davon aus, dass das Produkt zwar in Österreich zum Verkauf durch den Großhandel vom Markt genommen wurde, im Direktvertrieb über die Website der beschwerdeführenden Partei aber noch erwerbbar ist.

2.8. Sowohl der informierte Vertreter (OZ 11, S. 9) als auch der Zeuge (OZ 11, S. 15) gaben an, dass eine nachträgliche, dauerhafte Anbringung des CE-Kennzeichens in der Mindesthöhe von 5 mm auf dem Produkt möglich ist. Insoweit der Zeuge angab, dass dies mit der Möglichkeit verbunden sein könnte, dass das Produkt dann keine glatte Oberfläche mehr aufweist, relativierte sich dies dadurch, dass das Produkt bereits in der nun vorliegenden Form an der Stelle der CE-Kennzeichnung keine glatte Oberfläche aufweist, zumal die CE-Kennzeichnung in die Oberfläche eingestanzt ist. Es wurden von der beschwerdeführenden Partei keine Gründe vorgebracht, warum die Vergrößerung des CE-Kennzeichens um 1,5 mm auf der Oberfläche des Produktes einer Verwendung des Produktes entgegenstehen würde. Der Zeuge gestand auch selbst ein, dass das Produkt bereits jetzt keine glatte Oberfläche aufweist (OZ 11, S. 16). Die Feststellung, dass die beschwerdeführende Partei plant, die CE- Kennzeichnung in der Mindesthöhe an den vom Akt genommenen Ausgaben des Produkts anzubringen, ergibt sich ebenfalls aus den diesbezüglichen Aussagen des Zeugen (OZ 11, S. 15: ...Weil sie gefragt haben, wie wir mit den bereits ausgelieferten Produkten umgehen, es gibt eben die Möglichkeit einer Gravur oder eines neuen Aufdrucks ...). Hinzu kommt, dass der Zeuge angab, dass die beschwerdeführende Partei nach dem Schreiben der Behörde so rasch als möglich reagieren und alle Verbesserungen vornehmen wollte (OZ 11, S. 14).

Der Rechtsvertreter der beschwerdeführenden Partei selbst brachte eingangs der Verhandlung vor, dass das Produkt nunmehr so verändert werden soll, dass es den Anforderungen der gesetzlichen Bestimmungen entspricht, insbesondere, dass das CE- Kennzeichen vergrößert wird. Daraus ist abzuleiten, dass die beschwerdeführende Partei plant, das Produkt in Zukunft nur entsprechend den gesetzlichen Mindestanforderungen an die Höhe des CE-Kennzeichens zu vertreiben; dies durch eine Verbesserung der vom Akt genommenen Ausgaben des Produktes und/oder durch Herstellung einer neuen Auflage Lage des Produkts (OZ 11, S. 9).

2.9. Die Feststellung, dass die beschwerdeführende Partei überdies eine Verbesserung der anderen von der Behörde festgestellten Mängel (fehlende Kennzeichen zur Identifikation und fehlender Herstellernachweis an dem Produkt) plant, ergibt sich aus den diesbezüglichen Aussagen des Zeugen: Dieser gab an, dass die beschwerdeführende Partei nach dem Schreiben der Behörde so rasch als möglich alle Verbesserungen vornehmen wollte und dies für die Geschäftsführung eine hohe Priorität hatte (OZ 11, S. 14).

Dies gilt auch für die Begleitunterlagen zu dem Produkt. Aus dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei eingangs der Beschwerdeverhandlung und den Aussagen des Zeugen kam unmissverständlich hervor, dass die beschwerdeführende Partei nach Erhalt des angefochtenen Bescheides Maßnahmen eingeleitet hat, um das Produkt vom Markt zu nehmen und eine Verbesserung des Produktes sicherzustellen.

Zum Zeugen XXXX ist festzuhalten, dass dieser für die beschwerdeführende Partei als Berater in Fragen des Qualitätsmanagements tätig und für die Einhaltung der Kennzeichnungsvorschriften bei der beschwerdeführenden Partei verantwortlich ist und seine Angaben durchwegs nachvollziehbar und plausibel waren (OZ 11, S. 11). Vor diesem Hintergrund war den Aussagen des Zeugen zu den durchgeführten und geplanten Maßnahmen in Bezug auf das Produkt durch die beschwerdeführende Partei zu folgen. Auch der informierte Vertreter der beschwerdeführenden Partei, Herr XXXX bestätigte, dass eine Verbesserung des Produkts durch Veränderung der Gussformen möglich ist und legte dazu sogar einen in Entwicklung befindlichen Prototyp vor (OZ 11, S. 7). Das Gericht geht aufgrund dieser übereinstimmenden Angaben davon aus, dass eine Verbesserung der von der Behörde festgestellten Mängel nicht nur möglich, sondern von der beschwerdeführenden Partei gewünscht und beabsichtigt ist und sich zum Teil bereits in Umsetzung befindet.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1. Gemäß § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG), BGBl I Nr. 10/2013, 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.

3.2. Die belangte Behörde stützt das mit dem angefochtenen Bescheid ausgesprochene Verkaufsverbot des Produktes

darauf, dass das Produkt nicht den gesetzlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über Funkanlagen und Telekommunikationseinrichtungen (FTEG, BGBl. I Nr. 134/2001, aufgehoben durch BGBl. I Nr. 57/2017) entspricht. Die beschwerdeführende Partei geht hingegen davon aus, dass die belangte Behörde damit bei der Erlassung des angefochtenen Bescheides eine nicht mehr in Geltung stehende Rechtsvorschrift angewendet hat und dass das Produkt ausschließlich den Bestimmungen des FMaG 2016 unterliegt. Es ist daher zunächst zu klären, ob das FMaG 2016 oder das FTEG auf das Produkt anwendbar ist.

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 26.04.2017 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 13.06.2016 in Kraft getreten sind, im Einklang stehen und die vor dem 13.06.2017 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 12.06.2017 rechtskonform in Verkehr gebracht werden durften. Ab 13.06.2017 hatten alle Produkte, die auf dem Unionsmarkt in Verkehr gebracht werden beziehungsweise 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).

Entscheidend für die Anwendbarkeit des FMaG 2016 oder des FTEG ist somit, ob das Produkt vor oder nach dem 13.06.2017 in Verkehr gebracht wurde. 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 Produkts 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).

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass das Produkt Anfang 2018, jedenfalls aber nach dem 13.06.2017 auf dem Unionsmarkt in Verkehr gebracht wurde. Die Übergangsbestimmung des § 36 Abs. 2 FMaG ist daher auf das Produkt nicht anwendbar, weil die Übergangsbestimmung voraussetzt, dass ein Produkt vor dem 13.06.2017 in Verkehr gebracht wurde. Der Umstand, dass in der Bedienungsanleitung auf die R&TTE statt der RED verwiesen wird, ändert daran nichts: Aus dem 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 S. 27). In Ergänzung zum Gesetzeswortlaut stellt der Blue Guide klar, dass es auf den objektiven Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts 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, Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2016, AbL C 2016/27, 1 in (im folgenden "Blue Guide"; Blue Guide S. 27). Die RED und damit auch das FMaG 2016 fallen in den Geltungsbereich des Blue Guide (Blue Guide S.14).). Nach Ablauf der Übergangszeit stellt ein unrichtiger Verweis auf die angewendeten Rechtvorschriften 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. Da die Übergangsfrist des § 36 Abs 2 FMaG abgelaufen ist und das Produkt nach

dem 13.06.2017 in Verkehr gebracht wurde, ist für die Anwendung der Bestimmungen des FTEG (bzw. der R&TTE) kein Raum mehr. Die Frage, ob das Produkt den anzuwendenden Rechtsvorschriften entspricht, ist ausschließlich anhand der Bestimmungen des FMaG 2016 zu beurteilen.

Es ist daher zu prüfen, ob die von der Behörde festgestellten Mängel des Produktes nach dem FMaG 2016 vorliegen und bejahendenfalls ob die Behörde nach dem FMaG 2016 zur Erteilung eines Rücknahmeauftrages berechtigt war.

3.3. Die beschwerdeführende Partei brachte vor, das Produkt sei keine Funkmeldeanlage im Sinne des § 2 Abs. 1 Z. 1 FMaG 2016, weil das Produkt nicht dem Zweck der Funkkommunikation oder der Funkortung diene.

Wie festgestellt wurde, empfängt das Produkt in der Reichweite von 5 m Bluetooth-Signale von einem Handy oder von einem Tablet. Es handelt sich dabei um Funkwellen mit einer Frequenz von 2,4 GHz.

Gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 FMaG 2016 bedeutet "Funkanlage" ein elektrisches oder elektronisches Erzeugnis, das zum Zweck der Funkkommunikation oder der Funkortung bestimmungsgemäß Funkwellen ausstrahlt oder empfängt, oder ein elektrisches und elektronisches Erzeugnis, das Zubehör, etwa eine Antenne, benötigt, damit es zum Zweck der Funkkommunikation oder Funkortung bestimmungsgemäß Funkwellen ausstrahlen oder empfangen kann. Funkwellen sind elektromagnetische Wellen mit Frequenzen unter 3000 GHz, die sich ohne künstliche Führung im Raum ausbreiten (§ 2 Abs. 1 Z. 4 FMaG 2016). Für die Erfüllung der Definition der Funkanlage ist es ausreichend, dass ein Gerät zum Zweck der Funkkommunikation Funkwellen auch nur empfängt. Nach den Feststellungen ist dies bei dem Produkt der Fall, zumal die Steuerung des Produktes über ein Handy oder Tablet via Bluetooth, somit über Funkwellen erfolgt. Die Definition von Funkanlage stellt dabei nicht darauf ab, dass eine menschliche Kommunikation mittels Funkwellen erfolgt, sondern meint die technische Kommunikation zwischen einem elektrischen oder elektronischen Erzeugnis und einem anderen wie immer gearteten Gegenstand. So war es insbesondere Hintergrund der RED, jegliche Arten von vernetzten Geräten, die Funkschnittstellen beinhalten und Daten über Funkfrequenzen übertragen oder empfangen von ihrem Anwendungsbereich zu erfassen (vgl. Schwertmann/Schwab, Neuerungen im Recht der Funkanlagen aufgrund der RED-Richtlinie, MR 2017, 150). Das Produkt erfüllt die Definition der Funkanlage im Sinne des § 2 Abs. 1 Z. 1 FMaG 2016.

3.4. Die beschwerdeführende Partei hat das Produkt entwickelt und hergestellt und bringt es unter ihrem Namen in Verkehr. Die beschwerderführende Partei gilt daher als Hersteller im Sinne des § 2 Abs. 1 Z. 12 FMaG 2016 und unterliegt den Pflichten der Hersteller des FMaG 2016.

Die im vorliegenden Fall relevanten Bestimmungen des FMaG 2016 zu den Pflichten des Herstellers lauten auszugsweise:

"Pflichten der Hersteller

§ 4.

...

(3) Der Hersteller hat die technischen Unterlagen gemäß § 17 zu erstellen und das einschlägige Konformitätsbewertungsverfahren gemäß § 11 durchzuführen oder durchführen zu lassen. Wurde die Konformität der Funkanlage mit den geltenden Anforderungen im Rahmen dieses Konformitätsbewertungsverfahrens nachgewiesen, hat der Hersteller eine EU-Konformitätserklärung auszustellen und das CE-Zeichen anzubringen.

...

(6) Der Hersteller darf seine Funkanlagen nur in Verkehr bringen, wenn sie eine Typen-, Chargen- oder Seriennummer oder ein anderes Kennzeichen zu seiner Identifikation tragen. Falls dies aufgrund der Größe oder Art der Funkanlage nicht möglich ist, sind die erforderlichen Informationen auf der Verpackung oder in den der Funkanlage beigefügten Unterlagen anzugeben.

(7) Der Hersteller hat seinen Namen, seinen eingetragenen Handelsnamen oder seine eingetragene Handelsmarke sowie seine Postanschrift, unter der er erreichbar ist, auf der Funkanlage selbst oder, falls dies aufgrund der Größe oder Art der Funkanlage nicht möglich ist, auf der Verpackung oder in den der Funkanlage beigefügten Unterlagen anzugeben. In der Anschrift hat er eine zentrale Stelle anzugeben, unter der er kontaktiert werden kann. Die Kontaktangaben sind in deutscher oder englischer Sprache abzufassen.

...

EU-Konformitätserklärung

§ 12. (1) Die EU-Konformitätserklärung besagt, dass die Erfüllung der grundlegenden Anforderungen gemäß § 3 nachgewiesen wurde.

(2) Die EU-Konformitätserklärung hat in ihrem Aufbau dem Muster in Anlage 6 zu entsprechen, die in diesem Anhang aufgeführten Elemente zu enthalten und ist stets auf dem aktuellen Stand zu halten. Sie ist in die deutsche oder englische Sprache zu übersetzen, wenn die Funkanlage in Österreich in Verkehr gebracht wird oder auf dem Österreichischen Markt bereitgestellt wird.

(3) Die vereinfachte EU-Konformitätserklärung hat die in Anlage 7 aufgeführten Elemente zu enthalten und ist stets auf dem aktuellen Stand zu halten. Sie ist in die deutsche Sprache zu übersetzen, wenn die Funkanlage in Österreich in Verkehr gebracht wird oder auf dem Österreichischen Markt bereitgestellt wird. Der über eine in der vereinfachten EU-Konformitätserklärung angegebenen Internetadresse erhältliche vollständige Text der EU-Konformitätserklärung muss in deutscher oder englischer Sprache zur Verfügung stehen, wenn die Funkanlage in Österreich in Verkehr gebracht wird oder auf dem Österreichischen Markt bereitgestellt wird.

....

Vorschriften und Bedingungen für die Anbringung der CE-Kennzeichnung, der Kennnummer der Konformitätsbewertungsstelle und der Registrierungsnummer

§ 15. (1) Die CE-Kennzeichnung ist nach den Vorgaben von Anlage 1 gut sichtbar, leserlich und dauerhaft auf der Funkanlage oder ihrer Datenplakette anzubringen, es sei denn, dies ist aufgrund der Art der Funkanlage nicht möglich oder nicht gerechtfertigt. Die CE-Kennzeichnung ist außerdem sichtbar und lesbar an der Verpackung anzubringen.

(2) Die CE-Kennzeichnung ist anzubringen, bevor die Funkanlage in Verkehr gebracht wird.

Anlage 1

Kennzeichnung der Funkanlagen gemäß §§ 14 und 15

1. Das CE-Konformitätskennzeichen besteht aus den Buchstaben "CE" mit folgendem ^ Schriftbild:

Bild kann nicht dargestellt werden

Bei Verkleinerung oder Vergrößerung des CE-Kennzeichens sind die Proportionen einzuhalten, die sich aus dem obigen Raster ergeben.

2. Für das CE-Kennzeichen gilt eine Mindesthöhe von 5 mm, es sei denn, dies ist auf Grund der Abmessungen des Produktes gerätebedingt nicht möglich.

3. Das CE-Kennzeichen wird auf dem Produkt oder dem daran befestigten Schild angebracht. Zusätzlich wird es auf der Verpackung angebracht.

4. Das CE-Kennzeichen ist gut sichtbar, leserlich und dauerhaft anzubringen auch in dem Fall, dass gemäß Ziffer 2 die Größe unter 5 mm beträgt."

Zu den einzelnen aufgrund des Beweisverfahrens festgestellten Mängeln ist nach den Bestimmungen des FMaG 2016 in der Reihenfolge der gesetzlichen Bestimmungen folgendes auszuführen:

• Zur CE-Kennzeichnung

Die CE-Kennzeichnung muss gemäß § 15 Abs. 1 FMaG 2016 den Vorgaben von Anlage 1 zum FMaG 2016 entsprechen und dauerhaft auf der Funkanlage oder ihrer Datenplakette angebracht werden, es sei denn, dies ist aufgrund der Art der Funkanlage nicht möglich oder nicht gerechtfertigt.

Anlage 1 Z 2 zum FMaG 2016 sieht vor, dass die CE-Kennzeichnung in einer Mindesthöhe von 5 mm angebracht werden muss, es sei denn, dies ist aufgrund der Abmessungen des Produkts gerätebedingt nicht möglich.

Die Frage, in welchen Fällen die CE-Kennzeichnung den Vorgaben von Anlage 1 zum FMaG nicht entsprechen muss, weil dies aufgrund der Art des Produktes nicht gerechtfertigt oder gerätebedingt nicht möglich ist, ist anhand der Erläuterungen desdes Blue Guide zu klären. Der Blue Guide erläutert, wie Produktvorschriften der EU umzusetzen und auszulegen sind. Gemäß den Grundsätzen für die Anbringung der CE-Kennzeichnung (Punkt 4.5.1.4. Blue Guide, S. 60)

muss die CE-Kennzeichnung auf dem Produkt dauerhaft sein, sodass sie unter normalen Umständen nicht entfernt werden kann. Aus dem Blue Guide ergibt sich auch, dass in manchen Fällen die Anbringung der CE-Kennzeichnung auf dem Produkt unmöglich ist, z.B. bei bestimmten Sprengstoffarten (Blue Guide, S. 61). Nur in solchen Fällen kann die CE-Kennzeichnung auf der Verpackung und/oder auf den Begleitunterlagen angebracht werden. Die Kennzeichnung darf nicht aus rein ästhetischen Gründen weggelassen oder vom Produkt auf die Verpackung oder auf Begleitunterlagen verlagert werden.

Dies gilt auch für die Einhaltung der Mindestabmessungen der CE-Kennzeichnung.

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass es keine sachlichen Gründe gibt, warum die CE-Kennzeichnung auf dem Produkt nicht in der Mindesthöhe von 5 mm angebracht werden könnte. Der Verweis im Blue Guide auf bestimmte Sprengstoffarten, auf denen die CE-Kennzeichnung auf Grund der Art des Produkts weggelassen werden kann, macht deutlich, dass die CE- Kennzeichnung nur in besonderen Ausnahmefällen weggelassen werden kann, in denen mit der Anbringung eines CE- Kennzeichens auf dem Produkt selbst eine Gefährdung einhergehen könnte. Wie festgestellt, ist dies beim gegenständlichen Produkt nicht der Fall. Die CE-Kennzeichnung könnte durch Gravur, Aufdruck oder Anbringung einer Plakette in der vorgeschriebenen Mindesthöhe von 5 mm auf dem Produkt angebracht werden.

Da keine Gründe vorliegen, warum die CE-Kennzeichnung nicht in der vorgeschriebenen Mindesthöhe von 5 mm auf dem Produkt angebracht wurde, stellt die CE-Kennzeichnung in Höhe von 3,5 mm auf dem Produkt einen Mangel der Konformität des Produkts dar. Das Anbringen einer CE-Kennzeichnung unter der Mindesthöhe verstößt gegen § 15 Abs. 1 FMaG 2016 iVm Anlage 1 Z 2 zum FMaG 2016.

• Zur Typen-, Chargen-, oder Seriennummer (Kennzeichen zur Identifikation)

Gemäß § 4 Abs. 6 FMaG 2016 muss die Funkanlage eine Typen-, Chargen- oder Seriennummer oder ein anderes Kennzeichen zu seiner Identifikation tragen. Nur wenn dies aufgrund der Größe oder Art der Funkanlage nicht möglich ist, sind die Informationen auf der Verpackung oder den beigefügten Unterlagen anzugeben. Aus dem Blue Guide ergibt sich, dass das Identifikationskennzeichen grundsätzlich auf dem Produkt anzubringen ist. Die Anbringung an anderer Stelle (Verpackung, beigefügte Unterlagen) ist gerechtfertigt, wenn die Größe und/oder die Eigenschaft des Produkts die Angaben unlesbar oder technisch unmöglich machen würden. Beispiele dafür sind Spielzeuge, die aus mehreren Teilen oder zusammengefügten Teilen bestehen (Blue Guide, S. 54, Fußnote 202).

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass die Art und Größe des Produkts der Anbringung eines Identifikationskennzeichens gemäß § 4 Abs. 6 FMaG 2016 nicht entgegensteht.

Das Fehlen eines Identifikationskennzeichens verstößt gegen § 4 Abs. 6 FMaG 2016 und stellt daher einen Mangel der Konformität des Produkts dar.

Anders als das CE-Kennzeichen muss das Kennzeichen zur Identifikation des Produkts auf diesem nicht dauerhaft angebracht werden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 15 Abs 1 FMaG 2016, wonach das CE-Kennzeichen "dauerhaft auf der Funkanlage" anzubringen ist, für die übrigen Kennzeichen gemäß § 4 Abs 6 und Abs 7 FMaG 2016 ist hingegen keine Dauerhaftigkeit gefordert (siehe dazu auch Blue Guide, S. 60 zur Dauerhaftigkeit der CE-Kennzeichnung). Das Kennzeichen zur Identifikation muss auf dem Produkt selbst angebracht sein, dafür genügt aber auch ein Aufkleber oder jedes andere Kennzeichen, das ausreichend lesbar ist.

• Zu den Daten des Herstellers

Gemäß § 4 Abs. 7 FMaG 2016 hat der Hersteller seinen Namen, seinen eingetragenen Handelsnamen oder seine eingetragene Handelsmarke sowie seine Postanschrift, unter der er erreichbar ist, auf der Funkanlage selbst oder, falls dies aufgrund der Größe oder Art der Funkanlage nicht möglich ist, auf der Verpackung oder in den beigefügten Unterlagen anzugeben.

Im Zusammenhang mit der Verpflichtung der Hersteller zur Angabe von Namen und Anschrift ergibt sich aus dem Blue Guide, dass diese Informationen auf dem Produkt anzubringen sind. Nur wenn die Anbringung auf dem Produkt unter zumutbaren technischen oder wirtschaftlichen Bedingungen - ausgenommen ästhetische Gründe - nicht möglich ist, dürfen diese Informationen an anderer Stelle als auf dem Produkt angebracht werden. Dies ist z.B. bei Produkten wie Hörgeräten, Sensoren oder Ähnlichem, die zu klein sind, als dass diese Angaben offen angebracht werden können, der Fall (Blue Guide, S. 53).

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass es keine gerätebedingten Gründe gibt, die dagegensprechen, die Herstellerinformationen gemäß § 4 Abs. 7 FMaG 2016 (konkret Name des Herstellers sowie die Postanschrift) auf dem Produkt selbst anzubringen.

Das Fehlen des Namens der beschwerdeführenden Partei sowie ihrer Postanschrift auf dem Produkt verstößt gegen § 4 Abs. 7 FMaG 2016 und stellt somit einen Mangel der Konformität des Produkts dar.

Für die Daten des Herstellers gilt ebenso wie für das Kennzeichen zur Identifikation, dass diese nicht dauerhaft auf der Funkanlage angebracht werden müssen; ein Aufkleber auf dem Produkt ist ausreichend.

* Zum Verweis auf die fehlerhafte Referenz zur vollständigen EU-Konformitätserklärung (DOC)

Gemäß § 23 Abs. 2 Z 3 FMaG 2016 muss der Funkanlage die Konformitätserklärung gemäß § 12 Abs. 2 oder Abs. 3 FMaG 2016 beigelegt sein.

Gemäß § 12 Abs. 2 FMaG 2016 hat die EU-Konformitätserklärung in ihrem Aufbau dem Muster in Anlage 6 zum FMaG 2016 zu entsprechen. § 12 Abs. 3 FMaG 2016 regelt die vereinfachte EU-Konformitätserklärung, die den in Anlage 7 aufgeführten Elementen zu entsprechen hat.

Gemäß § 23 Abs. 2 Z 3 FMaG 2016 hat der Hersteller die Wahl zwischen der EU-Konformitätserklärung gemäß Anlage 6 zum FMaG oder der vereinfachten EU-Konformitätserklärung gemäß Anlage 7 FMaG 2016. Aus Anlage 7 FMaG 1016 ergibt sich, dass im Falle einer vereinfachten EU-Konformitätserklärung in dieser angegeben sein muss, unter welcher Internetadresse der vollständige Text der EU-Konformitätserklärung verfügbar ist.

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der vollständige Text der EU-Konformitätserklärung (Beilage ./E) unter der vom Hersteller (der beschwerdeführenden Partei) angegebenen Internetseite zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung verfügbar war, nicht jedoch zum Zeitpunkt der Prüfung der Verfügbarkeit durch die belangte Behörde.

Das Fehlen der vollständigen EU-Konformitätserklärung unter der vom Hersteller angegebenen Internetadresse zum Zeitpunkt der Bereitstellung auf dem Markt verstößt gegen § 12 Abs 3 FMaG 2016 und stellt somit einen Mangel der Konformität des Produkts dar.

Die von der belangten Behörde nach dem FTEG festgestellten Mängel des Produkts stellen somit auch Mängel im Sinne des FMaG 2016 dar. Andere Mängel des Produkts gemäß den Anforderungen des FMaG 2016 waren nicht Gegenstand des vorangegangenen Verfahrens. Die Prüfung des Produktes auf andere Mängel als jene, die von der Behörde im Rahmen der Marktüberwachung festgestellt wurden, sind damit auch nicht Gegenstand (Sache) des Beschwerdeverfahrens. Eine weitergehende Prüfung des Produkts auf andere Mängel als jene, die von der belangten Behörde festgestellt wurden, würde die funktionelle Zuständigkeit des BVwG überschreiten (vgl. VwGH 27.01.2016, Ra 2014/10/0038) und kann daher nicht erfolgen.

3.5. Die beschwerdeführende Partei bringt vor, dass die Behörde mit der Anordnung der Rücknahme des Produkts (Verkaufsverbot) nicht das gelindeste Mittel angewendet hat.

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 Büro für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen 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 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;

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 unvollständig;

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

9.-Die Anforderungen bezüglich der Identifizierung der Wirtschaftsakteure gemäß § 9 werden nicht erfüllt;

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

(2) Lehnt es der Wirtschaftsakteur ab, der Aufforderung nachzukommen oder lässt er die Frist ungenutzt verstreichen, so hat das Büro für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen Aufsichtsmaßnahmen gemäß § 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 Büro für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen 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 Büro für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen 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 Büro für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen 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.

..."

Die festgestellten Mängel des Produkts stellen formale Mängel im Sinne des § 13 Abs 1 FMaG 2016 dar:

-

Das Anbringen einer CE-Kennzeichnung unter der Mindesthöhe (§ 15 Abs. 1 FMaG 2016 iVm Anlage 1 Z 2 zum FMaG 2016) fällt unter § 13 Abs 1 Z 2 FMaG 2016.

-

Das Fehlen eines Identifikationskennzeichens (§ 4 Abs. 6 FMaG 2016) und das Fehlen des Namens der beschwerdeführenden Partei sowie ihrer Postanschrift (§ 4 Abs. 7 FMaG 2016) fallen jeweils unter § 13 Abs 1 Z 7 FMaG 2016.

-

Das Fehlen der vollständigen EU-Konformitätserklärung unter der vom Hersteller angegebenen Internetadresse (§ 12

Abs 3 FMaG 2016) fällt unter § 13 Abs 1 Z 5 FMaG 2016, zumal die EU-Konformitätserklärung nur dann korrekt ausgestellt ist, wenn sich im Fall einer vereinfachten EU-Konformitätserklärung der Text der vollständigen EU-Konformitätserklärung unter der angegebenen Internetadresse befindet.

3.6. Da sämtliche von der belangten Behörde festgestellten Mängel des Produkts 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.

§13 FMaG 2016 setzt Art. 43 RED um. Aus den erläuternden Bemerkungen zum FMaG 2016 (EB RV 1460 der Beilagen XXV GP, Seite 6) ergibt sich, dass in den in § 13 Absatz 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 z.B. eine ausgedrückte Kooperationsbereitschaft verweigert und die Frist ungenutzt verstreichen lässt, wird auch in diesen Fällen das in § 28 FMaG 2016 vorgesehene Aufsichtsverfahren durchgeführt.

Die Aufforderung zur Beseitigung nach § 13 Abs. 1 FMaG 2016 stellt eine Verfahrensanordnungen Sinne des§§ 63 Abs. 2 AVG dar, die selbstständig nicht anfechtbar ist (Hengstschläger/Leeb, AVG § 63 RZ 48, Stand 1.7.2007, rdb.at). 13 Abs. 1 und Abs. 2 FMaG 2016 sehen ähnlich wie § 360 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 ein stufenweises Vorgehen der Behörde vor: Die Behörde ist gemäß § 13 Abs. 1 FMaG 2016 dazu verpflichtet (Arg.: "....hat.. dazu aufzufordern..."), die Beseitigung der formal fehlenden Konformität mittels Verfahrensanordnung aufzutragen, wenn zu erwarten ist, dass alleine aufgrund einer solchen Anordnung der festgestellte Missstand beseitigt wird.

Das Beweisverfahren hat nun ergeben, dass eine Beseitigung der formal fehlenden Konformität des Produkts objektiv zu erwarten gewesen wäre. Die nicht dauerhaft anzubringen Informationen (Identifikationskennzeichen, Herstellerdaten) können durch Anbringung von Aufklebern auf dem Produkt ergänzt werden. Das Fehlen der vollständigen EU-Konformitätserklärung unter der vom Hersteller angegebenen Internetadresse war ebenfalls durch den Hersteller behebbar und wurde zwischenzeitig auch tatsächlich umgesetzt. Die CE-Kennzeichnung in Mindesthöhe kann durch Aufdruck oder Gravur dauerhaft an dem Produkt angebracht werden. Die beschwerdeführende Partei ist zur Durchführung all dieser Maßnahmen bereit. Die belangte Behörde hätte die Beseitigungsfähigkeit der formalen Mängel der Konformität, und damit die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 FMaG 2016 feststellen können, wenn sie die beschwerdeführende Partei nach Feststellung der formalen Mängel der Konformität über dieses Beweisergebnis informiert und zur Stellungnahme aufgefordert hätte. Dies hat die belangte Behörde aber entgegen § 45 Abs. 3 AVG (Pflicht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs) unterlassen. Der Verfahrensmangel der Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs konnte durch die Erhebung der Beschwerde durch die beschwerdeführende Partei und das vor dem Bundesverwaltungsgericht durchgeführte Beschwerdeverfahren geheilt werden (vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG § 45 Rz. 40, Stand 1. 7. 2005, rdb.at).

Das unter Wahrung des Parteiengehörs der beschwerdeführenden Partei durchgeführte Beschwerdeverfahren hat nun ergeben, dass die formalen Mängel der Konformität des Produktes wie oben dargestellt behebbar sind und bereits im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides behebbar gewesen wären. Die Voraussetzungen zur Erlassung der Verfahrensanordnung des § 13 Abs. 1 FMaG 2016 lagen somit im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides vor. Hätte die belangte Behörde der beschwerdeführenden Partei Gelegenheit zur Stellungnahme vom Ergebnis ihrer Begutachtung des Produktes und der festgestellten formalen Mängel des Produkts gegeben, hätte die beschwerdeführende Partei zu diesem Zeitpunkt bereits Gelegenheit gehabt, die Beseitigungsfähigkeit der formalen Mängel der Konformität darzulegen. Die belangte Behörde hätte somit davon ausgehen müssen, dass die Formalmangel der Konformität behebbar sind und der beschwerdeführenden Partei die Verbesserung der Formalmangel der Konformität innerhalb angemessener Frist mittels Verfahrensanordnung gemäß § 13 Abs. 1 FMaG 2016 auftragen müssen.

Selbst ohne vorangegangene Stellungnahme der beschwerdeführenden Partei hätte die belangte Behörde nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen, dass eine Verbesserung der formalen Mängel des Produkts nicht möglich ist. Schon aus einer Begutachtung des Produktes selbst wäre für die belangte Behörde ersichtlich gewesen:

-

Die CE-Kennzeichnung in Mindesthöhe von 5 mm kann auf dem Produkt dauerhaft angebracht werden. Dies ergibt sich daraus, dass die CE-Kennzeichnung in Höhe von 3,5 dauerhaft angebracht wurde und nach den Vorgaben des Blue Guide keine gerätebedingten Umstände vorliegen, warum die CE-Kennzeichnung nicht in Mindesthöhe angebracht werden sollte.

-

Ein Identifikationskennzeichen und die Daten des Herstellers können auf dem Produkt angebracht werden, weil keine gerätebedingten Umstände dagegen sprechen.

-

Der Text der vollständigen EU-Konformitätserklärung kann auf der Website der beschwerdeführenden Partei verfügbar gemacht werden.

Unabhängig von einer Stellungnahme der beschwerdeführenden Partei zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs wäre somit zu erwarten gewesen, dass eine Beseitigung der formalen Mängel erfolgen kann. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufforderung zur Beseitigung der formalen Mängel lagen somit im Zeitpunkt der Prüfung des Produktes durch die belangte Behörde vor.

3.7. Das Fehlen der Verfahrensanordnung 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 Absatz 1 GewO 1994 ist zu entnehmen, dass die vorangehende Verfahrensanordnung 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 Verfahrensanordnung 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 infolge der Verkennung der Rechtslage nicht nach § 13 Abs. 1 FMaG 2016 vorgegangen und hat die Rücknahme des Produktes mit Bescheid aufgetragenen, 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 Rücknahme des Produkts ist 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 ersatzlos zu beheben (vgl dazu Hengstschläger/Leeb, AVG § 66 Rz 105, Stand 1.7.2007, rdb.at).

3.8. Da die beschwerdeführende Partei das Produkt nach Kenntnis des angefochtenen Bescheides durch Rückkauf vom Großhandel in Österreich vom Markt genommen und damit dem (rechtswidrig erteilten)

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at