

TE Bvwg Erkenntnis 2020/5/22 W179 2228913-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.05.2020

Entscheidungsdatum

22.05.2020

Norm

B-VG Art133 Abs4
TKG 2003 §109 Abs1 Z3
TKG 2003 §113 Abs5a
TKG 2003 §4
TKG 2003 §54 Abs1
TKG 2003 §74 Abs1 Z3
TKG 2003 §74 Abs3
TKG 2003 §81
VStG 1950 §19 Abs1
VStG 1950 §19 Abs2
VStG 1950 §21
VStG 1950 §22 Abs2
VStG 1950 §5 Abs1
VStG 1950 §5 Abs2
VStG 1950 §64
VStG 1950 §9 Abs1
VStG 1950 §9 Abs7
VwGVG §31 Abs1
VwGVG §44 Abs3
VwGVG §50 Abs1
VwGVG §52 Abs1
VwGVG §52 Abs2
VwGVG §52 Abs6

Spruch

W179 2228913-1/4E

W179 2231028-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. iur. Eduard Hartwig PAULUS als Einzelrichter über die

Beschwerden 1.) des XXXX , geb am XXXX , als zur Vertretung der XXXX in XXXX , nach außen berufene Person, sowie 2.) der besagten XXXX , gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros (id est: Fernmeldebehörde der Republik Österreich iSd TKG) vom XXXX , GZ XXXX , betreffend ein Verwaltungsstrafverfahren nach dem Telekommunikationsgesetz 2003,

A) beschlossen:

I. Das Begehren auf Erteilung einer Ausnahmenbewilligung nach § 4 TKG 2003 wird wegen Überschreitung der Sache als unzulässig zurückgewiesen.

B) zu Recht erkannt:

I. Im Übrigen werden die Beschwerden mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die bisherigen Spruchpunkte 1.) und 2.) samt Ausspruch über die Strafhöhe des angefochtenen Straferkenntnisses nunmehr lauten wie folgt:

1.) Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der XXXX gemäß § 9 Abs 1 VStG 1991, BGBl Nr. 52/1991 idF BGBl I Nr. 3/2008, dafür einzustehen, dass am XXXX , um XXXX Uhr zwei 5-GHz-WLAN-Funkanlagen auf der Frequenz von XXXX MHz ohne fernmeldebehördliche Bewilligung insoweit betrieben wurden, als die Funkanlage in XXXX , eine WLAN-Strecke zur Funkanlage in XXXX , errichtete.

2.) Sie haben dadurch § 74 Abs 1 Z 3 iVm § 109 Abs 1 Z 3 Telekommunikationsgesetz 2003/BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 111/2018, iVm § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl Nr. 52/1991 idF BGBl I Nr 3/2008, verletzt.

3.) Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

a) Geldstrafe von: ? 400 (in Worten: Euro vierhundert).

b) Falls die Geldstrafe uneinbringlich ist, eine Ersatzfreiheitsstrafe von: 120 Stunden (in Worten: einhundertundzwanzig).

II. Der Ausspruch des angefochtenen Straferkenntnisses zur Solidarhaftung der Zeitbeschwerdeführerin, zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens in der Höhe von ? 40,00 sowie zum zahlenden Gesamtbetrag in Höhe von Euro 440,00 bleibt unverändert.

III. XXXX , geb am XXXX , hat einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht in der Höhe von ? XXXX (in Worten: Euro achtzig) binnen zwei Wochen ab Zustellung dieser Entscheidung zu leisten.

IV. Die XXXX in XXXX , haftet für die dem XXXX , geb am XXXX , in Spruchpunkt B) III. auferlegten Kosten im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand.

C) Revision:

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit formlosen Schreiben vom XXXX beantragte die Zweitbeschwerdeführerin beim BMVIT die Bewilligung einer Frequenz im Bereich XXXX GHz als Sekundärnutzung zur Erprobung bzw zum Testbetrieb für einen Zeitraum von zwölf Monaten für den Standort XXXX in der Gemeinde XXXX und den Standort XXXX , XXXX , wobei es vom erstgenannten Standort keine Einstrahlung auf eine Autobahn gebe, hingegen bei besagtem zweiten Standort sowohl auf die Autobahnen XXXX als auch auf die XXXX "eingestrahlt" werde.

2. Der BMVIT replizierte am XXXX insoweit, als er die Zweitbeschwerdeführerin dahingehend manuizierte, dass der beantragte Frequenzbereich auch von anderen unterschiedlichen Diensten laut Anlage II der Frequenznutzungsverordnung 2013 bereits genutzt und deswegen eine Ausnahmbewilligung nach § 4 Abs 1 TKG 2003 benötigt werde. Die Zweitbeschwerdeführerin werde deshalb ersucht, das auf der Homepage des BMVIT abrufbare Formular für eine entsprechende Ausnahmbewilligung ausgefüllt zu übermitteln und wurde jene zugleich darauf hingewiesen, dass Anträge nach § 4 TKG nur bearbeitet werden könnten, wenn alle Daten auch korrekt ausgefüllt vorliegen würden.

3. Daraufhin übermittelte die Zeitbeschwerdeführerin mit Datum vom XXXX das angesprochene Formblatt "Ausnahmebewilligung gemäß § 4 TKG 2003 - Antrag" für den Standort XXXX in der Gemeinde XXXX [der Standort XXXX wurde nicht mehr beantragt] unter Beischluss von technischen Anlageblättern, und gab als beantragten Zeitraum den XXXX an.

4. Am XXXX - die beantragte Ausnahmebewilligung war noch nicht erteilt - erhoben zwei Organwalter des damaligen Fernmeldebüros für XXXX und XXXX im Zuge einer Peilfahrt, dass zwei Funkmasten der Zweitbeschwerdeführerin, nämlich im Gemeindegebiet XXXX als auch im Gemeindegebiet XXXX, bereits im Bereich der 5 GHz operierten, was der Erstbeschwerdeführer im nachfolgenden Gespräch unter Berufung auf seine Anmeldung vom XXXX auch zugab.

5. Mit E-Mail vom XXXX manuduzierte das BMVIT den Erstbeschwerdeführer nochmals hinsichtlich der benötigten Ausnahmebewilligung und forderte diesen zu einer genauere Darstellung der zur Erprobung geplanten Richtfunkstrecken mit den jeweiligen Öffnungswinkeln inklusive Azimut und Elevation auf, immerhin befänden sich im beantragten Frequenzbereich auch - nicht-zivile - Nutzungen, weshalb neben der Überprüfung der Störungsfreiheit der Mautsysteme in jedem Fall eine Koordinierung - mit dem BMLV - und dessen Zustimmung nach dem TKG erforderlich sei.

6. Mit Strafverfügung vom XXXX verhängte das damalige Fernmeldebüro für XXXX und XXXX [jetzt Fernmeldebüro] über den Erstbeschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zeitbeschwerdeführerin gemäß § 9 Abs 1 VStG zwei Strafen von insgesamt ? XXXX wegen des Betriebens zweier Funkanlagen ohne fernmeldebehördliche Bewilligung ausweislich § 74 Abs 1 Z 3 iVm § 109 Abs 1 Z 3 TKG, und sprach zudem eine Solidarhaftung der Zeitbeschwerdeführerin für diesen Betrag aus.

7. Mit E-Mail vom XXXX erhoben die beiden nunmehrigen Beschwerdeführer fristgerecht Einspruch gegen besagte Strafverfügung, denn ihrer Meinung nach gebe es seit XXXX eine neue Verordnung, der zufolge nur mehr eine Anmeldung, nicht jedoch eine Beantragung zu erfolgen habe, weshalb sie gerechnet von ihrer Meldung ab dem XXXX bereits nach 6 Wochen berechtigt gewesen seien, den Betrieb aufzunehmen.

8. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis entschied die belangte Behörde sodann, dass der Erstbeschwerdeführer als zur Vertretung der XXXX im Tatzeitpunkt nach außen berufene Person gemäß § 9 Abs 1 VStG für Folgendes einzustehen habe:

Dadurch habe der Erstbeschwerdeführer gegen § 74 Abs 1 Z 3 iVm § 109 Abs 1 Z 3 Telekommunikationsgesetz 2003 in Verbindung mit § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 verstoßen und wurde wegen dieser Verwaltungsübertretungen über den Erstbeschwerdeführer zwei Geldstrafen in der Höhe von je ? XXXX (Ersatzfreiheitsstrafe je XXXX) verhängt sowie unter Einrechnung der Kosten des Strafverfahrens in Höhe von ? XXXX (§ 64 VStG) der zu zahlende Gesamtbetrag mit insgesamt ? XXXX festgesetzt.

Gemäß § 9 Abs 7 VStG wurde hinsichtlich der Zweitbeschwerdeführerin eine Solidarhaftung für die verhängte Geldstrafe ausgesprochen.

Begründend führte die belangte Behörde zum im Einspruch gemachten Einwand, eine Anmeldung hätte genügt und sei vorliegend keine Bewilligung erforderlich, aus, die monierte Anzeigepflicht nach (wohl) § 80a TKG sei schon allein aufgrund des Frequenzbereiches auszuschließen, weil keine einzige der in der Anlage 2 zur Verordnung BGBl II Nr. 317/2019 genannten 20 Funkschnittstellenbeschreibungen den hier gegenständlichen Frequenzbereich betreffe.

9. Gegen dieses Straferkenntnis wendet sich das Rechtsmittel der Beschwerdeführer, ficht jenes insgesamt und im Besonderen auch die Strafhöhe an, dies mit dem Begehren, die belangte Behörde möge "statt dessen einen Bescheid über den Testbetrieb im XXXX GHz Bereich" erstellen.

Aufs Wesentliche zusammengefasst begründen die Beschwerdeführer ihr Begehren dahingehend, es Fakt sei und werde von ihnen auch anerkannt, dass nach der derzeitigen gesetzlichen Lage eine Nutzung im XXXX GHz Bereich nicht möglich sei. Dazu hätten sie die ausführliche Argumentation des namentlich genannten Sachbearbeiters des angefochtenen Straferkenntnisses nicht gebraucht. Fakt sei auch, ihr Antrag (gemeint: auf Bewilligung des Testbetriebes) liege seit langem bei der Behörde auf und sei noch immer keine Antwort vorliegend oder ein Bescheid gekommen. Die Behörde sei daher im Verzug und hätten die Beschwerdeführer deshalb den Testbetrieb "machen" dürfen. Denn man könne davon ausgehen, dass der Antrag bewilligt sei, wenn die Behörde keinen negativen Bescheid

erlasse. "Das war auch der Grund, warum wir dann auch mit der Aussendung begonnen haben, und sollte unsere Meinung dahingehend falsch sein, dann wird sich die Behörde schon melden und vielleicht kommt dann endlich der Ball ins Rollen. Statt dessen begnügt man sich mit dem Strafbescheid und sonst kommt nichts!"

10. Mit E-Mail vom XXXX bringen die Beschwerdeführer [arg: "wir"] eine Ergänzung zu ihrem Rechtsmittel dahingehend ein, dass sie nun die Testfrequenz rückwirkend ab Datum der Antragstellung stellen würden.

11. Die belangte Behörde legt den Verwaltungsakt vor, verzichtet auf eine Beschwerdeentscheidung, und beantragt für den Fall der Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ladung eines Vertreters der Fernmeldebehörde.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die belangte Behörde ging von nachstehendem Sachverhalt aus, den auch das Bundesverwaltungsgericht seiner Entscheidung zu Grunde legt:

1.1. XXXX [der hg Erstbeschwerdeführer] war zum unten angeführten Tatzeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer der XXXX [der hg Zweitbeschwerdeführerin] am Standort XXXX (Firmenbuchnummer: XXXX).

1.2. Am XXXX führten Organe der technischen Abteilung der belangten Behörde Routinekontrollen von 5-GHz-WLAN-Strecken im Bereich XXXX durch. Dabei wurde eine Aussendung auf XXXX MHz durch am Gebäudedach in XXXX , montierten Anlagen festgestellt.

Diese Anlagen gehören der XXXX , die eine WLAN-Strecke vom genannten Standort in XXXX auf den XXXX ohne fernmeldebehördliche Bewilligung zum Tatzeitpunkt betrieb.

1.3. Die Spruchpunkte 1.) und 2.) des angefochtenen Straferkenntnisses lauteten demgemäß:

1.4. Der Erstbeschwerdeführer wurde bereits zweimal, jeweils wegen Übertretungen nach § 74 Abs 1 TKG (GZ XXXX und GZ XXXX) rechtskräftig verurteilt.

1.5 Der Erstbeschwerdeführer macht keine Angaben zu seinen Familien-, Vermögens- und Einkommensverhältnissen.

2. Das Schreiben des BMVIT an die Zweitbeschwerdeführerin vom XXXX lautet wortwörtlich:

"Sehr geehrter Herr XXXX ,

Gemäß ihrem Schreiben vom XXXX ersuchen sie um technische Erprobungen in dem Frequenzbereich XXXX MHz. Gemäß § 4. Abs 1 TKG 2003 kann der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie auf Antrag die Errichtung und den Betrieb von Funkanlagen zum Zwecke der technischen Erprobung bewilligen, wenn dagegen aus technischer Sicht keine Bedenken bestehen, insbesondere wenn Störungen anderer Kommunikationseinrichtungen nicht zu erwarten sind. Eine solche Bewilligung ist entsprechend zu befristen. In der Anlage II der Frequenznutzungsverordnung 2013 ist ersichtlich, dass der von ihnen beantragte von unterschiedlichen Diensten genutzt wird. Um bestehende Funkdienste nicht zu beeinflussen und um eine formale und technische Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen nachzukommen, werden sie ersucht, dass auf der Homepage des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie bereitgestellte Formular „Ausnahmebewilligung gemäß § 4 TKG 2003 - Antrag“ ausgefüllt an die oberste Fernmeldebehörde, Abteilung PT2 zu übermitteln. (...)" [Hervorhebungen BVwG]

3. Im gemeinsam von beiden Beschwerdeführern erhobenen Rechtsmittel finden sich folgende Ausführungen: "Fakt ist aber auch, dass inzwischen ja schon wieder einige Monate vergangen sind, und immer noch keine Antwort vor liegt [sic!] oder ein Bescheid gekommen ist. Die XXXX vom XXXX ist eben schon lange vorbei. Warum dauert es wieder Monate? Es entzieht sich unserer Kenntnis und wir haben das Gefühl, unser Anliegen/Antrag ist abgelegt worden und wird nicht gearbeitet. Es wurde auch seit XXXX nichts mehr nachgefordert! Also man könnte davon ausgehen, der Antrag ist bewilligt, weil kein negativer Bescheid gekommen ist. Das war auch der Grund, warum wir dann auch mit der Aussendung begonnen haben, und sollte unsere Meinung dahingehend falsch sein, dann wird sich die Behörde schon melden und vielleicht kommt dann endlich der Ball ins Rollen. Statt dessen begnügt man sich mit einem Strafbescheid und sonst kommt nichts!" [Hervorhebungen BVwG]

2. Beweiswürdigung:

1. Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweis erhoben mittels Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde und jenen des Bundesverwaltungsgerichts -

insbesondere in das angefochtene Straferkenntnis und die dagegen erhobene Beschwerde.

2. Die Beschwerdeführer bestreiten weder die maßgeblichen Sachverhaltselemente noch die behördliche Beweiswürdigung in substantiiert Weise; dies gilt auch für die Frage des Betriebs der Funkanlagen ohne fernmeldebehördlicher Bewilligung, vielmehr gibt das Rechtsmittel zu, dass sogar im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung hinsichtlich der beantragten Ausnahmebewilligung "immer noch keine [behördliche] Antwort vorliegt oder ein Bescheid gekommen ist". Zum monierten Rechtsirrtum und damit zur Frage, inwieweit eine behördliche Säumnis eine Bewilligung substituieren kann oder gar nur eine Anzeigepflicht vorliegt, ist auf die rechtliche Würdigung zu verweisen.

3. Das Errichten einer WLAN-Strecke vom ersten Standort auf den zweiten ergibt sich nicht nur aus dem Straferkenntnis, sondern deckt sich aktenkundig auch mit dem Erhebungsbericht zur Peilfahrt und der nachfolgenden E-Mail des damaligen Fernmeldebüro für XXXX und XXXX an das BMVIT vom XXXX mit der Frage, inwieweit eine Bewilligung vorliege.

4. Die festgestellten Wortfolgen des Schreibens des BMVIT vom XXXX als auch des Rechtsmittels sind aktenkundig und ergeben sich aus diesen in unbestreitbarer Weise.

3. Rechtliche Beurteilung:

1. Da die als Einspruch bezeichnete gegen das angefochtene Straferkenntnis erhobene Beschwerde durchgängig von "wir" bzw "uns" spricht und am Ende derselben sowohl XXXX als auch die XXXX in Fettdruck anführt, wurde das Rechtsmittel seinem objektiven Erklärungswert zufolge sowohl für den Beschuldigten als auch für die solidarisch haftende Gesellschaft erhoben, zumal der Beschuldigte einerseits als Geschäftsführer als auch als Prokurist für die XXXX alleinvertretungsbefugt ist. Auch liefe eine anderweitige Auffassung dem Rechtsschutzinteresse der solidarisch haftenden Gesellschaft zuwider.

2. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 24 VStG iVm § 39 Abs 2 AVG werden die beiden vorliegenden Beschwerdeverfahren aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

3. Die Beschwerden wurden rechtzeitig erhoben.

3.1. Zu Spruchpunkt A) Beschluss:

4. Sache dieses Beschwerdeverfahrens (ein Strafverfahren) ist das angefochtene Straferkenntnis und nicht der Antrag auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach § 4 TKG 2003 (ein Administrativverfahren). Schon deshalb kann dem Beschwerdebegehren auf Ausspruch besagter Ausnahmebewilligung in der nachträglich beantragten Fassung einer angestrebten Rückwirkung nicht entsprochen werden und ist der diesbezügliche hiergerichtliche Antrag wegen Überschreitung der Sache als unzulässig zurückzuweisen.

3.2. Zu Spruchpunkt B) Erkenntnis:

5. Im Rechtsschutzinteresse der unvertretenen Beschwerdeführer und auch dem objektiven Erklärungswert des Rechtsmittels zufolge kann das Begehren jedoch nur so verstanden werden, dass es additional auf die gänzliche Beseitigung des Straferkenntnis gerichtet ist (arg: "statt dessen" [sic!]), die Strafhöhe wird ohnedies explizit gerügt.

a) Rechtsnormen (unter Bedachtnahme auf § 1 Abs 2 VStG)

6. Die vorliegend relevanten Bestimmungen der §§ 4, 74, 54, 80a, 81 und 109 TKG 2003 idFBGBl I Nr 111/2018 lauten (auszugsweise) wortwörtlich [Hervorhebungen BVwG]:

"Ausnahmebewilligung

§ 4. (1) Der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie kann auf Antrag die Errichtung und den Betrieb von Funkanlagen zum Zweck der technischen Erprobung bewilligen, wenn dagegen aus technischer Sicht keine Bedenken bestehen, insbesondere wenn Störungen anderer Kommunikationseinrichtungen nicht zu erwarten sind. Eine solche Bewilligung ist entsprechend zu befristen.

(2) Für Frequenzuteilungen, die im Rahmen einer Ausnahmebewilligung erfolgen, sowie zur Änderung und zum Widerruf dieser Frequenzuteilungen ist der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zuständig. Vor Zuteilung von Frequenzen, die im Frequenznutzungsplan (§ 52 Abs. 2) auch für Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk

vorgesehen sind, in einer Bewilligung gemäß Abs. 1 sowie vor Änderungen dieser Zuteilungen ist eine Stellungnahme der KommAustria einzuholen, vor Zuteilung von Frequenzen im Sinne des § 51 Abs. 3 ist eine Stellungnahme der Regulierungsbehörde einzuholen."

"Errichtung und Betrieb von Funkanlagen

§ 74. (1) Die Errichtung und der Betrieb einer Funkanlage ist unbeschadet der Bestimmungen des FMaG 2016, nur zulässig

1. im Rahmen der technischen Bedingungen einer Verordnung nach Abs. 3, oder
2. nach einer Anzeige des Betriebs einer Funkanlage auf Grund einer Verordnung nach Abs. 3 oder
- 2a. im Rahmen einer gemäß Abs. 2, 2a, 2b oder einer gemäß § 4 zu erteilenden Bewilligung oder
3. im Rahmen einer gemäß § 81 zu erteilenden Bewilligung mit gleichzeitiger Frequenzzuteilung durch die Fernmeldebehörde (§ 54 Abs. 14) oder die KommAustria (§ 54 Abs. 3 Z 1),
4. im Rahmen einer gemäß § 81 zu erteilenden Bewilligung nach einer Frequenzzuteilung durch die Regulierungsbehörde gemäß § 55,
5. im Rahmen einer Amateurfunkbewilligung.

(1a) (...)

(3) In den nicht dem § 53 Abs. 2 unterliegenden Fällen hat der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie die technischen Bedingungen und Verhaltensvorschriften für den Betrieb von Funkanlagen durch Verordnung festzulegen. Dabei ist auf die internationale Normierung und auf die Sicherstellung eines ordnungsgemäßen und störungsfreien Betriebs einer Telekommunikationsanlage Bedacht zu nehmen. Soweit dies für die Überwachung des störungsfreien Betriebs von Funkanlagen erforderlich ist, kann in dieser Verordnung festgelegt werden, dass bestimmte Funkanwendungen einer Anzeigepflicht gemäß § 80a unterliegen."

"Frequenzzuteilung

§ 54. (1) Die Frequenzzuteilung hat nach Maßgabe des Frequenznutzungsplans und des Frequenzzuteilungsplans beruhend auf objektiven, transparenten, nichtdiskriminierenden und angemessenen Kriterien auf der Grundlage transparenter und objektiver Verfahren sowie technologie- und diensteneutral zu erfolgen.

(1a) (...)

(14) Die Entscheidung über die Zuteilung von Frequenzen durch die Fernmeldebehörde gemäß Abs. 3 Z 3 ist nach Maßgabe des Frequenznutzungsplans im Rahmen der Bewilligungserteilung gemäß § 81 binnen sechs Wochen ab Einlangen des vollständigen Antrags zu treffen, es sei denn, dass auf Grund internationaler Vereinbarungen der Abschluss einer Frequenzkoordinierung abzuwarten ist."

"Anzeigeverfahren

§ 80a. (1) Die Inbetriebnahme einer Funkanlage gemäß einer Verordnung nach § 74 Abs. 3 ist der Fernmeldebehörde schriftlich anzuzeigen. Die Anzeige hat die Angaben gemäß § 81 Abs. 1 Z 1 bis 3 zu enthalten.

(2) Stellt die Behörde fest, dass die Angaben unvollständig sind, hat sie den Anzeiger aufzufordern, die Anzeige binnen einer gleichzeitig festzusetzenden, angemessenen Frist zu verbessern."

"Bewilligungsverfahren

§ 81. (1) Anträge gemäß § 74 Abs. 1 Z 3 und 4 sind schriftlich einzubringen. Der Antrag hat jedenfalls zu enthalten:

1. Name und Anschrift des Antragstellers,
2. Angaben über den Verwendungszweck der Funkanlage und
3. Angaben über die Funktionsweise der Funkanlage,
4. einen allfälligen Bescheid der Regulierungsbehörde gemäß § 55.

Auf Aufforderung der Behörde sind Unterlagen zum Nachweis der technischen Eigenschaften der Funkanlage sowie die Erklärung über die Konformität der verwendeten Geräte vorzulegen.

(2) Über einen Antrag gemäß Abs. 1 hat das Fernmeldebüro zu entscheiden, in dessen örtlichem Wirkungsbereich die Funkanlage betrieben werden soll. Über Anträge gemäß Abs. 1 hinsichtlich Funksendeanlagen, die für Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk vorgesehen sind, hat die KommAustria zu entscheiden. Die Behörde hat die Entscheidung binnen sechs Wochen ab Einlangen des vollständigen Antrags zu treffen, es sei denn, dass auf Grund internationaler Vereinbarungen der Abschluss einer Frequenzkoordinierung abzuwarten ist. Hat die Behörde ein vergleichendes Auswahlverfahren durchzuführen, verlängert sich die Frist um acht Monate.

(3) Soll eine Funkanlage im örtlichen Wirkungsbereich zweier oder mehrerer Fernmeldebüros errichtet oder betrieben werden, oder sollen Frequenzen genutzt werden, die von der Regulierungsbehörde gemäß § 55 zugeteilt wurden, so ist das Fernmeldebüro zuständig, in dessen örtlichem Wirkungsbereich der Antragsteller seinen Hauptwohnsitz hat. Ist ein solcher nicht vorhanden, so ist jenes Fernmeldebüro zuständig, in dessen örtlichem Wirkungsbereich die Funkanlage das erste Mal in Betrieb genommen werden soll.

(3a) Über die Zuteilung von Frequenzen im Rahmen einer Sekundärnutzung im Sinn des § 54 Abs. 6a entscheidet das Fernmeldebüro.

(4) Für den Fall, dass die Zuteilung von Frequenzen nicht durch die Regulierungsbehörde erfolgt ist, entscheidet über die Zuteilung unbeschadet des Abs. 3 und des § 74 Abs. 2, 2a und 2b die gemäß § 54 Abs. 3 zuständige Behörde nach den Kriterien des § 54.

(5) Bescheide gemäß § 83 sind auf höchstens zehn Jahre befristet zu erteilen. Wurden die Frequenzen durch die Regulierungsbehörde gemäß § 55 zugeteilt, richtet sich die Befristung des Bescheides gemäß § 83 nach der im Zuteilungsbescheid ausgesprochenen Befristung.

(6) Bescheide gemäß §§ 75 76 und 83 können Nebenbestimmungen enthalten. In den Fällen des § 55 können zusätzliche Auflagen vorgeschrieben werden, die erforderlich sind um im Rahmen des konkreten Einsatzes der Funkanlage den störungsfreien Betrieb von anderen Funkanlagen sicherzustellen, insbesondere, wenn ein Koordinierungsverfahren mit in- oder ausländischen Funkanlagen erforderlich ist. In den übrigen Fällen können mit Bedingungen und Auflagen Verpflichtungen auferlegt werden, deren Einhaltung nach den Umständen des Falles für den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen nach den Kriterien des § 54 Abs. 1d, zur Vermeidung von Sachschäden, zur Einhaltung internationaler Vereinbarungen, zur Sicherung des ungestörten Betriebes anderer Fernmeldeanlagen oder aus sonstigen technischen oder betrieblichen Belangen geboten erscheint.

(6a) Falls eine Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb von Funkanlagen, die auf von der Regulierungsbehörde zugeteilten Frequenzen (§ 55) betrieben werden, Auflagen enthält, um im grenznahen Gebiet Störungen ausländischer Funkanlagen zu vermeiden, können durch Vereinbarung der betroffenen Betreiber untereinander diese Auflagen modifiziert werden, sofern damit die Effizienz der Frequenznutzung gesteigert oder das Auftreten funktechnischer Störungen zwischen den betroffenen Betreibern verringert wird. Eine derartige Vereinbarung darf keine technischen oder wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen auf Dritte hervorrufen und bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Bewilligung durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie und kann bei Wegfall der oben genannten Voraussetzungen widerrufen werden. Vor Erteilung dieser Bewilligung sowie vor deren Widerruf ist eine Stellungnahme der Regulierungsbehörde einzuholen.

(7) In den Fällen des § 56 Abs. 4 hat die Fernmeldebehörde auf Antrag des Rechtsnachfolgers einen Feststellungsbescheid über den erfolgten Übergang des Bescheides zu erlassen."

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 109. (1) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 4 000 Euro zu bestrafen, wer

1. (...);
2. (...);
3. entgegen § 74 Abs. 1 eine Funkanlage errichtet oder betreibt;

(...)

(5) Bei der Bemessung der Geldstrafen gemäß Abs. 1 bis 4 ist auch darauf Bedacht zu nehmen, ob die Tat gewerbsmäßig oder wiederholt begangen wurde. Wurde die Tat gewerbsmäßig begangen, so ist der dadurch erzielte unrechtmäßige Vorteil gemäß dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens bei der Bemessung zu berücksichtigen.

(...)

(9) Sofern in einem Verfahren nach Abs. 1 bis 4 Beschuldigter ein Betreiber von öffentlichen Kommunikationsdiensten oder -netzen ist, hat die Verwaltungsstrafbehörde der Regulierungsbehörde eine Abschrift der Verfahrenserledigung zu übermitteln."

7. § 5 Abs 1 VStG, BGBl Nr. 52/1991 idF BGBl I Nr. 58/2018, lautet wortwörtlich:

"(1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

(1a) Abs. 1 zweiter Satz gilt nicht, wenn die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist.

(2) Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte."

8. § 19 VStG, BGBl Nr. 52/1991 idF BGBl I Nr. 58/2018, lautet wortwörtlich:

"(1) Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

(2) Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen."

9. § 45 Abs 1 VStG, BGBl Nr. 52/1991 idF BGBl I Nr. 33/2013 lautet wortwörtlich:

"§ 45. (1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

- 1.-die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
- 2.-der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;
- 3.-Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen;
- 4.-die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind;
- 5.-die Strafverfolgung nicht möglich ist;
- 6.-die Strafverfolgung einen Aufwand verursachen würde, der gemessen an der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat unverhältnismäßig wäre.

Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten."

10. § 21 VStG, BGBl Nr. 52/1991 aufgehoben durch BGBl I Nr. 33/2013, trug folgenden Wortlaut:

"Absehen von der Strafe

§ 21. (1) Die Behörde kann ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

(1a) Die Behörde kann von der Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens absehen, wenn die Verfolgung aussichtslos erscheint oder der hierfür erforderliche Aufwand in einem Missverhältnis zum Grad und zur Bedeutung der in der Verwaltungsübertretung liegenden Verletzung öffentlicher Interessen steht.

(1b) Unter den in Abs. 1 genannten Voraussetzungen können die Verwaltungsbehörden von der Erstattung einer Anzeige absehen.

(2) Unter den in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen können die Organe der öffentlichen Aufsicht von der Verhängung einer Organstrafverfügung oder von der Erstattung einer Anzeige absehen; sie können den Täter in solchen Fällen in geeigneter Weise auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens aufmerksam machen."

b) Objektiver Tatbestand

11. Die Beschwerdeführer bestreiten nicht, dass die Zweitbeschwerdeführerin im Tatzeitpunkt an den genannten Tatorten jeweils eine 5-GZ-WLAN-Funkanlage auf der Frequenz XXXX betrieben und hierfür weder eine fernmeldebehördliche Bewilligung nach § 81 TKG noch eine Ausnahmegewilligung nach § 4 TKG besessen hat. Zudem ist unstrittig, dass der Erstbeschwerdeführer im Tatzeitpunkt Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin und somit die zur Vertretung derselben nach außen berufene Person war.

Da die inkriminierten Funkanlagen nicht in der Verordnung des BMVIT, mit der generelle Bewilligungen erteilt werden, BGBl II Nr. 64/2014, bzw in deren Anlage genannt werden, lag zu deren Betrieb im Tatzeitpunkt weder eine generelle Bewilligung vor, noch waren diese rein anzeigepflichtig im Sinne des § 80a TKG, sondern waren jene bewilligungspflichtig im Sinne des § 74 Abs 1 Z 3 TKG iVm § 81 TKG (vgl Ries/Schilchegger, TKG, Verlag Österreich, 2016, § 81 Rz 4.).

Der objektive Tatbestand des § 109 Abs 1 Z 3 TKG ist sohin erfüllt, woran auch ein allfälliger Rechtsirrtum der Beschwerdeführer oder eine etwaige (monierte) Säumnis des BMVIT im Bewilligungsverfahren (und damit der hier nicht belangten Behörde) etwas ändert.

c) Subjektiver Tatbestand

12. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist Folgendes auszuführen:

12.1. Bei der im Beschwerdefall vorgeworfenen Verwaltungsübertretung des § 109 Abs 1 Z 3 TKG 2003 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. In einem solchen Fall besteht gemäß § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann (vgl ua VwGH vom 13.12.1990, 90/09/0141; 12.03.1990, 90/09/0066).

Es ist bei einem Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs 1 VStG daher am Beschwerdeführer gelegen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056).

Soweit die Beschwerdeführer monieren, sie seien alleine aufgrund ihrer an das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie gerichteten Anträge vom XXXX (Antrag auf Frequenzbewilligung - Erprobung - XXXX) sowie vom XXXX (Antrag - Ausnahmegewilligung gemäß § 4 TKG 2003) gutgläubig davon ausgegangen, dass sie die Funkanlagen betreiben dürften, machen sie (auch) einen Rechtsirrtum geltend.

Auf dem Boden der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann ein Rechtsirrtum allerdings nur dann schuldbefreiend wirken, wenn sich der Beschuldigte vor der Tathandlung an die zuständige Verwaltungsbehörde mit seiner (irrigen) Rechtsmeinung und der Bitte um Überprüfung derselben gewandt hätte. Gerade dies ist jedoch weder aktenkundig, noch bringen dies die Beschwerdeführer vor (sondern verneinte diesen Umstand bereits die Begründung des Straferkenntnis, was das Rechtsmittel unbestritten lässt.) Vielmehr wurden die Beschwerdeführer hinsichtlich der Notwendigkeit einer Ausnahmegewilligung durch die belangte Behörde mit Schreiben vom XXXX manudiziert.

Ein schuldbefreiender Rechtsirrtum liegt somit im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht vor.

Zumal am rechtswidrigen Betrieb von Funkanlagen, auch wenn diese im Rahmen eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes eingesetzt werden, kein öffentliches Interesse besteht (VwGH 21.04.2010, 2007/03/0198). Schließlich trifft den Beschuldigten jedenfalls die Verpflichtung, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen (VwGH 22.06.2016, Ra 2016/03/0036).

12.2. Dass die Tathandlungen von einem Mitarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin ohne Kenntnis des Erstbeschwerdeführers gesetzt worden wären, bringen die Rechtsmittelwerber nicht vor, sodass sich die Frage nach einem Kontrollsystem und dessen Wirksamkeit gar nicht stellt. Vielmehr erschließt sich bereits aus der Textierung des Rechtsmittels, dass der Start des "Aussendens" in Kenntnis des Erstbeschwerdeführers erfolgte (arg: "Das war auch der Grund, wieso wir dann auch mit der Aussendung begonnen haben,...").

12.3. Allerdings offenbart das Rechtsmittel einen bedingten Vorsatz § 5 Abs 1 StGB des Beschuldigten in beiden Fällen insoweit, als es zugibt, die tatbildliche Verwirklichung ernstlich für möglich gehalten und sich mit dieser abgefunden zu haben, wenn es ausführt, mit der "Aussendung" begonnen zu haben, wenn die eigene (Rechts-)Meinung auch falsch sein möge, dann würde sich die Behörde schon melden und komme dann der Ball vielleicht endlich in Rollen. (Vgl Seite 2 des Rechtsmittels, erster Absatz oben: "Also man könnte davon ausgehen, der Antrag ist bewilligt, weil kein negativer Bescheid gekommen ist. Das war auch der Grund, warum wir dann auch mit der Aussendung begonnen haben, und sollte unsere Meinung dahingehend falsch sein, dann wird sich die Behörde schon melden und vielleicht kommt dann endlich der Ball ins Rollen. Statt dessen begnügt man sich mit einem Strafbescheid und sonst kommt nichts!")

12.4. Der subjektive Tatbestand ist sohin erfüllt, allerdings in Form des bedingten Vorsatzes.

d) Einstellung des Verfahrens / Ermahnung

13. Die dem Erstbeschwerdeführer zur Last gelegte Tat ist, wie gezeigt, erwiesen, bildet eine Verwaltungsübertretung und wurde von jenem begangen. Die Strafverfolgung ist auch möglich und verursacht keinen unangemessenen Aufwand. Die beschwerdeführende Partei moniert weder Strafaufhebungs- und Strafausschlussgründe noch Verfolgungshindernisse, und sind solche für das Bundesverwaltungsgericht nicht erkennbar. Damit sind die Voraussetzungen des § 45 Abs 1 Z 1, 2, 3, 5 und 6 VStG (iVm § 38 VwGVG) nicht erfüllt.

14. Zum § 45 Abs 1 Z 4 VStG ist zu erwägen:

Gemäß § 66b Abs 19 Z 3 VStG, BGBl Nr 52/1991 idF BGBl I Nr 33/2013, trat § 45 Abs 1 VStG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 33/2013 mit 01.07.2013 in Kraft; gleichzeitig trat § 21 VStG samt Überschrift außer Kraft.

Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl VwGH 30.01.2015, Ra 2014/02/0079) steht der Übertragung der zu dem in § 21 Abs 1 VStG (idF vor der Novelle BGBl I Nr 33/2013) enthaltenen Terminus des "geringfügigen Verschuldens" ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf den in der Fassung des § 21 Abs 1 VStG nach der Novelle BGBl I Nr 33/2013 (in der Form des § 45 Abs 1 Z 4 VStG) enthaltenen gleichlautenden Terminus nichts entgegen.

Ein Absehen von der Strafe gemäß § 21 Abs 1 VStG kam nur dann in Betracht, wenn beide in § 21 Abs 1 VStG genannten Kriterien (geringfügiges Verschulden und unbedeutende Folgen der Übertretung) erfüllt waren (vgl dazu ua VwGH 20.09.1996, 99/02/0202). Es ist daher im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon auszugehen, dass beide Voraussetzungen des § 45 Abs 1 Z 4 VStG [(1) geringe Bedeutung des strafrechtlichen geschützten Rechtsgutes und geringe Intensität seiner Beeinträchtigung sowie (2) geringfügiges Verschulden des Beschuldigten] für eine Vorgehensweise im Sinne des § 45 Abs 1 Z 4 VStG kumulativ vorzuliegen haben (so auch Fister, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [2013] § 45 Anm 3).

14.1. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist das Verschulden geringfügig, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters - unabhängig von der Schuldform (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) - hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl VwGH 23.06.2010, 2009/06/0129, zu § 21 Abs 1 VStG).

14.1.1. Abgesehen davon, dass vom Bundesverwaltungsgericht auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht erkannt werden kann, dass sich die inkriminierten Verwaltungsübertretungen von der Mehrzahl der bestraften Übertretungen der verfahrensgegenständlichen Bestimmung des § 109 Abs 1 Z 3 TKG 2003 wesentlich unterscheiden,

folglich von einem in atypischer Weise hinter dem Durchschnittsfall zurückbleibenden tatbildmäßigen Verhalten auszugehen und daher das Vorliegen eines "geringfügigen Verschuldens" zu bejahen wäre - denn ebenso wie die "Benützung einer mautpflichtigen Straße ohne für ein ausreichendes Guthaben auf dem Pre-Pay-Konto zu sorgen [...] gerade ein typischer Fall eines nach der Strafbestimmung des § 20 Abs 2 BStMG verpönten Verhaltens" ist (vgl VwGH 23.06.2010, ZI 2009/06/0129, zu § 21 Abs 1 VStG), stellt der verfahrensgegenständliche bewilligungslose Betrieb einer Funkanlage einen typischen Fall des § 74 Abs 1 TKG 2003 dar - ist das Vorliegen eines "geringfügigen Verschuldens" bereits aus folgendem Grund zu verneinen:

14.1.2. Die Beschwerdeführer wären, wie ausgeführt, vor Aufnahme des in Rede stehenden Betriebs im Lichte der Rechtsprechung des VwGH verpflichtet gewesen, sich mit den einschlägigen Normen ihres Betätigungsfeldes auseinanderzusetzen und vermag die unterlassene verpflichtenden Informationseinholung bei der Aufnahme einer Tätigkeit über die auf diesem Gebiet erlassenen gesetzlichen Vorschriften kein geringfügiges Verschulden zu vermitteln (vgl VwGH 19.10.1993, 93/04/0176; VwGH 14.01.2010, ZI 2008/09/0175; VwGH 03.10.2013, ZI2013/09/0113). Auf diese Art und Weise wäre nämlich für die Beschwerdeführer erkennbar gewesen, dass es jedenfalls einer vorherigen fernmeldebehördlichen Bewilligung bedurfte.

In diesem Zusammenhang entschuldigen im Lichte der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur das Vertrauen auf die ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung, die (mitgeteilte) Verwaltungspraxis der zuständigen Behörde sowie sonst verlässliche Auskünfte sachkundiger Personen oder Institutionen auf Grundlage vollständiger Sachverhaltsinformationen. Entschuldigend ist demgemäß das Vertrauen auf Rechtsauskünfte, wobei diese nur dann entschuldigen, soweit sie auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung von einer fachkompetenten Stelle/Person ergehen (vgl Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [2013] § 5 Rz 21 und die dort zitierte Judikatur).

Das Vorliegen einer solchen Rechtsauskunft wird im Beschwerdefall nicht behauptet. Vielmehr wurden die Beschwerdeführer hinsichtlich der Notwendigkeit einer Ausnahmegewilligung durch die belangte Behörde mit Schreiben vom XXXX manuduziert.

Somit scheidet im vorliegenden Fall eine Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG schon mangels geringfügigem Verschulden aus.

14.2. Abgesehen davon, kann im Beschwerdefall auch nicht davon gesprochen werden, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung im vorliegenden Fall geringfügig gewesen wären, weil das in § 74 Abs 1 TKG 2003 normierte Regime gerade auch Gefährdungen zur Grundlage hat, die typischerweise von Funkanlagen ausgehen können (vgl zum Bestehen von Gefährdungen allgemein auch 1389 BlgNR 24. GP zu § 74).

14.3. Die Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG scheidet daher jedenfalls und damit ein Einstellen des Strafverfahrens aus.

14.4. Aufgrund des Nichtvorliegens eines geringfügigen Verschuldens, der mangelnden Geringfügigkeit des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung, kommt auch der Ausspruch einer Ermahnung im Sinne des § 45 Abs 1 VStG nicht in Betracht.

e) Strafbemessung

In Bezug auf die Strafbemessung ist Folgendes zu erwägen:

15. Soweit die belangte Behörde je betriebener Funkanlage eine Strafe verhängt hat, entspricht dies dem im Verwaltungsstrafverfahren geltenden Kumulationsprinzips, demzufolge jede Tat gesondert zu bestrafen ist (vgl Lewisch/Fister/Weilguni, VStG Kommentar [2013] § 19 Rz 11).

§ 22 Abs 2 VStG normiert:

"Hat jemand durch mehrere selbstständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen oder fällt eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen, so sind die Strafen nebeneinander zu verhängen. Dasselbe gilt bei einem Zusammentreffen von Verwaltungsübertretungen mit anderen von einer Verwaltungsbehörde zu ahndenden strafbaren Handlungen."

15.1. Aus der jüngeren Rsp des VwGH vom 03.05.2017, Ra 2016/03/0108, erschließt sich zweifelsfrei, dass insbesondere bei bedingtem Vorsatz im Falle eines fortgesetzten Deliktes das Kumulationsprinzip nicht zur Anwendung gelangt.

15.2. Der Verwaltungsgerichtshof hatte in seinem Erkenntnis vom 25.02.2004, 2003/03/0284, die Frage zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen bei Übertretungen der vorliegenden Art von einem fortgesetzten Delikt auszugehen ist (vgl auch VwGH 24.03.2010, Zl. 2008/03/0132). Er hat diesbezüglich Folgendes ausgesprochen:

"Um von einem fortgesetzten Delikt sprechen zu können, müssen nach der hg. Rechtsprechung Einzelakte von einem einheitlich vorgefassten Willensentschluss, von einem so genannten Gesamtvorsatz getragen sein, d.h. der Täter muss von vornherein ein bestimmtes Endziel ins Auge gefasst haben, das er durch die Begehung mehrerer Teilakte, somit schrittweise erreichen will. Von einem solchen Gesamtvorsatz kann daher nur dann gesprochen werden, wenn der Täter den erstrebten Enderfolg von Anfang an in seinen wesentlichen Umrissen erfasst hat, sodass sich die einzelnen Akte zu dessen Erreichung nur als Teilhandlungen eines (von vornherein gewollt vorhandenen) Gesamtkonzeptes darstellen. Erst dieser innere Zusammenhang lässt die Einzelakte nur als sukzessive Verwirklichung des einheitlich gewollten Ganzen erscheinen. (...) (vgl das hg Erkenntnis vom 6. Mai 1996, Zl. 96/10/0045)."

15.3. Ähnliche darauf aufbauende und auf zuvor dargestellte Entscheidung referenzierende Erwägungen finden sich in VwGH 03.05.2017, Ra 2016/03/0108:

"Ein fortgesetztes Delikt liegt vor, wenn eine Reihe von rechtswidrigen Einzelhandlungen aufgrund der Gleichartigkeit der Begehungsform und der Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs sowie eines diesbezüglichen Gesamtkonzeptes des Täters zu einer Einheit zusammentreten (VwGH vom 25. August 2010, 2010/03/0025; VwGH vom 29. Jänner 2009, 2006/09/0202; VwGH vom 18. September 1996, 96/03/0076). Als objektive Voraussetzungen für das Vorliegen eines fortgesetzten Deliktes müssen sowohl gleichartige Einzelhandlungen als auch ein Angriff auf dasselbe Rechtsgut gegeben sein, und die einzelnen Handlungen dürfen nicht durch einen zu großen Zeitraum unterbrochen werden. Darüber hinaus müssen die Einzelakte im Sinne der subjektiven Komponente von einem einheitlichen Willensentschluss getragen sein (VwGH vom 14. Jänner 1993, 92/09/0286; VwGH vom 16. März 2011, 2009/08/0056 (VwSlg 18.081 A/2011)).

Die neben der Gleichartigkeit der äußeren Umstände auch auf das Merkmal des einheitlichen Willensentschlusses abstellende Betrachtungsweise ist dabei nicht nur auf die "fortgesetzten" Delikte in der engeren Bedeutung dieses Wortes, sondern auch auf gleichzeitig gesetzte Einzelhandlungen anzuwenden. Darüber hinaus wird bei der Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts grundsätzlich nicht die Identität des Angriffsobjekts gefordert, es sei denn, es handelt sich um höchstpersönliche Rechtsgüter wie Leben, Ehre oder Gesundheit. Wie groß der Zeitraum zwischen den einzelnen Tathandlungen sein darf, um noch von einem fortgesetzten Delikt sprechen zu können, ist von Delikt zu Delikt verschieden und hängt im besonderen Maß von den Umständen des Einzelfalls ab. Entscheidend ist, dass die einzelnen Tathandlungen von einem einheitlichen Willensentschluss getragen werden (VwGH vom 15. September 2006, 2004/04/0185; VwGH vom 18. September 1996, 96/03/0076)." [Unterstreichung BVwG]

15.4. Genau diese von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Erwägungen liegen jedoch im Beschwerdefall vor:

Der Erstbeschwerdeführer hatte ein konkretes Endziel vor Augen, nämlich einen Testbetrieb vom XXXX aus, so wie er es auch zur Ausnahmegewilligung beantragt hatte. Zu dem Zwecke muss das auszusendende Testsignal zuerst auf den XXXX "hinaufgebracht" werden. Vor diesem Hintergrund errichtete die Zeitbeschwerdeführerin vom ersten inkriminierten Standort in XXXX vom Gebäude XXXX eine WLAN-Strecke hinauf auf den zweiten Standort XXXX, wie nicht nur der Erstbeschwerdeführer, sondern insbesondere aktenkundig dargestellt auch die belangte Behörde festgehalten hat. Für eine WLAN-Strecke bedarf es allerdings naturgemäß zweier Funkanlagen als Sender und Empfänger. Damit tritt jedoch bereits das Gesamtkonzept unter einheitlichem Willensentschluss des Erstbeschwerdeführers im Sinne seiner Motivlage klar zu Tage, nämlich eben eine WLAN-Strecke hinauf auf den XXXX zu errichten.

Beide inkriminierten Tathandlungen erfolgten zur selben Tatzeit und ist die Rechtsprechung zum fortgesetzten Delikt, wie abgebildet, auch auf gleichzeitig gesetzte Einzelhandlungen anzuwenden.

Es liegt somit im Lichte der dargestellten Judikatur ein fortgesetztes (einheitliches) Delikt, welches wie zuvor erwogen mit bedingtem Vorsatz begangen wurde, vor, weshalb auf dem Boden der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegend das Kumulationsprinzip nicht zur Anwendung gelangt und der Erstbeschwerdeführer - nur einmal zu bestrafen ist.

Schon deshalb ist eine Abänderung des behördlichen Spruches notwendig, zudem ist der erste Standort im Spruch (offensichtlich aus einem redaktionellen Versehen heraus) unrichtig geschrieben (" XXXX " statt richtig " XXXX ").

16. Zum Vorliegen der objektiven Kriterien der Strafbemessung nach § 19 Abs 1 VStG wird auf die zuvor getroffenen Erwägungen zum § 45 Abs 1 Z 4 VStG verwiesen.

17. Wird ein ordentliches Verfahren (§§ 40-46 VStG) geführt, sind zusätzlich zu den objektiven Kriterien des § 19 Abs 1 VStG auch die subjektiven Kriterien des Schuldgehaltes der Tat bei der Strafbemessung miteinzubeziehen. Demzufolge sind folgende drei subjektive, dh in der Person des Täters gelegene Umstände, bei der Strafbemessung zu berücksichtigen: Erschwerungs- und Milderungsgründe, das Ausmaß des Verschuldens sowie Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten (vgl Weilguni, in Lewisch/ Fister/Weilguni, VStG [2013] § 19 VStG Anm 8).

17.1. Das VStG kennt kaum Milderungs- und Erschwerungsgründe (vgl nur § 3 Abs 2), § 19 Abs 2 VStG verweist daher auf die §§ 32-35 StGB, die unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sinngemäß anzuwenden sind. Die Aufzählung im StGB ist jedoch lediglich demonstrativ. Eine abschließende Auflistung der Erschwerungs- und Milderungsgründe gibt es demzufolge nicht. Gemäß § 34 StGB kommen zB folgende Milderungsgründe in Betracht: bisheriger ordentlicher Lebenswandel, Begehung der Tat aus achtenswerten Beweggründen, aus Furcht oder Gehorsam, reumütiges Geständnis, unverhältnismäßig lange Dauer des Verfahrens aus einem nicht vom Täter zu vertretenden Grund, ein die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließender Rauschzustand. Jedenfalls von Amts wegen zu berücksichtigen ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Unbescholtenheit des Täters (vgl Weilguni, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [2013] § 19 Anm 10 und 14 mwN).

Der Verwaltungsgerichtshof sprach in seinem Erkenntnis vom 23.02.1994, 93/09/0383, in Bezug auf die Strafzumessung ua Folgendes aus:

"Zwar ist die Behörde nicht verpflichtet ohne entsprechendes Parteivorbringen, Ermittlungen über das allfällige Vorliegen jedes nur denkmöglichen Milderungsgrundes anzustellen. Sie ist auch nicht verpflichtet, die für die Strafbemessung angestellten Erwägungen mit dem Beschuldigten zu erörtern, solange dieser nicht diesbezüglich konkrete Behauptungen aufgestellt oder Beweise angeboten hat (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. April 1970, Zl. 1769/69)."

Die belangte Behörde hat im Beschwerdefall zutreffend als Erschwerungsgrund die beiden rechtskräftigen einschlägigen Verurteilungen des Erstbeschwerdeführers jeweils wegen Übertretungen nach § 74 Abs 1 TKG berücksichtigt. Substantiierte Milderungsgründe wurden von den Beschwerdeführern nicht vorgebracht und deren Vorliegen war für das Bundesverwaltungsgericht auch nicht erkennbar.

17.2. Soweit die belangte Behörde durchschnittliche wirtschaftliche Verhältnisse eines handelsrechtlichen Geschäftsführers annimmt und sich das Rechtsmittel dagegen nicht wendet, sind aus diesen Gründen (also der Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfälliger Sorgepflichten) keine Änderung der behördlichen Strafzumessung vorzunehmen.

17.3. Da diese Entscheidung die behördlich angenommene zumindest fahrlässige Begehung auf dem Boden der festgestellten Ausführungen des Rechtsmittels auf bedingten Vorsatz abzuändern hatte, wirkt dies strafferhöhend, allerdings muss das Verbot der reformatio in peius (Verschlechterungsverbot) im Verwaltungsstrafverfahren beachtet werden, weswegen keine höhere Strafe als hier angefochten (? XXXX) verhängt werden kann.

17.4. Eine Geldstrafe in der Höhe von ? 400,00 für ein einziges fortgesetztes, mit bedingtem Vorsatz begangenes Delikt ist aus vorstehenden Überlegungen jedenfalls tat- und auch schuldangemessen, und verletzt auch nicht das Verschlechterungsverbot (vgl nur die Rsp des VwGH in die andere Richtung, die das verwaltungsgerichtliche [früher berufsbehördliche] "Aufspalten" eines einzigen behördlich festgestellten Delikts auf mehrere Delikte zulässt, solange die erstbehördlich verhängte Gesamtstrafe dadurch nicht erhöht wird: VwGH 14.11.2018, Ra 2016/08/0082; mHa VwGH 20.5.2009, 2007/07/0110; 25.4.2002, 2002/05/0036).

Zumal dadurch eingedenk des bedingten Vorsatzes trotz der rechtskräftigen Vorverurteilungen lediglich 10 % des (bis zu ? 4.000 reichenden) Strafrahmens ausgeschöpft wird.

f) Ergebnis

18. Die Beschwerden waren somit im Übrigen (abseits der erfolgten Zurückweisung) gemäß § 50 VwGVG iVm § 74 Abs 1 Z 3 iVm § 109 Abs 1 Z 3 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 111/2018, iVm § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl Nr. 52/1991 idF BGBl I Nr 3/2008, als unbegründet abzuweisen.

g) Absehen von einer mündlichen Verhandlung

19. Gemäß § 44 Abs 3 VwGVG konnte das Bundesverwaltungsgericht vorliegend von einer Verhandlung absehen, weil im angefochtenen Bescheid eine 500 Euro nicht übersteigende Geldstrafe verhängt (Z 3) und eine mündliche Verhandlung nicht beantragt wurde.

h) Kosten

20. Die Entscheidung über den Beitrag zu den Kosten dieses Strafverfahrens bzw über den entsprechenden Haftungsauspruch gründet sich auf § 52 Abs 1, 2 und 6 VwGVG bzw § 38 VwGVG iVm § 9 Abs 7 VStG (Spruchpunkte B III. und B) IV.).

3.3. Zu Spruchpunkt C) Revision:

21. Gemäß § 25a Abs 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), BGBl Nr 10/1985 idF BGBl I Nr 33/2013, 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.

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren war die Rechtsfrage zu klären, ob der Erstbeschwerdeführer auf Basis des festgestellten Sachverhalts eine (oder zwei) Verwaltungsübertretungen nach dem TKG begangen hat und diesbezüglich (in welcher Höhe) zu bestrafen ist.

Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revisi

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at