

BVGer A-4313/2016 vom 25. Januar 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-01-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4313_2016

FR: TAF A-4313/2016 du 25 janvier 2017

IT: TAF A-4313/2016 del 25 gennaio 2017

Regeste

Gerätezulassungen

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von Behörden erlassen wurden, die gemäss Art. 33 VGG als Vorinstanzen gelten, und überdies keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Das BAKOM gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.2

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Verlangt ist somit nebst der formellen Beschwerde, dass die Beschwerdeführerin über eine besondere Beziehungsnähe zur Streitsache verfügt und einen praktischen Nutzen aus der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung zu ziehen vermag (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.70 f. mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin ist formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung. Soweit die Mängel betr. technische Unterlagen/Konformitätsbewertungsverfahren, Konformitätserklärung sowie Kennzeichnung/Benutzerinformationen im Streit stehen, ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung ohne Weiteres auch materiell beschwert. Kein aktuelles Rechtsschutzinteresse kommt ihr hingegen zu, als sich ihre Beschwerde gegen den festgestellten Mangel betr. nutzbaren Frequenzbereich richtet. Denn dieser Mangel wurde von ihr bereits vor Beschwerdeeinreichung behoben, indem sie die Benutzerinformationen gemäss den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids angepasst hat. Da auch kein über diese Beschwerde hinausgehendes Interesse an der Klärung dieser Frage besteht, ist auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten.

E. 1.3

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach mit der unter E. 1.2 genannten Einschränkung

einzutreten.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

E. 3

Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht dürfen im Rahmen des Streitgegenstands bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannte, neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor (sog. unechte Noven) oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens (sog. echte Noven) zugetragen haben, vorgebracht werden. Gleiches gilt für neue Beweismittel. Es ist dabei grundsätzlich Sache der Parteien, die neuen Sachverhaltselemente zu belegen, während das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid abzuwägen hat, inwiefern die neuen Tatsachen und Ereignisse geeignet sind, die angefochtene Entscheidung zu beeinflussen (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.204 ff. mit Hinweisen). Bei der nachfolgenden Prüfung der Beschwerde ist daher auch auf die Noven, die von der Beschwerdeführerin vorgebracht werden, einzugehen.

E. 4

Am 13. Juni 2016 sind zwei neue Verordnungen des Fernmelderechts in Kraft getreten: die Verordnung über Fernmeldeanlagen vom 25. November 2015 (FAV, SR 784.101.2) sowie die Verordnung des BAKOM über Fernmeldeanlagen vom 26. Mai 2016 (VFAV, SR 784.101.21). Nach der Rechtsprechung bleibt grundsätzlich diejenige Regelung anwendbar, welche im Zeitpunkt des Eintritts des Sachverhalts, den es rechtlich zu beurteilen gilt oder der zu Rechtsfolgen führt, in Kraft stand (vgl. BGE 136 V 24 E. 4.3; Urteil des BVerwG A-4941/2014 vom 9. November 2016 E. 7.3.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 288 ff.; je mit Hinweisen). Das vorliegende Verfahren richtet sich demnach noch nach der alten Verordnung über Fernmeldeanlagen vom 14. Juni 2002 (AS 2002 2086; nachfolgend: aFAV; vgl. zu den Übergangsbestimmungen Art. 44 FAV) und der alten Verordnung des BAKOM über Fernmeldeanlagen vom 14. Juni 2002 (AS 2002 2111; nachfolgend: aVFAV).

E. 5

Vorliegend ist die Nichtkonformität der eingangs genannten Fernmeldeanlagen streitig. Die von der Vorinstanz erkannten formellen Mängel sind nachfolgend im Einzelnen zu prüfen (vgl. Technische Unterlagen, Konformitätsbewertungsverfahren [E. 6-7], Konformitätserklärung [E. 8] und Kennzeichnung, Benutzerinformationen [E. 9]). Unbestrittenermassen hat die Kontrolle keine technischen Mängel ergeben.

E. 6.1

Die Vorinstanz erklärt, die eingereichten technischen Unterlagen würden sich auf die Norm EN 300 422-2 V1.2.2 stützen, die seit dem 31. Mai 2013 EU-weit nicht mehr harmonisiert sei. Die Beschwerdeführerin habe bis anhin nicht belegt, dass dieser Mangel behoben worden sei. Die Anwendung einer nicht mehr harmonisierten Norm bedeute, dass keine Vermutung der Konformität mit den grundlegenden Anforderungen mehr bestehe. Die Herstellerin müsse daher, sofern alle weiteren Voraussetzungen erfüllt seien, die technischen Unterlagen mit einer Beschreibung und Erklärung der zur Erfüllung der

grundlegenden Anforderungen (Art. 7 aFAV) gewählten Lösungen vervollständigen, sodass trotz veralteter Norm die Konformität mit den grundlegenden Anforderungen gewährleistet sei (Art. 12 Abs. 2 Bst. d aFAV). In einem solchen Fall kämen die in Art. 13 Abs. 3 aFAV genannten Bewertungsverfahren zur Anwendung. Seien in der neuen Version der Norm nur formelle Änderungen enthalten, seien namentlich die technischen Unterlagen mit einem entsprechenden Nachtrag zu ergänzen. Es bedürfe einer Erklärung der Herstellerin zur Evaluation nach der aktuellen Norm. Alternativ habe die Herstellerin auch die Möglichkeit, die Anlagen neu nach der aktuellen Version der Norm prüfen zu lassen und neue technische Unterlagen zu erstellen. Vorliegend sei der Beweis der Konformität für keine der beiden Anlagen erbracht. Da die technischen Unterlagen unvollständig seien, komme die Vorinstanz zum Schluss, die Anlagen hätten kein aktuelles Konformitätsbewertungsverfahren gemäss Art. 13 aFAV durchlaufen.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei den kontrollierten Anlagen handle es sich um sog. Multi-listing Modelle. Aus den vorgelegten Unterlagen sei ersichtlich, dass sie baugleich zu den Typen ACT-30T und ACT-7H seien, welche die B. _____ GmbH geprüft habe. Die Prüfung habe sich zwar auf die Norm EN 300 422-2 V1.2.2 bezogen, welche offenbar nicht mehr der aktuellen Version entspreche und mittlerweile von der Vorinstanz nicht mehr akzeptiert werde. Von dieser Neuerung habe vor Erhalt des angefochtenen Entscheids jedoch weder die asiatische Herstellerin noch die Beschwerdeführerin Kenntnis gehabt. Bei der herrschenden Flut von Formvorschriften und zu beachtenden Normen sei dieses Versäumnis verständlich und entschuldbar. Es sei zudem davon auszugehen, dass die aktuell gültige Version der Norm zu keinen signifikanten Änderungen geführt habe. Dafür spreche bereits der Umstand, dass die Vorinstanz keine technischen Mängel bei den Anlagen festgestellt habe.

E. 6.3.1

Eine Fernmeldeanlage darf gemäss Art. 6 Abs. 1 aFAV i.V.m. Art. 31 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) nur dann angeboten oder in Verkehr gebracht werden, wenn sie die in Art. 7 aFAV genannten grundlegenden fernmeldetechnischen Anforderungen erfüllt und den übrigen einschlägigen Bestimmungen der Verordnung genügt (Art. 9-12 aFAV). Hat der Bundesrat die grundlegenden fernmeldetechnischen Anforderungen nach Art. 31 Abs. 1 FMG festgelegt, so konkretisiert die Vorinstanz diese Anforderungen in der Regel, indem sie technische Normen bezeichnet, bei deren Einhaltung vermutet wird, dass auch die grundlegenden Anforderungen erfüllt sind (Art. 31 Abs. 2 Bst. a FMG; sog. Konformitätsvermutung), oder indem sie technische Normen oder andere Festlegungen für verbindlich erklärt (Art. 31 Abs. 2 Bst. b FMG). Der Nachweis der Erfüllung der grundlegenden Anforderungen bzw. der die Konformitätsvermutung auslösenden technischen Normen ist vorbehaltenlich Art. 16 aFAV in einem sog. Konformitätsbewertungsverfahren zu erbringen (vgl. Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 f. aFAV). Zusätzlich zu den Bestimmungen für die Konformitätsbewertungsverfahren muss die für das Anbieten und das Inverkehrbringen von Fernmeldeanlagen verantwortliche Person die technischen Unterlagen vorlegen können, welche die Konformität mit den grundlegenden Anforderungen nachweisen (Art. 12 Abs. 1 aFAV; vgl. Urteile des BVGer A-5761/2011 vom 22. Mai 2013 E. 4.2, A-6758/2011 vom 16. Mai 2013 E. 4.2, A-5814/2009 vom 24. August 2010 E. 2 und A-2258/2008 vom 4. August 2008 E. 3).

E. 6.3.2

Vorliegend wird auch von der Beschwerdeführerin nicht in Abrede gestellt, dass die beigebrachten technischen Unterlagen sich auf die Norm EN 300 422-2 V1.2.2 stützen, die seit dem 31. Mai 2013 nicht mehr harmonisiert ist. Dies führt dazu, dass die Konformitätsvermutung im Sinne von Art. 31 Abs. 2 Bst. a FMG für die streitbetroffenen Anlagen entfällt. Selbst wenn die Annahme der Beschwerdeführerin zutreffen sollte, dass die aktuelle Version der Norm sich lediglich in formeller Hinsicht von früheren Versionen unterscheidet, hätte sie nicht untätig bleiben dürfen. Auch in diesem Fall hätte sie die von der Vorinstanz aufgezeigten Massnahmen umsetzen müssen, um die Konformität der Anlagen sicherzustellen. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht erkannt, dass die technischen Unterlagen unvollständig sind, was den Nachweis der Konformität mit den grundlegenden Anforderungen und die Durchführung eines aktuellen Konformitätsbewertungsverfahrens nach aArt. 13 aFAV betrifft. Soweit die Beschwerdeführerin einen entschuldbaren Irrtum geltend macht, vermag sie mit ihrem Argument nicht durchzudringen. Gemäss der ausgeführten Rechtslage liegt es in ihrem Verantwortungsbereich, dass die von ihr angebotenen und in Verkehr gebrachten Fernmeldeanlagen stets den massgebenden Vorschriften entsprechen. Die Beschwerdeführerin muss sich den Grundsatz "error iuris nocet" entgegenhalten lassen, wonach die subjektive Unkenntnis des Rechts nicht vor den entsprechenden Rechtsfolgen schützt (vgl. BGE 127 III 357 E. 3d; Urteil des BGer 5A_240/2011 vom 6. Juli 2011 E. 6.5; BVGE 2015/50 E. 2.7.1; je mit Hinweisen).

E. 7.1

In diesem Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin ergänzend, die Vorinstanz habe ihr gegenüber nie angedeutet, das Konformitätsbewertungsverfahren sei mangelhaft. Im Rahmen der umfangreichen Korrespondenz seien von der Vorinstanz nur die übrigen untergeordneten Mängel thematisiert worden. Ein solches Verhalten laufe Treu und Glauben zuwider. Sie habe davon ausgehen dürfen, dass die Vorinstanz die bedeutsamen Punkte frühzeitig anspreche und ihr damit eine faire Chance einräume, ein Verkaufsverbot zu vermeiden.

E. 7.2

Die Vorinstanz weist diesen Vorwurf zurück. Im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs habe sie der Beschwerdeführerin die voraussichtlich auszusprechende Massnahme angekündigt.

E. 7.3.1

Der Grundsatz von Treu und Glauben zählt zu den fundamentalen Rechtsprinzipien. Er ist im Sinne einer grundlegenden Handlungsmaxime in Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankert und verleiht den Privaten in Art. 9 BV einen grundrechtlichen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden. Im Verwaltungsrecht wirkt sich der Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur in Form des Vertrauensschutzes aus; als Verbot widersprüchlichen Verhaltens verbietet er den Behörden zudem, sich zu früherem Verhalten, das schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, in Widerspruch zu setzen. Dabei geht es - anders als beim Vertrauensschutz - nicht in erster Linie um die Frage, wie weit sich der Private auf eine im Widerspruch zum geltenden Recht stehende behördliche Auskunft verlassen kann. Vielmehr sollen die Behörden nicht ohne sachlichen Grund einen einmal in einer Sache eingenommenen Standpunkt wechseln

(vgl. BGE 138 I 49 E. 8.3.1; Urteile des BVGer A-226/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 6.2, A-173/2015 vom 8. Juni 2015 E. 7.1 und A-3051/2015 vom 1. Oktober 2015 E. 6.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 620 ff. und 712 f.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 Rz. 1 ff. und 21 f.). Auf den Grundsatz von Treu und Glauben können sich Private erfolgreich nur berufen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Zunächst bedarf es einer Vertrauensgrundlage, zu verstehen als die Handlung eines staatlichen Organs, die beim Privaten bestimmte Erwartungen erweckt. Weiter ist vorausgesetzt, dass der Private berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat. Schliesslich dürfen der Berufung auf Treu und Glauben keine überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.1, 129 I 161 E. 4.1). Diese Voraussetzungen gelten grundsätzlich sowohl für den Vertrauensschutz wie auch im Rahmen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (vgl. Urteile des BVGer A-4990/2013 vom 20. März 2014 E. 3.1 und A-1231/2012 vom 18. Dezember 2013 E. 7.4.1; Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, Rz. 2122 und 2133; je mit Hinweisen).

E. 7.3.2

Wie sich aus den Akten ergibt, gewährte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin am 8. Dezember 2015 das rechtliche Gehör. Hierbei stellte sie ihr die beiden vorinstanzlichen Berichte vom 15. Juli 2015 über die Konformität der kontrollierten Anlagen zum Fernmeldegesetz zu. Es ist zwar richtig, dass in keinem der beiden Berichte die Verwendung der nicht mehr harmonisierten Norm EN 300 422-2 V1.2.2 beanstandet wurde. Vermerkt wurde jedoch, die technischen Unterlagen seien unvollständig und es sei davon auszugehen, dass das Konformitätsbewertungsverfahren nicht durchgeführt worden sei. Als Anbieterin von Fernmeldeanlagen hätte der Beschwerdeführerin klar sein müssen, dass diese Frage zentrale Bestimmungen des Fernmelderechts beschlägt. Unter diesen Umständen kam die Beanstandung des Konformitätsbewertungsverfahrens nicht unerwartet, selbst wenn die Vorinstanz diesen Punkt in der weiteren Korrespondenz mit der Beschwerdeführerin nicht nochmals thematisierte und davon absah, die vollständigen Unterlagen nachzufordern. Vorliegend mangelt es daher bereits an einer Vertrauensgrundlage und die Vorinstanz setzte sich nicht in einen vorwerfbareren Widerspruch zu ihrem bisherigen Verhalten. Ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ist demnach nicht erkennbar.

E. 8.1

Des Weiteren erachtet die Vorinstanz die vorgelegten Konformitätserklärungen als ungenügend, besonders da diese nicht auf den Typ ACT-32T resp. den Typ ACT-52H ausgestellt seien. Es sei zwingend erforderlich, dass die Konformitätserklärungen eindeutig zugeordnet werden könnten, weshalb es auch nicht genüge, Baugleichheitsbescheinigungen den Konformitätserklärungen beizulegen. Anlässlich der Vernehmlassung nimmt die Vorinstanz zu den neu vorgelegten Konformitätserklärungen dahingehend Stellung, diese seien nach wie vor mangelhaft und entsprächen nicht den gesetzlichen Anforderungen. So seien in den Kurzformen und in den im Internet aufgeschalteten Fassungen unterschiedliche Erklärungen zu finden hinsichtlich der Überprüfung nach der Richtlinie 2014/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014. Demzufolge könnten die Kurzformen nicht als gültig bewertet werden. Ausserdem sei die Information "Das Produkt ist für den Betrieb in der Schweiz zugelassen" nicht korrekt, da nach geltendem Recht keine Zulassung erfolge. Ferner werde auf Normen verwiesen, die nicht harmonisiert seien.

Schliesslich stimme die eine der beiden Konformitätserklärungen nach wie vor nicht mit dem Typ der Anlage überein.

E. 8.2

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, die Beanstandungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung habe sie zur Kenntnis genommen und die Konformitätserklärungen angepasst. Im Übrigen seien die notwendigen Informationen in den bisherigen Hinweiszetteln bereits enthalten. Es sei überspitzt formalistisch, wenn die Vorinstanz auf einem bestimmten Wortlaut beharre.

E. 8.3.1

Wer eine Fernmeldeanlage anbietet oder in Verkehr bringt, muss ihr gemäss Art. 10 Abs. 1 aFAV eine Erklärung über die Konformität mit den grundlegenden Anforderungen beilegen (sog. Konformitätserklärung; vgl. Urteile des BVGer A-5761/2011 vom 22. Mai 2013 E. 4.2.2, A-6758/2011 vom 16. Mai 2013 E. 4.2.2, A-5814/2009 vom 24. August 2010 E. 2.3 und A-5964/2007 vom 8. September 2008 E. 4.2.1, je mit Hinweisen). Gemäss Art. 10a aFAV enthält die Konformitätserklärung in ihrer vollständigen Form namentlich folgende Angaben: Name und Adresse des Herstellers oder seines in der Schweiz niedergelassenen Bevollmächtigten (Bst. a), eine Beschreibung der Anlage, die ihre Identifizierung ermöglicht (Bst. b), einen Verweis auf die vorliegende Verordnung oder auf eine Gesetzgebung, welche im Rahmen eines internationalen Abkommens anerkannt ist (Bst. c), die angewandten Vorschriften, technischen Normen oder anderen Spezifikationen unter Angabe der jeweiligen Version (Bst. d), das Datum der Erklärung (Bst. e) sowie die Identität der unterzeichnenden Person (Bst. f). Für die Konformitätserklärung in der vereinfachten Form sind zudem die in Art. 10b aFAV genannten Vorgaben zu beachten.

E. 8.3.2

Die von der Beschwerdeführerin zunächst eingereichten Konformitätserklärungen beziehen sich auf Anlagen des Typs ACT-30T resp. des Typs ACT-7H und nicht auf die hier fraglichen Anlagen des Typs ACT-32T resp. des Typs ACT-52H. In den Konformitätserklärungen fehlen somit die notwendigen Angaben im Sinne von Art. 10a Bst. b aFAV, die eine eindeutige Identifizierung der Fernmeldeanlagen ermöglichen. Als Beilage zur Beschwerde legte die Beschwerdeführerin nochmals angepasste Konformitätserklärungen vor. Im Rahmen der Vernehmlassung sind der Vorinstanz allerdings erneut verschiedene Mängel aufgefallen. Letztere wurden von der Beschwerdeführerin anlässlich der Replik auch nicht substantiiert bestritten. In Übereinstimmung mit der fachkundigen Meinung der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass es der Beschwerdeführerin bislang nicht gelungen ist, rechtsgenügende Konformitätserklärungen für die beiden kontrollierten Anlagen vorzulegen.

E. 8.3.3

Die Beschwerdeführerin rügt ergänzend, die Vorinstanz verstosse mit ihren Beanstandungen gegen das Verbot des überspitzten Formalismus. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV) ist dann gegeben, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt (BGE 135 I 6 E. 2.1, 130 V 177 E. 5.4.1, 115 Ia 12 E. 3b). Wie sich aus dieser bundesgerichtlichen Formulierung ergibt, beschränkt das Bundesgericht

seine Rechtsprechung über den unzulässigen Formalismus auf das Verfahrensrecht (vgl. Urteil des BVGer B-3984/2009 vom 4. März 2010 E. 5 mit Hinweisen). Der Vorhalt der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe überspitzt formalistisch gehandelt, vermag folglich bei der hier strittigen Anwendung des materiellen Rechts nicht zu greifen. Soweit die Beschwerdeführerin damit zugleich eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips rügt, wird dies noch gesondert zu prüfen sein (vgl. E. 11).

E. 9.1

Die Vorinstanz bemängelt sodann die Kennzeichnung sowie die Benutzerinformationen. So fehle die Identifikationsnummer der Konformitätsbewertungsstelle auf den kontrollierten Fernmeldeanlagen. Die Beschriftung sei vorliegend gemäss Art. 21 Abs. 2 aFAV zwingend. Würde hingegen der Argumentation der Beschwerdeführerin gefolgt, es dürften keine Identifikationsnummer angebracht werden, wäre u.a. die Beweiskraft der vorgelegten Baugleichheitsbescheinigungen in Frage gestellt. Ausserdem sei das Konformitätskennzeichen bei beiden Fernmeldeanlagen kleiner als die vorgeschriebenen 5 mm. Schliesslich müsse auf Anlagen, die in der Schweiz betrieben werden dürfen, ein entsprechender Hinweis angebracht werden.

E. 9.2

Die Beschwerdeführerin wendet ein, die Identifikationsnummer dürfe nicht auf den hier strittigen Anlagen vermerkt werden, da die B. _____ GmbH die nachfolgenden baugleichen Typen nicht geprüft habe. Die Herstellerin habe diese selbst als konform erklärt. Des Weiteren sei keine gesetzliche Grundlage ersichtlich, die eine Mindestgrösse des Konformitätskennzeichens von 5 mm vorschreibe. Es genüge, dass es gut lesbar sei. Die von der Vorinstanz geforderte Mindestgrösse sei bei diversen Produkten, darunter namhaften Smartphones, nicht eingehalten. Ohnehin sehe die seit dem 13. Juni 2016 geltende FAV vor, dass die Mindestgrösse reduziert werden könne, sofern das Kennzeichen sichtbar und leserlich bleibe. Auch die von der Vorinstanz behauptete Pflicht, es sei ein Hinweis auf die Zulässigkeit des Betriebs in der Schweiz anzubringen, sei in der geforderten Form gesetzlich nicht verankert. Mit dem angebrachten Konformitätskennzeichen werde schon bestätigt, dass das entsprechende Gerät die geltenden Vorschriften erfülle und betrieben werden könne. Es sei überspitzt formalistisch, wenn zusätzlich der von der Vorinstanz gewünschte Satz anzubringen sei.

E. 9.3.1

Gemäss Art. 21 Abs. 2 aFAV müssen Fernmeldeanlagen die Identifikationsnummer der für die Konformitätsbewertung verantwortlichen Stelle tragen, wenn sie keine der in Bst. a und b genannten Verfahren durchlaufen haben. Die Identifikationsnummer muss sich auf der Anlage selbst befinden. Die Beschriftung hat gut sichtbar und leicht lesbar zu sein und darf sich nicht entfernen lassen (Art. 21 Abs. 3 aFAV). Sie muss durch den Hersteller, seinen Bevollmächtigten oder die für das Anbieten oder Inverkehrbringen verantwortliche Person angebracht werden (Art. 21 Abs. 5 aFAV). Vorliegend zeigt die Vorinstanz unter Verweis auf die einschlägigen Rechtsgrundlagen schlüssig auf, dass bei der hier zu beurteilenden Sachlage die Fernmeldeanlagen mit den Identifikationsnummern der für die Konformitätsbewertung verantwortlichen Stelle zu beschriften sind. Sollten die Fernmeldeanlagen trotz der Baugleichheitsbescheinigungen über keine gültigen Identifikationsnummern verfügen, wie von der Beschwerdeführerin eingewendet, könnte deshalb auf die Beschriftung nicht verzichtet werden. Die Beschwerdeführerin wäre

diesfalls vielmehr verpflichtet, die gesetzlich vorgesehenen Schritte zu ergreifen, um eine ordnungsgemässe Beschriftung gemäss Art. 21 aFAV zu ermöglichen.

E. 9.3.2

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist darauf hinzuweisen, dass die geforderte Mindestgrösse des CE-Kennzeichens von 5 mm auf einer gültigen Rechtsgrundlage beruht (Art. 3a i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 aVFAV unter Verweis auf das europäische Recht). Es sind auch keine Gründe erkennbar, die gegen die Einhaltung der Mindestgrösse im vorliegenden Fall sprechen könnten. Insbesondere ist davon auszugehen, dass bei einem Taschensender resp. bei einem Handmikrofon es ohne Weiteres möglich sein sollte, das Konformitätskennzeichen in korrekter Grösse anzubringen. Bei dieser Sachlage dürfte die Beschwerdeführerin auch aus der neuen Verordnung nichts zu ihren Gunsten ableiten können. Denn die neurechtliche Bestimmung von Anhang 1 Ziff. 3 FAV sieht gemäss Wortlaut eine Abweichung nur aufgrund der geringen Grösse der Funkanlage vor. Der von der Beschwerdeführerin ferner angerufene allgemeine Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 1 BV) erfordert keine absolute, sondern eine relative Gleichbehandlung in dem Sinne, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (vgl. BGE 141 I 153 E. 5.1, 140 I 77 E. 5.1; statt vieler Urteil des BVGer A-957/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 12.2.1; Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 752 f., Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 654; je mit Hinweisen). Aus den Akten lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, dass die Vorinstanz bei einem Konkurrenzunternehmen, das tatsächlich die gleichen oder vergleichbare Produkte in Verkehr bringt, eine unzulässige Abweichung bei der Grösse des Kennzeichnens akzeptiert hätte. Da die Beschwerdeführerin zudem ihre Rüge weder näher ausführt noch belegt, fehlt es vorliegend an der Grundlage für eine Prüfung des Gleichbehandlungsgebots.

E. 9.3.3

Wer eine Fernmeldeanlage anbietet oder in Verkehr bringt, muss dieser Informationen über die bestimmungsgemässe Verwendung, eventuelle Verwendungseinschränkungen und eventuelle Schnittstellen von Fernmeldenetzen, an welche sie angeschlossen werden kann, beilegen (Art. 11 Abs. 1 aFAV). Auf der Verpackung muss neben dem Konformitätskennzeichen und vorbehältlich Art. 3 Abs. 2bis aVFAV angegeben sein, dass die Anlage in der Schweiz betrieben werden darf (Art. 3 Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 und 2 aVFAV). In Anwendung der Verordnung genügt es daher nicht, wenn nur das CE-Kennzeichen in den Benutzerinformationen aufgeführt ist. Es bedarf vorliegend eines zusätzlichen Hinweises auf die Zulässigkeit des Betriebs in der Schweiz. Soweit die Beschwerdeführerin wiederum rügt, die Vorinstanz handle überspitzt formalistisch, kann auf die obigen Ausführungen (E. 8.3.3) verwiesen werden.

E. 10

Gemäss den vorstehenden Erwägungen und in Übereinstimmung mit der Auffassung der Vorinstanz ist somit festzuhalten, dass die kontrollierten Fernmeldeanlagen nach wie vor mit verschiedenen Mängeln behaftet sind. Zu klären bleibt, ob die Vorinstanz in der Folge ein Verkaufsverbot bis zur Behebung dieser Mängel erlassen durfte.

E. 11.1

Die Beschwerdeführerin hält dafür, im vorliegenden Fall wäre es angezeigt gewesen, ihr eine angemessene Frist für die Prüfung der Anlagen nach der aktuell gültigen Norm

anzusetzen, anstatt ein Verkaufsverbot zu verfügen, zumal die Anlagen keine technischen Mängel aufweisen und entsprechend keine Gefahr für Mensch und Umwelt darstellen würden. Bei den angeblich nicht eingehaltenen Vorschriften handle es sich lediglich um marginale technische Spezifikationen, die in den meisten Fällen gar nicht bemerkt würden. Wegen eines entschuldbaren Versehens, welches in materieller Hinsicht ohne Konsequenzen geblieben sei, sei es unverhältnismässig, ihr ein Verkaufsverbot aufzuerlegen. Auch der Umstand, dass die Vorinstanz für ihre Abklärungen fast ein ganzes Jahr gebraucht habe, spreche gegen die zeitliche Dringlichkeit. Wäre der Mangel hingegen tatsächlich gravierend, hätte die Vorinstanz dafür sorgen müssen, dass die besagten Produkte überhaupt nicht in den schweizerischen Handel gelangen könnten, was im Übrigen auch für den Internethandel gelten müsste. Mit der Umsetzung des angeordneten Verkaufsverbots erleide die Beschwerdeführerin Umsatzverluste, die kaum anderweitig kompensiert werden könnten. Diese seien umso gewichtiger einzustufen, als die Konkurrenz die fraglichen Produkte immer noch verkaufe. Ihr Kundenkreis würde in Zukunft mit grosser Wahrscheinlichkeit das gewünschte Produkt über einen anderen Kanal beziehen und anschliessend allenfalls gar für die Folgegeschäfte die Konkurrenz berücksichtigen. Der Reputationsschaden für die Beschwerdeführerin könne derzeit nicht abgeschätzt werden, sei aber zumindest in Fachkreisen zu erwarten. Die Beschwerdeführerin müsse daher ein eigentliches Sonderopfer erbringen, welches nicht gerechtfertigt sei. Als milderer Mittel hätte die Vorinstanz ihr zumindest eine angemessene Frist zur Mängelbehebung ansetzen müssen, verbunden mit der Androhung eines Verkaufsverbots im Unterlassungsfall.

E. 11.2

Die Vorinstanz sieht das Verhältnismässigkeitsprinzip als gewahrt. Das Verkaufsverbot bis zur Behebung der Mängel werde einerseits dem System des Marktzugangs und andererseits dem Prinzip der Gleichbehandlung von Mitbewerbern gerecht. Es liege im Verantwortungsbereich der Herstellerin oder der Anbieterin, dass nur konforme Anlagen importiert, angeboten und in Verkehr gebracht würden, wobei vorliegend vor allem die fehlende Durchführung eines aktuellen Konformitätsbewertungsverfahrens als gewichtiger Mangel einzustufen sei. Ob die Anlagen wieder angeboten und in Verkehr gebracht werden könnten, sei davon abhängig, dass die Beschwerdeführerin die Mängel behebe und der Vorinstanz den entsprechenden Beweis vorlege. Da die Anlagen auf der Internetseite der Vorinstanz nicht publiziert seien, habe die Beschwerdeführerin auch keinen Reputationsverlust zu erleiden. Gewiss könne sie nicht alle Anbieter gleichzeitig kontrollieren. Der Beschwerdeführerin stehe es aber frei, andere Anbieter derselben Fernmeldeanlagen zu melden. Die Vorinstanz werde diesen Angaben nachgehen und gegebenenfalls ein Verwaltungsverfahren eröffnen.

E. 11.3.1

Entspricht eine Fernmeldeanlage nicht den Vorschriften, so kann die Vorinstanz nach Anhörung der für das Anbieten, das Inverkehrbringen oder das Betreiben verantwortlichen Person die entsprechenden Massnahmen nach Art. 33 Abs. 3 FMG anordnen. Hiernach kann sie insbesondere das Erstellen und Betreiben sowie das Anbieten und Inverkehrbringen einschränken oder verbieten, die Herstellung des vorschriftsgemässen Zustandes oder den Rückruf anordnen oder die Anlage entschädigungslos beschlagnahmen (vgl. Urteile des BVGer A-5761/2011 vom 22. Mai 2013 E. 4.3.3, A-6758/2011 vom 16. Mai 2013 E. 4.3.3 und A-5814/2009 vom 24. August 2010 E. 3.3). Wie jedes staatliche

Handeln, muss auch eine solche Massnahme verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Sie muss demnach im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Zweck ausreichen würde. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die der Beschwerdeführerin auferlegt werden. Bei der Beurteilung dieser Frage sind die einander gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Je gewichtiger das eine und je weniger gewichtig das andere Interesse ist, desto eher fällt die Interessenabwägung zugunsten des erheblichen Interesses aus (vgl. BGE 136 I 29 E. 4.2, 131 V 107 E. 3.4.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 514 ff.; je mit Hinweisen).

E. 11.3.2

Vorliegend gilt es zu berücksichtigen, dass bei den kontrollierten Fernmeldeanlagen mehrere und darunter auch gewichtige formelle Mängel festgestellt wurden. Zweifellos besteht ein öffentliches Interesse daran, dass nur Fernmeldeanlagen, die den rechtlichen Vorgaben entsprechen, angeboten und in Verkehr gebracht werden. Das von der Vorinstanz verfügte Verkaufsverbot dient dem Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Geschützt wird aber auch der Wettbewerb, indem gleiche Bedingungen für alle konkurrierenden Anbieter gelten.

E. 11.3.3

Das Verkaufsverbot ist ohne Weiteres geeignet, eine Weiterverbreitung dieser Anlagen auf dem Markt zu verhindern und stellt somit ein geeignetes Mittel dar, den angestrebten Zweck zu erreichen. Selbst wenn die gleichen Anlagen von der Konkurrenz nach wie vor angeboten würden, spricht dies nicht gegen die Geeignetheit des ausgesprochenen Verbots. Dieses entfaltet schon insofern seine Wirkung, als die Verbreitung der betreffenden Anlagen zumindest eingedämmt werden kann.

E. 11.3.4

Als milderer Mittel beantragt die Beschwerdeführerin in ihrem Eventualbegehren, es sei ihr eine Frist zur Mängelbehebung anzusetzen. Wohl wäre dies ein milderer Mittel, allerdings würde es die Durchsetzung des materiellen Rechts zeitlich erneut hinauszögern und eine weitere Verbreitung der fraglichen Fernmeldeanlagen wäre nicht auszuschliessen. Auch wenn es sich hier nicht um eine speziell dringliche Angelegenheit handelt, so gilt doch, dass bei einem weiteren Zuwarten die Wirksamkeit der Massnahme zusehends in Frage gestellt wäre. Entscheidend ist zudem, dass die angefochtene Verfügung bereits eine Korrekturmöglichkeit vorsieht. Die Beschwerdeführerin hat jederzeit die Möglichkeit, die Fernmeldeanlagen in einen rechtskonformen Zustand zu bringen und so das Ende des Verkaufsverbots zu erwirken. Hinzu kommt, dass das Verkaufsverbot keineswegs überraschend kommt, sondern schon am 8. Dezember 2015 angekündigt wurde. Die Beschwerdeführerin hatte insofern genügend Zeit, um zu handeln. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung und mit Blick auf die öffentlichen Interessen erweist sich die angefochtene Massnahme als erforderlich. Es ist kein milderer Mittel ersichtlich, mit der dasselbe Ziel erreicht werden könnte.

E. 11.3.5

Den genannten öffentlichen Interessen stehen die privaten, rein wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin gegenüber, die betreffenden Anlagen weiterhin anzubieten und in Verkehr zu bringen. Dieses Interesse ist zwar nicht ohne Gewicht, erscheint gegenüber den

ihm gegenüberstehenden öffentlichen Interessen aber nicht als überwiegend. Dies gilt umso mehr, als mit der angefochtenen Verfügung der Verkauf nicht in grundsätzlicher Weise untersagt wird, sondern - wie erwähnt - nur solange die Mängel bestehen. Insbesondere da die Vorinstanz klar zum Ausdruck gebracht hat, dass sie gewillt ist, die geltenden Vorgaben auch gegenüber anderen Anbietern dieser Fernmeldeanlagen durchzusetzen, hat die Beschwerdeführerin auch keinen nicht zu rechtfertigenden Nachteil gegenüber ihrer Konkurrenz zu befürchten. Dass die von der Vorinstanz eingeforderte Mängelbehebung der Beschwerdeführerin nicht zuzumuten wäre, ist im Übrigen nicht ersichtlich und wird von ihr auch nicht geltend gemacht. Das von der Vorinstanz verfügte Verkaufsverbot mit Korrekturmöglichkeit bis zur Behebung der Mängel ist demnach als zumutbar und damit als verhältnismässig zu qualifizieren.

E. 12

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung weder Bundesrecht verletzt noch unangemessen ist. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist somit als unbegründet abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

E. 13

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen, welche auf Fr. 1'500.- festzusetzen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Der einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. Der Beschwerdeführerin steht angesichts ihres Unterliegens keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Eine solche ist auch der Vorinstanz als Bundesbehörde nicht zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.