

# TE Bvgw Beschluss 2020/1/7 W271 2221116-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 07.01.2020

## Entscheidungsdatum

07.01.2020

## Norm

AVG §6

B-VG Art. 130 Abs1

B-VG Art. 130 Abs2 Z1

B-VG Art. 133 Abs4

TKG 2003 §73

TKG 2003 §74 Abs1

TKG 2003 §74 Abs3

TKG 2003 §81

VwGVG §24 Abs2 Z1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

VwGVG §53

VwGVG §7 Abs4

## Spruch

W271 2221116-2/3E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch die Richterin Dr. Anna WALBERT-SATEK betreffend die Verhaltensbeschwerde von XXXX , gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG vom XXXX , den Beschluss:

A)

Die Beschwerde wird als unzulässig zurückgewiesen.

B)

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

## Text

### BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

1. Die Beschwerdeführerin bat den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (kurz: "BMVIT") mit E-Mail vom XXXX um Klärung einiger Fragen betreffend den Handynetzausbau von 5G. Die Fragen richteten sich insbesondere auf die Möglichkeiten, Einspruch gegen den geplanten Bau von neuen 5G Sendemasten einzulegen, auf die rechtliche und finanzielle Verantwortung für sich aus der 5G-Technik allenfalls ergebende Gesundheitsschäden und auf gesundheitliche Bedenken.

2. Der BMVIT beantwortete diese Fragen in einem an XXXX gerichteten Schreiben vom XXXX, GZ: XXXX.

3. Mit Eingabe vom XXXX er hob die Beschwerdeführerin gegen das Antwortschreiben des BMVIT vom XXXX eine ausdrücklich auf Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG gestützte "Verhaltensbeschwerde". Geltend machte sie die "Nicht Berücksichtigung des Standes des Wissens bei der Genehmigung von Mobilfunksendeanlagen in Bezug auf die gesundheitlichen Auswirkungen der Strahlung auf die benachbarte Bevölkerung von solchen Anlagen und Erteilung von unrichtigen Auskünften an andere Entscheidungsträger und an die Bevölkerung". Der Schriftsatz wurde direkt beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht und langte dort am XXXX ein.

4. Am XXXX leitete das BVwG die Beschwerde zuständigkeitshalber an den BMVIT weiter. Die Beschwerde langte dort am XXXX ein.

5. Der BMVIT legte dem Bundesverwaltungsgericht am XXXX die Beschwerde sowie eine Stellungnahme samt behördlichem Vorakt vor. Der BMVIT vertrat in seinem Vorlageschreiben die Ansicht, dass für die Erhebung einer Verhaltensbeschwerde keine gesetzliche Grundlage bestehe und regte an, die Beschwerde zurückzuweisen.

6. Das Bundesverwaltungsgericht leitete die Beschwerdevorlage des BMVIT am XXXX an die Beschwerdeführerin weiter und forderte sie zur Stellungnahme zu den Fragen des Bestehens einer gesetzlichen Grundlage und der Verspätung der Beschwerde auf. Die Beschwerdeführerin behob das Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts (kurz: "BVwG") am XXXX. Sie machte von der ihr eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme keinen Gebrauch.

## II. Feststellungen:

### II.1. Schreiben des BMVIT vom XXXX

Mit E-Mail vom XXXX begehrte die Beschwerdeführerin vom BMVIT Auskunft zu fünf Fragen iZm dem Netzausbau von 5G.

Der BMVIT teilte der Beschwerdeführerin in seinem Antwortschreiben vom XXXX (eingeleitet mit: "Sehr geehrte Frau XXXX !") mit, dass das BMVIT Fragen nach möglichen Gesundheitsgefährdungen durch die von Mobilfunksendeanlagen ausgehenden elektromagnetischen Feldern Aufmerksamkeit schenkt und um Information zu diesem Thema bemüht ist. Weiters informierte der BMVIT in diesem Schreiben über die in Österreich geltenden Grenzwerte für Mobilfunksendeanlagen und den Umgang mit und die Berücksichtigung von gesundheitlichen Erwägungen hierzu. Der BMVIT vertritt die Ansicht, dass nach derzeitigem Stand der Wissenschaft gesagt werden kann, dass es keinen Nachweis für eine Gefährdung der Gesundheit durch elektromagnetische Felder des Mobilfunks unterhalb der von der WHO/ICNIRP empfohlenen Grenzwerte gibt. Eine Überschreitung der Grenzwerte erscheint dem BMVIT auch bei einem weiteren Ausbau von 5G ausgeschlossen; aus wissenschaftlich-gesundheitlicher Sicht besteht laut Folgerung des BMVIT bei Sende anlagen, die gesetzeskonform betrieben werden, kein nachvollziehbares Gesundheitsrisiko.

Die Fragen der Beschwerdeführerin beantwortete der BMVIT wie folgt:

"1. Da bei der Errichtung und beim Betrieb von Sende anlagen jedweder Art sichergestellt sein muss, dass keine Gesundheitsgefährdung besteht, würde ein Mitwirkungsrecht lediglich den bürokratischen Aufwand erhöhen, aber zu keiner noch höheren Sicherheit mehr führen können. Sollten tatsächlich Sicherheitsrisiken bestehen, hat die Behörde ohnehin von Amts wegen einzuschreiten.

2. Die Gemeinden haben im Rahmen des Baurechtlichen Verfahrens ein Mitwirkungsrecht. Auf deren Verfahrensführung hat das BMVIT keinen Einfluss.

3. Schäden, die durch bestimmte Gefahren kausal verursacht werden, sind nach den Regeln des Schadenersatzrechts abzuwickeln. Das bedeutet, dass bei einem schuldhaften, rechtswidrigen Verhalten Schadenersatz zu leisten ist. Solche Fragen werden von den Gerichten geklärt und können nicht theoretisch von einem fachlich nicht dazu berufenen Ministerium abgehandelt werden. Es kann aber festgestellt werden, dass Schäden in der Art Ihrer Beispiele bislang offensichtlich noch niemals eingetreten sind.

4. die jährlich weltweit erscheinenden rund 150 Studien befassen sich intensiv mit der Frage der gesundheitlichen Auswirkungen. Da 5G sich physikalisch von 4G kaum unterscheidet, sind auch die aktuellen Studien zu 4G aussagekräftig. Die Kernaussage bleibt, dass bei Einhaltung der Grenzwerte von keiner Gesundheitsgefahr auszugehen ist. Im Übrigen ist es eine bekannte Tatsache, dass das Fehlen eines Effekts niemals in Versuchsreihen nachweisbar ist, unabhängig um welches Versuchsthema es sich handelt.

5. Das BMVIT hat sich mit mehreren tausend Studien auseinandergesetzt und dabei nicht zwischen ‚positiven‘ oder ‚negativen‘ Studien unterschieden. Ihre Aussage, dass es über 10.000 Studien geben soll, die eine Gesundheitsgefährdung ‚beweisen‘, ist weder nachvollziehbar, noch entspricht dies der tatsächlichen faktenbasierten Evidenzlage. Auch die von Ihnen erwähnte, XXXX Studie kann nicht als Beweis herangezogen werden, da sogar der Projektkoordinator der Studie, Prof. XXXX ausführt, dass die XXXX -Ergebnisse ausschließlich an Zellkulturen gewonnen und daher nicht geeignet seien, einen Zusammenhang zwischen einer Belastung mit elektromagnetischen Feldern und der Entstehung von chronischen Krankheiten oder auch nur von vorübergehenden

Befindlichkeitsstörungen zu beweisen. Sie werden aber eingeladen, die von Ihnen angeführten 10.000 Studien dem BMVIT zu nennen, es wird sich dann sehr intensiv damit auseinandersetzen.“

Das Antwortschreiben endet "mit freundlichen Grüßen" und ist gezeichnet "Für den Bundesminister: XXXX".

## II.2. Beschwerde vom XXXX

### II.2.1. Zeitangaben

Das Antwortschreiben des BMVIT wurde der Beschwerdeführerin am XXXX zugestellt. Die Beschwerdeführerin brachte dagegen am XXXX , datiert mit dem XXXX , eine Verhaltensbeschwerde direkt beim Bundesverwaltungsgericht ein. Die Gerichtsabteilung W271 bekam das Verfahren am XXXX zugewiesen und leitete die Beschwerde unmittelbar an das BMVIT weiter, wo sie am XXXX einlangte. Am XXXX legte die belangte Behörde die Beschwerde samt behördlichem Vorakt dem Bundesverwaltungsgericht vor.

### II.2.2. Inhalt

Die Beschwerdeführerin bezeichnet ihre "Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht Wien" als "Verhaltensbeschwerde" und stützt diese ausdrücklich auf Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG.

Die Beschwerdeführerin erhebt die Verhaltensbeschwerde wegen:

"Nicht Berücksichtigung des Standes des Wissens bei der Genehmigung von Mobilfunksendeanlagen in Bezug auf die gesundheitlichen Auswirkungen der Strahlung auf die benachbarte Bevölkerung von solchen Anlagen und Erteilung von unrichtigen Auskünften an andere Entscheidungsträger und an die Bevölkerung GZ: BMVIT - 630.290/0065-III/PT2/2019".

Als Beschwerdegründe macht sie zum einen "Täuschung durch Erteilung unrichtiger Auskünfte" und zum anderen "Rechtswidriges Verhalten" geltend. Dazu führt sie aus:

#### a) Täuschung

Grundsätzlich muss eine Auskunft sachlich richtig, klar, unmissverständlich und vollständig sein.

Die Auskunft die mir mit gegenständlichem Schreiben erteilt wurde, entspricht in keinster Weise diesen vorgenannten Grundsätzen.

Nachdem XXXX zu den angesprochenen Sachfragen nicht nur mich unrichtig informiert hat, sondern als leitendes Organ der Hoheitsverwaltung auch an politische Entscheidungsträger unrichtige Auskünfte erteilt und die Ungefährlichkeit der Mobilfunkstrahlung vortäuscht, werden Entscheidungen getroffen, die gegen die ‚subjektiv öffentlichen Rechte‘ der Bürger verstößen.

#### b) Rechtswidriges Verhalten

Durch die Bewilligung aller Mobilfunksendeanlagen nach dem Anzeigeverfahren § 80a und nicht individuell nach§ 81 Abs. 6 TKG 2003 idgF, unter Mitwirkung medizinischer Sachverständiger, wird gegen die Bestimmung des§ 73 TKG verstößen, die besagt, dass bei der Errichtung und dem Betrieb von Funkanlagen und

Telekommunikationsendeinrichtungen der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen gewährleistet sein muss.

[...]

Durch das rechtswidrige Verhalten des Leiters der Obersten Fernmeldebehörde ist die Bevölkerung, zu welcher auch ich gehöre, in ihrem Recht auf fehlerfreie Anwendung der Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes TKG 2003, so insbesondere in der ordnungsgemäßen Durchführung des in diesem Gesetz vorgesehenen Bewilligungsverfahrens, sowie in ihrem Recht auf fehlerfreie Handhabung der Bestimmungen des allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes AVG 1991 BGBl I 61/1991 in der jeweils geltenden Fassung verletzt. Durch diese Rechtsverletzungen werden die Nachbarn (auch ich) von Mobilfunksendeanlagen auch in ihren ‚subjektiv-öffentlichen-Rechten‘ des Gesundheits- und Immissionsschutzes verletzt.“

Die Beschwerdeführerin begeht:

"1) Einbindung von medizinischen Sachverständigen unter Berücksichtigung des Standes des Wissens bei der Genehmigung zur Errichtung und dem Betrieb von Mobilfunksendeanlagen

2) Widerruf der unrichtig erteilten Auskünfte der letzten 3 Jahre in welchen behauptet wurde:

a) Die in Österreich verbindlich geltenden Grenzwerte für Mobilfunksendeanlagen wurden von der Internationalen Kommission zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung (ICNIRP) festgelegt, von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) übernommen, von der Europäischen Union (EU) empfohlen und werden in Österreich verbindlich in der ÖVE-Richtlinie R 23-1:2017-04-01 festgesetzt.

b) Nach derzeitigem Stand der Wissenschaft kann gesagt werden, dass es keinen Nachweis für eine Gefährdung der Gesundheit durch elektromagnetische Felder des Mobilfunks unterhalb der von der WHO/ICNIRP empfohlenen Grenzwerte gibt."

Sie beantragt:

"1. Das Bundesverwaltungsgericht wolle meiner Beschwerde stattgeben und die Oberste Fernmeldebehörde verpflichten, dass diese individuelle Bewilligungsverfahren für die Errichtung und den Betrieb von Mobilfunksendeanlagen, nach § 81 Abs. 6 TKG 2003 idG unter Einbeziehung von medizinischen Sachverständigen, durchführt.

2. Das Bundesverwaltungsgericht wolle weiters meiner Beschwerde stattgeben und die Oberste Fernmeldebehörde verpflichten die unrichtig erteilten Auskünfte ihres Leiters der letzten 3 Jahre zu widerrufen und solche Äußerungen in Zukunft zu unterlassen, in welchen behauptet wurde:

a) Die in Österreich verbindlich geltenden Grenzwerte für Mobilfunksendeanlagen wurden von der Internationalen Kommission zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung (ICNIRP) festgelegt, von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) übernommen, von der Europäischen Union (EU) empfohlen und werden in Österreich verbindlich in der ÖVE-Richtlinie R23-1:2017.04.01 festgesetzt.

b) Nach derzeitigem Stand der Wissenschaft kann gesagt werden, dass es keinen Nachweis für eine Gefährdung der Gesundheit durch elektromagnetische Felder des Mobilfunks unterhalb der von der WHO/ICNIRP empfohlenen Grenzwerte gibt."

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich klar aus dem behördlichen Vorakt und dem Akt des BVwG, insbesondere aus der verfahrensgegenständlichen Verhaltensbeschwerde, dem "angefochtenen" Antwortschreiben des BMVIT sowie den Recherchen zum Sendungsverlauf und den im Akt ersichtlichen Poststempeln.

IV. Rechtliche Beurteilung:

IV.1. Zurückweisung

IV.1.1. Unzulässigkeit der Beschwerde

Rechtlicher Hintergrund:

1. Der 9. Abschnitt des "Bundesgesetzes, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird" (kurz: "TKG 2003"),

BGBI. I Nr. 2003/70 idFBGBI. I Nr. 2018/111, trägt die Überschrift "Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen". In den §§ 73 ff werden u.a. technische Anforderungen für solche Einrichtungen, sowie Errichtung, Betrieb und Bewilligung geregelt. Diese Bestimmungen lauten auszugsweise:

#### "9. Abschnitt

##### Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen

###### Technische Anforderungen

§ 73. (1) Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen müssen in ihrem Aufbau und ihrer Funktionsweise den anerkannten Regeln der Technik und den nach den internationalen Vorschriften zu fordernden Voraussetzungen entsprechen.

(2) Bei der Errichtung und dem Betrieb von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen müssen der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen sowie der ungestörte Betrieb anderer Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen gewährleistet sein. Bei der Gestaltung von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen ist unter Beachtung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit auch auf die Erfordernisse des Umweltschutzes, insbesondere auch im Hinblick auf eine fachgerechte Entsorgung, Bedacht zu nehmen.

(3) Durch Verordnung kann der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie dem jeweiligen Stand der Technik entsprechend die näheren Bestimmungen und technischen Voraussetzungen für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen festsetzen, insbesondere für

1. die Typenzulassung von Funkanlagen und

2. den Betrieb von Funkanlagen auf fremden Schiffen, Luftfahrzeugen und anderen Verkehrsmitteln, die sich im österreichischen Hoheitsgebiet aufhalten.

###### 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.

[...]

(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.

[...]

###### Anzeigeverfahren

§ 80a. (1) Die Inbetriebnahme einer Funkanlage gemäß einer Verordnung nach § 74 Abs. 3 ist der Fernmeldebehörde schriftlich anzugeben. 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.

(Anm.: Abs. 2 mit Ablauf des 31.12.2019 außer Kraft getreten)

(2a) Über einen Antrag gemäß Abs. 1 hat das Fernmeldebüro zu entscheiden. 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.

(Anm.: Abs. 3 mit Ablauf des 31.12.2019 außer Kraft getreten)

(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."

2. Auf Grundlage des § 74 Abs. 3 TKG 2003 erließ die frühere BMVIT eine Verordnung, mit der "generelle Bewilligungen" für näher genannte Funkanlagen erteilt werden ("Verordnung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie, mit der generelle Bewilligungen erteilt werden", BGBl. II Nr. 2014/64 idFBGBl. II Nr. 2019/317; kurz: "Bewilligungsverordnung").

§ 1 dieser Verordnung lautet:

#### "Generelle Bewilligungen

§ 1. Hinsichtlich der in der Anlage genannten Funkanlagen wird die generelle Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb erteilt."

Zielrichtung der Beschwerde:

Die gegenständliche Beschwerde richtet sich gegen ein "Verhalten" des BMVIT, das im Antwortschreiben des BMVIT vom XXXX Ausdruck findet. Der BMVIT erklärt in diesem Schreiben seine Vorgehensweise bei der Anwendung des TKG 2003 iZm der Errichtung von Mobilfunkstationen und 5G und der Behandlung von gesundheitlichen Fragen, die mit "Mobilfunksendeanlagen" einhergehen.

Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens liegt für die Beschwerdeführerin zusammengefasst in einer fehlerhaften Anwendung des TKG 2003, insbesondere beim Verfahren zur Anzeige bzw. Bewilligung von "Mobilfunksendeanlagen" gemäß § 80a und § 81 TKG 2003. Dazu macht die Beschwerdeführerin ein Recht auf die "ordnungsgemäße Durchführung der in diesem Gesetz vorgesehenen Bewilligungsverfahren" geltend.

Wesentlich ist für die Beschwerdeführerin, dass Bewilligungen von Mobilfunksendeanlagen lediglich nach dem Anzeigeverfahren gemäß § 80a TKG 2003 und nicht im individuellen Bewilligungsverfahren gemäß § 81 Abs. 6 TKG 2003 erteilt werden würden. Damit werde aus ihrer Sicht gegen § 73 TKG 2003 verstoßen, der vorsehe, dass bei der Errichtung und dem Betrieb von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen gewährleistet sein müsse. Die Beschwerdeführerin will mit ihrer Beschwerde erreichen, dass die Errichtung und der Betrieb von Mobilfunksendeanlagen im Bewilligungsverfahren nach § 81 TKG 2003 und unter Einbeziehung medizinischer Sachverständiger erfolgen. Sie begeht weiters, die belangte Behörde zu verpflichten, verschiedene in den letzten drei Jahren getätigten Äußerungen zu widerrufen und zu unterlassen.

Gemäß § 74 Abs. 3 TKG 2003 "hat" der BMVIT für die nicht dem § 53 Abs. 2 TKG 2003 unterliegenden Fälle durch Verordnung die technischen Bedingungen und Verhaltensvorschriften für den Betrieb von Funkanlagen zu regeln. Die damalige BMVIT hat auf dieser gesetzlichen Grundlage die zitierte Bewilligungsverordnung erlassen. Diese bestimmt, dass den in der Anlage dieser Verordnung genannten Funkanlagen "die generelle Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb erteilt" wird. Solche Anlagen sind daher nach der Systematik des TKG 2003 lediglich gemäß § 80a TKG 2003 iVm der Bewilligungsverordnung anzugepflichtig; sie durchlaufen kein gesondertes Bewilligungsverfahren nach § 81 TKG 2003. Hingegen unterliegen Anlagen, die nicht in dieser Verordnung genannt sind, einem gesonderten Bewilligungsverfahren.

Würde man sich die Bewilligungsverordnung wegdenken, wäre es nicht möglich, den Betrieb von Funkanlagen bloß nach § 80a TKG 2003 anzugeben. Die Beschwerde richtet sich jedoch nicht gegen diese Verordnung des BMVIT oder die sonst relevanten Bestimmungen des TKG 2003, sondern gegen die im Antwortschreiben vom XXXX kommunizierte Vorgehensweise des BMVIT bei der Anwendung des TKG 2003 und der Bewilligungsverordnung. Eine Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des BMVIT ist vor dem dargestellten Hintergrund jedoch nicht zu erkennen.

Rechtsnatur des inkriminierten Schreibens:

Für das gegenständliche Antwortschreiben des BMVIT besteht keine gesetzliche Anordnung, in einer bestimmten Form zu ergehen. Es weist keine Bescheidform auf und ist mangels rechtserzeugenden oder rechtsfeststellenden Inhalts auch nicht als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt iSd Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG zu qualifizieren. Es handelt sich beim inkriminierten Antwortschreiben daher um ein schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln. Ein solches kann - sofern Bundes- oder Landesgesetze dies vorsehen - mit Verhaltensbeschwerde bekämpft werden (Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG).

Zuständigkeit:

Angelegenheiten des Post- und Fernmeldewesens können gemäß Art. 102 Abs. 2 B-VG in unmittelbarer

Bundesverwaltung besorgt werden; bei den Fernmeldebehörden (§ 112 TKG 2003), dazu zählt insbesondere der hier belangte BMVIT, handelt es sich um derartige Bundesbehörden (Mayr in Riesz/Schilchegger [Hrsg] Kommentar zum Telekommunikationsgesetz [2016] § 112 Rz 6). Somit liegt gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG eine Zuständigkeit des BVwG vor (vgl. auch § 113 Abs. 5a TKG 2003, wonach gegen Bescheide des BMVIT und wegen Verletzung der Entscheidungspflicht Beschwerde an das BVwG erhoben werden kann). Das gilt auch für Verhaltensbeschwerden gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG, weil Art. 131 Abs. 6 B-VG eine zu den typengebundenen, verfassungsrechtlich zwingend eingerichteten Zuständigkeiten akzessorische sachliche Zuständigkeit begründet (VwGH 25.06.2019, Ra 2017/19/0261).

Voraussetzungen für das Erheben einer Verhaltensbeschwerde:

Art. 130 Abs. 1 B-VG enthält eine Aufzählung von Angelegenheiten, in denen Beschwerde an ein Verwaltungsgericht erhoben werden kann (Bescheide von Verwaltungsbehörden, rechtswidrige Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder Verletzung der Entscheidungspflicht, kurz: Säumnis). Gemäß dem hier relevanten Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG können durch Bundes- oder Landesgesetz "sonstige Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden gegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze" vorgesehen werden. Art. 132 Abs. 4 B-VG sieht hierzu vor: "wer in anderen als den in Abs. 1 und 2 genannten Fällen und in den Fällen, in denen ein Gesetz gemäß Art. 130 Abs. 2 eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte vorsieht, wegen Rechtswidrigkeit Beschwerde erheben kann, bestimmen die Bundes- oder Landesgesetze."

Das vorliegende Schreiben des BMVIT ist gemäß den zitierten Bestimmungen daher nur unter der Voraussetzung (mit "Verhaltensbeschwerde") bekämpfbar, dass die Beschwerdemöglichkeit an ein Verwaltungsgericht durch eine einfachgesetzliche Regelung eingeräumt wird (VwGH 30.04.2018, Ro 2016/01/0013; Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit [2013] Art. 132 Rz 23). Dies ist jedoch nicht der Fall.

Zwar räumen vereinzelte Gesetze wie § 54 Militärbefugnisgesetz oder § 88 Sicherheitspolizeigesetz die Möglichkeit zur Erhebung einer Verhaltensbeschwerde iSd Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG ein, doch handelt es sich bei der vorliegenden Sache weder um eine Angelegenheit der militärischen Landesverteidigung noch der Sicherheitsverwaltung (vgl. zur Sicherheitsverwaltung VwGH 17.03.2017, Ra 2017/01/0059). Eine andere Rechtsgrundlage für die Erhebung der vorliegenden Beschwerde ist nicht ersichtlich.

Daran kann auch § 53 VwGVG, auf den sich die Beschwerdeführerin beruft, nichts ändern. Dieser bestimmt: "Soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf Verfahren über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG die Bestimmungen über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt sinngemäß anzuwenden." § 53 VwGVG ordnet dabei lediglich die sinngemäße Anwendung von Verfahrensbestimmungen an, normiert aber kein eigenes Beschwerderecht. Der Gesetzgeber hat für den vorliegenden Sachverhalt keine Möglichkeit zur Erhebung einer Verhaltensbeschwerde vorgesehen. Es liegen somit schon grundsätzlich keine Bestimmungen vor, die eine Anwendung des § 53 VwGVG zulassen.

Der Verhaltensbeschwerde fehlt die für die Beschwerdeerhebung notwendige Rechtsgrundlage. Sie ist daher schon aus diesem Grund zurückzuweisen (VwGH 30.04.2018, Ro 2016/0013).

#### IV.1.2. Verspätung der Beschwerde

Gemäß § 7 Abs. 4 VwGVG beträgt die Frist zur Erhebung einer Beschwerde "wegen Rechtswidrigkeit des Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG," vier Wochen.

Gemäß § 6 AVG "hat die Behörde ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen; langen bei ihr Anbringen ein, zu deren Behandlung sie nicht zuständig ist, so hat sie diese ohne unnötigen Aufschub auf Gefahr des Einschreiters an die zuständige Stelle weiterzuleiten oder den Einschreiter an diese zu weisen."

Der Beschwerdeführerin wurde das Antwortschreiben des BMVIT am XXXX zugestellt. Die Beschwerdeführerin brachte die Verhaltensbeschwerde direkt beim BVwG ein. Der VwGH sprach in seiner Entscheidung vom 23.10.2015, Fr 2015/21/0012, aus, dass Verhaltensbeschwerden bei der belangten Behörde, nicht aber direkt beim VwG einzubringen sind. Abweichende Bestimmungen in Materiengesetzen liegen nicht vor.

Die Beschwerde wurde direkt beim BVwG und damit bei der unzuständigen Stelle eingebracht. Das BVwG leitete die Beschwerde - im Sinne der zitierten Rechtsprechung - an den zuständigen BMVIT weiter, wo sie am XXXX einlangte.

Der VwGH führte in seiner Entscheidung vom 02.07.2015, Ro 2014/16/0074, zur Frage der Rechtzeitigkeit eines fristgebundenen Anbringens im Fall der Weiterleitung aus (Hervorhebung hinzugefügt):

"Wird ein fristgebundenes Anbringen bei einer unzuständigen Stelle eingebracht, so erfolgt die Weiterleitung auf Gefahr des Einschreiters. Die Frist ist nur dann gewahrt, wenn die unzuständige Stelle das Anbringen zur Weiterleitung an die zuständige Stelle spätestens am letzten Tag der Frist zur Post gibt oder das Anbringen bis zu diesem Zeitpunkt bei der zuständigen Stelle einlangt."

Dies gilt auch für den vorliegenden Fall: Die Weiterleitung erfolgte auf Gefahr der Beschwerdeführerin. Ihre Beschwerde wurde von der unzuständigen Stelle erst nach Ablauf der vierwöchigen Beschwerdefrist an die zuständige Stelle übermittelt. Damit wurde die gemäß § 7 Abs. 4 VwGVG vierwöchige Beschwerdefrist nicht eingehalten. Die Verhaltensbeschwerde ist somit als verspätet eingebracht anzusehen und ist auch aus diesem Grund zurückzuweisen.

#### IV.1.2. Entfall der mündlichen Verhandlung

Das Verwaltungsgericht hat auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen (§ 24 Abs. 1 VwGVG). Eine Verhandlung kann gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG u.a. dann entfallen, wenn die Beschwerde zurückzuweisen ist.

Gegenständlich wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht beantragt und ist wegen klaren Sachverhalts und klarer Rechtslage nicht erforderlich. Zudem war die Verhaltensbeschwerde zurückzuweisen und konnte die Verhandlung gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG entfallen.

#### IV.3. Unzulässigkeit der Revision

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

Die Revision ist nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung zur Frage der Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit von Verhaltensbeschwerden (vgl. die obzitierte Rechtsprechung).

#### Schlagworte

Beschwerdefrist, Bewilligung, Fristablauf, Fristüberschreitung,  
Fristversäumung, gesundheitliche Beeinträchtigung,  
Informationsschreiben, informativer Charakter, Mobilfunkanlage,  
Mobilfunksende anlage, Rechtsgrundlage, Telekommunikation,  
Unzulässigkeit der Beschwerde, Verhaltensbeschwerde, verspätete  
Beschwerde, Verspätung, Weiterleitung, Zurückweisung

#### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W271.2221116.2.00

#### Zuletzt aktualisiert am

04.06.2020

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