

# **BVGer B-4495/2010 vom 16. November 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-11-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4495\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4495_2010)

FR: TAF B-4495/2010 du 16 novembre 2011

IT: TAF B-4495/2010 del 16 novembre 2011

## **Regeste**

Edelmetalle

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 19. Mai 2010. Diese stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) dar und unterliegt daher der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 31 und Art. 33 Bst. e des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ist legitimiert, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Adressat im materiellen Sinn ist diejenige Partei, hinsichtlich derer die Verfügung eine Berechtigung oder Verpflichtung ausspricht. Neben dem eigentlichen Verfügungsadressaten können auch Dritte zur Beschwerde legitimiert sein, sofern sie ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung haben und in einer besonderen, beachtenswerten nahen Beziehung zur Streitsache stehen (vgl. BGE 131 II 649 E. 3.4 mit Hinweisen; Isabelle Häner, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St.Gallen 2008, Rz. 12 ff. zu Art. 48; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 1771 ff.; André Grisel, Traité de droit administratif, Neuenburg 1984, Bd. II S. 898 ff.; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 158 und S. 162; Benoît Bovay, Procédure administrative, Bern 2000, S. 485 f.). Nach der überwiegenden Lehre bewirkte die seit dem 1. Januar 2007 in Kraft stehende neue Fassung von Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG keine inhaltliche Änderung gegenüber der früheren (vgl. Vera Marantelli-Sonanini/Said Huber, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG - Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 12 f. zu Art. 48; Häner, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, a.a.O., Rz. 12 ff. zu Art. 48). Die Tragweite dieser Bestimmung deckt sich auch mit derjenigen von Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110 ] bzw. Art. 103 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG, BS 3 521). Auf die bisherige Lehre und die Praxis des Bundesgerichts zur Frage des besonderen Berührtseins des Dritten kann daher abgestellt werden, ohne dass danach differenziert werden müsste, auf welche dieser

Gesetzesbestimmungen sie sich beziehen. Nach dieser Lehre und Rechtsprechung liegt die notwendige Beziehungsnähe nur vor, wenn der Drittperson durch die streitige Verfügung ein unmittelbarer Nachteil entsteht (vgl. BGE 133 II 468 E. 1, BGE 130 V 560 E. 3.5, BGE 125 V 339 E. 4b). Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist jeweils in Bezug auf die konkrete Einzelfallkonstellation zu prüfen (BGE 130 V 560 E. 3.4 in fine). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese unmittelbar berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Dies gilt indessen nur insoweit, als die Verfügung ihr selbst Pflichten auferlegt bzw. ein bestimmtes Verhalten verbietet. Soweit die Verfügung dagegen mit der Beschwerdeführerin "assozierten Gesellschaften und Personen" bestimmte Tätigkeiten untersagt, fehlt es der Beschwerdeführerin selbst an der erforderlichen unmittelbaren und direkten Beschwer. Sie ist daher nicht legitimiert, die Verfügung der Vorinstanz in diesen Punkten anzufechten. Ob zwischen diesen nicht näher identifizierten Gesellschaften oder Personen und der Beschwerdeführerin vertragliche oder gesellschaftsrechtliche Beziehungen bestehen oder nicht, ist diesbezüglich irrelevant, da jedenfalls nur diese Gesellschaften oder Personen selbst gegen die ihnen auferlegten Verbote Beschwerde erheben könnten. Die Beschwerdeführerin ist daher nur insoweit zur Beschwerde legitimiert, als ihre Beschwerde sich gegen diejenigen Punkte des Dispositivs der angefochtenen Verfügung richtet, in denen der Beschwerdeführerin selbst Pflichten auferlegt bzw. gewisse Verhaltensweisen untersagt werden.

### **E. 1.3**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 a Abs. 1 Bst. b VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

### **E. 1.4**

Auf die Beschwerde ist daher im dargelegten Umfang einzutreten.

### **E. 2**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin vorab eine schwerwiegende Verletzung ihres verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung erlassen, ohne sie vorher anzuhören. Ihr sei zwar mitgeteilt worden, dass der Prüfbericht nicht mehr verbreitet werden dürfe. Daraufhin sei er aus ihren Internetseiten sowie aus den Werbebroschüren entfernt worden, was die Vorinstanz auch bestätigt habe. Die Beschwerdeführerin habe aber erstmals durch die Verfügung erfahren, dass Nachforschungen ergeben hätten, dass der Prüfbericht teilweise immer noch im Internet verfügbar sei. In Bezug auf die "Prüfberichte (...)" sei ihr weder mitgeteilt noch angekündigt worden, dass ein Verbot des Bezugs auf die Vorinstanz oder deren gesetzliche Funktion in Erwägung gezogen werde. Auch dass die Publikation der Eintragungsurkunde der Verantwortlichkeitsmarke zukünftig verboten sei, sei ihr erstmals mit der angefochtenen Verfügung mitgeteilt worden. Eine nachträgliche Heilung dieser schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs sei im vorliegenden Fall nicht zulässig, denn es sei nicht davon auszugehen, dass im Falle einer Rückweisung ein formalistischer Leerlauf drohen würde. Vielmehr hätte sich der Erlass einer Verfügung bei Gewährung des rechtlichen Gehörs erübrigt. Die Vorinstanz bestreitet diese Vorwürfe. Der Beschwerdeführerin sei das rechtliche Gehör gewährt worden. Es sei ihr über Wochen mehrmals mitgeteilt worden, dass ihre Werbebroschüre und die Internetauftritte nicht

gesetzeskonform seien und dass sie es zu unterlassen habe, einen irreführenden Bezug auf die Vorinstanz und auf verschiedene Dokumente im Internet oder in Broschüren zu nehmen. Sie sei aber den Anordnungen nicht gefolgt bzw. habe nur Teilbereiche korrigiert und zum Teil neue, wiederum nicht konforme Werbung veröffentlicht. Sollte das rechtliche Gehör doch ungenügend gewährt worden sein, so sei der Mangel durch das vorliegende Verfahren behoben worden. Die Rückweisung der Sache würde zu einem formalistischen Leerlauf und einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führen.

### **E. 2.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör richtet sich nach Art. 26 ff. VwVG sowie nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere auch das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, sofern dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 132 II 485 E. 3.2).

### **E. 2.2**

Im vorliegenden Fall ist aktenmässig erstellt, dass die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin die Verwendung des Prüfberichts auf zwei spezifischen Webseiten gerügt und dass die Beschwerdeführerin in der Folge den gerügten Mangel zuerst bezüglich der einen und, nach entsprechender Mahnung der Vorinstanz, auch bezüglich der zweiten Webseite behoben hat. Dass die Vorinstanz auch die Verwendung des Prüfberichts auf anderen Webseiten, oder die Verwendung der Eintragungsurkunde der Verantwortlichkeitsmarke oder den Bezug auf sie selbst beanstandet hätte, ist dagegen nicht erstellt.

### **E. 2.3**

Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 133 I 201 E. 2.2 mit Hinweisen). In der Lehre wird zwar teilweise die Auffassung vertreten, Heilungen von Gehörsverletzungen seien grundsätzlich abzulehnen bzw. wesentlich zurückhaltender zuzulassen, als dies in der Praxis effektiv geschieht. Begründet wird diese Auffassung einerseits damit, dass der Instanzenzug dadurch verkürzt werde und der Betroffene sich gegenüber einem negativen Entscheid einer Behörde durchsetzen müsse. Vor allem aber mache ihn die Behörde durch die Gehörsverweigerung zum Verfahrensobjekt, statt ihn als Partner zu behandeln. Dies könne nicht geheilt, sondern müsse sanktioniert werden (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1711 mit Hinweisen). Diese Auffassung wird von der Praxis nicht geteilt, jedenfalls dann nicht, wenn eine Rückweisung offensichtlich nur zu einem formalistischen Leerlauf führen würde. Davon ist insbesondere dann auszugehen,

wenn der Beschwerdeführer seinen Standpunkt im Rechtsmittelverfahren bereits eingebracht hat, die Vorinstanz dazu Stellung genommen und ihre Begründung ergänzt hat, der Beschwerdeführer sich dazu seinerseits in einem zweiten Schriftenwechsel äussern konnte und die Vorinstanz auch in der Duplik zum Ausdruck bringt, dass sie in der Sache nach wie vor gleich entscheiden würde. Bei einer solchen Konstellation hätte es wenig Sinn, die Vorinstanz zu verpflichten, einen neuen Entscheid unter Beachtung des rechtlichen Gehörs des Betroffenen zu fällen (vgl. BGE 100 Ib 1 E. 2). Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist daher selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung lediglich zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2 mit Hinweisen).

#### **E. 2.4**

Im vorliegenden Fall kann daher offen gelassen werden, ob der Umstand, dass die Vorinstanz weder die Verwendung des Prüfberichts auch auf anderen als den von ihr konkret beanstandeten Webseiten noch die Verwendung der Eintragungsurkunde der Verantwortlichkeitsmarke oder den Bezug auf sie selbst in der Werbung der Beschwerdeführerin ausdrücklich beanstandet hat, als schwerwiegende oder angesichts der gesamten Umstände nur als geringfügige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu qualifizieren wäre. So oder anders ist die Verletzung jedenfalls als geheilt zu betrachten, nachdem im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt worden ist.

#### **E. 3**

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz könne die ihr in der angefochtenen Verfügung auferlegten Verbote auf keine hinreichende gesetzliche Grundlage stützen. Es gebe keine gesetzliche Grundlage um zu verlangen, dass der Prüfbericht nur als Ganzes und nicht ohne schriftliche Einwilligung des Prüflabors vervielfältigt werden dürfe. Die ISO-Norm 17025:2005 (EN ISO 17025:2005), auf welche sich die Vorinstanz stütze, habe keine Gesetzeswirkung. Auch die Vorinstanz selbst sei nicht an diese Norm gebunden. Ihre Einhaltung sei einzig für die internationale Anerkennung der Prüfergebnisse von Bedeutung. Selbst wenn der EN ISO 17025:2005 Gesetzeswirkung zugestanden würde, gelte dies jedoch nicht für die darin enthaltenen, bloss erläuternden und weiterführenden Anmerkungen zu den einzelnen Ziffern, insbesondere für die in Frage stehende Anmerkung, bei der es sich ausdrücklich um eine blosser Empfehlung handle. Ausserdem beziehe sich diese einzig auf die auszugsweise, nicht aber auf die vollständige Vervielfältigung von Prüfberichten. Die im "Prüfbericht (...)" enthaltenen Aussagen seien weder unwahr noch täuschend und es gebe keine rechtliche Grundlage gegen deren Veröffentlichung. Es könne nicht grundsätzlich verboten werden, sich auf die gesetzliche Funktion der Vorinstanz zu beziehen. Ein allgemeines Verbot der Bezugnahme sei unverhältnismässig und schränke die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin in unzulässigem Masse ein. Zudem seien die Konkurrenten privilegiert, weil diesen eine Bezugnahme nicht untersagt werde. Ohnehin enthalte der Ausschnitt "Prüfbericht (...)" effektiv keinen Verweis auf die Vorinstanz. Auch das Verbot, die Eintragungsurkunde der Verantwortlichkeitsmarke gegenüber Dritten zu verwenden, sei unzulässig. Sie diene als Ausweis, die Verantwortlichkeitsmarke benutzen zu dürfen. Jede registrierte

Verantwortlichkeitsmarke werde im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht. Es sei daher nicht einsichtig, weshalb die Eintragungsbescheinigung vom Markeninhaber nicht auch selber in Mitteilungen gegenüber Dritten verwendet werden dürfe, solange dies nicht in unlauter oder täuschender Weise erfolge. Die Beschwerdeführerin versuche nicht, den Anschein zu erwecken, dass sie unter einer besonderen Aufsicht stehe. Der Wortlaut der Eintragungsbescheinigung sei klar und unmissverständlich. Auch im schweizerischen Markenrecht gebe es Eintragungsbescheinigungen, die einem individuellen Nachweis entsprächen. Sie würden in Werbemitteln und auf Internetseiten verwendet, was nie bemängelt werde. Selbst das Bundesgericht qualifiziere in seiner neueren Rechtsprechung die Werbung mit Selbstverständlichkeiten nicht mehr zwingend als unlauter. Die Vorinstanz macht dagegen geltend, Edelmetallwaren dürften in der Schweiz nur mit einem gesetzlichen Feingehalt und mit einer Verantwortlichkeitsmarke in den Verkehr gebracht werden. Firmen, die eine Handelsprüferbewilligung besäßen, dürften selbst Feingehaltsbestimmungen von Schmelzprodukten vornehmen und diese mit der Unterschrift eines beeidigten Edelmetallprüfers versehen. Firmen wie die Beschwerdeführerin, die über keine derartige Bewilligung verfügten, dürften dagegen nur Medaillen herstellen und in Verkehr bringen. Sie dürfe sich daher nicht darauf berufen, dass sie zertifizierte Produkte herstelle und vertreibe. Die Vorinstanz selbst sei nach der ISO-Norm 17025:2005 akkreditiert, wodurch sie verpflichtet sei, die Anforderungen, die sich aus dieser Norm ergäben, einzuhalten. Jeder Prüfbericht enthalte dementsprechend die Klausel, dass er nur als Ganzes und nicht ohne schriftliche Einwilligung des Prüflabors vervielfältigt werden dürfe. Ein Prüfbericht sei das Ergebnis der Prüfung eines einzigen Gegenstandes. Er könne daher nicht als Garantieschein für die Konformität von allen angebotenen Edelmetallwaren gelten. Genau dies suggeriere aber die Beschwerdeführerin und verstosse damit gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Mit der angefochtenen Verfügung gehe es der Vorinstanz darum, der Beschwerdeführerin zu verbieten, eine irreführende Werbung im Sinne des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb zu betreiben, indem sie direkt oder indirekt auf die Vorinstanz verweise, Teile von Dokumenten auf irreführende Weise veröffentliche und auf Dokumente verweise, welche sie einzig in ihrer Eigenschaft als Inhaberin einer Verantwortlichkeitsmarke besitze.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz überwacht den Verkehr mit Edelmetallen und Edelmetallwaren (Art. 36 Abs. 1 des Edelmetallkontrollgesetzes vom 20. Juni 1933 [EMKG SR 941.31]). Insbesondere besorgt sie die Eintragung der Verantwortlichkeitsmarken und überwacht die amtliche Prüfung und Punzierung der Edelmetallwaren. Ihr obliegt weiter die Erteilung der Schmelzbewilligungen sowie die Überwachung der Feingehaltsbestimmungen von Schmelzprodukten, sie überwacht die Geschäftsführung der Kontrollämter und der Handelsprüfer und stellt die Diplome für die beeidigten Edelmetallprüfer und die Berufsausübungsbewilligungen für die Handelsprüfer aus (vgl. Art. 36 Abs. 2 EMKG).

### **E. 3.2**

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass weder das Edelmetallkontrollgesetz noch die Edelmetallkontrollverordnung vom 8. Mai 1934 (EMKV, SR 941.311) der Beschwerdeführerin direkt oder indirekt verbieten, in ihrer Werbung Prüfberichte der Vorinstanz oder die Eintragungsurkunde ihrer Verantwortlichkeitsmarke zu verwenden oder sonstwie auf die Vorinstanz Bezug zu nehmen. Die Vorinstanz nennt jedenfalls weder in der Begründung der angefochtenen Verfügung noch in ihrer Vernehmlassung eine

konkrete Bestimmung aus dem Edelmetallkontrollgesetz oder aus der Edelmetallkontrollverordnung, auf die sich die in der angefochtenen Verfügung enthaltenen Verbote abstützen liessen. Eine derartige gesetzliche Grundlage ist denn auch nicht ersichtlich: Das Edelmetallkontrollgesetz regelt zwar den Handel mit den dem Gesetz unterstehenden Waren insbesondere insofern, als es die Anforderungen an und Bezeichnung dieser Waren festlegt bzw. dem Bundesrat diesbezügliche Kompetenzen delegiert, nicht aber die Werbung für derartige Waren.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz macht in Bezug auf die Frage nach einer gesetzlichen Grundlage ihrer Verfügung einzig geltend, die Beschwerdeführerin verstosse durch ihre Werbung gegen die ISO-Norm 17025:2005 sowie gegen das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241).

#### **E. 3.3.1**

Die ISO-Norm 17025:2005 wurde durch die Internationale Organisation für Normung (ISO) entwickelt und von der Schweizerischen Normen-Vereinigung SNV als Schweizerische Norm eingetragen. Derartige Normen sind typischerweise Ausdruck des fachlichen Konsenses über einen in der betreffenden Branche geltenden Qualitätsstandard (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 2A.522/2004 vom 18. August 2005), stellen aber keine Rechtsnormen dar und sind daher grundsätzlich ungeeignet, um Rechte oder Pflichten der Bürger zu begründen. Inhaltlich regelt die ISO-Norm 17025:2005 die Anforderungen an die Kompetenz von Prüf- und Kalibrierlaboratorien. Die von der Vorinstanz angeführte Passage aus der Norm lautet: "Den Laboratorien wird empfohlen, einen Hinweis aufzunehmen, dass der Prüfbericht oder der Kalibrierschein ohne die schriftliche Zustimmung des Laboratoriums nicht auszugsweise vervielfältigt werden darf." Diese Passage der ISO-Norm richtet sich somit an die betreffenden Laboratorien, nicht an deren Kunden. Auch inhaltlich ist daher nicht nachvollziehbar, inwiefern die ISO-Norm 17025:2005 eine Rechtsgrundlage darstellen könnte, um der Beschwerdeführerin die Verwendung des Prüfberichts in ihrer Werbung zu untersagen.

#### **E. 3.3.2**

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bezweckt, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 UWG). Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Die Einhaltung dieses Gesetzes wird indessen nicht durch Verfügung, insbesondere nicht durch Verfügungen der Vorinstanz, sondern durch Klage beim zuständigen Zivilrichter (vgl. Art. 9 UWG) oder durch die Einleitung eines entsprechenden Strafverfahrens durchgesetzt (vgl. 23 und 27 UWG). Ob die von der Vorinstanz geltend gemachten Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin gegen Bestimmungen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verstossen oder nicht, kann im vorliegenden Fall offen gelassen werden, denn die Vorinstanz könnte auch im Fall eines klaren Verstosses aus diesem Gesetz nicht die Kompetenz ableiten, die Einhaltung der in Frage stehenden Bestimmungen auf dem Verfügungsweg durchzusetzen.

### **E. 3.4**

Die Vorinstanz verweist analogieweise auf BGE 105 II 70. In jenem Urteil aus dem Stiftungsrecht hatte das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) als Aufsichtsbehörde der betroffenen Stiftung untersagt, sich in ihrer Werbung auf die Aufsicht seitens des EDI zu berufen oder sonstwie auf die gesetzliche Stiftungsaufsicht Bezug zu nehmen. Das Bundesgericht schützte dieses Verbot. In der Begründung jenes Entscheides führte das Bundesgericht aus, die Stiftungsaufsicht diene nicht nur dem Ziel, der Absicht des Stifters Geltung zu verschaffen und die richtige Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens zu überwachen, sondern die Aufsichtsbehörde habe auch die öffentlichen Interessen in einem umfassenden Sinne wahrzunehmen. Vor allem habe sie dafür zu sorgen, dass die Stiftungsorgane das objektive Recht beachteten. Die Tätigkeit der Stiftung dürfe, auch unter Wahrung des zulässigen Stiftungszweckes, in ihren Formen und Auswirkungen nicht widerrechtlich oder unsittlich sein. Eine Stiftung, deren statutarischer Zweck keinen Grund zur Auflösung gebe, habe sich auch in ihrer effektiven Tätigkeit an die Schranken von Recht und Sitte zu halten. Gegen Verstösse oder die konkrete Gefahr von Verstössen könne mit präventiven und repressiven Aufsichtsmitteln eingeschritten werden (vgl. BGE 105 II 70 E. 3b). Diese umfassende Aufsichtsfunktion des jeweiligen Gemeinwesens über Stiftungen basiert indessen auf der Bestimmung von Art. 84 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Ob eine andere Aufsichtsbehörde eine ähnlich umfassende Aufsichtsfunktion hat oder ob diese viel eingeschränkter ist und ob ihr entsprechend weitreichende bzw. nur wenige, ausdrücklich vorgesehene Mittel zur Verfügung stehen, um dieser Funktion nachzukommen, hängt vom jeweils anwendbaren Gesetz ab. Eine mit der Aufsichtsfunktion der Stiftungsaufsicht vergleichbare, umfassende Aufsichtsfunktion über bestimmte, ihrer Aufsicht ausdrücklich unterstellte natürliche und juristische Personen kommt beispielsweise auch der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA zu, die deswegen auch explizit befugt ist, bei Gesetzesverstössen oder "sonstigen Missständen" für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu sorgen (Art. 31 i.V.m. Art. 3 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]). Andere Aufsichtsbehörden dagegen haben keine Weisungskompetenzen, sondern nur die Möglichkeit, Disziplinarverstösse in der gesetzlich vorgesehenen Weise nachträglich zu sanktionieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.447/2005 vom 6. März 2006 E. 4.3.1). Das Edelmetallkontrollgesetz kennt keine mit derjenigen der Stiftungsaufsicht oder der FINMA vergleichbare umfassende Aufsichtsfunktion, insbesondere nicht gegenüber einer blossen Händlerin und Inhaberin einer Verantwortlichkeitsmarke. Die Vorinstanz erteilt zwar Schmelzbewilligungen, überwacht die Geschäftsführung der Kontrollämter und der Handelsprüfer und stellt die Diplome für die beeidigten Edelmetallprüfer und die Berufsausübungsbewilligungen für die Handelsprüfer aus (vgl. Art. 36 Abs. 2 EMKG). Die Beschwerdeführerin ist aber weder Inhaberin einer Schmelzbewilligung noch Edelmetallprüferin oder Handelsprüferin, weshalb der Vorinstanz ihr gegenüber lediglich eine sehr eingeschränkte Aufsichtsfunktion zukommt. Diese Aufsichtsfunktion beschränkt sich auf die der Vorinstanz obliegende Überwachung des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren (vgl. Art. 36 Abs. 1 EMKG), d.h. auf die Überwachung, ob die Beschwerdeführerin bei ihrer Handelstätigkeit die Bestimmungen des Edelmetallkontrollgesetzes und der Edelmetallkontrollverordnung einhält. Die Aufsichtsmittel, über die die Vorinstanz zur Wahrnehmung dieser Aufsichtsfunktion verfügt, sind in Gesetz und Verordnung ausdrücklich genannt (vgl. Art. 100 ff. und Art. 181 EMKV i.V.m. Art. 54 EMKG). Sie beschränken sich auf Untersuchungsmassnahmen und

die Erstattung einer Strafanzeige. Ob der Vorinstanz darüber hinaus überhaupt die Befugnis zukommt, der Beschwerdeführerin Weisungen zu erteilen oder ihr gegenüber Verbote auszusprechen, erscheint daher als fraglich, kann aber im vorliegenden Fall offen gelassen werden. Selbst wenn sie dazu befugt wäre, könnten dazu jedenfalls nur Verhaltensweisen Anlass geben, die gegen das Edelmetallkontrollgesetz oder dessen Ausführungserlasse verstossen. Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung indessen unbestrittenermassen nicht gegeben.

### **E. 3.5**

Eine hinreichende rechtliche Grundlage für Verbote, welche die Vorinstanz der Beschwerdeführerin gegenüber ausgesprochen hat, ist somit nicht ersichtlich. Die angefochtene Verfügung ist daher, soweit darauf einzutreten ist, aufzuheben.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin beantragt weiter, es sei festzustellen, dass die Prüfberichte der Vorinstanz und der ihr angeschlossenen Stellen auch ohne deren schriftliche Einwilligung sowohl als Ganzes als auch nur auszugsweise vervielfältigt werden dürfen. Eventualiter sei festzustellen, dass sie ohne deren schriftliche Einwilligung als Ganzes vervielfältigt werden dürfen. Ist die Vorinstanz nicht zuständig, der Beschwerdeführerin Tätigkeiten zu untersagen, die allenfalls gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verstossen, so ist das Bundesverwaltungsgericht auch nicht zuständig zum Entscheid darüber, ob die in Frage stehenden Tätigkeiten gegen jenes Gesetz verstossen oder nicht. Auf dieses Beschwerdebegehren ist daher nicht einzutreten.

### **E. 5**

Die Beschwerde erweist sich daher als begründet, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtene Verfügung ist in diesem Umfang aufzuheben.

### **E. 6**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als teilweise obsiegend, weshalb ihr nur reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 VwVG).

### **E. 7**

Als teilweise obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin auch Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung für einen Teil der ihr erwachsenen notwendigen Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 und 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Im vorliegenden Fall hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin keine Honorarnote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung aufgrund der Akten und nach Ermessen festzulegen ist (vgl. Art. 8 ff. und 14 VGKE). Der Beschwerdeführerin ist daher zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'000. (inkl. MWST) zuzusprechen.

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