

# **BVGer BVGE 2009/61 vom 19. Oktober 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-10-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2009\\_61](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2009_61)

FR: TAF BVGE 2009/61 du 19 octobre 2009

IT: TAF BVGE 2009/61 del 19 ottobre 2009

## **Regeste**

Elektrische Anlagen (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin beanstandet vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, habe die Vorinstanz doch verfügt, ohne ihr vorgängig die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.

#### **E. 4.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) umfasst das Recht der Parteien, sich vor Erlass einer Verfügung zu äussern (Art. 30 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Die Behörde braucht die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren vor Verfügungserlass jedoch dann nicht anzuhören, wenn Gefahr im Verzug ist, ihnen die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht, keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet und die Verweigerung des rechtlichen Gehörs nicht unverhältnismässig ist (vgl. Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG sowie zur Verhältnismässigkeit: BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: VwVG - Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 30 N 81 f.). Nachdem eine Beschwerde an das mit umfassender Kognition (Art. 49 VwVG) ausgestattete BVGer ohne weiteres möglich ist (...; vgl. WALDMANN/BICKEL, a. a. O., Art. 30 N 74) und keine spezialgesetzlich von Art. 30 VwVG abweichende Regelungen bestehen, bleibt zu prüfen, ob die Kriterien der besonderen Gefahrensituation und der Verhältnismässigkeit gegeben sind.

##### **E. 4.1.1**

Gefahr im Verzug liegt dann vor, wenn die Betroffenen aufgrund wichtiger Anliegen und zeitlicher Dringlichkeit nicht vorgängig angehört werden können. Der befürchtete Nachteil muss indessen aufgrund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung jedoch völlig auszuschliessen wäre (WALDMANN/BICKEL, a. a. O., Art. 30 N 68 f.; vgl. auch PATRICK SUTTER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 28 zu Art. 30, der eine Beurteilung des Sachverhaltes durch die Behörde ex ante genügen lassen will). Die Vorinstanz hat vorliegend unmittelbar nach Konsultation der Internetseite der Beschwerdeführerin ohne deren vorgängige Anhörung ein Verkaufsverbot für das Verlängerungskabel verfügt, da

ihrer Auffassung nach wegen eines erheblichen sicherheitstechnischen Mangels (Überbelastung des netzseitigen Steckers des Verlängerungskabels bei Verbindung des Kabels mit einem bestimmten, in der Schweiz erhältlichen Stecker) Brandgefahr und damit zeitliche Dringlichkeit vorlag. Die Beschwerdeführerin macht zwar geltend, es habe zu keinem Zeitpunkt das Risiko eines Vertriebs des betreffenden Produktes in der Schweiz bestanden, sei doch eine Auslieferung an Schweizer Kunden wegen einer entsprechenden Kennzeichnung in ihrem nachgelagerten Fakturierungssystem gar nicht möglich. Selbst wenn dies zutreffen sollte, dürfte die Vorinstanz aber im Verfügungszeitpunkt aufgrund objektiver Anhaltspunkte (Anbieten des Verlängerungskabels auf dem Internet ohne Hinweis auf das Lieferverbot in die Schweiz) zu Recht davon ausgehen, dass Gefahr im Verzuge sei.

#### **E. 4.1.2**

Auf die vorgängige Anhörung darf nur dann gänzlich verzichtet werden, wenn der besonderen Gefahrensituation nicht durch eine mildere Massnahme gleichermassen Rechnung getragen werden kann (WALDMANN/BICKEL, a. a. O., Art. 30 N 76). Vorliegend hätte die Vorinstanz dem Gebot der Eile ohne weiteres auch dadurch nachkommen können, indem sie der Beschwerdeführerin gegenüber eine kurze Vernehmlassungsfrist von wenigen Tagen angesetzt oder superprovisorisch eine zeitlich befristete vorsorgliche Massnahme mit anschliessender Anhörung angeordnet hätte (vgl. WALDMANN/BICKEL, a. a. O., Art. 30 N 76). Hat sie aber keine dieser für die Beschwerdeführerin weniger einschneidenden Massnahmen ergriffen, liegt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor.

#### **E. 4.1.3**

Wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, muss die Beschwerdeinstanz den angefochtenen Hoheitsakt grundsätzlich aufheben und zwar ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache. Eine Heilung des Mangels ist jedoch möglich, wenn die unterlassene Anhörung im Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird und die Beschwerdeinstanz die gleiche umfassende Überprüfung befugnis wie die Vorinstanz hat. Sie kommt aber nur bei nicht besonders schwerwiegenden Mängeln in Frage und soll die Ausnahme bleiben (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1709 f. mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 153 ff. Rz. 3.110 ff.). Vorliegend handelt es sich bei der nicht erfolgten vorgängigen Anhörung zwar nicht um einen leichten, aber auch nicht um einen besonders schwerwiegenden Mangel; zudem hat die Beschwerdeführerin im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels vor dem mit voller Kognition ausgestatteten BVGer (E. 4.1) Gelegenheit erhalten, sich umfassend zum angeordneten Verkaufsverbot zu äussern. Aber selbst wenn ein qualifizierter Mangel zu bejahen wäre, würde dieser einer Heilung im Rechtsmittelverfahren nicht entgegenstehen: Die Vorinstanz hat in ihren Eingaben vor dem BVGer zum Ausdruck gebracht, dass sie in der Sache erneut gleich entscheiden würde. Eine Rückweisung der Streitsache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs würde folglich bloss zu einem formalistischen Leerlauf sowie einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führen und den Interessen der Beschwerdeführerin entgegenstehen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 1710 mit Hinweisen; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., S. 154 Rz. 3.112). Unter diesen Voraussetzungen hat der Mangel als im Beschwerdeverfahren geheilt zu

gelten.

## **E. 5**

Elektrische Niederspannungserzeugnisse dürfen in der Schweiz nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie den grundlegenden Sicherheitsanforderungen entsprechen (vgl. Art. 4 der Verordnung vom 9. April 1997 über elektrische Niederspannungserzeugnisse [NEV, SR 734.26]). Der Begriff des Inverkehrbringens ist in der NEV selber näher umschrieben: Gemäss dessen Art. 2 Abs. 1 gilt als Inverkehrbringen die entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung oder Überlassung von Niederspannungserzeugnissen zum Vertrieb oder Gebrauch in der Schweiz. Nicht als Inverkehrbringen zu qualifizieren ist jedoch unter anderem die Übertragung zum Export (vgl. Art. 2 Abs. 3 NEV). Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass das auf ihrer Internetseite angebotene Verlängerungskabel den Sicherheitskriterien nicht genügt und an Abnehmer in der Schweiz nicht ausgeliefert werden darf. Sie bestreitet aber implizit, Inverkehrbringerin im Sinne von Art. 4 NEV zu sein. Es ist somit nachfolgend durch Auslegung von Art. 2 NEV zu beurteilen, ob das blosses Anbieten von Niederspannungserzeugnissen zum Verkauf über das Internet bereits als Inverkehrbringen zu gelten hat.

### **E. 5.1**

(Grundzüge der Auslegung)

### **E. 5.2**

Art. 2 Abs. 1 NEV definiert « Inverkehrbringen » (französisch: « mise sur le marché », italienisch: « immissione in commercio ») als « Übertragung » oder « Überlassung » (französisch: « transfert » bzw. « remise », italienisch: « trasferimento » bzw. « consegna »). Der Sprachsinn des Normwortlautes lässt folglich eher darauf schliessen, dass zumindest mit der Übertragung faktische Übergänge von Niederspannungserzeugnissen von einer Person auf die andere resp. Übergaben von Hand zu Hand zu verstehen sind.

### **E. 5.3**

Die NEV führt das Bundesgesetz vom 19. März 1976 über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG, SR 819.1) sowie das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG, SR 946.51) weiter aus (vgl. deren Ingress), welche den Begriff des Inverkehrbringens gleichermassen verwenden bzw. näher umschreiben, und auch das Heilmittelgesetz vom 15. Dezember 2000 (HMG, SR 812.21) enthält eine Definition von Inverkehrbringen, welche an diejenige des THG anknüpft (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG] vom 1. März 1999, BBl 1999 III 3453, 3490, nachfolgend: Botschaft zum HMG). Es kann somit für die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 NEV auf die Erläuterungen des historischen Gesetzgebers zu diesen drei Gesetzen zurückgegriffen werden, wobei die dortige Umschreibung und Verwendung des Begriffs « Inverkehrbringen » als grundsätzlich massgebend für das öffentliche Recht anzusehen ist.

#### **E. 5.3.1**

Art. 3 Bst. d THG umschreibt den Begriff des Inverkehrbringens ebenfalls mit der entgeltlichen oder unentgeltlichen Übertragung oder Überlassung eines Produktes. Gleiches gilt für das Heilmittelgesetz: Dieses bezeichnet in seinem Art. 4 Abs. 1 Bst. d Inverkehrbringen als Vertrieb und Abgabe von Heilmitteln, um anschliessend diese beiden Begriffe (neben hier nicht weiter interessierenden zusätzlichen Kriterien) ebenfalls als

Übertragung oder Überlassung zu definieren (vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. e und f HMG). Die Botschaft zum HMG (BBl 1999 III 3453, 3490) führt dazu näher aus, mit der Übertragung oder Überlassung seien faktische Vorgänge unabhängig vom ihnen zugrundeliegenden Rechtsgeschäft gemeint. In der Botschaft zu einem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 15. Februar 1995 (BBl 1995 II 521, 570, nachfolgend: Botschaft zum THG) wiederum wird ergänzend darauf hingewiesen, dass im Falle der Übertragung gegebenenfalls auch faktische Vorgänge abweichend vom juristisch massgeblichen Zeitpunkt des Eigentums- oder Besitzesüberganges erfasst würden.

### **E. 5.3.2**

Die Vorinstanz macht nun mit Verweis auf den Entscheid des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) 518/303 vom 25. Januar 2001 E. 2 geltend, es werde mit der erwähnten Passage aus der Botschaft zum THG (BBl 1995 II 521, 570) zum Ausdruck gebracht, dass der Inverkehrbringer den Anforderungen, die er zu erfüllen habe, nicht erst bei der tatsächlichen Besitzesübertragung, sondern bereits beim Anbieten genügen müsse. Eine solche Schlussfolgerung lässt sich aus den erwähnten Erläuterungen zum THG und zum HMG nicht ableiten: Der Gesetzgeber hat im THG ausdrücklich aufgrund seiner Allgemeinverständlichkeit auf eine Definition des Ausdruckes « Anbieten » verzichtet (Botschaft zum THG, BBl 1995 II 521, 566). Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist aber ein Verkaufsangebot noch nicht als « Übertragung » und damit auch nicht als faktischer Übergang eines Kaufobjektes (E. 5.2) zu verstehen. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in Art. 2 Abs. 1 Bst. e der Verordnung vom 14. Juni 2002 über Fernmeldeanlagen (FAV, SR 784.101.2), welcher Anbieten ausdrücklich als jedes auf das Inverkehrbringen von Fernmeldeanlagen gerichtete Verhalten, sei es durch Ausstellen in Geschäftsräumen oder an Veranstaltungen, durch Abbilden in Werbeprospekten, Katalogen, elektronischen Medien oder auf andere Weise, umschreibt (zu der in FAV und THG identischen Definition von Inverkehrbringen vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. f FAV sowie Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz [FMG] vom 10. Juni 1996 [BBl 1996 III 1405, 1437]). Ein Angebot ist somit noch kein Inverkehrbringen, sondern erst dessen Vorstufe. Damit wird aber deutlich, dass zwischen diesen beiden Begriffen ein grundlegender Unterschied besteht.

### **E. 5.3.3**

Der historische Gesetzgeber sah in seinem Entwurf für einen Art. 1 Abs. 1 STEG (vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über die Sicherheit technischer Einrichtungen und Geräte vom 12. Februar 1975, BBl 1975 I 849, 863, nachfolgend: Botschaft zum STEG) weiter vor, die Anwendbarkeit des Gesetzes auf das Anpreisen, Ausstellen, Vorführen, Verkaufen, Vermieten und jedes andere gewerbsmässige Überlassen technischer Einrichtungen und Geräte zu beschränken, um diesen ausführlichen Katalog anschliessend in seiner endgültigen Fassung zu straffen (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung S 1975 713) und durch die Begriffe « Anpreisen und Inverkehrbringen » zu ersetzen. In seinen Erläuterungen zur ursprünglichen Version (vgl. Botschaft zum STEG, BBl 1975 I 849, 855) führte er aus, vom Gesetz erfasst würden technische Einrichtungen und Geräte, die verkauft, vermietet oder anderweitig gewerbsmässig überlassen oder die ausgestellt, vorgeführt oder angepriesen werden. Schon der Gesetzgeber unterschied mithin in seiner ersten Fassung zwischen gewerbsmässigen Übertragungen einerseits (später zusammengefasst unter dem Begriff « Inverkehrbringen ») und blossen Vorbereitungshandlungen dazu andererseits (später zusammengefasst unter

dem Begriff « Anpreisen »; vgl. hierzu auch Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 12. Juni 1995 über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten [STEV, SR 819.11], welcher das Inverkehrbringen gleichermaßen als Übertragung neuer technischer Einrichtungen und Geräte definiert). All dies spricht folglich ebenfalls für eine entsprechende Unterscheidung im Anwendungsbereich der NEV.

#### **E. 5.4**

Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, führt auch eine Auslegung von Art. 2 Abs. 1 NEV im Verhältnis zu anderen Rechtsnormen zu keinem anderen Ergebnis.

##### **E. 5.4.1**

Gemäss Art. 2 Abs. 2 NEV ist dem Inverkehrbringen die Inbetriebnahme von Niederspannungserzeugnissen zu gewerblichen Zwecken im eigenen Betrieb gleichgestellt, falls zuvor kein Inverkehrbringen nach Abs. 1 stattgefunden hat. Bereits eine innere systematische Auslegung von Art. 2 NEV deutet somit darauf hin, dass von diesen beiden Begriffen nur das Verfügen über ein Produkt und der Gebrauch desselben erfasst wird, nicht aber Vorstufen davon.

##### **E. 5.4.2**

Art. 18 NEV wiederum sieht vor, dass Niederspannungserzeugnisse, welche die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen nicht erfüllen, nur dann ausgestellt oder vorgeführt werden dürfen, wenn deutlich darauf hingewiesen wird, dass die Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen nicht nachgewiesen ist und die Niederspannungserzeugnisse deshalb noch nicht in Verkehr gebracht werden dürfen (Bst. a) und die notwendigen Massnahmen zum Schutz von Personen und Sachen getroffen worden sind (Bst. b). Daraus lässt sich - entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des UVEK - nicht der Umkehrschluss ziehen, dass in der Regel bereits das vorbehaltlose Anbieten als Inverkehrbringen zu betrachten ist. Im Gegenteil: Die vom Ordnungsgeber gewählte Formulierung lässt eindeutig darauf schliessen, dass das blosses Ausstellen (und mit ihm auch das Anbieten [vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. e FAV]) - unabhängig ob mit oder ohne Vorbehalte - (noch) nicht als Inverkehrbringen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 NEV zu gelten hat.

##### **E. 5.4.3**

Auch eine erweiterte systematische Auslegung mit Blick auf das Privatrecht lässt nur diesen Schluss zu: Die Vorinstanz bringt (wiederum mit Verweis auf den Entscheid des UVEK 518/303 vom 25. Januar 2001 E. 2) vor, derjenige, welcher ein Angebot zur Besitzesübertragung mache, verpflichte sich, diese vorzunehmen, falls jemand sein Angebot annehmen sollte. Es dränge sich somit auf, denjenigen bereits als Inverkehrbringer anzusehen, welcher ein Niederspannungserzeugnis zur Übertragung oder Überlassung anbiete. Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich aus privatrechtlicher Sicht gemäss der herrschenden Lehre bei der öffentlichen Anpreisung von Waren und Dienstleistungen über das Internet (mit Ausnahme des Bereithaltens digitalisierter Produkte zum Download) nicht um ein Angebot handelt, sondern um eine blosses Einladung zur Offertstellung (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, Rz. 28.09 f.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Rz. 372 ff.; AHMET KUT/ANTON K. SCHNYDER, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus

Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Rz. 6 ff. zu Art. 7 OR; ROLF H. WEBER, E-commerce und Recht, Zürich 2001, S. 314 f.). Es steht dem Anbieter - wie die Beschwerdeführerin mit Recht ausführt - daher jederzeit offen, die Offerte eines potentiellen Käufers anzunehmen oder abzulehnen. Folglich kann aber daraus auch keine Übereinstimmung der Begriffe « Anbieten » und « Inverkehrbringen » abgeleitet werden. Soweit das öffentliche Recht einen anderen Begriff des Anbietens verwendet (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. e FAV, gemäss welchem auch bereits ein Abbilden des Produktes in elektronischen Medien [d. h. auch auf dem Internet] vom Begriff miterfasst wird), ist damit jedoch noch nichts über seinen verpflichtenden Charakter ausgesagt, sondern nur über seine anderslautende Definition in Abgrenzung zum Begriff des Inverkehrbringens.

### **E. 5.5**

Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass das Anbieten des Verlängerungskabels auf dem Internet kein Inverkehrbringen darstellt und die Beschwerdeführerin daher nicht gegen Art. 4 NEV verstossen hat. Dies ist auch mit Sinn und Zweck besagter Verordnungsbestimmung vereinbar, will diese doch nur die mit dem Inverkehrbringen allenfalls verbundenen Gefahren beseitigen, ohne bereits gegen zeitlich vorgelagerte Vorbereitungshandlungen vorzugehen. Daraus ist aber noch nicht der Schluss zu ziehen, dass die Beschwerdeführerin nicht in allgemeiner Art und Weise gegen die NEV verstossen hat.

### **E. 6.1**

Nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist das BVGer verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet. Dies hat zur Folge, dass es eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen kann, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution) (BVGE 2007/41 E. 2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., S. 21 Rz. 1.54).

### **E. 6.2**

Wie die Auslegung von Art. 2 NEV gezeigt hat (E. 5 ff.), entspricht es zwar dem Willen des Verordnungsgebers, zwischen den beiden Begriffen des Anbietens und des Inverkehrbringens zu unterscheiden. Das heisst jedoch noch nicht, dass er seinen Fokus nicht auch auf allfällige Vorstufen des Inverkehrbringens richten will. Wie bereits ausgeführt (E. 5.4.2), sieht Art. 18 NEV aus Gründen der Prävention vor, dass auch das Ausstellen und Vorführen von Niederspannungserzeugnissen, bei welchen die Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen nicht nachgewiesen ist, und welche folglich noch nicht in Verkehr gebracht werden dürfen, nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Von dieser Bestimmung nicht erfasst wird der hier massgebende Fall des Anbietens eines nicht konformen Erzeugnisses, welches in der Schweiz nie in Verkehr gebracht werden darf. Da die Verordnung somit keine auf diese Konstellation unmittelbar anwendbare Regelung vorsieht, ist zu prüfen, ob allenfalls eine richterliche Lückenfüllung vorzunehmen ist.

### **E. 6.3**

Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort gibt. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln,

ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, d. h. ein sog. qualifiziertes Schweigen darstellt. Die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden echte und unechte Lücken und behandeln sie unterschiedlich. Eine echte Lücke liegt vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht möglich ist, keine Regelung enthält. Bei der unechten Lücke gibt die gesetzliche Regelung zwar auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, eine Antwort; weil sie aber zu einem sachlich unbefriedigenden Resultat führt, wird sie als lückenhaft empfunden. Eine neuere Auffassung der juristischen Methodenlehre verzichtet auf eine Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken und bezeichnet die Lücke als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von den rechtsanwendenden Organen behoben werden darf (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 233 ff.). Auch in der Praxis wird vermehrt von der genannten Unterscheidung abgesehen und eine vom Gericht zu füllende Lücke angenommen, wenn die gesetzliche Regelung aufgrund der dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig erachtet werden muss (BGE 131 V 233 E. 4.1, BGE 129 II 438 E. 4.1.2, BGE 123 II 69 E. 3c.).

#### **E. 6.4**

Der Vorinstanz obliegt die Pflicht, zu kontrollieren, ob in Verkehr gebrachte Niederspannungserzeugnisse den Vorschriften der Verordnung entsprechen (Art. 19 Abs. 1 NEV). Daraus lässt sich aber auch mit Blick auf Art. 18 NEV nicht der (negative) Umkehrschluss ziehen, der Verordnungsgeber habe es der Vorinstanz stillschweigend untersagt, Angebote von Niederspannungserzeugnissen auf dem Internet auf ihre Konformität hin zu überprüfen und bereits im Vorfeld des Inverkehrbringens - bei Verstoss gegen die grundlegenden Sicherheitsanforderungen - wirksame Gegenmassnahmen zu ergreifen. Der Sinn und Zweck der NEV besteht darin, einen möglichst wirkungsvollen Schutz von Personen und Sachen zu gewährleisten (vgl. auch Art. 3 NEV). Dafür müssen der Vorinstanz aber griffige und effiziente Kontrollmittel sowie Instrumente zur vorsorglichen Verhinderung von rechtswidrigen Handlungen zur Verfügung stehen. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die bestehende Lücke analog zur Regelung von Art. 18 NEV zu füllen.

#### **E. 6.5**

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin nach eigener Aussage mit einer entsprechenden Kennzeichnung des Verlängerungskabels im nachgelagerten Fakturierungssystem eine wirksame Schutzmassnahme ergriffen, um eine Auslieferung an Schweizer Abnehmer zu verhindern (vgl. Art. 18 Bst. b NEV). Selbst wenn dem so wäre, hat sie es aber - trotz Kenntnis der fehlenden Konformität - unterlassen, auf ihrer Internetseite einen deutlichen Vermerk anzubringen, dass das angebotene Verlängerungskabel in der Schweiz nicht in Verkehr gebracht werden darf (vgl. Art. 18 Bst. a NEV). Unter diesen Umständen hat sie jedoch gegen ihre Hinweispflicht verstossen.

#### **E. 7.1**

Gemäss der Generalklausel in Art. 21 Abs. 1 NEV verfügt die Vorinstanz die geeigneten Massnahmen, wenn die Kontrolle oder die Überprüfung ergibt, dass Vorschriften dieser Verordnung verletzt sind. Ist es zum Schutz der Sicherheit erforderlich, kann sie gemäss dem nicht abschliessenden Massnahmenkatalog von Abs. 2 das weitere Inverkehrbringen verbieten, den Rückruf, die Beschlagnahme oder die Einziehung verfügen sowie die von ihr

getroffenen Massnahmen veröffentlichen.

### **E. 7.2**

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) fordert kumulativ, dass Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sind und in einem vernünftigen Verhältnis zu den Einschränkungen stehen, die den Privaten allenfalls auferlegt werden. Geeignet ist eine behördliche Anordnung dann, wenn mit dieser das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erreicht oder zur Zielerreichung einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag geleistet werden kann (sog. Zwecktauglichkeit). Erforderlichkeit liegt vor, wenn mit keiner gleichermassen geeigneten, aber mildereren Massnahme der angestrebte Erfolg ebenso erreicht werden kann (sog. Übermassverbot). Eine Verwaltungsmassnahme ist schliesslich nur dann gerechtfertigt, wenn eine angemessene Zweck-Mittel-Relation besteht, das heisst der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des betroffenen Bürgers im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen nicht unvertretbar schwer wiegt (sog. Zumutbarkeit; vgl. zum Ganzen: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 581 ff. mit Hinweisen; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 21 Rz. 1 ff.).

### **E. 7.3**

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung bis auf weiteres jegliches Inverkehrbringen des (nicht konformen) Verlängerungskabels untersagt. Diese Massnahme ist zwar grundsätzlich geeignet, um Personen und Sachen vor Schaden zu bewahren. Dennoch ist ein entsprechendes Verbot vorliegend untauglich, da das Verkaufsangebot der Beschwerdeführerin trotz Unzulässigkeit (E. 6.5) - mangels Qualifikation als Inverkehrbringen (E. 5 ff.) - davon gar nicht erfasst wird. Die Anordnung schießt aber auch über ihr Ziel hinaus, soweit die Vorinstanz damit - entgegen der Definition von Art. 2 Abs. 3 NEV - den an sich zulässigen Export des Verlängerungskabels ins Ausland mitgemeint hat. Das BVGer erachtet daher das Aufführen eines blossen Hinweises unter dem auf der Internetseite der Beschwerdeführerin angebotenen Verlängerungskabel, dass es in der Schweiz nicht in Verkehr gebracht werden darf, als mildere und geeignetere Massnahme.

### **E. 7.4**

Dem Entscheid des BVGer ist derjenige Sachverhalt zugrunde zu legen, wie er sich im Zeitpunkt der Entscheidung verwirklicht hat und bewiesen ist. Es dürfen daher im Beschwerdeverfahren im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannt neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens zugetragen haben, vorgebracht werden (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., S. 92 f., Rz. 2.204 ff.). Die Beschwerdeführerin hat - mangels vorgängiger Anhörung - erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung gegenüber der Vorinstanz aufzeigen können, dass sie bis zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses kein Exemplar des Verlängerungskabels in Verkehr gebracht hat (vgl. Computerausdruck mit Statistik vom 24. Oktober 2008). Unter diesen Umständen erweisen sich aber die beiden weiteren von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen (Mitteilung, an wen und in welcher Anzahl das Kabel bereits geliefert wurde, sowie Unterbreitung eines konkreten Vorschlages hinsichtlich der zu ergreifenden Massnahmen bezüglich der bereits in Verkehr gebrachten Exemplare) als nicht erforderlich

und damit als unverhältnismässig.

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