

# **BVGer C-3805/2020 vom 24. Juni 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-06-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-3805\\_2020\\_d20200624](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-3805_2020_d20200624)

FR: TAF C-3805/2020 du 24 juin 2020

IT: TAF C-3805/2020 del 24 giugno 2020

## **Regeste**

Krankheits- und Unfallbekämpfung | PrSG-Kontrollverfahren betreffend  
Atemschutzgerät zur Selbstrettung (Verfügung vom 24. Juni 2020)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG (SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG (SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Die sachliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vollzugsorgane im Bereich der Produktesicherheit ergibt sich aus Art. 15 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (PrSG, SR 930.11).

### **E. 1.2**

Angefochten ist eine Verfügung der bfu, die gestützt auf das PrSG erlassen wurde. Die bfu ist ein Produktesicherheits-Kontrollorgan (Art. 20 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die Produktesicherheit vom 19. Mai 2020 [PrSV, SR 930.111]; Art. 3 und Anhang Bst. h Abs. 2 der Verordnung des WBF [Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung] vom 18. Juni 2010 über den Vollzug der Marktüberwachung nach dem 5. Abschnitt der Verordnung über die Produktesicherheit [SR 930.111.5]) und Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. e VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde (Art. 63 Abs. 4 VwVG), ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich die Überschreitung oder den Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

### **E. 2.2**

Der Vorinstanz steht beim Erlass von Verfügungen betreffend Produktesicherheit ein grosser Ermessensspielraum zu. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat auch die Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, in Ermessensfragen den Entscheidungsspielraum der

C-3805/2020 Seite 10 Vorinstanz zu respektieren. Sie hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, kann aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen (BGE 133 II 35 E. 3). Daher hat das Bundesverwaltungsgericht nur den Entscheid der unteren Instanzen zu überprüfen und sich nicht an deren Stelle zu setzen (BGE 126 V 75 E. 6). Insbesondere dann, wenn die Ermessensausübung, die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder die Sachverhaltswürdigung hoch stehende, spezialisierte technische, wissenschaftliche oder wirtschaftliche Kenntnisse erfordert, ist eine Zurückhaltung des Gerichts bei der Überprüfung vorinstanzlicher Bewertungen angezeigt (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 133 II 35 E. 3). Es stellt daher keine unzulässige Kognitionsbeschränkung dar, wenn das Gericht – das nicht als Fachgericht ausgestaltet ist – nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz abweicht, soweit es um die Beurteilung technischer, wissenschaftlicher oder wirtschaftlicher Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt (vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 90 Rz. 2.154).

### **E. 3.1**

Mit dem PrSG sollen die Sicherheit von Produkten gewährleistet und der grenzüberschreitende freie Warenverkehr erleichtert werden; es gilt für das gewerbliche oder berufliche Inverkehrbringen von Produkten (Art. 1 Abs. 1 und 2 PrSG).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 3 Abs. 1 PrSG dürfen Produkte in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender und Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden. Sie müssen den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Art. 4 PrSG oder, wenn keine solchen Anforderungen festgelegt worden sind, dem Stand des Wissens und der Technik entsprechen (Art. 3 Abs. 2 PrSG).

### **E. 3.3**

Der Bundesrat legt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen fest; er berücksichtigt dabei das entsprechende internationale Recht (Art. 4 PrSG). Wer ein Produkt in Verkehr bringt, muss nachweisen können, dass es die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt. Der Nachweis der Konformität richtet sich nach den Artikeln 17 und 18 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (Art. 5 Abs. 1 PrSG).

C-3805/2020 Seite 11

#### **E. 3.3.1**

Ist der Nachweis der Konformität vorgeschrieben, so muss dieser durch diejenige Person erbracht werden können, welche das Produkt anbietet, in Verkehr bringt oder in Betrieb nimmt (Art. 17 Abs. 1 THG). Nach Art. 17 Abs. 2 THG ist diejenige Person, welche das Produkt anbietet, in Verkehr bringt oder in Betrieb nimmt, aber vom Nachweis der Konformität entlastet, soweit der Nachweis bei Produkten, die ohne Veränderung mehr-

mals in Verkehr gebracht werden, von einem vorangehenden Inverkehrbringer erbracht werden kann (Bst. a), sie bei serienmässig hergestellten Produkten die Serienidentität nachweisen kann und davon ausgehen darf, dass Produkte aus derselben Serie bereits rechtmässig in Verkehr gebracht worden sind (Bst. b) oder ein Importeur glaubhaft machen kann, dass er gleiche Produkte vom selben Hersteller in Verkehr bringt, die in der Schweiz bereits rechtmässig auf dem Markt sind (Bst. c). Der Nachweis ist in einer schweizerischen Amtssprache oder in englischer Sprache abzufassen (Art. 17 Abs. 3 THG).

### **E. 3.3.2**

Ist eine Prüfung oder eine Konformitätsbewertung durch Dritte vorgeschrieben, so gilt gemäss Art. 18 Abs. 1 THG als Nachweis hierfür der Prüfbericht oder die Konformitätsbescheinigung einer Stelle, welche für den betreffenden Fachbereich in der Schweiz akkreditiert ist (Bst. a), durch die Schweiz im Rahmen eines internationalen Abkommens anerkannt ist (Bst. b) oder nach schweizerischem Recht auf andere Weise ermächtigt oder anerkannt ist (Bst. c). Nach Art. 18 Abs. 2 THG gilt der Prüfbericht oder die Konformitätsbescheinigung einer ausländischen Stelle, die nicht nach Absatz 1 anerkannt ist, als Nachweis, wenn glaubhaft dargelegt werden kann, dass die angewandten Prüf- oder Konformitätsbewertungsverfahren den schweizerischen Anforderungen genügen (Bst. a) und die ausländische Stelle über eine gleichwertige Qualifikation wie die in der Schweiz geforderte verfügt (Bst. b). Gemäss Art. 18 Abs. 3 THG kann das Bundesamt für Aussenwirtschaft, im Einvernehmen mit dem im betreffenden Bereich zuständigen Bundesamt, verordnen, dass Prüfberichte oder Konformitätsbescheinigungen nicht als Nachweise im Sinne von Absatz 2 gelten, wenn geeignete schweizerische Stellen oder von diesen ausgestellte Prüfberichte oder Konformitätsbescheinigungen im Staat der ausländischen Stelle nicht anerkannt werden. Dabei sind die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz, insbesondere die aussenwirtschaftlichen, zu berücksichtigen.

### **E. 3.4**

Wird ein Produkt nach den technischen Normen gemäss Art. 6 PrSG hergestellt, so wird vermutet, dass es die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt (Art. 5 Abs. 2 PrSG). Das zuständige

C-3805/2020 Seite 12 Bundesamt bezeichnet im Einvernehmen mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) die technischen Normen, die geeignet sind, die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Art. 4 PrSG zu konkretisieren (Art. 6 Abs. 1 PrSG). Soweit möglich bezeichnet es die international harmonisierten Normen (Art. 6 Abs. 2 PrSG).

### **E. 3.5**

Die Vollzugsorgane können Produkte, die in Verkehr gebracht werden, kontrollieren und nötigenfalls Muster erheben (Art. 10 Abs. 1 PrSG). Ergibt die Kontrolle, dass ein Produkt den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen oder dem Stand des Wissens und der Technik nicht entspricht, so verfügt das Vollzugsorgan die geeigneten Massnahmen (Art. 10 Abs. 2 PrSG). Ist es zum Schutz der Sicherheit oder Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter erforderlich, so kann das Vollzugsorgan gemäss Art. 10 Abs. 3 PrSG insbesondere das weitere Inverkehrbringen eines Produkts verbieten (Bst. a), die Warnung vor den Gefahren eines Produkts, seine Rücknahme oder seinen Rückruf anordnen und nötigenfalls selbst vollziehen (Bst. b), die Ausfuhr eines

Produkts, dessen weiteres Inverkehrbringen nach Buchstabe a verboten worden ist, verbieten (Bst. c), ein Produkt, von dem eine unmittelbare und ernste Gefahr ausgeht, einziehen und vernichten oder unbrauchbar machen (Bst. d).

### **E. 3.6**

Die Aufgaben und Befugnisse der Kontrollorgane sind in Art. 22 PrSV näher geregelt. Gemäss Abs. 1 führen die Kontrollorgane stichprobenweise Kontrollen über die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften für Produkte durch. Sie verfolgen begründete Hinweise, wonach Produkte den Vorschriften nicht entsprechen. Eine solche Kontrolle umfasst die formelle Überprüfung, ob die Konformitätserklärung (sofern erforderlich) vorliegt und den gesetzlichen Vorschriften entspricht, die technischen Unterlagen vollständig sind, und – sofern erforderlich – eine Sicht- und Funktionskontrolle sowie eine Nachkontrolle des beanstandeten Produkts (Abs. 2). Im Rahmen der Kontrolle sind die Kontrollorgane insbesondere befugt, die für den Nachweis der Konformität des Produkts erforderlichen Unterlagen und Informationen zu verlangen, Muster zu erheben und Prüfungen anzuordnen sowie während der üblichen Arbeitszeit die Geschäftsräume zu betreten (Abs. 3). Bestehen Zweifel, ob das Produkt a) mit den eingereichten Unterlagen übereinstimmt; oder b) trotz eingereichter korrekter Unterlagen den geltenden Vorschriften entspricht, können die Kontrollorgane eine technische Überprüfung des Produkts anordnen (Abs. 4). Bringt der Inverkehrbringer die verlangten Unterlagen nach Absatz 3 innerhalb der von den Kontrollorganen festgesetzten Frist nicht oder nicht vollständig bei, oder entspricht das Produkt nicht den Vorschriften des PrSG oder der PrSV, so

C-3805/2020 Seite 13 ordnen sie die erforderlichen Massnahmen nach Art. 10 Abs. 3 und 4 PrSG an (Abs. 5). Vor der Anordnung der Massnahme geben sie dem Inverkehrbringer Gelegenheit zur Stellungnahme (Abs. 6). Für das Verfahren der Kontrollorgane ist das VwVG anwendbar (Art. 23 PrSV).

### **E. 4**

Beim hier zur Diskussion stehenden Produkt «B. \_\_\_\_\_» handelt es sich unbestrittenermassen um eine persönliche Schutzausrüstung (PSA), die vom Beschwerdeführer, der im Sinn des Produktesicherheitsgesetzes als Hersteller zu betrachten ist (Art. 4 Bst. a PrSG), in Verkehr gebracht wurde.

#### **E. 4.1**

Das Inverkehrbringen von persönlichen Schutzausrüstungen (PSA) hat der Bundesrat in der gestützt auf Art. 4 PrSG erlassenen Verordnung vom 25. Oktober 2017 über die Sicherheit von persönlichen Schutzausrüstungen (PSA-Verordnung, PSAV, SR 930.115; in Kraft seit 21. April 2018) geregelt (Art. 1 Abs. 1 PSA-Verordnung). Subsidiär kommen die Bestimmungen der Verordnung vom 19. Mai 2010 über die Produktesicherheit in der ab 21. April 2018 geltenden Fassung zur Anwendung (Art. 1 Abs. 5 der PSA-Verordnung; Art. 1 Bst. b PrSV).

#### **E. 4.2**

Für den Begriff der Persönlichen Schutzausrüstung verweist Art. 1 Abs. 1 und 3 der PSA-Verordnung auf die Verordnung (EU) 2016/425 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über persönliche Schutzausrüstungen und zur Aufhebung der Richtlinie 89/686/EWG des Rates (EU-PSA-Verordnung), wonach als Persönliche Schutzausrüstung (PSA) insbesondere eine Ausrüstung gilt, die entworfen und herge-

stellt wird, um von einer Person als Schutz gegen ein oder mehrere Risiken für ihre Gesundheit oder ihre Sicherheit getragen oder gehalten zu werden (Art. 3 Abs. 1 Bst. a der EU-PSA-Verordnung).

#### **E. 4.3**

Nach Art. 2 der PSA-Verordnung dürfen PSA nur in Verkehr gebracht und auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn sie bei angemessener Wartung und bei bestimmungsgemässer oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit von Menschen sowie die Sicherheit von Haustieren und Eigentum nicht gefährden (Bst. a) und die zum Zeitpunkt ihres Inverkehrbringens geltenden grundlegenden Gesundheitsschutz- und Sicherheitsanforderungen nach Art. 5 der EU-PSA-Verordnung und nach dem in dieser Bestimmung genannten Anhang II erfüllt sind (Bst. b).

C-3805/2020 Seite 14

#### **E. 4.4**

Gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 7 Abs. 1 PSAV wird die Bereitstellung auf dem Markt von persönlichen Schutzausrüstungen (PSA), die nach bisherigem Recht konform sind und vor dem 21. April 2019 in Verkehr gebracht werden, nicht behindert (vgl. auch die Übergangsbestimmungen in Art. 47 der EU-PSA-Verordnung 2016/425).

#### **E. 4.5**

Vor Inkrafttreten der PSA-Verordnung am 21. April 2018 war das Inverkehrbringen und die Marktüberwachung von persönlichen Schutzausrüstungen in der bis 20. April 2018 geltenden Fassung der Verordnung über die Produktesicherheit (aPrSV, AS 2010 283) geregelt (Art. 1 Bst. b und d Ziff. 5 aPrSV). Als persönliche Schutzausrüstung (PSA) gelten gemäss Art. 12 Abs. 2 aPrSV Ausrüstungen nach Art. 1 der Richtlinie 89/686/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für persönliche Schutzausrüstungen (EWG-PSA-Richtlinie). Als Persönliche Schutzausrüstung (PSA) im Sinne der EWG-PSA-Richtlinie gilt insbesondere jede Vorrichtung oder jedes Mittel, das dazu bestimmt ist, von einer Person getragen oder gehalten zu werden, und das diese gegen ein oder mehrere Risiken schützen soll, die ihre Gesundheit sowie ihre Sicherheit gefährden können (Art. 1 Abs. 2 EWG-PSA-Richtlinie). Nach Art. 13 Abs. 2 aPrSV gelten für persönliche Schutzausrüstungen (PSA) die grundlegenden Sicherheitsanforderungen nach Anhang II der EWG-PSA-Richtlinie.

#### **E. 4.6**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass das Produkt «B. \_\_\_\_\_» vor dem 21. April 2019 erstmals in Verkehr gebracht wurde (bfu-act. 14), was die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich anerkannt hat (Ziffer 3.6 c). Unbestritten ist somit, dass die Übergangsbestimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 PSAV zur Anwendung gelangt und daher die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Anhang II der EWG-PSA-Richtlinie gelten (Art. 13 Abs. 2 aPrSV). Die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen gemäss Anhang II der EWG-PSA-Richtlinie werden durch die europäisch harmonisierte Norm EN 403:2004 «Atemschutzgeräte für Selbstrettung – Filtergeräte mit Haube zur Selbstrettung bei Bränden – Anforderungen, Prüfung, Kennzeichnung» konkretisiert (vgl. Mitteilung der Kommission im Rahmen der Durchführung der Richtlinie 89/686/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für persönliche Schutzausrüstung,

veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union C 2018/C113/03; siehe auch Bekanntmachung des SECO betreffend technische Normen für Persönliche Schutzausrüstungen gestützt auf das Bundesgesetz über die Produktesicherheit in BBl 2018 2411), was ebenfalls

C-3805/2020 Seite 15 unbestritten ist. Das streitgegenständliche Produkt darf somit gemäss Art.

## **E. 5**

Erklärung, dass das betreffende Produkt dem Baumuster entspricht;

### **E. 5.1**

Wer eine Persönliche Schutzausrüstung (PSA) in Verkehr bringt, muss über eine Konformitätserklärung nach Anhang 2 der aPrSV verfügen (Art. 16 Abs. 1 aPrSV). Die Konformitätserklärung bescheinigt gemäss Art. 9 Abs. 1 aPrSV, dass ein Produkt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt (Bst. a) und die Konformitätsbewertung korrekt durchgeführt worden ist (Bst. b). Sie wird vom Hersteller oder von seinem in der Schweiz niedergelassenen Vertreter ausgestellt (Art. 9 Abs. 2 aPrSV).

### **E. 5.2**

Nach Anhang 2 Abschnitt A der aPrSV muss die Konformitätserklärung für eine Persönliche Schutzausrüstung (PSA) die folgenden Angaben enthalten (Bst. a): 1. Name und Adresse des Herstellers oder seines in der Schweiz niedergelassenen Vertreters; 2. Beschreibung des Produkts; 3. alle einschlägigen Bestimmungen, denen das Produkt entspricht; 4. Name und Funktion des Unterzeichners, der bevollmächtigt ist, die Erklärung für den Hersteller oder seinen in der Schweiz niedergelassenen Vertreter rechtsverbindlich zu unterzeichnen. Gegebenenfalls muss die Konformitätserklärung die folgenden Angaben enthalten (Bst. b): 1. Name und Adresse der Konformitätsbewertungsstelle und Nummer der Baumuster- bzw. Konformitätsbescheinigung; 2. Name und Adresse der Konformitätsbewertungsstelle, der entsprechend dem Anhang 1 nur die Unterlagen übermittelt worden sind; 3. die Fundstellen der angewandten Normen nach Art. 6 PrSG; 4. andere technische Normen und Spezifikationen, die angewandt wurden;

### **E. 5.3**

Für die Konformitätsbewertung von Persönlichen Schutzausrüstungen (PSA) gelten die Grundsätze und Verfahren nach Anhang 1 der aPrSV (Art. 15 aPrSV). Gemäss Ziffer I.B. des Anhangs 1 aPrSV kann bei PSA im Sinne von Art. 8 Abs. 3 der EWG-PSA-Richtlinie der Hersteller oder sein in der Schweiz niedergelassener Vertreter die Konformitätsbewertung selber vornehmen. Bei allen anderen PSA muss das Modell einer Baumusterprüfung unterzogen werden (Bst. a). Bei komplexen PSA im Sinne von Art. 8 Abs. 4 Bst. a der EWG-PSA-Richtlinie muss der Hersteller neben der Baumusterprüfung (Ziff. III) zusätzlich nach seiner Wahl eine Qualitätssicherung für das Endprodukt durchführen oder ein Qualitätssicherungssystem unterhalten (Bst. b). Die Baumusterprüfung ist das Verfahren, bei dem eine Konformitätsbewertungsstelle feststellt und bescheinigt, dass eine Persönliche Schutzausrüstung (PSA), die für die geplante Produktion repräsentativ ist, den Vorschriften über das Inverkehrbringen entspricht (Ziff. III Abschnitt A Bst. a des Anhangs 1 der aPrSV).

### **E. 5.4**

Sind nach Anhang 1 der aPrSV für die Konformitätsbewertung Konformitätsbewertungsstellen beizuziehen, so müssen diese für den betreffenden Fachbereich nach der Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung vom 17. Juni 1996 (AkkBV) akkreditiert sein (Bst. a), durch das Bundesrecht anderweitig ermächtigt sein (Bst. b) oder von der Schweiz im Rahmen eines internationalen Abkommens anerkannt sein (Art. 17 Abs. 1 aPrSV). Eine ausländische Stelle, die nicht nach Massgabe von Absatz 1 anerkannt oder ermächtigt ist, kann gemäss Art. 17 Abs. 2 aPrSV beigezogen werden, wenn glaubhaft dargelegt werden kann, dass die von ihr angewandten Prüf- und Konformitätsbewertungsverfahren den schweizerischen Anforderungen genügen (Bst. a) und sie über eine gleichwertige Qualifikation wie die in der Schweiz geforderte verfügt (Bst. b).

### **E. 5.5**

Der Beschwerdeführer hat im vorinstanzlichen Verfahren die folgenden Dokumente zum Nachweis der Konformität eingereicht: - «Certificate of Approval» ausgestellt vom Beijing F.\_\_\_\_\_ Center, das bescheinigt, dass das Qualitätsmanagementsystem der Organisation D.\_\_\_\_\_ Co. Ltd. den Anforderungen der Norm GB/T19001-2008 / ISO9001:2008 entspricht. Dieses Zertifikat ist von 31. Oktober 2017 bis 30. Oktober 2020 gültig (bfu-act. 7a). - «Certificate of Conformity» Nr. B-S11060640 ausgestellt am 1. Juni 2017 von der E.\_\_\_\_\_ Limited, wonach das Produkt «C.\_\_\_\_\_» des Herstellers D.\_\_\_\_\_ Co. Ltd. getestet worden sei und den Standards der europäischen Norm EN 403:2004 entspreche (bfu-act. 7b). - «Certificate of Conformity» B-S11060640 ausgestellt am 1. Juni 2014 von der E.\_\_\_\_\_ Limited, wonach das Produkt «C.\_\_\_\_\_» des Herstellers D.\_\_\_\_\_ Co. Ltd. getestet worden sei und den Standards der europäischen Norm EN 403:2004 entspreche sowie ein Prüfbericht Nr. B-S11060640 der E.\_\_\_\_\_ Limited vom 20. Juni 2014 (bfu-act. 7c). - Bedienungsanleitung auf deutsch für das Produkt «B.\_\_\_\_\_» Atemschutzgerät zur Selbstrettung - Schutzdauer max. 40 Min. (bfu-act. 7d). - «Certificate of Conformity», ausgestellt am 11. Juli 2019 von der D.\_\_\_\_\_ Co. Ltd., wonach die «A.\_\_\_\_\_ -Fluchthaube» welche sie produziert und vertrieben habe, identisch sei mit ihrem Produkt «C.\_\_\_\_\_, Model No. ...» (bfu-act. 12b).

### **E. 5.6**

Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Konformitätsnachweis an der fehlenden Konformitätserklärung scheitere. In der angefochtenen Verfügung hielt sie dazu fest, dass das eingereichte Dokument «Declaration of Conformity» vom 11. Juli 2019, ausgestellt durch die Firma D.\_\_\_\_\_ Co. Ltd., China, keine Konformitätserklärung nach Art. 16 Abs. 1 aPrSV darstelle. Es fehlten Name und Adresse der Konformitätsbewertungsstelle, die Erklärung, dass das Produkt dem Baumuster entspreche sowie die Erklärung, durch welches Verfahren nach Anhang 1 aPrSV die Entsprechung mit dem Baumuster sichergestellt werde. Zudem laute dieses Dokument nicht auf den Namen des Herstellers A.\_\_\_\_\_. Weiter habe das eingereichte Dokument zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht vorgelegen (Art. 16 Abs. 1 aPrSV). Weiter bemängelt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, dass der Beschwerdeführer auch keine Bescheinigung über eine nach Art. 15 und Anhang 1 Ziff. I Absatz B Bst. a aPrSV durchgeführte Baumusterprüfung eingereicht habe. Sie hielt dazu fest, dass das eingereichte Dokument «Certificate of Conformity» B-S11060640 vom 1. Juni 2014 (auch eingereicht mit Ausstelldatum 1. Juni 2017), ausgestellt durch die Firma «E.\_\_\_\_\_ Limited», nicht von einer Konformitätsbewertungsstelle im Sinn von Art. 17 aPrSV stamme. Die Firma E.\_\_\_\_\_

sei weder von der Schweizerischen Akkreditierungsstelle (SAS) noch von einer nationalen Behörde der Europäischen Union akkreditiert, um als Konformitätsbewertungsstelle an persönlichen Schutzausrüstungen eine Baumusterprüfung nach Anhang 1, Ziff. III Abschnitt A aPrSV (Art. 10 EWG-PSA-Richtlinie) durchzuführen. Sie sei demzufolge auch nicht berechtigt, eine Baumusterprüfbescheinigung nach Art. 15 und Anhang 1 Ziff. III Abschnitt A Bst. c Ziff. 3 aPrSV auszustellen. Das Dokument «Certificate of Conformity» B-S11060640 könne somit nicht als Nachweis gelten, dass das Produkt die grundlegenden Anforderungen nach Art. 13 Abs. 2 aPrSV i.V.m. Anhang II EWG-PSA-Richtlinie erfülle. Weiter sei das Dokument nicht auf den verantwortlichen Hersteller A. \_\_\_\_\_ ausgestellt. Das Zertifikat B-S11060640 vom 1 Juni 2014 stimme zudem nicht mit dem kontrollierten Produkt überein: Das kontrollierte Produkt heisse «B. \_\_\_\_\_» und sei in einer roten Segeltuchverpackung verpackt. Der Baumusterprüfbericht laute dagegen auf das Produkt «C. \_\_\_\_\_». Die Abbildung des Baumusters im Prüfbericht zeige eine in chinesischer Sprache beschriftete starre Verpackung.

#### **E. 5.7**

In der Beschwerde wird geltend gemacht, dass in den vorinstanzlichen Akten eine Konformitätserklärung vorliege (Beilage 2 zum Schreiben vom 25. Juli 2019 und Beilage 6 zum Schreiben vom 31. Januar 2020). Auch eine Bescheinigung über eine Baumusterprüfung liege vor. So werde im «Certificate of Conformity» vom 1. Juni 2014 ausdrücklich festgehalten, dass das entsprechende Produkt auf die Übereinstimmung mit der EN 403:2004 Norm überprüft worden sei und dabei keine Mängel festgestellt worden seien.

#### **E. 5.8**

Die Vorinstanz hält dem in der Vernehmlassung entgegen, dass das vorgelegte Dokument «Certificate of Conformity» des chinesischen Herstellers, ausgestellt am 11. Juli 2019, lange nach dem ersten Inverkehrbringen ausgestellt worden sei. Gemäss Art. 5 Abs. 1 PrSG müsse die Konformität aber bereits zum Zeitpunkt des erstmaligen Inverkehrbringens nachgewiesen werden können. Die «Declaration of Conformity» vom 11. Juli 2019 stelle keine Konformitätserklärung nach Art. 16 Abs. 1 aPrSV dar. Es fehlten Name und Adresse der Konformitätsbewertungsstelle, die Erklärung, dass das Produkt dem Baumuster entspreche sowie die Erklärung, durch welches Verfahren nach Anhang 1 aPrSV die Entsprechung mit dem Baumuster sichergestellt werde. Zudem laute dieses nicht auf den Namen des Herstellers A. \_\_\_\_\_. Weiter hält die Vorinstanz fest, dass Abklärungen bei der zuständigen britischen Behörde ergeben hätten, dass das Prüflabor E. \_\_\_\_\_ Limited nicht akkreditiert sei. Es sei daher weder von der Schweizerischen Akkreditierungsstelle (SAS) noch von einer nationalen Behörde der EU akkreditiert und demzufolge nicht befugt, eine Baumusterprüfbescheinigung nach Art. 15 und Anhang 1 Ziff. III Abschnitt A Bst. c Ziff. 3 aPrSV auszustellen. Zu diesem angeblichen Prüflabor seien zudem bereits Warnungen zu falschen Zertifikaten im Zusammenhang mit Maschinen veröffentlicht worden. Auf Anfragen habe die E. \_\_\_\_\_ Limited nicht reagiert. Demnach sei davon auszugehen, dass die von der E. \_\_\_\_\_ Limited ausgestellten Unterlagen nicht - wie für Persönliche Schutzausrüstungen der Kategorie III erforderlich - von einem akkreditierten Prüflabor ausgestellt worden seien. Die fraglichen Unterlagen seien daher nicht geeignet, um die Konformität des kontrollierten Produkts nachzuweisen. Zudem könnten die beiden durch die E. \_\_\_\_\_ Limited ausgestellten Dokumente «Declaration of Conformity» gar keine Konformitätserklärung nach Art. 16 Abs. 1 aPrSV darstellen, da sie von einem

Prüflabor und nicht vom Hersteller ausgestellt worden seien. Ein sogenanntes «Certificate of Identity», in dem sowohl der Original-Hersteller als auch der Quasi-Hersteller garantierten, dass es sich bei zwei unterschiedlich bezeichneten Produkten um ein und dasselbe Produkt handle, könne nicht an Stelle einer Baumusterprüfbescheinigung verwendet werden. Insgesamt sei weder eine gültige Konformitätserklärung noch sei eine gültige Baumusterprüfbescheinigung vorgelegt worden.

### **E. 5.9**

Beim streitbetroffenen Produkt handelt es sich unbestrittenermassen um eine komplexe PSA im Sinn von Art. 8 Abs. 4 Bst. a 1. Lemma der EWG-PSA-Richtlinie, die gegen tödliche Gefahren oder ernste und irreversible Gesundheitsschäden schützen soll. Aus diesem Grund muss es zur Erbringung des Konformitätsnachweises einer Baumusterprüfung im Sinn von Anhang 1 Ziff. III aPrSV unterzogen werden (und zusätzlich muss entweder eine Qualitätssicherung für das Endprodukt durchgeführt oder ein Qualitätssicherungssystem unterhalten werden). Die Baumusterprüfung muss von einer akkreditierten oder anerkannten Konformitätsbewertungsstelle durchgeführt worden sein oder von einer Stelle, deren Prüf- und Konformitätsbewertungsverfahren den schweizerischen Anforderungen genügt und über eine gleichwertige Qualifikation wie die in der Schweiz geforderte verfügt (Art. 17 Abs. 1 aPrSV). Die vom Beschwerdeführer eingereichte Bescheinigungen einer Baumusterprüfung (des Produkts «C.\_\_\_\_\_» des Herstellers D.\_\_\_\_\_ Co. Ltd.) wurde von der E.\_\_\_\_\_ Limited ausgestellt (bfu-act. 7b und 7c). Gemäss den Abklärungen der Vorinstanz ist die E.\_\_\_\_\_ Limited weder von der Schweizerischen Akkreditierungsstelle noch von einer nationalen Behörde der EU (bfu-act. 20 und 21) als Konformitätsbewertungsstelle für Persönliche Schutzausrüstungen (PSA) akkreditiert. Auch eine von der Vorinstanz während des hängigen Beschwerdeverfahrens getätigte Abklärung beim SECO ergab, dass die E.\_\_\_\_\_ Limited nicht in der Nando-Datenbank gemäss der früheren Richtlinie 89/686/EWG eingetragen ist (Beilage 2 zu BVGer-act. 14). Anfragen der Vorinstanz per E-Mail an die E.\_\_\_\_\_ Limited blieben unbeantwortet (bfu-act. 16). Der Beschwerdeführer hat sich weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Beschwerdeverfahren substantiiert zur Akkreditierung der E.\_\_\_\_\_ Limited geäußert bzw. eine solche nachgewiesen. Demzufolge ist davon auszugehen, dass es sich bei der E.\_\_\_\_\_ Limited nicht um eine akkreditierte Konformitätsbewertungsstelle im Sinn von Art. 17 Abs. 1 aPrSV handelt und dementsprechend die vom Beschwerdeführer eingereichten Bescheinigungen über eine Baumusterprüfung nicht den rechtlichen Vorgaben entsprechen. Entgegen der in der Replik geäußerten Ansicht kommt der von der Vorinstanz mit der Vernehmlassung eingereichten Warnung aus dem Jahr 2010 (Beilage 2 zu BVGer-act. 10) bei der Frage, ob es sich bei der E.\_\_\_\_\_ Limited um eine Konformitätsbewertungsstelle im Sinn von Art. 17 Abs. 1 aPrSV handelt, keine entscheidende Bedeutung zu. Es kann offengelassen werden, ob dem Beschwerdeführer mittels des am 11. Juli 2019 von der chinesischen Herstellerin D.\_\_\_\_\_ Co. Ltd. ausgestellten Zertifikats (bfu-act. 12b) der Nachweis gelingt, dass es sich bei der «A.\_\_\_\_\_ -Fluchthaube» um das identische Produkt handelt wie die «C.\_\_\_\_\_, Model No. ...». Der Konformitätsnachweis scheitert daher im vorliegenden Fall am fehlenden Nachweis einer rechtsgenüßlich durchgeführten und bescheinigten Baumusterprüfung.

### **E. 5.10**

Darüber hinaus hat die Vorinstanz auch nachvollziehbar aufgezeigt, dass das eingereichte Dokument «Certificate of Approval» die Anforderungen an eine Konformitätserklärung im Sinn von Art. 16 Abs. 1 aPrSV i.V.m. Anhang 2 aPrSV nicht erfüllt, zumal Name und Adresse der Konformitätsbewertungsstelle und die Erklärung, dass das betreffende Produkt dem Baumuster entspricht, fehlen. Auch das von der chinesischen Herstellerin ausgestellte «Certificate of Conformity» vom 11. Juli 2019 stellt keine rechtsgenügende Konformitätserklärung dar, weil es keine Angaben zur Konformitätsbewertungsstelle enthält. Auch vermag dieses Dokument die Bescheinigung einer Baumusterprüfung nicht zu ersetzen. Der Beschwerdeführer legt denn auch nicht substantiiert dar, weshalb die eingereichten Dokumente trotz der aufgezeigten Mängel den Konformitätsnachweis erbringen sollten. Im Übrigen hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung überzeugend dargelegt, dass die eingereichten Dokumente auch nach geltendem Recht den Konformitätsnachweis nicht zu erbringen vermögen.

### **E. 5.11**

Dementsprechend steht fest, dass die vom Beschwerdeführer eingereichten Dokumente die Anforderungen der entsprechenden Normen an einen Konformitätsnachweis nicht erfüllen. Damit vermögen die vom Beschwerdeführer eingereichten Erklärungen auch keine Vermutung der Erfüllung der Einhaltung der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen (im Sinne von Art. 6 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 PrSG) zu begründen. Der Nachweis, dass das streitbetreffende Produkt nach der harmonisierten Norm EN 403:2004 hergestellt worden ist, kann mittels der eingereichten Unterlagen nicht erbracht werden. Der Beschwerdeführer bleibt für deren Einhaltung beweisbelastet, das heisst, er trägt vollumfänglich die subjektive und objektive Beweislast (vgl. Urteil des BVerfG C-4660/2013 vom 28. Mai 2015 E. 4.3.2; Urteil des BVerfG C-5864/2009 vom 3. Juli 2012 E. 5.2.2 mit Hinweisen).

### **E. 6**

Der Beschwerdeführer rügt, die rechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung einer technischen Prüfung seien nicht erfüllt gewesen und das Prüfverfahren sei in formeller Hinsicht nicht korrekt angeordnet worden. Zudem kritisiert er, das Kontrollverfahren sei nicht rechtskonform durchgeführt worden.

#### **E. 6.1**

Der Beschwerdeführer bringt vor, für die Anordnung einer technischen Prüfung bedürfe es Zweifel an der Übereinstimmung der eingereichten Unterlagen mit den geltenden Vorschriften oder der Konformität. Solange noch eine Frist zur Einreichung weiterer Unterlagen angesetzt gewesen sei, hätte die Vorinstanz noch nicht von Zweifeln ausgehen dürfen, welche die Vornahme einer technischen Prüfung gerechtfertigt hätten. Damit habe sie den gesetzlich vorgesehenen Kontrollmechanismus gemäss Art. 22 aPrSV missachtet. Die technische Prüfung hätte vorgängig angezeigt werden müssen, damit der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt hätte, an der Prüfung mitzuwirken bzw. im Vorfeld Fragen an die Prüfungsstelle zu richten. Er sei aber erst mit Schreiben vom 28. April 2020 auf die bereits durchgeführte technische Prüfung hingewiesen worden und habe den Prüfbericht erst nach ausdrücklicher Nachfrage mit Schreiben vom 11. Mai 2020 erhalten. Die ihm zustehenden Teilnahmerechte im Rahmen seines rechtlichen Gehörsanspruchs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV seien damit verletzt worden. Weiter kritisiert der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz das Verfahren nicht sistiert habe, obwohl er am 8.

Juni 2020 mitgeteilt habe, dass in der Zwischenzeit ein eigenständiges Prüfverfahren bei einer anerkannten Prüfstelle eingeleitet worden sei. Zudem habe die Vorinstanz überspitzt formalistisch gehandelt, indem sie am 18. Dezember 2019 eine Frist bis 6. Januar 2020 angesetzt hat, drei weitere Exemplare der «B. \_\_\_\_\_» sowie eine Stellungnahme einzureichen. Trotz rechtzeitig verlangter Fristverlängerung habe die Vorinstanz ihm im Schreiben vom 8. Januar 2020 vorgeworfen, die zusätzlich eingeforderten Schutzhauben nicht fristgerecht zugestellt zu haben. Auch sei das Verfahren über ein Jahr «verschleppt» worden. Weiter habe die Vorinstanz die Parteirechte des Beschwerdeführers verletzt, indem sie die G. \_\_\_\_\_ AG innert noch offener Frist und ohne entsprechende Mitteilung an den Beschwerdeführer direkt kontaktiert habe.

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz hält in der Vernehmlassung fest, dass der trotz Aufforderung nicht erbrachte Nachweis der Konformität einen ausreichenden Verdacht für eine weitergehende Kontrolle begründe. Zudem sei in der Meldung des Marktbeobachters die Schutzwirkung des Produkts von 40 Minuten in Frage gestellt worden. Im Rahmen der durchgeführten Sichtkontrolle im Sinn von Art. 22 Abs. 2 Bst. b PrSV seien sodann offensichtliche Mängel an der Informationsbroschüre und der Kennzeichnung des Produkts festgestellt worden, was neben der nicht nachgewiesenen Konformität die Anordnung einer technischen Prüfung erforderlich gemacht habe. Dass das Produkt einer technischen Prüfung unterzogen werde, sei dem Beschwerdeführer - anders als behauptet - bereits mit Schreiben vom 24. Juni 2019 mitgeteilt worden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verschaffe dem Beschwerdeführer kein Mitspracherecht auf jeder Verfahrensstufe. Ihm sei während des Verfahrens und insbesondere mit Schreiben vom 28. April 2020 («Rechtliches Gehör») mitgeteilt worden, welcher Sachverhalt festgestellt worden sei, auf welcher rechtlichen Grundlage gehandelt worden sei, welche Mängel auf welcher Grundlage festgestellt worden seien, welche Massnahmen beabsichtigt seien und wie hoch die voraussichtliche Gebühr sei. Der Beschwerdeführer habe Gelegenheit erhalten, dazu Stellung zu nehmen. Es wurde ihm auch mehrmals Gelegenheit gegeben, den erforderlichen Konformitätsnachweis einzureichen. Die Vorinstanz räumt ein, dass im Zeitraum zwischen dem 8. August und dem 11. Dezember 2019 kein Schriftenwechsel stattgefunden habe. Dies sei auch darauf zurückzuführen gewesen, dass per Ende September 2019 der fallführende Inspektor die Arbeitsstelle bei der Vorinstanz verlassen habe, was zu einem personellen Kapazitätsengpass geführt habe. Zudem seien auch Abklärungen bezüglich eines geeigneten Prüflabors getroffen worden, die aber aufgrund von Kapazitätsengpässen bei den geeigneten Prüflaboren nicht erfolgreich gewesen seien.

### **E. 6.3**

Soweit der Beschwerdeführer die Rechtmässigkeit bzw. Verhältnismässigkeit der Eröffnung des Kontrollverfahrens in Frage stellt, ist darauf hinzuweisen, dass an die sachlich indizierte Ausgangsvermutung im Sinn von Art. 22 Abs. 1 PrSV keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. Urteil des BVGer C-1177/2012 vom 12. Juni 2014 E. 5.1.3). Vor diesem Hintergrund ist es vorliegend nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz ein Kontrollverfahren eröffnet hat, nachdem auf dem Meldeformular für Marktbeobachter auf mögliche Mängel am Produkt hingewiesen worden war und sich auch anlässlich der Sichtkontrolle konkrete Hinweise auf Mängel an der Informationsbroschüre und der Kennzeichnung gezeigt haben. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist die am 26. April 2019 datierte Meldung des Marktbeobachters aktenkundig (bfu-act. 1).

Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Anordnung der technischen Prüfung im Sinn von Art. 22 Abs. 4 PrSV, die vom Kontrollorgan angeordnet werden darf, wenn Zweifel bestehen, ob das Produkt mit den eingereichten Unterlagen übereinstimmt oder ob dieses trotz eingereichter korrekter Unterlagen den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsvorschriften entspricht. Da auch an diesen Anfangsverdacht keine hohen Anforderungen zu stellen sind (vgl. Hans-Joachim Hess, Handkommentar zum Produktesicherheitsgesetz [PrSG], 2010, Art. 10 Rz. 7), genügt vorliegend der begründete Verdacht, dass die eingereichten Unterlagen nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechen, um entsprechende Zweifel zu begründen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers bestanden diese Zweifel durchaus bereits zum Zeitpunkt, an dem die Vorinstanz den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 3. Juni 2019 (recte: 24. Juni 2019) darauf hinwies, dass das Produkt einer technischen Prüfung unterzogen werde (bfu-act. 8).

#### **E. 6.4**

Der Beschwerdeführer rügt weiter eine Verletzung seines Gehörsanspruchs nach Art. 29 Abs. 2 BV.

##### **E. 6.4.1**

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. Zum Gehörsanspruch gehört insbesondere 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, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 I 279 E. 2.3; 135 II 286 E. 5.1; 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen).

##### **E. 6.4.2**

Der Beschwerdeführer wurde von der Vorinstanz mit Schreiben vom 3. Juni 2019 (recte: 24. Juni 2019) darüber informiert, dass sie beabsichtigte, das Produkt einer technischen Prüfung gemäss Art. 22 Abs. 4 PrSG zu unterziehen (bfu-act. 8). Mit Schreiben vom 28. April 2020 («rechtliches Gehör») wurde er sodann darüber orientiert, dass Laborprüfungen durch die IFA verschiedene Mängel des Produkts «B. \_\_\_\_\_» ergeben hätten, wobei diese Mängel im Einzelnen aufgeführt wurden (bfu-act. 28). Auf entsprechendes Ersuchen vom 7. Mai 2020 hin (bfu-act. 29) stellte ihm die Vorinstanz den Prüfbericht der IFA Nr. 202020395/2120 vom 2. März 2020 am 13. Mai 2020 zu (bfu-act. 30). Der Beschwerdeführer erhielt damit vor Erlass der angefochtenen Verfügung Einblick in das Gutachten und hatte Gelegenheit, zu dessen Schlussfolgerungen und zur Person des Gutachters Stellung zu nehmen. Auch konnte er sich zum erhobenen Sachverhalt und den vorgesehenen Massnahmen äussern. Der verfassungsrechtlichen Minimalgarantie in Bezug auf den Anspruch des rechtlichen Gehörs ist damit Genüge getan.

##### **E. 6.4.3**

Zu beachten ist indes, dass es sich beim Prüfbericht des IFA vom 2. März 2020 um ein Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG handelt (vgl. auch Art. 23 PrSV). Im Zusammenhang mit der Einholung eines solchen Gutachtens bestehen

Parteirechte, die zum Teil über das verfassungsrechtliche Minimum hinausgehen. So ist nach Art. 19 VwVG in Verbindung mit Art. 57 Abs. 2 BZP den Parteien Gelegenheit einzuräumen, sich zu den Fragen an die Sachverständigen zu äussern sowie Abänderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen (vgl. Bernhard Waldmann, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 19 Rz. 59). Der Beschwerdeführer hatte keine Gelegenheit, sich vorgängig zur Person des Gutachters und zu den Fragen an diesen zu äussern. Damit konnte er seine Parteirechte nicht vollständig wahrnehmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann eine Verletzung der nach Art. 19 VwVG in Verbindung mit Art. 57, 58 und 60 BZP für den Beizug von Sachverständigen geltenden Verfahrensregeln, insbesondere der Vorschriften, wonach den Parteien Gelegenheit zu geben ist, zur Ernennung von Sachverständigen Stellung zu nehmen (Art. 58 Abs. 2 BZP) und sich zu den Fragen zu äussern, deren Begutachtung beabsichtigt ist (Art. 57 Abs. 2 BZP), aber als geheilt gelten, wenn das Gericht den angefochtenen Entscheid in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht frei überprüfen kann (vgl. BGE 115 V 305 E. 2h, bestätigt in BGE 127 V 437 E. 3d/aa, 126 V 132 E. 2b; Urteil des BVGer C-6216/2009 vom 18. Oktober 2012 E. 7.3.2). Das ist vorliegend der Fall. Zudem macht der Beschwerdeführer keine konkreten Ausstandsgründe oder konkrete Mängel in der Fragestellung an das Prüflabor geltend. Die Verletzung der Mitwirkungsrechte sind daher als geheilt zu betrachten (vgl. Urteil des BVGer A-7097/2013 vom 25. Juni 2015 E. 8.3.3).

#### **E. 6.4.4**

Der Beschwerdeführer kritisiert weiter, dass die Vorinstanz auf sein Gesuch vom 8. Juni 2020 hin (bfu-act. 33) das Verfahren nicht bis zum Vorliegen der Ergebnisse des von ihm bereits veranlassten Prüfberichts einer anerkannten Stelle sistiert hat. Ein Verwaltungsverfahren kann aus Gründen der Zweckmässigkeit ausgesetzt oder sistiert werden (Art. 6 BZP in Verbindung mit Art. 4 VwVG). Als Abweichung vom verfassungsmässigen Beschleunigungsgebot ist die Sistierung nur als Ausnahme anzuordnen und im Zweifel das Verfahren fortzusetzen (BGE 135 III 134 E. 3.4, BVGE 2009/42 E. 2.2). Beim Entscheid darüber, ob ein Verfahren sistiert werden soll, kommt der Behörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Einen Rechtsanspruch auf Sistierung haben die Parteien nicht (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 143 Rz. 3.16). Abgesehen davon, dass die vom Beschwerdeführer in Aussicht gestellten Prüfergebnisse auch bis zum Zeitpunkt dieses Urteil noch nicht eingereicht worden sind, ist der Vorinstanz damit keine Rechtsverletzung vorzuwerfen, indem sie das Verfahren nicht sistiert hat.

#### **E. 6.5**

Soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Ansetzung bzw. Einhaltung von Fristen überspitzten Formalismus und überdies eine «Verschleppung» des Verfahrens vorwirft, ist nicht ersichtlich, welcher Nachteil dem Beschwerdeführer aus dem beanstandeten Verhalten der Vorinstanz erwachsen ist. Auch wenn während rund vier Monaten kein Schriftenwechsel stattgefunden hat und es aufgrund des Weggangs des zuständigen Sachbearbeiters zu Verzögerungen kam, ist angesichts der durchgeführten Abklärungen bei einer Verfahrensdauer von insgesamt rund 13.5 Monaten nicht von einer rechtlich relevanten Verletzung des Beschleunigungsgebots auszugehen. Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich daher. Die Vorinstanz weist im Übrigen zu Recht darauf hin, dass das Kontrollverfahren nicht dazu dient, allfällige Mängel am Produkt zu beheben und die allenfalls fehlende Konformität herzustellen. Die vom Beschwerdeführer

diesbezüglich in der Replik geäußerte Kritik ist unbegründet. Es wäre dem Beschwerdeführer freigestanden, sein Produkt nach den rechtlichen Vorgaben überprüfen zu lassen und den Konformitätsnachweis zu erbringen.

#### **E. 6.6**

Hinsichtlich der Kritik, dass die Vorinstanz die G. \_\_\_\_\_ AG ohne entsprechende Mitteilung an den Beschwerdeführer und noch während einer laufenden Frist direkt kontaktiert habe, ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdeführer der Vorinstanz mit Schreiben vom 8. August 2019 einen Lieferschein der G. \_\_\_\_\_ AG mit der Position «B. \_\_\_\_\_» (228 Ex.) vorlegte (bfu-act. 14a). Die Vorinstanz forderte ihn sodann am 18. Dezember 2019 auf, bis zum 6. Januar 2020 mitzuteilen, ob mit dem Posten «Fluchthaube» (228 Ex.) das Atemschutzgerät selbst oder damit in Verbindung stehende Drucksachen gemeint seien (bfu-act. 18). Auf entsprechendes Gesuch hin wurde diese Frist bis zum 31. Januar 2020 verlängert (bfu-act. 23). In der Eingabe vom 31. Januar 2020 bemängelte der Beschwerdeführer sodann, dass die Vorinstanz die Druckerei G. \_\_\_\_\_ AG zwischenzeitlich ohne Benachrichtigung selbst kontaktiert habe (bfu-act. 25). Es ist nicht aktenkundig, dass die Vorinstanz direkt bei der G. \_\_\_\_\_ AG Abklärungen, die im Zusammenhang mit der Frage des Zeitpunkts des Inverkehrbringens des Produkts stehen, getroffen hat. Die Vorinstanz hat dieses Vorgehen weder bestätigt noch bestritten. Da aber die Vorinstanz auf ein allfälliges Ergebnis dieser direkten Abklärungen nicht abgestellt hat, kann hier offen bleiben, ob eine Verletzung des Gehörsanspruchs stattgefunden hat. Im Übrigen wäre eine allfällige Gehörsverletzung als nicht schwerwiegend und als geheilt zu betrachten.

#### **E. 7**

Die Vorinstanz geht gestützt auf den Prüfbericht des IFA Nr. 2020200395/2120 vom 2. März 2020 davon aus, dass das Produkt «B. \_\_\_\_\_» verschiedene Mängel aufweise, insbesondere erfülle es grundlegende Anforderungen an Sicherheit und Gesundheit bezüglich der

C-3805/2020 Seite 27 Versorgung mit ausreichender Atemluft, der Atemfunktion sowie der Befestigung nicht. Zudem entspreche die angepriesene Schutzdauer von 40 Minuten nicht den Tatsachen.

#### **E. 7.1**

In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz hierzu fest, bei der Prüfung des Gasaufnahmevermögens des Filters dürfe gemäss der Norm EN 403:2004 die Durchbruchzeit bei keinem von 3 geprüften Mustern weniger als 15 Minuten betragen. Laborprüfungen durch die anerkannte Konformitätsbewertungsstelle IFA mit dem Prüfgas Cyanwasserstoff hätten bei einem von zwei geprüften Mustern eine Durchbruchzeit von bloss 6 Minuten ergeben. Das Produkt «B. \_\_\_\_\_» werde auf der Website [www.B. \\_\\_\\_\\_\\_](http://www.B. _____) und gemäss Verpackungsbeschriftung für eine Schutzdauer von maximal 40 Minuten angepriesen. Durch solche Werbebotschaften würden beim Verwender bestimmte Sicherheitserwartungen geweckt. Auf Grund der angepriesenen Funktionseigenschaften müsse die Verwenderin bzw. der Verwender davon ausgehen können, dass das Produkt in einem Anwendungsfall rund 40 Minuten vor giftigen und gesundheits-schädlichen Gasen schütze. Die Laborprüfungen durch das IFA an zwei Mustern hätten aber Durchbruchzeiten von 6 und 32 Minuten ergeben. Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass bei der Prüfung des Kohlendioxidgehalts die Vorgaben der Norm EN

403:2004 nicht eingehalten worden seien. In Bezug auf die Befestigung hielt die Vorinstanz fest, dass beim Einsetzen eines Produktmusters durch die Testperson des IFA zur Messung der Leckage die Bänderung gerissen sei.

## **E. 7.2**

Das Produkt «B. \_\_\_\_\_» muss als Atemschutzmaske die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Anhang II der EWG-PSA-Richtlinie (Art. 13 Abs. 2 aPrSV), die durch die europäisch harmonisierte Norm EN 403:2004 konkretisiert werden, erfüllen.

### **E. 7.2.1**

Gemäss Ziffer 1.1.1 Anhang II («Ergonomie») der EWG-PSA-Richtlinie müssen die PSA so konzipiert und hergestellt werden, dass der Benutzer unter den bestimmungsgemässen und vorhersehbaren Einsatzbedingungen die mit Risiken verbundene Tätigkeit normal ausüben kann und dabei über einen möglichst hohen und den Risiken entsprechenden Schutz verfügt. Weiter müssen sie, damit ein wirksamer Schutz vor den relevanten Risiken gewährleistet ist, eine ausreichende Festigkeit gegen die unter den voraussehbaren Einsatzbedingungen üblichen Fremdeinwirkungen aufweisen (Ziffer 1.3.2 Abs. 2 Anhang II [Leichtigkeit und Festigkeit der Konstruktion] der EWG-PSA-Richtlinie).

C-3805/2020 Seite 28

### **E. 7.2.2**

Ziff. 3.10.1 Anhang II («Atemschutz») der EWG-PSA-Richtlinie lautet: Mit den PSA, die für den Schutz der Atemwege bestimmt sind, muss der Benutzer mit Atemluft versorgt werden können, wenn er einer Luft ausgesetzt ist, die verschmutzt und/oder in der die Sauerstoffkonzentration nicht ausreichend ist. Die dem Benutzer durch seine PSA zugeführte Atemluft wird durch geeignete Mittel gewonnen, so z.B. durch Filtrieren der verschmutzten Luft durch die Schutzvorrichtung oder das Schutzmittel oder durch die Zufuhr aus einer nicht verschmutzten Quelle. Die Ausgangswerkstoffe und anderen Bestandteile dieser Arten von PSA sind so zu wählen oder zu konzipieren und anzuordnen, dass die Atemfunktion und -hygiene des Benutzers während der Tragedauer unter den vorhersehbaren Einsatzbedingungen in angemessener Art und Weise gewährleistet sind. Der Dichtigkeitsgrad des Gesichtsschutzes, der Druckverlust beim Einatmen sowie die Reinigungskraft bei Filtergeräten müssen so ausgelegt werden, dass bei einer verschmutzten Atmosphäre so wenige kontaminierende Stoffe eindringen, dass die Gesundheit bzw. Hygiene des Benutzers nicht beeinträchtigt wird. Die PSA müssen mit einer Kennzeichnung zur Identifizierung des Herstellers und mit den Kenndaten jedes Ausrüstungstyps versehen sein, die mit der Gebrauchsanweisung jedem qualifizierten, geschulten Benutzer die Möglichkeit geben, sie sachgemäss zu verwenden. Bei Filtergeräten hat der Hersteller ferner in seiner Informationsbroschüre die Lagerzeitbegrenzung des in der Originalverpackung aufbewahrten Filters im Neuzustand anzugeben.

## **E. 7.3**

Bei der von der Vorinstanz bemängelten Filtrationsleistung handelt es sich zweifellos um eine grundlegende Sicherheitsanforderung eines Atemschutzgeräts. Das IFA hat in diesem Zusammenhang das Gasaufnahmevermögen gegen Cyanwasserstoff geprüft (Ziffer 9 des Prüfberichts). Gemäss Ziffer 6.11.1 der Norm EN 403:2004 (Gasaufnahmevermögen des

Filters) darf die Durchbruchzeit beim Prüfgas Cyanwasserstoff nicht weniger als 15 Minuten betragen. Die Prüfung ergab bei einem Exemplar eine Haltezeit von 32 Minuten und beim anderen Exemplar eine Haltezeit von 6 Minuten. Das IFA kam zum Schluss, dass damit die Anforderungen der Norm EN 403:2004 nicht erfüllt werden. Weiter hat die IFA den Kohlendioxidgehalt der Einatemluft geprüft (Ziffer 11 des Prüfberichts). Gemäss Ziffer 6.15 der Norm EN 403:2004 darf der Kohlendioxidgehalt der Einatemluft (Totraum) einen Mittelwert von 2 Vol.-% nicht übersteigen. Die vom IFA

C-3805/2020 Seite 29 durchgeführten Messungen ergaben Werte von 3.8 Vol.-%, 3.8 Vol.-%, 4.0 Vol.-% und 4.1 Vol.-%, weshalb die Anforderungen nicht erfüllt wurden. Im Prüfbericht wird weiter festgehalten, dass beim Einsetzen des Geräts bei der praktischen Leistungsprüfung die Bänderung abgerissen sei. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass diese Messresultate und Feststellungen unzutreffend sind.

#### **E. 7.4**

Aufgrund dieser Prüfergebnisse steht damit fest, dass die zwei geprüften Exemplare des Produkts «B. \_\_\_\_\_» grundlegende Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nicht erfüllen. Unter diesen Umständen kann auf eine gerichtlich angeordnete Prüfung des Produkts verzichtet werden. Der entsprechende Beweisantrag ist abzuweisen. Wenn der Beschwerdeführer darauf hinweist, dass am Ende des Prüfberichts ausdrücklich festgehalten worden sei, die aufgeführten Resultate würden sich auf die geprüften Objekte beziehen und es liesse sich daraus keine Aussage über die Gleichmässigkeit der Produktion ableiten, insofern könne, so der Beschwerdeführer, so oder anders nicht aufgrund dieses Prüfungsberichts auf die generelle Mangelhaftigkeit des Produkts «B. \_\_\_\_\_» geschlossen werden, ist nicht ersichtlich, was der Beschwerdeführer daraus zu seinen Gunsten ableiten will. Zudem anerkennt er damit implizit die festgestellte Mangelhaftigkeit der beiden geprüften Produkteexemplare. Weiter geht die Vorinstanz aufgrund der Testergebnisse zu Recht davon aus, dass die in der Bedienungsanleitung angegebene Schutzdauer während mindestens 40 Minuten nicht den Tatsachen entspricht (vgl. bfu-act. 7d S. 2), was mit der Vorinstanz als sicherheitsrelevant zu betrachten ist. Ausserdem ist die Bedienungsanleitung in Bezug auf die Schutzdauer widersprüchlich und damit ungenügend, wird doch auf der Frontseite eine Schutzdauer von maximal 40 Minuten angegeben (vgl. bfu-act. 7d S. 1).

#### **E. 7.5**

Die Vorinstanz hielt in der angefochtenen Verfügung überdies fest, dass die grundlegenden Anforderungen an die Kennzeichnung nicht erfüllt seien (Art. 13 Abs. 2 aPrSV i.V.m. Anhang II Ziff. 2.12 und 3.10.1 EWG-PSA-Richtlinie) und die Informationsbroschüre des Herstellers nicht den Vorgaben entspreche (Art. 13 Abs. 2 aPrSV i.V.m. Anhang II Ziff. 2.12 und 3.10.1 EWG-PSA-Richtlinie). Auf der Verpackung fehlten Herstellername der Markenzeichen, Typenbezeichnung, Herstelldatum, das Ende der Lagerzeit und Angaben zur Masse der Maske. In der Informationsbroschüre fehlten die Anschrift des Herstellers und eine Erklärung zu den verwendeten Symbolen. Zudem seien die angegebenen Einsatzgrenzen nicht lesbar. In der Duplik hält die Vorinstanz ergänzend fest, dass die nicht lesbaren Einsatzgrenzen des Produkts (maximale Lagerzeit, Min./Max. Temperatur, C-3805/2020 Seite 30 Max. Luftfeuchtigkeit) mit grosser Wahrscheinlichkeit dazu führten, dass die PSA zu lange oder falsch gelagert werde und dadurch im Ernstfall ihre Schutzfunktion nicht mehr erfüllen könnte.

### **E. 7.5.1**

Gemäss der Norm EN 403:2004 müssen alle Brandschutzhauben oder wenigstens die Verpackung mit der datierten Nummer der Norm EN 403:2004 und Klassifizierung (falls anwendbar) bezeichnet sein. Weiter müssen der Hersteller, der Lieferant oder der Importeur durch Name, Markenzeichen oder eine andere Art der Identifizierung sowie mit der Typenbezeichnung des Herstellers gekennzeichnet sein (Ziffer 8.2). Die Verpackung muss insbesondere wenigstens mit der Klasse (d.h. «M» oder «S»), dem Herstellungsdatum und dem Ende der Lagerzeit oder dem Datum der nächsten Inspektion, den vom Hersteller empfohlenen Lagerbedingungen, dem Satz «Siehe Informationsbroschüre des Herstellers» wenigstens in der offiziellen Sprache bzw. den offiziellen Sprachen des Bestimmungslandes gekennzeichnet sein (Ziffer 8.3). Die Informationsbroschüre des Herstellers muss gemäss Ziffer 9 der Norm EN 403:2004 wenigstens in der offiziellen Sprache bzw. den offiziellen Sprachen des Bestimmungslandes vorhanden sein (Bst. b) und alle Informationen enthalten, die für unterwiesene und geeignete Personen erforderlich sind (Bst. c).

### **E. 7.5.2**

Gemäss den mittels Fotoaufnahmen dokumentierten (bfu-act. 37) und vom Beschwerdeführer nicht substantiiert bestrittenen bzw. widerlegten Feststellungen der Vorinstanz sind die genannten Vorgaben nicht eingehalten. So fehlten auf der Verpackung insbesondere das Herstellungsdatum und das Ende der Lagerzeit. Zudem seien die auf der Aussenverpackung wie auch in der Informationsbroschüre enthaltenen Benutzerinformationen zur Einsatzgrenze des Produkts nicht lesbar. Im Prüfbericht der IFA wurde bestätigt, dass das Produkt «B. \_\_\_\_\_» die Anforderungen an die Kennzeichnung der Brandfluchthaube und der Verpackung, auf der gemäss Ziffer 8.3 Norm EN 403:2004 unter anderem das Ablaufdatum enthalten sein sollte, nicht erfüllt. Die von der Vorinstanz festgestellten Mängel in Bezug auf die Kennzeichnung und die Informationsbroschüre, die vom Beschwerdeführer in der Beschwerde ohne Begründung lediglich pauschal bestritten werden, sind mit der Vorinstanz als sicherheitsrelevant zu betrachten.

## **E. 8**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Ergebnisse des Prüfberichts Nr. 202020395/2120 vom 2. März 2020 nicht verwertbar seien, weil die technische Prüfung nicht rechtskonform durchgeführt worden sei bzw. dabei normative Voraussetzungen nicht beachtet worden seien.

C-3805/2020 Seite 31

### **E. 8.1**

Zunächst kritisiert der Beschwerdeführer den Beizug des Instituts für Arbeitsschutz der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (IFA) als Prüflabor.

#### **E. 8.1.1**

Gemäss Art. 3 Abs. 4 PSAV müssen Konformitätsbewertungsstellen für den betreffenden Fachbereich nach der Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung vom 17. Juni 1996 (AkkBV) akkreditiert sein (Bst. a), von der Schweiz im Rahmen eines internationalen Abkommens anerkannt sein (Bst. b) oder durch Bundesrecht anderweitig ermächtigt sein (Bst. c).

### **E. 8.1.2**

In der Beschwerde wird geltend gemacht, es bestünden erhebliche Zweifel, dass es sich beim IFA um eine anerkannte Konformitätsbewertungsstelle handle. Entsprechende Konformitätsbewertungsstellen müssten über eine Akkreditierung gemäss den Bestimmungen der Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung (AkkBV) verfügen. Den Nachweis habe die Vorinstanz nicht erbracht. Gemäss Verzeichnis des SECO der anerkannten Stellen gebe es für Persönliche Schutzausrüstungen vier in der Schweiz ansässige Prüfstellen. Es sei nicht erkennbar, weshalb die technische Prüfung nicht bei einer dieser vier Stellen durchgeführt worden sei. Es sei auch nicht ersichtlich, ob es sich bei der IFA um eine anerkannte Konformitätsbewertungsstelle handle.

### **E. 8.1.3**

Die Vorinstanz hält dem in der Vernehmlassung entgegen, dass bei der Wahl der Prüfstelle sicherzustellen sei, dass diese über die für die Prüfung erforderlichen Mittel (Laborgeräte) und Kompetenzen verfüge. Die vom Beschwerdeführer genannten vier schweizerischen Akkreditierungsstellen für Persönliche Schutzausrüstungen (PSA) seien nicht für die Prüfung von Atemschutzsystemen akkreditiert und verfügten nur zum Teil über eigene Prüflabors. Der Vorinstanz sei in der Schweiz kein Labor bekannt, welches über die notwendigen Mittel verfüge, um Atemschutzgeräte nach der Norm EN 403:2004 zu prüfen. Das Institut für Arbeitsschutz der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (IFA) sei eine in der Prüfung von Atemschutzgeräten erfahrene und kompetente Prüfstelle und sei von der nationalen Behörde als Konformitätsbewertungsstelle für Atemschutzsysteme anerkannt. Es treffe zwar zu, dass die IFA nicht nach der Schweizer AkkBV anerkannt sei, sie sei aber im Rahmen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen anerkannt. Das IFA sei im Verzeichnis der nach diesem Abkommen anerkannten Konformitätsbewertungsstellen, dem Nando Information System, C-3805/2020 Seite 32 aufgeführt. Beim IFA handle es sich also um eine unabhängige, kompetente und anerkannte Konformitätsbewertungsstelle nach Art. 3 Abs. 4 Bst. b PSAV. Die Vorinstanz weist zudem darauf hin, dass für die Feststellung von Mängeln – anders als zum Nachweis der Konformität – gar keine anerkannte Konformitätsbewertungsstelle die Prüfung durchführen müsse.

### **E. 8.1.4**

Es ist unbestritten, dass das Institut für Arbeitsschutz der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (IFA) nicht nach der Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung (AkkBV) in der Schweiz akkreditiert ist. Gemäss einem von der Vorinstanz eingereichten Internet-Auszug ist das IFA aber in der Datenbank der EU-Kommission «Nando» (New Approach Notified and Designated Organisations) als akkreditierte Konformitätsbewertungsstelle für die Prüfung von Persönlichen Schutzausrüstungen, namentlich auch von Atemschutzgeräten, aufgeführt (bfu-act. 40). Mit ihrer Duplik hat die Vorinstanz überdies einen entsprechenden Auszug aus dem Nando-Register eingereicht (Beilage 1 zu BVGer-act. 14). Für das Gericht besteht kein Anlass, anzuzweifeln, dass es sich beim Institut für Arbeitsschutz der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (IFA) um eine im Rahmen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen vom 21. Juni 1999 (SR 0.946.526.81) gemäss Anhang I Kapitel 2

anerkannte Konformitätsbewertungsstelle für Persönliche Schutzausrüstungen und damit auch um eine im Sinn von Art. 3 Abs. 4 Bst. b PSAV anerkannte Konformitätsbewertungsstelle handelt. Die Vorinstanz ist im Übrigen nicht verpflichtet, eine im SAS-Verzeichnis aufgeführte Kontrollstelle mit der technischen Prüfung zu beauftragen. Es ist daher nicht weiter darauf einzugehen, ob auch die vier in der Schweiz akkreditierten Prüfstellen zur Prüfung des streitgegenständlichen Produkts geeignet wären.

## **E. 8.2**

Weiter bemängelt der Beschwerdeführer, dass im Rahmen der technischen Prüfung durch das IFA zu wenig Exemplare des Produkts «B. \_\_\_\_\_» geprüft worden seien.

### **E. 8.2.1**

In der Beschwerde wird vorgebracht, dass lediglich zwei Exemplare des Produkts der Prüfung durch das IFA hinsichtlich deren Übereinstimmung mit der Norm EN 403:2004 unterzogen worden seien, obwohl gemäss Ziffer 7.5.1 der Norm EN 403:2004 insgesamt fünf Brandfluchthauben geprüft werden müssten. In Ziffer 7.7.1 dieser Norm werde zudem ausdrücklich festgehalten, dass die Prüfung des Gasaufnahmevermögens mit C-3805/2020 Seite 33 drei Filtern geprüft werden müsse. Auch hier seien lediglich zwei Exemplare des Produkts «B. \_\_\_\_\_» geprüft worden. Das Prüfverfahren sei daher offensichtlich nicht in Übereinstimmung mit der Norm EN 403:2004 erfolgt. Die Ergebnisse der technischen Prüfung basierten auf einer nicht angemessenen Prüfungsgrundlage. Die im Rahmen dieser unrechtmässigen Prüfung angeblich festgestellten Mängel seien daher als unerheblich zu betrachten.

### **E. 8.2.2**

Die Vorinstanz hält dazu in ihrer Vernehmlassung fest, dass es nicht ihre Aufgabe sei, nachträglich eine Konformitätsüberprüfung mit allen dazu gemäss der Norm EN 403:2004 erforderlichen Prüfungen durchzuführen. Sie habe nur zu kontrollieren, ob die Produkte die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllen würden und habe gemäss Art. 10 PrSG verhältnismässige Massnahmen zu verfügen. Vorliegend sei insbesondere die Filtrationsleistung überprüft worden. Wie vermutet, habe diese Prüfung bestätigt, dass die grundlegenden Anforderungen nicht erfüllt seien. Zur Feststellung der Nichterfüllung der grundlegenden Anforderungen sei es nicht erforderlich, dass – wie im Rahmen einer Konformitätsbewertung nach EN 403:2004 vorgesehen – fünf Exemplare des Produkts einer Prüfung unterzogen würden. Die Durchführung eines Konformitätsbewertungsverfahrens mit umfassender Prüfung gemäss EN 403:2004 sei Aufgabe des Herstellers und damit vorliegend des Beschwerdeführers vor dem Zeitpunkt des erstmaligen Inverkehrbringens. Der Nachweis, dass das Produkt diese Prüfung bestanden habe und die formelle Konformität hergestellt worden sei, habe nicht erbracht werden können. Es sei nicht Aufgabe der Kontrollbehörde diese Prüfung nachzuholen und die Konformität des Produkts festzustellen.

### **E. 8.2.3**

Die technische Prüfung des Produkts «B. \_\_\_\_\_» durch das IFA erfolgte im Hinblick auf dessen Übereinstimmung mit den Anforderungen der Norm EN 403:2004 (Ziffer 3.3 des Prüfberichts vom 3. März 2020). Dabei wurden im Januar bis März 2020 unbestrittenermassen zwei Exemplare des Produkts «B. \_\_\_\_\_» sowie zwei weitere

Exemplare eines ähnlichen Atemschutzgeräts eines anderen Herstellers geprüft. Der Prüfbericht vom 3. März 2020 weist die Testergebnisse und Schlussfolgerungen in Bezug auf beide geprüften Atemschutzgeräte (separat) aus, wobei jene des Atemschutzgeräts des anderen Herstellers geschwärzt wurden. Die Vorinstanz hat das Produkt «B. \_\_\_\_\_» nicht auf sämtliche Vorgaben der Norm EN 403:2004 hin überprüfen lassen, sondern nur eine Teilprüfung, insbesondere der Filtrationsleistung, eingeholt. Im Beschwerdeverfahren hat die Vo-

C-3805/2020 Seite 34 rinstanz einen neuen Prüfbericht des IFA Nr. 202020395/2120 vom 27. August 2020 eingereicht, der den Prüfbericht vom 3. März 2020 ersetzt (Beilage 4 zu BVGer-act. 10). Dieser zweite Bericht ist identisch mit dem ersten Bericht, weist aber ausschliesslich die während der Tests vom Januar bis März 2020 erhobenen Testergebnisse für das vorliegend relevante Produkt B. \_\_\_\_\_ aus.

#### **E. 8.2.4**

Das PrSG folgt dem Prinzip des «New Approach». Demnach bringt der Inverkehrbringer das Produkt in primärer Selbstverantwortung, ohne vorgängige behördliche Zulassung, in Verkehr, und die staatliche Aufsicht wird erst ab dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens aktiv (vgl. Botschaft zum PrSG, BBl 2008 7432; A. GERSTER, Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG), 2018, S. 106). Im Rahmen einer Kontrolle muss der Beschwerdeführer als Hersteller im Sinne des PrSG aber nachweisen können, dass das in seiner Eigenverantwortung in den Verkehr gebrachte Produkt den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen entspricht (vgl. Botschaft zum PrSG, BBl 2008 7413 und 7439 f.; vgl. auch Urteil des BVGer C-4660/2013 vom 28. Mai 2015 E. 3.5). Bei der Kontrolle prüfen die Kontrollorgane stichprobenweise, ob die in Verkehr gebrachten Produkte die Sicherheitsvorschriften einhalten (vgl. HANS-JOACHIM HESS, Handkommentar zum Produktesicherheitsgesetz [PrSG], 2010, Art. 10 Rz. 3).

#### **E. 8.2.5**

Es liegt gemäss Art. 5 Abs. 1 PrSG am Beschwerdeführer, den Nachweis zu erbringen, dass das von ihm in Verkehr gebrachte Produkt «B. \_\_\_\_\_» die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt (vgl. auch Urteil des BVGer C-4660/2013 vom 28. Mai 2015 E. 4.2.1). Die Vorinstanz weist daher zu Recht darauf hin, dass der Zweck des Kontrollverfahrens, insbesondere auch einer technischen Prüfung nach Art. 22 Abs. 4 PrSV, nicht darin besteht, den Nachweis der Konformität des Produkts zu erbringen, sondern zu prüfen, ob die Hinweise darauf, dass ein Produkt den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nicht entspricht, begründet sind. Zu diesem Zweck ist es nicht erforderlich, dass die Kontrollbehörde das vollständige Konformitätsbewertungsverfahren durchführt und das Produkt auf sämtliche Mindestanforderungen der EN 403:2004 hin überprüfen lässt, vielmehr genügt im Rahmen der Marktüberwachung eine stichprobenweise Überprüfung. Anzuführen bleibt, dass die Vorgabe von Ziffer 7.5.1 der Norm EN 403:2004, wonach insgesamt fünf Brandschutzhauben geprüft werden müssen, sich nur auf die praktische Leistungsprüfung zur Erlangung der Konformitätserklärung

C-3805/2020 Seite 35 bezieht, welche durch den Inverkehrbringer vor Inverkehrbringung des Produkts zu veranlassen ist. Für die im vorliegenden Fall erforderlichen stichprobenweisen Kontroll-Prüfungen des Gasaufnahmevermögens des Filters und des Kohlendioxidgehalts der Einatemluft reicht eine Prüfung von drei bzw. zwei Exemplaren

zum Nachweis, ob das Produkt den Mindestanforderungen der Norm EN 403:2004 entspricht oder nicht, jedenfalls aus. Zudem übersieht der Beschwerdeführer, dass für den Nachweis, dass ein Produkt die Vorgaben der Norm EN 403:2004 erfüllt, erforderlich ist, dass bei der technischen Prüfung alle Prüfmuster die Anforderungen erfüllen (Ziff. 6.1 EN 403:2004). Das war vorliegend, wie dargelegt, bereits bei der Prüfung von zwei Exemplaren nicht der Fall. Es ist daher nicht ersichtlich, welchen Erkenntnisgewinn die Prüfung weiterer Exemplare gebracht hätte. Zur Beantwortung der Frage, ob das Produkt Mängel mit Sicherheitsrelevanz aufweist, genügt daher vorliegend im Rahmen der Marktüberwachung eine stichprobenweise Teilprüfung von zwei Exemplaren des Produkts.

#### **E. 8.2.6**

Gestützt auf die Ergebnisse der technischen Prüfung durch das IFA durfte und musste die Vorinstanz somit davon ausgehen, dass das Produkt «B.\_\_\_\_\_» grundlegende Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen im Sinne des PrSG nicht erfüllt. Den Gegenbeweis hat der Beschwerdeführer, welcher gemäss seinen Angaben vor dem 8. Juni 2020 ein eigenes Prüfverfahren in Auftrag gegeben hatte, nicht erbracht (vgl. Urteil des BVGer C-1177/2012 vom 12. Juni 2014 E. 5.9; oben E. 6.1 und E. 9.3 Abs. 2 unten). Im Übrigen fehlt vorliegend bereits eine gültige Konformitätserklärung für das Inverkehrbringen der streitgegenständlichen PSA, d.h. der Atemschutzmaske (vgl. oben E. 5.11).

#### **E. 9**

Weiter ist zu prüfen, ob die angeordneten Verwaltungsmassnahmen (Verbot des Inverkehrbringens, Rückruf) rechtmässig sind.

#### **E. 9.1**

Das Vollzugsorgan muss Massnahmen gemäss Art. 10 Abs. 2 PrSG treffen, wenn das Produkt entweder gegen die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen verstösst oder wenn es nicht dem Stand von Wissenschaft und Technik entspricht. Das Gesetz spricht von «geeigneten Massnahmen», wobei Abs. 2 offen lässt, was darunter zu verstehen ist. Eine – allerdings nicht definitive – Präzisierung erfolgt erst in Abs. 3. Die Massnahmen müssen der in der Verfassung (Art. 5 Abs. 2 BV) gewährleisteten Verhältnismässigkeit entsprechen (vgl. E. HOLLIGER-HAGMANN, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, 2016,

C-3805/2020 Seite 36 Art. 10 PrSG Rz. 4). Der in Art. 10 Abs. 3 PrSG aufgeführte Katalog von Massnahmen, welche die Vollzugsorgane ergreifen können, ist nicht abschliessend (HANS-JOACHIM HESS, Produktesicherheitsgesetz [PrSG], Handkommentar, Bern 2010, Art. 10 Rz. 16).

#### **E. 9.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die angeordneten Massnahmen einen schweren Eingriff in seine Wirtschaftsfreiheit darstellten. Mit dem verfügten Verkaufsverbot werde seine privatwirtschaftliche Betätigung vollständig aufgehoben, was eine Verletzung verfassungsmässig garantierter Rechte darstelle. Auch in Bezug auf einen Rückruf des Produkts werde der Beschwerdeführer in der Ausübung seiner wirtschaftlichen Freiheit eingeschränkt bzw. rechtsungleich gegenüber anderen Anbietern persönlicher Schutzausrüstungen (PSA) behandelt. Das öffentliche Interesse am Gesundheitsschutz der

Bevölkerung stehe zum einen dem wirtschaftlichen Interesse des Beschwerdeführers in Bezug auf die Kosten des Rückrufs und zum anderen dem Interesse an der rechtsgleichen Behandlung entgegen. Die Vorinstanz erkenne im Rahmen der zwingend vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung, dass der Beschwerdeführer bereits selbständig entsprechende Massnahmen vorgenommen habe und damit den Pflichten nach Art. 8 PrSG nachgekommen sei. So habe er insbesondere auf den weiteren Verkauf vorläufig verzichtet und auch entsprechende Prüfungen durch eine SAS-registrierte Prüfstelle veranlasst. Des Weiteren sei die Rückverfolgung der bisherigen Produktverkäufe aufgrund der bereits eingereichten Unterlagen nachvollziehbar. Ein Rückruf wäre somit nicht verhältnismässig. So werde der Beschwerdeführer unter anderem mit erheblichen finanziellen Aufwänden hinsichtlich des Rückrufs belastet, obwohl aufgrund der unrechtmässigen Testergebnisse überhaupt nicht feststehe, ob ein solcher überhaupt notwendig sei. Die Vorinstanz habe es auch unterlassen, weniger gravierende Massnahmen zu prüfen, insbesondere auch weil der Beschwerdeführer freiwillig den Verkauf weiterer Produkte eingestellt habe. Zu denken sei dabei an eine gezielte Orientierung der bisherigen Abnehmer des Produkts mit dem Hinweis, dass dieses einer weitergehenden Prüfung unterzogen werde. Die finanziellen Folgen eines Rückrufs bzw. die damit verbundenen zusätzlichen finanziellen Einbussen infolge der Wirkung eines solchen auf die generelle Geschäftstätigkeit des Beschwerdeführers überwiegen den – nicht sicheren und bestrittenen – angeblichen Mängeln und Gefahren bei weitem. So sei auch auf die erhebliche Rufschädigung hinzuweisen, die mit einem Rückruf der «B. \_\_\_\_\_» einhergingen. Diese sei im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht berücksichtigt worden. Auch könne nicht von einer rechtsgleichen Be-

C-3805/2020 Seite 37 handlung mit anderen Marktteilnehmern ausgegangen werden. Ein Verkaufsstopp sei angesichts der Tatsache, dass einzig ein unrechtmässiges Testergebnis vorliege, nicht nachvollziehbar. Vielmehr müsste bis zum Vorliegen eines rechtmässigen Testergebnisses, welches eine angebliche Mangelhaftigkeit des Produkts «B. \_\_\_\_\_» festhalte, von dessen Mangelfreiheit ausgegangen werden. Ein Verkaufsstopp sei daher nicht erforderlich. Auch würde eine zeitlich begrenzte und freiwillige Verkaufseinstellung des Produkts den gleichen Effekt bringen. Es sei aber zu beachten, dass die wirtschaftliche Freiheit des Beschwerdeführers im Falle eines behördlich angeordneten Verkaufsstops gegenüber der freiwilligen Einstellung des Weiterverkaufs schwerwiegender betroffen sei. Aufgrund der gleichen Überlegung sei auch in Bezug auf den Verkaufsstopp von einer Verletzung des Gebots der Rechtsgleichheit auszugehen.

### **E. 9.3**

Die Vorinstanz hält dem in ihrer Vernehmlassung entgegen, dass aufgrund der festgestellten Mängel die Schutzwirkung nicht bloss eingeschränkt, sondern ungenügend sei. Mit der unzureichenden Filterung der Atemluft und der mangelhaften Befestigung der Maske am Gesicht bestehe ein ernsthaftes Risiko, dass sich jemand im Notfall auf der zugesicherten Schutzfunktion verlasse und sich in einer Notfallsituation tödlichen Risiken aussetze, welchen er mit einem mängelfreien Produkt nicht ausgesetzt gewesen wäre. Da das Produkt bereits seit mehreren Jahren in Verkehr gebracht werde und nicht wie vorgeschrieben mit dem tatsächlichen Herstellungsdatum gekennzeichnet sei, könne nicht ausgeschlossen werden, dass bereits heute Produkte beim Verwender seien, bei welchen die Haltbarkeitsdauer überschritten sei. Würden die Produkte nicht aus dem Markt entfernt, werde die Wahrscheinlichkeit einer unwirksamen PSA mit zunehmender Alterung grösser.

Auch wenn bisher keine durch die mangelhafte Schutzwirkung des vorliegenden PSA verursachte Schädigungen bekannt seien, stellten die in grösseren Mengen in Verkehr gebrachten Produkte eine latente Gefahr dar. Diese könne nur gebannt werden, indem ein Verbot des Inverkehrbringens ausgesprochen werde und Benutzerinnen und Benutzer rasch aufgefordert würden, das Produkt nicht mehr zu verwenden, sondern zurück zu geben. Ansonsten sei es eine Frage der Zeit, bis Verwenderinnen oder Verwender des Produkts in eine gefährliche Situation geraten würden, vor welcher die PSA keinen genügenden Schutz biete. Die Einreichung eigener Prüfergebnisse wäre ungeeignet, um die im vorinstanzlichen Verfahren festgestellten Mangel zu entkräften. Einerseits sei zu befürchten, dass für eine solche Prüfung bewusst für das Bestehen der Prüfung angefertigte und vorbereitete Exemplare verwendet würden.

C-3805/2020 Seite 38 Es sei zudem unwahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer für ihn nachteilige Prüfergebnisse dem Gericht oder der Vorinstanz vorlegen würde. Es wäre dem Beschwerdeführer freigestanden, zu den mutmasslichen Mängeln und zur Nichtkonformität eigene Prüfungen durchzuführen. Da die Mängel als gravierend zu betrachten seien, erlaube die Gefährdung, welche von noch auf dem Markt befindlichen Produkten ausgehe, kein weiteres Zuwarten. Beim Produkt liege ein systematisches Problem vor, die Aussicht auf erfolgreiche Durchführung eines Konformitätsbewertungsverfahrens sei aus Sicht der Vorinstanz bescheiden, der Versuch bleibe dem Beschwerdeführer aber natürlich vorbehalten. Die Prüfung einzelner Muster auf Funktionstauglichkeit sei dagegen nicht geeignet, die bei weitem nicht nachgewiesene Konformität nachträglich herzustellen. Dazu wäre ein vollständiges Konformitätsbewertungsverfahren durch eine akkreditierte Stelle notwendig. Die vorliegend dargelegten Mängel liessen nur den Schluss zu, dass die Qualitätssicherung des (Original-)Herstellers dieser Bezeichnung kaum gerecht werde. Es sei davon auszugehen, dass die Qualitätsunterschiede einer grossen Schwankung unterliegen würden und der Anteil von Produkten mit mangelhafter bis keiner Schutzwirkung hoch sei. Es könne deshalb keine Rede davon sein, dass die vorliegend festgestellten Mängel als «Ausreisser» verstanden werden könnten. Durch die Anpassung von Kennzeichnung und Informationsbroschüre könnten diese Mängel (gemeint: Mängel bezüglich der Kennzeichnung und der Informationsbroschüre) zwar in Bezug auf allfällig künftig in Verkehr gebrachte Produkte beseitigt werden, die Mangelhaftigkeit bereits in Verkehr gebrachter Produkte werde dadurch aber nicht behoben. Alleine aus der nicht nachgewiesenen Konformität ergebe sich, dass das Produkt nicht in Verkehr gebracht werden dürfe. Atemschutzgeräte seien komplexe PSA, die gegen tödliche Gefahren oder ernste und irreversible Gesundheitsschäden schützen sollen. Die festgestellten Produktemängel würden für die vorgesehene Anwendung ein ernstes Risiko ergeben. Um zu verhindern, dass Produkte, welche kein Konformitätsverfahren durchlaufen hätten, in Verkehr gebracht würden, sei erforderlich, dass die betreffenden Produkte im Interesse der öffentlichen Gesundheit verpflichtend (und nicht auf Freiwilligkeit des Beschwerdeführers beruhend) nicht weiter in Verkehr gebracht würden. Eine mildere Massnahme, welche das gleiche Ziel erreiche, sei nicht ersichtlich. Die wirtschaftlichen Interessen des Beschwerdeführers am Verzicht auf ein Verkaufsverbot seien vorliegend nicht schützenswert, da die Herstellung der Konformität vor dem erstmaligen Inverkehrbringen des Produkts und damit auch die Folgen der Nichtkonfor-

C-3805/2020 Seite 39 mität in ihre Verantwortung fielen. Ein Verkaufsverbot sei dann verhältnis- mässig, wenn die Konformität eines Produkts nicht nachgewiesen werden könne, zumal das Produkt so nie in Verkehr gebracht hätte werden dürfen. Aufgrund der ungenügenden und falsch deklarierten Schutzwirkung be- stehe für die Verwenderinnen und Verwender ein ernstes Risiko, in einer Notfallsituation gegen ernste und irreversible Gesundheitsschäden unge- nügend geschützt zu sein. Für bereits in Verkehr gebrachte Produkte sei deshalb ein öffentlicher Rückruf anzuordnen. Die im Vergleich zu einem öffentlichen Rückruf mildere Massnahme einer Warnung, in welcher Ver- wenderinnen und Verwender zur Vorsicht aufgefordert würden, sei nicht geeignet, bereits bei Verwenderinnen und Verwendern befindliche Pro- dukte aus dem Markt zu entfernen. Mit erhöhter Vorsicht lasse sich zudem nicht verhindern, dass die ungenügende Schutzwirkung des kontrollierten Produkts zu einer ernsthaften Gefährdung von Leben und Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender führe. Die im Vergleich zu einem öffentli- chen Rückruf mildere Massnahme der Rücknahme, welche verhindern würde, dass Produkte, welche sich noch in der Absatzkette befänden, ver- trieben, ausgestellt oder angeboten würden, wäre nicht zielführend, weil damit die von bereits an die Endanwender verkauften Produkte ausge- hende Gefahr nicht abgewendet werden könnte. Die Durchführung eines Rückrufs ohne Publikation auf der Internetseite des Büros für Konsumen- tenfragen BFK wäre nicht zielführend, weil damit nicht sichergestellt wer- den könnte, dass alle Verwenderinnen und Verwender des Produkts vom Rückruf Kenntnis nehmen könnten. Infolgedessen sei die Massnahme des Rückrufs mit Publikation auf der Internetseite des BFK erforderlich, weil nur so sichergestellt werden könne, dass Verwenderinnen und Verwender von bereits in Verkehr gebrachten mangelhaften Produkten vor dem ersten Risiko gewarnt würden und alles unternommen werde, um die im Markt vorhandenen Produkte zu entfernen, indem die Verwenderinnen und Ver- wender zu einer Rückgabe aufgefordert werden, damit sich die von man- gelhaften Produkten ausgehenden Risiken nicht verwirklichen könnten. Einsatzzweck und Einsatzmittel stünden in einem vernünftigen Verhältnis und die Massnahme sei angemessen, weil durch den Rückruf Leben und Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender geschützt würden, wäh- rend das allenfalls beeinträchtigte wirtschaftliche Interesse des Beschwer- deführers vorliegend von untergeordneter Bedeutung sei. Es liege in seiner Verantwortung, dass von seinen Produkten keine Gefährdung ausgehe. Die Wahrnehmung dieser Verantwortung durch die Durchführung eines Rückrufs sei deshalb klar angezeigt. Die Durchführung eines öffentlichen Rückrufs des vorliegend kontrollierten Produkts stehe im öffentlichen Inte-

C-3805/2020 Seite 40 resse des Schutzes von Leib und Leben der Verwenderinnen und Verwen- der des betroffenen Produkts. Ein transparenter, professionell und zeitnah durchgeführter Rückruf könne das Vertrauen der Kunden stärken und müsse damit nicht zwingend reputationsschädigend sein. Ein Rückruf stelle aber auch die Anerkennung eines bestehenden Korrekturbedarfs dar, und könne damit zu einem Reputationsschaden und zu wirtschaftlichen Nachteilen für den Beschwerdeführer führen. Hinzu komme ein wirtschaftlicher Schaden aus allfälligen Forderungen nach Rückvergütungen durch die Kunden, welche aber zivilrechtlich zu beurteilen und nicht Gegenstand dieses Verfahrens seien. Soweit die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerde- führers durch die Verpflichtung zu einem öffentlichen Rückruf tangiert sei, überwiege das Interesse des Schutzes von Leib und Leben der Verwende- rinnen und Verwender des betroffenen Produktes klar. Das vom Produkt ausgehende ernste Risiko liege in der Verantwortung des Beschwerdefüh- rers, sein Interesse an wirtschaftlicher Unversehrtheit sei diesbezüglich nicht schützenswert. Die

selbständig getroffenen Massnahmen des Beschwerdeführers seien im Kontrollverfahren einbezogen worden. Der (freiwillige) Verzicht auf den Verkauf könne vom Beschwerdeführer jederzeit aufgehoben werden, notwendig sei indes eine rechtskräftige Verpflichtung zu den verfügten Massnahmen. Es handelt sich bei den verfügten Massnahmen um keine Ungleichbehandlung mit anderen Inverkehrbringern konformer Produkte, da beim vorliegenden Produkt nicht von Konformität ausgegangen werden könne.

#### **E. 9.4**

Das angeordnete Verkaufsverbot und der Rückruf stellen einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers dar. Dieser unterliegt den Voraussetzungen und Schranken von Art. 36 BV (vgl. Urteil des BGer 2C\_718/2018 vom 27. Mai 2019 E. 3.1). Zu Recht nicht bestritten wird, dass die umstrittenen Anordnungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (siehe oben E. 9.1). Zudem besteht zweifellos ein (gesundheitspolizeiliches) öffentliches Interesse daran, dass Persönliche Schutzausrüstungen, welche grundlegende Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nicht erfüllen, nicht in der Schweiz verkauft werden bzw. vom Markt zurückgerufen werden. Schutzgüter von Art. 1 Abs. 1 PrSG sind die Sicherheit und Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender sowie Dritter (HANS-JOACHIM HESS, a.a.O., S. Art. 3 Rz. 4). Der Beschwerdeführer rügt insbesondere die Unverhältnismässigkeit der angeordneten Massnahmen. Dabei beschränkt er sich im Wesentlichen darauf, geltend zu machen, dass die Vorinstanz zu Unrecht von Mängeln am Produkt «B. \_\_\_\_\_» bzw. von der Rechtmässigkeit des Prüfberichts IFA ausgehe. Wie aber oben bereits aufgezeigt wurde, ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon

C-3805/2020 Seite 41 ausgeht, dass das Produkt grundlegende Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nicht erfüllt. Daher war die Vorinstanz gemäss Art. 10 Abs. 2 PrSG gehalten, geeignete Massnahmen zu verfügen. Daraus kann der Beschwerdeführer im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahmen nichts zu seinen Gunsten ableiten.

#### **E. 9.5**

Das in Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung angeordnete Verbot des weiteren Inverkehrbringens des Produkts «B. \_\_\_\_\_» im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. a PrSG ist geeignet dem öffentlichen Interesse an der Gewährleistung der Sicherheit von Persönlichen Schutzausrüstungen (vgl. Art. 1 Abs. 1 PrSG) nachzukommen und dafür zu sorgen, dass keine Persönlichen Schutzausrüstungen in Verkehr gebracht werden, welche grundlegende Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nicht erfüllen. Das Verbot des Inverkehrbringens erweist sich auch als erforderlich. Eine mildere Massnahme wie etwa eine Warnung an die Erwerberinnen und Erwerber wäre nicht ausreichend zur Zielerreichung. Wie bereits dargelegt wurde, bestehen am Produkt «B. \_\_\_\_\_» erhebliche sicherheitsrelevante Mängel. Auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer einstweilen freiwillig auf den Verkauf des Produkts «B. \_\_\_\_\_» verzichtet hat, vermag daran nichts zu ändern. Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass es beim Verzicht auf ein behördlich angeordnetes Verkaufsverbot nicht sicher gestellt wäre, dass das Produkt nicht wieder auf den Markt kommt, bevor alle sicherheitsrelevanten Mängel behoben sind. Insgesamt überwiegt, angesichts seiner Bedeutung für die Sicherheit, das erwähnte öffentliche Interesse das private wirtschaftliche Interesse des Beschwerdeführers, das

streitgegenständliche Produkt in Verkehr zu bringen. Das angeordnete Verbot des Inverkehrbringens erweist sich damit auch als zumutbar.

#### **E. 9.6**

Der in Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung angeordnete öffentliche Rückruf im Sinn von Art. 10 Abs. 3 Bst. b PrSG ist ebenfalls geeignet, dem öffentlichen Interesse an der Gewährleistung der Sicherheit von Persönlichen Schutzausrüstungen (vgl. Art. 1 Abs. 1 PrSG) nachzukommen und dafür zu sorgen, dass von den in Verkehr gebrachten PSA keine Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender ausgeht. Das Verbot des Inverkehrbringens genügt nicht, die Verwirklichung von Gefahren der bereits auf dem Markt befindlichen Produkte zu verhindern. Auch hier wäre – wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung überzeugend aufgezeigt hat – eine mildere Massnahme wie etwa eine Warnung an die Erwerberinnen und Erwerber nicht ausreichend zur Zielerreichung. Der Rückruf erweist sich daher auch als erforderlich. Insgesamt überwiegt, angesichts seiner Bedeutung für die Sicherheit, das erwähnte öffentliche

C-3805/2020 Seite 42 Interesse am Rückruf das diesem entgegengesetzte private und letztlich rein wirtschaftliche Interesse des Beschwerdeführers, das streitgegenständliche Produkt nicht zurückrufen zu müssen. Der angeordnete Rückruf erweist sich damit auch als zumutbar.

#### **E. 9.7**

Zur vom Beschwerdeführer vorgebrachten Ungleichbehandlung von Konkurrenten ist festzuhalten, dass die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen auf sachlichen Gründen beruhen. Der Beschwerdeführer vermag keinen Sachverhalt aufzuzeigen bzw. zu benennen, in dem ein vergleichbares Produkt mit vergleichbaren Mängeln nicht von einem Verkaufsverbot bzw. einem Rückruf betroffen war. Hinweise auf eine rechtswidrige ungleiche Behandlung des Beschwerdeführers sind vorliegend nicht ersichtlich. Auch aus dem Rechtsgleichheitsgebot vermag der Beschwerdeführer die Unzulässigkeit der umstrittenen Anordnungen nicht abzuleiten.

#### **E. 9.8**

Nachdem weder geltend gemacht wird noch ersichtlich ist, dass der Beschwerdeführer die in der angefochtenen Verfügung festgehaltenen Mängel inzwischen beseitigt hat, sind das vorinstanzlich angeordnete Verbot des weiteren Inverkehrbringens und der Rückruf rechtmässig und nicht zu beanstanden.

#### **E. 10**

Schliesslich bleibt zu prüfen, ob die auferlegte Gebühr von Fr. 3'083.– (Ziffer 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung) rechtmässig ist.

#### **E. 10.1**

Art. 14 PrSG sieht vor, dass der Bundesrat die Finanzierung des Vollzugs regelt, soweit dieser in die Zuständigkeit des Bundes fällt (Abs. 1). Die Vollzugsorgane können für die Kontrolle von Produkten und für den Vollzug von Massnahmen Gebühren erheben (Abs. 2). In Ausführung dieser Kompetenz hat der Bundesrat in Art. 27 PrSV bestimmt, dass die Behörden Gebühren erheben für Kontrollen, wenn sich herausstellt, dass das Produkt nicht den Vorschriften entspricht (Bst. a), für Verfügungen über die Edition von Konformitätserklärungen und technischen Unterlagen (Bst. b) sowie für Verfügungen und

Massnahmen nach Art. 10 PrSG, welche der Inverkehrbringer veranlasst (Bst. c). Die Gebühren nach Art. 27 PrSV werden dabei nach dem Zeitaufwand bemessen (Art. 28 Abs. 1 Bst. a PrSV). Der Stundensatz beträgt Fr. 200.- (Art. 28 Abs. 2 PrSV).

### **E. 10.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die verfügten Kosten- und Bussenfolgen gemäss Ziffern 4, 6 und 7 der angefochtenen Verfügung allesamt auf der unzutreffenden Annahme gründeten, dass das Produkt

C-3805/2020 Seite 43 «B. \_\_\_\_\_» diverse Mängel aufweise. Da aber die Voraussetzungen für die Anordnung von Massnahmen nicht erfüllt seien, sei dies auch in Bezug auf die Verteilung allfälliger Kosten zu berücksichtigen. Wie bereits erwähnt, ist dieser Einwand unbegründet und nicht geeignet, die auferlegte Gebühr (wie auch die Bussenandrohung) in Frage zu stellen. Die Höhe der auferlegten Gebühr beanstandet der Beschwerdeführer nicht.

### **E. 10.3**

Die Voraussetzungen von Art. 27 PrSV zur Erhebung einer Gebühr sind erfüllt. Mit Blick auf die von der Vorinstanz durchgeführten Abklärungen erweist sich die von ihr in Rechnung gestellte Gebühr von Fr. 3'083.- als angemessen und ist daher nicht zu beanstanden.

### **E. 11**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergibt sich zusammenfassend, dass sich die Feststellungen und Anordnungen in der angefochtenen Verfügung als rechtmässig erweisen und nicht zu beanstanden sind. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen. Vom Beizug der Akten aus dem Beschwerdeverfahren C-3808/2020 sind keine entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten, weshalb darauf zu verzichten ist. Der entsprechende, nicht substantiiert begründete Editionsantrag des Beschwerdeführers ist abzuweisen.

### **E. 12.1**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Dass ihm durch die Verletzung des Mitwirkungsrechts bei der Erteilung des Auftrags der technischen Prüfung Mehrkosten entstanden sind, wird nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich, zumal er den Verwaltungsakt nicht bloss in formeller Hinsicht angefochten hat. Daher ändert die Verletzung der Mitwirkungsrechte an der Kostenverlegung nichts (vgl. Urteil des BGer 8C\_668/2018 vom 13. Februar 2019 E. 7). Die Verfahrenskosten des vorliegenden Verfahrens sind unter Berücksichtigung des Streitwerts sowie des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Der einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

C-3805/2020 Seite 44

### **E. 12.2**

Dem Beschwerdeführer ist bei diesem Verfahrensausgang keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die obsiegende Vorinstanz hat als Bundesbehörde ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

C-3805/2020 Seite 45

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