Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.20/2007 /bru

Urteil vom 9. Mai 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Müller, Bundesrichter Karlen,
Gerichtsschreiber Merz.

Parteien
Schering (Schweiz) AG, Blegistrasse 3+5, 6341 Baar,
Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher
Peter J. Schmid, Postfach 8061, 3001 Bern,

gegen

Swissmedic, Schweizerisches Heilmittelinstitut, Postfach, 3000 Bern 9,
Eidgenössische Rekurskommission für Heilmittel, p.A. Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14.

Gegenstand
Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG (Verbot der "LoveCard"),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für Heilmittel vom 24. November 2006.

Sachverhalt:
A.
Im März 2006 brachte die Firma Schering (Schweiz) AG eine als "LoveCard" bezeichnete Rabattkarte in Verkehr, mit der Frauen bis zu ihrem 20. Altersjahr jede vierte Monatspackung des verschreibungspflichtigen Kontrazeptivums Yasmin® gratis beziehen können. Sie setzte die Ärzteschaft und die Apotheken über diese Aktion in Kenntnis und machte sie zudem durch eine Medieninformation, die auch auf den Internetseiten www.lovecard.ch und www.schering.ch publiziert wurde, der Öffentlichkeit bekannt.

Am 7. Juli 2006 stellte das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic (im Folgenden: Institut) fest, dass der mit der Einführung der "LoveCard" gewährte Preisnachlass von 25% auf dem Präparat Yasmin® eine unzulässige Werbemassnahme gemäss Art. 32 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21) darstelle und damit gegen die werberechtlichen Bestimmungen der Heilmittelgesetzgebung verstosse. Gleichzeitig verbot es die weitere Verbreitung der "LoveCard", verpflichtete die Firma Schering (Schweiz) AG, die an die Ärzte abgegebenen "LoveCards" zurückzurufen, soweit sie diese noch nicht weitergegeben hatten, und die Ärzte zu informieren, dass sie keine weiteren "LoveCards" mehr an die Anwenderinnen abgeben dürften. Ausserdem hielt sie die Firma Schering (Schweiz) AG an, den Abbruch der Aktion "LoveCard" über die gleichen Kanäle und in der gleichen Intensität bekannt zu machen, wie sie über deren Beginn informiert hatte, und dem Institut innert 60 Tagen einen kurzen Bericht über den Vollzug der angeordneten Rückruf- und Bekanntmachungsmassnahmen vorzulegen.

Die Eidgenössische Rekurskommission für Heilmittel wies am 24. November 2006 die Beschwerde ab, welche die Firma Schering (Schweiz) AG gegen die erwähnte Verfügung des Instituts erhoben hatte.
B.

Die Schering (Schweiz) AG beantragt dem Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 9. Januar 2007, den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Heilmittel vom 24. November 2006 sowie die Ziffern 1-5 der Verfügung des Instituts vom 7. Juli 2006 aufzuheben.

C.
Das Institut ersucht um Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesverwaltungsgericht als Nachfolgeorganisation der Rekurskommission für Heilmittel hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.
D.
Der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung hat der Beschwerde am 29. Januar 2007 die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der angefochtene Entscheid erging noch vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) am 1. Januar 2007. Das Verfahren richtet sich daher nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; BS 3 531; vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG; Mitteilungen des Bundesgerichts zum Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes, Ziff. I, publ. in: ZBl 108/2007 S. 56; BGE 132 V 393 E. 1.2 S. 395).
2.
Gegen Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für Heilmittel ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig (Art. 84 HMG; Art. 98 lit. e OG). Allerdings können mit diesem Rechtsmittel die Entscheide unterer Instanzen nicht mitangefochten werden (BGE 125 II 29 E. 1c S. 33; 129 II 438 E. 1 S. 441). Auf die erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher nicht einzutreten, soweit sie sich gegen die Verfügung des Instituts vom 7. Juli 2006 richtet.
3.
Die Vorinstanz sieht in der Abgabe der "LoveCard" an Ärzte und Apotheker sowie in der Information über diese Aktion in der Presse und im Internet eine unzulässige Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel gemäss Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG. Die Beschwerdeführerin kritisiert diese Auffassung als unzutreffend. Ausserdem rügt sie, die Vorinstanz habe den Sachverhalt teilweise offensichtlich unzutreffend festgestellt. Schliesslich macht sie geltend, das verfügte Verbot der "LoveCard" verletze die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).
Zu den beiden zuletzt genannten Rügen erübrigen sich nähere Ausführungen, da sie offenkundig unbegründet sind. Die Beschwerdeführerin legt in keiner Weise dar, dass die Frauenärzte, die auf der von ihr betriebenen Website www.gynweb.ch aufgeführt sind, nicht über die Einführung der "LoveCard" und die damit erhältliche Vergünstigung informiert waren. Sie räumt im Gegenteil selber ein, die Fachärzte über die Aktion orientiert zu haben. Die Vorinstanz stellt im Übrigen nicht fest, dass alle informierten Ärzte an der Aktion auch teilgenommen hätten. Sie lässt ausserdem offen, ob die Werbeagentur der Beschwerdeführerin die "LoveCard" gefördert habe, da sie dies nicht für erheblich hält. Dem Vorwurf, das Verbot der "LoveCard" verstosse gegen die Wirtschaftsfreiheit, kommt keine selbständige Bedeutung zu. Die Beschwerdeführerin beruft sich auch in diesem Zusammenhang allein darauf, dass die Einführung der "LoveCard" und die darüber erfolgte Information keine unzulässige Publikumswerbung darstelle; sie bestreitet aber zu Recht nicht, dass unzulässige Werbemittel gemäss Art. 66 Abs. 2 lit. f HMG verboten werden können.

Es bleibt demnach nur zu prüfen, ob die Vorinstanz in der mit der "LoveCard" gestarteten Rabattaktion zu Recht eine unzulässige Werbung für ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel erblickt.
4.
In der Schweiz ist die Werbung für Arzneimittel grundsätzlich erlaubt (Art. 31 HMG). Dieser Grundsatz erfährt jedoch bei Arzneimitteln, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen, eine wichtige Einschränkung. Publikumswerbung ist für sie unzulässig (Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG); erlaubt ist hingegen die Fachwerbung, die sich ausschliesslich an Personen richtet, die diese Arzneimittel verschreiben oder abgeben (Art. 31 Abs. 1 lit. a HMG). Das Verbot der Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel soll unter anderem sicherstellen, dass die verschreibende Person nicht durch Patienten, die unter dem Eindruck der Werbung stehen, beeinflusst wird, sondern sie sich bei ihrem Entscheid allein von ihrem Sachwissen leiten lässt

(vgl. Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 1. März 1999, BBl 1999 S. 3518; Urteil 2A.63/2006 vom 10. August 2006, E. 3.5.4). Aus dem gleichen Grund dürfen Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, bzw. Organisationen, die solche Personen beschäftigen, für die Verschreibung oder die Abgabe eines Arzneimittels keine geldwerten Vorteile verlangen oder annehmen, und es dürfen ihnen auch keine solchen Vorteile gewährt, angeboten oder
versprochen werden (Art. 33 Abs. 1 und 2 HMG). Das heilmittelrechtliche Verbot, für verschreibungspflichtige Arzneimittel gegenüber dem Publikum zu werben, dient dem Schutz der Gesundheit (BGE 129 V 32 E. 6.4.1 S. 48).

Als Arzneimittelwerbung gelten gemäss Art. 2 lit. a der Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittelwerbung (AWV; SR 812.212.5) alle Massnahmen zur Information, Marktbearbeitung und Schaffung von Anreizen, welche zum Ziel haben, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf, den Verbrauch oder die Anwendung von Arzneimitteln zu fördern. Richten sich diese Massnahmen an das Publikum, liegt Publikumswerbung vor (Art. 2 lit. b AWV). Informationen allgemeiner Art über die Gesundheit oder über Krankheiten stellen keine Werbung dar, soweit sie sich weder direkt noch indirekt auf bestimmte Arzneimittel beziehen (Art. 1 Abs. 2 lit. c AWV).
5.
Nach Auffassung der Vorinstanz liegt in der mit der "LoveCard" unternommenen Rabattaktion eine Massnahme zur Absatzförderung, die als Arzneimittelwerbung zu qualifizieren ist. Ausserdem sei in der Information auf dem Internet teils direkt und teils indirekt auf das Kontrazeptivum Yasmin® Bezug genommen worden, weshalb die Aktion als unzulässige Publikumswerbung erscheine. Die Beschwerdeführerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die mit der "LoveCard" ermöglichte Rabattgewährung sei zulässig und die darüber erfolgten Angaben stellten lediglich eine Information und keine Werbung dar. Ausserdem sei die Information auf dem Internet nur an Medienschaffende gerichtet gewesen und könne deshalb nicht als Publikumswerbung bezeichnet werden. Schliesslich bejahe die Vorinstanz zu Unrecht eine Handlungseinheit zwischen der Rabattgewährung und der fraglichen Medieninformation.
6.
Nach den vorinstanzlichen Feststellungen orientierte die Beschwerdeführerin einerseits die Fachpersonen über die Einführung der "LoveCard" und die damit verbundenen Preisvorteile beim Kauf des Kontrazeptivums Yasmin®; anderseits stellte sie über die neu lancierte Rabattkarte eine Medieninformation ins Internet, die frei zugänglich war und darauf hinwies, dass junge Frauen bis zum 20. Altersjahr bei vielen Frauenärztinnen und -ärzten die kostenlose "LoveCard" erhielten. Diese berechtige die Inhaberin, eine Verhütungspille der neuen Generation zu beziehen, welche dank dem naturnahen synthetischen Hormon Drospirenon sehr sicher sei und unerwünschte Wirkungen der Menstruation ausmerzen könne. In einer Fussnote wurde das Präparat Yasmin® ausdrücklich genannt. Überdies erwähnte die Medieninformation, dass mit der "LoveCard" jede vierte Monatspackung kostenlos bezogen werden könne.

7.
Die Beschwerdeführerin bestreitet den Werbecharakter der "LoveCard" und betont, dass diese nur eine buchhalterische Funktion erfülle, indem sie die Kontrolle der abgegebenen Pillen ermögliche. Da die "LoveCard" erst nach der Verschreibung abgegeben werde, könne ihr auch keine absatzfördernde Wirkung im Sinne von Art. 2 lit. a AWV zukommen.

Diese Argumentation übergeht, dass schon die Rabattkarte selber so aufgemacht ist (Design, Namensgebung, Formulierung), dass von ihr eine Werbewirkung ausgeht. Es wird bewusst darauf abgezielt, dass die jungen Frauen, welche die Vergünstigung erhalten, anderen Personen davon erzählen und für das Produkt werben. Die "LoveCard" selber enthält denn auch den Hinweis, dass die 4. Packung kostenlos bezogen werden kann. Nicht erheblich ist, dass sich dieser Hinweis dem Text auf der Karte zufolge an den Arzt oder Apotheker richtet; denn er wird ohne weiteres auch vom Laien verstanden. Im Übrigen werden die jungen Frauen an anderer Stelle in der "LoveCard" direkt angesprochen und ermuntert, die Karte vorzuweisen, um "Ihre Pille Yasmin® zu einem vergünstigten Jahres-Preis" zu erhalten.

Der Werbezweck der "LoveCard" wird zusätzlich unterstrichen durch die Medieninformation vom 5. April

2006. Sie erwähnte ausdrücklich das neue Präparat Yasmin® und erläuterte ebenfalls, dass es mit der "LoveCard" vergünstigt bezogen werden könne. Auch wenn sich diese Information laut dem Text ausdrücklich an die Medienschaffenden richtete, war sie auf dem Internet für jedermann zugänglich und verständlich. Es trifft wohl zu, dass die Medienmitteilung ebenfalls Fachinformationen enthielt, die der Laie nicht ohne weiteres begreift und in Erinnerung behält. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sie zumindest auch darauf ausgerichtet war, den Absatz des Kontrazeptivums Yasmin® zu fördern und daher einen werbenden Charakter hatte.

Unter diesen Umständen geht auch der Einwand der Beschwerdeführerin fehl, die Einführung der "LoveCard" und die Medieninformation hätten von der Vorinstanz nicht als Einheit beurteilt werden dürfen. Offenkundig diente die Medieninformation dazu, die "LoveCard" bekannt zu machen und den werbenden Charakter, der bereits ihr allein zukommt, zu verstärken. Umgekehrt erscheint nicht entscheidend, dass die Medienmitteilung später von den Webseiten der Beschwerdeführerin entfernt wurde. Die beabsichtigte Bekanntmachung der "LoveCard" und die Werbewirkung für die Pille Yasmin® waren in diesem Zeitpunkt bereits erzielt.

Die Vorinstanz qualifiziert daher die Rabattaktion mit der "LoveCard" und die auf das Internet gestellte Medieninformation vom 5. April 2006 zu Recht als Arzneimittelwerbung.
8.
Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Medieninformation habe sich nicht an das breite Publikum gerichtet und stelle deshalb keine - gemäss Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG unzulässige - Publikumswerbung im Sinne von Art. 2 lit. b AWV dar. Sie sei klar als Information für Medienschaffende gekennzeichnet gewesen. Das Internet unterscheide sich zudem wesentlich von den übrigen Medien. Es biete lediglich "nachgefragte Information" und sei daher mit der "aufgedrängten Information" - etwa mit der Verteilung von Broschüren oder unerbetenen Zusendungen - nicht vergleichbar.

Art. 15 AWV listet verschiedene Arten von Publikumswerbung auf. Er nennt nach den Anzeigen in Zeitungen, Zeitschriften und Büchern, Prospekten, Plakaten, Rundbriefen usw. (lit. a) sowie der Werbung auf Gegenständen (lit. b) namentlich Anpreisungen mittels Einsatzes audiovisueller Mittel und anderer Bild-, Ton- und Datenträger und Datenübermittlungssysteme, "wie zum Beispiel im Internet" (lit. c). Die Werbung im Internet wird damit jener in Printmedien, im Radio, Fernsehen oder Kino grundsätzlich gleichgestellt (vgl. auch Valérie Junod, La publicité pour les médicaments, SZW 2005 S. 238). Der Verordnungsgeber sieht demnach mit Blick auf die Publikumswirksamkeit den Umstand, dass im Internet die Information nachgefragt werden müsse und Werbung daher von vornherein nicht aufgedrängt werde, nicht als entscheidend an. Tatsächlich erscheint das Internet heute als allgemein zugängliches Medium, das ähnlich wie Radio und Fernsehen oder die Printmedien genutzt wird.

Von Publikumswerbung kann bei Verwendung des Internets gleich wie beim Einsatz anderer Medien nur gesprochen werden, wenn die fragliche Veröffentlichung allgemein zugänglich und verständlich ist. Zulässige Fachwerbung richtet sich demgegenüber lediglich an Ärzte, Apotheker, Drogisten und weitere Personen, die zur Abgabe von Arzneimitteln berechtigt sind (Art. 2 lit. c und Art. 3 AWV). Das Institut verlangt, dass bei Verwendung des Internets der Zugang zur Fachwerbung mit einem Passwort geschützt wird. Die Zulassungsinhaberin habe dabei sicherzustellen, dass das Passwort ausschliesslich an Fachpersonen erteilt werde. Auch Medienmitteilungen mit werbenden Inhalten erachtet das Institut nur dann nicht als Publikumswerbung, wenn der Zugang die Eingabe eines Passworts erfordert (Journal Swissmedic 8/2006 S. 797 und 799). Es kann an dieser Stelle offen bleiben, ob die allgemeine Zugänglichkeit nur mit einem Passwort wirksam eingeschränkt werden kann. Es steht jedenfalls fest, dass die Medieninformation der Beschwerdeführerin vom 5. April 2006 auf dem Internet allgemein zugänglich war und - mit Bezug auf das Kontrazeptivum Yasmin® - auch für jedermann verständlich abgefasst war. Unerheblich erscheint unter diesen Umständen, dass die Veröffentlichung als Medienmitteilung gekennzeichnet war.
Die Vorinstanz sieht in der erwähnten Medienmitteilung daher zu Recht eine unzulässige Publikumswerbung. Zutreffend erklärt sie zudem, dass bereits die Abgabe der "LoveCard" an junge Frauen diese Qualifikation verdiene, weil durch den Informationsaustausch unter ihnen ein breites Publikum erreicht werde.
9.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die bundesgerichtlichen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Parteientschädigungen werden nicht geschuldet (vgl. Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien sowie der Eidgenössischen Rekurskommission für Heilmittel (p.A. Bundesverwaltungsgericht) schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 9. Mai 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: