Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.787/2006 /bru

Urteil vom 13. Juni 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

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

Parteien
GlaxoSmithKline AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Philipp Straub,

gegen

Swissmedic, Schweizerisches Heilmittelinstitut,
Eidgenössische Rekurskommission für Heilmittel, p.A. Bundesverwaltungsgericht.

Gegenstand
Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG (Verbot der indirekten Werbung für Imigran und Naramig),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für Heilmittel vom 17. November 2006.

Sachverhalt:
A.
Die GlaxoSmithKline AG vertreibt in der Schweiz die beiden verschreibungspflichtigen Arzneimittel Imigran und Naramig. Sie sind für die Indikation "Zur akuten Behandlung von Migräneanfällen mit oder ohne Aura" zugelassen. Sie enthalten als Wirkstoffe Triptane. Auf ihrer Website www.migraene.ch veröffentlichte die GlaxoSmithKline AG im Jahre 2005 zwei Beiträge mit den Überschriften "Migräne in den Ferien" und "Migräne & Sport". Darin wird auf die Behandlungsmöglichkeit mit Triptanen hingewiesen. Das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic (im Folgenden: Institut) verbot der GlaxoSmithKline AG unter Strafandrohung am 10. März 2006, die beiden genannten Beiträge in der Form, wie sie am 10. Juli 2005 auf der erwähnten Website abrufbar waren, weiter zu veröffentlichen.

Die Eidgenössische Rekurskommission für Heilmittel (im Folgenden: Rekurskommission) wies am 17. November 2006 die Beschwerde, welche die GlaxoSmithKline AG gegen diesen Entscheid ergriffen hatte, ab.
B.
Die GlaxoSmithKline AG beantragt dem Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 28. Dezember 2006, es sei der Entscheid der Rekurskommission vom 17. November 2006 in dem Umfang aufzuheben, als er den Artikel "Migräne & Sport" betreffe und das vom Institut ausgesprochene Verbot der Publikation dieses Artikels bestätige.
C.
Das Institut beantragt die Abweisung der Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht hat als Nachfolgeorganisation der Rekurskommission auf eine Vernehmlassung verzichtet.
D.
Der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hat der Beschwerde am 18. Januar

2007 die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der angefochtene Entscheid erging vor dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) am 1. Januar 2007. Gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG richtet sich das Verfahren daher noch nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; BS 3 531).
2.
2.1 Der von der Vorinstanz beanstandete Artikel über Migräne und Sport beginnt mit der Feststellung, dass die Anstrengung bei der sportlichen Betätigung einen typischen "Trigger" für einen Anfall bilde. An Migräne leidende Personen würden deshalb in kritischen Situationen auf Sport verzichten. Als Mittel zur Vorbeugung kämen für Sportler sog. Beta-Blocker nicht in Frage, da sie die körperliche Leistungsfähigkeit so stark einschränkten, dass die Freude am Sport verloren gehe. Als Ersatz böten sich vorläufig vor allem Magnesiumpräparate in geeigneter Dosierung an. Anschliessend enthält der Artikel die folgende Passage:
"Ist ein Anfall aber bereits im Gang, soll zum frühesten möglichen Zeitpunkt ein Mittel zur Migräne-Anfallsbehandlung angewendet werden. Wenn gewöhnliche Schmerzmedikamente erfahrungsgemäss nicht ausreichen, ist der Einsatz von Triptanen angezeigt."
Schliesslich wird ausgeführt, dass bei einem Anfall auch sofortige Ruhe nötig sei, eine Krise manchmal schon durch eine stark gemässigte Aktivität abgewendet werden könne und die regelmässige sportliche Freizeitbetätigung längerfristig durchaus einen positiven Einfluss auf die Häufigkeit von Migräneanfällen habe.
2.2 Die Vorinstanz erblickt in der wörtlich zitierten Passage eine indirekte Werbung für die beiden Triptane enthaltenden Arzneimittel Imigran und Naramig, die gemäss Art. 32 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21) unzulässig sei. Die Beschwerdeführerin kritisiert diese Auffassung. Sie macht geltend, der zitierte Textteil schaffe keinen Bezug zu verwendungsfertigen Arzneimitteln, und es komme ihm auch kein werbender oder absatzfördernder Charakter zu. Das verfügte Publikationsverbot bewirke ausserdem eine unverhältnismässige Einschränkung der Informations- und Wirtschaftsfreiheit (Art. 16 und 27 BV).
3.
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 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 sicherstellen, dass die verschreibende Person nicht durch Patienten, die unter dem Eindruck der Werbung stehen, beeinflusst wird, sondern sich bei ihrem Entscheid allein von ihrem Sachwissen leiten lässt (Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 1. März 1999, BBl 1999 S. 3518). 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). Es soll insoweit auch vermeiden, dass Laien gestützt auf Aussagen aus der Werbung Krankheiten, die einer ärztlichen Diagnose und Therapie bedürfen, selber mit rezeptpflichtigen Medikamenten behandeln, die sie ohne Arzt - etwa im Ausland oder aus Restbeständen bei Bekannten - erlangen (Urteil 2A.63/2006 vom 10. August 2006, E. 3.5.4, publ. in: sic! 2007 S. 134; Ursula Eggenberger Stöckli, Arzneimittel-Werbeverordnung, Bern 2006, N. 5 zu Art. 14).

Da die Werbung für Arzneimittel den Schutz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) geniesst, stellt das in Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG aufgestellte Verbot eine Einschränkung dieses Grundrechts dar. Sie erscheint jedoch im Lichte von Art. 36 BV durch den damit bezweckten Schutz der Gesundheit gerechtfertigt und auch verhältnismässig (erwähntes Urteil 2A.63/2006, E. 3.5.5, sic! 2007 S. 134). Abgesehen davon ist das Bundesgericht an die Bestimmungen in Bundesgesetzen gebunden (Art. 190 BV). Die Beschwerdeführerin macht zwar zu Recht geltend, dass bei der Auslegung von Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG dem Gehalt der Wirtschaftsfreiheit und - soweit

am Rand nicht kommerzielle Informationen miterfasst werden - auch der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) Rechnung zu tragen ist (vgl. BGE 125 I 417 E. 3b S. 421 f.). Doch schliesst dies nicht aus, ebenfalls die Werbung, die nur indirekt auf bestimmte Arzneimittel Bezug nimmt, zu untersagen, da andernfalls das Werbeverbot leicht unterlaufen werden könnte (vgl. nachfolgende E. 4). Was die Beschwerdeführerin unter diesem Gesichtspunkt vorbringt, richtet sich denn auch weniger gegen diese Auslegung, sondern vor allem gegen die Beurteilung des von ihr publizierten Artikels aufgrund der
massgebenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen, die nachstehend zu prüfen ist.
4.
4.1 Als Arzneimittelwerbung gelten 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 (Art. 2 lit. a der Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittelwerbung [AWV; SR 812.212.5]). 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).
4.2 Nach Auffassung der Vorinstanz nimmt der von der Beschwerdeführerin veröffentlichte Artikel über Migräne und Sport indirekt Bezug auf die von ihr vertriebenen Medikamente Imigran und Naramig. Für den interessierten Leser des Artikels sei es ohne weiteres möglich, die triptanhaltigen Arzneimittel der Beschwerdeführerin im Internet oder anderswo herauszufinden. Die Vorinstanz verweist dabei auf das hier bereits erwähnte Urteil des Bundesgerichts 2A.63/2006 (auszugsweise publ. in sic! 2007 S. 129 ff.), in dem die Aussage in einer Broschüre, dass bei mittlerer oder starker Migräne eine Behandlung mit Triptanen angezeigt sei, ebenfalls als indirekte Werbung für triptanhaltige Präparate gewürdigt wurde. Die Beschwerdeführerin bestreitet an sich nicht, dass ihr Artikel einen indirekten Bezug zu den von ihr vertriebenen triptanhaltigen Produkten herstellt. Sie macht jedoch geltend, der fragliche Text enthalte lediglich Informationen allgemeiner Art über Migräne und ihre Behandlung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. c AWV und keine Werbung im Sinne von Art. 2 lit. a AWV.
5.
Werbung für Arzneimittel wird oft mit bestimmten Informationen verknüpft, welche den Anwendungsbereich und die Vorzüge des Produkts hervortreten lassen. Art. 2 lit. a AWV erwähnt als Werbemittel denn auch ausdrücklich die Information, die auf die Förderung des Absatzes von Medikamenten gerichtet ist. Demgegenüber fallen nach Art. 1 Abs. 2 lit. c AWV lediglich Informationen allgemeiner Art über die Gesundheit oder über Krankheiten, die sich weder direkt noch indirekt auf bestimmte Arzneimittel beziehen, nicht unter den Begriff der Werbung. Aufgrund des Wortlauts der genannten Bestimmung könnte geschlossen werden, dass die Information, die einen direkten oder indirekten Bezug zu einem bestimmten Medikament schafft, stets als Werbung gilt. Eine solche Folgerung geht jedoch zu weit. Wird an prominenter Stelle eines Textes oder in werbendem Ton auf bestimmte Arzneimittel oder darin enthaltene Wirkstoffe Bezug genommen, lässt dies zwar den sachbezogenen Charakter einer Information in den Hintergrund treten und ist in der Regel eine absatzfördernde Massnahme im Sinne von Art. 2 lit. a AWV zu bejahen. Doch macht die Beschwerdeführerin zu Recht geltend, dass die Erwähnung eines Arzneimittels oder seiner Wirkstoffe allein nicht in jedem
Fall bereits den Werbecharakter des betreffenden Texts zu begründen vermag. Andernfalls wäre eine auch sachliche Information über einzelne Medikamente und ihre Wirkstoffe nicht mehr möglich.

Wo die Grenze zwischen erlaubter Information allgemeiner Art und der unzulässigen Information mit Werbecharakter verläuft, lässt sich nicht in abstrakter Weise bestimmen, sondern hängt von den gesamten Umständen des Einzelfalls ab (erwähntes Urteil 2A.63/2006, E. 3.6.4, sic! 2007 S. 135; Ursula Eggenberger Stöckli, a.a.O., N. 16 zu Art. 2). Aus diesem Grund kann den Kriterien, anhand derer das Institut nach den Ausführungen in ihren Rechtsschriften die Abgrenzung vornehmen will, kein abschliessender Charakter zukommen. Doch handelt es sich dabei um Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung im Einzelfall zu berücksichtigen sind. So leuchtet ein, dass eine Information umso eher als zulässig erscheint, je vollständiger und sachlicher sie die medikamentösen Therapien zur Behandlung einer Krankheit darstellt. Umgekehrt spricht es für den werbenden Charakter einer Information, wenn sie einzelne Medikamente oder ihre Wirkstoffe heraushebt und ihre Vorzüge in ein besonders günstiges Licht rückt (vgl. auch Sylvia Schüpbach, Arzneimittelwerbung: Migränebroschüre als unzulässige Publikumswerbung, Jusletter vom 29. Januar 2007 Rz. 20).
6.

Der beanstandete Artikel über Sport und Migräne erwähnt neben verschiedenen Informationen allgemeiner Art als Medikamente zur Migränevorbeugung sog. Beta-Blocker, die sich jedoch für Sportler nicht eigneten, sowie als Ersatz Magnesiumpräparate. Weiter nennt er als Mittel zur Behandlung von Migräneanfällen die Wirkstoffe der Triptane, wenn gewöhnliche Schmerzmedikamente nicht mehr genügten. Auf die Triptane wird nur in einem Satz hingewiesen.
Es geht zu weit, wenn die Vorinstanz der Darstellung im erwähnten Artikel, die eine gewisse Breite aufweist und verschiedene Behandlungsmöglichkeiten der Migräne erwähnt, kurzerhand die Sachlichkeit und Objektivität abspricht. Allerdings werden im Artikel die Triptane dadurch in den Vordergrund gerückt, dass sie bei Migräneanfällen als letztes Mittel für den Fall empfohlen werden, dass die gewöhnlichen Schmerzmedikamente nicht ausreichen (vgl. hierzu im Übrigen erwähntes Urteil 2A.63/2006, E. 3.6.6 und 3.6.7, sic! 2007 S. 135 f.). Es wird auch nicht auf die Notwendigkeit einer ärztlichen Beratung vor dem Einsatz der triptanhaltigen Arzneimittel hingewiesen. Die Vorinstanz durfte ausserdem berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin gleichzeitig mit dem beanstandeten noch einen weiteren Artikel mit dem Titel "Migräne in den Ferien" veröffentlichte, in dem an prominenter Stelle ebenfalls Triptane zur Behandlung empfohlen werden. In Betracht fällt ferner, dass die Beschwerdeführerin den Beitrag über Sport und Migräne mit ihrem Firmensignet versah und dadurch für den Durchschnittsleser eine Verbindung zu ihrer Produktepalette schuf.

Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen zum Schluss gelangt, beim fraglichen Artikel überwiege der werbende Charakter, erscheint dies zwar streng, aber nicht bundesrechtswidrig. Nach dem Gesagten ist entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin sowohl von einer Absatzförderungseignung als auch -absicht auszugehen, soweit es auf Letzteres überhaupt ankommt (vgl. Urteil 2A.63/2006, E. 3.7.2 und 3.7.3, sic! 2007 S. 136). Da sich der Text unbestrittenermassen an das Publikum richtete (vgl. Art. 2 lit. b AWV), ist die Bejahung eines Verstosses gegen Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG nicht zu beanstanden.
7.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

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.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien sowie dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 13. Juni 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: