

# **BVGer C-3035/2022 vom 8. Juni 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-06-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-3035\\_2022\\_d20220608](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-3035_2022_d20220608)

FR: TAF C-3035/2022 du 8 juin 2022

IT: TAF C-3035/2022 del 8 giugno 2022

## **Regeste**

Werbung | Heilmittelgesetzgebung, Arzneimittelwerbung, Verfügung der Swissmedic vom 8. Juni 2022. Entscheid angefochten beim BGer.

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Anfechtungsobjekt und damit Begrenzung des Streitgegenstandes des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1) bildet die Verfügung vom 8. Juni 2022, mit der die Vorinstanz unter Strafandrohung jede weitere Veröffentlichung des Artikels mit dem Titel «...» verboten und die Entfernung der online Version desselben angeordnet hat.

### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e VGG; Art. 68 Abs. 2 HMG). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung, weshalb sie zur Erhebung der Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Da die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss innert Frist geleistet wurde (Art. 63 Abs. 4 VwVG), ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 1.3**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG oder das HMG nichts anderes bestimmen (Art. 37 VGG; Art. 84 Abs. 1 HMG). Dabei finden nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln in formell-rechtlicher Hinsicht mangels anderslautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich diejenigen Rechtsätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2).

### **E. 2.1**

In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und der daraus fließenden Begründungspflicht geltend, weil die Vorinstanz der Medienfreiheit viel zu wenig Beachtung geschenkt habe.

### **E. 2.2**

Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Sie muss wenigstens kurz die wesentlichen Überlegungen nennen,

von denen sie sich hat leiten lassen (BGE 142 I 135 E. 2.1; 136 I 229 E. 5.2).

C-3035/2022 Seite 6 Die Behörde kann sich dabei auf die für den Entscheid zentralen Punkte beschränken, soweit die Begründung so abgefasst ist, dass sich die betroffene Person über dessen Tragweite Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 142 II 49 E. 9.2; 138 I 232 E. 5.1; 136 I 229 E. 5.2).

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung dargelegt, weshalb der in Frage stehende Artikel als unzulässige Information mit Werbecharakter zu qualifizieren sei und daher in den Anwendungsbereich der heil- mittelrechtlichen Werbebestimmungen falle. Im Weiteren hat sie – wenn auch nur kurz – festgehalten, dass die Einschränkung der verfassungs- rechtlich garantieren Medienfreiheit durch die verfügten Verwaltungs- massnahmen gerechtfertigt sei. Weder legt die Beschwerdeführerin dar noch ist ersichtlich, dass der vorinstanzliche Entscheid infolge ungenügender Be- gründung nicht sachgerecht hätte angefochten werden können. Eine Ge- hörsverletzung liegt nicht vor.

### **E. 3.1**

In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, ein redaktioneller Beitrag über ein Arzneimittel, welcher nicht auf einer Absicht zur Absatzförderung beruhe, stelle keine Werbung dar. Beim in Frage stehenden Artikel handle es sich um einen rein redaktionellen In- formations- und Erfahrungsbericht ohne subjektive Absicht zur Absatzför- derung. Gemäss Art. 16 Abs. 3 AWV sei ein redaktioneller Beitrag von Wer- bung strikt zu trennen und es bestehe eine Vermutung zugunsten von re- daktionellen Beiträgen, dass darin keine werberische Absicht und somit keine Werbung enthalten sei. Des Weiteren erweise sich die Praxis der Vorinstanz zu den Kriterien der Vollständigkeit, Ausgewogenheit und Sach- lichkeit unter den Gesichtspunkten der Kommunikationsgrundrechte, des Willkürverbots nach Art. 9 BV und der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV als zu rigide und unzulässig. Schliesslich verletze das Publikati- onsverbot die hoch zu gewichtende Medienfreiheit nach Art. 17 BV.

### **E. 3.2**

Demgegenüber führt die Vorinstanz zusammengefasst aus, der bean- standete Artikel richte sich an das breite Publikum und sei aufgrund der Art und Weise, wie das verschreibungspflichtige Arzneimittel X. \_\_\_\_\_ im Gesamtkontext dargestellt werde, als «Information mit Werbecharakter» einzustufen, weil er die Kriterien der Vollständigkeit, Sachlichkeit und Aus- gewogenheit nicht erfülle. Der Artikel sei zudem geeignet, das Konsumver- halten der betroffenen Patientinnen und Patienten zu beeinflussen. Somit

C-3035/2022 Seite 7 liege ein Verstoss gegen das Werbeverbot nach Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG vor. Die Darstellung des Arzneimittels X. \_\_\_\_\_ erwecke zudem den An- schein, es handle sich um einen redaktionellen Beitrag, und verstosse da- her gegen Art. 21 Abs. 1 Bst. c AWV. Ferner sei sie als irreführend gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a HMG zu qualifizieren und verleite zu einem unzuweck- mässigen Einsatz (Art. 32 Abs. 1 Bst. b HMG). Abschliessend hält die Vor- instanz fest, dass die Voraussetzung gemäss Art. 36 BV für eine Ein- schränkung der Medienfreiheit erfüllt seien.

### **E. 4**

März 2016 E. 4.3.4 m.w.H.).

#### **E. 4.1**

In materiell-rechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechts- sätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 146 V 364 E. 7.1; 144 V 210 E. 4.3.1). Da umstritten ist, ob der am (...) 2021 publi- zierte Artikel mit dem Titel «...» gegen die Bestimmungen über die Arznei- mittelwerbung verstösst, sind vorliegend das HMG sowie die AWW in der zu diesem Zeitpunkt jeweils geltenden Fassung anwendbar.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 118 Abs. 1 BV trifft der Bund im Rahmen seiner Zustän- digkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit. Er erlässt unter ande- rem Vorschriften über den Umgang mit Heilmitteln (vgl. Art. 118 Abs. 2 BV). Darüber hinaus ist der Bund verpflichtet, Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten zu treffen (Art. 97 BV). Der Bund ver- fügt über eine umfassende Rechtsetzungszuständigkeit zur Regelung des Verkehrs mit Heilmitteln. Die genannten Verfassungsbestimmungen be- zwecken den Schutz der öffentlichen und individuellen Gesundheit sowie den Schutz vor Täuschung (vgl. Botschaft vom 1. März 1999 zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG], BBl 1999 III 3453, 3592).

#### **E. 4.3**

Das Heilmittelgesetz soll zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier gewährleisten, dass nur qualitativ hochstehende, sichere und wirk- same Heilmittel in Verkehr gebracht werden (Art. 1 Abs. 1 HMG). Es soll zudem Konsumentinnen und Konsumenten von Heilmitteln vor Täuschung schützen und dazu beitragen, dass die in Verkehr gebrachten Heilmittel ihrem Zweck entsprechend massvoll verwendet werden (Art. 1 Abs. 2 Bst. a und b HMG).

#### **E. 4.4**

Grundsätzlich zulässig ist Werbung für alle Arten von Arzneimitteln, so- fern sie sich ausschliesslich an Personen richtet, die diese Arzneimittel

C-3035/2022 Seite 8 verschreiben oder abgeben (Art. 31 Abs. 1 Bst. a HMG; Fachwerbung). Ebenfalls zulässig ist Publikumswerbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel (Art. 31 Abs. 1 Bst. b HMG).

#### **E. 4.5**

Gemäss Art. 32 Abs. 1 HMG ist jegliche Werbung unzulässig, die irre- führend ist oder der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widerspricht (Bst. a); die zu einem übermässigen, missbräuchlichen oder unweckmäs- sigen Einsatz von Arzneimitteln verleiten kann (Bst. b); oder für Arzneimit- tel, die weder national noch kantonal in Verkehr gebracht werden dürfen. In Art. 32 Abs. 2 HMG wird sodann die Publikumswerbung eingeschränkt, also Werbung, die sich an die Öffentlichkeit wendet (vgl. BBl 1999 III 3453, 3518). Nach Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG ist namentlich Publikumswerbung unzulässig für Arzneimittel, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen.

#### **E. 4.6**

Gestützt auf Art. 31 Abs. 2 und 3 HMG hat der Bundesrat die Arznei- mittel-Werbeverordnung erlassen, welche die Fach- und Publikumswer- bung für verwendungsfertige Arzneimittel der Human- und Veterinärmedi- zin regelt (Art. 1 Abs. 1

AWV).

#### **E. 4.6.1**

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 Bst. a AWV). Als Publikumswerbung gilt Arzneimittelwerbung, welche sich an das Publikum richtet (Art. 2 Bst. b AWV). Darunter fallen unter anderem Anzeigen in Zeitungen, Zeitschriften und Büchern, Prospekte, Plakate, Rundbriefe usw. (Art. 15 Bst. a AWV), ferner Werbung mittels elektronischer Medien wie namentlich das Internet (vgl. Art. 15 Bst. c AWV; Heilmittelverordnungspaket IV, Erläuterungen zur Änderung der Verordnung über die Arzneimittelwerbung [Arzneimittel-Werbeverordnung, AWV], September 2018, S. 10 und 12). Als Fachwerbung gilt Arzneimittelwerbung, die sich an zur Verschreibung, Abgabe oder zur eigenverantwortlichen beruflichen Anwendung von Arzneimitteln berechnete Fachpersonen richtet (Art. 2 Bst. c AWV).

#### **E. 4.6.2**

Demgegenüber werden Informationen allgemeiner Art über die Gesundheit oder über Krankheiten nicht vom Geltungsbereich der Arzneimittelverordnung erfasst, sofern sich diese weder direkt noch indirekt auf bestimmte Arzneimittel beziehen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c AWV).

C-3035/2022 Seite 9

#### **E. 4.7**

In der Rechtsprechung wird der Begriff der Arzneimittelwerbung so ausgelegt, dass darunter sämtliche absatzfördernden Massnahmen fallen, die geeignet sind, eines der gesundheitspolizeilichen Interessen (z.B. Täuschungsschutz; Sicherstellung einer fachlich richtigen, ausgewogenen und ausreichenden Information der Patientinnen und Patienten; Schutz davor, dass die Konsumentinnen und Konsumenten sowie Fachpersonen durch aufdringliche, übertriebene oder aus anderen Gründen unzulässige Bewerbung zu einem übermässigen, missbräuchlichen oder unzweckmässigen Einsatz von Arzneimitteln verleitet werden könnten) zu verletzen (Urteil des BVGer C-1080/2022 vom 26. September 2024 E. 4.1.3.1 m.H. auf Urteile des BVGer C-5490/2015 vom 28. März 2017 E. 6.2 und C-3090/2014 vom

#### **E. 4.7.1**

Dem heilmittelrechtlichen Werbebegriff liegt das Kriterium der sogenannten Absatzförderung zugrunde. Diesem kommt im Heilmittelrecht wesentlicher Charakter zur Abgrenzung von Werbung und rein sachlicher respektive werbefreier Information zu. Hinsichtlich einer Absatzförderung ist es hingegen nicht von Belang, dass die fragliche Werbemassnahme tatsächlich zu einer (faktischen) Absatzförderung führt. Das Abzielen auf eine Änderung des Konsumverhaltens des Adressaten ist für sich bereits ausreichend, um in den Anwendungsbereich des Werberechts zu führen. Auch erfolglose beziehungsweise ergebnislose Werbung ist und bleibt unter diesem Aspekt Werbung. Es ist von einer durch das angesprochene Publikum objektivierte Beurteilung auszugehen. Für die Annahme von Werbung sind vor allem die wesentlichen aus der Information fließenden Wirkungen relevant. Der hinter einer Informationsmassnahme stehende Wille (d.h. die subjektive Komponente) hinsichtlich der Absatzförderung kann situativ als

Abgrenzungskriterium für die Unterscheidung zwischen Werbung und werbefreier Information herangezogen werden. Umgekehrt vermag ein fehlender werbender Wille eine an sich werblich wirkende Massnahme nicht zu einer werbefreien Information umzugestalten, sodass diesfalls gleichsam die heilmittelrechtlichen Werbevorschriften anwendbar bleiben müssen (Urteil des BVGer C-2987/2021 vom 2. September 2024 E. 5.2.2.2 mit zahlreichen Hinweisen).

#### **E. 4.7.2**

Eine Tätigkeit ist dann als Arzneimittelwerbung zu qualifizieren, wenn eine Vielzahl von Personen durch bestimmte Massnahmen beeinflusst wird respektive wenn Anreize geschaffen werden, die dazu führen sollen, dass diese Personen ihr Konsumverhalten ändern und beispielsweise ein Arzneimittel anderen Präparaten vorziehen. Selbst die blosser Information über Wirkung, Anwendung oder Verfügbarkeit von Arzneimitteln stellt eine

C-3035/2022 Seite 10 Werbung dar, wenn sie bestimmt und geeignet ist, das Konsumverhalten zu beeinflussen (vgl. VPB 67.134 E. 4.1.2; Urteile C-2987/2021 E. 5.2.1; C-1080/2022 E. 4.1.3.1; C-5490/2015 E. 6.4.1; Urteil des BVGer C-4698/2015 vom 11. Dezember 2017 E. 7.5).

#### **E. 4.7.3**

Wird eine ärztliche Dienstleistung beworben, die verbunden mit der Verabreichung eines bestimmten Präparates oder von Präparaten mit einem bestimmten Wirkstoff erbracht wird, kann darin ebenfalls eine Werbung für dieses Präparat bzw. für Präparate mit diesem Wirkstoff erblickt werden. Je nach dem Gesamteindruck liegt auch dann Publikumswerbung für ein Arzneimittel vor, wenn nicht die Herstellerin oder Vertreiberin des Präparates, sondern eine Drittperson eine Absatzsteigerung ermöglicht – und zwar unabhängig davon, ob diese beabsichtigt ist oder nicht (Urteile des BVGer C-2798/2020 vom 27. August 2021 E. 5.9; C-1795/2009 vom 17. Oktober 2011 E. 3.4; vgl. dahingehend auch Urteil des BGer 2A.63/2006 vom 10. August 2006 E. 3.7.2).

#### **E. 4.8**

Hinsichtlich des Begriffs der Information allgemeiner Art über die Gesundheit oder über Krankheiten kann aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 Bst. c AWV jedenfalls nicht geschlossen werden, dass eine Information, die einen direkten oder indirekten Bezug zu einem bestimmten Medikament schafft, stets als Werbung zu gelten hat. Andernfalls wäre eine auch sachliche Information über einzelne Medikamente und ihre Wirkstoffe nicht mehr möglich. Wird jedoch an prominenter Stelle eines Textes oder in werbendem Ton auf bestimmte Arzneimittel oder darin enthaltene Wirkstoffe Bezug genommen, lässt dies den sachbezogenen Charakter einer Information in den Hintergrund treten und ist in der Regel eine absatzfördernde Massnahme im Sinne von Art. 2 Bst. a AWV zu bejahen (vgl. Urteil des BGer 2A.787/2006 vom 13. Juni 2007 E. 5).

#### **E. 4.9**

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 Einzelfalles ab (Urteil C-2987/2021 E. 5.2.2.1 m.w.H.). Es ist auf den Gesamteindruck abzustellen, der durch eine Information respektive Werbung entsteht, wobei der zeitliche Rhythmus, die Art des (Werbe-)Me-

diums oder etwa die Darstellung zu berücksichtigen sind (Urteile C-1080/2022 E. 3.7.2; C-1795/2009 E. 3.4 m.H. auf URSULA EGGENBER- GER STÖCKLI, Arzneimittel-Werbeverordnung, Bern 2006, Art. 2 AWW Rz. 47 ff.). Es gibt keine abschliessende Aufzählung der Kriterien für die Abgrenzung von Werbung respektive Informationen allgemeiner Art.

C-3035/2022 Seite 11 Neben dem Kriterium der Absatzförderung können als weitere Abgrenzungskriterien auch die von der Vorinstanz herangezogenen Kriterien der Vollständigkeit, Sachlichkeit und Ausgewogenheit berücksichtigt werden. Denn eine Information erscheint nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung umso eher als zulässig, je vollständiger, sachlicher und ausgewogener 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. Urteil 2A.787/2006 E. 5; Urteil des BGer 2A.63/2006 E. 4.1). Wer Informationen zu Krankheiten und deren Therapiemöglichkeiten veröffentlichen will, ist gehalten, dies werbeneutral zu tun. Das bedeutet vor allem, dass Therapien vollständig darzustellen sind, und dass keine einzelne weiter ausgeführt oder sogar empfohlen werden darf. Therapieentscheidungen obliegen dem Arzt oder der Ärztin (vgl. SYLVIA SCHÜPBACH, Arzneimittelwerbung: Migränebroschüre als unzulässige Publikumswerbung, in: Jusletter vom 29. Januar 2007).

### **E. 5.1**

Der streitgegenständliche Artikel wurde in der Zeitung der Beschwerdeführerin sowie auf ihrer Webseite publiziert und richtet sich damit an eine breite Leserschaft, mithin an das Publikum. Im Artikel werden der Name des Arzneimittels, dessen Wirkstoff sowie die Zulassungsinhaberin ausdrücklich genannt. Damit wird unmittelbar und eindeutig Bezug auf das Arzneimittel X. \_\_\_\_\_ genommen. Bei X. \_\_\_\_\_ handelt es sich um ein (verwendungsfertiges) Arzneimittel, welches verschreibungspflichtig ist (Einteilung in die Abgabekategorie B; vgl. Art. 23 f. HMG; Art. 42 der Verordnung über die Arzneimittel vom 21. September 2018 [Arzneimittelverordnung, VAM, SR 812.212.21]; < [www.swissmedic.ch](http://www.swissmedic.ch) > Services und Listen > Listen und Verzeichnisse > Humanarzneimittel > Zugelassene Arzneimittel, abgerufen am 26.02.2025). Publikumswerbung für das verschreibungspflichtige Arzneimittel X. \_\_\_\_\_ ist von Gesetzes wegen unzulässig (Art. 31 Abs. 1 Bst. b HMG e contrario sowie Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG). Eine an das Publikum gerichtete Berichterstattung über das verschreibungspflichtige Arzneimittel X. \_\_\_\_\_, wie sie im vorliegend umstrittenen Artikel erfolgt ist, ist folglich nur zulässig, wenn sie als Information allgemeiner Art im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. c AWW zu qualifizieren ist. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

### **E. 5.2**

Der Geltungsbereich der arzneimittelrechtlichen Werbebestimmungen ist weit gefasst und erstreckt sich grundsätzlich auf jegliche

C-3035/2022 Seite 12 Arzneimittelwerbung, unabhängig davon, wer ihr Urheber ist (vgl. Art. 31 f. HMG; Art. 1 AWW; Urteil des BVer C-546/2010 vom 14. Oktober 2013 E. 3.2 a.E.). Nach der Rechtsprechung können auch Aussagen Dritter ungeachtet ihrer Absicht je nach Gesamteindruck Publikumswerbung darstellen (vgl. vorstehende E. 4.7.3). Damit fällt auch die im Pressewesen tätige Beschwerdeführerin in den Geltungsbereich der arzneimittelrechtlichen Werbebestimmungen.

### **E. 5.3**

Im umstrittenen Artikel wird anhand der persönlichen Erfahrungen der Journalistin ein Überblick über das Krankheitsbild der Migräne, deren ökonomische Auswirkungen sowie die erst seit wenigen Jahren intensivere Erforschung der Krankheit berichtet. Auch bei der kurzen Darstellung der Therapien wird ein direkter Bezug zu den persönlichen Erfahrungen der Journalistin gemacht. So habe auch sie selbst den schulmedizinischen Behandlungskatalog «durchexerziert», jedoch alle Therapien «mangels Wirksamkeit oder aufgrund zu starker Nebenwirkungen früher oder später abbrechen [müssen] – bis der [Wirkstoff] B.\_\_\_\_\_ zugelassen [worden sei]». Dieser Wirkstoff, «der unter dem Marktnamen X.\_\_\_\_\_ geführt [werde], [sei] eine Revolution in der Migräne-Behandlung – und auch in [ihrem] Leben» gewesen. Denn ihre Migräne-Attacken hätten sich gedrittelt «und das ohne Nebenwirkungen». Als einziger Haken werden die hohen Kosten sowie die aufgrund der Limitierung in der Spezialitätenliste erschwerte Zugänglichkeit für die Patienten angeführt. Abschliessend berichtet die Journalistin von ihrem Glück, dass ihre Behandlung gesichert sei, dies dank der Intervention ihres Neurologen bei der Krankenversicherung.

#### **E. 5.3.1**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin aus dem Hinweis auf andere Presseartikel über X.\_\_\_\_\_ bzw. andere verschreibungspflichtige Arzneimittel nichts für sich ableiten kann. Vorliegend ist einzig die Rechtmässigkeit des beanstandeten Artikels zu beurteilen. Wie es sich mit der Gesetzeskonformität anderer Presseartikel verhält, bildet nicht Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens.

#### **E. 5.3.2**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gibt es keine Vermutung zugunsten von redaktionellen Beiträgen, dass sie keine Werbung enthalten. Nur weil ein Artikel als redaktioneller Beitrag gestaltet oder bezeichnet ist, muss er nicht zwingend als solcher qualifiziert werden. Für die Abgrenzung zwischen Informationen allgemeiner Art im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. c AWV und Arzneimittelwerbung kommt es vielmehr auf den Inhalt an. Denn entscheidend ist der Gesamteindruck, der durch einen an das Publikum gerichteten Beitrag entsteht (vgl. vorstehende E. 4.9).

C-3035/2022 Seite 13

#### **E. 5.3.3**

Die Art und Weise, wie über die Therapien von Migräne im Allgemeinen und über das Arzneimittel X.\_\_\_\_\_ im Besonderen berichtet wird, erweckt bei der durchschnittlichen Leserschaft, insbesondere der von Migräne betroffenen Leserschaft, grosse Hoffnung auf ein neues Arzneimittel mit hoher Wirksamkeit und (vermeintlich) ohne Nebenwirkungen. Hinzu kommt, dass der Bericht der Journalistin in einer renommierten Zeitung mit grosser Reichweite eine erhöhte Glaubwürdigkeit genießt, sodass bei der Leserschaft die persönlichen Erfahrungen der Journalistin ein besonderes Vertrauen in ihren Bericht erwecken. Aufgrund der Koppelung der persönlichen, im Ergebnis unbefriedigenden Erfahrungen der Journalistin mit den bisher verfügbaren Therapien einerseits und der durchwegs positiven Erfahrungen mit dem neuen Arzneimittel andererseits werden die Vorzüge von X.\_\_\_\_\_ hervorgehoben und in ein besonders günstiges Licht gerückt. Es wird der Eindruck vermittelt, das neue Arzneimittel habe nach einem langen Leidensweg schliesslich eine grosse Erleichterung gebracht. So wird X.\_\_\_\_\_ nicht nur als

«Revolution in der Migräne-Behandlung» bezeichnet, sondern auch als Revolution im Leben der Journalistin.

#### **E. 5.3.4**

Der Bericht über das neue Arzneimittel X.\_\_\_\_\_ fällt im Vergleich zu den bisher verfügbaren schulmedizinischen Therapien derart positiv aus, dass er objektiv geeignet ist, das Konsumverhalten der insbesondere von Migräne betroffenen Leserschaft zu beeinflussen. Die Darstellung von X.\_\_\_\_\_ als revolutionäres, wirksames Arzneimittel ohne Nebenwirkungen schafft Anreize, dieses Arzneimittel anderen vorzuziehen und bei der behandelnden Ärzteschaft aktiv nachzufragen. Der Arzt soll jedoch nicht als Folge der Publikumswerbung irgendeinem Druck seiner Patienten, das beworbene Präparat zu verschreiben, ausgesetzt werden (Urteil 2A.63/2006 E. 3.5.4). Gerade um dies zu verhindern, hat der Gesetzgeber die Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel mit Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG ausdrücklich verboten. Denn solche Werbung kann ihre Wirkung nur entfalten, indem die Patientin oder der Patient die verschreibende Person beeinflusst. Diese soll aber die Entscheidungen nicht aufgrund von Werbung, sondern von Sachwissen treffen (vgl. BBl 1999 III 3453, 3518; Urteil C-1795/2009 E. 3.3). Das heilmittelrechtliche Verbot, für verschreibungspflichtige Arzneimittel gegenüber dem Publikum zu werben, dient dem Schutz der Gesundheit. Es soll insoweit auch vermieden werden, dass Laien gestützt auf werbend wirkende Aussagen 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 (vgl. Urteil 2A.787/2006 E. 3).

C-3035/2022 Seite 14

#### **E. 5.3.5**

Aus dem als persönlicher Erfahrungsbericht gestalteten Artikel geht eine deutliche Präferenz für das neue Arzneimittel X.\_\_\_\_\_ hervor. Die durchwegs positive Erfahrung der Journalistin mit X.\_\_\_\_\_ erweckt bei der Leserschaft den Eindruck, dass dieses neuartige Medikament den bisher verfügbaren schulmedizinischen Therapien überlegen sei und dies sogar ohne Nebenwirkungen. Es mag zutreffen, dass X.\_\_\_\_\_ in der konkreten Situation der Journalistin die Behandlung erster Wahl ist. Doch gerade im Kontext dieser persönlichen Erfahrungen wird die Berichterstattung über X.\_\_\_\_\_ einseitig. Zwar findet sich der Hinweis, wonach laut befragtem Neurologen die individuellen Therapien auf drei Säulen beruhen. Im Anschluss beschreibt die Journalistin ihre persönliche Therapie jedoch als ein Durchexerzieren des schulmedizinischen Katalogs, die mit dem Arzneimittel X.\_\_\_\_\_ ein scheinbar erfolgreiches Ende gefunden habe. In der Folge wird nur noch in positiver Weise über dieses neuartige Arzneimittel berichtet. So wird – weil bei der Journalistin selbst nicht eingetreten – mit keinem Wort auf die durchaus möglichen, teils sogar schwerwiegenden Nebenwirkungen hingewiesen (vgl. Fach- und Patienteninformation zu X.\_\_\_\_\_, einsehbar unter [www.compendium.ch](http://www.compendium.ch), abgerufen am 26.02.2025). Gerade das Verschweigen von nachteiligen Eigenschaften wie etwa unerwünschte Nebenwirkungen hat das Bundesgericht bereits einmal im Zusammenhang mit einer an das Publikum gerichteten Broschüre mit dem Titel «Kopfschmerzen oder Migräne? – Ein Ratgeber» beanstandet (vgl. Urteil 2A.63/2006 E. 3.6.6). Auch wird die Therapie mit X.\_\_\_\_\_ nicht in den Kontext der je nach konkreter Situation der Betroffenen unterschiedlichen Therapieindikationen gestellt (vgl. dazu DIE-

NER/FÖRDERREUTHER/KROPP, Therapie der Migräneattacke und Prophylaxe der Migräne, S1-Leitlinie, 2022, einsehbar unter [https://register.awmf.org/assets/guidelines/030-0571\\_S1\\_Therapie-der-Migraeneattacke-Prophylaxe-der-Migraene\\_2024-06.pdf](https://register.awmf.org/assets/guidelines/030-0571_S1_Therapie-der-Migraeneattacke-Prophylaxe-der-Migraene_2024-06.pdf), abgerufen am 26.02.2025). Entsprechend fällt der Artikel einseitig aus und lässt infolgedessen die für Informationen allgemeiner Art über die Gesundheit oder über Krankheiten erforderliche Ausgewogenheit und Sachlichkeit missen. Im Kontext des vorliegenden persönlichen Erfahrungsberichts erhält die positive und einseitige Darstellung des neuartigen Arzneimittels X.\_\_\_\_\_ einen werbenden Ton, sodass der sachbezogene Charakter der Informationen in den Hintergrund tritt.

### **E. 5.3.6**

Das Heilmittelgesetz bezweckt gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. a HMG ausdrücklich auch den Schutz der Konsumenten vor Täuschung. Namentlich soll verhindert werden, dass der Konsument falsche Erwartungen beispielsweise an die Qualität, die Wirksamkeit, die Zusammensetzung oder

C-3035/2022 Seite 15 die Unbedenklichkeit eines Heilmittels hat (Urteil des BGer 2A\_607/2005 vom 23. Juni 2006 E. 2.1). Aus Gründen der Produktsicherheit gilt bei der Heilmittelwerbung nicht nur das Täuschungsgebot, sondern auch ein Informationsgebot über die wesentlichen Eigenschaften und Wirkungen der Heilmittel (vgl. Urteil 2A\_607/2005 E. 5.2). Die vorbehaltlose, positive Darstellung des Arzneimittels X.\_\_\_\_\_ verbunden mit der persönlichen Erfahrung der Journalistin der wirksamen und nebenwirkungsfreien und folglich unbedenklichen Anwendung ist jedoch durchaus geeignet, diesbezüglich beim Konsumenten falsche Erwartungen zu wecken. Gerade bei der konkret von Migräne betroffenen Leserschaft mit einem ähnlichen Erfahrungshintergrund kann das Bedürfnis entstehen, das genannte Arzneimittel ebenfalls erhältlich zu machen. Dies umso mehr, als der Artikel als einzigen Nachteil nur die hohen Kosten sowie die erschwerte Zugänglichkeit nennt, jedoch keine Hinweise zu den gemäss Fach- und Patienteninformation möglichen Nebenwirkungen, allfälligen Kontraindikationen und der erforderlichen Begleitung durch einen auf dem Gebiet der Migränebehandlung erfahrenen Arzt oder Ärztin enthält. Der fragliche Artikel läuft daher dem von der Heilmittelgesetzgebung verfolgten Gesundheits- und Täuschungsschutz sowie dem Informationsgebot zuwider. Entsprechend kann nicht von einer vollständigen, sachlichen und ausgewogenen Berichterstattung die Rede sein.

### **E. 5.3.7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus dem beanstandeten Artikel im Vergleich zu den bisher bestehenden Therapien der Migräne eine deutliche, persönliche Präferenz der Journalistin für das neuartige Arzneimittel X.\_\_\_\_\_ hervorgeht. X.\_\_\_\_\_ wird damit in ein besonders günstiges Licht gerückt und es entsteht der Gesamteindruck, dass es anderen Therapien überlegen ist. Im Kontext eines persönlichen Erfahrungsberichts fällt die Information über das Arzneimittel X.\_\_\_\_\_ einseitig aus und erhält einen werbenden Ton. Infolgedessen erweist sich der Artikel weder als vollständig noch sachlich oder ausgewogen. Die Art und Weise, wie der Artikel verfasst ist, ist daher objektiv geeignet, das Konsumverhalten der Leserschaft zu beeinflussen und die Nachfrage bei den behandelnden Ärzten zu steigern. Bei dieser Sachlage bleibt schliesslich unerheblich, welche subjektive Absicht mit dem Artikel bezweckt worden ist, zumal ein fehlender absatzfördernder bzw. werbender Wille den vorliegend werbend wirkenden Artikel ohnehin

nicht zu einer werbefreien Information umgestalten kann (vgl. vorstehende E. 4.7.1). Im Ergebnis hinterlässt der in Frage stehende Artikel beim durchschnittlichen Leser einen werbend wirkenden Gesamteindruck und kann daher nicht mehr als blosser Information allgemeiner Art im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. c AWV qualifiziert werden. Es liegt folglich

C-3035/2022 Seite 16 ein Verstoß gegen das absolute Verbot der Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG vor.

#### **E. 5.4**

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine Prüfung, ob der beanstandete Artikel auch im Sinne von Art. 32 Abs. 1 HMG unzulässig ist. Denn Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Medikamente ist per se unzulässig (Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG). Es ist daher nicht von Belang, ob solche Publikumswerbung überdies irreführend, der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widerspricht oder zu einem übermässigen, missbräuchlichen oder unzweckmässigen Einsatz von Arzneimitteln verleiten kann.

#### **E. 5.5**

Schliesslich ist auch der Eventualantrag der Beschwerdeführerin, nur die als rechtswidrig qualifizierten Passagen des beanstandeten Artikels zu löschen, abzuweisen. Der werbende Charakter des vorliegend beanstandeten Artikels ergibt sich aus dem Gesamteindruck, welcher bei der durchschnittlichen Leserschaft hinterlassen wird. Aufgrund dieser gesamthaften Würdigung hat sich der Inhalt des Artikels in der konkreten Form und Darstellung als unzulässig erwiesen. Es ist daher nicht zu bestanden und auch folgerichtig, dass die Vorinstanz jede weitere Veröffentlichung des beanstandeten Artikels verboten und dessen Entfernung auf der Webseite angeordnet hat (vgl. Art. 66 Abs. 2 Bst. a und f HMG). Im Übrigen ist es weder Aufgabe der Vorinstanz noch des Gerichts, korrigierend in die Redaktion eines Presseartikels einzugreifen. Das Publikationsverbot beschränkt sich lediglich auf den konkret vorliegenden Artikel. Damit steht es der Beschwerdeführerin nach wie vor offen, unter Einhaltung der heilmittelrechtlichen Werbebestimmungen auf andere Art und Weise über das verschreibungspflichtige Arzneimittel X.\_\_\_\_\_ zu berichten.

#### **E. 6**

Zu prüfen bleibt, ob die vorinstanzlichen Anordnungen gegen verfassungsmässige Rechte verstossen. Die Beschwerdeführerin rügt namentlich die Verletzung der Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV.

##### **E. 6.1**

Die Anordnungen der Vorinstanz beruhen auf dem in Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG verankerten gesetzlichen Verbot der Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel in Verbindung mit Art. 66 Abs. 2 Bst. f HMG und damit auf einer bundesgesetzlichen Grundlage. Wie dargelegt, hält die angefochtene Verfügung vor der bundesrechtlichen Heilmittelgesetzgebung stand. Gemäss dem Anwendungsgebot nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze für das Bundesverwaltungsgericht massgebend, sodass C-3035/2022 Seite 17 die Rüge betreffend Grundrechtsverletzung von vornherein nicht durchdringen kann (vgl. auch Urteil 2A.607/2005 E. 7).

##### **E. 6.2**

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass das Verbot eines Artikels mit werbendem Charakter, der gegen das Publikumsverbot nach Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG verstösst, auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 36 BV) zulässig ist.

### **E. 6.2.1**

Art. 17 BV schützt die Medienfreiheit. Diese Freiheit gewährleistet ebenso Art. 10 EMRK, obschon sie darin nicht ausdrücklich erwähnt wird. Nach Art. 17 Abs. 1 BV ist die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen gewährleistet. Gemäss Art. 17 Abs. 2 BV ist Zensur verboten und nach Art. 17 Abs. 3 BV ist das Redaktionsheimnis gewährleistet. Die Medienfreiheit gehört zu den zentralen Ausprägungen des allgemeinen Grundrechts der freien Meinungsäusserung. Normativer Kern der Medienfreiheit ist die Sicherung des ungehinderten Nachrichtenflusses und des freien Meinungsaustauschs. Geschützt ist die Recherchetätigkeit der Journalisten zur Herstellung von Medienerzeugnissen und zu deren Verbreitung in der Öffentlichkeit. Einschränkungen dieses Grundrechts sind ebenfalls zulässig, bedürfen aber einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Art. 10 Ziff. 1 EMRK statuiert die «Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden». Die Medienfreiheit gilt auch im Rahmen der EMRK nicht schrankenlos. Vielmehr kann die Realisierung einer pluralistischen Information im Sinne von Art. 10 Ziff. 1 EMRK unter den Voraussetzungen von dessen Ziffer 2 eine staatliche Intervention rechtfertigen oder gebieten (vgl. BGE 150 IV 65 E. 7.2.2 m.w.H.).

### **E. 6.2.2**

Das vorliegende zu prüfende Publikationsverbot beruht auf einer formell-gesetzlichen Grundlage. Das gestützt auf Art. 118 Abs. 2 BV im Arzneimittelrecht gesetzlich verankerte öffentliche Interesse des gesundheitspolizeilichen Schutzes des Publikums und dessen Schutz vor Täuschung und Irreführung geht den Interessen der freien publizistischen Veröffentlichung und Verbreitung vor. Das Verbot jeder weiteren Veröffentlichung des hier in Frage stehenden rechtswidrigen Werbeatikels sowie dessen Entfernung von der Webseite der Beschwerdeführerin sind folglich durch das überwiegende öffentliche Interesse am Gesundheitsschutz gerechtfertigt. Die angeordneten Massnahmen sind sodann geeignet, die überwiegenden gesundheitspolizeilichen Interessen durchzusetzen. Sie erweisen sich

C-3035/2022 Seite 18 aufgrund des gesundheitsgefährdenden Potenzials des fraglichen Artikels auch als erforderlich. Der Kerngehalt der Medienfreiheit wird durch das Publikationsverbot für einen bestimmten Artikel nicht tangiert. Auch das zum Kerngehalt der Medienfreiheit gehörende Zensurverbot gemäss Art. 17 Abs. 2 BV, verstanden als die planmässige, systematische vorgängige Kontrolle durch eine (Verwaltungs-)Behörde (sog. Vorzensur; vgl. Urteil des BGer 2C\_60/2018 vom 31. Mai 2019 E. 6.2; CHRISTOPHER-RASS/DAVID RECHSTEINER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 1–72, 4. Aufl. 2023, Art. 17 BV N 51 und 89 f.) wird nicht verletzt. Schliesslich kann auch nicht die Rede sein von einer sog. Nachzensur im Sinne einer systematischen nachträglichen Kontrolle, die unmittelbar nach der Veröffentlichung erfolgt und mit der eine vergleichbare Wirkung erzielt wird wie mit einer Vorzensur (vgl. CHRISTOPHER-RASS/DAVID RECHSTEINER, a.a.O., Art. 17 BV N 94).

## **E. 7**

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde abzuweisen.

## **E. 8.1**

Die auf Fr. 5'000.– festzusetzende Verfahrenskosten sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 4bis Bst. a VwVG). Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

## **E. 8.2**

Der Beschwerdeführerin ist bei diesem Verfahrensausgang keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die obliegende Vorinstanz hat ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Für das Dispositiv wird auf die nächste Seite verwiesen.

C-3035/2022 Seite 19

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