

# **BVGer C-4944/2022 vom 29. Februar 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-02-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-4944\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-4944_2022)

FR: TAF C-4944/2022 du 29 février 2024

IT: TAF C-4944/2022 del 29 febbraio 2024

## **Regeste**

Marktüberwachung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e VGG; Art. 68 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 [Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21]). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich grundsätzlich nach dem VwVG (Art. 31 VGG). 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 (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht und der Kostenvorschuss innert Frist geleistet wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 58 VwVG kann die Vorinstanz bis zu ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen (Abs. 1). Die Beschwerdeinstanz setzt die Behandlung der Beschwerde fort, soweit diese durch die neue Verfügung der Vorinstanz nicht gegenstandslos geworden ist (Abs. 3 erster Satzteil).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin hat sich nicht dazu vernehmen lassen, ob die Vorinstanz mit der Wiedererwägungsverfügung vom 14. Juni 2023 vollumfänglich den in der Beschwerde gestellten Begehren entsprochen hat. Es ist daher zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin weiterhin ein Rechtsschutzinteresse an der Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens hat.

### **E. 2.3**

Anlass zur Eröffnung des Verwaltungsmassnahmeverfahrens durch die Swissmedic bildeten im Wesentlichen die Inhalte auf der öffentlich zugänglichen Webseite der Beschwerdeführerin. Nach Erhalt des Vorbescheids vom 2. September 2022 entfernte die Beschwerdeführerin als Sofortmassnahme die beanstandeten Inhalte bzw. stellte diese offline, mit Ausnahme der Geschäftsberichte (vgl. SM-act. pag. 21). Nach Erhalt der Verfügung vom 27. September 2022 entfernte sie auch die kritisierten Geschäftsberichte von der Webseite (vgl. BVGer-act. 1 S. 5). In der Wiedererwägungsverfügung hat die Vorinstanz auf Antrag der Beschwerdeführerin (vgl. BVGer-act. 9 S. 6, 11 f.) in Ziffern 1 bis 7 des Dispositivs die beanstandeten Inhalte aufgelistet, wozu sich die Beschwerdeführerin nicht weiter geäussert hat. Zudem hat die Vorinstanz festgestellt, die

beanstandeten Inhalte seien entfernt und der rechtmässige Zustand sei wiederhergestellt worden. Entsprechend besteht diesbezüglich kein Rechtsschutzinteresse mehr an der Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens und dieses ist insofern gegenstandslos geworden.

#### **E. 2.4**

Sodann wurde das in der Verfügung vom 27. September 2022 ausgesprochene Verbot des Vertriebs von gewissen Präparaten ausserhalb des bewilligten klinischen Versuchs in Ziffer 8 des Dispositivs der Wiedererwägungsverfügung vom 14. Juni 2023 mit der Feststellung ersetzt, dass sich der Verdacht nicht manifestiert hat. Damit hat die Vorinstanz den erhobenen Vorwurf wieder fallen gelassen und das Beschwerdeverfahren ist auch in diesem Punkt gegenstandslos geworden.

#### **E. 2.5**

Anders verhält es sich mit der sowohl in der Verfügung vom 27. September 2022 also auch in der Wiedererwägungsverfügung vom 14. Juni 2023 auf Fr. 1'600.- festgesetzten Gebühr für das Verwaltungsverfahren. Die Beschwerdeführerin hat bereits mit ihrer Beschwerde vom 28. Oktober 2022 die Rückerstattung der bereits bezahlten Gebühr verlangt (BVGer-act. 1 S. 12 f.). Des Weiteren hat sie in ihren Stellungnahmen vom 31. Januar 2023 und 1. Februar 2023 zum zweiten Vorbescheid vom 20. Dezember 2022 gegen die in Aussicht gestellte Gebühr von Fr. 1'600.- opponiert (vgl. BVGer-act. 9 inkl. Beilage). Demzufolge ist das Beschwerdeverfahren in diesem Punkt nicht gegenstandslos geworden, weshalb es insofern fortzusetzen ist.

##### **E. 2.5.1**

In der Wiedererwägungsverfügung vom 14. Juni 2023 hat die Vorinstanz diesbezüglich ausgeführt, die Gebühr für die Bearbeitung dieses Verfahrens werde nach dessen Abschluss festgesetzt. Für die Bearbeitung seien bis zum Erlass der Verfügung vom 27. September 2022 8 Stunden aufgewendet worden, was Gebühren von Fr. 1'600.- verursacht habe, welche der Beschwerdeführerin auferlegt würden. Für die Durchführung des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens würden keine weiteren Gebühren auferlegt (BVGer-act. 14 Beilage S.13).

##### **E. 2.5.2**

Gemäss Art. 65 Abs. 1 Satz 1 HMG erhebt namentlich die Swissmedic Gebühren für ihre Bewilligungen, Kontrollen und Dienstleistungen. In der Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über seine Gebühren (GebV-Swissmedic, SR 812.214.5) werden die Gebühren festgelegt, die Swissmedic für Zulassungen, Bewilligungen, Kontrollen und Dienstleistungen erhebt (Art. 1 Abs. 1 GebV-Swissmedic). Gemäss Art. 3 Abs. 1 GebV-Swissmedic muss eine Gebühr bezahlen, wer eine Verwaltungshandlung veranlasst. Art. 4 GebV-Swissmedic sieht vor, dass die Gebühren nach festen Gebührensätzen gemäss den Anhängen 1 und 2 oder nach Aufwand bemessen werden (Abs. 1); der Stundenansatz für die Gebühr nach Aufwand beträgt Fr. 200.- (Abs. 2).

##### **E. 2.5.3**

Die Vorinstanz hat im ersten Vorbescheid vom 2. September 2022 ausdrücklich festgehalten, für die bisherige Bearbeitung seien 8 Stunden aufgewendet worden (SM-act. pag. 9). Angesichts dessen, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin Anlass zur Eröffnung des Verwaltungsverfahrens gegeben hat, rechtfertigt es sich mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GebV-Swissmedic ihr den bis zu jenem Zeitpunkt verursachten Aufwand

aufzuerlegen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin freiwillig die von der Vorinstanz beanstandeten Inhalte auf ihrer Webseite bereinigt hat, zumal dies erst nach Erhalt des Vorbescheids vom 2. September 2022 bzw. der darauffolgenden Verfügung vom 27. September 2022 erfolgt ist. Anzumerken bleibt, dass die Vorinstanz für den weiteren Aufwand keine zusätzlichen Gebühren erhoben und insbesondere auf eine Gebühr für die Durchführung des Wiedererwägungsverfahrens verzichtet hat (BVGer-act. 14 Beilage S. 13).

### **E. 3**

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

### **E. 4.1**

Unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs sowie des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien sind die Verfahrenskosten auf Fr. 2'100.- festzusetzen (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Bst. a des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

#### **E. 4.1.1**

Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliegt sie nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (vgl. Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Bestimmung derjenigen Partei, welche die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bewirkt hat, erfolgt nach materiellen Kriterien. Zu fragen ist also nach dem materiellen Grund für das formelle Verhalten, und insofern ist es unerheblich, wer die Prozesshandlung vornimmt, welche zur Abschreibung des Verfahrens führt (vgl. Urteil des BGer 2C\_564/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.4). Zieht die Vorinstanz ihren Entscheid in Wiedererwägung, gilt sie deshalb nur dann als im Sinne von Art. 5 VGKE unterliegend, wenn sie ihren Entscheid aus besserer eigener Erkenntnis abgeändert hat und nicht dann, wenn sie dies tut, weil die Gegenpartei den Umstand beseitigt hat, der Anlass zum Einschreiten gegeben hat (Moser, et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, S. 299 Rz. 4.56).

#### **E. 4.1.2**

Vorliegend hat die Vorinstanz mit ihrer Wiedererwägungsverfügung im Wesentlichen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands festgestellt und der Beschwerdeführerin die Kosten für das Verwaltungsverfahren auferlegt. Während das Beschwerdeverfahren in der Sache gegenstandslos geworden ist, war es im Kostenpunkt weiterzuführen (vgl. vorstehende E. 2.3 ff.). Mit Blick auf das von der Vorinstanz gerügte Verhalten der Beschwerdeführerin ist zu beachten, dass diese bereits nach Erhalt des ersten Vorbescheids vom 2. September 2022 die von der Vorinstanz beanstandeten Inhalte auf ihrer Webseite entfernt hat, mit Ausnahme der betroffenen Geschäftsberichte, die erst nach Erlass der Verfügung vom 27. September 2022 ebenfalls entfernt worden sind. Somit war der rechtmässige Zustand vor Erlass der Verfügung vom 27. September 2022 zwar weitgehend, aber nicht vollständig wiederhergestellt. Entsprechend hat die Vorinstanz zu einem überwiegenden Teil die Gegenstandslosigkeit bewirkt. Hinsichtlich der Kosten für das

Verwaltungsverfahren ist die Beschwerdeführerin unterlegen.

#### **E. 4.1.3**

Mit Blick auf den Verfahrensausgang wird der teilweise unterliegenden Beschwerdeführerin ein Drittel der auf Fr. 2'100.- festgesetzten Verfahrenskosten, mithin Fr. 700.-, auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. Der Restbetrag von Fr. 4'300.- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zurückzuerstatten.

#### **E. 4.1.4**

Der teilweise unterliegenden Vorinstanz können gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt werden.

#### **E. 4.2**

Die teilweise obsiegende, anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. VGKE Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung zu Lasten der Verwaltung. Die Parteientschädigung für Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei, wobei unnötiger Aufwand nicht entschädigt wird (vgl. Art. 8 VGKE). Die Kosten der Vertretung umfassen gemäss Art. 9 Abs. 1 VGKE insbesondere das Anwaltshonorar, die Auslagen sowie die Mehrwertsteuer für diese Entschädigungen, soweit eine Steuerpflicht besteht. Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen, wobei der Stundenansatz mindestens 200 und höchstens 400 Franken beträgt (Art. 10 Abs. 1 und 2 VGKE).

#### **E. 4.2.1**

Gemäss Kostenaufstellung vom 1. Februar 2022 wird ein Vertretungsaufwand von Fr. 9'683.10 (22.75 Stunden zu Fr. 380.-, 4 % Auslagenpauschale Fr. 345.80, 7.7 % Mehrwertsteuer Fr. 692.30) geltend gemacht (BVGer-act. 9 Beilage).

#### **E. 4.2.2**

Praxisgemäss liegt der Stundenansatz in vergleichbaren Fällen bei Fr. 280.- bis Fr. 300.- (vgl. Abschreibungsentscheid des BVGer C-1394/2022, C-2013/2022, C-2019/2022 vom 14. Juli 2022 E. 3.5.6 m.H. auf Urteile C-5919/2013 vom 25. Januar 2017, C-6325/2013 vom 24. Oktober 2018, C-6560/2014 vom 27. November 2017, C-546/2010 vom 14. Oktober 2013). Der geltend gemacht Stundenansatz von Fr. 380.- ist folglich überhöht und auf Fr. 300.- zu reduzieren.

#### **E. 4.2.3**

Im Zusammenhang mit der Erstellung der 13-seitigen Beschwerdeschrift werden zunächst 6.5 Stunden für «Redaktion und Besprechung mit Klientschaft» sowie 3.5 Stunden für «Review, Redaktion» veranschlagt. Für die abschliessende «Besprechung mit Klientschaft und Finalisierung» werden 2.5 Stunden angeführt. Diese Positionen erscheinen vertretbar und angemessen. Hingegen ist nicht nachvollziehbar, inwiefern zusätzlicher Besprechungs- und Überarbeitungsbedarf notwendig waren, weshalb die Positionen «Besprechung mit Klientschaft, Redaktion» von 2.75 Stunden und «Review, Redaktion, Kommentare für Klientschaft» von 2.5 Stunden nicht zu entschädigen sind. Entsprechend ist der geltend gemachte Stundenaufwand von insgesamt 22.75 Stunden auf 17.5 Stunden (22.75-2.75-2.5)

zu kürzen.

#### **E. 4.2.4**

Die Spesen werden aufgrund der tatsächlichen Kosten ausbezahlt (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 VGKE). Für Kopien können 50 Rappen pro Seite berechnet werden (Art. 11 Abs. 4 VGKE). Die geltend gemachte Kostenpauschale von 4 % im Betrag von Fr. 345.80 kann folglich nicht entschädigt werden. Aufgrund der Akten und insbesondere der jeweils in mehreren Exemplaren auszufertigenden Eingaben erscheint eine Entschädigung für Auslagen in Höhe von Fr. 150.- angemessen.

#### **E. 4.2.5**

Die notwendigen Vertretungskosten der Beschwerdeführerin belaufen sich demnach auf insgesamt Fr. 5'815.80 (17.5 Stunden zu Fr. 300.- zuzüglich Auslagen von Fr. 150.- und Mehrwertsteuer von Fr. 415.80). Mit Blick auf den Verfahrensausgang (teilweises Unterliegen sowie teilweise Gegenstandslosigkeit) ist der Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'877.20 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) zuzusprechen.

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