

# **BVGer C-5800/2010 vom 4. Februar 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-02-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-5800\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5800_2010)

FR: TAF C-5800/2010 du 4 février 2013

IT: TAF C-5800/2010 del 4 febbraio 2013

## **Regeste**

Marktüberwachung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Teilweise angefochten sind die Verfügungen des Instituts vom 4. und 13. August 2010, mit welchen die Vernichtung von zwei an den Beschwerdeführer gerichteten Sendungen mit insgesamt \_\_\_\_\_ Tabletten zweier Präparate, die zur \_\_\_\_\_ eingesetzt werden (Wirkstoffe \_\_\_\_\_ sowie \_\_\_\_\_), angeordnet und dem Beschwerdeführer Verwaltungsgebühren von je Fr. 300.- auferlegt worden sind.

#### **E. 1.1**

Die Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Streitsachen richtet sich nach Art. 31 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32). Danach beurteilt das Gericht insbesondere Beschwerden gegen Verfügungen der Anstalten und Betriebe des Bundes (Art. 33 Bst. e VGG). Da das Institut eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes bildet (Art. 68 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte [HMG SR 812.21]), die angefochtenen Anordnungen ohne Zweifel als Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zu qualifizieren sind und zudem keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer, der als Partei an den vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, ist durch die angefochtenen Verfügungen besonders berührt und hat an deren Aufhebung ein schutzwürdiges Interesse (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Nachdem der Kostenvorschuss von Fr. 400.- innert Frist geleistet worden ist, kann auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde eingetreten werden.

#### **E. 2.1**

Der Anfechtungsgegenstand in einem Beschwerdeverfahren wird durch die angefochtene Verfügung bestimmt. Davon zu unterscheiden ist der Streitgegenstand. Im Bereich der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist der Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, welches - im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes - den aufgrund der Beschwerdebegehren tatsächlich angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (BGE 119 Ib 36 E. 1b mit Hinweisen; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 44 ff.). Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerdeschrift vom 16. August 2010 einzig geltend, ihm dürften keine Verwaltungsgebühren auferlegt werden, da

er die fraglichen Arzneimittelsendungen nicht bestellt und demzufolge den Aufwand des Instituts nicht verursacht habe. Gegen die in den angefochtenen Verfügungen ebenfalls angeordnete Vernichtung der Waren wendet er sich nicht, was er in seiner Replik vom 23. November 2010 explizit zum Ausdruck bringt. Folgerichtig beantragt er nur die Aufhebung der Gebührenaufgabe in Ziff. 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügungen. Der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist damit beschränkt auf die Frage, ob das Institut dem Beschwerdeführer zu Recht eine Verwaltungsgebühr von zweimal Fr. 300.- auferlegt hat. Im Übrigen wurden die Verfügungen vom 4. und 13. August 2010 nicht angefochten. Die Anordnung, dass die fraglichen Sendungen vernichtet werden, ist somit in Rechtskraft erwachsen, so dass deren Rechtmässigkeit vorliegend nicht mehr zu überprüfen ist.

### **E. 2.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des VwVG und des VGG. In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (vgl. etwa BGE 130 V 329 E. 2.3).

### **E. 2.3**

Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 84 Abs. 1 HMG in Verbindung mit Art. 49 VwVG).

### **E. 2.4**

Das Bundesverwaltungsgericht ist nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. Fritz Gygi, a.a.O., S. 212).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, die Auflage einer Verwaltungsgebühr von zweimal Fr. 300.- sei rechtswidrig, da er die verfügten Verwaltungsmassnahmen des Instituts nicht veranlasst habe.

#### **E. 3.1**

Das Institut kann für seine Verwaltungstätigkeiten - insbesondere für den Aufwand im Zusammenhang mit dem Erlass von Verfügungen - Gebühren erheben (Art. 65 Abs. 1 HMG und Art. 1 Bst. a HGebV). Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a HGebV muss eine Gebühr bezahlen, wer eine Verfügung des Instituts veranlasst. Veranlasser im Sinne dieser Bestimmung ist nach ständiger Praxis insbesondere derjenige, welcher durch sein Verhalten (oder durch das Verhalten seiner Hilfspersonen) zumindest den Verdacht einer Gefährdung der öffentlichen Gesundheit heraufbeschwört (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-5894/2010 vom 26. August 2011 E. 6.2 und C-1281/2007 vom 17. September 2007 E. 2.4). Voraussetzung für die Gebührenpflichtigkeit eines Veranlassers ist allerdings, dass er nicht nur behördliches Tätigwerden, sondern die Anordnung von besonderen, in der Regel gegen ihn selbst gerichteten Verwaltungsmassnahmen verursacht (vgl. etwa den

Entscheidung der Eidgenössischen Rekurskommission für Heilmittel [REKO HM] HM 05.117 vom 27. Januar 2006, E. 5.2).

### **E. 3.2**

Vorliegend ist unbestritten, dass die von den Zollbehörden zurückgehaltenen Sendungen an den Beschwerdeführer adressiert waren und an diesen hätten ausgeliefert werden sollen. Dieser Umstand allein vermag allerdings eine Gebührenpflicht des Beschwerdeführers noch nicht zu begründen. Erforderlich ist vielmehr, dass er die versuchte Einfuhr der Waren verursacht hat, die Ware also bestellt hat oder hat bestellen lassen (vgl. Urteil des BVGer C-1281/2007 vom 17. September 2007 E. 2.4).

#### **E. 3.2.1**

Wie das Institut in beiden Verfügungen sowie in der Vernehmlassung zu Recht festhält, ist der Absender der zurückgehaltenen Ware nicht bekannt (vgl. pag. 7-11, 19-23 und 29-35 der Vorakten sowie Beschwerde-act. 7). Da die Präparate lediglich in Blistern ohne die Originalverpackung in neutralen Luftpolstertaschen versandt wurden und der Sendung auch keine Arzneimittelinformation bzw. Warenbeschreibung beilag, ist davon auszugehen, dass sich der Versender der Unrechtmässigkeit des Imports in die Schweiz bewusst gewesen sein dürfte. Nachforschungen betreffend den Absender und damit auch den Besteller sind vorliegend nicht ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich und wenig erfolgsversprechend. Der direkte Beweis der Identität des Bestellers kann unter diesen Umständen nicht erbracht werden, so dass aufgrund der sich aus den Akten ergebenden Indizien zu beurteilen ist, ob der Beschwerdeführer als Veranlasser der fraglichen Verwaltungsmassnahmen des Instituts zu gelten hat. Dabei können aufgrund der Lebenserfahrung auch Wahrscheinlichkeitsfolgerungen getroffen werden (vgl. BGE 130 II 482, E. 3.2 mit Hinweisen). Insbesondere ist das Heranziehen von Erfahrungssätzen zulässig, wenn aus einem bestimmten Sachverhalt nach allgemeiner gefestigter Auffassung, in der weitaus überwiegenden Zahl von Fällen, nur ein einziger Schluss gezogen werden kann (vgl. Christoph Auer, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Rz. 4 zu Art. 12).

#### **E. 3.2.2**

Der Beschwerdeführer hat für seine Behauptung, die Waren nicht bestellt zu haben, keinerlei Beweismittel beigebracht - was allerdings auch kaum möglich gewesen wäre (Beweis einer negativen Tatsache). Im Beschwerdeverfahren hat er trotz ausdrücklicher Aufforderung keine Rezepte seines Hausarztes bezüglich der fraglichen Arzneimittel vorgelegt, sondern geltend gemacht, nie solche konsumiert zu haben. Das Institut legt zwar auch keine Unterlagen zur Bestellung der Ware vor, hält aber fest, dass nach gängiger Geschäftspraxis Arzneimittel nur nach Vorinkasso an den Besteller versandt werden, was im Übrigen für sämtliche Warenbestellungen über das Internet gelte - insbesondere bei Bestellungen im Ausland. Hieraus schliesst die Vorinstanz aufgrund ihrer Erfahrung in einer Vielzahl von Fällen, dass die in Frage stehenden Arzneimittel nicht von Dritten, sei es als Geschenk, als Scherz oder gar als böswillige Belästigung, sondern vom Beschwerdeführer selbst bestellt worden seien.

### **E. 3.3**

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, das weder auf medizinische Unterlagen noch auf sonstige Beweise abstellen kann und aufgrund der vorliegenden Akten zu entscheiden hat, handelt es sich bei der Aussage, die Waren nicht bestellt zu haben und die

Sendungen offenbar falsch adressiert worden seien, um eine unbelegte Schutzbehauptung. Es finden sich in den Akten keinerlei Anzeichen, welche auf eine Bestellung eines Dritten, eine Verwechslung der Adresse oder eine Fehllieferung hindeuten würden. Vielmehr ist festzuhalten, dass der unbekannte Absender über die genaue, korrekte Postadresse des Beschwerdeführers, der nicht im Telefonbuch eingetragen ist (Adresssuche unter [www.weisseseiten.ch](http://www.weisseseiten.ch), zuletzt besucht am 24. Januar 2013), verfügte und den Sendungen keine Rechnung beigelegt war. Zu Recht weist das Institut zudem darauf hin, dass die Einfuhr von \_\_\_\_\_ Arzneimitteln aus dem Ausland aufgrund der höheren Preise in der Schweiz von besonderem Interesse ist. Die \_\_\_\_\_ Tabletten mit dem Wirkstoff \_\_\_\_\_ werden im Internet in den fraglichen Mengen für \_\_\_\_\_ pro Stück angeboten, bei \_\_\_\_\_ Stück also für \_\_\_\_\_ (vgl. etwa [http://www.\\_\\_\\_\\_\\_](http://www._____), zuletzt besucht am 30. Januar 2013); in der Schweiz dagegen wird das vergleichbare Arzneimittel \_\_\_\_\_ im Versandhandel zum Preis von Fr. \_\_\_\_\_ pro Packung à \_\_\_\_\_ Tabletten angeboten, bei \_\_\_\_\_ Stück also für Fr. \_\_\_\_\_ (vgl. etwa [https://www.\\_\\_\\_\\_\\_](https://www._____), zuletzt besucht am 30. Januar 2013). Von Interesse kann die Einfuhr von \_\_\_\_\_ Arzneimitteln aus dem Ausland aber auch aus einem anderen Grund sein: In der Schweiz ist die Abgabe bzw. der Erwerb von Arzneimitteln mit dem Wirkstoff \_\_\_\_\_ nur auf ärztliche Verschreibung hin zulässig (Abgabekategorie B, vgl. [http://www.\\_\\_\\_\\_\\_](http://www._____), zuletzt besucht am 30. Januar 2013; vgl. auch Art. 24 der Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittel [VAM], SR 812.212.21). Der rezeptfreie Erwerb im Ausland mit anschliessendem Import in die Schweiz kann daher auch zur Umgehung der Rezeptpflicht von Interesse sein. Ein solches Vorgehen erscheint als rechtsmissbräuchlich und verdient keinen Rechtsschutz (vgl. den Entscheid der REKO HM 04/075 vom 18. August 2004 E. 3.2).

### **E. 3.4**

Angesichts des relativ hohen Warenwerts beim Einkauf im Ausland kann vorliegend ein Streich oder ein Missbrauch der Adresse durch Personen, denen die Adresse des Beschwerdeführers bekannt ist, ausgeschlossen werden. Ebenso ist bei einem Wert von mehreren hundert Franken auszuschliessen, dass Ware ohne Vorauszahlung an eine nicht kontrollierte Adresse versendet wurde. Beide Pakete wurden zudem mittels eingeschriebener Sendung versandt, was darauf schliessen lässt, dass der Absender sicherstellen wollte, dass die Präparate beim aufgeführten Adressaten ankommen. Das Bundesverwaltungsgericht hält es daher für ausgeschlossen, dass der Name und die Adresse des Beschwerdeführers missbraucht worden sein könnten, ist doch in keiner Weise ersichtlich, welchen Nutzen ein Dritter aus einem derartigen Vorgehen hätte ziehen können. Eine böswillige Belästigung durch einen Dritten ist auszuschliessen, war doch in keiner Weise vorzusehen, dass die Sendungen im Rahmen der stichprobenweisen Prüfung durch die Zollbehörden erfasst und zurückgehalten werden würden. Wie das Institut schliesslich zu Recht betont, bildet der Umstand, dass innerhalb von lediglich zwei Wochen zwei an den Beschwerdeführer adressierte Sendungen mit \_\_\_\_\_ Arzneimitteln durch das Zollinspektorat zurückgehalten wurden, ein weiteres Indiz. Die Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach er nicht unter \_\_\_\_\_ leide und deshalb mangels Bedarf entsprechender Medikamente kein Rezept seines Hausarztes einreichen könne, erweisen sich als unbehelflich, ist doch notorisch, dass \_\_\_\_\_ Präparate wie \_\_\_\_\_ und auf dieselbe Wirkung zielende Generika auch bei Personen, die nicht unter einer \_\_\_\_\_ leiden, zur \_\_\_\_\_ gefragt sind.

### **E. 3.5**

Unter diesen Umständen erachtet es das Bundesverwaltungsgericht als ausreichend erstellt, dass der Beschwerdeführer die Ware bestellt und vorgängig bezahlt hat. Es ist davon auszugehen, dass er die verfügte Verwaltungsmassnahme des Instituts veranlasst hat und daher gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c HGebV gebührenpflichtig ist.

#### **E. 4**

Die Höhe der Gebühr richtet sich im Wesentlichen nach dem Verwaltungsaufwand, der mit Fr. 200.- pro Stunde zu belasten ist (Art. 3 in Verbindung mit Ziff. V Anhang HGebV, in der bis zum 31. Dezember 2012 geltenden Fassung, vgl. E. 2.2 hiervor). Es ist ohne weiteres nachvollziehbar, wenn das Institut geltend macht, dass im vorinstanzlichen Verfahren ein Verwaltungsaufwand von zweimal 1,5 Stunden angefallen sei. Die sich daraus ergebende Gebühr von zweimal Fr. 300.- ist angemessen und entspricht ohne Zweifel den Grundsätzen des Äquivalenz- und des Kostendeckungsprinzips.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Institut dem Beschwerdeführer zu Recht in zwei Verfügungen Verwaltungsgebühren von je Fr. 300.- auferlegt hat. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 6**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

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

Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht setzen sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammen und werden insgesamt, unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung, der finanziellen Lage der Parteien und den involvierten Vermögensinteressen auf Fr. 400.- festgelegt (Art. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE], SR 173.320.2). Sie werden dem unterliegenden Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem bereits geleisteten Verfahrenskostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet.

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

Der obsiegenden Partei kann nach Massgabe ihres Erfolges von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat das Institut allerdings keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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