

Daniel Donauer / Saskia Markiewicz

Ein Überblick zur Arzneimittel-Werberegulierung

Unter besonderer Bezugnahme auf Publikumswerbung sowie Arzneimittelwerbung im Internet

Arzneimittelwerbung liegt eine primär gesundheitspolitische Zielsetzung zugrunde. Werbung dient dabei einerseits als Informationsinstrument in Bezug auf die beworbenen Produkte. Gleichzeitig zielt Werbung auf Absatzförderung ab und schafft so regelmässig (falsche) Anreize in Bezug auf Arzneimittelkonsum und Arzneimittelanwendung, wodurch naheliegenderweise nicht unbedeutende Gefahren für die menschliche Gesundheit resultieren können. Durch die Bestimmungen zur Publikumswerbung soll einigen dieser Gefahren angemessen begegnet werden, jedoch erweist sich deren Anwendung gerade im Bereich des Internets nicht selten als äusserst problematisch.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Heilmittel, Medizinprodukte, Lebensmittel

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Saskia Markiewicz, Ein Überblick zur Arzneimittel-Werberegulierung, in: Jusletter 3. Mai 2021

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Arzneimittelrechtliche Regulierung
 - 2.1. Definition des Arzneimittels
 - 2.2. Verfassungsrecht
 - 2.3. Gesetzes- und Ordnungsrecht
3. Werbung und heilmittelrechtliche Werbevorschriften
 - 3.1. Definition der Werbung im Allgemeinen
 - 3.2. Bedeutung der Werbung für die Pharmabranche und Gegenläufigkeit der Interessen
 - 3.3. Werberechtliche Grundlagen im Arzneimittelkontext
 - 3.3.1. Heilmittelgesetz
 - 3.3.2. Arzneimittelwerbeverordnung
 - 3.3.3. Radio- und Fernsehrecht
 - 3.3.4. Lauterkeitsrecht im Besonderen
 - 3.3.5. Krankenversicherungsrecht
 - 3.4. Bedeutung von Verbandsvorschriften (Soft Law)
4. Werbefreie Informationen und Werbung
 - 4.1. Allgemeine Bemerkungen
 - 4.2. Werbefreie Informationen
 - 4.3. Direkte und indirekte Werbung
 - 4.4. Unternehmensinformationen
 - 4.5. Anfragen
5. Zulässigkeit von Publikumswerbung (im Internet)
 - 5.1. Definition der Publikumswerbung
 - 5.2. Abgrenzung zur Fachwerbung
 - 5.3. Internet als «besonderes» Medium?
 - 5.4. Internet und Werbung – Publikumswerbung vs. Fachwerbung
 - 5.5. Anwendung des Werbebegriffs im Einzelnen
 - 5.5.1. Gestaltung der Internetseite
 - 5.5.2. Zusammengehörigkeit interner Inhalte
 - 5.5.3. Anrechenbarkeit externer Inhalte
6. Abschliessende Bemerkungen

1. Einleitung

[1] Für Verbrauchs- und Gebrauchsgüter (bspw. Lebensmittel, Gebrauchsgegenstände, Kosmetika, Alkohol und Tabak) stellt die Rechtsordnung regelmässig besondere werberechtliche Vorschriften zur Verfügung, welche insbesondere aus gesundheitspolitischer Sicht zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erlassen worden sind, so auch – und vor allem – im Anwendungsbereich des Heilmittelrechts (vgl. Art. 31 f. HMG).¹ Diese Vorschriften weisen in ihrer praktischen Anwendung nicht selten zahlreiche rechtliche Unklarheiten auf. Diesem Umstand ist es mitunter zu verdanken, dass Swissmedic mittlerweile eine Fülle von Publikationen mit präzisierenden Ausführungen zu diversen arzneimittelrechtlichen sowie werberechtsspezifischen Umsetzungsfragen erlassen hat.²

¹ Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000 (SR 812.21).

² Vgl. etwa die Veröffentlichungen zur Publikumswerbung, <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/humanarzneimittel/marktueberwachung/arzneimittelwerbung/publikumswerbung.html> (zuletzt besucht am 11. Februar 2021).

[2] Sinn und Zweck heilmittelrechtlicher Werbevorschriften ist es unter anderem, die Gesundheit der Konsumentinnen und Konsumenten vor Arzneimitteln, namentlich vor übermässigem Arzneimittelkonsum oder falscher Anwendung, zu schützen (vgl. Art. 1 Abs. 1 HMG). Im Mittelpunkt steht mit anderen Worten der Gesundheitsschutz.³ Diese Zielsetzung ist verfassungsrechtlich verankert und als Gesetzgebungsauftrag in Art. 118 BV⁴ statuiert. Demnach hat der Bund Vorschriften über den *Umgang* mit Heilmitteln zu erlassen (Art. 118 Abs. 2 lit. a BV). Dieser Regulierungsauftrag umfasst auch die öffentliche Bewerbung von Heilmitteln und – im vorliegenden Kontext relevant – die breitflächige Regulierung der sog. *Publikumswerbung* für Arzneimittel (im Internet).

[3] Arzneimittelwerbung ist eine «qualifizierte» Form von allgemeiner Produktebewerbung. Sie muss sachbezogen ergehen und sich auf wissenschaftliche Erkenntnisse abstützen können.⁵ Aus gesundheitspolizeilichen Gründen bestehen unterschiedliche inhaltliche Einschränkungen sowie Verbote, welche sich direkt auf die Qualität und die konkrete Ausgestaltung arzneimittelspezifischer Werbemassnahmen beziehen.⁶ Die eigentliche Qualifikation einer Information als Werbung ist dabei von tragender Wichtigkeit. Werberechtliche Heilmittelvorschriften finden entsprechend nur dort Anwendung, wo es sich bei einer offerierten Information um eine «werbende Massnahme» und nicht lediglich um eine rein sachliche Information handelt (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. c AWV).⁷ Bereits diese erste qualifikatorische Unterscheidung zwischen «reiner» oder «werbender» Information führt in der Praxis häufig zu Schwierigkeiten. Die Nutzung des Internets und die damit verbundenen sowie «neuartigen» Ausgestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Präsentation und weitflächigen Versorgung von Informationen erschweren eine zuverlässige qualifikatorische Einstufung fraglicher Informationen zusätzlich. Werbemassnahmen können im Internet zusätzlich (zu anderen traditionellen Medienkanälen) kreativ ausgestaltet werden, indem etwa mittels Weiterverweisung auf interne und/oder externe (fremde) Inhalte die eigentliche Werbebotschaft getarnt wird und somit nicht stets auf den ersten Blick erkenntlich gemacht werden kann. Durch ein solches Verhalten können jedoch mitunter sensible haftungsrechtliche Zurechnungsfragen aus Sicht der jeweiligen Informationsanbieter entstehen.⁸

[4] Der vorliegende Beitrag beleuchtet einerseits die *Begriffsbestimmung* der Werbung im Allgemeinen und erörtert den Werbebegriff im Kontext des Heilmittelrechts. Der primäre Fokus liegt dabei auf der sog. Publikumswerbung für Arzneimittel, während Werberegulierungen in Bezug auf die Kategorien Medizinprodukte und Fachwerbung grundsätzlich ausgeklammert werden. Untersucht werden andererseits die Auswirkungen der qualifikatorischen Einstufung von Massnahmen als Arzneimittelwerbung sowie deren zulässige Verwendung, vor allem im Bereich des Internets. Es werden zudem Schnittstellenbereiche erörtert, die besonders bei der Bewerbung

³ «Dieses Gesetz soll zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier gewährleisten, dass nur qualitativ hochstehende, sichere und wirksame Heilmittel in Verkehr gebracht werden» (Art. 1 Abs. 1 HMG).

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

⁵ URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, Arzneimittelwerbung – Einblick in die Rechtspraxis zu Werbung und Information, in: Peter Hettich/Stefan Kohler (Hrsg.), St. Galler Tagung zum Pharmarecht, Bd. 70., St. Gallen 2010, S. 90.

⁶ Vgl. MAX GIGER/URS SAXER/ANDREAS WILDI/MARKUS B. FRITZ, Arzneimittelrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 80 f.

⁷ Verordnung über die Arzneimittelwerbung (Arzneimittel-Werbeverordnung, AWV) vom 17. Oktober 2001 (SR 812.212.5).

⁸ So fragt sich etwa, ob und ggf. in welchem Umfang Informationsanbieter für Informationen externer Dritter ebenfalls haften müssen.

bzw. der öffentlichen Vermarktung von Arzneimitteln aus rechtlicher Sicht eine massgebliche Rolle spielen können.

2. Arzneimittelrechtliche Regulierung

2.1. Definition des Arzneimittels

[5] Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a HMG⁹ handelt es sich bei *Arzneimitteln* definitorisch um «Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen (oder tierischen) Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen».¹⁰ Die anwendungstypische Bestimmung eines Produktes ist nach dieser Legaldefinition ein wesentliches Merkmal, um ein Arzneimittel als solches zu qualifizieren.¹¹ Entsprechend kann die Anpreisung und Bewerbung eines Produktes hinsichtlich seiner rechtlichen Unterstellung im Zweifelsfall von grosser Relevanz sein.¹² Begrifflich handelt es sich dabei um eine relativ weitgehende Produktebeschreibung, sodass situativ auch auf den ersten Blick nicht als Arzneimittel erscheinende Produkte (etwa vermeintliche Lebensmittel) ebenfalls unter das Heilmittelrecht subsumiert werden müssen.¹³

[6] Zu begründen ist die begriffliche Weitläufigkeit unter anderem mit der besonderen Bedeutung des Guts der öffentlichen Gesundheit bzw. der damit verbundenen Schutznotwendigkeit, welche es im Namen der Konsumentinnen und Konsumenten bei Medikamenten und damit verbundene Konsum aus staatlicher Sicht wahrzunehmen gilt. So ist im Zweckartikel des Heilmittelgesetzes zu lesen, das Gesetz solle zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier gewährleisten, dass nur qualitativ hochstehende, sichere und wirksame Heilmittel in Verkehr gebracht werden (Art. 1 Abs. 1 HMG).¹⁴ Der *Begriff* Heilmittel bildet dabei den Oberbegriff und umfasst einerseits Arzneimittel – wie oben definiert – sowie andererseits Medizinprodukte (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. b HMG).¹⁵

[7] Bei Letzteren handelt es sich gemäss Legaldefinition um «Produkte, einschliesslich Instrumente, Apparate, In-vitro-Diagnostika, Software und andere Gegenstände oder Stoffe, die für die medizinische Verwendung bestimmt sind oder angepriesen werden und deren Hauptwirkung nicht durch ein Arzneimittel erreicht wird» (Art. 4 Abs. 1 lit. b HMG). Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf werberechtliche Bestimmungen mit Bezug zur *Arzneimittelwerbung*, wes-

⁹ Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000 (SR 812.21).

¹⁰ Vgl. zu den gesetzlichen Definitionselementen URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, Gesundheitsrecht: Heilmittel, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. EGGENBERGER STÖCKLI, Gesundheitsrecht), N 15.27 ff.

¹¹ EGGENBERGER STÖCKLI, Gesundheitsrecht, N 15.29 (FN 10).

¹² *Id.*

¹³ LUCAS DAVID/MARK A. REUTTER, Schweizerisches Werberecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, N 1040; vgl. URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, in: Thomas Eichenberger/Urs Jaisli/Paul Richli (Hrsg.), Heilmittelgesetz, Basler Kommentar, Basel 2006 (zit. BSK HMG-AUTOR), Art. 4 N 2 ff.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Eingehend zum Begriff «Medizinprodukt» EGGENBERGER STÖCKLI, Gesundheitsrecht, N 15.30 ff. (FN 10).

halb spezifische Vorschriften zu den Medizinprodukten ausgeklammert sind (vgl. etwa Art. 21 MepV¹⁶).

2.2. Verfassungsrecht

[8] Verfassungsrechtliche Grundlage für den Erlass von heilmittelrechtlichen Bestimmungen bildet primär Art. 118 BV.¹⁷ Demnach trifft der Bund «im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit» (Art. 118 Abs. 1 BV).¹⁸ Der Gesetzgeber hat dazu unter anderem Vorschriften erlassen über den Umgang mit Heilmitteln, die sich generell durch einen die Gesundheit potenziell gefährdenden Charakter auszeichnen (Art. 118 Abs. 2 lit. a BV).¹⁹ Wie das Bundesgericht bestätigt hat, handelt es sich hierbei um eine «fragmentarische Bundeskompetenz» im Umfang der in Art. 118 Abs. 2 BV aufgelisteten Themenkomplexe.²⁰ Durch die in Art. 41 BV definierten Sozialziele wird diese Bundeskompetenz weiter präzisiert. Weiter ist etwa Art. 95 BV zu beachten, welcher dem Bund explizite Legiferierungsbefugnisse mit Bezug zur privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit erteilt.²¹ Ähnliche Relevanz erlangen darüber hinaus Art. 110 BV (Arbeit) sowie Art. 117 BV (Kranken- und Unfallversicherung).²²

[9] Im Zusammenhang mit werberechtlichen Vorschriften ist sodann generell der grundrechtliche Schutz der *Wirtschaftsfreiheit* nach Art. 27 BV zu beachten.²³ Erfasst davon ist dank der thematischen Reichweite dieses Grundrechts u.a. auch die *Werbefreiheit*. Gerade beim Erlass arzneimittelrechtlicher Werberestriktionen ist die Wirtschaftsfreiheit von immenser Wichtigkeit, sodass deren Schutzbereich bei der Beurteilung einzelner Werbemassnahmen in der Praxis stets im Auge zu behalten ist.²⁴ Eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit ist diesbezüglich prinzipiell nur unter Einhaltung der Voraussetzungen nach Art. 36 BV möglich. Dieser Einschränkungsmöglichkeit kommt vor allem bei der Auslegung und praktischen Anwendung von Werbevorschriften grosse Bedeutung zu.²⁵

2.3. Gesetzes- und Verordnungsrecht

[10] Der verfassungsrechtliche Gesetzgebungsauftrag wurde mit dem Erlass des Heilmittelgesetzes umgesetzt.²⁶ Das Heilmittelgesetz regelt nebst weiteren Themenbereichen ebenfalls die grundsätzliche Zulässigkeit von werberechtlichen Massnahmen bei der Anpreisung von Arznei-

¹⁶ Medizinprodukteverordnung (MepV) vom 17. Oktober 2001 (SR 812.213).

¹⁷ THOMAS POLEDNA, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SGK-AUTOR), Art. 118 N 1 ff.

¹⁸ *Id.*, N 5 f.

¹⁹ *Id.*, N 7 ff.

²⁰ Vgl. BGE 139 I 242, E. 3.1; vgl. auch SGK-POLEDNA, Art. 118 N 7 (FN 17); DAVID/REUTTER, N 1038 f. (FN 13).

²¹ Vgl. SGK-POLEDNA, Art. 118 N 6 m.w.H. (FN 17).

²² *Id.*

²³ BSK HMG-JAISLI, Art. 31 N 14 m.w.H. (FN 13).

²⁴ *Id.*; vgl. BGE 123 I 201 E. 6b; vgl. auch HEIDI BÜRGI, Richtlinien der Swissmedic zur Arzneimittelwerbung im Internet – kritische Bemerkungen, in: AJP 1/2007, S. 71.

²⁵ *Id.*

²⁶ S. dazu in FN 9.

mitteln (vgl. Art. 31 und 32 HMG). Der Erlass präzisierender Vorschriften wurde vom Gesetzgeber an den Bundesrat übertragen, welcher in der Folge unter anderem die aus werberechtlicher Sicht essentielle Arzneimittelwerbeverordnung (AWV) eingeführt hat.²⁷

[11] Nebst der Arzneimittelwerbeverordnung bestehen darüber hinaus weitere für die Anwendung des Werberechts relevante Erlasse wie etwa die Arzneimittel-Zulassungsverordnung (AMZV)²⁸ sowie die Arzneimittelverordnung (VAM)²⁹, welche im vorliegenden Kontext ebenfalls herangezogen werden müssen. So können im Einzelnen die massgeblichen Anforderungen an Publikumswerbung bei einzelnen Arzneimitteln erst durch ihre jeweilige Bestimmung der kategorischen Zuordnung (Kat. A, B, D, E) sinnvoll angewendet werden. Das Heilmittelgesetz selbst legt hingegen lediglich die allgemeinen Grundsätze fest (vgl. Art. 31 f. HMG).³⁰ Dadurch entsteht für die Eruierung des einschlägigen «Werberechts» regelmässig ein komplexes Zusammenspiel von vor allem heilmittelrechtlichen Erlassen, die wiederum ergänzt und «flankiert» werden von themenneutralen Erlassen bzw. Vorschriften (UWG³¹, KG³², KVG³³ etc.).

3. Werbung und heilmittelrechtliche Werbevorschriften

3.1. Definition der Werbung im Allgemeinen

[12] Als *Werbung* gelten allgemein sämtliche Massnahmen, welche darauf ausgerichtet sind, die Werbeadressaten zu einem bestimmten Denken, Verhalten oder Handeln zu veranlassen.³⁴ Entscheidend ist dabei nicht die Form der Aussage oder Massnahme selbst. Relevant ist vielmehr das *verkaufsfördernde Ziel*, welches hinter der jeweiligen Informationshandlung steht.³⁵ Werbemassnahmen sind demnach darauf ausgerichtet, eine kommerzielle Wirkung zu erzielen und die damit verbundene Kommunikation dergestalt auszuformen, dass den Konsumentinnen und Konsumenten für das beworbene Produkt ein bestimmtes Bild vermittelt wird.³⁶ Werbung ist unter diesem Blickwinkel (stets) *kommerziell ausgerichtete Kommunikation*.³⁷

[13] Eine eigenständige Definition von Werbung lässt sich zumindest dem Heilmittelgesetz nicht entnehmen. Das Gesetz beschränkt sich ausschliesslich auf die Festlegung der allgemeinen werberechtlichen Grundsätze in Bezug auf Arzneimittelwerbung. Immerhin wird aus den Bestimmungen des Heilmittelgesetzes ersichtlich, dass zwischen zwei Formen von Arzneimittelwerbung, nämlich zwischen sog. *Publikumswerbung* und sog. *Fachwerbung* (Art. 31 f. HMG), unter-

²⁷ Verordnung über die Arzneimittelwerbung (Arzneimittel-Werbeverordnung, AWV) vom 17. Oktober 2001 (SR 812.212.5).

²⁸ Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln (Arzneimittel-Zulassungsverordnung, AMZV) vom 9. November 2001 (SR 812.212.22).

²⁹ Verordnung über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung, VAM) vom 21. September 2018 (SR 812.212.21).

³⁰ Vgl. BSK HMG-JAISLI, Art. 31 N 18 ff. (FN 13).

³¹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (SR 241).

³² Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251).

³³ Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 (SR 832.10).

³⁴ DAVID/REUTTER, N 10 (FN 13).

³⁵ URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, in: Pharma Recht Schweiz, Das Verbot von Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel im Spannungsfeld zwischen Information und Werbung, S. 2.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

schieden werden muss. Diese Unterscheidung in Bezug auf die Werbeform kann dabei sowohl im Bereich der Arzneimittelregulierung als auch bei der Regulierung von Medizinprodukten grosse Bedeutung erlangen (vgl. Art. 31 f. HMG, Art. 1 ff. AWV sowie Art. 21 MepV).

[14] Eine im arzneimittelrechtlichen Kontext stehende Definition von *Werbung* findet sich demgegenüber in der Arzneimittelwerbeverordnung (AWV). So definiert Art. 2 lit. a AWV Arzneimittelwerbung wie folgt: «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». Dieser Definition lässt sich einerseits entnehmen, dass dem allgemeinen Begriffsverständnis der Werbung auch im Rahmen des Heilmittelrechts gefolgt werden soll, sodass dieses im Bereich der Arzneimittelregulierung analog zur Anwendung gelangt. Andererseits nennt Art. 2 lit. a AWV die für das Arzneimittelrecht typischen Handlungselemente in Form der Verschreibung, der Abgabe, des Verkaufs, der Anwendung sowie der Verwendung von Arzneimitteln. Diese Handlungen beschreiben nicht bloss den Absatz und Einsatz von Arzneimitteln zur Behandlung von Mensch und Tier, sondern können gleichzeitig auch die für die Gesundheit der Konsumentinnen und Konsumenten relevanten Gefährdungslagen begründen, welche das arzneimittelrechtliche Werberecht zu bekämpfen versucht. Damit zeigt sich ebenfalls der dem werblichen Begriffsverständnis des Heilmittelrechts zugrunde gelegte Schutzcharakter, nämlich handelt es sich hier um rechtliche Grundlagen zum Schutze der öffentlichen Gesundheit und nicht etwa um wettbewerbsregulierende Vorschriften.

[15] Dem heilmittelrechtlichen Werbebegriff liegt sodann – wie bereits kurz angedeutet – das Kriterium der sog. *Absatzförderung* zugrunde. Diesem kommt im Heilmittelrecht wesentlicher Charakter zur Abgrenzung von Werbung und rein sachlicher bzw. werbefreier Information zu.³⁸ 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 Werbeadressaten ist dazu bereits für sich ausreichend, um in den Anwendungsbereich des Werberechts zu führen.³⁹ Auch *erfolglose* bzw. *ergebnislose* Werbung ist und bleibt unter diesem Aspekt Werbung.⁴⁰

[16] Nicht abschliessend geklärt ist die Frage, ob eine *Absicht* zur Absatzförderung für die Bejahung des Werbecharakters zwingend vorzuliegen hat. Tendenziell sowie nach hier vertretener Auffassung ist diesbezüglich von einer durch das angesprochene Publikum *objektivierten* Beurteilung auszugehen.⁴¹ Demnach ist für die Annahme von Werbung vor allem relevant, welches die wesentlichen aus der Information fliessenden Wirkungen sind. Der hinter einer Informationsmassnahme stehende Wille (d.h. die *subjektive* Komponente) hinsichtlich der Absatzförderung kann jedoch situativ – sofern zur weiteren Präzisierung notwendig – als Abgrenzungskriterium für die Unterscheidung zwischen Werbung und werbefreier Information herangezogen werden.⁴² Umgekehrt vermag ein fehlender werbender Wille eine an sich werblich wirkende Massnahme nicht zu einer werbefreien Information umzugestalten, sodass diesfalls gleichsam die heilmittel-

³⁸ BSK HMG-JAISLI, Art. 31 N 20 (FN 13).

³⁹ BIRGIT KRAMER, Werbung oder Information? Zur Abgrenzungspraxis in der Arzneimittelwerbung, in: Marc Amstutz/Mathis Berger/Reto M. Hilty/Anne-Virginie La Spada/Eugen Marbach/Roland Mathys/Cyrill P. Rigamonti/Florin Thouvenin/Jacques De Werra/Gregor Wild (Hrsg.), sic! 2007, S. 489 ff, S. 491; Urteil des BGer 2A_63/2006 vom 10. August 2006, E. 3.7.1.

⁴⁰ EGGENBERGER STÖCKLI, S. 2 (FN 35).

⁴¹ KRAMER, S. 490 (FN 39); vgl. auch Urteil des BGer 2A_63/2006 vom 10. August 2006, E. 3.7.2.

⁴² Vgl. z.B. BSK HMG-JAISLI, Art. 31 N 21 (FN 13).

rechtlichen Werbevorschriften anwendbar bleiben müssen. Was unter werbefreien Informationen zu verstehen ist, wird weiter unten in diesem Beitrag präzisiert.

3.2. Bedeutung der Werbung für die Pharmabranche und Gegenläufigkeit der Interessen

[17] Die werberechtlichen Arzneimittelbestimmungen und damit auch die entsprechenden Einschränkungen richten sich grundsätzlich an die jeweils sanitätspolizeilich verantwortliche Vertriebsfirma, die in der Schweiz domiziliert sein muss. Es kann sich dabei sowohl um den schweizerischen Hersteller als auch um den schweizerischen Importeur handeln.⁴³ Entscheidend ist, dass der jeweilige Adressat der Werbung das beworbene Präparat diesem Unternehmen zuordnen können muss.⁴⁴ Dieser Grundsatz sollte jedoch *nicht ausschliesslich (personalisiert nach Unternehmer bzw. Hersteller)* verstanden werden. So ist in der Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass grundsätzlich sämtliche Personen, die für ein Arzneimittel gegenüber dem Publikum Werbung betreiben, unter das Verbot der Bewerbung verschreibungspflichtiger Arzneimittel fallen können.⁴⁵ Mit anderen Worten erfassen heilmittelrechtliche Werbevorschriften nebst Herstellern und Vertreibern auch weitere Personen, welche ein bestimmtes Arzneimittel am Markt bewerben.

[18] Dem Grundsatz von Art. 27 BV entsprechend muss es den Marktteilnehmern möglich sein, neben der ungestörten Ausübung ihrer kommerziellen Tätigkeit die daraus fliessenden Produkte und Dienstleistungen auch bei ihrem jeweiligen Zielpublikum anpreisen zu dürfen.⁴⁶ Jeder Unternehmer ist gezwungen, in der einen oder anderen Form für sein Produkt Werbung zu betreiben. Werbung dient auch im Bereich der Pharmabranche dazu, ein neues Produkt auf dem Markt zu platzieren und in massgeblichen Verkehrskreisen bekannt zu machen. Hersteller und Vertreter von Arzneimitteln können ihre Produkte jeweils nur dann erfolgreich vermarkten, wenn sie für diese eine gewisse Bekanntheit aufbauen und so beim Zielpublikum ein entsprechendes Kaufverhalten generieren bzw. incentivieren können.⁴⁷ Einschränkungen in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit sind demnach nur nach restriktiver Massgabe von Art. 36 BV zulässig.⁴⁸

[19] Auch aus Sicht des Patienten, welcher als Anwendungsadressat gewissermassen ebenfalls Mitglied innerhalb der «Pharmakette» bildet, kommt der Werbung eine wichtige Rolle zu. So nutzt der Patient Werbung gewöhnlich als *Informationsquelle*. Er erhält dadurch die Möglichkeit, sich über verfügbare Arzneimittel und alternative Therapiemöglichkeiten zu informieren.⁴⁹ Mittels Werbung kann der Kaufentscheid des Käufers dahingehend beeinflusst werden, dass er das beworbene Produkt einem Konkurrenzprodukt vorzieht.⁵⁰ Die Werbung bietet dem Patienten damit die Möglichkeit, von seinem *Anspruch auf Information* Gebrauch zu machen. Informiert sich

⁴³ Vgl. MARC SCHWENNINGER, in: Orell Füssli Werberecht Kommentar, Lucas David (Hrsg.), 2. Aufl. (zit. OFK HMG-AUTOR), Art. 32 N 1.

⁴⁴ Swissmedic Journal 04/2009, S. 364.

⁴⁵ Vgl. BSK HMG-JAISLI, Art. 31 N 32 (FN 13); Urteil des BGer C_546/2010 vom 14. Oktober 2013, E. 3.2.

⁴⁶ DAVID/REUTTER, N 10 (FN 13).

⁴⁷ THOMAS EICHENBERGER, in: Das neue Heilmittelgesetz, Thomas Eichenberger/Thomas Poledna (Hrsg.), Zürich 2004, S. 14.

⁴⁸ Vgl. dazu auch oben im Beitrag.

⁴⁹ Vgl. im Zusammenhang mit dem Internet BÜRGI, S. 70 (FN 24).

⁵⁰ EICHENBERGER, S. 14 (FN 47).

ein Patient jedoch ohne ärztlichen Beirat – zum Beispiel rein basierend auf werblichen Informationen –, so kann ein solches Verhalten unter Umständen *Gefahren* für Mensch und Gesundheit nach sich ziehen.⁵¹ Um dieses Risiko zu minimieren, werden folglich durch das heilmittelrechtliche Werberecht verschiedene Einschränkungen und Verbotsvorschriften statuiert.⁵² Diese haben wiederum zur Konsequenz, dass den Patienten (gewisse) Informationen vorenthalten werden müssen.⁵³

[20] Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Bedeutung der Werbung innerhalb der Pharmabranche durch grundsätzlich verschiedene – gegenläufige – Interessensausrichtungen gekennzeichnet ist.⁵⁴ Während auf der einen Seite mittels Werbung dem Vertreiber ermöglicht werden soll, sein Produkt entsprechend zu vermarkten und somit die Anwendung und Verwendung (unlimitiert) zu intensivieren, kann eine solche übermässige Anwendung auf der anderen Seite die Gesundheit des Patienten (negativ) beeinflussen.⁵⁵ Demgegenüber soll es dem Patienten möglich sein, die von ihm bezogenen bzw. konsumierten Produkte kritisch zu hinterfragen und mögliche (besser geeignete) Alternativen am Markt auffinden zu können. Heilmittelrechtliche Werberegulierung befindet sich daher in einem nur schwer zu lösenden Spannungsverhältnis zwischen Vermarktung von Arzneimitteln und dem Schutz der *öffentlichen* sowie *individuellen* Gesundheit.⁵⁶

3.3. Werberechtliche Grundlagen im Arzneimittelkontext

3.3.1. Heilmittelgesetz

[21] Die einschlägigen Werberechtsgrundlagen für Arzneimittelwerbung werden in Art. 31 f. HMG statuiert. Gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. a HMG ist Werbung für alle Arten von Arzneimitteln zulässig, sofern sich diese lediglich an (qualifizierte) Personen richtet, welche Arzneimittel *verschreiben* oder *abgeben* (sog. Fachwerbung).

[22] Publikumswerbung – als Gegenstück zur Fachwerbung – ist nach Art. 31 Abs. 1 lit. b HMG nur dann zulässig, wenn es sich dabei um *nicht verschreibungspflichtige* Arzneimittel handelt. Für Arzneimittel der Verkaufskategorien A und B (Art. 14 AWV) ist Publikumswerbung folglich ausgeschlossen. Art. 31 Abs. 3 HMG räumt dem Bundesrat zudem die Kompetenz ein, Werbung für bestimmte Arzneimittel oder Arzneimittelgruppen zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz gegen Täuschung zu beschränken oder zu verbieten sowie Bestimmungen für grenzüberschreitende Werbung zu erlassen.

[23] In Art. 32 Abs. 1 lit. a–c HMG werden allgemeingültige Tatbestände aufgeführt, unter denen Werbung generell unzulässig sein soll. Unzulässig ist demnach Werbung immer dann, wenn sie irreführend ist oder der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widerspricht. Zudem darf Werbung nicht zu einem übermässigen, missbräuchlichen oder unzweckmässigen Einsatz von Arzneimitteln verleiten. Gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. c HMG darf des Weiteren nur für solche Arzneimittel geworben werden, die bei *Swissmedic* registriert und damit in der Schweiz zum Verkehr

⁵¹ Vgl. im Zusammenhang mit dem Internet BÜRGI, S. 70 (FN 24).

⁵² Vgl. dazu oben im Text.

⁵³ KRAMER, S. 489 (FN 39).

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Vgl. EICHENBERGER, S. 14 (FN 47).

⁵⁶ *Id.*

zugelassen worden sind. Auch für neue Arzneimittel darf erst nach ihrer behördlichen Zulassung Werbung betrieben werden, sodass nach schweizerischem Heilmittelwerberecht Werbung der eigentlichen Produkteplatzierung nachgelagert ist.⁵⁷

[24] Art. 32 Abs. 2 lit. a–d HMG konkretisiert sodann die allgemeinen Prinzipien des Art. 32 Abs. 1 lit. b HMG und führt diejenigen Bedingungen aus, unter welchen Publikumswerbung per se als *unzulässig* zu qualifizieren ist. Neben dem Verbot der Publikumswerbung für rezeptpflichtige Medikamente ist Werbung für alle immunbiologischen Erzeugnisse, Betäubungsmittel und psychotrope Stoffe ausgeschlossen. *Swissmedic* verfügt diesbezüglich über administrativrechtliche Kompetenzen und kann dazu etwa Publikumswerbung zum Schutz der öffentlichen Gesundheit für gewisse Substanzen beschränken oder Werbung für Produkte untersagen, welche eine Gewöhnung oder Abhängigkeit hervorrufen; zu diesem Zweck vorgesehen sind des Weiteren vollzugsrechtliche Massnahmen wie etwa die Beschlagnahmung oder Vernichtung von unzulässigen Werbemitteln (Art. 32 i.V.m. Art. 66 Abs. 2 lit. f und g HMG).⁵⁸

3.3.2. Arzneimittelwerbeverordnung

[25] Zum *Begriff Arzneimittelwerbung* findet sich eine eigenständige Legaldefinition innerhalb der Arzneimittelwerbeverordnung. Gemäss Art. 2 lit. a AWV gelten als Arzneimittelwerbung «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.»

[26] Die Unterscheidung in Publikums- und Fachwerbung spielt im Rahmen der Arzneimittelwerbeverordnung eine entscheidende Rolle. In Art. 2 lit. b und c AWV werden Publikumswerbung und Fachwerbung näher definiert. *Publikumswerbung* ist demnach Arzneimittelwerbung, welche sich an das Publikum richtet, während Fachwerbung sich an die zur Verschreibung, Abgabe oder zur eigenverantwortlichen beruflichen Anwendung von Arzneimitteln berechtigten Fachpersonen richtet. Art. 13 AWV konkretisiert sodann für die Fachwerbung sowie Art. 21 und 22 AWV für die Publikumswerbung die Grundsätze (unzulässige Werbung bzw. Werbeelemente) des Art. 32 HMG.⁵⁹ Auch wenn aus diesen rechtlich verankerten Definitionen für das eigentliche Begriffsverständnis wenig gewonnen werden kann, wird doch ohne Weiteres klar, dass heilmittelrechtliche Werbevorschriften im Kern zwei Informationsadressaten unterscheiden. Auf der einen Seite steht die fachlich ungeschulte breite Öffentlichkeit – in der Regel der Patient bzw. die Patientin – sowie auf der anderen Seite die medizinisch geschulten Anwender.

[27] Explizit ausgenommen von der AWV sind gemäss Art. 1 Abs. 2 AWV Packungsmaterial und Arzneimittelinformationen sowie Verkaufskataloge und Preislisten unter dem Vorbehalt, dass diese keine medizinischen Angaben über Arzneimittel enthalten. Medizinische Angaben sind dabei Informationen zu den Eigenschaften, dem Anwendungsbereich und Wirkungen des erwähnten Arzneimittels.⁶⁰ Zudem werden von der AWV Informationen allgemeiner Art ausgeschlossen,

⁵⁷ OFK HMG-SCHWENNINGER, Art. 32 N 1 (FN 43).

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ BSK HMG-JAISLI, Art. 32 N 52 (FN 13).

⁶⁰ URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, in: Arzneimittel-Werbeverordnung, Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittelwerbung (Arzneimittel-Werbeverordnung, AWV), Stämpfli Handkommentar, Bern 2006, Art. 1 N 30 (zit. SHK-AWV, AUTOR).

sofern sich diese weder direkt noch indirekt auf Arzneimittel beziehen. Daraus erschliesst sich, dass Angaben, Texte und Abbildungen zwar zulässig sind, dies jedoch nur sofern sie in einem direkten Zusammenhang mit der konkreten Anwendung oder mit der Zusammensetzung des Arzneimittels, seiner Zulassungsinhaberin oder dem Firmenlogo stehen.⁶¹

3.3.3. Radio- und Fernsehrecht

[28] An und für sich mit dem Heilmittelrecht nicht zusammenhängende Erlasse präzisieren situativ das hiergenannte heilmittelrechtliche Werberecht. Art. 2 lit. k des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG)⁶² enthält eine eigenständige Definition für Werbung. Dabei wird keine detailliertere Aufteilung in einzelne Kategorien vorgenommen. Vielmehr gilt als Werbung grundsätzlich jede öffentliche Äusserung im ausgestrahlten Programm, welche die Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen, die Unterstützung einer Sache oder Idee oder die Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden oder vom Rundfunkveranstalter selbst gewünschten Wirkung zum Zweck hat und gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung verbreitet wird. Werbung, welche ein Publikum zum unmittelbaren Abschluss eines Rechtsgeschäftes über die vorgestellten Waren oder Dienstleistungen auffordert, gelten gemäss Art. 2 lit. l RTVG als Verkaufsangebote.

[29] Explizit im arzneimittelrechtlichen Kontext hervorzuheben ist das in Art. 10 Abs. 2 lit. a und b RTVG ausgeführte *Verbot für Arzneimittelwerbung*. Diese Norm begnügt sich mit einem Verweis auf die Werbeeinschränkungen im Heilmittelgesetz und übernimmt damit die gleichen Grundsätze und Differenzierungen wie das Heilmittelrecht.⁶³ Werbung mit einer direkten Bestellmöglichkeit, d.h. Verkaufsangebote, sind für sämtliche Heilmittel und medizinische Behandlungen verboten.⁶⁴ Die gesundheitspolitisch motivierten Werbeverbote, worunter auch Art. 10 Abs. 2 RTVG fällt, sollen einem möglichen Missbrauch bzw. potentiellern Suchtpotential entgegenwirken.⁶⁵

3.3.4. Lauterkeitsrecht im Besonderen

[30] Die Gesetzgebung schränkt den Wettbewerb im Gesundheitswesen stark ein. So reguliert etwa das Heilmittelgesetz den Wettbewerb im Zusammenhang mit der Abgabe von Heilmitteln äusserst engmaschig.⁶⁶ Zu beachten ist dabei jedoch, dass das HMG eine gesundheitspolitische Zielsetzung verfolgt. Diese ist von der lauterkeitsrechtlichen Zielsetzung des UWG abzugrenzen.⁶⁷ Während das HMG ausschliesslich den Blickwinkel des Gesundheitsschutzes anvisiert, kann die AWV durchaus auch für eine lauterkeitsrechtliche Interpretation herangezogen wer-

⁶¹ SHK-AWV, Stöckli, Art. 1 N 24 (FN 60).

⁶² Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24. März 2006 (SR 784.40).

⁶³ ROLF H. WEBER, in: Rundfunkrecht, Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2008 (zit. SHK-RTVG, Autor), Art. 10 N 25.

⁶⁴ ANDRÉ THALMANN, in: Lucas David (Hrsg.), Werberecht Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2010 (zit. OFK RTVG-Autor), Art. 10 N 7.

⁶⁵ SHK-RTVG, WEBER, Art. 10 N 7 (FN 63).

⁶⁶ EICHENBERGER, S. 10 (FN 47).

⁶⁷ BSK HMG-JAISLI, Vor Art. 31–33 N 4 (FN 13).

den.⁶⁸ Falsch wäre diesbezüglich entsprechend die Annahme, eine ausschliessliche Prüfung der Bestimmungen gemäss AWV liessen ohne Weiteres implizite Schlussfolgerungen bezüglich allfälliger Verstösse gegen das UWG zu. Diesbezüglich sind vielmehr stets sowie zwingend die Bestimmungen des UWG heranzuziehen.⁶⁹

[31] Dennoch ist das Lauterkeitsrecht in Bezug auf Werbung von immenser Wichtigkeit. Das UWG hat den Zweck, den unlauteren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten.⁷⁰ Werbemittel, die von den Marktteilnehmern verwendet werden, müssen lauter sein. Damit soll verhindert werden, dass mittels irreführendem Verhalten ein Marktvorsprung erreicht werden kann.⁷¹ Gemäss Art. 3 UWG sind deshalb etwa Werbeaussagen, welche Produkte eines Konkurrenten durch unrichtige oder irreführende oder unnötig herabsetzende Äusserungen *herabsetzen* bzw. die eigenen Produkte *besserstellen*, unzulässig (vgl. Art. 3 lit. a UWG). Gemäss Art. 3 lit. e UWG sind zudem irreführende oder unnötig herabsetzende Vergleiche innerhalb der Werbung unzulässig.

3.3.5. Krankenversicherungsrecht

[32] Das Krankenversicherungsrecht verfolgt sozialpolitisch motivierte Anliegen.⁷² Zwar enthält das Krankenversicherungsgesetz⁷³ selbst keine Bestimmungen betreffend Werbung im engeren Sinne, dennoch können die im KVG vordergründigen Kostenüberlegungen im Bereich der Werbung von zentraler Bedeutung sein. Insbesondere im Arzneimittelrecht relevant ist Art. 65 Abs. 2 der Krankenversicherungsverordnung (KVV)⁷⁴, wonach Arzneimittel, für die Publikumswerbung betrieben wird, nicht in die Spezialitätenliste (SL) aufgenommen werden dürfen bzw. – sofern dies bereits in der SL enthalten sind – den Status als SL-gelistetes Produkt wieder verlieren (vgl. Art. 68 Abs. 1 lit. d KVV).

3.4. Bedeutung von Verbandsvorschriften (Soft Law)

[33] Werbung im Bereich der Arzneimittelregulierung wird in der Schweiz nicht nur durch das öffentliche Recht, sondern auch durch privatrechtliche Kodizes von Branchenverbänden geregelt. Dabei handelt es sich um verbandsinterne Selbstregulierung.⁷⁵ Die Branchenverbände leisten diesbezüglich insbesondere vor dem Hintergrund einen entscheidenden Beitrag, als dass sie über detaillierte Fachkenntnisse verfügen, die für den Erlass von interessen- und risikogerechten

⁶⁸ sic! 12/2003, 983, Appellationshof Bern vom 26. Februar 2003 (Massnahmeentscheid) Vorsorgliche Massnahmen: Kompetenzkonflikte und Voraussetzungen bei vergleichender Werbung Nichteintreten auf das Gesuch; Akten-Nr. S-0016/2003.

⁶⁹ EICHENBERGER, S. 10 (FN 47).

⁷⁰ Vgl. Art. 1 UWG.

⁷¹ BSK HMG-JAISLI, Vor Art. 31–33 N 4 (FN 13).

⁷² BSK HMG-JAISLI, Vor Art. 31–33 N 4 (FN 13).

⁷³ Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 (SR 832.10).

⁷⁴ Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 27. Juni 1995 (SR 832.102).

⁷⁵ BÜRGI, S. 74 (FN 24).

Verhaltensnormen unabdingbar sind.⁷⁶ In der Schweiz haben sich die Verbände der pharmazeutischen Industrie u.a. auf einen sog. *Pharmakodex* geeinigt.⁷⁷

[34] Gemäss Ziff. 12.4 des Pharmakodex wird Publikumswerbung, im Gegensatz zur Fachwerbung, explizit vom Anwendungsbereich des Pharmakodex ausgeschlossen. Fachwerbung wird im Rahmen des Pharmakodexes demgegenüber regulatorisch miteingeschlossen und entsprechend reguliert.

4. Werbefreie Informationen und Werbung

4.1. Allgemeine Bemerkungen

[35] Um mit dem Werbeverbot eine ungewollte Beeinflussung auszuschliessen, aber eine gewollte Information dennoch zu ermöglichen, bedarf es einer sachgerechten Abgrenzung zwischen *Werbung* und *Information*. Nur dort, wo ein Informationsadressat den Bezug zu einem bestimmten Arzneimittel direkt oder indirekt erkennen kann, wird ein Patient in seiner Wahl zum Bezug und zur Anwendung eines Arzneimittels beeinflusst.⁷⁸ Darüber hinaus hat der Verordnungsgeber rechtliche Grundlagen geschaffen, gemäss welchen – obwohl einer Massnahme grundsätzlich werbender Charakter attestiert werden kann – die Anwendung der Werbevorschriften ausnahmsweise entfallen soll (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b AWV).

4.2. Werbefreie Informationen

[36] Gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. c AWV gelten werberechtliche Bestimmungen nicht für Informationen *allgemeiner Art über die Gesundheit oder über Krankheiten*, sofern sich diese weder direkt noch indirekt auf bestimmte Arzneimittel beziehen. Diese Konsequenz resultiert bereits in sachlogischer Weise aus der Definition der Arzneimittelwerbung nach Art. 2 lit. a AWV und bedürfte daher an und für sich keiner eigenständigen rechtlichen Verankerung. Ob Werbung in ihrer Wirkung direkt oder indirekt an die Adressaten gelangt, kann hinsichtlich der Annahme eines werblichen Charakters einer Massnahme keine Rolle spielen, widrigenfalls bereits von Rechts wegen eine Umgehung der Werbevorschriften möglich wäre. Entscheidend ist jeweils vielmehr die Frage, wann eine Information als werbende Massnahme einzustufen ist.

[37] Immerhin bietet Art. 1 Abs. 2 lit. c AWV diesbezügliche Hinweise, indem die Vorschrift den Gedanken formuliert, dass *Informationen allgemeiner Art* über eine Krankheit oder die Gesundheit generell nicht dazu geeignet sein sollen (bzw. können), absatzfördernd auf die Entscheidungen der Informationsadressaten einzuwirken. Dieser Gedanke liegt auch der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. a AWV zugrunde, wonach das *Packungsmaterial* sowie *Arzneimittelinformationen* (d.h. Fachinformation und Patienteninformation) keine werblichen Informationen darstellen. Art. 1 Abs. 2 lit. b AWV statuiert des Weiteren die gleichen Rechtswirkungen – wie unter Art. 1 Abs. 2 lit. a und c AWV – auch für Verkaufskataloge und Preislisten, *sofern diese keine medizinischen Angaben über Arzneimittel enthalten*. Obwohl diese letztere Informationsmassnah-

⁷⁶ BSK HMG-JAISLI, Vor Art. 31–33 N 48 (FN 13).

⁷⁷ BSK HMG-JAISLI, Art. 31 N 90 (FN 13).

⁷⁸ KRAMER, S. 491 (FN 39).

me grundsätzlich und primär einen werbenden Zweck verfolgt (nämlich eine Darstellung des geführten Sortiments sowie der entsprechenden Produktpreise zu bieten), wird die Anwendbarkeit der Werbevorschriften aus rechtspraktischen Gründen in Bezug auf die Art dieser Werbeform explizit ausgeschlossen, sodass auch dem im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit zu beachtenden Verhältnismässigkeitsprinzip angemessen Rechnung getragen wird.

[38] Insbesondere anhand der Beispiele von Art. 1 Abs. 2 AWV wird ersichtlich, dass die Qualifikation als werbefreie Information oder aber als Werbung relativ dynamisch erfolgt, was damit zusammenhängt, dass sämtliche der in Art. 1 Abs. 2 AWV gelisteten Konstellationen je nach Ausgestaltung der offerierten Information dennoch einen werbenden Charakter erlangen können und somit die Arzneimittelwerbevorschriften umfassend Anwendung finden müssen. Im Einzelfall ist es daher unumgänglich, die jeweils übermittelten Informationen in Bezug auf ihre Einzelteile sowie auf ihren Gesamtgehalt hin zu beurteilen. Eine eindeutige Einstufung als Werbung oder werbefreie Information hängt entsprechend bis zu einem gewissen Grad von einem Ermessen ab.

4.3. Direkte und indirekte Werbung

[39] Die Qualifizierung von *direkter Werbung* lässt sich meist unproblematisch vornehmen. Von dieser wird dann ausgegangen, wenn sich der Bezug auf ein Produkt für das Zielpublikum klar und eindeutig ergibt. Hingegen kann die Vornahme der Feststellung problematisch sein, wenn ein *indirekter Bezug* auf bestimmte Arzneimittel vorliegt und dieser immerhin so augenfällig erscheint, dass die hinter dem mittelbaren Hinweis stehenden Arzneimittel vom Adressaten erkannt werden können.⁷⁹

[40] Eine *indirekte Werbung* liegt grundsätzlich dann vor, wenn sich für einen durchschnittlich gebildeten und interessierten Werbeadressaten aufgrund seines Vorwissens oder weiterer Informationen klar und eindeutig ergibt, welches Arzneimittel konkret beworben wird.⁸⁰ Gemäss Bundesgericht kann bereits dann von einem indirekten Bezug ausgegangen werden, wenn lediglich eine Indikation geschildert wird, ohne dass die Bezeichnung des Präparats explizit ausgeführt werden muss, vorausgesetzt, Krankheit und Arzneimittel sind untrennbar miteinander verbunden.⁸¹ Von einem solchen Zusammenhang kann in praktischer Anwendung jedoch nur dann ausgegangen werden, wenn dem Präparat ein gewisser Bekanntheitsgrad zukommt. Ebenfalls berücksichtigt werden zusätzliche Informationen, die durch das Unternehmen selber, zum Beispiel auf einer Internetseite⁸², zur Verfügung gestellt werden.⁸³ Die Beurteilung, ob eine indirekte Bezugnahme vorliegt, wird folglich im Einzelfall anhand einer *Gesamtbeurteilung* vorgenommen werden müssen.⁸⁴

[41] Herausforderungen bei der Abgrenzung zwischen Information und Werbung ergeben sich sodann, wenn nur ein (einzelner) Wirkstoff des Arzneimittels beworben wird. So wurde beispielsweise im Replax®-Fall aufgezeigt, dass auch, wenn etwa in einer Broschüre ein Präparat

⁷⁹ JUANA SCHMIDT, Die Abgrenzung zwischen Werbung und Information im Arzneimittelrecht, Urteil des BGer 2A_63/2006 vom 10. August 2006, recht 2007, S. 244 ff., S. 247.

⁸⁰ KRAMER, S. 491 (FN 39).

⁸¹ Urteil des eidg. VersGer K_68/01 vom 14. Januar 2003; BGE 129 V 32, E. 6.4.3.

⁸² Vgl. zur Internetwerbung unten im Beitrag.

⁸³ Reko HM 05.116 vom 15. Dezember 2005, E.4.3.3.

⁸⁴ Urteil des BGer 2A_63/2006 vom 10. August 2006, E. 3.6.4.

zwar nicht ausdrücklich bezeichnet und selbst durch die beworbene Wirkstoffgruppe nicht auf dieses geschlossen werden kann, das Arzneimittel dennoch indirekt beworben werden kann.⁸⁵ Wird nämlich – so das Bundesgericht – lediglich ein einzelner Wirkstoff eines Medikamentes beworben, bedeutet dies in der Folge sogleich auch eine Qualifizierung als indirekte Werbung für alle Arzneimittel, die diesen Wirkstoff enthalten.⁸⁶

4.4. Unternehmensinformationen

[42] *Unternehmensinformationen (bzw. Unternehmenswerbung)*, d.h. Informationen über Arzneimittel, die sich vordergründig an Aktionäre, Analysten, potentielle Investoren und Medienschaffende richten, verfolgen nicht den Zweck der *Absatzförderung*, sondern erfüllen den Zweck einer Öffentlichkeitsarbeit und stellen daher keine unzulässige Publikumswerbung dar.⁸⁷ Auch Informationen, zu deren Preisgabe ein Unternehmen aufgrund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet ist, können sinnigerweise nicht als Werbung qualifiziert werden. Sodann sind Informationen über Arzneimittel, welche ein Unternehmen firmenintern vorbereitet, ebenfalls nicht als absatzfördernde Handlungen zu erachten; im Vordergrund steht hierbei viel mehr die transparente Information und Aufklärung der Mitarbeitenden.⁸⁸

[43] Wo die Grenze zwischen einer zulässigen Erwähnung von Arzneimitteln im Rahmen von Unternehmenswerbung sowie einer unzulässigen Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Medikamente liegt, hat sich vordergründig am aufgezeigten rechtlichen Rahmen zu orientieren. Die Abgrenzung kann aber wohl nicht gänzlich losgelöst von einer Abwägung der Verhältnismässigkeit beurteilt werden. So ist auch die Abgrenzung zwischen Unternehmenswerbung und anderweitiger (unzulässiger) Werbung auf Grundlage der sich gegenüberstehenden verfassungsrechtlichen Rechte vorzunehmen.⁸⁹

[44] Eine solch abstrakte Verhältnismässigkeitsabwägung wird einem Unternehmen im Einzelfall aber wohl nur bedingt Klarheit darüber geben, was erlaubt ist und was nicht (mehr), weshalb das vorgängige Einholen juristischer Einschätzungen bzw. das Einholen eines Gutachtens als allenfalls sanktionsmindernde Massnahme zweckdienlich sein kann.

4.5. Anfragen

[45] Schliesslich ist die bloss *Beantwortung konkreter Fragen* – aus dem Publikum stammend – zu einem Arzneimittel grundsätzlich keine Arzneimittelwerbung.⁹⁰ Hierbei handelt es sich regelmässig um Anfragen von Interessenten bzw. Konsumenten, welche sich proaktiv an Hersteller und Vertreiber wenden, um gegebenenfalls zusätzliche Informationen über ein bestimmtes Produkt zu erhalten. Auch wenn solche Informationen durchaus im Einzelfall einen Kaufentscheid

⁸⁵ Urteil des BGer 2A_63/2006 vom 10. August 2006, E. 3.6.8.

⁸⁶ SYLVIA SCHÜPBACH, Arzneimittelwerbung: Migränebroschüre als unzulässige Publikumswerbung, in: Jusletter 29. Januar 2007, N 13.

⁸⁷ BSK HMG-JAISLI, Art. 31 N 37 (FN 13).

⁸⁸ BSK HMG-JAISLI, Art. 31 N 38 (FN 13).

⁸⁹ SHK-AWV, Stöckli, Art. 2 N 48 (FN 60).

⁹⁰ GIGER/SAXER/WILDI/FRITZ, S. 81 (FN 6).

beeinflussen können und so den Absatz zu begünstigen vermögen, kann es sich hierbei nachvollziehbarerweise nicht um eine werbliche Massnahme im Sinne des Werberechts handeln. Vielmehr stellt die Beantwortung eine typische werbefreie Übermittlung von produktespezifischen Informationen dar.

5. Zulässigkeit von Publikumswerbung (im Internet)

5.1. Definition der Publikumswerbung

[46] Gemäss Art. 2 lit. b AWV ist Publikumswerbung Arzneimittelwerbung, welche sich an das Publikum richtet. Gemäss Art. 15 AWV gelten dabei als Publikumswerbung Anzeigen in Zeitungen, Zeitschriften, Büchern etc., Werbung auf Gegenständen, Werbung mittels elektronischer Medien, Anpreisungen anlässlich von Hausbesuchen und Vorträgen von Laien, Anpreisungen in Arztpraxen und an den Abgabestellen sowie die Abgabe von Mustern.

5.2. Abgrenzung zur Fachwerbung

[47] Der Begriff der Fachwerbung wird in Art. 2 lit. c AWV ausgeführt. Fachwerbung ist danach Arzneimittelwerbung, die sich an zur Verschreibung, Abgabe oder zur eigenverantwortlichen beruflichen Anwendung von Arzneimitteln berechtigten Fachpersonen richtet. Die Personen, an welche die Fachwerbung adressiert werden kann, sind in Art. 3 AWV aufgeführt. Fachwerbung kann, wie auch die Publikumswerbung, sowohl in Fachzeitschriften, auf Gegenständen sowie mittels elektronischen Medien verbreitet werden. Auch möglich ist Fachwerbung im Rahmen von Promotionsveranstaltungen, wissenschaftlichen Kongressen oder mittels Durchführung und finanzieller Unterstützung von Promotionsveranstaltungen.

[48] Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass im Bereich der Publikumswerbung eine höhere Notwendigkeit des gesundheitspolitischen Schutzes der Konsumenten vor möglichen Täuschungen besteht als im Zusammenhang mit der Fachwerbung.⁹¹ Denn Fachleute dürfen sich bei der Abgabe von Arzneimitteln nicht durch Fachwerbung beeinflussen lassen, sondern müssen stattdessen anerkannte Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaft beachten.⁹²

5.3. Internet als «besonderes» Medium?

[49] Als Publikumswerbung kann gemäss Art. 15 lit. c AWV auch Werbung mittels elektronischen Medien wie Bild-, Ton- und Datenträgern sowie Anwendungssoftware subsumiert werden. Die aktuelle Fassung des AWV nennt das Medium Internet nicht explizit.⁹³ Damit ist das Medium Internet vom Anwendungsbereich jedoch nicht etwa ausgeschlossen. Vielmehr wird es heute als nicht mehr notwendig erachtet, das Internet als explizites Medium selbstständig zu benennen.⁹⁴

⁹¹ BSK HMG-JaISLI, Art. 31 N 54 (FN 13).

⁹² BSK HMG-JaISLI, Art. 31 N 53 (FN 13).

⁹³ So z.B. noch Art. 15 aAWV Stand am 1. Mai 2016.

⁹⁴ BAG, Heilmittelverordnungspaket IV, Erläuterungen über die Arzneimittelwerbung (Arzneimittel-Werbeverordnung, AWV), vom September 2018, S. 10.

Werbung im Internet wird damit grundsätzlich jener in Printmedien, im Radio, Fernsehen oder Kino gleichgestellt.⁹⁵

[50] Fest steht, dass die Beantwortung konkreter Fragen (vgl. dazu Ausführungen zum Begriff der Anfrage oberhalb) zu einem Arzneimittel grundsätzlich keine Arzneimittelwerbung darstellt.⁹⁶ Der Unterscheidung zwischen aufgedrängter und nachgefragter Information kommt für die Beantwortung einer konkreten Frage, ob es sich dabei um eine werbefreie Information oder um Arzneimittelwerbung handelt, äusserst grosse Bedeutung zu.⁹⁷ Bei einer Internetrecherche wird die Suche nach einer Frage, Stichwort etc. durch den Patienten selber vorgenommen. Daraus könnte geschlossen werden, dass das Suchergebnis auf einer Internetseite *per se* keine Werbung sein kann. Dieses Argument überzeugte das Bundesgericht bisher nicht. Es sah das Kriterium, dass im Internet die Information nachgefragt werden müsse und Werbung daher von vorneherein nicht aufgedrängt werde, nicht als entscheidend an.⁹⁸ Zudem ist zu beachten, dass der Nutzer im Internet nicht nur bewusst Anfragen eingibt, sondern auch auf Informationen (möglicherweise auch auf Werbung als Banner etc.) stossen kann.⁹⁹

[51] Der Patient bekommt durch das Internet einen beinahe grenzenlosen Zugang zu Informationen. Wer im Internet ein Arzneimittel sucht, der wird dieses auch finden. Dabei dürften bei weitem nicht sämtliche Angebote *echt* oder *seriös* sein.¹⁰⁰ Damit erschwert sich der Schutz öffentlich-rechtlicher Interessen sowie die damit einhergehende Umsetzung zunehmend. Diesbezüglich scheint das Interesse, die Patienten vor Werbung für rezeptpflichtige Medikamente zu schützen, zunächst illusorisch. Auf der anderen Seite wird aber auch das Interesse, Patienten vor Werbung zu schützen, durch das Internet relativiert, erweist sich doch gerade aufgrund des Internets die Vorstellung als überholt, dass der Patient über Art und Wirkungsweise des Heilmittels keinerlei Kenntnis hat und er demnach durch Werbung im gleichen Ausmass beeinflusst wäre, wie wenn diesem kein Zugang zum Internet zukommen würde.¹⁰¹ Die im Internet zur Verfügung stehenden Informationen über Krankheiten und Heilmittel führen zu einem zunehmenden Wissen bei den Patienten. Arzneimittelwerbung, insbesondere im Internet, kann folglich vermehrt auch durch einen Laien kritisch hinterfragt werden.¹⁰² Aufgrund des Gesagten darf festgestellt werden, dass das Internet zwar als besonderes Medium für Werbung angesehen werden kann, es sich bei der Arzneimittelwerbung im Internet jedoch nach geltender Auffassung nicht um eine spezielle Art der Werbung handelt.¹⁰³

⁹⁵ Urteil des BGer 2A_20/2007 vom 9. Mai 2007, E. 8.

⁹⁶ GIGER/SAXER/WILDI/FRITZ, S. 81 (FN 6).

⁹⁷ BSK HMG-JAISLI, Art. 31 N 34 m.w.H. (FN 13).

⁹⁸ Urteil des BGer 2A_20/2007 vom 9. Mai 2007, E. 8.

⁹⁹ Urteil des BVerfG C_4173/2007 vom 24. April 2009, E. 5.4.

¹⁰⁰ THOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO, Werbeverbote für Heilmittel und das Ankündigungsrecht der Ärzte – das Beispiel «Botox», in: Jusletter 30. Januar 2012 N 35.

¹⁰¹ *Id* N 35 f.

¹⁰² EGGENBERGER STÖCKLI, S. 5 (FN 35).

¹⁰³ Swissmedic Journal, 8/2006 S. 796.

5.4. Internet und Werbung – Publikumswerbung vs. Fachwerbung

[52] Publikumswerbung richtet sich grundsätzlich an die Allgemeinheit ohne Einschränkung des Adressatenkreises.¹⁰⁴ Im Gegensatz dazu besteht der Adressatenkreis von Fachwerbung gemäss Art. 3 AWV aus Ärzten, Apothekern, Drogisten und weiteren Personen nach Art. 24 f. HMG sowie Art. 52 Abs. 2 VAM. Ohne entsprechende Vorkehrungen sind Inhalte des Internets grundsätzlich der Allgemeinheit und nicht lediglich einem bestimmten Adressatenkreis zugänglich. Bestehen keine besonderen Beschränkungen, gelten daher alle frei zugänglichen Inhalte im Internet als Publikumswerbung.¹⁰⁵ *E contrario* darf das Publikum keinen Zugang zu der Werbung haben, die für Fachpersonen bestimmt ist.¹⁰⁶

[53] Gemäss Art. 5a AWV darf demgemäss Fachwerbung nicht im Internet öffentlich zugänglich gemacht werden. Damit lediglich ein bestimmter Adressatenkreis Zugang zu entsprechender Werbung hat, wird verlangt, dass Fachwerbung im Internet durch ein Passwort geschützt wird.¹⁰⁷ Die Zulassungsinhaberin des Medikaments muss dabei sicherstellen, dass das Medikament ausschliesslich an Fachpersonen mitgeteilt wird.¹⁰⁸ Ein einfaches Anklicken einer Zustimmungserklärung reicht dazu nicht; diesfalls würde die betreffende Informationsplattform nach wie vor als öffentlich zugänglich erachtet.¹⁰⁹ In der Botschaft des HMG wurde gar so weit gegangen und Fachwerbung im Internet untersagt.¹¹⁰ Fachwerbung sei deshalb auf Werbung in Fachzeitschriften und Fachbüchern für Medizinalpersonal sowie in Form von Direktmailings zu beschränken.¹¹¹ Die Möglichkeit, dass Fachzeitschriften und Fachbücher aber nicht zwingend nur von entsprechenden Adressaten gelesen werden müssen, wird jedoch in diesem Kontext ebenso wenig berücksichtigt. Relativiert werden kann dieser Ansatz zumindest vor dem Hintergrund, dass eine vollständige Abschottung von Fachwerbung – auch im Zusammenhang mit bei einer passwortgeschützten Website – nicht vollends möglich ist und auch nicht verlangt wird.¹¹²

5.5. Anwendung des Werbebegriffs im Einzelnen

5.5.1. Gestaltung der Internetseite

[54] Der Auftritt eines Unternehmens im Internet ist wohl in den meisten Fällen mit einer gewissen Absatzförderung verbunden. So informieren Unternehmen oder Hersteller über Internetplattformen einerseits über ihre Produkte und deren Einsatzgebiete. Andererseits wird dem potentiellen Kunden im Internet häufig sogleich die Möglichkeit geboten, die Produkte direkt zu erwerben. Dem Unternehmen ist es zwar grundsätzlich möglich, die Preise der Produkte anzuge-

¹⁰⁴ Erläuternder Bericht zur Änderung der Arzneimittel-Werbeverordnung, Mai 2017, S. 1.

¹⁰⁵ Urteil des BVGer C_546/2010 vom 14. Oktober 2013, E. 3.6.

¹⁰⁶ *Swissmedic Journal*, 8/2006 S. 796.

¹⁰⁷ Urteil des BGer 2A_20/2007 vom 9. Mai 2007, E. 8.

¹⁰⁸ Urteil des BGer 2A_20/2007 vom 9. Mai 2007, E. 8.

¹⁰⁹ Urteil des BVGer C_4173/2007 vom 29. April 2009, E. 6.3.4.

¹¹⁰ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 1. März 1999 (BBl 1999 II 3453), S. 3517f.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² Urteil des BVGer C_4173/2007 vom 24. April 2009, E. 6.3.1.

ben. Diese dürfen sich jedoch nicht auf medizinische Angaben beziehen. Gerade im Bereich der Werbung im Internet ist daher die Gestaltung der Internetseite umso entscheidender.

[55] Ganz allgemein wird verlangt, dass die auf einer Internetseite veröffentlichte Werbung insbesondere den Namen und die Adresse der Zulassungsinhaberin enthalten. Unternehmen sind angewiesen, Informationen auf ihrer Website regelmässig zu aktualisieren und das Datum, an welchem die letzte Aktualisierung stattgefunden hat, eindeutig anzugeben. Zudem müssen alle Angaben in der Werbung im Einklang mit der vom Schweizerischen Heilmittelinstitut zuletzt genehmigten Arzneimittelinformation stehen.¹¹³

[56] Wo die Grenzen zwischen erlaubter Information allgemeiner Art und der unzulässigen Information mit Werbecharakter verläuft, lässt sich insbesondere im Internet nicht in einer abstrakten Weise bestimmen. Vielmehr hängt dies von den gesamten Umständen des Einzelfalls ab.¹¹⁴ Bei der Beurteilung des für den Einzelfall entscheidenden Gesamteindrucks kann auch etwa die konkrete optische Darstellung berücksichtigt werden.¹¹⁵ Konkret muss eine Website so gestaltet sein, dass eine möglichst klare Abgrenzung zwischen dem promotionellen Teil einerseits und dem informativen Teil andererseits besteht.¹¹⁶ So statuiert auch Art. 16 Abs. 3 AWW, dass die Werbung als solche erkennbar sein muss.

5.5.2. Zusammengehörigkeit interner Inhalte

[57] Die einzelnen Inhalte einer Website werden anhand einer Gesamtbetrachtung aus Sicht des Konsumenten beurteilt. Der Anbieter einer jeweiligen Website trägt grundsätzlich die alleinige Verantwortung für deren Inhalte.¹¹⁷ Daran ändert auch nichts, wenn der Anbieter von grundsätzlich werbefreien Informationen auf seiner Website unterschiedliche bzw. separierte Anzeigenseiten aufführt. Kann ein Konsument entsprechend über ein bestimmtes Informationsportal auf grundsätzlich werbefreie Informationen zugreifen, durch Weiterklicken aber ebenfalls (in einem weiteren Schritt) werbende Inhalte abrufen und einsehen, so kann dieser Umstand die offerierten Informationen zu werblichen Inhalten (um-)qualifizieren. Die Anwendung der arzneimittelrechtlichen Werbevorschriften wäre die Folge.

[58] In eine ähnliche Richtung ginge es, wenn eine Informationsplattform lediglich durch allgemeine Informationen gekennzeichnet ist, allerdings für den kommerziellen Vertrieb auf Produktanbieter verwiesen würde (z.B. weiterleitende Kauffunktionen). Bereits das Näherführen eines potenziellen Kunden an ein Produkt dient im Kern der Absatzförderung, sodass an und für sich sachliche Information dazu «missbraucht» wird, werblich auf das Konsumverhalten einzuwirken. Auch in dieser Konstellation erweisen sich die arzneimittelrechtlichen Werbevorschriften als einschlägig.

¹¹³ Vgl. Art. 6 lit. c AWW und Art. 16 Abs. 5 lit. a AWW, Art. 5 Abs. 1 AWW, Art. 16 Abs. 1 AWW, Swissmedic Journal 8/2006 S. 796.

¹¹⁴ Urteil des BVGer C_5490/2015 vom 5. Dezember 2007, E. 3.1.

¹¹⁵ Vgl. Urteil des BVGer C_546/2010 vom 14. Oktober 2013, E. 3.2, m.w.H.

¹¹⁶ Swissmedic Journal, 8/2006 S. 797.

¹¹⁷ Swissmedic Journal, 8/2006 S. 798.

5.5.3. Anrechenbarkeit externer Inhalte

[59] In Bezug auf die Verursachung eines werbenden Informationscharakters können auch externe Inhalte zugezogen werden. Zu denken ist dabei an die Schaltung eines Links auf das Angebot eines Dritten. Aus heilmittelrechtlicher Sicht ist dies prinzipiell nicht zu beanstanden. Entscheidend ist jedoch, dass diese Art der Verknüpfung nicht dazu verwendet werden darf, werberechtliche Schranken der schweizerischen Heilmittelgesetzgebung zu *umgehen*.¹¹⁸ Für den Betreiber einer Website ist dabei zu beachten, dass diesem grundsätzlich ein verlinkter, potentiell werberechtlicher Inhalt eines Dritten zugerechnet werden kann.¹¹⁹ Der Kontext und thematische Bezug, in welchem ein Link gesetzt worden ist, sowie die im Einzelfall verwendete technische Methode können jedoch auch eine Verantwortlichkeit des jeweiligen Linkanbieters begründen.

[60] Als Beispiel dazu kann das sog. *Framing* genannt werden. Bei diesem wird der Internetnutzer auf unterschiedliche (teilweise fremde) Websites geführt, ohne dass dabei die ursprünglich angewählte Website verlassen wird. Dem Verfasser wird mittels Framing ermöglicht, den Inhalt einer fremden Website in die eigene Website miteinzubauen. Da für einen Nutzer grundsätzlich nicht erkennbar ist, dass die verschiedenen Frames fremde Inhalte aufweisen, muss sich in diesen Fällen der Anbieter der ursprünglichen vom Nutzer aufgerufenen Website den fremden Inhalt als seinen eigenen anrechnen lassen. Er übernimmt damit gleichzeitig auch die heilmittelrechtliche Konformität der aussenstehenden Websites. Dieser Verantwortung kann sich prinzipiell entzogen werden, in dem der Nutzer durch einen Warnhinweis unmissverständlich darauf hingewiesen wird, dass auf die Seite eines Dritten gewechselt wird und damit die Anforderung an die schweizerische Heilmittelgesetzgebung nicht gewährleistet werden kann.¹²⁰

6. Abschliessende Bemerkungen

[61] Die Regulierung der Arzneimittelwerbung erschliesst sich in der Schweiz aus verschiedensten (Rechts-)Quellen. Obwohl Publikumswerbung ein höheres Potential zu Missbrauch birgt – dies wird u.a. damit begründet, dass Fachpersonen bei der Verschreibung für Medikamente gewisse Grundsätze einzuhalten haben – ist festzustellen, dass die Regulierung von Fachwerbung eher umfassender erscheint.

[62] Werbung kommt auch in der Pharmabranche eine entscheidende Bedeutung zu. Unternehmen treten dadurch im Markt auf und bringen ihr Produkt an den Konsumenten. Entscheidend ist in der Praxis nach dem Gesagten somit stets die Qualifikation zwischen (unerlaubter) Werbung und werbefreier Information. Diese Abgrenzung wird im Einzelfall durch ein Ermessen geprägt. Die Grenzen sind dabei fließend und eine abstrakte Aussage, ab wann Werbung vorliegt, ist nicht immer leichthin möglich. Umso entscheidender ist die Vornahme einer solchen Abwägung im Rahmen von im Internet geschalteter Werbung. Von der Swissmedic wurden dazu Leitlinien veröffentlicht, welche dem Betreiber einer Website mehr Klarheit schaffen sollen. Dennoch sieht sich der Anbieter einer Website im Einzelfall mit zahlreichen Herausforderungen konfrontiert. So ist einerseits besonderes Augenmerk auf den optisch geprägten Gesamtaufbau

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ Urteil des BVGer C_546/2010 vom 14. Oktober 2013, E. 5.2.

¹²⁰ Swissmedic Journal, 8/2006 S. 798.

der Seite zu legen. Daneben muss sich der Betreiber einer Website auch dem Risiko bewusst sein, dass ihm der gesamte – auch extern verlinkte – Inhalt der Website zugerechnet werden kann. Wird der Besucher einer Website also beispielsweise mittels Link auf die Website eines Dritten verwiesen, so kann ein solchermassen verlinkter (externer) Inhalt dem ursprünglichen Website-betreiber bzw. -verwender unter Umständen zugerechnet werden.

Dr. iur. DANIEL DONAUER, LL.M. (*University of Washington, Health Law*), ist Rechtsanwalt in Zürich. Er praktiziert mit Fokus in den Bereichen Life Sciences & Healthcare, Intellectual Property sowie Litigation. Sein besonderer Fokus liegt in der rechtlichen Beratung zu Anliegen bei Heilmitteln, Lebensmitteln, Gebrauchsgegenständen, Alkohol- und Tabakwaren sowie Werbe-recht für betreffende Erzeugnisse.

SASKIA MARKIEWICZ, MLaw, ist Substitutin in Zürich.