Zur Diskussion / A discuter

Werbung oder Information? Zur Abgrenzungspraxis in der Arzneimittelwerbung

BIRGIT KRAMER*

Durch die Relpax-Entscheidung des Bundesgerichts vom August 2006 hat die Abgrenzung von Werbung und Information in der Arzneimittelwerbung neue Aktualität erlangt. Die Entscheidung wirft die Frage auf, ob und wie die bei der Abgrenzung betroffenen Interessen sachgerecht ausgeglichen werden können. Dieser Beitrag verfolgt die Ausgangsthese, dass eine ausgewogene Auslegung nur möglich ist, wenn bei jedem Abgrenzungsmerkmal konkret das tatsächliche Vorliegen einer Gefährdungssituation, die eine Einschränkung des Informationsflusses erfordert, geprüft wird. Unter diesem Aspekt wird die Schweizer Rechtsprechung zur Beurteilung einer Absatzförderungsabsicht und einer indirekten Bezugnahme auf bestimmte Arzneimittel analysiert. Das Ergebnis der Untersuchung ist, dass eine ausdifferenzierte Abgrenzungspraxis, die dem dargestellten Erfordernis genügt, noch nicht entwickelt wurde.

Avec l'arrêt Relpax rendu en août 2006, le Tribunal fédéral a souligné à nouveau l'actualité de la distinction entre la publicité et l'information en matière de publicité pour les médicaments. L'arrêt soulève d'abord la question de savoir si et comment on doit rechercher un équilibre entre les intérêts concernés par cette délimitation. Dans cette contribution, l'auteur soutient qu'une interprétation pondérée n'est possible que si l'on considère séparément chaque critère de distinction et si l'on détermine ensuite s'il existe réellement une situation de mise en danger devant entraîner une restriction du contenu de l'information. L'auteur analyse ainsi la manière dont la jurisprudence suisse apprécie l'existence d'une volonté de promouvoir les ventes et la référence indirecte à certains médicaments. L'auteur déduit de cette analyse qu'une pratique différenciée répondant aux critères précités n'a pas encore été développée.

I. Publikumswerbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel
II. Widerstreitende Interessen
III. Begriff Arzneimittelwerbung
1. Ziel, den Absatz zu fördern: Absatzförderungsabsicht
2. Bezugnahme: Indirekte Bezugnahme
IV. Fazit
Zusammenfassung/Résumé

I. Publikumswerbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel

Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel ist in der Schweiz unzulässig[1]. Das Europäische Arzneimittelforum hat vor wenigen Monaten in Brüssel eine Aufhebung des umfassenden Werbeverbots in der Europäischen Union erörtert. Argumente sind, dass die Wettbewerbsbeschränkung sich möglicherweise negativ auf den Innovationsstandort Europa auswirkt und dass das Verbot die Möglichkeit der Information der Patienten beschränkt. In der Schweiz ist das Verbot dagegen heute nicht Diskussionsgegenstand. In seiner viel beachteten Relpax-Entscheidung[2] vom August 2006 hat das Bundesgericht den Bestand des umfassenden Publikumswerbeverbots für verschreibungspflichtige Arzneimittel erneut bestätigt.

Um mit dem Werbeverbot eine ungewollte Beeinflussung auszuschliessen, aber eine gewollte Information dennoch zu ermöglichen, bedarf es der sachgerechten Abgrenzung zwischen Werbung und

[1] Vgl. Art. 32 Abs. 2 a HMG, Art. 14 AWV.
[2] BGer, 2A.63/2006, vom 10. August 2006.

Information. Die Auslegung der einzelnen Merkmale des Werbebegriffs muss die durch das Werbeverbot betroffenen, zum Teil widerstreitenden Interessen (1. Abschnitt) so ausgleichen, dass keine von diesen weiter als nötig beschränkt werden. Die derzeitige Praxis in der Schweiz wird dem nicht gerecht. Sie neigt zu pauschalen Beurteilungen, ohne konkret zu fragen, ob die Beschränkung der Informationsvermittlung wirklich notwendig ist. Dieser Beitrag zeigt dies am Beispiel der Beurteilung des Abzielens auf eine Absatzförderung und der indirekten Bezugnahme auf Arzneimittel auf und unterbreitet jeweils Auslegungsvorschläge, die zu einem ausgewogenen Ergebnis führen (2. Abschnitt).

II. Widerstreitende Interessen

Das Verbot, für verschreibungspflichtige Arzneimittel bei Laien zu werben, schützt bekanntermassen die ärztliche Verschreibungsfreiheit vor einer durch Werbung geprägten Einflussnahme durch die Patienten. Dadurch soll ein unzweckmässiger Arzneimitteleinsatz und damit verbunden eine Gefährdung der Gesundheit der Patienten verhindert werden[3]. Damit schränkt das Verbot die Wirtschafts- und Meinungsfreiheit der Pharmaunternehmen zum Schutz der Patienten ein. Pharmaunternehmen können nicht uneingeschränkt Informationen über ihre Tätigkeit und ihre Produkte veröffentlichen. Ebenfalls zum Schutz der Patienten setzt das Verbot dem Selbstbestimmungsrecht der Patienten eine Grenze[4]. Ihnen werden Informationen vorenthalten, obwohl ein grosses Bedürfnis nach Informationen über Krankheiten und Therapiemöglichkeiten besteht. Ein Patient, der eine Arztpraxis verlässt, hat zumeist weder seine Krankheit noch seine Therapie verstanden. Folglich nimmt auch nur jeder zweite seine Medikamente wie vorgesehen ein. Die Lücke zwischen schulmedizinischer Theorie und Praxis ist nicht nur für die Gesundheit des Patienten gefährlich, sondern verursacht auch erhebliche Kosten[5].

Um die negativen Aspekte der Beschränkung der Informationsvermittlung durch das Werbeverbot zu rechtfertigen, muss die Auslegung des Werbebegriffes einerseits den Gesundheitsschutz fördern, ohne andererseits die Wirtschafts- und Meinungsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht unnötig einzuschränken.

III. Begriff Arzneimittelwerbung

Ausgangspunkt für diese Gratwanderung ist die Definition der Arzneimittelwerbung. Die AWV definiert Arzneimittelwerbung als 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[6]. Nicht unter den Werbebegriff fallen Informationen allgemeiner Art über die Gesundheit oder über Krankheiten, sofern sich diese weder direkt noch indirekt auf bestimmte Arzneimittel beziehen[7]. Daraus ergeben sich zwei Elemente, die eine Information als Werbung qualifizieren. Dies sind das Ziel der Absatzförderung (Abschnitt 2.1) und die Bezugnahme auf bestimmte Arzneimittel (Abschnitt 2.2). Bei dem erstgenannten Merkmal ist vor allem das Erfordernis der subjektiven Absatzförderung unklar. Beim zweitgenannten ist besonders die Frage, wann eine indirekte Bezugnahme auf bestimmte Arzneimittel vorliegt, auslegungsbedürftig. Anhaltspunkte für die sachgerechte Interpretation können sich für beide Punkte aus der deutschen Rechtsprechung ergeben.

1. Ziel, den Absatz zu fördern: Absatzförderungsabsicht

Das Ziel, «die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf, den Verbrauch oder die Anwendung von Arzneimitteln zu fördern», wurde durch die bisherige Rechtsprechung nur zum Teil konkretisiert.

Grundsätzlich erfasst der Begriff Arzneimittelwerbung auch sachliche Information, zum Beispiel über Anwendungsmöglichkeiten[8]. Jedenfalls nicht erforderlich ist, dass eine Steigerung des Absatzes des

[3] Vgl. Botschaft HMG, 66; Votum Dreifuss, AB 2000, 611; Hinweise zur Vernehmlassung des Instituts vom 4. August 2005, 6; auch Reko HM 05.124 vom 7. März 2006, E. 3.2.2; Reko HM 05.116 vom 14. Dezember 2005, E. 2.2; BGer, 2A.63/2006, vom 10. August 2006, E. 3.5.4.
[4] Vgl. dazu etwa auch Scheller, Grenzen zulässiger Firmenimagewerbung, GRUR 1991, 112.
[5] Für Deutschland wird etwa geschätzt, dass jährlich 4000 Tonnen Arzneimittel jährlich im Müll landen. Vgl. Heier, Wer soll das bezahlen, wer hat so viel Geld?, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 3. Dezember 2006, Nr. 48, 75. Dort auch zur Gefahr der Einflussnahme durch die Pharmaindustrie «auf Schleichwegen» über Selbsthilfegruppen.
[6] Vgl. Art. 2 AWV.
[7] Vgl. Art. 1 Abs. 2 d AWV.
[8] Vgl. Reko HM 05.116 vom 14. Dezember 2005.

Arzneimittels wirklich eintritt[9]. Vielmehr ist das Abzielen auf eine Änderung des Konsumverhaltens der Patienten ausreichend. Auch die blosse Änderung des Konsumverhaltens beinhaltet Täuschungs- und Fehlbehandlungsrisiken, die angesichts des Zwecks des HMG eine staatliche Kontrolle rechtfertigen[10].

Dagegen ist nicht klar, ob subjektiv die Absicht zur Absatzförderung vorliegen muss. Die Tendenz geht zu einer objektiven Beurteilung aus Sicht des angesprochenen Publikums. In seiner Relpax-Entscheidung beurteilt das Bundesgericht die Frage, ob eine Massnahme auf eine Änderung des Konsumverhaltens gerichtet ist, «in erster Linie nach deren objektiver Wahrnehmung aus Sicht des angesprochenen Publikums»[11]. Ob darüber hinaus subjektiv die Absicht vorliegen muss, den Absatz eines Präparates zu fördern, hat das Bundesgericht offen gelassen[12]. Die Swissmedic schliesst sich dieser Betrachtungsweise an[13]. Die Rekurskommission Heilmittel beurteilt die Absicht des Werbenden als zweitrangig neben der objektiven Werbewirksamkeit[14]. Auch die Motivation des Werbenden ist nach der Praxis der Rekurskommission für die Beurteilung unerheblich. Selbst wenn durch die Absatzförderung ein gesetzlich vorgesehener Zweck angestrebt wird, legalisiert dies eine Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel nicht[15].

Im Vergleich hierzu ist nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs die Absicht der eigenen oder fremden Absatzförderung erforderlich[16]. Nicht erforderlich ist das Eintreten einer tatsächlichen Absatzförderung. Die Handlung muss nur zum Zweck der Absatzförderung erfolgen. Nach der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung des Gerichts darf die Absicht, den eigenen oder einen fremden Absatz zu fördern, nicht hinter anderen Beweggründen völlig zurücktreten[17].

Die Frage, ob die Absatzförderungsabsicht notwendig ist, kann mittels der klassischen Auslegungsinstrumente bejaht werden. Aus dem Wortlaut der Definition «welche zum Ziel haben» lässt sich zwar weder eine objektive noch eine subjektive Beurteilung ableiten. Der Zweck, vor Gesundheitsschäden durch unsachgemässe Medikation zu schützen, spricht sogar für die objektive Betrachtungsweise. Dafür, ob ein Patient sich durch eine Werbung veranlasst sieht, ein bestimmtes Arzneimittel zu verlangen, ist entscheidend, wie sie verstanden wird, nicht wie sie gemeint war. Die objektive Betrachtungsweise wird aber weder der Systematik noch dem Zweck der Vorschriften zur Arzneimittelwerbung gerecht.

Der Systematik der AWV liegt eine subjektive Betrachtungsweise zu Grunde. Dies lässt sich am Art. 1 Abs. 2 a AWV verdeutlichen. Dieser nimmt das Packungsmaterial und die Arzneimittelinformation von der Anwendung der Vorschriften über die Werbung aus. Die Packungs- und Arzneimittelinformationen sind gesetzlich geregelt. Ein Unternehmen verfolgt mit ihnen den Zweck, seine gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen. Solche Massnahmen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht unter den Werbebegriff fallen. Damit unterscheidet die AWV zwischen dem Zweck der Absatzförderung einerseits und Äusserungen zur Erfüllung gesetzlicher Anforderungen andererseits. Stellt man dagegen rein auf die objektive Betrachtung ab, müssten konsequenterweise auch die Packungs- und Arzneimittelinformationen, wenn sie zum Beispiel über positive Studienergebnisse berichten, in den Anwendungsbereich der AWV fallen. Es ergäben sich unlösbare Widersprüche zwischen der gesetzlichen Informationspflicht und dem Publikumswerbeverbot. Dies erkennt auch die Swissmedic und erachtet es – trotz objektiver Betrachtung – als zulässig, dass Arzneimittelinformationen dem Publikum frei zugänglich gemacht werden[18].

In teleologischer Hinsicht ist die objektive Betrachtungsweise nicht vom Gesetzeszweck gedeckt. Allgemeine Äusserungen über Arzneimittel wie zum Beispiel wissenschaftliche Erkenntnisse, Erfahrungsberichte von Patienten oder redaktionelle Beiträge über Arzneimittel können werbliche Effekte haben. Bei objektiver Beurteilung müssten all diese am Massstab der AWV gemessen werden. Die

[9] Reko HM 05.116 vom 14. Dezember 2005, E. 4.4.2; BGer, 2A.63/2006, vom 10. August 2006, E. 3.7.1.
[10] Reko HM 05.116 vom 14. Dezember 2005, E. 4.4.3.
[11] BGer, 2A.63/2006, vom 10. August 2006, E. 3.7.2.
[12] BGer, 2A.63/2006, vom 10. August 2006, E. 3.7.2.
[13] Vgl. Swissmedic, Frage- und Antwortkatalog zur Richtlinie Arzneimittelwerbung im Internet, Frage 20.
[14] Reko HM 04.078 vom 1. April 2005, E. 5.2.2, 5.4.
[15] Reko HM 05.143 vom 24. März 2006, E. 3.2.3.
[16] BGH, I ZR 116/93, vom 27. April 1995, GRUR 1995, 613, «Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie»; Doepner, HWG, § 1 Rn. 12.
[17] BGH, I ZR 29/88, vom 12. Oktober 1989, GRUR 1990, 374, «Schönheits-Chirurgie»; BGH, I ZR 60/91, vom 25. Juni 1992, GRUR 1992, 708, «Erdgassteuer»; Doepner, HWG, § 1 Rn. 12; Gloy / Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Aufl., 2005, § 11 Rn. 9.
[18] Vgl. Swissmedic, Frage- und Antwortkatalog zur Richtlinie Arzneimittelwerbung im Internet, Frage 21.

Swissmedic müsste sämtliche Informationen über ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel kontrollieren. Dies führt zu Ergebnissen, die weit über die durch den Gesetzeszweck gerechtfertigten Eingriffe in die Wirtschafts- und Meinungsfreiheit sowie das Selbstbestimmungsrecht hinausgehen. Hier erkennt die Swissmedic auch ein Problem. Nach eigenen Angaben wertet sie vereinzelte Meinungsäusserungen von Patienten zur Wirksamkeit von Präparaten nicht als Werbung, da das Kriterium der «Eignung zur Absatzförderung» nicht im Vordergrund stehe[19]. Damit biegt sie sich die objektive Eignung zur Absatzförderung so zurecht, dass die Absatzförderung bis zu einem gewissen Ausmass im Vordergrund stehen muss. Dies ist weder mit einer objektiven Betrachtungsweise noch mit dem Gesetz in Einklang zu bringen.

Von diesen rechtstheoretischen Bedenken abgesehen, besteht auch kein Bedürfnis für eine objektive Betrachtungsweise. Auf die subjektive Absatzförderungsabsicht kann aus konkreten Anhaltspunkten des Falles geschlossen werden[20]. Kein solcher Anhaltspunkt kann der werbliche Effekt selber sein[21]. Ein deutlicher Anhaltspunkt werden dagegen regelmässig hohe finanzielle Aufwendungen unter Angabe der Produktbezeichnung oder des Namens des Unternehmens sein.

2. Bezugnahme: Indirekte Bezugnahme

Nur wenn ein Informationsadressat ein bestimmtes Arzneimittel erkennen kann, kann er in der Rolle des Patienten die Wahl des Arzneimittels durch den Arzt beeinflussen. Zweites Kriterium zur Abgrenzung von Werbung ist deswegen die direkte oder indirekte Bezugnahme auf Arzneimittel.

Fälle des direkten Bezugs sind unproblematisch. Das umworbene Präparat ist für die Adressaten ohne weiteres erkennbar, wenn es etwa ausdrücklich beim Namen genannt oder abgebildet wird[22].

Die Beurteilung der indirekten Bezugnahme eröffnet dagegen Auslegungsspielraum. Nach der Praxis des Bundesgerichts und der Rekurskommission Heilmittel liegt sie vor, wenn sich für den durchschnittlich gebildeten, interessierten Werbeadressaten aufgrund seines Vorwissens oder weiterer Informationen klar und eindeutig ergibt, welches oder welche Arzneimittel beworben werden[23]. Ergibt sich aufgrund des Vorwissens des Publikums in Verbindung mit einer vom Pharmaunternehmen gegebenen Information eindeutig, welches oder welche Arzneimittel gemeint sind, liegt eine indirekte Bezugnahme vor. Zum Beispiel sind Berichte oder Inserate über eine Krankheit, die nur eine Indikation nennen, Werbung, wenn Krankheit und Arzneimittel in dem Sinne untrennbar miteinander verbunden sind, dass der eine Begriff unweigerlich mit dem anderen assoziiert wird[24]. Zusätzliche Informationen, die das Unternehmen selber zum Beispiel auf seiner Internetseite[25] oder bei entsprechender aufforderungsgemässer Nachfrage[26] zur Verfügung stellt, die eine Identifikation ermöglichen, werden berücksichtigt. Die Beurteilung erfolgt im Einzelfall nach den Gesamtumständen[27].

Die derzeitige Rechtsprechungspraxis berücksichtigt bei dieser Beurteilung den Gesetzeszweck nicht ausreichend. Deutlich wird dies bei der Beurteilung der Erwähnung von Arzneimittelgruppen. Obwohl das Gesetz Gesundheitsgefährdungen verhindern soll, wird hier nicht geprüft, ob dem Publikum die Identifikation eines Arzneimittels tatsächlich möglich ist (Abschnitt 2.2.1). Bei der Berücksichtigung von Informationen von dritter Seite, auf die das Unternehmen verweist, wird trotz gesundheitspolizeilicher Zwecksetzung nicht geprüft, ob über die Identifikationsmöglichkeit hinaus auch eine Gefährdungssituation vorliegt (Abschnitt 2.2.2).

---

[19] Vgl. Swissmedic, Frage- und Antwortkatalog zur Richtlinie Arzneimittelwerbung im Internet, Frage 59.
[20] Vgl. dazu auch Weihe-Gröning, Der heilmittelrechtliche Werbebegriff, WRP 1997, 412.
[21] So könnte aber die Anmerkung des Bundesgerichts («Es ist weder ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin glaubhaft gemacht worden, dass sie als gewinnorientiertes Unternehmen die objektiv als Werbung einzustufende Broschüre aus rein altruistischen Gründen knapp einer Million Frauen in der Schweiz zugestellt hat.») in BGer, 2A.63/2006, vom 10. August 2006, E. 3.7.3, verstanden werden.
[22] Vgl. Swissmedic, Frage- und Antwortkatalog zur Richtlinie Arzneimittelwerbung im Internet, Frage 43.
[23] Vgl. BGer, K 68/01, vom 14. Januar 2003; BGE 129 V 32 E. 6.4.3; Reko HM 05.124 vom 7. März 2006, E. 3.1; Reko HM 05.116 vom 14. Dezember 2005, E. 4.1.
[24] Vgl. Reko HM 05.124 vom 7. März 2006, E. 4.3.1; BGer, K 68/01, vom 14. Januar 2003; BGE 129 V 32 E. 6.4.3.
[25] Reko HM 05.116 vom 15. Dezember 2005, E. 4.3.3.
[26] Reko HM 03.028 vom 6. Mai 2003, E. 4.2.
[27] BGer, 2A.63/2006 vom 10. August 2006, E. 3.6.4.

a) Arzneimittelgruppen

Nennt eine Information eine Gruppe von Arzneimitteln, genügt dies nach Ansicht der Rekurskommission Heilmittel und des Bundesgerichts, um einen Arzneimittelbezug herzustellen[28]. Der Ausschluss nach Art. 1 Abs. c AWV spricht von «bestimmte Arzneimittel», erfordert also nicht den Verweis auf ein bestimmtes Arzneimittel. Ausserdem kann es angesichts des gesundheitspolizeilichen Ziels des Heilmittelwerberechts nicht darauf ankommen, ob nur für ein einzelnes Präparat oder eine ganze Arzneimittelgruppe geworben wird.

In Deutschland wurde an mehreren entschiedenen Fällen eine differenzierte Beurteilung der Erwähnung von Arzneimittelgruppen entwickelt[29]. Nennt eine Werbung einen Wirkstoff in Verbindung mit dem Namen des Anbieters, wird bei Monopräparaten darin regelmässig ein Hinweis auf ein bestimmbares Arzneimittel gesehen[30]. Wird dagegen nur eine von vielen Wirksubstanzen eines Kombinationspräparates erwähnt, besteht kein ausreichender Bezug[31]. Wird der Name eines Unternehmens und eine Arzneimittelkategorie angegeben, die nur wenige Präparate umfasst, liegt eine produktbezogene Werbung vor[32]. Wird eine bestimmte Arzneimittelkategorie benannt, ohne ein Pharmaunternehmen zu erwähnen, handelt es sich dagegen nicht um produktspezifische Werbung. Da nur verschiedene gegenseitig austauschbare Produkte eines oder verschiedener Pharmaunternehmen genannt werden, bezieht sich die Werbung nicht auf hinreichend individualisierbare Arzneimittel[33]. Die Bewerbung ganzer Warengruppen wie beispielsweise allgemeiner Substanzkategorien ohne zusätzliche ergänzende konkrete Produktinformationen ist aus dem gleichen Grunde heilmittelwerberechtlich irrelevant[34]. Auch die Bewerbung der gesamten Produktpalette eines Unternehmens wird nicht am Heilmittelwerberecht gemessen, da sie nicht auf ein bestimmtes Arzneimittel abzielt, sondern generell auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmens[35].

In der deutschen Rechtsprechung erfolgt eine Differenzierung am Massstab des Gesetzeszwecks. Die Möglichkeit einer Gesundheitsgefährdung besteht nur dann, wenn der Patient wirklich in der Lage ist, ein bestimmtes Arzneimittel zu identifizieren und zu verlangen. Dies ist nicht immer der Fall, wenn eine Arzneimittelgruppe erwähnt wird. Aber nur wenn die Möglichkeit zur Identifikation vorliegt, rechtfertigt der Gesundheitsschutz eine Beschränkung der Wirtschafts- und Meinungsfreiheit sowie des Selbstbestimmungsrechts. Deswegen sollte für eine sachgerechte Differenzierung bei der Beurteilung der Erwähnung einer Arzneimittelgruppe der Gesetzeszweck im Einzelfall zum Massstab gemacht werden. Eine Bezugnahme liegt danach nur vor, wenn die Arzneimittelgruppe so klein und bestimmbar ist, dass eine Identifikation durch den Patienten auch wirklich möglich ist.

b) Informationen von Dritten

Der Schutz vor Gesundheitsgefährdungen rechtfertigt nur eine Einschränkung der Wirtschafts- und Meinungsfreiheit und des Selbstbestimmungsrechts, wenn über die tatsächliche Identifikationsmöglichkeit hinaus auch eine Gefährdung vorliegt.

Dies berücksichtigen Bundesgericht und Rekurskommission Heilmittel nicht angemessen. Nach ihrer Praxis führt Information von Seite eines Dritten, auf die das Unternehmen verweist, zur heilmittelwerberechtlichen Kontrolle, wenn sie eine Identifikation bestimmter Arzneimittel ermöglicht. Dies ist der Fall bei einem Verweis auf die Internetseite eines Dritten[36]. Zum gleichen Ergebnis kommt das Bundesgericht im Relpax-Fall. Eine Information, die den Namen des Herstellers und Wirkstoffes nennt und dazu auffordert, ärztlichen Rat einzuholen, wird als eine indirekte Bezugnahme im Sinn der AWV gewertet, weil sich mit dem ärztlichen Rat die Möglichkeit ergebe, das betreffende Arzneimittel des

[28] Reko HM 05.116 vom 15. Dezember 2005, E. 4.3.3; BGer, 2A.63/2006, vom 10. August 2006, E. 3.6.5.
[29] Dort ist die Bezugnahme bei der Abgrenzung einer rein unternehmensbezogenen Imagewerbung von einer heilmittelwerberechtlich relevanten produktbezogenen Absatzwerbung von Belang. Vorwissen und zusätzliche Informationen der Werbeadressaten sind ebenfalls von Bedeutung.
[30] OLG München, Pharma Recht 1989, 126; OLG Hamburg, MD 1993, 860; Doepner, HWG, § 1 Rn. 18.
[31] Doepner, HWG, § 10 Rn. 14.
[32] Doepner, HWG, § 1 Rn. 18.
[33] BGH, I ZR 177/ 90 vom 17. Juni 1992, GRUR 1992, 871, «Femovan»; Doepner, HWG, § 1 Rn. 18.
[34] OLG Frankfurt, ES-HWG § 1 Werbung / Nr. 5; Doepner, HWG, § 1 Rn. 19.
[35] BGH, I ZR 154/94 vom 15. Dezember 1994, GRUR 1995, 224, «Pharma-Hörfunkwerbung»; BGH, I ZR 221/90 vom 17. Juni 1992, GRUR 1992, 874, «Pharma-Werbespot».
[36] Vgl. Reko HM 05.124 vom 7. März 2006, E. 4.3.2.

Herstellers zu identifizieren[37]. Das Gericht differenziert nicht danach, auf wen verwiesen wird und ob durch die zusätzliche Information tatsächliche eine Gefährdung eintritt.

Aus der deutschen Rechtsprechung sind in diesem Zusammenhang vor allem zwei Entscheidungen von Belang. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die Angabe allgemeiner Anwendungsgebiete («Sportverletzung, Zahn-, Kopf-, Gliederschmerzen oder Schnupfen») in Verbindung mit der Firmenbezeichnung und der Aufforderung, die Arzneimittel der werbenden Firma in der Apotheke zu verlangen, keine produktbezogene Werbung sei. Entscheidend war, dass notwendigerweise erst der Apotheker darüber entscheidet, welches Mittel aus der Angebotspalette der Firma er dem Kunden empfiehlt. Dadurch ist eine beratende Tätigkeit durch einen Apotheker gewährleistet[38]. Die Gefahr einer Selbstmedikation durch den Patienten allein aufgrund der Werbeangaben besteht nicht. Diese setzt voraus, dass der Patient konkret ein bestimmtes Mittel hinreichend bezeichnen und dies bestimmt verlangen kann[39]. Deswegen wurde in einem ähnlichen Fall vom Vorliegen einer produktbezogenen Werbung ausgegangen. Dort wurden die konkrete Indikation und der Name des Anbieters genannt. Zusätzlich wurde das Produkt als zu einem Naturheilverfahren einer bestimmten Medizin gehörig gekennzeichnet, die durch die Berichterstattung in den Medien beim Publikum bekannt war. Dies führt dazu, dass der Patient das konkrete Produkt benennen kann. Das Gericht betont ausserdem, dass bei den angesprochenen Verbrauchern die Einschaltung eines Arztes oder Apothekers nicht notwendig zu erwarten gewesen sei, da der Inhalt der Anzeige gerade von den schulmedizinisch behandelnden Ärzten wegwies[40].

In den dargestellten deutschen Entscheidungen erfolgt die Beurteilung danach, ob die Möglichkeit der Identifikation des Arzneimittels besteht und ob sie auch wirklich zu Gesundheitsgefährdungen durch eine unsachgemässe Medikation führen kann. Auch wenn bei der Relpax-Entscheidung des Bundesgerichts, anders als im erstgenannten Fall des Bundesgerichtshofs, ein konkretes Arzneimittel benannt werden kann, muss für die Einschränkung der Informationsmöglichkeit letztendlich entscheidend sein, ob eine effektive Gefährdungssituation besteht. Erfolgt eine fachmännische Beratung durch den Apotheker oder Arzt, der letztendlich das Arzneimittel bestimmt, erfordert der Gesundheitsschutz nicht, die Werbung zu unterbinden. Deswegen ist bei zulässiger Publikumswerbung auch der Hinweis, zu Risiken und Nebenwirkungen den Arzt oder Apotheker zu befragen, vorgesehen. Die so erlangte zusätzliche Information schützt gerade vor einer unsachgemässen Medikation. Selbst wenn der Patient nach dem Präparat eines bestimmten Unternehmens fragt, verlangt es die Sorgfaltspflicht vom Arzt, dass er auf Gefahren des Arzneimittels hinweist und auch Alternativen nennt. Ein Arzt wird kein Arzneimittel verschreiben, das die Gesundheit des Patienten gefährdet, nur weil der Patient nach diesem Arzneimittel gefragt hat. Eine andere Annahme verkennt die Rolle des Arztes als Fachmann, der für Fehler haftet. Andererseits wird der Patient, der ja gerade den Rat des Fachmanns gesucht hat, nicht auf einem bestimmten Arzneimittel beharren, von dem der Arzt ausdrücklich abrät.

Daraus ergibt sich, dass bei der Berücksichtigung von Informationen von dritter Seite zur Beurteilung der Frage, ob eine indirekte Bezugnahme vorliegt, die eine heilmittelwerberechtliche Kontrolle notwendig macht, jeweils der Gesetzeszweck berücksichtigt werden muss. Das impliziert eine konkrete Prüfung, ob über die Möglichkeit der Identifikation eines bestimmten Arzneimittels auch eine Gefährdungslage vorliegt. Wird auf eine ärztliche Beratung verwiesen, ist das nicht der Fall.

IV. Fazit

Die sachgerechte Abgrenzung von Werbung und Information muss einen Ausgleich zwischen allen betroffenen Interessen schaffen. Berührt ist der Schutz vor Gesundheitsschäden durch eine unsachgemässe Medikation wegen unzutreffender durch die Werbung vermittelten Vorstellungen. Genauso betroffen ist aber der Schutz vor Gesundheitsschäden durch eine unsachgemässe Medikation durch mangelnde Aufklärung der Patienten. Dahinter steht das Selbstbestimmungsrecht der Patienten. Ausserdem berührt sind die Wirtschafts- und Meinungsfreiheit der Pharmaunternehmen. Eine ausgewogene Auslegung des heilmittelrechtlichen Werbebegriffs erfordert, bei jedem Abgrenzungsmerkmal im Einzelfall zu prüfen, ob eine Gefährdungssituation vorliegt, die eine Einschränkung des Informationsflusses erfordert. Unzureichend ist dagegen eine pauschale Beurteilung bestimmter Konstellationen,

[37] Reko HM 05.116 vom 15. Dezember 2005, E. 4.3.2.
[38] BGH, I ZR 154/94 vom 15. Dezember 1994, GRUR 1995, 223, «Pharma-Hörfunkwerbung».
[39] BGH, ZR 221/90, vom 17. Juni 1992, GRUR 1992, 874, «Pharma-Werbespot».
[40] KG 5 U 55/04, vom 30. November 2004, «Dr. Rath».

zu der die Rechtsprechung in der Schweiz derzeit neigt. In diesem Beitrag wurden die Beurteilung des Abzielens auf eine Absatzförderung und der indirekten Bezugnahme angesprochen. Das Abzielen auf eine Absatzförderung an einem objektiven Massstab zu messen, führt in seiner Konsequenz zur heilmittelrechtlichen Kontrolle sämtlicher Informationen über ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel. Es liegt auf der Hand, dass eine derartige Einschränkung des Informationsflusses nicht vom Zweck des Heilmittelwerberechts gedeckt ist. Die undifferenzierte Berücksichtigung eines Hinweises auf eine Arzneimittelgruppe als indirekte Bezugnahme hindert Informationen auch in Fällen, in denen es nicht erforderlich ist, etwa weil die Arzneimittelgruppe so gross ist, dass der Patient kein Arzneimittel identifizieren kann. Auch die Beachtung von Informationen Dritter bei der indirekten Bezugnahme, ohne Rücksicht darauf, wer der Dritte ist und ob die vermittelten Informationen wirklich zu einer Gefährdung führen, schränkt die Vermittlung von Informationen ein, obwohl es vor dem Zweck der AVW nicht nötig ist. Die ungenügende Berücksichtigung des Gesetzeszwecks bei der Auslegung des Arzneimittelwerbebegriffs begründet die Gefahr, dass der Versuch, die Gesundheit zu schützen, letztendlich zu Lasten der Patienten geht, weil Informationsmöglichkeiten überflüssigerweise eingeschränkt werden.

Zusammenfassung

Die Frage der Abgrenzung zwischen Werbung und Information ist von besonderer Bedeutung. Da Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel unzulässig ist, entscheidet diese Abgrenzung darüber, ob eine bestimmte Aussage zu einem verschreibungspflichtigen Arzneimittel auch dem Laienpublikum zugänglich gemacht werden darf. Neben dem Interesse der Pharmaunternehmen, Informationen über Produkte und Krankheiten zu veröffentlichen, berührt die Frage das Interesse der Patienten in zweifacher Hinsicht. Zum einen im Sinne des Schutzes vor Gesundheitsgefährdungen durch eine unsachgemässe Medikation, zum anderen im Sinne einer Beschränkung der Informationsmöglichkeiten der Patienten. Dieser Beitrag untersucht die Abgrenzungspraxis der Rechtsprechung in der Schweiz. Betrachtet wird die Beurteilung des Abzielens auf eine Absatzförderung und der indirekten Bezugnahme auf bestimmte Arzneimittel. Beim Abzielen auf eine Absatzförderung geht die Tendenz zur Beurteilung an Hand eines objektiven Massstabs. Bei der indirekten Bezugnahme werden Hinweise auf eine Arzneimittelgruppe und Informationen von dritter Seite ohne nähere Differenzierung berücksichtigt. Diese Praxis führt in beiden Fällen in ihrer Konsequenz zu einer nicht mehr vom Zweck des Heilmittelwerberechts gerechtfertigten Einschränkung des Flusses an Informationen über Arzneimittel. Eine ausgewogene Auslegung des heilmittelrechtlichen Werbebegriffs dagegen erfordert, bei jedem Abgrenzungsmerkmal im Einzelfall zu prüfen, ob eine Gefährdungssituation vorliegt, die eine Beschränkung der Informationsvermittlung erfordert. Nur bei einer solchen Auslegung kann der Gefahr, dass sich die Informationskontrolle nicht nur zu Lasten der Unternehmen, sondern auch der Patienten auswirkt, begegnet werden.

Résumé

La distinction entre publicité et information est particulièrement importante. Dans la mesure où la publicité pour des médicaments soumis à ordonnance est interdite, l'on détermine de la sorte si une assertion précise sur un médicament soumis à ordonnance peut être rendue accessible au public non-initié. Hormis l'intérêt des entreprises pharmaceutiques de publier des informations sur les produits et les maladies, la question touche les intérêts des patients à un double titre: d'une part sous l'angle de la protection contre les atteintes à la santé ensuite d'une médication inappropriée et, d'autre part, sous l'angle d'une restriction des possibilités du patient de s'informer. Cet article examine la jurisprudence suisse rendue en la matière. Est en particulier analysée la manière d'apprécier l'existence d'une volonté de promouvoir les ventes et la référence indirecte à certains médicaments. En cas de volonté avérée de promouvoir les ventes, l'appréciation a tendance à se baser sur un critère objectif. Pour ce qui concerne les références indirectes, les indications données sur un ensemble déterminé de médicaments et les informations émanant de tiers sont examinées sans faire de plus ample distinction. Le résultat de cette pratique entraîne dans les deux cas une restriction du contenu des informations sur les médicaments qui ne se justifie plus au regard du but poursuivi par la législation sur la publicité pour les médicaments. Une interprétation pondérée de la notion de publicité pour les médicaments exige au contraire que l'on considère séparément chaque critère de délimitation et qu'on examine concrètement s'il existe une situation de mise en danger devant entraîner une restriction du contenu

des informations. C'est seulement de la sorte que l'on peut éviter le risque que le contrôle de l'information ne se fasse au détriment des entreprises, mais également des patients.

* Dr., deutsche Rechtsanwältin, Zürich.