

Die Vorkontrolle der Arzneimittelwerbung ist verfassungskonform

Jean-Christophe Méroz/Sylvia Schüpbach

Lic. iur. und Fürsprecherin, Swissmedic, Schweizerisches Heilmittelinstitut, Bern

Professor Bertil Cottier schreibt in medalex 1/02, die Vorkontrolle gewisser Arten von Arzneimittelwerbung, so wie sie die Arzneimittel-Werbeverordnung vorschreibt, sei verfassungswidrig. Die Auffassung des Bundesgerichts, wonach Werbung ein Element der Wirtschaftsfreiheit und nicht der Meinungsäusserungsfreiheit ist, widerspreche der EMRK und damit auch dem Primat des Völkerrechts. Weiter fehle es an einer gesetzlichen Grundlage für die Vorkontrolle der Arzneimittelwerbung. Wir sind anderer Meinung.

Presseerzeugnisse mit ideellem Charakter werden durch die Medienfreiheit geschützt. Demgegenüber werden Äusserungen mit kommerziellem Charakter, wie etwa Arzneimittelwerbung, durch die Wirtschaftsfreiheit geschützt (Art. 27 BV; BGE 118 Ib 362; 125 I 417). Die EMRK kennt keine ausdrückliche Wirtschaftsfreiheit, sondern subsumiert sie unter Art. 10 Abs. 2 EMRK und lässt Einschränkungen zu. Diese können unter Umständen durchaus denjenigen entsprechen, die mit Art. 27 BV vereinbar sind (vgl. BGE 123 I 18 und 201).

Art. 31 Abs. 3 HMG bestimmt, dass der Bundesrat zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz gegen Täuschung die Werbung für bestimmte Arzneimittel oder Arzneimittelgruppen beschränken oder verbieten kann. Aus diesem Wortlaut kann nicht geschlossen werden, dass entsprechende Massnahmen nur im Nachhinein getroffen werden dürften. Die Vorkontrolle ist eine Beschränkung der Werbung und findet in Art. 31 Abs. 3 HMG ihre gesetzliche Grundlage. Auch die EU kennt im Bereich der Arzneimittelwerbung die Möglichkeit der Vorkontrolle (Art. 97 der Richtlinie 2001/83/EG). Frankreich hat dies bereits umgesetzt: Für das Internet bestimmte Arzneimittelwerbung darf dort erst nach durchlaufener Vorkontrolle ins Netz gestellt werden.

Im klassischen Verständnis bedeutet Zensur die Überwachung von öffentlich gehaltenen Reden, bildlichen Darstellungen, Druckerzeugnissen, Theater, Filmen, Rundfunk- und Fernsehsendungen und anderen Massenmedien. Die Zensur zielt auf die inhaltliche Kontrolle der Kommunikation über politische, wirtschaftliche, soziale und religiöse Themen; sie dient letztlich den jeweiligen Herrschaftsträgern zur Absicherung ihrer Macht (vgl. Historisches Lexikon der Schweiz). Dies ist sicher alles klar abzulehnen. Die Vorkontrolle bestimmter Arten von Arzneimittelwerbung verfolgt demgegenüber als Kontrolle einer kommerziellen Äusserung ein anderes Ziel, nämlich den Schutz der Gesundheit und den Schutz vor Täuschung.

Ein Interessenkonflikt zwischen dem Gesundheitsschutz und dem Erzielen eines Gewinnes, wie er durch die

Wirtschaftsfreiheit geschützt wird, kann nicht per se ausgeschlossen werden. Werbung – auch die Arzneimittelwerbung – hat zum Ziel, den Absatz zu fördern (vgl. Art. 2 Bst. a AWW). Arzneimittel weisen ein Missbrauchs- und Gefährdungspotenzial auf. Wer sie nimmt, befindet sich nicht selten in einer Notlage. Das Ziel der Anbieter, die Menge konsumierter Arzneimittel zu erhöhen, kann mit dem Gesundheitsschutz in Widerspruch stehen. Aus diesem Grund wurde die Arzneimittelwerbung stark durchge-regelt.

Diese Regelungen schränken die Werbetreibenden ein. Während Werbung für allgemeine Konsumgüter unter Beachtung des UWG ohne weiteres zulässig ist, statuiert die AWW inhaltliche Schranken. Sie sollen zur Aufklärung und zum Schutz der Patientinnen und Patienten auch gewährleisten, dass Arzneimittelwerbung einen hohen Informationsgehalt aufweist. Arzneimittelwerbung kann somit keine freie Meinungsäusserung sein – sie muss sich auf wissenschaftliche Tatsachen stützen. In der Vorkontrolle wird eine Werbung lediglich auf ihre Konformität mit den gesetzlichen Bestimmungen überprüft. Ist sie konform, hat der Geschwister Anspruch auf die Ausstrahlung oder Publikation.

Bei dem Streit, ob Arzneimittelwerbung überhaupt so stark reguliert werden solle und ob eine allfällige Vorkontrolle verhältnismässig ist, stellt sich die Frage, ob potenzielle Konsumentinnen und Konsumenten von Arzneimitteln überhaupt eines Schutzes bedürfen. Der Bundesrat und das Parlament sind bei der Erarbeitung des Heilmittelgesetzes und der AWW davon ausgegangen, dass es sich bei Arzneimitteln um Produkte handelt, die ausserordentlich komplex sind. Naturwissenschaftliche Laien (und dazu gehören auch Juristen und Juristinnen) können ihre Wirkmechanismen nicht begreifen und Folgen eines allfälligen Miss- oder Fehlgebrauchs schwer abschätzen.

Über eine andere Betrachtungsweise lässt sich selbstverständlich diskutieren. Es handelt sich hier jedoch um Produkte, welche ein Gefährdungspotenzial bergen, das wirk-same Schutzvorkehrungen verlangt; Experimente in die-

Le dernier mot
Das letzte Wort

sem Gebiet erscheinen uns als fahrlässig. Wir halten aus diesen Gründen eine Vorkontrolle gewisser Arzneimittel-

werbungen für verhältnismässig. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 4 BV erfüllt. ■

«Il faut murer le privé»

Ludwig A. Minelli

Lic. iur., Rechtsanwalt, Forch

Franz Werro zeigt in medialex 2002, S. 81 ff. dass jedenfalls im Ausland seit einiger Zeit die Gefahr der Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch zunehmend nur noch kommerziell agierende Medienunternehmen wahrgenommen worden ist. Sanktionen solcher Persönlichkeitsverletzungen sollten nicht mehr aus der Portokasse bezahlbar sein, wenn sie eine präventive Wirkung auf Verlage ausüben sollen. Nur wenn der Finanzchef eines Unternehmens solcher Zahlungen wegen ein paar schlaflose Nächte hat, wird sich ein Verleger oder was sich dafür hält, wieder darum kümmern, was auf der Rückseite von Inseraten abgedruckt wird.

Doch Werro argumentiert aus der Sicht des Theoretikers, dem die tatsächlichen Verhältnisse zu wenig bekannt sind. Das ist dieselbe ungenügende Grundlage, auf welcher der Gesetzgeber gehandelt hat, der bei der Revision von Art. 28 ZGB das Recht auf Gewinnherausgabe in das Gesetz geschrieben hat und damit glaubte, Wunder was vollbracht zu haben.

Kurzfristige Auflagen erhöhungen bringen einem Print-Medien-Unternehmen trotz möglicherweise während weniger Tage erhöhter Vertriebs Erlöse primär einen Verlust: die Kosten der für die Mehrauflage notwendigen Menge an Papier, die Druck- und zusätzlichen Vertriebskosten werden durch solche Erlöse in aller Regel nicht gedeckt; Anzeigenpreise werden nur in grösseren Abständen aufgrund stabilen Aufwuchses (oder Preissteigerungen) erhöht. Kommen – wie etwa im Fall Ringier/Borer – noch 800 Abo-Abbestellungen und ein Imageverlust hinzu, der sich auch auf die Kaufauflagen auswirken kann, bleibt per Saldo nur ein erheblicher Verlust und somit kein Substrat, das als Gewinn abgeschöpft werden könnte. Gar nicht zu reden von den Beweisproblemen angesichts der bewundernswürdigen Rabulistik von Medien-Anwälten in derartigen Prozessen, denen die Gerichte regelmässig auf den Leim zu gehen pflegen (weil diese befürchten, selbst zum Opfer von Medienangriffen wegen «Pressefeindlichkeit» zu werden – ein Wort, das erstaunlicherweise sogar von Rechtslehrern kritiklos verwendet wird). Gleiches ist zu Werro zu sagen, wenn er auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verweist: Art. 64 OR schliesst eine Rückforderung aus, wenn der Empfänger nachweisbar zur Zeit der

Rückforderung nicht mehr bereichert ist. Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen gegen Medien scheitern in der Regel entweder an Beweisproblemen oder an der Skala der Höhe der Genugtuungszahlungen für schwere Körperverletzung und Tötung im Strassenverkehr.

Das Persönlichkeitsrecht ist – solange nicht eine Eingriffsbefugnis zufolge überwiegender öffentlicher oder privater Interessen vorliegt – ein absolutes subjektives Privatrecht, in welches unter dieser Voraussetzung nur mit Einwilligung des Rechtsträgers eingegriffen werden darf. Die Einwilligung ist als Lizenz zu betrachten. Diese wird zwar oft unentgeltlich gegeben – etwa wenn eine ältere Dame mit einem jugendlichen Liebhaber Aufsehen für sich erregen will –; wird jedoch ohne Einwilligung eingegriffen, muss die Fiktion gelten, dass ein solcher Eingriff nur gegen entsprechend hohe Lizenzgebühr erteilt worden wäre, falls vorgängig darum nachgesucht worden wäre. Diese ist als nachträgliche Lizenzgebühr pro Exemplar der gedruckten Auflage zu fordern, mit der Auflage zu multiplizieren und von den Gerichten zu bewilligen. Zur Höhe des Ansatzes gilt der Satz in BGE 107 II 82, insbes. 94 f. (im Zusammenhang mit der Verletzung von Urheberrecht): «Da eine Rechtsverletzung vorliegt, haben weder die Rediffusion noch die PTT einen Anspruch darauf, dass der Kläger sich mit einer nicht frei von ihm festgesetzten, sondern angemessenen und gerichtlich zu überprüfenden Vergütung abfindet. Das liefe darauf hinaus, den Beklagten zu Lasten des ORF eine gesetzliche Lizenz zu erteilen, für die jede Rechtsgrundlage fehlt . . . » ■

Neu ab September 2002:

Relaunch unserer Webseite www.medialex.ch

mit aktuellen Neuigkeiten aus dem Kommunikationsrechtssektor, Online-Archiv aller medialex-Ausgaben seit 1995, Online-Zugang zur jeweils aktuellen medialex-Ausgabe, komfortablem Suchsystem, integrierten Links zu den in medialex behandelten Urteilen und Entscheiden im Volltext, etc.