

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SU120047-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. S. Volken  
und lic. iur. M. Langmeier sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur.  
C. Semadeni

## Urteil vom 7. Mai 2013

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Beschuldigter und Berufungskläger,  
verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**Statthalteramt des Bezirkes Zürich,**  
Verwaltungsbehörde und Berufungsbeklagte

betreffend

**mehrfache fahrlässige Widerhandlung gegen das Heilmittelgesetz (aHMG)**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung -  
Einzelgericht, vom 13. März 2012 (GC110261)**

**Anklage:**

Die Strafverfügung des Statthalteramts des Bezirks Zürich vom 10. Februar 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 10).

**Entscheid der Vorinstanz:**  
(Urk. 43 S. 25 f.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Einsprecher ist schuldig der mehrfachen fahrlässigen Widerhandlung gegen das Heilmittelgesetz (aHMG) im Sinne von Art. 87 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. b und Art. 87 Abs. 3 aHMG, begangen im Zeitraum vom 22. April 2005 bis 4. Mai 2006.
2. Von der Ausfällung einer Strafe wird abgesehen.
3. Der Einsprecher wird verpflichtet, dem Kanton Zürich den Betrag von Fr. 7'216.-- (320 Dosen x Fr. 22.55 [Fr. 70.55 - Fr. 48.--]) als Ersatz für den in der Zeit vom 22. April 2005 bis 4. Mai 2006 widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil innert 90 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Erkenntnisses zu bezahlen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'200.--. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. Die Entscheidkosten werden dem Einsprecher auferlegt. Über diese Kosten stellt die Bezirksgerichtskasse Zürich Rechnung.  
  
Die Kosten des Statthalteramtes des Bezirks Zürich im Betrag von Fr. 404.-- (Kosten gemäss Strafverfügung Nr. ST.2008.6048 vom 10. Februar 2010 sowie nachträgliche Gebühren) werden dem Einsprecher auferlegt. Über diese Kosten stellt die Kasse des Statthalteramtes des Bezirks Zürich Rechnung.
6. (Mitteilung)
7. (Rechtsmittel)"

**Berufungsanträge:**

a) des Beschuldigten:

(schriftlich; Urk. 44 S. 2)

Anträge:

1. A.\_\_\_\_\_ sei vom Vorwurf der mehrfachen fahrlässigen Widerhandlung gegen das Heilmittelgesetz (HMG) im Sinne von Art. 87 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 87 Abs, 3 aHMG für nicht schuldig zu befinden und von diesem Vorwurf freizusprechen.
2. Von einer Ersatzforderung im Sinne von Art. 71 StGB sei abzusehen.
3. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und A.\_\_\_\_\_ sei aus dieser Kasse eine angemessene Entschädigung zu gewähren.

Eventualantrag:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 13. März 2012 sei aufzuheben und die Sache sei an das erstinstanzliche Gericht zurückzuweisen. Das erstinstanzliche Gericht sei anzuweisen, die Sache zur Ergänzung der Untersuchung an das Statthalteramt des Bezirkes Zürich zurückzuweisen.
2. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und A.\_\_\_\_\_ sei aus dieser Kasse eine angemessene Entschädigung zu gewähren.

Subeventualiter:

1. Das Verfahren gegen A.\_\_\_\_\_ sei einzustellen.
2. Von einer Ersatzforderung im Sinne von Art. 71 StGB sei abzusehen.
3. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen, und A.\_\_\_\_\_ sei aus dieser Kasse eine angemessene Entschädigung zu gewähren.

b) des Statthalteramts des Bezirkes Zürich:

(schriftlich und sinngemäss; Urk. 48)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

**Erwägungen:**

**I. Verfahrensgang**

1. Mit Strafverfügung ST.2008.6048 vom 10. Februar 2010 bestrafte das Statthalteramt des Bezirkes Zürich A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschuldigter) wegen Übertretung des Heilmittelgesetzes und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 200.–. Sodann wurden ihm die Verfahrenskosten (Staatsgebühr sowie Schreib- und Zustellungsgebühren) in Höhe von Fr. 234.– auferlegt. Weiter wurde er verpflichtet, dem Staat unrechtmässige Einnahmen von Fr. 10'598.– zu bezahlen (Urk. 10). Dagegen erhob der Beschuldigte innert Frist Einsprache (Urk. 11).
2. Nach Durchführung der ergänzenden Untersuchungshandlung – es erfolgte eine weitere Einvernahme des Beschuldigten, anlässlich welcher er sich auf sein Aussageverweigerungsrecht berief (Urk. 29) – hielt das Statthalteramt an seiner Bussenverfügung fest (Urk. 32) und überwies die Verfahrensakten an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, (nachfolgend Vorinstanz).
3. Am 13. März 2012 sprach die Vorinstanz den Beschuldigten der mehrfachen fahrlässigen Übertretung gegen das Heilmittelgesetz, begangen im Zeitraum vom 22. April 2005 bis 4. Mai 2006, schuldig und hielt in ihrer Begründung fest, dass die dem Beschuldigten vorgehaltenen Übertretungen im Zeitraum vom 28. Mai 2004 bis zum 10. Februar 2005 verjährt seien. Sodann sah sie in Anwendung von Art. 52 StGB von einer Bestrafung ab. Der Beschuldigte wurde jedoch dazu verpflichtet, dem Kanton Zürich den Betrag von Fr. 7'216.– als Ersatz für den widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil zu bezahlen (Urk. 43). Gegen das

schriftlich eröffnete Urteil meldete der Beschuldigte Berufung an und reichte innert Frist die Berufungserklärung ein (Urk. 39; Urk. 44).

4.1 Mit Präsidialverfügung vom 16. Juli 2012 des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, wurde dem Statthalteramt die Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um sich der Berufung anzuschliessen oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 46). In der Folge verzichtete dieses darauf, sich der Berufung anzuschliessen (Urk. 48).

4.2 Mit Beschluss vom 23. Juli 2012 wurde die schriftliche Durchführung des vorliegenden Verfahrens angeordnet und dem Beschuldigten gleichzeitig Frist angesetzt, um abschliessend Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 50). Mit Eingabe vom 15. August 2012 ging die schriftliche Berufungsbegründung innert erstreckter Frist ein (Urk. 54). Die Berufungsantwort des Statthalteramtes ging mit Eingabe vom 26. September 2012 ein und wurde dem Beschuldigten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 56-58; Urk. 60). Das vorliegende Verfahren erweist sich heute als spruchreif.

## **II. Prozessuales**

1. Nachfolgend wird verschiedentlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen sein. Dies geschieht jeweils in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, ohne dass dies jedes Mal speziell angefügt wird.

2.1 Zurecht erklärte die Vorinstanz das bisherige Prozessrecht für anwendbar (Urk. 43 S. 4). Die Strafverfügung datiert vom 10. Februar 2010 und erging folglich vor Inkrafttreten der seit 1. Januar 2011 geltenden Schweizerischen Strafprozessordnung. Gemäss Art. 455 i.V.m. Art. 453 Abs. 1 StPO werden Rechtsmittel gegen Entscheide, welche vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung gefällt worden sind (vorliegend die Einsprache gegen die Strafverfügung), nach bisherigem Recht, mithin nach der StPO/ZH bzw. dem GVG/ZH beurteilt. Die Verteidigung weist indes zu Recht darauf hin (Urk. 54 S. 3), dass im angefochtenen Entscheid im Zusammenhang mit den Kostenfolgen auf

die Schweizerische Strafprozessordnung verwiesen wird. Hierbei handelt es sich um einen offensichtlichen Fehler; es ist an gegebener Stelle darauf einzugehen.

2.2 Das vorinstanzliche Urteil erging sodann am 13. März 2012, somit nach der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Strafprozessordnung. In Anwendung von Art. 454 Abs. 1 StPO regelt sich das vorliegende Berufungsverfahren nach neuem Recht (StPO; SR 312.0, GOG; LS 211.1).

3.1 Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Im Rahmen einer Berufung überprüft das Obergericht den vorinstanzlichen Entscheid üblicherweise frei bezüglich sämtlicher Tat-, Rechts- und Ermessensfragen (Art. 398 Abs. 3 StPO). Bilden jedoch ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so schränkt Art. 398 Abs. 4 Satz 1 StPO die Kognition der Berufungsinstanz ein. In diesen Fällen darf das angefochtene Urteil lediglich dahingehend überprüft werden, ob es rechtsfehlerhaft ist, d.h. ob eine Rechtsverletzung durch die Vorinstanz vorliegt, oder ob eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz gegeben ist. Relevant sind dabei klare Versehen bei der Sachverhaltsermittlung, wie namentlich Versehen, Irrtümer oder offensichtliche Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Akten- sowie Beweislage und der Urteilsbegründung. Weiter in Betracht kommen insbesondere Fälle, in denen die gerügte Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, in erster Linie von Verfahrensvorschriften der StPO selbst, beruht. Gesamthaft gesehen dürften regelmässig Konstellationen relevant sein, die als willkürliche Sachverhaltserstellung zu qualifizieren sind (vgl. Schmid, StPO - Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 398 N 12 f.; Eugster in: Basler Kommentar, StPO, Basel 2011, Art. 398 N 3). Willkür bei der Beweiswürdigung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, genügt nicht (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.4 mit Hinweisen). Eine

vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Berufungsinstanz anstelle des Vorderrichters allenfalls anders entschieden hätte.

3.2 An dieser Stelle ist festzuhalten, dass – im Gegensatz zur bisherigen zürcherischen Regelung – nach der seit 1. Januar 2011 geltenden eidgenössischen Strafprozessordnung *neue Behauptungen und Beweise* im Berufungsverfahren nicht mehr vorgebracht werden können, wenn – wie hier – ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens bildeten (Art. 398 Abs. 4 Satz 2 StPO). Auf allfällige Beweisanträge des Beschuldigten ist somit nicht weiter einzugehen.

3.3 Das Obergericht hat somit zu überprüfen, ob die vom Einsprecher vorgebrachten Beanstandungen von der Überprüfungsbefugnis gemäss Art. 398 Abs. 4 StPO gedeckt sind. In einem allfälligen nicht von der genannten Befugnis umfassten Umfang kann auf die Einwendungen nicht eingegangen werden. Es ist somit festzustellen, ob das vorinstanzliche Urteil im Bereich der zulässigen Kognition Fehler aufweist.

3.4 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (vgl. Entscheid des Bundesgerichtes vom 9. September 2002, 1P.378/2002, Erw. 5.1). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

4. Die Verteidigung rügt gemäss Wortlaut der Berufungsbegründung die Anwendung des prozessualen (bereits abgehandelt unter vorstehend Ziff. II. 2.1) wie auch des materiellen Rechts, eine Verletzung des Anklageprinzips und des rechtlichen Gehörs sowie die vorinstanzliche Beweiswürdigung (Urk. 54). Sie macht mit anderen Worten Verfahrensfehler, Rechtsverletzung sowie unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend. Auf diese Rügen ist nachfolgend – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

5. Die Verteidigung macht geltend, das Statthalteramt werfe dem Beschuldigten eine einmalige und vorsätzliche Übertretung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 HMG

vor, wobei die Vorinstanz ihn jedoch der mehrfachen fahrlässigen Tatbegehung verurteilt habe. Die Vorinstanz habe sich zur Begründung der Strafbarkeit auf diverse, im Anklagevorwurf nicht enthaltene, tatsächliche Umstände gestützt. Da der Beschuldigte weder gewusst habe, dass ihm eine fahrlässige Tatbegehung durch Unterlassung und damit die Verletzung einer Sorgfaltspflicht, eine Garantenstellung sowie die Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolges vorgeworfen würden und dies erst noch in mehrfacher Hinsicht, liege eine Verletzung des Anklageprinzips wie auch des rechtlichen Gehörs vor. Die Verteidigung habe es denn auch aufgrund der diesbezüglichen Unwissenheit unterlassen, im erstinstanzlichen Verfahren zu den die Fahrlässigkeit begründenden Umständen zu plädieren (Urk. 54 S. 4 ff. Ziff. III.).

5.1 Gemäss § 344 Abs. 2 StPO/ZH gilt im Übertretungsstrafverfahren das Anklageprinzip nicht vollumfänglich, da das Gericht nicht strikt auf den in der Strafverfügung aufgeführten Sachverhalt beschränkt ist, sondern dafür auch auf die übrigen Akten zurückgreifen kann. Damit der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte jedoch wahrnehmen kann, muss er genau wissen, was ihm im gerichtlichen Verfahren vorgeworfen wird (vgl. Schmid, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1997, N 932 sowie Schmid in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 344 StPO/ZH N 4 ff. und Urteil des Bundesgerichts vom 29.1.2004, 1P.587/2003, E. 4.2).

5.2 Entgegen den Ausführungen der Verteidigung geht aus der Strafverfügung des Statthalteramtes vom 10. Februar 2010 klar hervor, dass dem Beschuldigten fahrlässiges Handeln vorgeworfen wird, zumal unter dem Titel "Strafbestimmungen" auf Art. 87 Abs. 1 lit. f *in Verbindung mit* Abs. 3 HMG, hingewiesen wird (Urk. 10 S. 4). Abs. 3 von Art. 87 HMG erklärt die fahrlässige Übertretung für strafbar. Aufgrund dieses Verweises steht zweifelsfrei fest, dass ihm eine fahrlässige Sorgfaltspflichtmissachtung und nicht etwa vorsätzliches Handeln zum Vorwurf gemacht wird. Dass der Beschuldigte wissentlich und willentlich gehandelt haben soll, wird dem Beschuldigten in den Erwägungen der Strafverfügung nicht vorgehalten. Inwiefern der Beschuldigte aufgrund des Umstandes, dass ihm die Annahme des fahrlässigen Handelns durch die Vorinstanz nicht explizit

vorgehalten wurde, in seinen Verteidigungsrechten beschnitten worden wäre, ist nicht ersichtlich. So wurden anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung seitens der Verteidigung auch längere Ausführungen zum für ärztliche Heilbehandlungen geltenden Sorgfaltsmassstab gemacht (Urk. 37 S. 7 f. N 18 ff.). Ob sich der Beschuldigte der mehrfachen Übertretung schuldig gemacht hat, ist eine Frage der rechtlichen Qualifikation des angeklagten Sachverhaltes, bezüglich welcher das Gericht frei ist (Art. 350 Abs. 1 StPO).

5.3 Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass keine Verletzung des Anklageprinzips vorliegt. Die Verteidigungsrechte bzw. das rechtliche Gehör des Beschuldigten sind vollumfänglich gewahrt. Dem Beschuldigten ist keinerlei prozessualer Nachteil erwachsen, welcher die Aufhebung des vorliegenden Entscheides rechtfertigen würde.

6. Die Vorinstanz erklärte die im Tatzeitpunkt in Kraft stehende Fassung des Heilmittelgesetzes vom 15. Dezember 2000 (aHMG) für anwendbar (Urk. 43 S. 5), was von der Verteidigung beanstandet wird (Urk. 54 S. 3 f. N 5 ff.).

6.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 StGB wird nach diesem Gesetz bestraft, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder ein Vergehen begeht. Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn es für ihn das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Der Grundsatz der "lex mitior" gilt auch bei Übertretungen (siehe Art. 104 StGB) und im Nebenstrafrecht (vgl. Art. 333 Abs. 1 StGB). Zur Zeit der inkriminierten Handlungen galt Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG in der bis zum 30. September 2010 geltenden Fassung. Im Zeitpunkt der Ausfällung des erstinstanzlichen Entscheides vom 13. März 2012 galt Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG in der seit 1. Oktober 2010 in Kraft stehenden Fassung, wonach unter den in dieser Bestimmung genannten weiteren Voraussetzungen nicht mehr nur ad hoc, sondern auch defekturmässig hergestellte Arzneimittel in einem beschränkten Ausmass zugelassen sind. Unter einer defekturmässigen Herstellung versteht man die Herstellung von Arzneimitteln zur Lagerhaltung und späteren Abgabe. Sie zeichnet sich im Gegensatz zur Ad-hoc-Herstellung durch einen häufigeren Gebrauch der betreffenden Arzneimittel und eine entsprechende

Standardisierung aus. Ein defekturemässig hergestelltes Arzneimittel wird im Voraus gefertigt und gelagert, ohne dass zu diesem Zeitpunkt der künftige Anwender, für welchen das Arzneimittel bestimmt ist, bekannt sein muss. Die defekturemässige Herstellung ist somit zwischen der Ad-hoc-Herstellung und der serienmässigen, industriellen Herstellung im grossen Massstab anzusiedeln. Sowohl nach der früheren als auch nach geltender Fassung können Arzneimittel nach Magistralrezepturen in öffentlichen Apotheken oder in einer Spitalapotheke produziert werden (Art. 9 Abs. 2 lit. a aHMG sowie Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> HMG). Gemäss Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> ist es auch weiterhin zulässig, dass das Spital oder eine öffentliche Apotheke einen vom Institut oder vom zuständigen Kanton kontrollierten und mit modernen Herstellungsmethoden vertrauten Betrieb mit der Herstellung beauftragt (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2007 zur Änderung des Heilmittelgesetzes, BBl 2007 2393 S. 2414 f.).

6.2 Der Anwendungsbereich ist nach dem neuen, seit dem 1. Oktober 2010 in Kraft stehenden Recht weiter als nach dem früheren Recht. Ein Verhalten, das altrechtlich noch den Tatbestand des Inverkehrbringens eines Arzneimittels ohne Zulassung erfüllte, ist neurechtlich nicht mehr tatbestandsmässig, wenn die Voraussetzungen der defekturemässigen Herstellung erfüllt sind (vgl. hierzu Entscheid des Bundesgerichts vom 20. März 2012, 6B\_526/2011 E. 1.3.1-1.3.3). Folglich ist das per 1. Oktober 2010 in Kraft getretene Heilmittelgesetz als das mildere Recht anzuwenden.

### **III. Schuldpunkt**

1. Die Vorinstanz hat den Anklagesachverhalt korrekt zusammengefasst wie auch die Vorbringen des Beschuldigten und der Anzeigerstellerin, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden kann (Urk. 43 S. 7 f. Ziff. III.).

2. Im angefochtenen Entscheid wurden sodann zutreffende theoretische Ausführungen zur Ausnahme von der Zulassungspflicht gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG (formula magistralis) gemacht. Auch hierauf ist grundsätzlich zu verweisen (Urk. 43 S. 9 ff. Ziff. IV.). Ergänzend ist anzufügen, dass aufgrund des nunmehr

geltenden und anzuwendenden Heilmittelgesetzes die defekturemässige Herstellung von Arzneimitteln erlaubt ist (vgl. vorstehend Ziff. II. 6.1).

3. Der Beschuldigte stellt in seiner Berufungsbegründung (Urk. 54) nicht in Abrede, dass das Präparat "B.\_\_\_\_\_" (...) im massgebenden Zeitraum der inkriminierten Taten aufgrund des damaligen wissenschaftlichen Kenntnisstandes als Arzneimittel im Sinne des HMG zu qualifizieren war (vgl. hierzu Entscheid des Bundesgerichts vom 21. Oktober 2010, 6B\_979/2009 E. 4.3). Es wird auch nicht bestritten, dass dieses Präparat damals vom Schweizerischen Heilmittelinstitut nicht zugelassen war (Urk. 54 S. 6). Der Beschuldigte macht indes geltend, dass er sich auf die in Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG geregelte Ausnahme zur Zulassungspflicht für Magistralrezepturen stützen könne, weshalb er sich nicht strafbar gemacht habe (Urk. 54 S. 6 N 24). So wird insbesondere bestritten, dass das Präparat "B.\_\_\_\_\_" serienmässig auf Vorrat produziert worden sei und nicht erst nach ärztlicher Verschreibung. Weiter wird bestritten, dass die Individualisierung der Präparate erst nach der Herstellung und nicht vor der Herstellung für einen bestimmten Patienten bzw. einen bestimmten Personenkreis erfolgt sei (Urk. 37 S. 6 N 13 f.).

3.1 Hinsichtlich der vorliegenden Beweismittel ist folgendes festzuhalten: Die Swissmedic erhob am 11. Dezember 2006 Strafanzeige "An die für Zürich ... Zürich zuständige Polizeibehörde" (Urk. 1). Der Strafanzeige beigelegt wurden Lieferungsbelege (Urk. 1.1) sowie eine von der Kantonspolizei Zürich erstellte Liste der beteiligten Firmen, Funktionäre und ihrer Aufgaben (Urk. 2). Die Kantonspolizei Zürich (Sicherheitspolizeiliche Spezialabteilung [Gewerbedelikte]) forderte den Beschuldigten mit Schreiben vom 2. April 2008 sodann zur schriftlichen Beantwortung eines Fragebogens auf. Beigelegt wurde dem Schreiben neben dem Fragebogen ein Auszug aus den gesetzlichen Bestimmungen des Heilmittelgesetzes (Urk. 3). Aus dem Schreiben geht nicht hervor, dass dem Beschuldigten vorgenannte Beilagen (Urk. 1.1; Urk. 2), auf welche die Swissmedic ihre Anzeige stützt, mitgeschickt resp. je vorgehalten wurden. Auch in den übrigen Untersuchungsakten ist nicht ersichtlich, dass ihm die Lieferungsbelege und die Liste je vorgehalten wurden. Dies zeugt von einem höchst unsorgfältigen Vorgehen der

Untersuchungsbehörde. Dass ihm diesbezüglich das rechtliche Gehör verweigert worden wäre, wurde jedoch nie geltend gemacht. Aus den Akten ergibt sich sodann, dass der Beschuldigte wohl wusste, was Inhalt der vorgenannten Akten war. Sodann wird im Fragenkatalog auf eine frühere Befragung des Beschuldigten Bezug genommen und der Beschuldigte gefragt, ob er an den damals gemachten Angaben festhalte (Urk 6.5 S. 1 Frage 3 [Hervorhebung durch das Gericht]: "Sie wurden im Zusammenhang mit dieser Sache bereits von der Swissmedic am 27.07.2006 als Auskunftsperson befragt und auf Ihre damaligen Rechte aufmerksam gemacht. **Diese Befragung ist ein Bestandteil der Anzeigebeilagen.** Bleiben Sie bei den damals gemachten Angaben?" A: "Ja, dies war mein Praxispartner, dies gilt aber zu 100% hier auch für mich persönlich"). Entgegen dieser Darstellung liegt dieses Einvernahmeprotokoll dem urteilenden Gericht nicht vor.

Bei der Liste der Kantonspolizei Zürich (Urk. 2) handelt es sich lediglich um eine Auflistung von Ergebnissen der Ermittlungen der Untersuchungsbehörde. Die der Auflistung zugrunde liegenden Dokumente, welche allenfalls als Beweismittel hätten verwendet werden können, liegen dem urteilenden Gericht nicht vor.

Weiter liegen den Akten eine Stellungnahme der Verteidigung namens des Beschuldigten vom 27. August 2008 (Urk. 6) sowie diverse Beilagen dazu (Urk. 6.1 bis Urk. 6.6) bei. Sowohl vor dem Statthalter als auch vor Vorinstanz verzichtete der Beschuldigte darauf, sich zu Sache zu äussern (Urk. 29; Prot. I S. 5). Weitere Beweismittelerhebungen wurden seitens der Untersuchungsbehörde nicht gemacht.

3.2 Die Vorinstanz führte zu Recht aus, dass aufgrund der Aktenlage (Urk. 1; Urk. 1.1; Urk. 2) keinerlei Hinweise dafür bestehen, dass der Beschuldigte das Präparat "B.\_\_\_\_\_" unbesehen der jeweiligen Behandlungsbedürftigkeit an sämtliche Rheumapatienten abgegeben hätte. Ebenso wenig kann aufgrund der Aktenlage als erstellt erachtet werden, dass das Präparat serienmässig auf Vorrat in Auftrag gegeben worden sei. Entsprechend ist den Aussagen des Beschuldigten zu folgen, gemäss welchen er das Präparat – wie er von Beginn an geltend machte – lediglich an einen aufgrund individueller medizinischer Beurteilung bestimmten Personenkreis abgab. Sodann wurde auch durchaus nachvollziehbar geltend

gemacht, dass das Präparat bedarfsbezogen bestellt worden sei und allenfalls aus Gründen der Speditionskosten eine Sammelbestellung ausgelöst worden sei (Urk. 6/5 S. 2; Urk. 37 S. 6). Auf die diesbezüglichen vorinstanzlichen Ausführungen kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 43 Ziff. V. S. 11-13). Etwas anderes ergibt sich aus den bei den Akten liegenden Beweisen schlicht nicht.

3.3 Die Vorinstanz hielt sodann fest, dass die Zubereitung des Präparats "B.\_\_\_\_\_" durch einen Inhaber einer Herstellungsbewilligung zu erfolgen habe. Da indes weder der Pharmavertreter C.\_\_\_\_ noch die D.\_\_\_\_ GmbH öffentliche Apotheken oder Spitalapotheken waren und auch nicht über die für die Zubereitung notwendige Herstellerbewilligung verfügt hätten, entspreche die Herstellung des Präparats den für eine Magistralrezeptur geltenden gesetzlichen Anforderungen nicht.

3.3.1 Im Rahmen der Berufungsbegründung bringt die Verteidigung erstmals vor, es könne der Strafverfügung des Statthalteramts vom 10. Februar 2010 nicht entnommen werden, dass dem Beschuldigten vorgeworfen werde, dass weder der Pharmavertreter C.\_\_\_\_ noch die D.\_\_\_\_ GmbH über eine Herstellungsbewilligung verfügt hätten. Es sei lediglich geltend gemacht worden, es handle sich bei diesen nicht um Apotheken (Urk. 54 S. 7 N 28).

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass neue Behauptungen gemäss Art. 398 Abs. 4 Satz 2 StPO im Berufungsverfahren nicht mehr vorgebracht werden können (vgl. vorstehend Ziff. II. 3.2). Der Vollständigkeit halber ist jedoch zu bemerken, dass die Swissmedic in der Strafanzeige vom 11. Dezember 2006 anführte, dass weder C.\_\_\_\_ ein Apotheker noch die D.\_\_\_\_ GmbH eine (Spital-) Apotheke seien noch diese über eine Bewilligung zur Herstellung von Arzneimitteln verfügten (Urk. 1 S. 2 f. 3.1 sowie 3.3). Dies wurde dem Beschuldigten entgegen den Ausführungen der Verteidigung auch in der Strafverfügung vom 10. Februar 2010 vorgehalten (Urk. 10 S. 3 Abs. 3). Entsprechend hat die Verteidigung vor Vorinstanz in dem als Verlesen zu den Akten genommenen Parteivortrag dazu Stellung genommen (Urk. 31 S. 5; Prot. I S. 5). Es besteht keinerlei Anlass, an der diesbezüglichen Glaubhaftigkeit der Darstellung der Swissmedic zu zweifeln. So wird seitens des Beschuldigten auch nicht geltend gemacht, C.\_\_\_\_ habe über

eine entsprechende Bewilligung verfügt (vgl. nachstehend Ziff. 4.2.3 und 4.2.4). Die – nachgeschobenen – Beanstandungen der Verteidigung sind nicht zu hören.

3.3.2 Der Beschuldigte liess jeweils ausführen, dass das Gesetz nicht verlange, der Arzt müsse die Magistralrezeptur eigenhändig an den ausführenden Apotheker übermitteln. Es sei mithin durchaus zulässig, sich eines Boten zu bedienen, über den die Rezeptur an den herstellenden Apotheker gelange (Urk. 31 S. 4; Urk. 37 S. 4).

Wer Arzneimittel insbesondere auch nach Magistralrezeptur herstellt, braucht eine Bewilligung der Swissmedic (Gutmans/Müller-Gerster in: Eichenberger/Jaisli/Richli, BSK zum Heilmittelgesetz, Basel 2006, N 9 zu Art. 5). Im Sinne des Heilmittelgesetzes gelten als Herstellen sämtliche Arbeitsgänge der Heilmittelproduktion, von der Beschaffung der Ausgangsmaterialien über die Verarbeitung bis zur Verpackung, Lagerung und Auslieferung des Endproduktes sowie die Qualitätskontrollen und die Freigaben (Art. 4 Abs. 1 lit. c HMG). Im Heilmittelgesetz wurde darauf verzichtet, die Auftragsherstellung von Arzneimitteln speziell zu regeln. Da unter den Begriff des Herstellens sämtliche Arbeitsgänge der Heilmittelproduktion fallen, wird auch die Beauftragung Dritter zur Herstellung von Arzneimitteln (sog. Lohnherstellung oder Lohnauftrag) vom gesetzlichen Begriff umfasst (vgl. Eggenberger Stöckli in: Eichenberger/Jaisli/Richli, BSK zum Heilmittelgesetz, a.a.O., N 65 zu Art. 4).

Gemäss unbestrittenem Sachverhalt bestellte der Beschuldigte das Präparat bei C.\_\_\_\_\_ bzw. dessen Firma D.\_\_\_\_\_ GmbH. Die Tabletten wurden durch die E.\_\_\_\_\_ AG hergestellt und an die F.\_\_\_\_\_ AG geliefert, welche sie in Dosen abfüllte. Die F.\_\_\_\_\_ AG lieferte die Präparate an die G.\_\_\_\_\_ AG resp. G1.\_\_\_\_\_ AG, wo sie zwischengelagert und entsprechend den Bestellungen an die D.\_\_\_\_\_ GmbH ausgeliefert wurden. Bei dieser Konstellation kann keine Rede davon sein, C.\_\_\_\_\_ sei Bote einer zur Produktion berechtigten Apotheke gewesen. C.\_\_\_\_\_ beauftragte folglich Dritte damit, die fraglichen Präparate herzustellen. Dafür hätte C.\_\_\_\_\_ einer Bewilligung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. c HMG bedurft.

3.3.3 Es kann als erstellt erachtet werden, dass der Beschuldigte die Präparate beim Pharmavertreter C.\_\_\_\_\_ bestellte, welcher indes nicht über die hierfür notwendige Bewilligung der Swissmedic verfügte. Weiter kann aufgrund der grundsätzlich glaubhaften Aussagen des Beschuldigten davon ausgegangen werden, dass er der Ansicht war, es sei zulässig, die Arzneimittel mittels Magistralrezeptur über den Pharmavertreter C.\_\_\_\_\_ zu bestellen (Urk. 6.5 u.a. Frage 4.). Was der Beschuldigte beim Bezug und der Abgabe der Präparate wusste und wollte, gehört zum Inhalt des subjektiven Tatbestandes. Auch wenn die Feststellung des subjektiven Tatbestandes Bestandteil der Sachverhaltsabklärung ist, erweist es sich in casu zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen als zweckmässig, im Rahmen der nachfolgenden rechtlichen Würdigung näher darauf einzugehen, zumal in diesem Bereich Tat- und Rechtsfragen sehr eng miteinander verbunden sind (Pra 82 (1993) Nr. 237 S. 881 f.; BGE 119 IV 242 ff. und 248).

#### 4. Rechtliche Würdigung

4.1 Indem der Beschuldigte das Präparat durch C.\_\_\_\_\_ bestellte, welcher die gesetzlichen Anforderungen an einen Hersteller einer Magistralrezeptur im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 4 Abs. 1 lit. c HMG nicht erfüllte, und dieses Präparat an seine Patienten abgab, hat er sich in objektiver Hinsicht im Sinne von Art. 87 Abs. 1 lit. f HMG i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. b schuldig gemacht.

4.2 In subjektiver Hinsicht wird ihm der fahrlässige Verstoss gegen vorgenannte Bestimmung vorgehalten (Art. 87 Abs. 3 HMG). Vorab ist festzuhalten, dass vorliegend entgegen den Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid nicht die Voraussetzungen eines fahrlässigen Erfolgsdeliktes durch Unterlassung zu prüfen sind (Urk. 43 S. 14 f. Ziff. V.)

4.2.1 Bei den Handlungen gemäss der Strafbestimmung des Heilmittelgesetzes (Art. 86 ff. HMG) handelt es sich um Gefährdungsdelikte, wobei die Übertretungen gemäss Art. 87 HMG abstrakte Gefährdungsdelikte sind (Suter in: BSK Kommentar zum HMG, a.a.O., N 4 zu Art. 86 sowie N 33 zu Art. 87). Abstrakte Gefährdungsdelikte erklären schon die blosser Vornahme bestimmter Handlungen für

strafbar, ohne dass der Täter dadurch für das geschützte Rechtsgut tatsächlich Gefahren geschaffen oder es gar verletzt haben müsste. Hierbei handelt es sich um Tätigkeitsdelikte (Donatsch/Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich 2006, § 8 Ziff. 2.33 S. 102 f.). Die dem Beschuldigten vorgehaltenen strafbaren Handlungen liegen darin, dass er Arzneimittel, welche nicht zugelassen waren, an Patienten abgegeben haben soll; eine zusätzliche ungewollte Herbeiführung eines tatbestandsmässigen Erfolgs – wie beispielsweise eine konkrete Gefährdung der Patienten oder effektiv eintretende gesundheitliche Schäden – ist für die Strafbarkeit der Abgabe nicht zugelassener Arzneimittel keine Bedingung. Zu prüfen sind folglich die Voraussetzungen des fahrlässigen Tätigkeitsdelikts.

4.2.2 Da bei den Tätigkeitsdelikten nicht das Herbeiführen eines verpönten Erfolgs, sondern schon eine bestimmte Handlung als solche mit Strafe bedroht ist, geht es beim fahrlässigen Tätigkeitsdelikt nicht darum, die Folgen eines pflichtwidrigen Verhaltens zu erkennen und zu vermeiden. Die Definition der Fahrlässigkeit muss vielmehr gegenüber Art. 12 Abs. 3 StGB in der Weise abgewandelt werden, dass sich hier die Unvorsichtigkeit auf das tatsächliche Merkmal bezieht, welches das Unrecht der Handlung begründet. Beispielsweise macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen mit einem Kind vornimmt, welches er *aus verschuldetem Irrtum* für bereits 16 oder mehr Jahre alt hält (Art. 187 Ziff. 4 StGB), wie auch das fahrlässige Inverkehrbringen gesundheitsschädlichen Futters unter Strafe gestellt wird (Art. 236 Abs. 2 StGB) oder aber das Führen eines Fahrzeuges, von dem der Täter *bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit* wissen könnte, dass es den Vorschriften nicht entspricht. Daraus wird ersichtlich, dass die betreffenden Tatbestände auf einer Grundhandlung basieren, die der Täter mit Wissen und Willen ausübt und die als solche in der Vorstellung des Täters zulässig sind.

Die Fahrlässigkeit wird sodann erst durch ein zusätzliches Merkmal begründet. Dieser Umstand, der eine normalerweise erlaubte oder mangels Vorsatz nicht strafbare Tätigkeit zu verbotenem Verhalten macht, *verwirklicht der Täter ungewollt, aber aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit*. Die betreffenden Tatbestände werden mit der Vornahme der Grundhandlung vollendet. Sie lassen sich als besonders geregelte Fälle von Sachverhaltsirrtümern charakterisieren. Damit der

Täter mit seiner Handlung den entscheidenden Umstand verwirklicht, muss diese auf die Verletzung einer Sorgfaltspflicht zurückzuführen sein. Die Sorgfaltspflicht ihrerseits besteht meist in einer nicht näher spezifizierten Pflicht zur Aufmerksamkeit, seltener in der Einhaltung bestimmter Kontrollvorschriften, und ist wiederum nach den konkreten Umständen und den persönlichen Verhältnissen zu beurteilen (Donatsch/Tag, a.a.O., § 34 Ziff. 1. S. 360 f.).

4.2.3 Der Beschuldigte gab das Präparat, welches die gesetzlichen Anforderungen einer Magistralrezeptur im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG nicht erfüllte, an seine Patienten ab und hat sich, wie bereits erwähnt, in objektiver Hinsicht im Sinne von Art. 87 Abs. 1 lit. f HMG i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. b HMG schuldig gemacht. Die betreffenden Tatbestände basierten somit auf einer Grundhandlung, die der Beschuldigte mit Wissen und Willen ausübte (das Abgeben der nicht zugelassenen Präparate) und die als solche in der Vorstellung des Beschuldigten zulässig war (vgl. vorstehend Ziff. 3.3.3). Zu prüfen ist folglich, ob sich der Beschuldigte in einem verschuldeten Irrtum befand und er bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte wissen müssen, hätte wissen können, dass er die Arzneimittel nicht lege artis herstellen liess.

4.2.4 Die Sorgfaltspflicht ist wie erwähnt nach den konkreten Umständen und den persönlichen Verhältnissen zu beurteilen. Diesbezüglich liess der Beschuldigte ausführen, dass es sich offenbar um eine gross angelegte Aktion der Swissmedic gegen den Pharmavertreter bzw. gegen dessen Gesellschaft D.\_\_\_\_\_ AG im Zusammenhang mit dem Präparat "B.\_\_\_\_\_" handle, in welche nun als Nebenprodukt eine Vielzahl von Ärzten involviert worden sei. Mit diesen Personen bzw. mit der Herstellung und dem Vertrieb von "B.\_\_\_\_\_" habe der Beschuldigte nun aber überhaupt nichts zu tun. Er habe, wie dies eine Vielzahl von Arthrosespezialisten in der Schweiz für ihre Arthrose Patienten auch gemacht hätten, einzig beim Pharmavertreter auf dessen Beratung hin "B.\_\_\_\_\_" mit einer Magistralrezeptur zur Anfertigung bestellt. Mehr könne der Beschuldigte über Herstellung und Vertrieb nicht sagen. Der Bestellvorgang bzw. der Herstellvorgang des Präparates sei in der Folge nicht (mehr) etwa die Idee oder die Initiative des Beschuldigten gewesen: Er habe sich dabei sowie auch beim Bestellvorgang,

wie dies üblich sei und praktisch monatlich wiederkehrend vorkomme in einer Arztpraxis, auf die normalen Branchenmechanismen, konkret auf erfahrene, spezialisierte Pharmavertreter wie Herrn C.\_\_\_\_\_, verlassen und sei damit sicher gewesen, dass alles seine Ordnung habe. Er habe sich wie gewohnt auf Spezialisten verlassen, und habe dies auch gedurft – wie dies bei der Einführung anderer Präparate in ähnlicher Form immer wieder passiere (Urk. 6 S. 4 f.). Dem Fragkatalog ist sodann zu entnehmen, dass der Beschuldigte der Ansicht war, dass der Apotheker der Experte für den ganzen Vorgang sei, dem sie vertrauen müssten. So sei es auch beim Bestellvorgang von "B.\_\_\_\_\_" bei C.\_\_\_\_\_ bzw. der H.\_\_\_\_\_ Apotheke gewesen: gerade Herr I.\_\_\_\_\_ sei ein sehr ausgewiesener Fachmann gewesen. Er habe ja diesen Bestellvorgang auch ausdrücklich gutgeheissen. Sie würden den Spezialisten vertrauen. Er habe diesbezüglich mit dem Kantonsarzt gesprochen und sei sich keiner Schuld bewusst. Schliesslich hielt der Beschuldigte fest, dass er die Apotheke H.\_\_\_\_\_ oder eine andere nicht nach ihrer Zulassung frage, dies hätten sie bei C.\_\_\_\_\_ zu Recht auch nicht gemacht (Urk. 6/5 S. 2).

Vor Vorinstanz liess der Beschuldigte ausführen, er sei davon ausgegangen, dass der von ihm gewählte Weg, die Magistralrezeptur über den Pharmavertreter C.\_\_\_\_\_ bei einer Apotheke herstellen zu lassen und an die Patienten abzugeben, gesetzeskonform sei. Nirgendwo im Gesetz werde verlangt, dass der Arzt seine Magistralrezeptur eigenhändig an den ausführenden Apotheker übermitteln müsse. Es sei mithin zulässig, sich eines Boten zu bedienen, über den die Rezeptur an den herstellenden Apotheker gelange (Urk. 31 S. 4; Urk. 37 S. 4). Weiter wird geltend gemacht, dass sich der Praxispartner des Beschuldigten, Prof. Dr. med. J.\_\_\_\_\_, rechtlich kundig gemacht habe, wie er im Zusammenhang mit der Verschreibung des Kombinationspräparates über den Weg einer Magistralrezeptur vorgehen müsse. Dieser habe sich im September 2005 von einem Rechtsanwalt entsprechend beraten lassen. Dementsprechend habe auch der Beschuldigte aufgrund seiner Zusammenarbeit mit Prof. Dr. med. J.\_\_\_\_\_ davon ausgehen dürfen, dass das bestehende Vorgehen in der Arztpraxis rechtmässig gewesen sei, und er wie sein Praxiskollege die Bezugsquelle für die Magistralrezeptur nutzen könne (Urk. 31 S. 7).

4.2.5 Der eingereichten Aktennotiz vom September 2005, erstellt durch RA lic. iur. K.\_\_\_\_\_, ist diesbezüglich lediglich zu entnehmen, dass der Praxispartner des Beschuldigten, Prof. Dr. med. J.\_\_\_\_\_, darauf hingewiesen wurde, dazu Sorge zu tragen, dass der Hersteller über eine Herstellungsbewilligung verfüge (Urk. 6.1.2 S. 3). Über die Rolle des Pharmavertreters C.\_\_\_\_\_ wurden indes – soweit ersichtlich – keine weiteren Abklärungen gemacht. Den vorerwähnten Aussagen des Beschuldigten ist vielmehr zu entnehmen, dass man sich auf den Standpunkt stellte, mit der Herstellung und dem Vertrieb von "B.\_\_\_\_\_" überhaupt nichts zu tun zu haben und sich schlicht auf den für sie erfahrenen und spezialisierten Pharmavertreter verlassen habe. So habe man ihn auch nicht nach einer Zulassung gefragt (vgl. vorstehend Ziff. 4.2.4). Genau dies hätte der Beschuldigte, um seiner Sorgfaltspflicht nachzukommen, indes tun müssen. Magistralrezepturen für Arzneimittel unterliegen keinem behördlichen Prüfungsverfahren. Dafür, dass die Ärzte die Rezepte richtig ausstellen und die Apotheker diese lege artis ausführen, garantiert deren Ausbildung sowie die den Kantonen obliegende Überwachung der Berufsausübungsbewilligungen (Gutmans/Müller-Gerster in: BSK zum Heilmittelgesetz, a.a.O., N 11 zu Art. 5). Entscheidet sich ein Arzt dazu, Arzneimittel nach Magistralrezeptur abzugeben, hat er mit Blick auf die Gesundheit seiner Patienten dafür Sorge zu tragen, dass dieses von hierzu befugten Personen hergestellt wird.

Mit der Verteidigung steht im Heilmittelgesetz nicht geschrieben, dass der Arzt die Magistralrezeptur eigenhändig an den ausführenden Apotheker übermitteln müsse (Urk. 37 S. 4). Dem Heilmittelgesetz ist indes klar zu entnehmen, dass der Begriff des 'Herstellens' weit gefasst wird und darunter sämtliche Arbeitsgänge der Heilmittelproduktion fallen (vgl. vorstehend Ziff. 3.3.2). Dies hätte den Beschuldigten dazu veranlassen müssen, weitere Abklärungen bezüglich der Rolle des Pharmavertreters C.\_\_\_\_\_ zu machen – insbesondere durch Kontaktieren der zuständigen Behörde –, als diesem lediglich zu vertrauen, ohne ihn auch nur nach einer entsprechenden Zulassung zu fragen.

4.2.6 Der Beschuldigte befand sich hinsichtlich der Rolle des Pharmavertreters C.\_\_\_\_\_ in einem verschuldeten Irrtum, da er bei pflichtgemässer Aufmerksam-

keit hätte erkennen müssen, dass dieser nicht über die notwendige Bewilligung verfügte. Der Beschuldigte ging somit pflichtwidrig und folglich fahrlässig davon aus, dass er das Präparat "B.\_\_\_\_\_" lege artis herstellen liess.

4.3 Entsprechend hat sich der Beschuldigte – nachdem auch der subjektive Tatbestand erfüllt ist – der fahrlässigen Übertretung des Heilmittelgesetzes im Sinne von Art. 86 Abs. 1 lit. b HMG i.V.m. Art. 87 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 87 Abs. 3 HMG schuldig gemacht.

#### IV. Sanktion

1. Die eingeklagten Delikte datieren vom 22. April 2005 bis 4. Mai 2006 somit vor Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches am 1. Januar 2007. Das bisherige Recht kannte einen – vorliegend zu prüfenden – allgemeinen Strafbefreiungsgrund nur in Form des Strafverzichts gemäss Art. 66<sup>bis</sup> aStGB bei schwerer Betroffenheit des Täters durch die Folgen seiner Tat. Diese Bestimmung wurde im revidierten Allgemeinen Teil des StGB durch zwei weitere Strafbefreiungsgründe – fehlendes Strafbedürfnis bei Bagatelldelikten und Wiedergutmachung – ergänzt. Das neue Recht ist folglich das mildere und ist deshalb im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB anzuwenden.

2. Das Berufungsverfahren wird mit Nichteintretens- oder Abschreibungsentscheidungen zufolge Rückzugs oder aber durch ein neues Sachurteil erledigt (Art. 403 sowie Art. 408 StPO). Ob ein Strafverfahren in diesem Stadium aufgrund von Art. 52 f. StGB noch eingestellt werden kann oder ob gegebenenfalls zwar ein Schuldspruch zu ergehen hat, jedoch von einer Strafe abzusehen ist, wird kontrovers diskutiert (verneinen die Möglichkeit der Einstellung: Trechsel, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 9 zu Art. 53 mit Hinweis auf BGE 135 IV 27 E. 2.3. [erging noch vor Inkrafttreten der StPO/CH] und Riklin in: BSK StGB-I, 2. Aufl. N 26 zu Vor Art. 52 ff., bejahend: Fingerhuth in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur StPO, N 6 zu Art. 351 sowie Heimgartner/Niggli in, BSK StPO, Basel 2011, N 4 zu Art. 351). Im vorliegenden Fall kann diese Frage offen gelassen werden. Aufgrund des evidenten öffentlichen Interesses – in Frage steht ein Verstoss gegen das Heilmittelgesetz – drängt

sich, falls sich der Beschuldigte denn schuldig gemacht haben sollte, nicht zuletzt auch aus generalpräventiver Sicht ein Schuldspruch auf. Ansonsten ist das Verfahren mit einem Freispruch zu erledigen. Von einer Einstellung des Verfahrens – wie dies beantragt wird (Urk. 54 S. 9 N 44) – ist vorliegend abzusehen.

3. Die Vorinstanz hat zu Recht in Anwendung von Art. 52 StGB von einer Bestrafung abgesehen; auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid kann verwiesen werden (Urk. 43 S. 20 ff. Ziff. IV). Insbesondere ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Substanzen Chondroitinsulfat und Glucosamin nunmehr als Nahrungsergänzungsmittel zugelassen und damit für jedermann frei erhältlich sind. Tatfolgen sind daher, soweit ersichtlich, keine vorhanden.

#### **V. Einziehung von Vermögenswerten**

1. Das Gericht verfügt unter anderem die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind (Art. 70 Abs. 1 StGB). Als Vermögenswerte gelten alle wirtschaftlichen Vorteile in Form von Vermehrung von Aktiven und Erträgen oder Verminderung von Passiven. Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 71 Abs. 1 StGB).

2. Die Vorinstanz verpflichtete den Beschuldigten, dem Kanton Zürich Fr. 7'216.-- als Ersatzforderung für den widerrechtlich erzielten Vermögensvorteil zu bezahlen. Der Betrag stellt sich zusammen aus der Differenz des Einkaufspreises und Verkaufspreises der Dosen des Präparats "B.\_\_\_\_", multipliziert mit der Anzahl der verkaufter Dosen (Urk. 1.1.3-1.1.8; 320 mal Fr. 22.55).

3. Der Beschuldigte bestreitet weder Anzahl verkaufter Dosen noch die Differenz von Fr. 22.55 zwischen Ein- und Verkaufspreis pro Dose. Zugunsten des Beschuldigten sei indes ein Abzug zu machen für die Individualisierung etc. jeder einzelnen Dose. Der tatsächliche Nettogewinn pro Dose betrage damit Fr. 5.90, eine allfällige Ersatzforderung des Kantons Zürich könne höchstens Fr. 1'888.– betragen (Urk. 54 S. 10 N 47 ff.).

4. Gemäss Art. 6 StPO klären die Strafbehörden von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen ab, unabhängig davon, was die Parteien beantragen und erklären (Schmid, Schweizerisches Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich 2009, N 1 zu Art. 6 mit Verweis auf BBI 2006 S. 1130).

5. Die Vorinstanz addierte die auf den Lieferscheinen und Rechnungen unter dem Titel 'Menge' vermerkte Summe und kam so auf 320 gelieferte Dosen an "B.\_\_\_\_\_". Bei den unter dem Titel 'Menge' vermerkten Summe kann es sich indessen nicht um diejenigen der Dosen handeln, ansonsten das Rechnungstotal der jeweiligen Rechnungen bei einem Dosenpreis von Fr. 48.– für "B.\_\_\_\_\_" viel höher ausgefallen wäre (vgl. Urk. 1.1.3 und 1.1.4). Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es sich hierbei um die Anzahl der bestellten Tabletten handelt. Sodann ist auf einigen Lieferscheinen gar kein Rechnungstotal ersichtlich (Urk. 1.1.5 bis 1.1.8). Aufgrund der eingereichten Unterlagen kann die Höhe der einzuziehenden Ersatzforderung nicht eruiert werden, weshalb darauf zu verzichten ist.

## **VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Vorinstanz auferlegte die Kosten des Statthalteramtes sowie des erstinstanzlichen Verfahrens in Anwendung von Art. 426 Abs. 1 StPO dem Beschuldigten. Wie unter Ziff. II. 2. festgehalten, war auf das erstinstanzliche Verfahren indes das bisherige Strafprozessrecht anwendbar. Gemäss § 188 Abs. 1 StPO/ZH hat der Beschuldigte die Kosten im Falle eines Schuldspruchs grundsätzlich zu tragen. Entsprechend weicht diese Regelung nicht von der erstgenannten ab. Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 4. und 5.) zu bestätigen.

2.1 Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf Fr. 1'000.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts, LS. 211.11).

2.2 Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte mit seinen Anträgen hinsichtlich eines Freispruch, obsiegt indes bezüglich dem Absehen von einer

Ersatzforderung, weshalb ihm die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu 2/3 aufzuerlegen sind. Der restliche Drittel ist auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ausgangsgemäss ist dem Beschuldigten eine reduzierte Prozessentschädigung in Höhe von 1'500.– (inkl. MWST und Barauslagen) zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig der mehrfachen fahrlässigen Widerhandlung gegen das Heilmittelgesetz (HMG) im Sinne von Art. 87 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. b und Art. 87 Abs. 3 HMG, begangen im Zeitraum vom 22. April 2005 bis 4. Mai 2006.
2. Von der Ausfällung einer Strafe wird abgesehen.
3. Von einer Ersatzforderung im Sinne von Art. 71 StGB wird abgesehen.
4. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 4. und 5) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zu zwei Dritteln auferlegt. Der restliche Drittel wird auch die Gerichtskasse genommen.
7. Dem Beschuldigten wird eine reduzierte Prozessentschädigung in Höhe von Fr. 1'500.– zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
  - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - das Statthalteramt des Bezirks Zürich
  - Swissmedic, Schweizerisches Heilmittelinstitut, ... [Adresse]
  - die Bundesanwaltschaft
  - die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an die Vorinstanz.

9. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Strafkammer

Zürich, 7. Mai 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. F. Bollinger

lic. iur. C. Semadeni