

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU200005-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Stiefel, Ober-
richterin lic. iur. Bertschi sowie Gerichtsschreiberin MLaw Höchli

Urteil vom 31. Juli 2020

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Untersuchungsbehörde und Berufungsbeklagte

betreffend **Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung - Ein-
zelgericht, vom 12. November 2019 (GB190065)**

Strafbefehl:

Der Strafbefehl Nr. 2017/10026232 der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 26. September 2019 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. D1/45).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. a GesG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 3'000.–.
3. Die Busse ist zu bezahlen.

Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen.

4. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf
Fr. 900.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 600.– Gebühr für das Vorverfahren

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) **Des Beschuldigten:**

(Urk. 67; Urk. 78, sinngemäss)

Der Beschuldigte sei vom Vorwurf der Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. a GesG freizusprechen.

a) **Der Staatsanwaltschaft:**

(Urk. 74)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensverlauf

1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 12. November 2019 wurde der Beschuldigte der Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. a GesG schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 3'000.– bestraft. Ferner wurde eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen für den Fall schuldhafter Nichtbezahlung der Busse festgesetzt und über die Kosten- und Entschädigungsfolgen entschieden (Urk. 71).

2. Gegen dieses am 12. November 2019 mündlich eröffnete Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 19. November 2019 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 67; Prot. I S. 11 ff.). Das begründete Urteil wurde ihm am 14. Februar 2020 zugestellt (Urk. 70/2). Mit Präsidialverfügung vom 8. Mai 2020 wurde die Eingabe des Beschuldigten vom 19. November 2020 unter dem Hinweis, dass diese den Anforderungen von Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO genüge und daher als Berufungserklärung entgegengenommen worden sei, der Staatsanwaltschaft zugestellt. Gleichzeitig wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur Anschlussberufung oder für einen Nichteintretensantrag angesetzt. Weiter wurde der Beschuldigte unter Hinweis auf sein Aussageverweigerungsrecht aufgefordert, ein Datenerfassungsblatt auszufüllen (Urk. 72). Die Staatsanwaltschaft verzichtete in der Folge auf eine

Anschlussberufung (Urk. 74). Mit Beschluss vom 18. Mai 2020 wurde die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens angeordnet und dem Beschuldigten Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 75). Dieser Frist kam der Beschuldigte mit Eingabe vom 5. Juni 2020 nach (Urk. 78). Anschliessend wurde der Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 9. Juni 2020 Frist zur Einreichung einer Berufungsantwort angesetzt. Die Vorinstanz erhielt Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung (Urk. 79). Beide erklärten innert Frist, auf eine Berufungsantwort bzw. eine Stellungnahme zu verzichten (Urk. 81; Urk. 82). Am 26. Mai 2020 gingen das vom Beschuldigten ausgefüllte Datenerfassungsblatt sowie Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen hierorts ein (Urk. 77/1). Damit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Beschuldigte beantragt mit seiner Berufung einen Freispruch und ficht das vorinstanzliche Urteil demnach vollumfänglich an (Urk. 78). Es erwächst daher keine Dispositivziffer in Rechtskraft.

2. Bilden – wie im vorliegenden Fall – ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Dabei sind Rechtsfragen mit freier Kognition zu prüfen, und zwar nicht nur materiellrechtliche, sondern auch prozessuale (Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 398 N 23). Weiter besteht im Gegensatz zu Sachverhaltsfragen hinsichtlich Rechtsfragen – vorbehältlich beweisrechtlicher Fragen (BGer 6B_1365/2017 E. 3.1; BGer 6B_326/2009 E. 2.6.2) – zudem auch keine eigentliche Rügepflicht (vgl. BGer 6B_61/2012 E. 2.3; BGer 6B_696/2011 E. 4.2).

3. Mit seiner Berufung macht der Beschuldigte einerseits geltend, das erstinstanzliche Urteil halte den Voraussetzungen von Art. 81 StPO nicht stand. Weiter bringt er betreffend die erstinstanzliche Sachverhaltserstellung vor, dass er im anklagegegenständlichen Zeitraum nur "Probearbeit" zur Demonstration seiner Fähigkeiten geleistet habe, ohne dafür ein Entgelt erhalten zu haben. Was die rechtliche Würdigung der Vorinstanz betrifft, wendet der Beschuldigte schliesslich ein, dass es sich beim ihm vorgeworfenen Verhalten weder um eine Heiltätigkeit handle noch um ein Inverkehrbringen von Heilmitteln, weshalb entsprechend auch eine Strafbarkeit wegen der Übertretung des Zürcherischen Gesundheitsgesetzes ausser Betracht falle. Aus diesen Gründen verlangt er schliesslich einen Freispruch (Urk. 67; Urk. 78). Ob das vorinstanzliche Urteil auf willkürlicher Sachverhaltserstellung oder einer Rechtsverletzung beruht, ist somit im Folgenden zu überprüfen.

4. In prozessualer Hinsicht macht der Beschuldigte sinngemäss geltend, das Urteil der Vorinstanz genüge den Voraussetzungen von Art. 81 StPO nicht, weil die Formulierung des Schuldspruchs lediglich in allgemeiner Weise auf eine Übertretung des Gesundheitsgesetzes laute und keine Konkretisierung betreffend den in Frage stehenden Paragraphen vorgenommen worden sei (Urk. 67). Art. 81 Abs. 4 lit. a StPO sieht vor, dass das Entscheiddispositiv die Bezeichnung der angewendeten Gesetzesbestimmungen enthält. In diesem Fall wurde der Schuldspruch von der Vorinstanz so formuliert, dass der Beschuldigte "der Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes im Sinne von § 61 Abs. 1 lit a GesG" schuldig sei (Urk. 71 S. 13). Zwar trifft zu, dass in § 61 Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Zürich mehrere unterschiedliche Verhaltensweisen aufgeführt werden, welche im Sinne jenes Gesetzes als Übertretungen geahndet werden. Die Vorinstanz beliess es in ihrem Entscheiddispositiv aber nicht dabei, einzig zu erwähnen, dass sich der Beschuldigte der Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes schuldig gemacht habe. Sie nahm dabei vielmehr auch auf lit. a von § 61 Abs. 1 GesG Bezug, mithin auf jene Stelle, in welcher die Verhaltensweise umschrieben wird, welcher sich der Beschuldigte schuldig gemacht haben soll. Eine Verletzung der Voraussetzungen von Art. 81 StPO ist im vorinstanzlichen Urteil daher nicht zu erkennen.

5. Was das in diesem Fall anwendbare Recht betrifft, gelangte die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass aufgrund des Zeitpunkts der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tatbegehung die Arzneimittelverordnung vom 17. Oktober 2001, Stand am 1. Mai 2016 (aVAM), und nicht die erst am 1. Januar 2019 in Kraft getretene totalrevidierte Arzneimittelverordnung zur Anwendung gelangt (Urk. 71 S. 4).

III. Sachverhalt

1. Gemäss dem Strafbefehl vom 26. September 2019 wird dem Beschuldigten zusammengefasst vorgeworfen, im Zeitraum vom 1. September 2017 bis am 10. November 2017 in den Räumlichkeiten der B._____ GmbH in Zürich und Bern an ungefähr 10 Patientinnen Anwendungen mit Botulinumtoxin-Präparaten sowie bei ungefähr 30 Patientinnen Injektionen mit Hyaluronsäure vorgenommen zu haben, ohne dabei im Besitze der dafür erforderlichen Berufsausübungsbewilligung als Arzt gewesen zu sein. Dabei soll er um die fehlende Bewilligung gewusst sowie zumindest mit deren Erforderlichkeit für die genannten Behandlungen gerechnet und dies in Kauf genommen haben.

2. Was die vorinstanzliche Sachverhaltserstellung betrifft, rügt der Beschuldigte einzig, die Vorinstanz habe seine Aussage, wonach er im fraglichen Zeitraum lediglich "Probearbeit" zur Demonstration seiner Fähigkeiten geleistet habe, ohne dafür ein Entgelt erhalten zu haben, nicht berücksichtigt. Dabei macht er sinngemäss geltend, dass dieser Umstand insofern von Relevanz sei, als erst eine entgeltliche Tätigkeit überhaupt einer Bewilligungspflicht im Sinne von § 3 Abs. 1 GesG unterstehe (Urk. 78).

2.1 Dass er Probearbeit geleistet habe, um seine Fähigkeiten zu zeigen, während er auf die Bewilligung gewartet habe, gab der Beschuldigte sowohl im Rahmen des Vorverfahrens als auch vor Vorinstanz an (Urk. D1 15/1 S. 5; Urk. D1 15/3 S. 3; Prot. I S. 8). Entsprechend seinem Vorbringen hat sich die Vorinstanz mit seiner diesbezüglichen Behauptung nicht auseinandergesetzt. Es ist demnach zu prüfen, ob dieser Behauptung zu folgen ist.

2.2 Im Recht liegt ein Arbeitsvertrag des Beschuldigten mit der B._____ GmbH, welcher eine unbefristete 100 %-Anstellung des Beschuldigten als leitender Arzt mit der medizinischen Gesamtverantwortung der B._____ GmbH zum Gegenstand hat. Zwar enthält dieser Arbeitsvertrag eine Klausel, wonach das Arbeitsverhältnis erst nach Erhalt der selbständigen Berufsausübungsbewilligung des Kantons Bern am 1. September 2017 beginnen werde. Unterzeichnet wurde der Arbeitsvertrag jedoch seitens der Arbeitgeberin bereits am 22. Juli 2017 (Urk. D1 15/2). Weiter wäre gemäss jenem Arbeitsvertrag ab Beginn des Arbeitsverhältnisses eine dreimonatige Probezeit vereinbart gewesen, innerhalb welcher die B._____ GmbH das Arbeitsverhältnis innert 7 Tagen hätte beenden können, wenn sie mit den Fähigkeiten des Beschuldigten nicht zufrieden gewesen wäre (Urk. D1 15/2 S. 3). Gründe dafür, weshalb der Beschuldigte im anklagegegenständlichen Zeitraum (1. September 2017 bis 10. November 2017), mithin nach Abschluss des Vertrages, aber noch vor Beginn des Arbeitsverhältnisses im Sinne einer Probearbeit noch hätte seine Fähigkeiten unter Beweis stellen sollen, sind daher sowohl aus Sicht des Beschuldigten als auch aus Sicht der Arbeitgeberin keine ersichtlich. Vereinbarte Bedingung für den Beginn des Arbeitsverhältnisses war denn auch, dass dem Beschuldigten eine Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung erteilt werden würde und nicht, dass eine Demonstration seiner fachlichen Fähigkeiten zu überzeugen vermögen würde. Weiter liegt ein Schreiben des Beschuldigten vom 6. Mai oder 6. Juni (eine "5" wurde mit einer "6" überschrieben oder umgekehrt) 2017 im Recht, mit welchem er sich an die C._____ richtete und unter anderem bestätigte, dass er bei der B._____ GmbH in Zürich angestellt sei. Weiter gab er an, dass er als leitender Arzt der B._____ GmbH die volle Verantwortung für die ordnungsgemässe Verwendung der Ware an den Patienten übernehme (Urk. D1 29/1). Auch dass sich der Beschuldigte somit bereits im Sommer 2017 gegen aussen als leitender und in der Verantwortung stehender Arzt der B._____ GmbH auswies, spricht dagegen, dass er im anklagegegenständlichen Zeitraum, mithin mehrere Monate nach diesem Schreiben, noch hätte seine Fähigkeiten demonstrieren müssen. Dass es sich bei diesem Vorbringen, damals lediglich unentgeltliche Probearbeit geleistet zu haben, um eine Schutzbehauptung des Beschuldigten handelt, zeigt sich letztlich aufgrund seines Aussageverhaltens. So stellte sich der Beschuldigte noch zu Beginn seiner

ersten polizeilichen Einvernahme vom 31. Januar 2018 dezidiert auf den Standpunkt, bis zu jenem Zeitpunkt nicht für die B. _____ GmbH gearbeitet zu haben. Er bejahte denn auch ausdrücklich, dass er niemals eine Behandlung für die B. _____ GmbH gemacht habe (Urk. D1 15/1 S. 3 f.). Dass er probeweise dort gearbeitet habe, wobei es sich dabei nicht wirklich um Arbeit gehandelt habe, erklärte er dann erst auf Vorhalt eines Videos, auf welchem er von einer Mitarbeiterin der B. _____ GmbH als diejenige Person identifiziert wurde, welche am 7. Oktober 2017 eine Lippenunterspritzung vorgenommen hat (Urk. D1 15/1 S. 5). Hätte der Beschuldigte damals tatsächlich nur zur Probe und unentgeltlich gearbeitet, sich mithin berechtigt gefühlt, diese Tätigkeit auszuüben, wäre vielmehr zu erwarten gewesen, dass er dies von Beginn an geltend gemacht hätte. Da er seine Behandlungstätigkeit in den Räumlichkeiten der B. _____ GmbH zunächst aber zu verheimlichen versuchte, sowie in Anbetracht dessen, dass der Arbeitsvertrag bereits im Juli 2017 unterzeichnet worden war, erweist es sich als erstellt, dass der Beschuldigte die in jenem Vertrag vereinbarte entgeltliche Tätigkeit bereits im anklagegegenständlichen Zeitraum – mithin vor erfolgter Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung – begonnen hatte.

3. Da keine weiteren Rügen gegen die vorinstanzliche Sachverhaltserstellung erhoben wurden, ist der Anklagesachverhalt entsprechend der diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen als erstellt zu erachten (Urk. 71 S. 4 f.).

IV. Rechtliche Würdigung

1. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass sich der Beschuldigte mit seinem Verhalten der Übertretung des Gesundheitsgesetzes des Kantons Zürich im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. a GesG schuldig gemacht hat (Urk. 71 S. 5 ff.). Dabei handelt es sich bei § 61 GesG um die Strafbestimmung des Gesundheitsgesetzes, gemäss deren Abs. 1 lit. a unter anderem die vorsätzliche Ausübung bewilligungspflichtiger Tätigkeiten nach jenem Gesetz, ohne im Besitz einer Berufsausübungsbewilligung zu sein, mit Busse bedroht wird. Die diesbezügliche rechtliche Würdigung wird vom Beschuldigten bestritten (Urk. 67).

2. Was den objektiven Tatbestand der Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes betrifft, macht der Beschuldigte geltend, dass es sich bei der ihm vorgeworfenen Tätigkeit nicht um eine Heiltätigkeit handle und diese daher auch nicht zwingend durch einen Arzt ausgeführt werden müsse. Da es sich nicht um eine Heiltätigkeit handle, falle die ihm vorgeworfene Tätigkeit sodann auch nicht in die Zuständigkeit des Gesundheitsgesetzes. Überdies bringt er vor, dass es sich bei der ihm vorgeworfenen Tätigkeit insbesondere nicht um ein Inverkehrbringen von Arzneimitteln und Medizinprodukten im Sinne von § 3 Abs. 1 lit. f GesG handle. So sei er lediglich der Anwender eines durch den Erzeuger und Gross- oder Kleinhändler (Apotheke) in Verkehr gebrachten Produktes gewesen (Urk. D1 15/1 S. 5; Urk. 67).

2.1 Auf diese Argumentation des Beschuldigten ging bereits die Vorinstanz ein. Dabei zeigte sie richtigerweise auf, dass es sich sowohl bei Botulinumtoxin-Präparaten als auch bei Hyaluronsäure um Arzneimittel bzw. um Medizinprodukte im Sinne des Heilmittelgesetzes (HMG) handelt und nicht etwa beispielsweise um Kosmetika im Sinne von Art. 53 Abs. 1 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (Urk. 71 S. 6 f.).

2.1.1 Was die Botulinumtoxin-Präparate betrifft, ist konkret zu beachten, dass sämtliche zugelassenen Botulinumtoxin-Wirkstoffe vom Schweizerischen Heilmittelinstitut Swissmedic der Arzneimittel-Abgabekategorie A zugeordnet werden und aufgrund dieser Einstufung als verschärft verschreibungspflichtig gelten (Art. 23 Abs. 1 HMG i.V.m. Art. 23 lit. a aVAM). Gemäss Art. 24 HMG i.V.m. Art. 23 aVAM dürfen solche verschärft verschreibungspflichtigen Arzneimittel ausschliesslich auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden. Überdies ist in der Fachinformation dieser Präparate ausdrücklich vorgesehen, dass sie nur von Fachärzten angewendet werden sollen (Urk. D1 9/2 S. 2).

2.1.2 Weiter wies die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass Hyaluronsäure als Medizinprodukt im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b HMG und Art. 1 Abs. 1 der Medizinprodukteverordnung (MepV) qualifiziert wird. Werden solche Medizinprodukte sodann – wie dies dem Beschuldigten vorgeworfen wird – zur Injektion verwendet und sind sie dazu bestimmt, länger als 30 Tage im Körper des Menschen zu verbleiben, so dürfen sie gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. b HMG i.V.m. Art. 18 MepV sowie

Ziff. 1 lit. a des Anhangs 6 der MepV ausschliesslich durch einen Arzt oder eine Ärztin oder durch die in Ziff. 2 jenes Anhangs 6 zur MepV genannten Fachpersonen unter Kontrolle und Verantwortung eines Arztes oder einer Ärztin angewendet werden (Urk. 71 S. 6 f.). Gemäss dem Merkblatt zu den rechtlichen Grundlagen der Kosmetik der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich vom 18. März 2019 handelt es sich sodann unter anderem bei "Teosyal", welches im Rahmen der Durchsuchung der Praxisräume in Zürich am 10. November 2017 sichergestellt wurde, um ein langzeitverbleibendes Produkt, welches länger als 30 Tage im Körper verbleibt (Urk. D1 19; Urk. D1 33/6 S. 10). Dasselbe gilt für das Hyaluronsäure-Präparat "Princess", welches anlässlich jener Praxisdurchsuchung ebenfalls sichergestellt wurde (Urk. D1 27/12 S. 2; Urk. D1 33/6).

2.2 Angesichts dieser Erwägungen steht demnach einerseits fest, dass es sich sowohl bei den Botulinumtoxin-Präparaten als auch bei der Hyaluronsäure um Heilmittel im Sinne des Heilmittelgesetzes handelt, zumal gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a HMG sowohl Arzneimittel als auch Medizinprodukte als solche gelten. Ausserdem zeigen die vorstehenden Erwägungen, dass die Anwendung beider Heilmittel Ärzten bzw. bestimmter Fachpersonen unter ärztlicher Aufsicht vorbehalten ist. Zu prüfen bleibt damit, ob die Anwendung dieser Heilmittel durch einen Arzt einer kantonalen Berufsausübungsbewilligung im Sinne von § 3 GesG bedurft hätte.

2.3 Die Vorinstanz begründete die Bewilligungspflicht des Beschuldigten mit § 3 Abs. 1 lit. f GesG. Jene Bestimmung sieht vor, dass das fachlich eigenverantwortliche sowie berufsmässige oder im Einzelfall gegen Entgelt erfolgte Inverkehrbringen von Arzneimitteln und Medizinprodukten, deren Abgabe nach Bundesrecht bewilligungspflichtig ist, einer kantonalen Berufsausübungsbewilligung bedarf. Dabei wies die Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass gemäss der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 lit. f HMG unter anderem die Abgabe von Heilmitteln unter den Begriff des Inverkehrbringens fällt (Urk. 71 S. 6). Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift jedoch nicht die eigentliche Abgabe von Heilmitteln vorgeworfen, sondern die Ausübung einer ärztlichen Tätigkeit, bei welcher diese Heilmittel zur Anwendung gelangten. Einschlägig ist daher vielmehr § 3 Abs. 1 lit. b GesG, gemäss welcher Bestimmung einer kantonalen Berufsausübungsbe-

willigung bedarf, wer sich fachlich eigenverantwortlich sowie berufsmässig oder im Einzelfall gegen Entgelt in einem Beruf betätigt, den die Krankenversicherungsgesetzgebung zur Gruppe der Leistungserbringer zählt. So sind Leistungserbringer im Sinne von Art. 35 Abs. 2 lit. a KVG unter anderem Ärztinnen und Ärzte. Ob dem Beschuldigten im Sinne dieser Bestimmung eine Bewilligungspflicht für die ihm vorgeworfene Tätigkeit zugekommen wäre, ist daher zu prüfen.

2.4 Dass er Botulinumtoxin-Präparate und Hyaluronsäure im Rahmen seiner – wie sich im Zuge der Sachverhaltserstellung zeigte (vgl. E. III.2.2) – fachlich eigenverantwortlichen und berufsmässigen ärztlichen Tätigkeit bei der B. _____ GmbH angewendet hatte, räumte der Beschuldigte, dessen Ausbildung als Arzt in der Schweiz anerkannt ist (Urk. D1 20), ein (Urk. D1 15/1 S. 5 f.; Urk. D1 15/3 S. 3; Prot. I S. 10). Entsprechend hätte er zur Ausübung dieser ärztlichen Tätigkeit im Sinne von § 3 Abs. 1 lit. b GesG einer kantonalen Berufsausübungsbewilligung bedurft. Dass er über eine solche nicht verfügt hatte, räumte der Beschuldigte ebenfalls ein (Urk. D1 15/1 S. 1; Urk. D1 15/3 S. 3; Prot. I S. 8). Damit sind die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen einer Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. a GesG erfüllt.

3. In subjektiver Hinsicht setzt die Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. a GesG Vorsatz voraus. Dabei ist zu beachten, dass gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB bereits vorsätzlich handelt, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt. Ob auch diese subjektive Tatbestandsvoraussetzung erfüllt ist, bleibt zu prüfen.

3.1 In dieser Hinsicht erwog die Vorinstanz, dass der Beschuldigte um seine fehlende Berufsausübungsbewilligung gewusst und dennoch willentlich die ihm vorgeworfenen Behandlungen durchgeführt habe, weshalb auch der subjektive Tatbestand der Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes erfüllt sei. Weiter prüfte sie, ob er hinsichtlich seiner mehrfach dargetaner Ansicht, die Einspritzung von Botox und langzeitverbleibendem Hyaluron gehöre nicht zu den bewilligungspflichtigen Tätigkeiten gemäss § 3 GesG, da diese Tätigkeiten keine Heiltätigkeiten darstellten, einem Rechtsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB verfallen sein könnte. Dabei gelangte sie zum Schluss, dass der Beschuldigte glaubhaft ausgeführt habe, der Ansicht (gewesen) zu sein, dass das Einspritzen von Botox

und langzeitverbleibendem Hyaluron keine bewilligungspflichtige Tätigkeit darstelle, und daher ein Rechtsirrtum vorliege. Gleichwohl erachtete sie diesen Rechtsirrtum des Beschuldigten letztlich aber nicht als unvermeidbar, weshalb sie dennoch auf einen Schuldspruch erkannte (Urk. 71 S. 7 ff.).

3.2 Entgegen der Auffassung der Vorinstanz betrifft das Vorbringen des Beschuldigten, der Ansicht gewesen zu sein, dass er für die Ausübung der ihm vorgeworfenen Tätigkeit keine kantonale Berufsausübungsbewilligung benötigt hätte, nicht die Frage des Vorliegens eines Rechtsirrtums betrifft, sondern die Frage, ob das tatbestandsmässige Handeln vorsätzlich erfolgte oder nicht. So setzt Vorsatz im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB voraus, dass die Tat mit Wissen und Willen ausgeführt wird. Dabei bezieht sich das Wissen auf die Tatumstände, welche sich unter die objektiven Merkmale des Deliktstatbestands subsumieren lassen (BGE 130 IV 60). In diesem Fall bildet das Ausüben bewilligungspflichtiger Tätigkeiten ohne im Besitz einer entsprechenden Berufsausübungsbewilligung zu sein, objektive Tatbestandsvoraussetzung im Sinne von § 61 Abs. 1 lit a GesG. Wenn der Beschuldigte nun sinngemäss geltend macht, er habe nicht um das Erfordernis einer Berufsausübungsbewilligung für die von ihm ausgeführte Tätigkeit – mithin um ein objektives Tatbestandsmerkmal – gewusst, so bestreitet er, vorsätzlich gehandelt zu haben. Damit ist zu prüfen, ob die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.

3.3 In der Anklageschrift wird dem Beschuldigten in subjektiver Hinsicht vorgeworfen, um die fehlende Bewilligung gewusst und zumindest mit deren Erforderlichkeit für die genannten Behandlungen gerechnet und dies in Kauf genommen zu haben. Was den Kenntnisstand des Beschuldigten hinsichtlich der Erforderlichkeit dieser Bewilligung betrifft, stellte die Vorinstanz – wie bereits erwogen – im Rahmen ihrer Prüfung des Vorliegens eines Rechtsirrtums fest, dass der Beschuldigte glaubhaft ausgeführt habe, dass er der Ansicht gewesen sei, das Einspritzen von Botox und langzeitverbleibendem Hyaluron stelle keine bewilligungspflichtige Tätigkeit dar (Urk. 71 S. 8). Da es sich dabei um eine Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz handelt, könnte diese im Rahmen dieses Berufungsverfahrens einzig auf eine entsprechende Rüge hin auf Willkür überprüft werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Die diesbezügliche Sachverhaltsfeststellung wur-

de vom Beschuldigten jedoch nicht gerügt, weshalb auf diese abzustellen ist. Wird somit davon ausgegangen, dass der Beschuldigte entsprechend seinem Vorbringen nicht gewusst hatte, dass er für die von ihm durchgeführten Behandlungen eine kantonale Berufsausübungsbewilligung gebraucht hätte, fällt die Annahme eines Handelns mit direktem Vorsatz ausser Betracht. Zu prüfen ist jedoch, ob der Beschuldigte entsprechend dem Anklagevorwurf mit der Erforderlichkeit einer Bewilligung für die genannten Behandlungen zumindest gerechnet und das Handeln trotz fehlender Bewilligung in Kauf genommen, mithin mit Eventualvorsatz gehandelt hat.

3.4 Der Beschuldigte hat am 7. Juni 2020 bei der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich ein Gesuch um Erteilung einer selbständigen Berufsausübung im Kanton Zürich für seine Tätigkeit in der Praxis der B._____ gestellt (Urk. D1 27/3). Bereits dieser Umstand zeigt, dass der Beschuldigte grundsätzlich Kenntnis davon hatte, dass die Ausübung gewisser Tätigkeiten im medizinischen Bereich einer Bewilligung der kantonalen Gesundheitsdirektion erfordert. Dass er sich selbst um eine solche bemühte, weist zudem darauf hin, dass er zumindest in Betracht zog, dass auch Tätigkeiten, welche er auszuführen beabsichtigte, einer solchen Bewilligung bedürfen, zumal er andernfalls kaum eine solche Bewilligung beantragt hätte. Weiter wurde der Beschuldigte mit Schreiben der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich vom 26. Juli 2017 darauf hingewiesen, dass die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit oder Werbung dafür vor Erteilung der Berufsausübungsbewilligung widerrechtlich sei und mit Busse geahndet werden könne. Ausserdem wurde er ermahnt, dass die Bekanntmachung seiner Person auf der Homepage der B._____ GmbH mit Hinweis auf seine seit 2005 bestehende Anerkennung als Arzt in der Schweiz und die Ausübung der ärztlichen Aufsicht in der erwähnten Institution als täuschend und daher als unzulässig erachtet werde. Er wurde daher aufgefordert, diese Bekanntmachung zu löschen und mit der Aufschaltung auf der Homepage bis nach Erhalt der Berufsausübungsbewilligung zu warten (Urk. D1 27/4). Was dieses Schreiben betrifft, machte der Beschuldigte geltend, dass es sich dabei lediglich um die Meinung der Behörde handle, er jedoch der Auffassung sei, dass diese Meinung nicht dem Gesetz entspreche (Urk. D1 15/3 S. 2; Prot. I S. 10). Bei der Verfasserin jenes Schreibens an ihn handelte es sich immerhin um diejenige Behörde, welche über die Erteilung von Berufsausübungs-

bewilligungen entscheidet. Nachdem diese Behörde ihm mitgeteilt hatte, dass nur schon die Bekanntmachung seiner Person auf der Homepage der B._____ vor Erteilung der Berufsausübungsbewilligung ihrerseits als unzulässig erachtet wird, musste er zumindest mit der Möglichkeit rechnen, dass die von ihm konkret beabsichtigten Tätigkeiten für die B._____ GmbH tatsächlich einer entsprechenden Bewilligung bedurft hätten. Um ein rechtswidriges Handeln ausschliessen zu können, hätte er bei dieser Ausgangslage zumindest bei jener Behörde nachfragen und sich über die genaue Gesetzesgrundlage aufklären lassen müssen. Im Übrigen erklärte der Beschuldigte zu Beginn des Vorverfahrens von sich aus, dass mit der B._____ GmbH vereinbart worden sei, dass der Arbeitsvertrag erst nach Erhalt der Berufsausübungsbewilligung in Kraft treten werde (Urk. D1 15/1 S. 2). Auch diese Angabe zeigt, dass dem Beschuldigten die Relevanz einer solchen Bewilligung für seine Tätigkeit bei der B._____ GmbH bewusst war. Es erweist sich damit als erstellt, dass der Beschuldigte zumindest mit der Erforderlichkeit einer kantonalen Berufsausübungsbewilligung zur Ausübung der ihm vorgeworfenen Tätigkeiten gerechnet hatte. Da er dennoch Anwendungen von Botulinumtoxin-Präparaten und Hyaluronsäure vornahm, nahm er ein Handeln ohne die dazu erforderliche Bewilligung in Kauf. Da somit ein Handeln mit Eventualvorsatz vorlag, erweisen sich auch die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen als erfüllt.

4. Der Beschuldigte hat sich demnach einer Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. a GesG schuldig gemacht.

V. Sanktion

1. Die Vorinstanz hat den Strafraum für die Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes korrekt auf Busse bis zu Fr. 50'000.– abgesteckt (Urk. 71 S. 10; § 61 Abs. 1 lit. a GesG). Ausserdem hat die Vorinstanz die Grundlagen zur Bemessung der Busse korrekt dargelegt (Urk. 71 S. 9 ff.), dies braucht nicht wiederholt zu werden.

2. Bei der Bewertung der objektiven Tatschwere der Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes berücksichtigte die Vorinstanz zu Recht verschuldensmindernd, dass der Beschuldigte über eine in der Schweiz anerkannte medi-

zinische Ausbildung als Arzt verfügt und daher grundsätzlich keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass für die von ihm behandelten Patientinnen eine akute gesundheitliche Gefahr bestanden haben könnte (Urk. 71 S. 11). Bei der subjektiven Tatschwere liegt entgegen den Erwägungen der Vorinstanz Handeln mit Eventualvorsatz vor (Urk. 71 S. 11). Dies hat eine leichte Relativierung des objektiven Tatverschuldens zur Folge. Im Unterschied zum vorinstanzlichen Strafzumessung fällt demgegenüber eine Strafminderung unter dem Titel eines vermeidbaren Rechtsirrtums ausser Betracht (Urk. 71 S. 11). Insgesamt erweist sich das Tatverschulden jedenfalls als leicht. Den vorinstanzlichen Erwägungen entsprechend ist das teilweise Geständnis leicht strafmindernd zu berücksichtigen (Urk. 71 S. 12). Im Übrigen wirken sich die Täterkomponenten neutral auf die Strafzumessung aus. Was die aktuellen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten betrifft, geht aus den Angaben aus dem von ihm am 23. Mai 2020 ausgefüllten Datenerfassungsblatt hervor, dass er am 1. Januar 2020 von der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert wurde. Nun wird er mit Fr. 2'257.75 pro Monat von der Sozialhilfe unterstützt. Ausserdem ist dem Datenerfassungsblatt zu entnehmen, dass er Schulden in der Höhe von Fr. 75'000.– hat (Urk. 77/1; Urk. 77/2). Angesichts dieser finanziellen Verhältnisse sowie unter Berücksichtigung des Verschuldens des Beschuldigten erweist sich die von der Vorinstanz festgesetzte Busse von Fr. 3'000.– als angemessen. Entsprechend ist der Beschuldigte mit einer Busse von Fr. 3'000.– zu bestrafen. Da Bussen immer vollstreckt werden, ist für den Fall der Nichtbezahlung gemäss Art. 106 Abs. 2 StGB eine Ersatzfreiheitsstrafe auszufällen, die praxisgemäss auf 30 Tage festzusetzen ist, was die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 71 S. 13).

VI. Kostenfolgen

1. Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 4 und 5) zu bestätigen.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich aufzuerlegen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Übertretung des kantonalen Gesundheitsgesetzes im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. a GesG.
2. Der Beschuldigte wird mit Fr. 3'000.– Busse bestraft.

Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen.

3. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- den Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. D1 42/1
- die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, Stampfenbachstrasse 30, Postfach, 8090 Zürich.

7. 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
II. Strafkammer

Zürich, 31. Juli 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Höchli