



III. Strafkammer

Mitwirkend: Obergerichtspräsident Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, die Oberrichter lic. iur. Ch. Spiess und Dr. G. Daetwyler sowie die juristische Sekretärin lic. iur. I. Vourtsis

Beschluss vom 18. November 2006

in Sachen

Swissmedic, Schweizerisches Heilmittelinstitut, vertreten durch Fürsprecher

A. B.

Rekurrentin

gegen

X. AG, ,

Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. R.B.

betreffend **Anklage/Nichtzulassung**

Rekurs gegen die Verfügung des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirkes Zürich vom 8. September 2005, GU050196

Das Gericht erwägt:

I.

1. Mit Verfügung vom 15. Juli 2004 (Urk. 5/3/1) eröffnete die Swissmedic, Schweizerisches Heilmittelinstitut gestützt auf eine Meldung, wonach möglicherweise das Arzneimittel Y der X AG mehrfach in unzulässiger Weise beworben worden sei, in Anwendung von Art. 90 Abs. 1 Heilmittelgesetz (HMG) und Art. 37 ff. Verwaltungsstrafrechtsgesetz (VStrR) ein Verwaltungsstrafverfahren gegen Unbekannt wegen Verdachts auf Widerhandlung gegen die Werbebestimmungen der Heilmittelgesetzgebung (Urk. 5/3/1). Das Verwaltungsmassnahmeverfahren wurde mit Verfügung vom 14. Juli 2004 geschlossen (Urk. 5/3/2/5). Am 17. Dezember 2004 erliess die Swissmedic einen Strafbescheid und bestrafte die X AG wegen Missachtung des Verbotes der Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel gemäss Ar. 14 AWW und Art. 32 Abs. 2 lit.a HMG i.V.m. Art. 87 Abs. 1 lit.b HMG mit einer Busse von Fr. 5'000.- (Urk. 5/3/6 S. 5). Die X AG erhob dagegen Einsprache (Urk. 3/7/1) und die Swissmedic erliess am 11. April 2005 eine Strafverfügung, worin sie die X AG wegen Verstosses gegen diverse Bestimmungen des Heilmittelgesetzes - u.a. Art. 32 Abs. 1 lit.a HMG und 32 Abs. 2 lit.a HMG - und der Verordnung über die Arzneimittelwerbung mit einer Busse von Fr. 5'000.- belegte (Urk. 5/3/8/1). In der Folge verlangte die Fa. X AG gerichtliche Beurteilung (Urk. 5/3/9/1). Gestützt auf Art. 73 VStrR überwies die Swissmedic die Akten im Sinne einer Anklage an die Oberstaatsanwaltschaft und letztere an den Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich (Urk. 5/1 i.V.m. 5/2).
2. Mit Verfügung vom 8. September 2005 liess der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich die Anklage des Schweizerischen Heilmittelinstitutes Swissmedic gegen die X AG mit der Begründung, die Anklage habe mit der Nennung eines Adressaten "Unbekannt" einen rechtlich unzulässigen Inhalt, definitiv nicht zu (Urk. 4 S. 5). Im Übrigen wurde in den Erwägungen auf

diverse Mängel in der Untersuchungsführung hingewiesen (Urk. 4 S. 3-4). Dagegen rekurrierte das Heilmittelinstitut und verlangte (Urk. 1 S. 2):

"Die Verfügung vom 8. September 2005 sei aufzuheben, und der Einzelrichter für Zivil- und Strafsachen am Bezirksgericht Zürich sei anzuweisen, die Anklage in vorgenannter Sache zuzulassen."

In der Folge verzichtete die Vorinstanz auf Vernehmlassung (Urk. 7) und die Fa. X AG beantragte Abweisung des Rekurses und Bestätigung der vorinstanzlichen Verfügung vom 8. September 2005 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekurrentin (Urk. 11 S. 2).

II.

1. Der vorinstanzliche Einzelrichter hatte erwogen, im Hinblick auf die von Art. 64 VStrR aufgestellten Erfordernisse an den Strafbescheid sei in tatsächlicher Hinsicht festzuhalten, dass der Strafbescheid der Swissmedic sich an ein "Unbekannt" als Adressaten richte. Damit verstosse die Anklagebehörde gegen die Vorschrift von Art. 64 Abs. 1 VStrR, wonach der Strafbescheid den Beschuldigten zu nennen habe. Eine Anklage gegen "Unbekannt" gebe es nicht (act. 4 S. 3). Im Weiteren wurde zum Vorgehen nach Art. 7 VStrR ausgeführt, zum rechtlich korrekten Vorgehen gehöre zunächst und vor allem, dass die Anklagebehörde dem Angeschuldigten bekannt gebe, dass und ab wann sich das Verfahren gegen ihn richte, das heisst gegen die Firma selbst und nicht mehr gegen einen noch zu ermittelnden Mitarbeiter der Firma. In der Folge sei die ins Recht gefasste Firma als Angeschuldigte mit allen damit verbundenen Verfahrensrechten zu behandeln. Dazu gehöre unter anderem auch, dass das Schlussprotokoll den in Art. 61 VStrR genannten Erfordernissen entspreche. Werde zudem, wie vorliegendenfalls, im Strafbescheid ein anderer Sachverhalt ins Recht gefasst als in der Überweisungsverfügung (das heisst in letzterer werde nur

noch der Nachdruck der Broschüre im Jahre 2003 ins Recht gefasst, die erste Verteilung im Jahre 2001 nicht mehr), so sei dem Angeschuldigten auch dazu das rechtliche Gehör zu gewähren (act. 4 S. 4).

2. a) Bei Straftatbeständen aus der Nebengesetzgebung des Bundes ist zu prüfen, ob sie von den Kantonen oder vom Bund auf dem Weg des Bundesstraf- bzw. Verwaltungsstrafverfahrens zu verfolgen sind. Ist das VStrR anwendbar, so ist dies in den betreffenden Bundesgesetzen bei den Strafbestimmungen ausdrücklich erwähnt. Es ist denkbar, dass Straftatbestände des gleichen Gesetzes teilweise von den Kantonen nach Massgabe ihres Prozessrechtes, teilweise nach dem VStrR zu verfolgen sind (Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage N 920, S. 350f.).

Art. 90 des Heilmittelgesetzes vom 15. Dezember 2000 (nachfolgend HMG) lautet wie folgt: Die Strafverfolgung im Vollzugsbereich des Bundes wird vom Institut nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht geführt" [Abs. 1]. "Die Strafverfolgung im Vollzugsbereich der Kantone ist Sache der Kantone" [Abs. 2]. Unter Vollzugsbereich wie er in Art. 90 HMG umschrieben ist, wird sinngemäss auf Art. 82 (Bund) und 83 (Kantone) HMG verwiesen.

Der Bundesrat und das Institut vollziehen dieses Gesetz, soweit es den Bund für zuständig erklärt. Der Bundesrat kann einzelne Aufgaben des Instituts anderen Behörden übertragen (Art. 82 Abs. 1 HMG). Die Kantone erfüllen die Vollzugsaufgaben, die ihnen das HMG überträgt und die nicht ausdrücklich dem Bund übertragen sind (Art. 83 Abs. 1 HMG). Dabei geht es um Aufgaben, wie sie in Art. 24 Abs. 3, 27 Abs. 4, 30, 58 Abs. 5 HMG, 63 Abs. 1 und 66 HMG (Marktüberwachung, Erteilung von diversen Bewilligungen etc.) vorgesehen sind.

- b) Vorliegend geht es um eine Vollzugsaufgabe des Bundes, weshalb das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht zur Anwendung gelangt.

3. a) Mit Verfügung vom 14. Juli 2004 wurde seitens der Swissmedic das Verwaltungsverfahren gegen die X AG (Act. 5/3/2/5) unter Anordnung einer Verwaltungsmassnahme erledigt und dabei die allfällige Eröffnung eines Strafverfahrens in Aussicht gestellt. Entgegen der Meinung der Rekursgegnerin (vgl. Urk. 11 S. 4) wurde das Verwaltungsstrafverfahren gegen Unbekannt bereits am 15. Juli 2004 eröffnet (act. 5/3/1). Im Rahmen des Verwaltungsmassnahmeverfahrens wurde der Fa. X AG das rechtliche Gehör gewährt (act. 5/3/2/3) und diese liess sich in der Folge vernehmen (act. 5/3/2/4). Am 6. August 2004 wurde die X AG aufgefordert, dem Institut bis 27. August 2004 bekannt zu geben, wen sie als die gemäss Art. 25 Abs. 1 AWV für Werbung verantwortliche Person bezeichnet habe und wen sie als Product Manager für das Präparat Y eingesetzt habe. Ausserdem hatten die X AG bzw. deren verantwortliche Organe innert gleicher Frist die Marketingpläne betreffend das Y Präparat, die SOP, Standard Operating Procedures, der X AG und den Patienten-Ratgeber "Wohlfühlen trotz Migräne" im Original einzureichen (act. 5/3/3 S. 2). Diese Aufforderung erfolgte unter dem Hinweis, dass die X AG bzw. deren Organe gestützt auf Art. 6 und 7 VStrR ins Recht gefasst werden könnten, weshalb die X AG als Auskunftsperson zu behandeln sei und sie auf ihr Auskunftsverweigerungsrecht aufmerksam gemacht werden müsse. Die X AG liess sich vernehmen und führte aus, erst aufgrund des Swissmedic-Schreibens vom 9. Juni 2004 sei seitens der X AG realisiert worden, dass die fragliche Broschüre mehrmals das Produkt Y nenne und in dieser Form im Wartezimmer von Ärzten aufgelegt werde. Bis zu diesem Zeitpunkt und seit Ende 2001 (!) habe dies offenbar - intern und extern - niemand entdeckt, was im Lichte zahlreicher anderer, ebenfalls existierender Patientenbroschüren mit Produktenennungen denn auch nicht erstaunen könne. Aufgrund der nicht mehr genau rekonstruierbaren Umstände erkläre sich X AG bereit, die Verantwortung für den Vorfall zu übernehmen. Es dürfe dabei betont werden, dass X AG ein eminentes Interesse daran habe, ihre Produkte im Einklang mit HMG und AWW zu vermarkten, und entsprechend die gerügte Patientenbroschüre umgehend zurückgezogen habe.

Ausserdem seien mit dem neuen Genehmigungs-Reglement die Voraussetzungen dafür geschaffen worden, dass sich ein Vorfall wie dieser nicht wiederholen könne (act. 5/3/4/1 S. 2). Darauf hin verfügte die Swissmedic am 6. Oktober 2004, in der verwaltungsstrafrechtlichen Untersuchung gegen Unbekannt wegen Verdachts auf Widerhandlung gegen Art. 87 Abs. 1 lit.b HMG werde die Untersuchung unter Berücksichtigung von Art. 7 VStrR als vollständig erachtet und das Schlussprotokoll vom 6. Oktober 2004 der X AG eröffnet (act. 5/3/5/1). Im Schlussprotokoll wurde erwogen, weitere Untersuchungsmassnahmen betreffend allfällig involvierte natürliche Personen seien im Hinblick auf die verwirkte Strafe aufgrund von Art. 7 VStrR als unverhältnismässig zu erachten, weshalb von deren Verfolgung Umgang genommen werde. Die X AG sei deshalb zur Bezahlung einer Busse heranzuziehen (Urk. 5/3/5/2 S. 3). Im anschliessend erlassenen Strafbescheid vom 17. Oktober 2004 (Urk. 5/3/6) bzw. Strafverfügung vom 11. April 2005 (Urk. 5/3/8/1) wurde die X AG zur Bezahlung einer Busse verurteilt.

b) Sowohl im Strafbescheid (Urk. 5/3/6) als auch in der Strafverfügung (Urk. 5/3/8/1) und der Überweisung (Urk. 5/2) richtete sich gemäss Rubrum die verwaltungsstrafrechtliche Untersuchung gegen Unbekannt.

Zweifellos wäre eine Anklage gegen Unbekannt nach gültiger kantonaler Strafprozessordnung nicht gültig. Da aber vorliegend weitgehend die Vorschriften des VStrR zur Anwendung gelangen, ist vorerst zu prüfen, welche Kompetenzen das kantonale Gericht im Anklagezulassungsverfahren hat und welche Bestimmungen für den Inhalt einer Anklage massgebend sind.

4. a) Für das gerichtliche Verfahren kommen die Vorschriften gemäss Art. 73 ff. VStrR zur Anwendung. Das kantonale Verfahrensrecht für das Gerichtsverfahren kommt nur soweit zur Anwendung, als Artikel 73-81 VStrR nichts anderes bestimmen (Art. 82 VStrR).

Gemäss Art. 73 Abs. 2 VStrR gilt die Überweisung als Anklage. Sie hat den Sachverhalt und die anwendbaren Strafbestimmungen zu enthalten oder auf die Strafverfügung zu verweisen (Art. 73 Abs. 2 VStrR). Eine Untersuchung gemäss kantonalem Recht findet nicht statt; vorbehalten bleibt die Ergänzung der Akten gemäss Artikel 75 Abs. 2 VStrR (Art. 73 Abs. 3 VStrR). Die Akten der Verwaltung über die von ihr erhobenen Beweise dienen auch dem Gericht als Beweismittel; dieses kann von sich aus oder auf Antrag einer Partei weitere zur Aufklärung des Sachverhalts erforderliche Beweise aufnehmen oder die Beweisaufnahme der Verwaltung wiederholen (Art. 77 Abs. 1). Der Richter darf jedoch die Akten nicht zu weiteren Beweisaufnahmen - mit Ausnahme des hier nicht interessierenden Art. 77 Abs. 4 - an die Verwaltung zurückweisen. Eine Rückweisung der Akten an die Verwaltung ist ausnahmsweise zulässig, wenn der Richter die Voraussetzungen zur Anwendung von Art. 7 VStrR verneint und zur Ansicht gelangt, die Verwaltung könne ohne unverhältnismässigen Aufwand die nach Art. 6 verantwortlichen Personen eruiieren (vgl. dazu Kurt Hauri, Verwaltungsstrafrecht, zu Art. 77 S. 160 Ziff. 4).

b) Dass das VStrR keine speziellen Vorschriften für das Anklagezulassungsverfahren aufstellt, heisst nicht, dass das Bezirksgericht kein solches durchführen darf. Der in Art. 82 VStrR enthaltene Verweis auf das kantonale Verfahrensrecht schliesst die Zulässigkeit der Durchführung einer kantonalen Anklagezulassungsprüfung mit ein, wenn das kantonale Prozessrecht eine solche vorsieht (vgl. Beschluss des Obergerichtes, I. Strafkammer, vom 9. August 1988 in Sachen Eidg. Zollverwaltung etc. ca. S.E. und H.P., RK87119 Erw. II/1.b).

5. a) In § 166 StPO sieht das kantonale Strafprozessrecht ein Anklagezulassungsverfahren vor. Da nach Art. 82 VStrR kantonales Verfahrensrecht nur insoweit zur Anwendung gelangt, als die Art. 73 bis 81 VStrR nichts anderes bestimmen, Art. 73 Abs. 2 VStrR jedoch die inhaltlichen Anforderungen an die Anklage nennt, besteht diesbezüglich kein Raum für abweichendes kantonales Recht. Ob die laut Anklage zu

behandelnde Überweisung (auch) den Anforderungen von § 162 der Zürcher StPO entspricht, ist daher unerheblich und nicht zu prüfen. Was Inhalt der Anklage ist, sein kann und sein muss, bestimmt sich demnach ausschliesslich nach Art. 73 Abs. 2 VStrR.

b) Als Anklage gilt nach dieser Bestimmung die **Überweisung** der Verwaltungsbehörde, welche - sofern nicht auf die Strafverfügung verwiesen wird - den Sachverhalt und die anwendbaren Strafbestimmungen zu enthalten hat (vgl. dazu Urteil des Obergerichtes vom 9. Januar 1992, I. Strafkammer, CE91190U, i.S. W.R. und H.K. ca. Eidg. Oberzolldirektion etc. Erw. II/3.a). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 4 S: 2 f.) ersetzt also die Strafverfügung **nicht** die Anklage.

In Art. 73 Abs. 2 VStrR wird nicht erwähnt, dass der oder die Angeklagte - wie in § 162 Abs. 1 Ziff. 1 StPO vorgesehen - genau zu bezeichnen sind. Allerdings müssen im Schlussprotokoll die Personalien des Beschuldigten erwähnt sein (Art. 61 Abs. 1 VStrR). Auch im Strafbescheid (Art. 64 Abs. 1 VStrR) und in der Strafverfügung (Art. 70 i.V.m. Art. 64 VStrR) muss der Beschuldigte aufgeführt werden. Weshalb der Beschuldigte in Art. 73 Abs. 2 VStrR nicht erwähnt wird, ist für das vorliegende Verfahren nicht von Bedeutung. Die Vorinstanz hat nämlich ausser Acht gelassen, dass vorliegend eine Bestrafung nach Art. 7 VStrR stattfand. Diesbezüglich gilt folgendes zu bedenken:

6. a) Erfolgen Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben so kann gemäss Art. 7 Abs. 1 VStrR von einer Verfolgung der nach Art. 6 VStrR strafbaren Personen Umgang genommen und an ihrer Stelle die juristische Person verurteilt werden, wenn ein Busse von höchstens Fr. 5'000.- in Betracht fällt und die Ermittlung der nach Art. 6 VStrR strafbaren Personen Untersuchungsmassnahmen bedingen würde, die im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären. Die Strafverfolgungsbehörde hat also ein Rechtsfolgeermessen, indem sie von der Verfolgung der nach Art. 6 VStrR strafbaren Personen absehen und an ihrer Stelle das Unternehmen zur Bezahlung der Busse verurteilen kann (Eichenberger, Jaisli, Richli,

Balser Kommentar zum Heilmittelgesetz, N 13-14 zu Art. 89). Das Unternehmen selbst ist aber im Sinne dieser Bestimmung nicht deliktstfähig, sondern wird lediglich - gewissermassen stellvertretend - zur Bezahlung der verwirkten Busse verurteilt. Die Tat wird also nicht wie bei Art. 100^{quater} StGB dem Unternehmen selbst strafrechtlich zugerechnet (Eichenberger, Jaisli, Richli, a.a.O., N 15 zu Art. 89). Wird das Unternehmen aber lediglich - gewissermassen stellvertretend - zur Bezahlung der verwirkten Busse verurteilt, so ist das Unternehmen auch nicht als Beschuldigte aufzuführen. Die Fa. X AG war nicht Beschuldigte im strafrechtlichen Sinne. Deshalb war es auch richtig, sie als Auskunftsperson zu behandeln. Die Täterschaft bleibt vorliegend unbekannt.

b) Zum Verfahren an sich ist zu bemerken, dass das Schlussprotokoll vom 6. Oktober 2004 der X AG eröffnet worden war (act. 5/3/5/1). Im Schlussprotokoll wurde - wie bereits erwähnt - erwogen, weitere Untersuchungsmassnahmen betreffend allfällig involvierte natürliche Personen seien im Hinblick auf die verwirkte Strafe auf Grund von Art. 7 VStrR als unverhältnismässig zu erachten, weshalb von deren Verfolgung Umfang genommen werde. Die X AG sei deshalb zur Bezahlung einer Busse heranzuziehen (Urk. 5/3/5/2 S. 3).

Im Zeitpunkt des Erhaltes des Schlussprotokolls war somit für die X AG klar, dass sie gestützt auf Art. 7 VStrR zur Bezahlung der Busse herangezogen werden sollte. Nachdem ein Vorgehen nach Art. 7 VStrR beabsichtigt war, war es nicht nötig, dass weitere Untersuchungshandlungen vorgenommen wurden. Dieses Vorgehen steht ferner im Einklang mit Art. 37 Abs. 3 VStrR. Dort wird nämlich ausgeführt, sofern besondere Untersuchungshandlungen nicht nötig seien, werde sogleich nach Artikel 61 das Schlussprotokoll aufgenommen.

c) Die Vorinstanz hat demnach die Anklage zu Unrecht aus den von ihr angeführten Gründen nicht zugelassen. Auf die Frage, ob die Anklage aus anderen Gründen nicht zuzulassen ist, ist nachfolgend einzugehen.

7. a) Gemäss § 166 Abs. 1 StPO prüft die Zulassungsbehörde die Untersuchungsakten auf das Vorhandensein von Mängeln in der Form oder in der Sache. Der in der Anklageschrift geschilderte Sachverhalt muss, falls er erstellt ist, unter einen Straftatbestand subsumierbar sein. Ist das, was der Ankläger behauptet, gar nicht strafbar, weil es die einzelnen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt, so ist die Anklage nicht zuzulassen. Nicht zuzulassen sind Anklagen, bei denen z.B. klarerweise ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist oder (im Ehrverletzungsverfahren) bei denen die behauptete Äusserung gar nicht ehrenrührig ist (Donatsch/Schmid, N 8 zu § 166).

b) Gemäss Art. 73 Abs. 2 VStrR hat die Überweisung den Sachverhalt und die anwendbaren Strafbestimmungen zu enthalten oder auf die **Strafverfügung** zu verweisen. Vorliegend wird hinsichtlich des Sachverhaltes auf das Schlussprotokoll und mit der Erwähnung von "act. 5/1" (was der obergerichtlichen Urkunde 5/3/5/1 entspricht) auch auf die Verfügung zur Vernehmlassung zum Schlussprotokoll verwiesen. Damit wird klar gegen die obenerwähnte Vorschrift verstossen.

c) Zudem ist der Sachverhalt, wie er sich aus dem Schlussprotokoll ergibt, nicht Gegenstand der Anklage. Im Schlussprotokoll wird nämlich sowohl die Erstauflage (2002) des Patientenratgebers "Wohlfühlen trotz Migräne" wie auch deren Nachdruck (2003) erwähnt (Urk. 5/3/5/2). Die Jahreszahl der Erstauflage wurde später im Strafbescheid (Urk. 5/3/6) und in der Strafverfügung (Urk. 5/3/8/1) korrigiert auf 2001. Im Strafbescheid vom 17. Dezember 2004 (Urk. 5/3/6) wurde der Beginn des strafrechtlichen Verhaltens auf das Jahr 2002 festgesetzt und im Zeitpunkt der Strafverfügung (Urk. 5/3/8/1) auf das Jahr 2003. Es wurde darin explizit nur noch der Nachdruck als strafbar erachtet (Urk. 5/3/8/1 S. 3). Der Sachverhalt ist also in der Überweisungsverfügung mit dem Hinweis auf das Schlussprotokoll nicht korrekt wiedergegeben worden.

d) Im zürcherischen Strafprozess wird das Anklageprinzip durch die Anforderungen an den Inhalt der Anklageschrift in § 162 StPO konkretisiert.

Danach bezeichnet die Anklageschrift kurz, aber genau die dem Angeklagten zur Last gelegten Handlungen oder Unterlassungen unter Angabe aller Umstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören sowie unter möglichst genauer Angabe von Ort und Zeit und anderen Einzelheiten, so dass der Angeklagte daraus ersehen kann, was Gegenstand der Anklage bildet (§ 162 Abs. 1 Ziff. 2 StPO). Damit die Anklageschrift ihren Zweck erfüllen kann, muss sie hinsichtlich aller vom fraglichen Straftatbestand vorausgesetzten objektiven und subjektiven Merkmale die Behauptung enthalten, der Angeklagte habe jene mit seinem Verhalten verwirklicht (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 5 zu § 162 StPO).

Da die verantwortlichen Personen vorliegend gerade nicht ermittelt werden konnten, steht auch nicht fest, ob vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln vorliegt. Es kann aber offen gelassen werden, ob Art. 7 VStrR voraussetzt, dass im Einzelfall das Verschulden zumindest **einer** natürlichen Person offenkundig ist (vgl. Eichenberger, Jaisli, Richli, a.a.O., N 10-11 zu Art. 89).

8. a) Unklar ist, gegen welche strafrechtlichen Bestimmungen verstossen worden sein soll.

b) Wie bereits erwähnt hat die Überweisungsverfügung die anwendbaren **Strafbestimmungen** zu enthalten. Aus den Erwägungen in der Überweisungsverfügung geht nicht klar hervor, gegen welche Bestimmungen ein Verstoss vorliegen soll. Im Rubrum sind folgende Bestimmungen aufgeführt: "Widerhandlung gegen Art. 87 Abs. 1 Bst.b i.V.m. Art. 32 Abs. 1 Bst.a und b sowie Art. 32 Abs. 2 Bst.a HMG ... und Art. 14, Art. 16 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Arzneimittelwerbung (AWV ...)". Unter dem Titel "Erwägungen" wurde in der Überweisungsverfügung ausgeführt: "Betreffend die weiteren rechtlichen Erwägungen verweise das Institut auf die Strafverfügung (...). Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen sei eine Strafe gemäss Art. 87 Abs. 1 Bst. b HMG auszusprechen". In der Strafverfügung wurde ausgeführt, zusammenfassend ergebe sich, dass durch die Broschüre Patienten-Ratgeber "Wohlfühlen trotz Migräne", dessen Neuauflage im Sommer/Herbst

2003 von Mitarbeitenden der Einsprecherin in Verkehr gesetzt worden sei, das Verbot der Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG sowie das Verbot irreführender Publikumswerbung gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a HMG missachtet worden sei; dies ungeachtet dessen, ob der Patienten-Ratgeber "Wohlfühlen trotz Migräne" im Wartezimmer aufgelegt habe oder vom Arzt bei der Verschreibung abgegeben worden sei, denn es handle sich bei dieser Broschüre um Publikumswerbung i.S.v. Art. 2 Bst. a und b AWV. Dafür sei "in Anwendung von Art. 87 Abs. 1 Bst. b HMG eine Strafe auszusprechen" (Urk. 5/3/8/1 S. 8).

c) Gemäss Strafverfügung erfolgte somit kein Schuldspruch wegen einer Verletzung von Art. 32 Abs. 1 lit. b HMG. Es ist daher aufgrund der Verweisung in der Überweisungsverfügung auf die rechtlichen Erwägungen in der Strafverfügung davon auszugehen, dass Art. 32 Abs. 1 lit. b HMG - unzulässig ist Werbung, die zu einem übermässigen, missbräuchlichen oder unzumutbaren Einsatz von Arzneimitteln verleiten kann - nicht Gegenstand der Anklage sein soll. Im Übrigen kann noch darauf hingewiesen werden, dass im Strafbescheid nur eine Bestrafung wegen Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG und Art. 14 AWV erfolgte (Urk. 5/3/6 S. 6).

Überdies ist in Bezug auf die im Rubrum der Überweisungsverfügung enthaltenen Art. 16 Abs. 1 und 2 AWV und Art. 32 Abs. 1 lit. b HMG - zu denen sich im Übrigen die Rekursgegnerin nie äussern konnte - zu bemerken, dass der Sachverhalt bezüglich der Verletzung dieser Bestimmungen im Schlussprotokoll keine Angaben enthält. Ferner gilt es zu beachten, dass Art. 87 Abs. 1 lit. b HMG nur Verstösse gegen die Werbebestimmungen gemäss Art. 31-33 HMG erfasst, nicht aber Verstösse gegen die Arzneimittelverordnung (Eichenberger, Jaisli, Richli a.a.O., N 12 zu Art. 87). Soweit eine Strafverfolgung nach der Arzneimittelwerbeverordnung eingeklagt ist, wäre die Täterschaft somit nicht strafbar.

- d) Unabhängig von den oben aufgeführten Mängeln in der Überweisungsverfügung ist schon aus einem anderen Grunde auf die Anklage nicht einzutreten. Aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt sich, dass das Verhalten, für das die X AG zur Bezahlung der Busse herangezogen wurde, nach dem Heilmittelgesetz gar nicht strafbar ist.
9. a) Gemäss Art. 87 Abs. 1 lit. b HMG wird mit Haft oder mit Busse bis zu 50'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich gegen die Bestimmungen über die Werbung für Arzneimittel verstösst. Grundsätzlich zulässig ist Werbung für alle Arten von Arzneimittel - also auch verschreibungspflichtige -, sofern sie sich ausschliesslich an Personen richtet, die diese Arzneimittel verschreiben oder abgeben (Art. 31 Abs. 1 lit. a HMG). Hierbei handelt es sich um sogenannte Fachwerbung. Demgegenüber ist Publikumswerbung nur für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel zulässig (Art. 31 Abs. 1 lit. b HMG).
- b) Hinsichtlich des Begriffes, was Publikumswerbung ist, gibt das Heilmittelgesetz keine Auskunft. Vielmehr verweist Art. 4 Abs. 2 HMG hinsichtlich der in diesem Gesetz verwendeten und nicht definierten Begriffe auf die entsprechenden Verordnungen. Diesbezüglich ist also die Verordnung über die Arzneimittelwerbung (AWV) heranzuziehen. Unter Publikumswerbung wird danach Arzneimittelwerbung verstanden, welche sich an das Publikum richtet (Art. 2 lit. b AWV). In der Arzneimittel-Werbeverordnung wird nebst der Publikumswerbung auch die Fachwerbung erwähnt (Art. 2 lit. c AWV). Was unter Werbung zu verstehen ist, ergibt sich nicht aus dem Heilmittelgesetz (vgl. dazu Eichenberger, Jaisli, Richli, a.a.O., N 19 zu Art. 31). Die Arzneimittel-Werbeverordnung definiert in Art. 2 lit. a die Arzneimittelwerbung wie folgt: "alle Massnahmen zur Information, Marktbearbeitung und Schaffung von Anreizen, welche zum Ziel haben, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf, den Verbrauch oder die Anwendung von Arzneimitteln zu fördern. Da es sich sowohl bei der Publikumswerbung als auch bei der Fachwerbung um Werbung für Arzneimittel handelt, ist diese Definition der "Werbung" heranzuziehen.

10. a) Gemäss Art. 32 Abs. 1 lit.a HMG ist Werbung, die irreführend ist oder der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widerspricht, unzulässig. Dazu finden sich weder in der Sachverhaltsbeschreibung der Strafverfügung - und nur jene wäre hier von Bedeutung - noch in jener des Protokolls Ausführungen. Bezüglich diesem Vorwurf würde also die Anklage den Voraussetzungen nicht genügen und wäre nicht zuzulassen.

b) Gemäss Art. 32 Abs. 2 lit.a HMG ist Publikumswerbung für Arzneimittel, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen, unzulässig.

Y ist ein rezeptpflichtiges Medikament. Die betreffende Broschüre "Patienten-Ratgeber Wohlfühlen trotz Migräne mit Migräne-Tagebuch" (Urk. 5/3/4/7) fällt aber nur unter die Bestimmungen des Heilmittelgesetzes, wenn sie die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf, den Verbrauch oder die Anwendung von Arzneimitteln fördert. Dazu müssten Ausführungen im Sachverhalt sein. Es müsste darin aufgeführt sein, dass die X AG die Broschüre jedermann, im Sinne einer Publikumswerbung, zugänglich gemacht hat. Dies im Gegensatz zu einer Patientenbroschüre - was in der Untersuchung von der Pharmafirma geltend gemacht wurde - die sich an Patienten richtet, welchen das Medikament verordnet wurde.

Es gilt nämlich zu beachten, dass in der Heilmittelgesetzgebung der Schweiz spezielle Vorschriften für die Gestaltung von Patientenbroschüren fehlen. In der Praxis besteht ein grosses Bedürfnis nach solchen Informationen. Die Patienten können im Selbststudium auf diese Weise auf stufengerechte Art z.B. Näheres über den Wirkungsmechanismus eines Arzneimittels erfahren. In denjenigen Fällen, wo eine Fachperson dem Patienten die Broschüre als Informationsquelle abgibt oder der Patient von sich aus bei einem Unternehmen oder bei einer Patientenorganisation eine Informationsbroschüre anfragt, stellen diese sachlichen Informationen über ein Arzneimittel keine produktbezogene Publikumswerbung dar (Eichenberger, Jaisli, Richli, a.a.O. N 36 zu Art. 31; N 48 zu Art. 51).

- c) Im Strafbescheid wurde lapidar festgehalten: "Der Patienten-Ratgeber "Wohlfühlen trotz Migräne" war für Patienten bestimmt" (Urk. 5/3/6 S. 6). In der Strafverfügung wurde erwogen, unabhängig davon, ob die Broschüre im Wartezimmer aufgelegt habe oder vom Arzt bei der Verschreibung abgegeben worden sei, handle es sich um Publikumswerbung i.S. v. Art. 2 lit. a und b AWV. Gerade diese Schlussfolgerung ist aber falsch. Ist die Broschüre als Patientenbroschüre an die Ärzte abgegeben worden, damit sie diese den Patienten bei der Verschreibung von Y abgeben können, dann handelt es sich hierbei um eine straflose Tat. Weder in der Sachverhaltsdarstellung der Überweisungsverfügung noch in der Strafverfügung finden sich Ausführungen darüber, worin das nach Heilmittelgesetz verbotene Werben bestand. Insbesondere gibt es keine Ausführungen, die eindeutig auf eine Publikumswerbung im Sinne des Heilmittelgesetzes schliessen lassen.
11. Somit lässt sich der in der Anklageschrift geschilderte Sachverhalt nicht unter einen Straftatbestand des Heilmittelgesetzes subsumieren. Da für die Ausfällung einer Busse nach Art. 7 VStrR ein strafrechtlich relevantes Handeln einer natürlichen Person vorausgesetzt wird (Hauri a.a.O., S. 20 Ziff. 5 a ; 5b), ist die Anklage nicht zuzulassen. Ein Eingehen auf die weiteren Ausführungen der Rekursgegnerin erübrigt sich unter diesen Umständen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. BGE 96 IV 33 ff.). Der Rekursgegnerin ist für das Rekursverfahren eine Entschädigung von Fr. 1'500.- (zuzüglich Fr. 114.- MWSt) zuzusprechen.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Der Rekurs wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Der Rekursgegnerin wird eine Prozessentschädigung von Fr. 1'614.- zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an:
-
5. Rechtsmittel:
Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde: Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen**, von seinem Empfang an gerechnet, beim Kassationshof des Bundesgerichts Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich im Doppel und in der in Art. 273 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege (BStP) vorgeschriebenen Weise einzureichen. Die Beschwerde kann nur damit begründet werden, dass der angefochtene Entscheid eidgenössisches Recht verletze. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den Vorschriften in Art. 268 ff. BStP und Art. 83 VStr.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Strafkammer

Die juristische Sekretärin:

lic.iur. I. Vourtsis

