

# **BGer 6B\_621/2015 vom 14. Juli 2015**

Bundesgericht, 2015-07-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_621\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_621_2015)

FR: TF 6B\_621/2015 du 14 juillet 2015

IT: TF 6B\_621/2015 del 14 luglio 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Umstritten ist, ob der Beschwerdegegner durch den ihm zur Last gelegten, unbestrittenen Handel mit Potenzmitteln und Hormonpräparaten den Vergehenstatbestand gemäss Art. 86 Abs. 1 HMG oder lediglich den Übertretungstatbestand im Sinne von Art. 87 Abs. 1 lit. f HMG erfüllte.

#### **E. 1.1**

Das Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21), in Kraft seit 1. Januar 2002, unterscheidet zwischen Vergehen ( Art. 86 HMG ) und Übertretungen ( Art. 87 HMG ). Sofern keine schwerere strafbare Handlung nach dem Strafgesetzbuch oder dem Betäubungsmittelgesetz vorliegt, wird gemäss Art. 86 Abs. 1 HMG mit Gefängnis oder mit Busse bis zu 200'000 Franken bestraft, wer die Gesundheit von Menschen gefährdet, indem er vorsätzlich eine der in lit. a bis g genannten Handlungen vornimmt, etwa Arzneimittel ohne Zulassung, ohne Bewilligung oder entgegen anderen Bestimmungen dieses Gesetzes herstellt, in Verkehr bringt, verschreibt, einführt, ausführt oder damit im Ausland handelt (lit. b) oder Heilmittel abgibt, ohne dazu berechtigt zu sein (lit. c). Wer gewerbsmässig handelt, wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren und mit Busse bis zu 500'000 Franken bestraft ( Art. 86 Abs. 2 HMG ). Wer fahrlässig handelt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 100'000 Franken bestraft ( Art. 86 Abs. 3 HMG ). Mit Haft oder mit Busse bis zu 50'000 Franken wird nach Art. 87 Abs. 1 HMG unter anderen bestraft, wer vorsätzlich die Tatbestände nach Art. 86 Abs. 1 HMG erfüllt, ohne dass dadurch die Gesundheit von Menschen gefährdet wird (lit. f). Wer in den Fällen nach Abs. 1 lit. a, b, g oder f gewerbsmässig handelt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten und mit Busse bis zu 100'000 Franken bestraft ( Art. 87 Abs. 2 HMG ). Wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu 10'000 Franken bestraft ( Art. 87 Abs. 3 HMG ).

Ob das vorschriftswidrige Inverkehrbringen von Heilmitteln als Vergehen ( Art. 86 HMG ) oder als Übertretung ( Art. 87 HMG ) zu qualifizieren ist, hängt entscheidend davon ab, ob dadurch die Gesundheit von Menschen gefährdet wurde.

#### **E. 1.2.1**

Die in Art. 86 HMG aufgeführten Vergehenstatbestände sind gemäss den Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates zum Heilmittelgesetz als Gefährdungsdelikte zu qualifizieren, und zwar als konkrete Gefährdungsdelikte. Im Gegensatz zum Verletzungsdelikt, bei welchem die Schädigung eines Rechtsgutes vorliegen muss, genügt beim konkreten Gefährdungsdelikt, dass das geschützte Rechtsgut gefährdet, d.h. die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung geschaffen oder erhöht wird. Gemäss den weiteren Ausführungen in der Botschaft bildet also die Gefährdung zusammen mit den einzelnen

Tatbestandsvarianten von Art. 86 Abs. 1 lit. a - g HMG den objektiven Tatbestand dieser Bestimmung. Falls eine der in Absatz 1 genannten Tatbestandsvarianten erfüllt ist, ohne dass die Gesundheit von Menschen gefährdet wird, kommt Art. 87 Abs. 1 lit. f HMG zur Anwendung (Botschaft des Bundesrates zum Heilmittelgesetz, BBl 1999 3453 ff., 3562). Wird durch die Vornahme einer der in Art. 86 Abs. 1 HMG genannten Handlungen nicht die Gesundheit von Menschen gefährdet, dann ist lediglich der objektive Tatbestand einer Übertretung gemäss Art. 87 Abs. 1 lit. f HMG erfüllt ( BENEDIKT F. SUTER, in: Basler Kommentar, Heilmittelgesetz, 2006, N. 4, 8 zu Art. 86 HMG ). Den objektiven Vergehenstatbestand von Art. 86 Abs. 1 HMG erfüllt nicht schon, wer unter Missachtung von Bestimmungen Arzneimittel abgibt, die geeignet sind, Menschen allgemein oder Angehörige von bestimmten Risikogruppen in ihrer Gesundheit zu gefährden. Erforderlich ist vielmehr, dass durch die vorschriftswidrige Abgabe von Arzneimitteln tatsächlich Menschen konkret in ihrer Gesundheit gefährdet werden ( BGE 135 IV 37 E. 2.4.1). Zur Erfüllung des Tatbestands von Art. 86 Abs. 1 HMG genügt es mithin nicht, dass die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit oder das Risiko respektive die Gefahr besteht, dass die Gesundheit von Menschen gefährdet wird. Eine abstrakte respektive erhöht abstrakte Gefährdung reicht nicht aus. Es ist eine konkrete Gefährdung erforderlich. Das bedeutet, dass durch das Verhalten tatsächlich Menschen gefährdet worden sein müssen. Durch dieses Erfordernis, das sich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt (".... wer die Gesundheit von Menschen gefährdet, indem er ..."), wird der Anwendungsbereich des Vergehenstatbestands im Sinne von Art. 86 HMG erheblich eingeschränkt (Urteil 6B\_374/2008 vom 27. November 2008 E. 3.3.2).

### **E. 1.2.2**

Der Gesetzgeber sieht im Rahmen der Teilrevision des Heilmittelgesetzes auch eine Änderung der Strafbestimmungen vor. Gemäss Art. 86a des Vorentwurfs von 2009 sollte mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden, wer vorsätzlich eine Widerhandlung nach Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG begeht - d.h. Arzneimittel ohne Zulassung oder Bewilligung etc. in Verkehr bringt usw. - , ohne die Gesundheit von Menschen konkret zu gefährden, sofern dabei verschreibungspflichtige Arzneimittel betroffen sind oder solche, die im Fall ihrer Zulassung als verschreibungspflichtig gelten würden. Zur Begründung wurde im Erläuternden Bericht ausgeführt, aufgrund der in der Praxis aufgetretenen Beweisschwierigkeiten erscheine die Schaffung eines neuen Straftatbestandes für angezeigt. Mit Art. 86a sollen neu Gesetzesverstösse geahndet werden, die zwar zu keiner nachweislich konkreten Gefährdung der Gesundheit von Menschen führten, von denen aber aufgrund der betroffenen Heilmittel ein erhöhtes abstraktes Gefährdungspotential ausgehe (Erläuternder Bericht zum Vorentwurf von 2009, S. 88 ff.). Nach Art. 86 des bundesrätlichen Entwurfs von 2012 soll mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden, wer Arzneimittel ohne die erforderliche Zulassung oder Bewilligung etc. in Verkehr bringt usw. Der Vergehenstatbestand gemäss dem bundesrätlichen Entwurf setzt mithin im Unterschied zum geltenden Recht ( Art. 86 Abs. 1 HMG ) nicht mehr voraus, dass die Gesundheit von Menschen konkret gefährdet wird. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft wird Art. 86 Abs. 1 HMG neu als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet (Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2012 zur Änderung des Heilmittelgesetzes, BBl 2013 1 ff, 106). Wenn aber durch die Tathandlung die Gesundheit von Menschen konkret gefährdet wird und der Täter dies weiss oder annehmen muss, liegt nach dem bundesrätlichen Entwurf (Art. 86 Abs. 2 lit. a) ein qualifizierter Fall vor, für welchen Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren angedroht wird, womit

eine Geldstrafe verbunden wird. Mit diesen geplanten Änderungen der Strafbestimmungen reagiert der Gesetzgeber auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach gemäss dem geltenden Gesetz der Vergehenstatbestand von Art. 86 Abs. 1 HMG nur erfüllt ist, wenn durch die Tathandlung nachweislich tatsächlich ein Mensch konkret gefährdet wurde, welcher Nachweis schwierig zu erbringen ist (siehe Erläuternder Bericht S. 89 mit Hinweis auf BGE 135 IV 37 und Urteil 6B\_374/2008 vom 27. November 2008).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdegegner gab Hormonpräparate (Anabolika) und Potenzmittel (Erektionsförderer) vorwiegend an Personen aus Bodybuilder-Kreisen ab.

#### **E. 1.3.1**

In der Anklageschrift wird ausgeführt, dass die vom Beschwerdegegner ohne Zulassung importierten und vertriebenen Medikamente die Gesundheit von Menschen gefährdeten. Einerseits seien die Medikamente, welche durch Injizieren konsumiert würden, nicht steril gewesen, weshalb die Gefahr von Infektionen bestanden habe. Andererseits hätten diese Medikamente zahlreiche gesundheitsgefährdende Nebenwirkungen (die in der Anklageschrift im Einzelnen aufgeführt werden), welche bei Überdosierungen oder Kombination von Präparaten noch verstärkt würden. Da es auch für einen Laien aufgrund der Verpackung, Beschriftung, Vertrieb ohne Beipackzettel etc. offensichtlich gewesen sei, dass die fraglichen Medikamente illegal und nicht von bekannten Pharmafirmen hergestellt worden seien, habe der Beschwerdegegner klar davon ausgehen müssen oder zumindest in Kauf genommen, dass die Medikamente nicht den Anforderungen und den geltenden Standards entsprächen, was Sterilität und Qualität betreffe.

#### **E. 1.3.2**

Die erste Instanz führt zur Gefährdung im konkreten Fall unter Hinweis auf ein Gutachten Folgendes aus. Bei den anabolwirksamen Substanzen könnten Nebenwirkungen wie Blutdruckerhöhung, Wassereinlagerungen, Schädigungen des Herz-Kreislaufsystems, Herzhypertrophie, Veränderung des Fettstoffwechsels, Leberschäden, Schädigung des Immunsystems, Blutgerinnsel und Schlaganfall auftreten. Es gebe auch psychische Nebenwirkungen wie Depressionen, Selbstüberschätzung ("Supermann-Syndrom") sowie Aggressionen bis hin zu Persönlichkeitsveränderungen. Weiter könnten geschlechterspezifische Veränderungen auftreten: Bei Frauen eine Vermännlichung mit Stimmbruch, Klitorisvergrösserung, männlicher Behaarung und Zyklusstörungen; bei Männern Schrumpfen der Hoden, Verminderung der Spermienzahl, Impotenz, Prostataprobleme und Brustwachstum. Auch bei den Erektionsförderern seien schwerwiegende Nebenwirkungen wie beispielsweise plötzlicher Herztod, Schlaganfall, plötzlicher Sehverlust und akute Hörminderung bis hin zu Taubheit möglich. Bei Mischkonsum, wie er in Bodybuilder-Kreisen regelmässig der Fall sei, seien die Nebenwirkungen stärker ausgeprägt und häufiger. Auch könne Mischkonsum zu bleibenden Organschäden führen. Im Weiteren sei bekannt, dass bei Bodybuildern die Tendenz bestehe, die betreffenden Substanzen überzudosieren und sie auch über eine längere Zeitspanne einzunehmen, um möglichst schnell ein sichtbares und spürbares Resultat zu erzielen. Der Beschwerdegegner habe denn auch seinen Kunden immer wieder geraten, weniger zu nehmen. Abnehmer aus Bodybuilder-Kreisen seien aufgrund ihrer Neigung zu Mischkonsum sowie der Tendenz zur Überdosierung und Langzeiteinnahme zu einer Risikogruppe zu zählen. Die Gesundheitsgefährdung werde weiter vergrössert durch die

Tatsache, dass die Produkte teilweise illegal hergestellt worden seien und somit die Gefahr bestehe, dass die Vorschriften über die Sterilität nicht vollumfänglich eingehalten worden seien; dadurch bestehe ein erhöhtes Infektionsrisiko. Weiter enthielten die Verpackungen teilweise keine Beschriftung beziehungsweise keine Beipackzettel und somit keine Angaben zu den Inhaltsstoffen und zur Dosierung, womit die Gefahr einer Beeinträchtigung der Gesundheit durch eine Verwechslung der Medikamente oder eine Falsch- bzw. Überdosierung erhöht sei. Abschliessend hält es die erste Instanz zudem für relevant, dass der Beschwerdegegner zusammen mit den anabolen Substanzen auch Erektionsförderer verkaufte. Es sei somit davon auszugehen, dass zumindest ein Teil der Abnehmer durch die Einnahme von anabolen Substanzen Potenzschwierigkeiten bekommen und deshalb die Erektionsförderer benötigt hätten. Nach der Auffassung der ersten Instanz stellten die aufgelisteten Nebenwirkungen nicht bloss eine abstrakte Gefahr dar. Vielmehr sei erwiesen, dass die anabolen Substanzen, welche der Beschwerdegegner selber konsumiert und weitergegeben habe, auch konkret zu Beeinträchtigungen der Gesundheit (Potenz) geführt hätten. Gestützt auf die genannten Tatsachen sei es als erstellt anzusehen, dass die betreffenden Substanzen insbesondere in der Bodybuilder-Szene, welche zur Risikogruppe zähle, zumindest als konkret gesundheitsgefährdend einzustufen seien (erstinstanzliches Urteil S. 18 f.).

### **E. 1.3.3**

Die Vorinstanz erwägt, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genüge die blossе, wenn auch stark erhöhte abstrakte Gefährdung nicht. Der Subsumtion der ersten Instanz sei deshalb nicht zu folgen. Es habe wohl eine stark erhöhte abstrakte Gesundheitsgefährdung bestanden, doch habe der Beschwerdegegner keine konkrete Gefahr geschaffen beziehungsweise werde ihm solches weder in der Anklage vorgeworfen noch in den Untersuchungsakten nachgewiesen. Die Anklage führe lediglich aus, dass der Beschwerdegegner die Gesundheit von Menschen deshalb gefährdet habe, weil die Medikamente, welche durch Injizieren konsumiert würden, nicht steril gewesen seien und weil sie diverse gesundheitsgefährdende Nebenwirkungen zeitigten. Dass die Substanzen gesundheitsgefährdend sein können und der Beschwerdegegner diese an weitere Personen, in casu Bodybuilder, verkauft habe, vermöge noch keine konkrete Gefährdung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu begründen. Die pauschale Behauptung, dass Bodybuilder zu Überdosierung, Misch- und Langzeitkonsum neigten, sei nicht erwiesen beziehungsweise es sei aus den Akten und der Anklage kein Misch-, Langzeit- oder Überkonsum von Abnehmern des Beschwerdegegners ersichtlich. Es wäre Sache der Anklage gewesen, eine konkrete Gesundheitsgefährdung nachzuweisen, zum Beispiel indem die Substanzen an einen Kunden einer Risikogruppe geliefert worden seien. Dem Beschwerdegegner sei somit keine konkrete Gesundheitsgefährdung von Menschen vorzuwerfen, weshalb Art. 86 HMG nicht anwendbar sei (angefochtener Entscheid S. 22 f.).

### **E. 1.3.4**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz lasse ausser Acht, dass es sich beim grössten Teil der vom Beschwerdegegner abgegebenen Präparate nicht um Potenzförderer, sondern um Anabolika gehandelt habe. Diese müssten als generell gesundheitsgefährdend angesehen werden, da sie immer starke Nebenwirkungen mit sich brächten und bei längerem Konsum unter anderem die in der Anklageschrift genannten geschlechtsspezifischen körperlichen Veränderungen nach sich zögen, so dass bei den Langzeitkunden des Beschwerdegegners aus den Bodybuilder-Kreisen davon ausgegangen

werden müsse, dass ihre Gesundheit konkret gefährdet und, soweit sie zusätzlich Erektionsförderer benötigten, bezüglich der Sexualpotenz sogar auch tatsächlich beeinträchtigt worden sei. Das Erfordernis einer konkreten Gefährdung sei vorliegend jedenfalls bei einer dauernden Abgabe von Anabolika erfüllt, und der Beschwerdegegner müsse dementsprechend für diese Handlungen wegen des Vergehenstatbestands und nicht bloss wegen des Übertretungstatbestands schuldig gesprochen werden.

#### **E. 1.4.1**

Die Abgabe von Erektionsförderern kann eine konkrete Gefährdung der Gesundheit von Menschen begründen, soweit das Produkt an Personen abgegeben wird, die einer Risikogruppe (z.B. Personen mit Herz-/Kreislaufproblemen) angehören (siehe BGE 135 IV 37 E. 2.4). Die Anklageschrift wirft dem Beschwerdegegner nicht vor, dass er auch solchen Personen Erektionsförderer abgegeben habe, und die erste Instanz stellt solches nicht fest.

#### **E. 1.4.2**

Anabolika können nicht nur bei bestimmten Risikogruppen, sondern im Prinzip bei jedermann Nebenwirkungen unterschiedlicher Art hervorrufen. Eine Gefährdung der Gesundheit von Menschen im Sinne des Vergehenstatbestands von Art. 86 Abs. 1 HMG ist indessen nur gegeben, wenn die Wahrscheinlichkeit von Beeinträchtigungen der Gesundheit von einer gewissen Schwere besteht. Diese Voraussetzung ist bei Anabolika nicht ohne Weiteres, sondern nur bei Hinzukommen bestimmter Umstände erfüllt, insbesondere bei Langzeitkonsum. Es mag zutreffen, dass in Bodybuilder-Kreisen Anabolika langfristig konsumiert werden. Der Beschwerdegegner gefährdete aber nicht schon dadurch im Sinne von Art. 86 Abs. 1 HMG die Gesundheit von Menschen, dass er Anabolika auch an Bodybuilder abgab. Erforderlich ist vielmehr, dass er Bodybuilder langfristig mit Anabolika versorgte. Erst dadurch und also nicht schon durch eine einmalige oder gelegentliche Abgabe von Anabolika gefährdete er konkret die Gesundheit der Abnehmer. Die erste Instanz hält fest, es sei erstellt, dass die Abnehmer des Beschwerdegegners aus Bodybuilder-Kreisen stammten, wobei diese Kreise aufgrund der Neigung zum Mischkonsum sowie der Tendenz zu Überdosierung und Langzeiteinnahme zu einer Risikogruppe zu zählen seien (erstinstanzliches Urteil S. 19). Damit stellt die erste Instanz nach der zutreffenden Würdigung der Vorinstanz indessen nicht fest, es sei erwiesen, dass auch die konkreten Abnehmer des Beschwerdegegners, entsprechend den Neigungen und Tendenzen in Bodybuilder-Kreisen, in dieser Art Anabolika konsumierten.

#### **E. 1.4.3**

Soweit die erste Instanz die konkrete Gesundheitsgefährdung auch damit begründet, zufolge teilweiser illegaler Herstellung der Arzneimittel habe die Gefahr bestanden, dass die Vorschriften betreffend Sterilität nicht vollumfänglich eingehalten worden seien, stützt sie sich auf blosser Vermutungen und bejaht sie eine abstrakte Gefahr, die zur Anwendung von Art. 86 HMG nicht genügt. Soweit sie die konkrete Gesundheitsgefährdung damit begründet, dass die Verpackungen der Medikamente teilweise keine Beschriftung und teilweise keine Beipackzettel enthalten hätten und daher die Gefahr der Verwechslung respektive Falsch- oder Überdosierung bestanden habe, stellt sie auf Umstände ab, die dem Beschwerdegegner in der Anklageschrift nicht zur Last gelegt werden. Daher kann dahingestellt bleiben, ob eine aus solchen Umständen resultierende Gefahr unter dem Gesichtspunkt von Art. 86 Abs. 1 HMG überhaupt relevant sein kann.

#### **E. 1.5**

Die tatsächlichen Voraussetzungen für die Bejahung einer konkreten Gefährdung von Menschen durch das Verhalten des Beschwerdegegners sind daher nach der willkürfreien Auffassung der Vorinstanz nicht erstellt.

## **E. 2**

Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben. Dem Beschwerdegegner ist keine Entschädigung zuzusprechen, da ihm im bundesgerichtlichen Verfahren keine Umtriebe entstanden sind.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.