

ZH_OBERGERICHT UK050187 vom 18. November 2006

ZH Obergericht, 2006-11-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UK050187

FR: ZH_OBERGERICHT UK050187 du 18 novembre 2006

IT: ZH_OBERGERICHT UK050187 del 18 novembre 2006

Erwägungen

E. 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

- 12 - 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 unzweckmässigen 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.

- 13 - 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.

E. 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.

- 14 -

E. 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).

- 15 - 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.

E. 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.

- 16 - Demnach erkennt das Gericht:

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