

Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Universität Wien
Schenkenstrasse 8
1010 Wien



An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Begutachtungsverfahren zum AMG, GESG, NPSG, ADBG;
Neuer Straftatbestand Arzneimittelfälschung
BMJ-S712.529/0004-IV 2/2012

Wien, am 2. Oktober 2012

Die Stellungnahme reduziert sich auf den neuen Straftatbestand und die übrigen das Straf- und Strafprozessrecht betreffenden Änderungen. Zu den übrigen Bestimmungen kann keine Stellungnahme abgegeben werden.

Anmerkungen zum Entwurf des § 82b Abs 1 AMG

1. § 82b Abs 1 enthält als Tathandlung nur das „Fälschen“. Da bei gerichtlichen Strafbestimmungen in der Regel (vgl §§ 223 Abs 1 und 232 Abs 1 StGB) auch das „Verfälschen“ angeführt wird, sollte dies hier ebenso erfolgen; allein zur Sicherheit, um keinen Gegenschluss zu ermöglichen oder mit der Wortlautgrenze argumentieren zu können. Darüber hinaus wird heute zum Teil sehr stark auf Begrifflichkeiten abgestellt, weshalb auch aus diesem Grund die Tathandlung des Verfälschens aufgenommen werden sollte.
2. Es ist fraglich, worin das von dieser Bestimmung geschützte Rechtsgut besteht. Es wird wohl die Gesundheit des Menschen, aber auch des Tieres von § 82b AMG geschützt werden, und zwar in Form eines Gemeingefährungsdelikt. Die Strafdrohung ist hier an § 178 StGB angelehnt, was als sachgerecht erscheint. Ob diese Anlehnung auch im Zusammenhang mit der Gefährdung von Tieren sachgerecht ist, ist angesichts der geringeren Strafdrohung in § 182 StGB hingegen zweifelhaft. Hier wäre eine abgestufte, an § 182 StGB angelehnte Strafdrohung eher angebracht. Technisch ginge das wohl nur über die Schaffung eines eigenen Delikt für Arzneimittel zur Anwendung in einem tierischen Körper, was die Sache natürlich etwas verkompliziert. Der „tierische“ Aspekt wird im Entwurf auch nicht immer durchgehalten – zu Recht nicht in Abs 6 (siehe Punkt 11), zu Unrecht in Abs 8 (siehe Punkt 13).

Anmerkungen zum Entwurf des § 82b Abs 2 AMG

3. Folgt man dem Vorschlag zu Abs 1 (oben Punkt 1), muss der Tatbestand des Abs 2 auch auf „verfälschte“ Arzneimittel ausgedehnt werden.
4. Dank der Erläuterungen ist klar, dass das AMG eine eigene Definition des „Inverkehrbringens“ enthält (§ 2 Abs 11), die zT von einem „natürlichen“ Verständnis abweicht. Schließlich ist mit dem Vorrätighalten auch das Besitzen erfasst. Da aber das Abgeben ebenfalls darin genannt ist, dürfte der Tatbestand des Abs 2 eine Verdoppelung enthalten, da Abgeben und jemand anderem Verschaffen wohl dasselbe bedeutet. Es wäre daher zu überlegen, entweder die Definition in § 2 Abs 11 abzuändern oder, falls daran andernorts angeknüpft wird, in § 82b Abs 2 andere Tathandlungen vorzusehen. So könnte der Tatbestand in Anlehnung an das SMG lauten: „ ... *oder Hilfsstoffe mit dem Vorsatz, dass sie als echt und unverfälscht in Verkehr gebracht werden, besitzt, aus- oder einführt oder diese einem anderen anbietet, überlässt oder verschafft.*“

Anmerkungen zum Entwurf des § 82b Abs 3 und 5 AMG

5. Die Gefahr für den menschlichen Körper oder das tierische Leben wird nicht dadurch vergrößert, dass ein Arzt (etc) die gefälschten Arzneimittel (etc) weitergibt (etc). Für die Qualifikation spricht – wie die Materialien zu Recht hervorheben –, dass den in Abs 3 genannten Personen ein höheres Vertrauensverhältnis zukommt, was die Tatbegehung des Abs 2 erleichtert. Das Vertrauensverhältnis ist aber nur bei der Weitergabe und den in Abs 2 eigens hervorgehobenen Vorbereitungshandlungen relevant. Die Herstellung selbst ist davon nicht berührt, weil ein Vertrauensverhältnis das Fälschen nicht erleichtert. Daher erscheint der Bezug der Qualifikation auch auf Abs 1 als sachwidrig. Daher sollten diese Qualifikationen auf die Tat des Abs 2 reduziert werden.
6. Die Strafdrohungen wachsen mit diesen Qualifikationen in einen sehr hohen Bereich, der insgesamt bei Abs 5 (ein bis zehn Jahre Freiheitsstrafe) als unangemessen hoch erscheint. Die Strafe des Abs 5 entspricht jener des § 86 StGB, wo immerhin der Tod eines Menschen erforderlich ist, oder jenen der höchsten Wertqualifikationen im Vermögensstrafrecht, wofür ein nachgewiesener Schaden von mehr als € 50.000 nötig ist. Mit diesen Erfolgen erscheint die Handlungsmodalität des Abs 5 nicht vergleichbar und die Strafdrohung in § 82b Abs 5 AMG ist daher tatsächlich unangemessen hoch. Abs 5 sollte daher jedenfalls gestrichen werden (siehe auch Punkt 11). Derartige kaskadenförmige Qualifikationen bringen jede Strafraumenrelation außer Tritt.
7. Fraglich ist hier, ob der Tierarzt genauso wie ein Arzt bestraft gehört. Der Einwand zum Grunddelikt (oben Punkt 2) setzt sich natürlich bei dieser Qualifikation fort.

Anmerkungen zum Entwurf des § 82b Abs 4 AMG

8. Diese Gewerbsmäßigekeitsqualifikation ist zwar auch in § 22a ADBG zu finden, aber nichts desto trotz – hier wie dort – etwas eigentümlich. Man muss dem Täter die Begehung dreier Taten nachweisen, was nicht schwer sein dürfte. Auch ein Kleinhändler wird fast immer die Qualifikation erfüllen. Das erscheint als wenig sinnvoll.
9. Wenn tatsächlich eine solche Qualifikation gewünscht ist, dann könnte sie wie § 28a Abs 2 Z 1 SMG lauten und die Gewerbsmäßigkeit mit einem Rückfall (eine einschlägige Vorverurteilung) verknüpfen. Eine entsprechende Abänderung wäre im Übrigen auch bei § 22a Abs 4 Z 2 ADBG wünschenswert.
10. Es fragt sich aber, ob so eine Qualifikation wegen Gewerbsmäßigkeit hier überhaupt passt. Vom Rechtsgut aus betrachtet geht es bei § 82b AMG nicht um Vermögensschäden, sondern um Gemeingefahren für die körperliche Integrität von Mensch und Tier. Hier passt eigentlich eine solche Qualifikation nicht, die man auch bei den Gemeingefährdungstatbeständen zu Recht nicht findet. Gewerbsmäßigkeit gibt es bei den Vermögensdelikten als Qualifikation. Das Vermögen wird ohnedies durch den Betrug geschützt, der eine Qualifikation für gewerbsmäßiges Handeln in § 148 StGB vorsieht. Mit Abs 4 werden die Rechtsgüter nun vermengt, und es ist dann schwer zu sagen, wie sich Betrug zu einer Strafbarkeit wegen § 82b AMG verhält – darüber schweigen die Materialien. Insofern erzeugt Abs 4 auch rechtliche Unklarheiten, was zwingend ist, wenn das zu schützende Rechtsgut unklar bleibt oder Vermengungen von Rechtsgütern stattfinden.
11. Wer falsche Arzneimittel verkauft, wird wohl einen Betrug begehen, denn das verfälschte Arzneimittel hat wohl ähnlich einem verfälschten Wein, bei dem ein verkehrswertbe gründendes Konsumenteninteresse fehlt (siehe dazu zuletzt *Kert*, SbgK § 146 Rz 260), in diesem Sinn keinen Wert. Man wird den Konsumenten wohl täuschen. Somit ist für die vermögensrechtlichen Aspekte der Betrug mit seinen Qualifikationen einschlägig. Es ist nicht nötig, diesen Aspekt in das Gemeingefährungsdelikt des § 82b AMG einzubringen und dadurch Abgrenzungsschwierigkeiten zu erzeugen. Daher sollte man Abs 4 ersatzlos streichen. Dann könnte man den unverhältnismäßig hoch sanktionierten Abs 5 noch einfacher beseitigen (siehe oben Punkt 6). Und auch im ADBG sollte dementsprechend dessen Abs 4 Z 2 beseitigt werden.

Anmerkungen zum Entwurf des § 82b Abs 7 AMG

12. Abs 7 beschreibt eigentlich eine bestimmte Beitragshandlung zu Abs 2, aber mit herabgesetzter Strafdrohung. Hier scheint ein Tatbeitrag geringer bestraft als die unmittelbare Tat, was im Sinne der Einheitstäterlehre ungewöhnlich wäre: Fälscht jemand Dokumente und leistet er so einen Beitrag zu Abs 2, wird er geringer bestraft als etwa jener, der die gefälschten Arzneimittel transportiert, auf diese Art einen Beitrag zu Abs 2 leistet und deshalb nach §§ 12/3 StGB, § 82b Abs 2 AMG bestraft wird. Als wahrscheinlichste Auslegungsvariante bietet sich an, Abs 7 als Vorbereitungsdelikt zu Abs 2 zu sehen (was

letztlich auch § 82b Abs 1 gegenüber Abs 2 ist) und eine Verdrängung des Abs 7 durch den Beitrag zu Abs 2 anzunehmen. Ist das so gewollt? Bejahendenfalls sollte das zumindest in den Materialien klargestellt werden; man könnte auch eine Subsidiaritätsklausel in den Gesetzestext des Abs 7 einfügen. Denkbar wäre es auch, für Abs 7 eine eigene Bestimmung zu schaffen, die mit „Vorbereitung ...“ oder Ähnlichem titulierte ist.

Anmerkungen zum Entwurf des § 82b Abs 8 AMG

13. Das Anliegen des Abs 8 ist mE berechtigt, wenn auch nicht mit einer Parallele zu § 299 Abs 2 StGB begründbar. In Wirklichkeit sollen die Opfer nicht pönalisiert werden, und eine entsprechende Klarstellung schadet nicht. Es fragt sich, ob man dies auch bezüglich der eigenen Tiere nicht klarstellen müsste.
14. Fraglich ist, ob der vorgeschlagene Text ausreichend klar ist. Zum einen ist unklar, wer die „nahen“ Angehörigen sind. § 72 StGB definiert nicht den nahen Angehörigen, sondern Angehörige. Wer eine nahestehende Person ist, bleibt – soweit ersichtlich – völlig offen. Ist damit die Sympathieperson im Sinn der gefährlichen Drohung (§ 74 Abs 1 Z 5 aE StGB) gemeint? Ist das nicht zu weitgehend? Hier wäre eine Klarstellung im Gesetzestext geboten. Da der gewollte Umfang unklar ist, werden hier keine Textvorschläge gemacht.
15. Die Wendung „um sie anzuwenden“ könnte auch sehr weit ohne Bezug auf die, bei der Handlung des Verschaffens genannten Personen verstanden werden. Man könnte einfügen: „um sie bei sich oder den genannten Personen anzuwenden“.

Anmerkungen zum Entwurf des § 82c AMG

16. § 26 Abs 3 StGB enthält genau den Regelungsinhalt, der im ersten Satzteil des Abs 1 genannt wird. Insofern ist die Bestimmung des Entwurfs widersprüchlich. Wäre nicht folgende Formulierung besser: „*Gefälschte Arzneimittel ... sind gemäß § 26 StGB einzuziehen, selbst wenn keine bestimmte Person ... werden kann. Von der Einziehung ist abzusehen, wenn der Berechtigte ... wird*“. Der Absatz wird durch die Aufteilung auf zwei Sätze einfacher lesbar, der scheinbare Widerspruch ist beseitigt, die Anwendung des § 26 Abs 3 StGB klargestellt.
17. Die Materialien sind in diesem Bereich unklar, deuten sie doch daraufhin, dass über § 26 Abs 3 StGB eine Einziehung erfolgen soll. Wenn das gemeint ist – wobei ein konkretes Beispiel dafür nicht offensichtlich ist –, so ist dem zu widersprechen. Außerhalb des § 26 Abs 3 StGB und der prozessualen Regeln der §§ 443 ff StPO gibt es keinen Grund, dass ein Strafgericht tätig wird. Aber vielleicht beruhen die Materialien hier auf einem Irrtum.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold