

BVGer A-4351/2016 vom 26. Januar 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-01-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4351_2016

FR: TAF A-4351/2016 du 26 janvier 2017

IT: TAF A-4351/2016 del 26 gennaio 2017

Regeste

Zölle

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) gegeben ist (Art. 31 VGG). Vorliegend wurde eine solche der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegende Verfügung erlassen. Diese stützt sich - wie sich aus ihrer Begründung ergibt - auf zollrechtliche Vorschriften (vgl. dazu hinten E. 6.2 und E. 8.1) und somit auf öffentliches Recht. Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Kommando Grenzwachtkorps ist - auch nach der Reorganisation der Zollverwaltung vom 1. Mai 2015 - Teil der Oberzolldirektion (Urteil des BVGer A-5258/2014 vom 24. Juli 2015 E. 1.1; Rudolf Dietrich, in: Martin Kocher/Diego Clavadetscher [Hrsg.], Zollgesetz [ZG], 2009, Art. 91 N. 13 sowie S. 571). Die Oberzolldirektion (im Folgenden: Vorinstanz) ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 33 VGG; vgl. auch Art. 116 Abs. 4 des Zollgesetzes vom 18. März 2005 [ZG, SR 631.0]). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 2 Abs. 4 VwVG). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 VwVG). Diese wurde zudem frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 50 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist deshalb grundsätzlich einzutreten. Wie im Folgenden aufgezeigt wird (hinten E. 11), ist allerdings auf den sinngemäss gestellten Antrag, die Zollverwaltung sei anzuweisen, der Beschwerdeführerin das beschlagnahmte Kratom herauszugeben, teilweise nicht einzutreten.

E. 2.1

Das Bundesverwaltungsgericht kann die angefochtene Verfügung in vollem Umfang überprüfen. Der Beschwerdeführer kann neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) auch die Rüge der Unangemessenheit erheben (Art. 49 Bst. c VwVG).

E. 2.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist verpflichtet, auf den unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist

(Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen; vgl. dazu André Moser et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N. 1.54, mit Verweis auf BGE 119 V 349 E. 1a). Daraus folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz nicht an die rechtliche Begründung der Begehren gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen (allenfalls auch nur teilweise) gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (sog. Motivsubstitution; vgl. BVGE 2007/41 E. 2).

E. 2.3

Der Wortlaut einer Bestimmung ist Ausgangspunkt jeder Auslegung. Vom klaren Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Liegen entsprechende Zweifel vor, ist die fragliche Bestimmung mit Hilfe der übrigen Auslegungselemente auszulegen, um den wahren Sinngehalt der Gesetzesbestimmung zu ermitteln. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historische Auslegung), ihren Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen (systematische Auslegung) zukommt (sog. Methodenpluralismus; BGE 141 V 197 E. 5.2, 141 V 221 E. 5.2.1, 141 II 57 E. 3.2, 141 II 436 E. 4.1).

E. 3.1

Verfahrensvorschriften sind bei Fehlen einer ausdrücklichen Übergangsregelung grundsätzlich mit dem Tag ihres Inkrafttretens anwendbar. Anders verhält es sich hingegen, wenn eine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen wurde oder wenn im konkreten Fall der Vertrauensschutz der sofortigen Anwendung des neuen Rechts entgegensteht (vgl. zum Ganzen Ulrich Häfelin et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 296, mit Hinweisen).

E. 3.2

Die Zuständigkeit bestimmt sich jeweils entsprechend dem Grundsatz der Unabänderlichkeit des Gerichtsstandes (*perpetuatio fori*) nach dem Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung (BGE 130 V 90 E. 3.2). Im Fall einer späteren Modifikation der Zuständigkeitsvorschriften greift somit prinzipiell der allgemeine intertemporalrechtliche Grundsatz, wonach hängige Rechtsmittelverfahren nach dem bisherigen Prozessrecht fortzuführen sind (vgl. Urteil des BGer 2C_487/2012 vom 2. April 2013 E. 1.2.3; siehe dazu ferner [mit Hinweisen zu hier nicht interessierenden Ausnahmen] Thomas Flückiger, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 7 N. 26).

E. 3.3

Bei der Beurteilung einer Angelegenheit, die in ihre Kompetenz fällt, kann eine Behörde ausnahmsweise auch über Fragen entscheiden, zu deren Beurteilung sie an sich sachlich unzuständig ist (Kompetenzattraktion; vgl. Flückiger, a.a.O., Art. 7 N. 36). Die Notwendigkeit, die Entscheidzuständigkeit in diesem Sinne bei einer bestimmten Behörde zu konzentrieren, kann sich aus prozessökonomischen Gründen, aus dem Gebot der Rechtssicherheit sowie aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens ergeben (Urteile des BVerfG A-445/2015 vom 18. November 2015 E. 12.1, A-6471/2009 vom 2. März 2010 E. 4.2.3).

E. 4

Bei der verwaltungsrechtlichen Einziehung und Vernichtung von Vermögenswerten handelt es sich um sog. unmittelbaren Zwang, für welchen es - wie für jedes staatliche Handeln - grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; BVGE 2015/34 E. 3.1.1; Urteil des BVGer A-5258/2014 vom 24. Juli 2015 E. 2.5 und 3.1.1). Fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, darf eine solche Einziehung und Vernichtung von Vermögenswerten nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen der sog. polizeilichen Generalklausel erfüllt sind (BVGE 2015/34 E. 3.1.1). Die polizeiliche Generalklausel greift rechtsprechungsgemäss, wenn und soweit die öffentliche Ordnung sowie fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind, welche unter den konkreten Umständen nicht anders abgewendet werden können als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln; diese Mittel müssen dabei mit den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts (insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit) vereinbar sein (BGE 126 I 112 E. 4b, 121 I 22 E. 4b/aa, 111 Ia 246 E. 2 und 3a). Während die Anwendung der polizeilichen Generalklausel nach langjähriger Praxis ausgeschlossen war, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen vom Gesetzgeber trotz Kenntnis der Problematik nicht geregelt wurden (vgl. etwa BGE 136 I 87 E. 3.1, mit Hinweisen), ist die Unvorhersehbarkeit der Gefährdungslage nach neuester Rechtsprechung lediglich ein Element, das im Rahmen der Anwendung der polizeilichen Generalklausel bei der Abwägung zwischen dem Interesse an der Abwehr der Störung oder Gefahr und dem Interesse an der Gesetzmässigkeit des staatlichen Handelns zu berücksichtigen ist (BGE 137 II 431 E. 3.3.2, 136 IV 97 E. 6.3.2; Urteil des BGer 1C_35/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 3.3; siehe zum Ganzen auch Häfelin et al., a.a.O., N. 2583 ff.).

E. 5

Die allgemeinen Befugnisse der Zollverwaltung sind in Art. 100 Abs. 1 ZG festgehalten, wobei das Bundesgesetz vom 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (ZAG, SR 364) anwendbar ist, soweit das ZG keine besonderen Bestimmungen enthält (Art. 100 Abs. 1 bis ZG). Insbesondere darf die EZV den Verkehr von Waren kontrollieren (Art. 100 Abs. 1 Bst. c ZG).

E. 6.1

Gemäss der bis 31. Juli 2016 gültig gewesenen Fassung von Art. 104 ZG (im Folgenden: aArt. 104 ZG) konnte die Zollverwaltung alle erforderlichen Massnahmen zur Sicherung von Beweismitteln ergreifen, welche in einem Strafverfahren verwendet werden können (Abs. 1). Ferner hatte sie nach Abs. 2 der Bestimmung die Befugnis, Gegenstände und Vermögenswerte zu beschlagnahmen, welche voraussichtlich der Einziehung unterliegen. Gemäss Abs. 3 der Bestimmung waren diese Gegenstände, Vermögenswerte und Beweismittel seitens der Zollverwaltung unverzüglich der zuständigen Behörde zu übermitteln. Für Gegenstände, Vermögenswerte oder andere Beweismittel, deren Übernahme durch die zuständige Behörde verweigert wurde, galt im Fall von aArt. 104 Abs. 1 ZG das Zolpfandrecht (vgl. Art. 82-84 ZG) sowie im Fall von aArt. 104 Abs. 2 ZG, dass sie vernichtet werden (aArt. 223a der Zollverordnung vom 1. November 2006 [ZV, SR 631.01] in der Fassung vom 27. Juni 2012 [AS 2012 3837]; diese Bestimmung wurde mit Wirkung seit 1. August 2016 aufgehoben [vgl. die Verordnung vom 3. Juni 2016 zur

Änderung der Zollverordnung, AS 2016 2443]).

E. 6.2

Eine sich auf aArt. 223a ZV stützende Einziehung sowie Vernichtung von Gegenständen bildet rechtsprechungsgemäss eine verwaltungsrechtliche Massnahme (BVGE 2015/34 E. 4.3; Urteil des BVGer A-5258/2014 vom 24. Juli 2015 E. 4.3). Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem neueren Entscheid im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle erkannt, dass aArt. 223a ZV dann, wenn keine Bestimmung in einem anderen Gesetz als dem ZG eine entsprechende Massnahme vorsieht, keine genügende gesetzliche Grundlage für die Einziehung und Vernichtung von vorläufig beschlagnahmten Gegenständen (im betreffenden Fall: mit Kokain kontaminierte Banknoten) bildet und gegen die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) verstösst (BVGE 2015/34 E. 5.1; vgl. auch Urteil des BVGer A-5258/2014 vom 24. Juli 2015 E. 5.1). In seinem Urteil C-1428/2014 vom 26. April 2016 befand das Bundesverwaltungsgericht, dass im konkreten Fall die Beschlagnahme von Betäubungsmitteln (altrechtlich) gemäss aArt. 223a ZV in Verbindung mit Art. 130 ZG zulässig sei (E. 7.7 des Urteils, auch zum Folgenden). Es verwies dabei auf das in Art. 82 Abs. 1 Bst. b ZG vorgesehene gesetzliche Pfandrecht des Bundes an Waren bzw. Sachen, welche zur Verletzung zollrechtlicher oder nichtzollrechtlicher Erlasse des Bundes, bei deren Vollzug die EZV mitwirkt, gedient haben. Die im betreffenden Fall durch die Zollverwaltung angeordnete Vernichtung von Betäubungsmitteln betrachtete das Gericht mit Blick auf Art. 24 Abs. 2 des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951 (BetmG, SR 812.121) als zulässig. Nach dieser Bestimmung verwahren die zuständigen Behörden die ihnen bei der Ausführung des BetmG zugehenden Betäubungsmittel und sorgen für deren Verwertung oder Vernichtung.

E. 6.3

Am 1. August 2016 trat eine neue Fassung von Art. 104 ZG in Kraft (vgl. das Bundesgesetz vom 18. März 2016 zur Änderung des ZG, AS 2016 2429 ff.). Die Bestimmung hat nunmehr folgenden Wortlaut: «1 Die EZV kann Gegenstände und Vermögenswerte vorläufig sicherstellen, wenn die Gegenstände und Vermögenswerte voraussichtlich: a. als Beweismittel gebraucht werden; oder b. einzuziehen sind. 2 Sie übermittelt Gegenstände und Vermögenswerte unverzüglich der zuständigen Behörde. Diese entscheidet über die Anordnung einer Beschlagnahme. 3 Ordnet die zuständige Behörde keine Beschlagnahme an, so gibt die EZV die in ihrem Gewahrsam befindlichen Gegenstände und Vermögenswerte der berechtigten Person zurück. Ist diese oder deren Aufenthaltsort nicht bekannt, so findet Artikel 92 VStrR [Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, SR 313.0] sinngemäss Anwendung. 4 Die EZV kann eine selbstständige Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten nach den Artikeln 69 und 70 des Strafgesetzbuchs [vom 21. Dezember 1937, StGB, SR 311.0] anordnen. Das Verfahren richtet sich nach Artikel 66 VStrR.»

E. 6.4

Ob es sich bei der neurechtlichen selbstständigen Einziehung durch die EZV im Sinne von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG in Verbindung mit Art. 69 f. StGB um eine Massnahme des Strafrechts oder um ein Zwangsmittel des Verwaltungsrechts handelt, wurde bislang gerichtlich noch nicht entschieden. Gemäss dem Wortlaut von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG hat die EZV die Befugnis, eine Einziehung «nach den Artikeln 69 und 70 des

Strafgesetzbuchs» anzuordnen. Diesem klaren Gesetzeswortlaut zufolge sind die Bestimmungen zur strafrechtlichen Einziehung von Art. 69 f. StGB (vgl. BVGE 2015/34 E. 3.2) direkt und nicht bloss sinngemäss anwendbar; dies im Unterschied zu aArt. 104 ZG, welcher das Strafgesetzbuch bezeichnenderweise nicht erwähnte. Der eindeutige Wortlaut des Gesetzes gibt damit vor, dass die selbständige Einziehung durch die EZV im Sinne von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG in Verbindung mit Art. 69 f. StGB als (verwaltungs-)strafrechtliche Massnahme zu qualifizieren ist. In systematischer Hinsicht wird der hiervor gezogene Schluss durch den Umstand gestützt, dass Art. 104 Abs. 4 Satz 2 ZG für das Verfahren das Verwaltungsstrafrecht ausdrücklich als anwendbar erklärt (vgl. dazu sogleich E. 6.5). Sinn und Zweck von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG ist es, der (teilweise als Strafbehörde fungierenden) EZV die Befugnis einzuräumen, in Fällen, bei welchen die zuständigen Behörden die vorläufig sichergestellten Gegenstände und Vermögenswerte nicht übernehmen, anstelle der an sich zuständigen Behörden (d.h. namentlich anstelle der anderen Strafbehörden) geeignete Massnahmen zu treffen bzw. eine Einziehung zu verfügen (vgl. dazu auch Botschaft vom 6. März 2015 zur Änderung des Zollgesetzes [nachfolgend: Botschaft zur Änderung des ZG], BBl 2015 2883 ff., 2912, wo im Zusammenhang mit dem Entwurf von Art. 104 Abs. 4 ZG auf die Erfahrung hingewiesen wird, «dass die zuständige Behörde die sichergestellten Gegenstände, Vermögenswerte und Beweismittel nicht immer zu übernehmen bereit ist»). Das Ergebnis, dass es sich bei der Einziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG um eine strafrechtliche Massnahme handelt, steht in Einklang mit dieser Zielsetzung. Sodann verdeutlicht die in der erwähnten Botschaft zum Erlass von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG festgehaltene Erklärung, es sei angezeigt, aArt. 223a ZV «in modifizierter Form ins formelle Gesetz zu überführen» (Botschaft zur Änderung des ZG, BBl 2015 2912), dass eine Änderung der bisherigen Ordnung und nicht bloss eine Neuansiedlung der früheren Verordnungsregelung auf der höherrangigen Stufe der Bundesgesetze beabsichtigt war. Dies stellt ebenfalls klar, dass die selbständige Einziehung durch die EZV im Sinne von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG in Verbindung mit Art. 69 f. StGB eine strafrechtliche Massnahme darstellt. Selbst wenn aber (gegenteilig) angenommen würde, dass sich die genannte Erklärung in der Botschaft für eine Zuordnung dieser Einziehung zum Verwaltungsrecht ins Feld führen liesse, käme dem entsprechenden historischen Auslegungselement kein allein entscheidendes Gewicht zu, da an der einschlägigen Stelle der Botschaft keine Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur von aArt. 223a ZV erfolgt. Es ergibt sich somit, dass die selbständige Einziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG in Verbindung mit Art. 69 f. StGB eine (verwaltungs-)strafrechtliche Massnahme bildet.

E. 6.5

In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellt Art. 104 Abs. 4 Satz 2 ZG - wie erwähnt - klar, dass die verwaltungsstrafrechtliche Ordnung von Art. 66 VStrR massgebend ist. Nach letzterer Bestimmung ist insbesondere dann ein selbständiger Einziehungsbescheid zu erlassen, wenn das Strafverfahren nicht zu einem Strafbescheid oder zur Überweisung des Beschuldigten an das Strafgericht führt, aber gemäss dem Gesetz Gegenstände oder Vermögenswerte einzuziehen sind (vgl. Abs. 1 der Vorschrift). Nach den Vorschriften des VStrR unterliegt ein Einziehungsbescheid der Einsprache (vgl. Art. 67 Abs. 1 VStrR) und ist auf die Einsprache hin prinzipiell eine Einstellungs- oder Einziehungsverfügung zu erlassen (vgl. Art. 70 Abs. 1 und Art. 71 VStrR). Innert zehn Tagen kann sodann der von einer Einziehungsverfügung Betroffene die Beurteilung durch das Strafgericht verlangen (Art. 72 Abs. 1 VStrR). Dabei ist das Begehren um gerichtliche Beurteilung bei derjenigen

Behörde einzureichen, welche die Verfügung erlassen hat (Art. 72 Abs. 2 VStrR). Die genannte verwaltungsstrafrechtliche Verfahrensordnung gilt neurechtlich auch für Einziehungsbescheide der EZV im Sinne von Art. 104 Abs. 4 ZG in Verbindung mit Art. 66 VStrR, weshalb diese nicht als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gemäss den allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege mittels Beschwerde angefochten werden können: Gemäss dem Gesetzeswortlaut von Art. 104 Abs. 4 Satz 2 ZG richtet sich «das Verfahren» nach Art. 66 VStrR. Dies drängt den Schluss auf, dass nach dem Gesetz nicht bloss Anordnungen der EZV betreffend die selbständige Einziehung in die Form eines Einziehungsbescheides zu kleiden sind, sondern für solche Einziehungsbescheide auch die verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten gelten. Damit in Einklang steht in systematischer Hinsicht, dass solche Einziehungen materiell-rechtlich gesehen (verwaltungs-)strafrechtlicher Natur sind (vgl. E. 6.4) und es im hier interessierenden Bereich - anders als etwa bei der Regelung der verwaltungsstrafrechtlichen Leistungs- oder Rückleistungspflicht (vgl. Art. 12 und Art. 63 Abs. 1 VStrR) - an einer ausdrücklichen Verweisung auf die Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften des betreffenden Verwaltungsgesetzes fehlt. Allein aus der Tatsache, dass gemäss der Botschaft zur Änderung des ZG «der Entscheid der EZV» über die selbständige Einziehung der «Beschwerdemöglichkeit» unterliegt (BBl 2015 2912), lässt sich nicht ableiten, dass die verwaltungsverfahrensrechtliche Ordnung greifen soll. Es ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass zur selbständigen Einziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 4 ZG in Verbindung mit Art. 69 f. StGB gemäss dem neuen Recht ein Einziehungsbescheid zu erlassen ist und dieser dem erwähnten Rechtsweg des VStrR unterliegt.

E. 7

Gestützt auf Art. 1 Bst. a in Verbindung mit Art. 30 und Art. 32 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG, SR 817.0) in Verbindung mit Art. 69 Abs. 1 Bst. c und d sowie Art. 71 der Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) vom 23. November 2005 über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung (SR 817.025.21) wäre allenfalls eine verwaltungsrechtliche Beschlagnahme durch die Zollverwaltung bzw. die Zollämter denkbar (siehe dazu auch BVGE 2015/34 E. 5.2.1). Die Beschlagnahme gilt in diesem Zusammenhang allerdings (nur) als vorsorgliche Massnahme (vgl. den Titel «Vorsorgliche Massnahmen» zu Art. 30 LMG sowie Botschaft vom 30. Januar 1989 zu einem Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände [Lebensmittelgesetz, LMG] BBl 1989 I 893 ff., 943, wo die Beschlagnahme als «vorsorgliche Sofortmassnahme» bezeichnet wird). Sie fällt dahin, sobald die Kontrollorgane nach Art. 28 Abs. 1 LMG entscheiden, ob die beanstandeten Waren: «a. mit oder ohne Auflagen verwertet werden dürfen; b. durch die Betroffenen beseitigt werden müssen; c. auf Kosten der Betroffenen eingezogen sowie unschädlich gemacht, unschädlich verwertet oder beseitigt werden.» Die (ebenfalls als verwaltungsrechtlich zu qualifizierende) Kompetenz, als Kontrollorgan gestützt auf Art. 28 Abs. 1 Bst. c LMG selbständig die Einziehung und Beseitigung von Waren anzuordnen, steht der Zollverwaltung nicht zu. Zwar kann der Bundesrat gemäss Art. 32 Abs. 1 Satz 2 LMG Vollzugsaufgaben an die Zollverwaltung übertragen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass der Bundesrat gestützt auf diese Bestimmung der Zollverwaltung die Kompetenz zur selbständigen Anordnung der Einziehung und Beseitigung von Waren eingeräumt hat. Gemäss Art. 69 Abs. 1 der erwähnten Verordnung des EDI vom 23. November 2005 können die Zollämter zwar die in Bst. a-c dieser

Vorschrift genannten Massnahmen treffen; die Massnahmen nach Art. 28 Abs. 1 Bst. c LMG sind aber in der entsprechenden Aufzählung nicht enthalten. Diejenigen Massnahmen, welche in der Aufzählung von Art. 69 Abs. 1 Bst. a-c dieser Verordnung nicht erwähnt sind, dürfen die Zollämter nach Art. 69 Abs. 1 Bst. d der Verordnung nur «im Auftrag der zuständigen kantonalen Vollzugsbehörde» ergreifen.

E. 8.1

Im vorliegenden Fall hat die Kantonspolizei D._____ die Übernahme des Kratoms verweigert. Die Zollverwaltung ordnete deshalb die Einziehung und Vernichtung der Ware an. In der angefochtenen Verfügung beruft sie sich für die Zulässigkeit dieser Anordnung auf aArt. 223a ZV. Dabei erklärt sie, dass sich diese Bestimmung auf aArt. 104 ZG stütze (vgl. Ziff. 2.2.3 der Verfügung). Erst während des laufenden Beschwerdeverfahrens trat die neue Fassung von Art. 104 ZG in Kraft und wurde aArt. 223a ZV aufgehoben (vgl. E. 6.1). Ob mit Blick auf diese Rechtsänderung die altrechtliche Bestimmung von aArt. 223a ZV schon aus intertemporalrechtlichen Gründen nicht mehr zur Anwendung kommt, kann hier dahingestellt bleiben. Denn entsprechend der vorn genannten Rechtsprechung lässt sich die vorliegend angeordnete Einziehung und Vernichtung des Kratoms so oder anders nicht auf diese Bestimmung stützen, soweit nicht eine andere einschlägige Gesetzesvorschrift eine entsprechende verwaltungsrechtliche Massnahme vorsieht (vgl. E. 6.2). Eine solche Vorschrift findet sich in casu - wie nachfolgend ersichtlich wird (E. 8.2 ff.) - nicht.

E. 8.2

Es ist zu Recht unbestritten, dass Kratom seit jeher nicht dem BetmG untersteht (vgl. dazu auch Art. 2, Art. 2a und Art. 2b BetmG in Verbindung mit der Betäubungsmittelverzeichnisverordnung vom 30. Mai 2011 [BetmVV-EDI, SR 812.121.11]; zum Geltungsbereich des BetmG siehe ferner Urteil des BVGer C-1428/2014 vom 26. April 2016 E. 6.1 ff.). Demgemäss kann weder Art. 24 Abs. 2 BetmG noch eine andere Vorschrift dieses Gesetzes zur Rechtfertigung der vorliegend angefochtenen Verfügung herangezogen werden.

E. 8.3

Das LMG und die Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung erlauben es der Zollverwaltung nicht, ohne entsprechenden Auftrag der zuständigen kantonalen Vollzugsbehörde die Einziehung und Beseitigung von Waren anzuordnen (vgl. E. 7). Beim hier zu beurteilenden Fall wurde unbestrittenermassen kein solcher Auftrag erteilt. Die Vorinstanz macht denn auch richtigerweise nicht geltend, dass sich die fragliche Einziehung und Vernichtung auf das Lebensmittelrecht (im weiteren Sinne) stützen lasse.

E. 8.4

Weitere verwaltungsrechtliche Vorschriften, welche eine rechtsgültige Grundlage für die Einziehung und Vernichtung des Kratoms durch die EZV bilden könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist auch das Heilmittelrecht (unabhängig von der heilmittelrechtlichen Qualifikation der streitbetroffenen Ware) nicht einschlägig: Es räumt den Zollorganen zwar das Recht ein, bei Verdacht auf eine Zuwiderhandlung gegen das Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21) Heilmittelsendungen zurückzuhalten und die Vollzugsbehörden beizuziehen (Art. 66 Abs. 4 HMG). Ein Recht der Zollverwaltung auf eine selbständige Einziehung und Vernichtung solcher Sendungen ist jedoch im

Heilmittelrecht nicht vorgesehen (zur gesetzlichen Grundlage für eine Beschlagnahme und Vernichtung von Heilmitteln sowie unzulässigen Werbemitteln durch das Schweizerische Heilmittelinstitut vgl. demgegenüber Art. 66 Abs. 2 Bst. d und f HMG sowie Urteil des BVGer C-227/2010 vom 20. Januar 2010 E. 4.4; zu weiteren, seitens der Verfahrensbeteiligten vorliegend zu Recht nicht angerufenen Vorschriften zur Einziehung bzw. zur Erledigung von Fällen mit Kleinstmengen von Betäubungsmitteln siehe BVGE 2015/34 E. 5.2.2 f.).

E. 8.5

Zu klären ist sodann, ob sich der angefochtene Entscheid auf die polizeiliche Generalklausel stützen lässt. Selbst wenn die öffentliche Gesundheit als fundamentales Rechtsgut betrachtet und angenommen würde, dass dieses Rechtsgut durch Kratom einer schweren und zeitlich unmittelbar drohenden Gefahr ausgesetzt ist, wäre es unverhältnismässig, allein gestützt auf die polizeiliche Generalklausel die Einziehung und Vernichtung der streitbetroffenen Ware zu rechtfertigen: Zu berücksichtigen ist zunächst, dass keine für den Gesetzgeber unvorhersehbare Gefährdungslage auf dem Spiel steht. Letzteres ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, dass gemäss dem aktenkundigen Gutachten des Forensischen Instituts C._____ unter anderem bereits sieben europäische Staaten (allenfalls schon seit 2012) eine betäubungsmittelrechtliche Regelung der in Thailand als Kratom bzw. Krathom bezeichneten Pflanze *Mitragyna speciosa* oder ihres Wirkstoffes Mitragynin kennen. Es kommt hinzu, dass der Zollverwaltung (gemäss der Darstellung in diesem Gutachten) schon seit vier bis fünf Jahren im Zuge der intensivierten Beobachtungen des Internethandels mit neuen psychotropen Substanzen vermehrt und konstant Sendungen von Kratom aufgefallen sind. Es kann vor diesem Hintergrund nicht mit Recht angenommen werden, dass ein mögliches Gefährdungspotential von Kratom für den Gesetzgeber unvorhersehbar war. Das Interesse an einer sofortigen Beseitigung der (allfälligen) Gefährdung mittels Einziehung und Vernichtung wiegt umso geringer, als die Aufrechterhaltung der (vorläufigen) Beschlagnahme genügt hätte, um die Gefährdung auszuschliessen. Eine Verlängerung der Beschlagnahme wäre namentlich deshalb ein geeignetes und milderes Mittel gewesen, weil bereits im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung in absehbarer Zukunft eine weitergehende Klärung des Gefährdungspotentials und der allfälligen Unterstellung von Kratom unter die Betäubungsmittelgesetzgebung zu erwarten war. Das Generalsekretariat des EDI hatte nämlich der Oberzolldirektion mit Schreiben vom 3. Februar 2016 mitgeteilt, dass das Schweizerische Heilmittelinstitut die Pflanze *Mitragyna speciosa* und die Substanzen Mitragynin sowie 7-Hydroxymitragynin im Jahr 2016 in Hinblick auf das nächste reguläre Verfahren zur Aufnahme von Substanzen in die BetmVV-EDI prüfen werde (vgl. Akten Vorinstanz, act. 11). Bei dieser Sachlage hätte es sich aufgedrängt, es vorläufig bei der Beschlagnahme bewenden zu lassen, statt ohne gesetzliche Grundlage die Einziehung und irreversible Vernichtung der streitbetroffenen Ware anzuordnen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz stattdessen einen derart schwerwiegenden Eingriff in die Eigentumsgarantie anordnen musste. Ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel ist deshalb vorliegend wegen Unverhältnismässigkeit nicht mit den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts vereinbar. Die polizeiliche Generalklausel vermag somit die fehlende gesetzliche Grundlage für die angefochtene Verfügung nicht zu ersetzen.

E. 9.1

Die Vorinstanz macht in der Vernehmlassung geltend, zum Erlass des neuen Art. 104 ZG existiere keine Übergangsregelung. Weil es vorliegend um den Schutz vor gefährlichen sowie gesundheitsschädigenden Substanzen gehe und damit ein gewichtiges Interesse an der raschen sowie umfassenden Anwendung des neuen Rechts bestehe, sei bei der hier zu beurteilenden Konstellation Art. 104 ZG in der neuen Fassung anzuwenden. Dies gelte ohne Rücksicht darauf, dass diese Bestimmung erst nach Einreichung der Beschwerde in Kraft gesetzt worden sei. Aus der von ihr behaupteten Anwendbarkeit von Art. 104 ZG in der seit 1. August 2016 geltenden Fassung leitet die Vorinstanz ab, dass sich die angefochtene Einziehung und Vernichtung des Kratoms auf ihre neu zustehende Befugnis zur (Sicherungs-)Einziehung im Sinne von Art. 69 StGB stützen lasse.

E. 9.2

Wie hiervor ausgeführt, handelt es sich bei der Einziehung gemäss Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG in Verbindung mit Art. 69 f. StGB um eine Massnahme des (Verwaltungs-)Strafrechts. Weil mit der angefochtenen Verfügung seinerzeit aber unter Berufung auf aArt. 223a ZV eine verwaltungsrechtliche Massnahme und keine (verwaltungs-)strafrechtliche Anordnung getroffen wurde (vgl. E. 6.2), lässt sich die angefochtene Verfügung im vorliegenden Verfahren nicht in eine zulässige strafrechtliche Anordnung umdeuten. Dies gilt schon deshalb, weil das Bundesverwaltungsgericht - wie im Folgenden aufgezeigt wird - für die Beurteilung einer entsprechenden (verwaltungs-)strafrechtlichen Anordnung nicht zuständig ist (vgl. vorn E. 1 und 6.5). Zur neurechtlichen verwaltungsstrafrechtlichen Verfahrensordnung betreffend Einziehungen gemäss Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG in Verbindung mit Art. 69 f. StGB (vgl. E. 6.5) besteht keine Übergangsregelung. Nach allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätzen ist diese Verfahrensordnung deshalb mit Inkrafttreten von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG per 1. August 2016 anwendbar (E. 3.1). Es sind nämlich keine Gründe ersichtlich, welche nach diesen Grundsätzen der sofortigen Anwendbarkeit der Verfahrensbestimmung von Art. 104 Abs. 4 Satz 2 ZG mit der darin enthaltenen Verweisung auf das Verwaltungsstrafverfahrensrecht entgegenstehen würden: Auch wenn Art. 104 Abs. 4 Satz 2 ZG neu ist, steht insofern keine grundlegend neue Verfahrensordnung auf dem Spiel, als für Massnahmen des Verwaltungsstrafrechts des Bundes schon nach früherem Recht grundsätzlich die Verfahrensvorschriften des VStrR massgebend gewesen wären (vgl. Art. 1 und Art. 19 ff. VStrR). Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb im konkreten Fall der Vertrauensschutz einer sofortigen Anwendung von Art. 104 Abs. 4 Satz 2 ZG entgegenstehen sollte. Letzteres gilt umso mehr, als dem von einer Einziehung Betroffenen nach der verwaltungsstrafrechtlichen Verfahrensordnung des Bundes mit dem Einspracheverfahren grundsätzlich weitergehende Rechtsschutzmöglichkeiten zustehen als gemäss dem Bundesverwaltungsprozessrecht (vgl. E. 6.5). Weil für Einziehungen im Sinne von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG in Verbindung mit Art. 69 f. StGB - wie auf gezeigt - per 1. August 2016 gemäss dem VStrR zu verfahren ist, ist das Bundesverwaltungsgericht jedenfalls seit diesem Zeitpunkt nicht zur Prüfung solcher Massnahmen zuständig. Der Grundsatz der Unabänderlichkeit des Gerichtsstandes (*perpetuatio fori*; vgl. vorn E. 3.2) erlaubt es dem Bundesverwaltungsgericht überdies nicht, die angefochtene Verfügung in materieller Hinsicht unter dem Blickwinkel von Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG in Verbindung mit Art. 69 f. StGB zu prüfen. Denn bereits im Zeitpunkt der Erhebung der vorliegenden Beschwerde (also nach der altrechtlichen Ordnung) war das Gericht nicht für die Beurteilung von (verwaltungs-)strafrechtlichen Einziehungen zuständig. Nicht als angezeigt erscheint sodann eine Kompetenzattraktion, aufgrund welcher das Bundesverwaltungsgericht die nicht in seine Zuständigkeit fallende Frage der

Zulässigkeit einer Einziehung nach Art. 104 Abs. 4 Satz 1 ZG in Verbindung mit Art. 69 f. StGB beurteilen würde: Aus prozessökonomischen Gründen drängt sich eine solche Kompetenzattraktion nicht auf, insbesondere weil es sich bei der genannten Frage nicht um eine blosser Nebenfrage zur hier geprüften verwaltungsrechtlichen Zulässigkeit der Einziehung und Vernichtung des Kratoms handelt. Auch das Gebot der Rechtssicherheit und der Grundsatz der Einheit des Verfahrens sprechen nicht für eine sachliche Ausdehnung der Zuständigkeit auf strafrechtliche Fragen. Beim hier zu beurteilenden Fall besteht nämlich keine Gefahr widersprüchlicher Entscheide der Verwaltungs- und Strafbehörden: Selbst wenn die angefochtene Verfügung mangels verwaltungsrechtlicher Grundlage aufgehoben würde, würde dies eine strafrechtliche Einziehung und Vernichtung des Kratoms nicht ausschliessen.

E. 9.3

Gemäss dem Ausgeführten fehlt es für die von der Zollverwaltung als verwaltungsrechtliche Massnahme angeordnete Einziehung und Vernichtung des Kratoms an einer genügenden gesetzlichen Grundlage.

E. 10

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die angefochtene Verfügung auf keine genügende rechtliche Grundlage stützen lässt. Die angefochtene Verfügung ist deshalb aufzuheben und die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen.

E. 11

Die Beschwerdeführerin verlangt, die streitbetroffenen Waren seien ihr herauszugeben. Dieser Antrag lässt sich nur als Begehren verstehen, die Zollverwaltung sei anzuweisen, der Beschwerdeführerin das beschlagnahmte Kratom auszuhändigen. Die Vorinstanz hatte zunächst die vorläufige Beschlagnahme des streitbetroffenen Kratoms angeordnet. Mit Erlass der angefochtenen Verfügung ist diese Massnahme hinfällig geworden, indem an deren Stelle die (definitive) Einziehung trat. Aufgrund der nun vorzunehmenden Aufhebung dieser Verfügung kann die Vorinstanz der Beschwerdeführerin bei Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils das Kratom nicht länger unter dem Titel einer verwaltungsrechtlichen Einziehung vorenthalten. Mit anderen Worten verfügt die Vorinstanz bei rechtskräftiger Aufhebung des angefochtenen Entscheids über keinen in die sachliche Prüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts fallenden (verwaltungsrechtlichen) Grund mehr, um die Rückgabe des Kratoms an die Beschwerdeführerin zu verweigern. Insoweit erübrigen sich somit über die Aufhebung der angefochtenen Verfügung hinausgehende Anordnungen. Ob die Zollverwaltung das in ihren Händen befindliche Kratom aus einem anderen (wie etwa einem strafrechtlichen) Rechtsgrund einstweilen oder definitiv behalten kann und/oder vernichten darf, ist vom Bundesverwaltungsgericht mangels Zuständigkeit nicht zu beurteilen (vgl. E. 9.2). Die Zollverwaltung wird insbesondere prüfen müssen, inwieweit ein entsprechendes strafrechtliches Verfahren angezeigt ist. Folglich ist auf die Beschwerde insoweit, als mit dem Antrag betreffend die Herausgabe dieser Ware eine solche Beurteilung verlangt wird, nicht einzutreten. Vor diesem Hintergrund ist der sinngemäss gestellte Antrag, die Zollverwaltung sei anzuweisen, der Beschwerdeführerin das beschlagnahmte Kratom herauszugeben, abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist.

E. 12

Es ergibt sich somit, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen (vgl. E. 10) und im Übrigen - soweit darauf einzutreten ist - abzuweisen ist (vgl. E. 11).

E. 13.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Unterliegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 Satz 2 VwVG). Zwar gilt die Beschwerdeführerin vorliegend als teilweise unterliegend. Da ihr die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird, sind ihr jedoch keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 65 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keine Kosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 13.2

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen, welche bei teilweisem Obsiegen entsprechend zu kürzen ist (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 f. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Gemäss Art. 65 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 64 Abs. 2 VwVG tritt auch bei Obsiegen einer amtlich vertretenen Partei anstelle des Honorars eines amtlich bestellten Vertreters - wie in den Fällen gewillkürter Vertretung - die Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz bzw. einer unterliegenden Gegenpartei. Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin ist somit einerseits eine reduzierte Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen und andererseits besteht im Umfang des Unterliegens der Beschwerdeführerin ein Anspruch ihrer amtlichen Rechtsvertreterin auf eine Entschädigung aus unentgeltlicher Rechtspflege, nachdem ihr mit Zwischenverfügung vom 14. Juli 2016 die unentgeltliche Rechtsverteidigung zuerkannt worden ist (vgl. Urteil des BVGer A-4813/2014 vom 9. Februar 2015 E. 6.2, mit Hinweisen). Parteientschädigung und Entschädigung des amtlich bestellten Anwalts werden nach den gleichen Ansätzen berechnet (Art. 12 VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn keine Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend hat die Rechtsvertreterin keine Kostennote eingereicht. In Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwandes für das vorliegende Verfahren, namentlich für das Verfassen der etwas weniger als achtseitigen Beschwerdeschrift, hält das Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung von insgesamt Fr. 1'500.- (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) für angemessen. Diese ist der Beschwerdeführerin im Umfang ihres Obsiegens durch die Vorinstanz zu ersetzen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Da mit Blick auf den Umstand, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen weitgehend durchdringt, insgesamt von ihrem Obsiegen zu vier Fünfteln auszugehen ist, hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine (reduzierte) Parteientschädigung von Fr. 1'200.- zu bezahlen, während der Restbetrag von Fr. 300.- der Vertreterin der Beschwerdeführerin aus der Kasse des Bundesverwaltungsgerichts zu entrichten ist. (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)