

ZH_OBERGERICHT SB220245 vom 13. Dezember 2022

ZH Obergericht, 2022-12-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220245

FR: ZH_OBERGERICHT SB220245 du 13 décembre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT SB220245 del 13 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht in Strafsachen, vom 9. September 2021 wurde der Beschuldigte des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und lit. f BetmG schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 50.– bestraft (Urk. 25). Gegen das mündlich eröffnete Urteil liess der Beschuldigte noch gleichentags Berufung anmelden (Urk. 27). Nach Zustellung des begründeten Urteils reichte seine Verteidigung mit Eingabe vom 27. April 2022 rechtzeitig die Berufungserklärung ein (Urk. 31–33).

E. 1.1

Die Vorinstanz auferlegte dem Beschuldigten sämtliche Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens (Urk. 32 S. 36, 38). Die Verteidigung beantragt, diese Kosten seien vollständig auf die Gerichtskasse zu nehmen (Urk. 33 S. 2; Urk. 41 S. 2).

E. 1.2

Gemäss Art. 426 Abs. 1 Satz 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Die Verlegung der Kosten richtet sich nach dem Grundsatz, dass derjenige die Kosten trägt, der sie verursacht hat. Erforderlich ist ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem zur Verurteilung führenden strafbaren Verhalten und den durch die Abklärung entstandenen Kosten. Wird die beschuldigte Person bei einer Mehrzahl strafbarer Handlungen teilweise schuldig und teilweise freigesprochen (Teilfreispruch) bzw. wird das Verfahren nur bezüglich einzelner strafbarer Handlungen eingestellt, so sind die Verfahrenskosten anteilmässig der beschuldigten Person, dem Staat und gegebenenfalls der Privatklägerschaft aufzuerlegen. Der beschuldigten Person dürfen jedoch dann die gesamten Kosten des Verfahrens auferlegt werden, wenn die ihr zur Last gelegten Handlungen in einem engen und direkten Zusammenhang stehen, und alle Untersuchungshandlungen hinsichtlich jedes Anklagepunktes notwendig waren. Es ist nach Sachverhalten, nicht nach Tatbeständen aufzuschlüsseln. Bei einem einheitlichen Sachverhaltskomplex ist vom Grundsatz der vollständigen Kostenaufgabe nur abzuweichen, wenn die Strafuntersuchung im freisprechenden Punkt zu Mehrkosten geführt hat (BGer 6B_460/2020 vom 10. März 2021, E. 10.3.1; DOMEISEN, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, N 6 zu Art. 426 StPO; je mit weiteren Hinweisen).

E. 1.3

Den Tatvorwürfen gegen den Beschuldigten liegt kein einheitlicher Sachverhaltskomplex zugrunde. Ein enger und direkter Zusammenhang besteht zudem nur zwischen den strafbaren Handlungen betreffend das unbefugte Angebot von Kratomprodukten über die Webseiten <www.B.____.ch> und

- 44 - <www.C.____.de> an potentielle Abnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz, den über die D.____ GmbH organisierten Versand bzw. die Einfuhr von Kratom in die Schweiz und dessen Verkauf an hier wohnhafte Empfänger. Zum Besitz von Mit- ragynin-haltigen Pulvern am Sitz der F.____ AG besteht hingegen kein derart enger Konnex, welcher die vollständige Kostenaufgabe zu rechtfertigen vermag. Dem Beschuldigten sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens daher nur anteilmässig aufzuerlegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass massgeblicher Ermittlungsaufwand allein im freisprechenden Punkt, d.h. in Bezug auf den Tatvorwurf des Besitzes von Betäubungsmitteln entstand. So wurden labortechnische Untersuchungen veranlasst und (auf entsprechende Anweisung durch die Vorinstanz) ein Gutachten des FOR eingeholt, um die Qualifikation der sichergestellten Pulver als Kratom zu klären bzw. zu verifizieren (Urk. 5/2, 5/5 und Urk. 5/11). Mit den Ergebnissen des Gutachtens wurde der Beschuldigte anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 9. April 2021 konfrontiert. Nicht mehr thematisiert wurden dagegen die weiteren strafbaren Handlungen, die dem Beschuldigten neben dem Besitz von Betäubungsmitteln zur Last gelegt wurden. Sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Vorinstanz hatten sich mit diversen Einwänden des Beschuldigten gegen den Vorwurf im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG auseinanderzusetzen. Bestritten wurde nicht nur, dass es sich bei den Pulvern mit den Bezeichnungen Kayal und Lotus um Kratom handelte. Der Beschuldigte stellte sich zudem auf den Standpunkt, er habe sich über die Eigenschaften dieser Substanzen geirrt (vgl. E. II.2.3. und II.3.2. ff.).

E. 1.4

Zahlreiche Untersuchungshandlungen wären demgegenüber auch angefallen, wenn lediglich diejenigen Vorwürfe Gegenstand des Verfahrens gebildet hätten, für die der Beschuldigte mit diesem Urteil schuldig zu sprechen ist. Dies betrifft insbesondere die Durchführung von Einvernahmen, mit Ausnahme derjenigen vom 9. April 2021 (Urk. 1/9, 3/1, 3/3, 13/24 und Urk. 20), den Aktenbeizug betreffend die Untersuchungen gegen die Abnehmer bzw. Empfänger der beim Beschuldigten bestellten Kratomprodukte (Urk. 2/1-28) und die Durchführung von Hausdurchsuchungen an seinem Wohnsitz sowie in den Geschäftsräumlichkeiten der F.____ AG (Urk. 4/1-4). Auch in Bezug auf die Vorwürfe der öffentlichen Be-

- 45 - kanntgabe einer Gelegenheit zum Erwerb von Betäubungsmitteln, des Versendens bzw. Einführens und der Veräusserung von Kratom war der Beschuldigte – wie gezeigt – nur teilweise geständig und zwar überwiegend erst nach Konfrontation mit den Untersuchungsergebnissen. Zudem hatte sich die Vorinstanz auch hinsichtlich dieser Delikte mit zahlreichen Einwänden des Beschuldigten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auseinanderzusetzen. Vor diesem Hintergrund erscheint es angemessen, dem Beschuldigten die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens zu drei Vierteln aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2. Kosten des Berufungsverfahrens Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). In Bezug auf den Vorwurf des Besitzes von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG obsiegt der Beschuldigte teilweise mit seinem Antrag auf vollumfänglichen Freispruch. Weiter dringt er (teilweise) durch mit seinen Anträgen auf Zusprechung einer Prozessentschädigung und hinsichtlich der Verlegung der Verfahrenskosten. Im Übrigen unterliegt er mit seinen Berufungsanträgen. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es

sich, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens zu drei Vierteln aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. 3. Prozessentschädigung

E. 1.5

Die Verteidigung macht sodann rechtliche Ausführungen zum Tatbestand des Einführens und Versendens gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG (Urk. 13/25 Rz. 8 ff.; Urk. 41 Rz. 7 ff.). Da einem Schuldspruch des Beschuldigten im Sinne dieser Bestimmung von vornherein das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) entgegensteht, ist darauf nicht weiter einzugehen. 2. Würdigung

E. 2

Mit Präsidialverfügung vom 2. Mai 2022 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde (Urk. 36). Mit Eingabe vom 5. Mai 2022 erklärte die Staatsanwaltschaft fristgerecht den Verzicht auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 38).

E. 2.1

Die Vorinstanz hat den ordentlichen Strafrahmen von Art. 19 Abs. 1 BetmG korrekt mit drei Tagessätzen Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe abgesteckt und festgehalten, dass keine ausserordentlichen Umstände ersichtlich sind, die ein Verlassen des ordentlichen Strafrahmens als angezeigt erscheinen liessen (Urk. 32 S. 27 f.). Die tat- und täterangemessene Strafe ist deshalb innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzusetzen.

E. 2.2

Die rechtlichen Grundlagen zur Strafzumessung mit der Unterscheidung zwischen Tat- und Täterkomponente wurden im vorinstanzlichen Urteil ebenfalls zutreffend dargelegt, worauf an dieser Stelle verwiesen werden kann (Urk. 32 S. 27 ff.). 3. Strafart

E. 2.3

Öffentliche Bekanntgabe einer Gelegenheit zum Erwerb von Betäubungsmitteln (Art. 19 Abs. 1 lit. f BetmG)

E. 2.3.1

Der Beschuldigte betreibt die zwei Webseiten <www.B.____.ch> und <www.C.____.de>. Über die Online Shops dieser zwei Webseiten konnten im Zeitraum zwischen dem 7. November 2017 und dem 4. April 2018 insgesamt 30, in der Schweiz ansässige Personen Mitragynin-haltige Produkte bestellen und sich per Post an ihren Wohnsitz schicken lassen. Damit steht fest, dass der Beschuldigte während des Deliktszeitraums Kratomprodukte an potentielle Abnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz zum Kauf anbot, samt Versand ab Deutschland an die jeweiligen Empfängeradressen (vgl. Urk. 6/8 S. 2 f.). Auf diese Weise teilte der Beschuldigte einem unbestimmten Personenkreis in der Schweiz mit, dass

- 28 - über die Online Shops seiner Internetseiten Betäubungsmittel erworben werden können. Daran ändert nichts, dass der Beschuldigte zu einem unbekanntem Zeitpunkt zwischen dem 6. Oktober 2017 und dem 13. November 2017 auf <www.B.____.ch> einen Hinweis auf die geänderte Gesetzeslage in der Schweiz betreffend Mitragynin aufschaltete, da er sein Angebot im entsprechenden Online Shop nicht zeitgleich anpasste. Vielmehr konnten nach wie vor Produktangebote betreffend Kratom über diese Webseite aufgerufen

werden und beliebige Personen mit Wohnsitz in der Schweiz konnten entsprechende Bestellungen samt Lieferung an ihre Wohnadressen aufgeben. Der objektive Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. f BetmG ist damit erfüllt.

E. 2.3.2

Die Verteidigung macht geltend, dass die vom Beschuldigten betriebenen Webseiten während des Deliktszeitraums ein deutsches Impressum aufgewiesen hätten. Damit wirft sie sinngemäss die Frage auf, ob das tatbestandsmässige Verhalten des Beschuldigten im Ausland erfolgte und deshalb nicht unter den räumlichen Geltungsbereich von Art. 19 BetmG falle (vgl. Art. 19 Abs. 4 BetmG).

E. 2.3.3

Wer Waren, Werke oder Leistungen im elektronischen Geschäftsverkehr anbietet, muss gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 1 UWG klare und vollständige Angaben über seine Identität und seine Kontaktadresse einschliesslich derjenigen der elektronischen Post machen. Im Impressum sind somit neben Vorname und Name bei natürlichen Personen resp. der Firma bei juristischen Personen, auch eine Kontaktadresse anzugeben. Damit soll dem Kunden ermöglicht werden, den Anbieter zu kontaktieren. Daraus kann aber nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass der Betreiber einer bestimmten Internetseite auch von dieser Adresse aus handelt bzw. agiert.

E. 2.3.4

Der Beschuldigte ist der alleinige Betreiber von <www.B.____.ch> und <www.C.____.de> und bestimmt insofern über den Inhalt dieser Webseiten. Von ihm ging der Entscheid aus, auch nach dem 1. Oktober 2017 Mitragynin-haltige Erzeugnisse über die jeweiligen Online Shops zum Kauf anzubieten und Abnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz per Postversand aus Deutschland zu beliefern.

- 29 -

E. 2.3.5

Die Verteidigung gibt an, ab Oktober 2017 habe der Beschuldigte im Impressum der Internetseite <www.B.____.ch> den S.____-Weg ..., ... [PLZ] [rec-te: ... [PLZ]] E.____ (DE), als Kontaktadresse angegeben (Urk. 13/25 Rz. 22; Urk. 41 Rz. 39). Diese Angabe konnte durch die polizeilichen Ermittlungen mittels The Wayback Machine nicht nachgewiesen werden und wurde auch von der Verteidigung nicht belegt. Selbst wenn der Beschuldigte diese Anpassung tatsächlich vorgenommen haben sollte, ist daraus – wie erwähnt – nicht zu schliessen, dass er die fraglichen Tathandlungen auch von dieser deutschen Adresse aus verübte. Vielmehr liegt nahe, dass der Beschuldigte auch nach der Änderung des Impressums beide Webseiten von seinem Wohnsitz in der Schweiz aus unterhielt. Dafür spricht insbesondere, dass die D.____ GmbH an der genannten Kontaktadresse eine Niederlassung betrieb. Der Beschuldigte bestätigte, dass er dort Lieferungen empfangen könne und ihm Räumlichkeiten zur Lagerung der empfangenen Ware zur Verfügung stehen würden (Urk. 3/1 F/A 46 f.; Prot. II S. 7). Er gab jedoch nicht an, an dieser Adresse ein Büro zu haben und von dort aus zu arbeiten. Hinzu kommt, dass er unter den Kontaktangaben von <www.B.____.ch> auch nach dem 1. Oktober 2017 seine Schweizer Telefonnummer (044 ...) aufführte. Schliesslich änderte der Beschuldigte die Kontaktadresse im Impressum dieser Webseite zu einem unbekanntem Zeitpunkt vor dem 11. August 2018 wieder zurück zu seiner Wohnadresse an der T.____-Strasse ... in

U._____. Folglich ist ohne unüberwindbare Zweifel davon auszugehen, dass der Beschuldigte jeweils von seinem Wohnsitz in der Schweiz aus handelte, als er über die Webseiten <www.B.____.ch> und <www.C.____.de> Produktangebote für Kratom veröffentlichte und Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz anbot, ihre Bestellungen per Post in die Schweiz zu versenden (vgl. Urk. 1/9 F/A 37).

E. 2.3.6

Der Beschuldigte hatte Kenntnis davon, dass Mitragynin seit dem 1. Oktober 2017 als Betäubungsmittel gilt und deshalb in der Schweiz verboten ist. Sodann wusste er, dass auch nach diesem Datum Bestellungen betreffend Mitragynin-haltige Produkte von Abnehmern mit Wohnsitz in der Schweiz über seine Webseiten <www.B.____.ch> und <www.C.____.de> aufgegeben werden konnten und von der D.____ GmbH verschickt wurden. Weiter wurde erstellt, dass der Beschuldigte während des Deliktszeitraums hierzulande eine Möglichkeit

- 30 - schaffen wollte zum Erwerb von Produkten, die den verbotenen Wirkstoff Mitragynin enthalten. Er handelte demnach direktvorsätzlich, womit der subjektive Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. f BetmG erfüllt ist.

E. 2.4

Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG (Veräussern)

E. 2.4.1

Im Zeitraum zwischen dem 7. November 2017 und dem 4. April 2018 liess der Beschuldigte über die Vertriebsgesellschaft D.____ GmbH mit Sitz in E.____ (DE) insgesamt 31, an Empfänger in der Schweiz adressierte Pakete verschicken, welche allesamt Kratom, d.h. Produkte mit dem verbotenen Wirkstoff Mitragynin enthielten. Diese Produkte hatten die Empfänger zuvor über die Online Shops der vom Beschuldigten betriebenen Webseiten <www.B.____.ch> und <www.C.____.de> bestellt. Die Bestellungen waren in der Folge automatisch über die Webseiten des Beschuldigten an die D.____ GmbH weitergeleitet worden mit dem Auftrag, den Versand der Kratomprodukte per Post an die jeweiligen Abnehmer in der Schweiz zu veranlassen. Damit gab der Beschuldigte seine Verfügungsmacht über die in den Räumlichkeiten der D.____ GmbH gelagerten Betäubungsmittel auf zwecks Übertragung auf die in der Schweiz wohnhaften Erwerber.

E. 2.4.2

Zunächst ist auf das Argument der Verteidigung einzugehen, wonach die jeweiligen Kaufverträge mit den Abnehmern nach deutschem Recht zustande gekommen seien (Urk. 13/25 Rz. 23; vgl. auch Urk. 41 Rz. 22). Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass unter dem Begriff "Veräussern" die Aufgabe der eigenen bisherigen Verfügungsmacht über Betäubungsmittel und deren Übertragung auf eine andere Person zu verstehen ist. Der Rechtsgrund ist dabei nicht massgebend (Urk. 32 S. 22). Folglich kann für die Beurteilung, wo eine Veräusserungshandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG begangen wurde, auch nicht relevant sein, welchem Recht das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft untersteht. Entscheidend ist allein, wo der Täter seine Verfügungsmacht über Betäubungsmittel aufgibt und diese auf jemand anderes überträgt. In Bezug auf den Einwand der Verteidigung, die Webseiten <www.B.____.ch> und <www.C.____.de> hätten beide ein deutsches Impressum aufgewiesen (Urk.

- 31 - 13/25 Rz. 22; Urk. 41 Rz. 15), kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (E. III.2.3.3. ff.).

E. 2.4.3

Die zentrale Frage ist vorliegend, mit welcher Handlung der Beschuldigte seine Verfügungsmacht aufgab und damit die Mitragynin-haltigen Produkte ver- äusserte. Die Anklage beschreibt als Tathandlung des Beschuldigten den Ver- sand der im Einzelnen aufgelisteten Paketsendungen über die D._____ GmbH an die jeweiligen Empfänger in der Schweiz. Es trifft zu, dass die Kratomprodukte in Deutschland verpackt und zum Versand auf die Post gebracht wurden (Urk. 13/25 Rz. 22; Urk. 41 Rz. 15, 22). Da der Beschuldigte allerdings nicht die tatsächliche Sachherrschaft über die anklagegegenständlichen Betäubungsmittel innehatte, tritt anstelle des eigenhändigen Versands die Einräumung der tatsächlichen Ver- fügungsgewalt über die Kratomprodukte an die D._____ GmbH zusammen mit der Anweisung, diese entsprechend den Bestellungen über <www.B._____.ch> oder <www.C._____.de> an die jeweiligen Abnehmer zu verschicken. So veran- lasste der Beschuldigte, dass ihm Lieferungen von Mitragyna speciosa u.a. an die Niederlassung der D._____ GmbH in E._____ (DE) zugestellt und nicht (mehr) in die Schweiz geliefert wurden (Urk. 4/11+12; Urk. 3/1 F/A 47 f.). Weiter sorgte er dafür, dass sämtliche Bestellungen, die zwischen dem 7. November 2017 und dem 4. April 2018 über die beiden Webseiten eingingen, automatisch an die D._____ GmbH weitergeleitet wurden. Schliesslich beauftragte er diese Gesell- schaft mit der Vornahme des Postversands von Kratomprodukten an Empfänger mit Wohnsitz in der Schweiz (Urk. 1/9 F/A 51; Urk. 3/1 F/A 46, 52, 65). Diese Vor- kehrungen traf der Beschuldigte von der Schweiz aus. Dem Einwand der Vertei- digung, wonach sich die tatbestandsmässigen Handlungen des Beschuldigten in Deutschland ereignet hätten, ist deshalb nicht zu folgen. Vielmehr kommt Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG vorliegend zur Anwendung. Der objektive Tatbestand dieser Bestimmung ist erfüllt.

E. 2.4.4

Der Beschuldigte wusste, dass Kratom bzw. der darin enthaltene Wirkstoff Mitragynin seit dem 1. Oktober 2017 als Betäubungsmittel gilt und deshalb in der Schweiz verboten ist. Trotzdem wollte er Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz Mitragynin-haltige Produkte, welche sie zuvor über seine Webseiten

- 32 - <www.B._____.ch> oder <www.C._____.de> bestellt hatten, verkaufen und ihnen mit dem postalischen Versand an ihren Wohnsitz durch die D._____ GmbH die Verfügungsmacht daran verschaffen. Damit ist auch der subjektive Tatbestand gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG erfüllt.

E. 2.4.5

Die Verteidigung macht geltend, der Beschuldigte sei davon ausgegangen, dass sein Verhalten aufgrund des deutschen Impressums seiner zwei Webseiten, der Lagerung von Kratom in den Räumlichkeiten der D._____ GmbH und des Versands von Bestellungen solcher Produkte ab Deutschland legal sei, weshalb er sich in einem Rechtsirrtum befunden habe (Urk. 13/25 Rz. 24).

E. 2.4.6

Ein Blick auf das Aussageverhalten des Beschuldigten zur Verknüpfung von <www.B._____.ch> und der D._____ GmbH lässt Zweifel daran aufkommen, ob er sich der

Rechtswidrigkeit seines Tuns tatsächlich nicht bewusst war. So behauptete er gegenüber der Kantonspolizei Zürich zunächst, dass es keinen Zusammenhang zwischen ihm bzw. <www.B.____.ch> und der D.____ GmbH gebe (Urk. 3/1 F/A 3, 44). Danach gefragt, weshalb in den sichergestellten Paket- sendungen der D.____ GmbH Kratomprodukte mit Etiketten von <www.B.____.ch> enthalten gewesen seien, erklärte der Beschuldigte, dies sei eine gute Frage. Er könne das so überhaupt nicht sagen (Urk. 1/9 F/A 49). Auf weitere Nachfrage gestand er dann ein, dass er sich Waren auf seinen Namen an die D.____ GmbH liefern lasse (Urk. 3/1 F/A 47 f.). Dort würden ihm Räume zur Verfügung stehen, wo er die Waren für den europäischen Markt eingelagert habe. Die Gesellschaft führe sodann Aufträge bzw. Bestellungen für ihn aus und verschicke die Waren ab Deutschland in die Schweiz (Urk. 1/9 F/A 51; Urk. 3/1 F/A 46, 52). Weiter verneinte der Beschuldigte zunächst die Frage, ob er über die D.____ GmbH weiterhin Kratom beziehe und es dann anderweitig in die Schweiz bringe. Er habe seit Oktober 2017 kein Kratom in die Schweiz eingeführt. Das sei ein Fakt. Es sei für ihn klar gewesen, dass über ihn kein Gramm dieser Substanz mehr in die Schweiz käme nach dem Verbot (Urk. 3/1 F/A 59; vgl. auch Urk. 1/9 F/A 26 f., 34). Kurz darauf räumte der Beschuldigte jedoch auf Nachfrage ein, dass es Lieferungen von Kratomprodukten in die Schweiz gegeben habe, die von der D.____ GmbH ausgeführt worden seien (Urk. 3/1 F/A 64; vgl. auch Urk. 1/9 - 33 - F/A 48 f., 51). Die Bestellungen seien jeweils bei <www.B.____.ch> eingegangen und durch das System verarbeitet worden. Dann sei ein Lieferschein bei der D.____ GmbH herausgekommen. Es sei richtig, dass die Gesellschaft die Bestellungen anschliessend direkt an die Endkunden in der Schweiz verschickt habe (Urk. 3/1 F/A 65 f.).

E. 2.4.7

Seine nachweislich falschen Aussagen deuten klar darauf hin, dass sich der Beschuldigte bewusst war, dass sein Verhalten möglicherweise strafrechtlich relevant sein könnte, und er erst in Kenntnis der Ermittlungsergebnisse seine Darstellung anzupassen versuchte. Wäre der Beschuldigte wirklich davon überzeugt gewesen, er verhalte sich rechtmässig, hätte er nicht derartige Falschaussagen und Ausflüchte deponieren müssen. Der Beschuldigte hatte zugestanden, dass Kratom bzw. der darin enthaltene Wirkstoff Mitragynin als illegale Droge gilt, welche nicht in die Schweiz verbracht werden darf (vgl. Urk. 1/9 F/A 15, 28; Urk. 3/1 F/A 59; Urk. 20 S. 8). Vor diesem Hintergrund erweist sich die Berufung auf einen Rechtsirrtum als klare Schutzbehauptung. Der Verteidigung ist somit nicht zu folgen, wenn sie geltend macht, der Beschuldigte habe sich in einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens befunden. Eine Anwendung von Art. 21 StGB fällt vorliegend ausser Betracht.

E. 2.5

Der Tatbestand des Einführens und Versendens von Betäubungsmitteln in die Schweiz gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Mit Verweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 32 S. 19 ff., 25 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO) ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit dem in der Anklage beschriebenen Verhalten die Tatbestände von Art. 19 Abs. 1 lit. c und lit. f BetmG erfüllt hat. Er ist folglich des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne dieser Bestimmungen schuldig zu sprechen.

- 34 - IV. Strafzumessung 1. Urteil der Vorinstanz / Parteianträge

E. 2.6

Im Übrigen ist der Sachverhalt gestützt auf die Zugeständnisse des Beschuldigten und das damit übereinstimmende Untersuchungsergebnis anklagegemäss erstellt. 3.

Beweiswürdigung / Sachverhaltserstellung Die Vorinstanz hat die relevanten Beweismittel sowie die Grundsätze zur Sachverhaltserstellung zutreffend dargelegt, weshalb auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. 32 S. 5 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 3

Am 4. August 2022 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 13. Dezember 2022 vorgeladen (Urk. 40). Anlässlich derselben hielt der Beschuldigte an den eingangs aufgeführten Anträgen gemäss seiner schriftlichen Berufungserklärung vom 27. April 2022 fest (Urk. 41 S. 2).

E. 3.1

Der Beschuldigte lässt beantragen, es sei ihm eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 18'981.95 für seine anwaltliche Verteidigung während des gesamten Verfahrens aus der Gerichtskasse zuzusprechen (Urk. 41 S. 2; vgl. auch Urk. 33 S. 2). Den Aufwand der Verteidigung sowie die entstandenen Barauslagen lässt er mit Honorarnoten vom 7. Oktober 2020, vom 9. September 2021 und vom 12. Dezember 2022 belegen (Urk. 13/27, Urk. 23 und Urk. 42). Die geltend gemachten Leistungen erscheinen der Schwierigkeit und Bedeutung des vorliegenden Falls sowie dem notwendigen Zeitaufwand für die gehörige Verteidigung

- 46 - des Beschuldigten gerade noch angemessen (§ 2 Abs. 1 lit. b-e AnwGebV, § 18 Abs. 1 und § 17 Abs. 1 AnwGebV). Obwohl es sich beim Wirkstoff Mitragynin um ein eher neuartiges und kaum bekanntes Betäubungsmittel handelt, erscheint der betriebene Aufwand der Verteidigung an der oberen Grenze dessen, was unter den gegebenen Umständen und in Anbetracht der Vorgaben gemäss § 18 Abs. 1 und § 17 Abs. 1 und 2 der Anwaltsgebührenverordnung angezeigt war.

E. 3.1.1

Anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme vom 5. März 2018 sagte der Beschuldigte aus, seit Oktober 2017 keine Kratomprodukte mehr über die Webseite <www.B.____.ch> zu verkaufen. Danach gefragt, weshalb er die Internetseite trotzdem nach wie vor betreibe, erklärte der Beschuldigte, dass darauf viele Informationen im Zusammenhang mit Kratom wiedergegeben würden, insbesondere zur Botanik und der strafrechtlichen Relevanz (Urk. 1/9 F/A 32 ff.). Auf die Frage, weshalb auf der Homepage <www.B.____.ch> neben den erwähnten Informationen auch noch die Versandpreise abrufbar seien, antwortete der Beschuldigte, das sei eine gute Frage. Er habe sich auch schon überlegt, ob er es abschalten solle. Er habe ja kommuniziert, dass sich die Gesetzeslage geändert habe. Die Lieferkosten seien einfach drauf geblieben, aber eigentlich bräuchte es das gar nicht mehr (Urk. 1/9 F/A 50).

- 9 -

E. 3.1.2

Am 19. September 2018 wiederholte der Beschuldigte gegenüber der Kantonspolizei Zürich, dass er Kratom nach der Listung als Betäubungsmittel nicht mehr über die Webseite <www.B.____.ch> in der Schweiz angeboten habe. Die potentiellen Abnehmer seien mit einem ausdrücklichen Hinweis darauf aufmerksam gemacht worden, dass diese Substanz

in der Schweiz inzwischen verboten sei und deren Lieferung aus Deutschland auf eigenes Risiko erfolge (Urk. 3/1 F/A 7, 69).

E. 3.1.3

Anlässlich der ersten Hauptverhandlung vom 8. Oktober 2020 betonte der Beschuldigte erneut, dass er ab Oktober 2017 keine Kratomprodukte, welche den verbotenen Wirkstoff Mitragynin enthielten, über <www.B.____.ch> angeboten habe. Vielmehr habe er ab diesem Zeitpunkt auf seiner Webseite darüber informiert, dass Kratom in der Schweiz verboten sei. Neu sagte der Beschuldigte aus, dass er darüber hinaus auch per E-Mail an diejenigen Kunden gelangt sei, welche nach der Listung von Mitragynin als Betäubungsmittel noch Bestellungen von Kratom offen gehabt oder über <www.B.____.ch> aufgegeben hätten. Gewisse Bestellungen der verbotenen Substanz habe er sogar storniert. Schliesslich ergänzte der Beschuldigte, dass er neben der Information sämtlicher Kunden auch Konkurrenten im Vertrieb von Kratom per E-Mail oder telefonisch über die geänderte Gesetzeslage in der Schweiz aufgeklärt habe. Insgesamt habe er das sehr stark und proaktiv kommuniziert (Urk. 13/24 S. 5 ff.).

E. 3.1.4

Am zweiten Verhandlungstermin vom 9. September 2021 hielt der Beschuldigte an seinen bisherigen Aussagen fest, wonach im Oktober 2017 auf der Webseite <www.B.____.ch> ein Hinweis aufgeschaltet worden sei, dass Kratom in der Schweiz als Betäubungsmittel gelte und entsprechende Produkte deshalb nicht mehr länger angeboten würden. Zudem wiederholte er gegenüber der Vorinstanz, dass er gleichzeitig auch alle anderen Anbieter von Kratom in der Schweiz über die Gesetzesänderung informiert habe (Urk. 20 S. 7 f.). Auf die Stornierung offener Bestellungen von Mitragynin-haltigem Kratom und die E-Mails, welche an alle Kunden verschickt worden seien zwecks Aufklärung über die Gesetzesänderung in der Schweiz, kam der Beschuldigte hingegen nicht zurück.

- 10 -

E. 3.1.5

Anlässlich der Berufungsverhandlung konnte der Beschuldigte keine sachdienlichen Angaben mehr machen. Er betonte einzig, es könne nicht sein, dass Abnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz über die Webseite mit der .ch-Domain hätten Kratomprodukte bestellen können (Prot. II S. 13 f.).

E. 3.1.6

Abgesehen von seiner Kernaussage betreffend das "Aufschalten" eines Hinweises über das Verbot von Kratom in der Schweiz auf <www.B.____.ch> und das zeitgleiche "Abschalten" von entsprechenden Produktangeboten auf dieser Internetseite (vgl. Urk. 20 S. 8) erweist sich die Darstellung des Beschuldigten als inkonstant. So wies er einzig bei seiner Befragung anlässlich der ersten Hauptverhandlung vom 8. Oktober 2020 darauf hin, er habe sich per E-Mail an diejenigen Kunden gewendet, welche nach der Listung von Mitragynin als Betäubungsmittel noch Bestellungen von Kratom offen gehabt oder über <www.B.____.ch> aufgegeben hätten. Auch die Aussage, er habe Bestellungen betreffend Kratomprodukte storniert, erfolgte einzig im Rahmen dieser Verhandlung. Seine Verteidigung reichte in diesem Zusammenhang eine E-Mailnachricht ein, welche als Beleg für die Angaben des Beschuldigten dienen sollte (Urk. 13/26/1). Diese richtet sich im Text zwar an die "Besteller" und weist darauf hin, dass der Verkauf von Kratomprodukten in der

Schweiz nicht mehr zulässig sei, nachdem die zwei Hauptwirkstoffe, darunter Mitragynin, per Oktober 2017 auf die Liste der verbotenen Substanzen gesetzt worden und deshalb gemäss Betäubungsmittelgesetz illegal seien. Weiter wird mitgeteilt, dass alle offenen Bestellungen per sofort storniert würden. Allerdings handelt es sich bei dieser E-Mail vom 30. Oktober 2017 bloss um eine weitergeleitete Nachricht des Absenders <kratom@B.____.ch>, aus welcher nicht hervorgeht, ob und an wen diese tatsächlich verschickt wurde. Evident ist einzig, dass eine allfällige Antwort an den Absender <kratom@B.____.ch> erfolgen soll. Der eingereichte Ausdruck dieser E-Mail vermag die Aussagen des Beschuldigten deshalb nicht zu belegen. In Bezug auf die behauptete Stornierung von Bestellungen ist weiter darauf hinzuweisen, dass keiner der befragten Kunden (vgl. Urk. 2/1-25; Urk. 2/27) aussagte, sein Auftrag sei durch den Kundendienst von <www.B.____.ch> storniert worden. Aktenkundig ist lediglich eine Stornierung, welche jedoch vom Kunden G.____ ausging (Urk. 2/10/2 F/A 6, 8; vgl. nachfolgend E. II.3.1.10.).

- 11 -

E. 3.1.7

Zur wiederholten Aussage des Beschuldigten, er habe ab Oktober 2017 einen deutlichen Warnhinweis zur geänderten Gesetzeslage betreffend Mitragynin auf <www.B.____.ch> aufgeschaltet, ergaben die polizeilichen Ermittlungen mittels The Wayback Machine, dass am 5. Oktober 2017 noch kein solcher Hinweis angezeigt wurde. Erst auf dem Snapshot der Webseite vom 18. Dezember 2017 lässt sich ein solcher Hinweis finden, welcher ab dann aber konstant aufgeschaltet war. Dieser lautete wie folgt: "Kratom in der Schweiz: Kratom ist per Oktober 2017 in der Schweiz nicht mehr legal erhältlich. Die zwei Hauptwirkstoffe Mitragynin und 7-Hydroxymitragynin stehen auf der Liste der Betäubungsmittelverordnung und sind somit verboten. Was ist zu beachten: Der Handel, Besitz und Konsum ist somit strafbar und grundsätzlich gleich gesetzt mit anderen Drogen wie Kokain oder Cannabis. [...]" (Urk. 6/8 S. 2 ff.). Die ausgewerteten Snapshots vom 5. Oktober 2017, 18. Dezember 2017, 2. Januar 2018 etc. zeigen jedoch nicht an, wie häufig die Internetseite <www.B.____.ch> tatsächlich aktualisiert wurde, sondern nur, wann sie von The Wayback Machine "gecrawlt" wurde, d.h. besucht, indexiert und zwecks digitaler Archivierung abgespeichert (<https://web.archive.org/web/20171101000000*/www.B.____.ch>, zuletzt besucht am 21.11.2022). Aus diesem Grund sind weiter die Aussagen derjenigen Abnehmer zu würdigen, welche im Zeitraum zwischen anfangs November 2017 und Ende Dezember 2017 Bestellungen von Kratomprodukten über <www.B.____.ch> auslösten.

E. 3.1.8

Die Vorinstanz hat die relevanten Depositionen korrekt dargelegt, worauf verwiesen werden kann (Urk. 32 S. 16 f.). Indessen gilt es zu beachten, dass die Aussagen der Abnehmer nicht zulasten des Beschuldigten verwertbar sind, da seine Teilnahmerechte nicht gewahrt wurden (Art. 147 Abs. 4 StPO). H.____, I.____ und J.____ gaben jedoch zugunsten des Beschuldigten an, sie hätten bei der Aufgabe ihrer Bestellung bzw. kurze Zeit danach den erwähnten Warnhinweis auf der Webseite <www.B.____.ch> gesehen (Urk. 2/19/2 Rz. 22 ff., 38 ff., 47, 106 ff.; Urk. 2/20/2 Rz. 44 ff.; Urk. 2/22/2 Rz. 78 ff., 96 ff.). Anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme erklärte H.____, er habe am 14. November 2017 eine

- 12 - grössere Menge Kratom über <www.B.____.ch> bestellt und an seine Schweizer Wohnadresse liefern lassen (Urk. 2/22/2 Rz. 24 ff., 90 f.). Danach gefragt, ob er damals gewusst habe, dass Kratom seit dem 1. Oktober 2017 in der Schweiz verboten sei, führte H.____ aus, dass er bei der Bestellung dieser Ware einen Vermerk gelesen habe, wonach es sich dabei nun um illegale Substanzen handeln würde. Vorher habe er nie einen entsprechenden Hinweis auf dieser Homepage gesehen (Urk. 2/22/2 Rz. 78 ff., 96 ff.). Zugunsten des Beschuldigten ist deshalb davon auszugehen, dass er die Information über die geänderte Gesetzeslage betreffend Mitragynin zu einem unbekanntem Zeitpunkt zwischen dem 6. Oktober 2017 und dem 13. November 2017 auf <www.B.____.ch> veröffentlichte, die Internetseite jedoch erst am 18. Dezember 2017 wieder von The Wayback Machine "gecrawlt" wurde.

E. 3.1.9

Der Beschuldigte kann aber aus dem vorstehend zitierten Hinweis ohnehin nichts Entlastendes für sich ableiten, da aufgrund der unbestrittenen Bestellung von K.____ mit Lieferdatum vom 23. Januar 2018 (vgl. Urk. 2/4/4) feststeht, dass er jedenfalls bis dahin noch Kratomprodukte über die Webseite <www.B.____.ch> an Abnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz anbot. Über die Webseite mit der .de-Domain wurden ebenfalls nach dem 1. Oktober 2017 noch Kratomprodukte und deren Versand in die Schweiz angeboten. Auf diese Weise konnte L.____ am 14. März 2018 über <www.C.____.de> eine entsprechende Bestellung samt Lieferung an seinen Schweizer Wohnsitz aufgeben (Urk. 2/9/4). Damit ist die Aussage des Beschuldigten widerlegt, er habe seit Oktober 2017, als Mitragynin hierzulande als Betäubungsmittel klassifiziert worden sei, keine Kratomprodukte mehr über die Webseite <www.B.____.ch> zum Kauf angeboten. Der objektive Sachverhalt ist anklagegemäss erstellt.

E. 3.1.10

In Bezug auf die Frage, ob der Beschuldigte wusste, dass er auch nach dem 1. Oktober 2018 Mitragynin-haltige Produkte in der Schweiz zum Kauf anbot, ist auf die Bestellung von G.____ hinzuweisen. Dieser bestellte am 21. November 2017 über <www.B.____.ch> eine kleinere Menge Kratom, welche er sich an seine Schweizer Wohnadresse liefern lassen wollte, was vom Beschuldigten nicht bestritten wird (Urk. 2/10/4; Urk. 3/1 F/A 81 f.). Dass G.____ diese Bestellung

- 13 - am 21. November 2021 mit der Begründung wieder stornierte, er habe zu spät herausgefunden, dass der Besitz und Konsum von Kratom in der Schweiz verboten sei, geht aus seinem E-Mailverkehr mit dem Beschuldigten hervor (Urk. 2/10/5). Dieser Korrespondenz ist auch zu entnehmen, dass der Beschuldigte die Stornierung bestätigte. Spätestens seit der E-Mail von G.____ vom 21. November 2017, die der Beschuldigte tags darauf persönlich beantwortete, musste diesem bewusst sein, dass über die Webseite <www.B.____.ch> immer noch Kratomprodukte zum Kauf angeboten wurden und von Kunden in der Schweiz bestellt werden konnten. Nachdem sich G.____ mit E-Mails vom 23. November 2017 und 3. Januar 2018 erneut beim Beschuldigten meldete und darauf hinwies, dass das bestellte Kratom trotz der bestätigten Stornierung an ihn versandt worden sei, musste dieser sodann davon Kenntnis haben, dass die D.____ GmbH nach wie vor Bestellungen von Mitragynin-haltigen Produkten, welche über die Webseite mit der .ch-Domain eingegangen waren, in seinem Namen abwickelte und an Abnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz verschickte. Es ist nicht glaubhaft, wenn der Beschuldigte angibt,

er habe keine Kenntnis gehabt von den übrigen Bestellungen, die ebenfalls in seinem Namen und Auftrag von der D._____ GmbH entgegengenommen und an die Schweizer Kunden verschickt worden waren (Urk. 3/1 F/A 66 ff.). Auch wenn der Bestellungsprozess weitgehend automatisch ablief (vgl. Urk. 3/1 F/A 52, 65), gingen die Kundenaufträge über die Webseite <www.B._____.ch> ein, deren alleiniger Betreiber der Beschuldigte war. Die abgewickelten Bestellungen musste er jeweils zeitnah überprüfen, um sicherzustellen, dass die entsprechenden Zahlungen der Erwerber (entweder per Vorkasse oder auf Rechnung) auf seinem Konto eingingen. Durch regelmässige Kontrollen der verarbeiteten Aufträge musste der Beschuldigte zudem gewährleisten, dass er stets über genügend Kratomprodukte verfügte bzw. rechtzeitig nachbestellen konnte, um den neu eingehenden Bestellungen nachkommen zu können. Aus diesen Gründen musste der Beschuldigte auch Kenntnis haben von den weiteren Bestellungen, welche über die Internetseite <www.B._____.ch> eingingen und er über die D._____ GmbH an Empfängeradressen in der Schweiz versenden liess.

- 14 -

E. 3.1.11

Hinsichtlich der Willenskomponente ist festzuhalten, dass der Beschuldigte entgegen seiner Zusicherung das Angebot im Online Shop von <www.B._____.ch> nicht anpasste, sondern auch nach dem 1. Oktober 2017 noch diverse Mitragynin-haltige Produkte für Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz zum Kauf anbot. Wäre es anders, hätten die in der Anklageschrift aufgeführten Abnehmer nicht die durch das Zollinspektorat schliesslich abgefangenen Kratomprodukte bestellen und sich in die Schweiz liefern lassen können. Daraus wird der Wille des Beschuldigten deutlich, hierzulande eine Möglichkeit zum Erwerb von Produkten zu schaffen, die den verbotenen Wirkstoff Mitragynin enthalten. Daran ändert auch der vorstehend zitierte Hinweis des Beschuldigten nichts, den er zu einem unbekanntem Zeitpunkt zwischen dem 6. Oktober 2017 und dem 13. November 2017 auf seiner Webseite <www.B._____.ch> aufschaltete, da er seine potentiellen Abnehmer zugleich darauf aufmerksam machte: "Lieferungen nicht mehr direkt ab der Schweiz möglich – Versand ab Deutschland oder Abholung an der Grenze" (Urk. 6/8 S. 2 f.). Hätte der Beschuldigte tatsächlich seit Oktober 2017 keine Kratomprodukte mehr in der Schweiz zum Kauf anbieten wollen, so wie er es geltend macht, wäre ein solcher Hinweis betreffend die Versandoptionen für Bestellungen von in der Schweiz ansässigen Personen nicht erforderlich gewesen. Damit ist auch der subjektive Sachverhalt anklagegemäss erstellt.

E. 3.2

Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen, so hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass eine Kostenaufgabe nach Art. 426 Abs. 1 und 2 StPO in der Regel einen Anspruch auf Entschädigung ausschliesst. Die Entschädigungsfrage ist nach der Kostenfrage zu beantworten. Insofern präjudiziert der Kostenentscheid die Entschädigungsfrage. Es gilt folglich der Grundsatz, dass bei Auferlegung der Kosten keine Entschädigung oder Genugtuung auszurichten ist, während bei Übernahme der Kosten durch die Staatskasse die beschuldigte Person Anspruch auf Entschädigung hat. Bei nur teilweiser Kostenaufgabe ist dem Beschuldigten eine im

entsprechenden Umfang reduzierte Entschädigung zuzusprechen (BGE 137 IV 352, E. 2.4.2; BGer 6B_84/2020 vom 22. Juni 2020, E. 2.4).

E. 3.2.1

Anlässlich der Hausdurchsuchung, welche die Kantonspolizei Zürich am 5. Juli 2018 am Firmensitz der F._____ AG durchführte, wurde diverses Pflanzenmaterial in pulverisierter Form sichergestellt (Urk. 4/4; Urk. 4/10). Eine Betäubungsmittel-Voruntersuchung durch das Forensische Institut Zürich (nachfolgend FOR) ergab, dass diejenigen Pulver, welche mit Kayal, Kayal Red, Kayal Green und Blou lotus beschriftet waren, den in der Schweiz verbotenen Wirkstoff Mitragynin enthielten (Urk. 5/2). Die weiteren labortechnischen Untersuchungen des FOR bestätigten dieses Ergebnis (Urk. 5/5; Urk. 5/11).

E. 3.2.2

Der Beschuldigte bestreitet, dass es sich bei den sichergestellten Substanzen um Kratom handelt, wie es ihm in der Anklageschrift vorgeworfen wird. Er stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, dass die mit Kayal bzw. Lotus beschrifteten

- 15 - ten Pulver aus *Mitragyna hirsuta* bestehen und – allenfalls bei der Herstellung – mit Kratom verunreinigt wurden. Die Grundsubstanz könne es auf keinen Fall sein (Urk. 3/1 F/A 18, 22; Urk. 13/24 S. 9 f.; Urk. 3/4 F/A 8; Urk. 20 S. 5; Prot. II S. 12 f.; vgl. auch Urk. 13/25 Rz. 26). Nachfolgend ist zu prüfen, ob die pflanzlichen Pulver, worin der verbotene Wirkstoff Mitragynin nachgewiesen werden konnte, als Kratom zu qualifizieren sind.

E. 3.2.3

Im Gutachten des FOR vom 1. Februar 2021 wird festgehalten, dass der Nachweis von Mitragynin vollauf ausreiche, um festzustellen, dass es sich bei den untersuchten Stoffen um Kratom handle, da Kratom (*Mitragyna speciosa*) die einzige bekannte Pflanzenart sei, die diesen verbotenen Wirkstoff enthalte (Urk. 5/11 S. 7). Der Beschuldigte bestreitet diese Aussage (Urk. 21 Rz. 11; Prot. II S. 10 f.; vgl. auch Urk. 41 Rz. 33), ohne jedoch zu belegen, dass der Wirkstoff Mitragynin nachgewiesenermassen auch in anderen Pflanzen vorkommt. Derartige Erkenntnisse sind – soweit ersichtlich – nicht bekannt geworden. Auch das European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction hält fest, dass die wichtigsten psychoaktiven Komponenten von Kratom, d.h. Mitragynin und 7-Hydroxymitragynin, ausschliesslich in *Mitragyna speciosa* vorkommen (https://www.emcdda.europa.eu/publications/drug-profiles/kratom_de), zuletzt besucht am 17.11.2022). Der Einwand des Beschuldigten bzw. seiner Verteidigung ist ohnehin nur wenig zielführend, da allein die Wirkstoffe Mitragynin und 7-Hydroxymitragynin in der Schweiz als Betäubungsmittel klassifiziert sind, nicht aber die Pflanze, welche diese Stoffe enthält. Wie bereits erwähnt, stellt der Beschuldigte nicht in Abrede, dass in den vier pflanzlichen Pulvern Kayal, Kayal Red, Kayal Green und Blou lotus der verbotene Wirkstoff Mitragynin nachgewiesen werden konnte (Urk. 3/1 F/A 18; Urk. 13/24 S. 8; Urk. 13/25 Rz. 26; Urk. 41 Rz. 25). Selbst wenn es eine andere Pflanzenart gäbe, die Mitragynin enthielte und es sich bei den untersuchten Substanzen um Produkte genau dieser (unbekannten) Pflanze handelte, ändert dies nichts daran, dass am Firmensitz der F._____ AG Substanzen sichergestellt wurden, welche diesen verbotenen Wirkstoff enthielten, so wie es in der Anklage beschrieben ist.

- 16 -

E. 3.2.4

Wie erwähnt, bringt der Beschuldigte weiter vor, dass vom Nachweis von Mitragynin nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden könne, das untersuchte Pflanzenmaterial bestehe vollständig aus Kratom. Möglich wäre auch, dass es sich um eine andere Grundsubstanz handle, die durch Kratom bzw. den darin enthaltenen Wirkstoff Mitragynin kontaminiert worden sei (Urk. 13/24 S. 9 f.; Urk. 13/25 Rz. 26; Urk. 41 Rz. 32; Prot. II S. 13). Das Gutachten hält zu diesem Vorbringen fest, dass Mischungen aus Kratom und anderen Stoffen grundsätzlich möglich seien. Die durchgeführten Untersuchungen – insbesondere der Vergleich mit Rückstellmustern – hätten allerdings keine Hinweise darauf ergeben, dass die als Kayal und Lotus bezeichneten Pulver andere Bestandteile als das Mitragynin-haltige Kratom aufweisen. Zudem würden die ausgewerteten Substanzen neben Mitragynin auch die für Kratom typischen Begleitalkaloide wie zum Beispiel Panyanthin enthalten. Zwar habe der Gehalt an Mitragynin in den Proben mangels zertifiziertem Referenzmaterial nicht bestimmt werden können. Vergleichende Untersuchungen mit Rückstellmustern von Kratom hätten jedoch vergleichbare Anteile an Mitragynin und dessen Begleitalkaloiden ergeben (Urk. 5/11 S. 5 f.). Dagegen wendet der Beschuldigte ein, dass der Vergleich zu sogenannten Rückstellmustern weder überprüfbar noch an irgendwelchen Standards messbar sei. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das FOR, welches feststelle, wie eine Substanz zusammengesetzt sei und ob diese als Betäubungsmittel qualifiziere, nicht über zertifiziertes Referenzmaterial für gewisse Stoffe wie zum Beispiel Kratom verfüge. Weiter kritisiert der Beschuldigte, dass mangels zertifiziertem Referenzmaterial nicht habe bestimmt werden können, wieviel Mitragynin in den untersuchten Pulvern enthalten sei. Wenn aber nicht gesagt werden könne, wie hoch der Mitragynin-Gehalt im fraglichen Material sei, könne nach dem Grundsatz der Logik auch nicht darauf geschlossen werden, ob lediglich eine Verunreinigung durch diesen Wirkstoff vorliege oder nicht (Urk. 3/4 F/A 8; Urk. 20 S. 5; Urk. 21 Rz. 8 ff.; Urk. 41 Rz. 28 ff.; Prot. II S. 12 f.).

E. 3.2.5

Es trifft zu, dass das FOR lediglich feststellte, dass die untersuchten Pulver Mitragynin enthalten, ohne jedoch den exakten Gehalt dieses verbotenen Wirkstoffs zu bestimmen. Es erstaunt, dass zum Zeitpunkt der Erstattung des Gutachtens, d.h. rund 3 ½ Jahre nach der Listung von Mitragynin als Betäubungsmittel,

- 17 - kein zertifiziertes Referenzmaterial vorlag, welches den Nachweis der genauen Mitragynin-Konzentration in den als Kayal und Lotus bezeichneten Substanzen ermöglichte. Für eine vergleichende Untersuchung standen dem Sachverständigen lediglich Rückstellmuster von *Mitragyna speciosa* und *Mitragyna hirsuta* zur Verfügung (Urk. 5/11 S. 5). Aus den nachfolgenden Gründen erübrigt es sich jedoch, beim FOR nachzufragen, ob inzwischen zertifiziertes Referenzmaterial vorliegt, und allenfalls ein ergänzendes Gutachten in Auftrag zu geben zwecks Bestimmung des Mitragynin-Gehalts in den sichergestellten Substanzen. Der Beschuldigte verkennt, dass – unabhängig von einer vergleichenden Untersuchung mit Kratom-Rückstellmustern – mittels Gaschromatographie-Massenspektrometrie (GC-MS) nachgewiesen wurde, dass die vier Pulver sowohl Mitragynin als auch die für Kratom typischen Begleitalkaloide enthalten. Mit demselben Prüfverfahren und unabhängig von einem Vergleich mit Rückstellmustern konnte zudem festgestellt werden, dass das untersuchte Material keine andere Grundsubstanz oder Bestandteile enthält als das Mitragynin-haltige Kratom (Urk. 5/11 S. 5 f.). Der Beschuldigte sagte anlässlich der Verhandlung vom 8. Oktober 2020 selbst aus,

dass *Mitragyna hirsuta* zwar ähnliche Wirkungen wie Kratom entfalte, jedoch ganz andere Komponenten beinhalte (Urk. 13/24 S. 9). Nachdem kein Inhaltsstoff von *Hirsuta* in den sichergestellten Pulvern nachgewiesen werden konnte, sondern die Auswertung vielmehr ergab, dass die Substanzen neben Mitragynin auch die für Kratom typischen Begleitalkaloide enthalten, liegt die gutachterliche Schlussfolgerung nahe, dass es sich dabei (ausschliesslich) um Kratom (*Mitragyna speciosa*) handelt. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Sachverständige zur Verifizierung seines Untersuchungsergebnisses einen Vergleich mit Kratom- und *Hirsuta*-Rückstellmustern vornahm. So konnte er einerseits überprüfen, ob die ausgewertete Konzentration von Mitragynin und dessen Begleitalkaloiden für Kratom typisch ist. Andererseits konnte er abgleichen, ob die untersuchten Pulver einen anderen Wirkstoff als das Mitragynin-haltige Kratom als Grundsubstanz oder Bestandteil enthalten. Die abschliessende Feststellung, wonach es sich nicht um eine andere Grundsubstanz handelt, die lediglich mit Kratom bzw. dessen Wirkstoff Mitragynin verunreinigt wurde, ist nach dem Gesagten nachvollziehbar und schlüssig. Von ei-

- 18 - ner vergleichenden Untersuchung mit zertifiziertem Referenzmaterial wären keine abweichenden Erkenntnisse zu erwarten, selbst wenn dadurch der exakte Mitragynin-Gehalt in den Pulvern nachgewiesen werden könnte.

E. 3.2.6

Die Verteidigung beanstandet weiter, dass nicht klar sei, was mit "die durchgeführten Untersuchungen" (vgl. Urk. 5/11 S. 5 f. jeweils Antwort d) gemeint sei. Es könne nicht nachvollzogen werden, was genau und wie durch das FOR untersucht worden sei (Urk. 21 Rz. 10). Diesem Einwand ist mit Verweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz nicht zu folgen (Urk. 32 S. 9; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 3.2.7

Schliesslich stellt die Verteidigung die Fachkompetenz des Sachverständigen in Frage, welcher unter Hinweis auf eine Abhandlung von Ruri Kikura-Hanajiri et al. festhält, dass getrocknete Kratomblätter 1–6 % Mitragynin enthalten (Urk. 5/11 S. 6). Die Verteidigung kritisiert, dass in der erwähnten Abhandlung eindeutig von Kratom-Produkten ("the content of mitragynine in the products ranged from 1–6 %") und nicht von Laub die Rede sei. Dies sei ein beachtlicher Unterschied (Urk. 21 Rz. 12 f.; Urk. 22/1; Urk. 24/1; Urk. 41 Rz. 27). Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, trifft dieser Einwand zu. Allerdings kann die Verteidigung aus diesem (Schreib-)Fehler des Sachverständigen nichts für den Beschuldigten ableiten, da der angegebenen Quelle, d.h. dem Aufsatz von Ruri Kikura-Hanajiri et al. entnommen werden kann, welche der untersuchten Kratomprodukte welche Mitragynin-Gehalte aufwiesen. In Bezug auf pulverisiertes Kratom ("Powder") bewegte sich die Mitragynin-Konzentration zwischen 1.9 % und

E. 3.2.8

Nachdem auf die Schlussfolgerungen im Gutachten vom 1. Februar 2021 vollumfänglich abgestellt werden kann, ist der Anklagesachverhalt in objektiver Hinsicht erstellt.

E. 3.2.9

In Bezug auf den subjektiven Sachverhalt macht die Verteidigung geltend, der Beschuldigte habe sich über die Eigenschaften der sichergestellten Substanzen geirrt. Er sei davon überzeugt gewesen, dass es sich bei den pflanzlichen Pulvern um *Hirsuta* gehandelt habe

(Urk. 13/25 Rz. 32; Urk. 41 Rz. 35).

E. 3.2.10

Mit den Ergebnissen der labortechnischen Untersuchungen des FOR konfrontiert, sagte der Beschuldigte wiederholt aus, er sei extrem überrascht. Die betroffenen Pulver habe er in verschweissten Säckchen vom Hersteller in Indonesien bekommen. Dabei handle es sich um Hirsuta, worin – im Gegensatz zu Kratom – gemäss aktuellem Wissensstand und diversen Abhandlungen keine

- 20 - Spur von Mitragynin enthalten sei. Sollte in diesen vier Proben dennoch Mitragynin nachgewiesen werden können, dann habe er dies nicht gewusst, sondern sei von seinem Lieferanten in Indonesien beschissen worden. Er sei schockiert und habe null Ahnung gehabt, dass es von der verbotenen Substanz etwas drin haben könnte. Er habe Hirsuta bestellt und keinesfalls Kratom geliefert haben wollen (Urk. 3/1 F/A 18, 22; Urk. 13/24 S. 8 f.; Prot. II S. 13 f.). Danach gefragt, wer der indonesische Lieferant dieser Stoffe gewesen sei, erklärte der Beschuldigte anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme vom 19. September 2018, er könne den Namen nicht auswendig wiedergeben, da dieser kompliziert sei (Urk. 3/1 F/A 20). Auf den Zeitpunkt angesprochen, wann er seine Bestellung in Indonesien aufgegeben und anschliessend in der Schweiz in Empfang genommen habe, sagte der Beschuldigte aus, er wisse es nicht mehr. Dies müsse irgendwann im Frühling 2018 gewesen sein (Urk. 3/1 F/A 21 f.). Die ursprünglich bestellte Menge Hirsuta bezifferte der Beschuldigte mit 20 Kilogramm, erklärte jedoch, er könne es nicht mehr genau sagen (Urk. 3/1 F/A 23). Auf die Frage, wo die Restmenge, d.h. die Differenz zu den sichergestellten 5628 Gramm Mitragynin-haltigen Substanzen sei, antwortete der Beschuldigte, diese sei weg. Er könne und wolle nicht mehr dazu sagen. Die Restmenge stehe jedenfalls nicht mehr in seinem Besitz. Er habe diese aber nicht verkauft (Urk. 3/1 F/A 24 ff.).

E. 3.2.11

Im Nachgang zu dieser Einvernahme reichte die Verteidigung zunächst eine Rechnung der M. _____ an die D. _____ GmbH vom 11. November 2017 betreffend 20 Kilogramm Hirsuta Leaf Powder ein (Urk. 7/3). Weiter reichte sie ein Zollformular vom 12. März 2018 bezüglich einer Hirsuta-Lieferung der M1. _____ GROUP an den Beschuldigten bzw. eine "Grenzpaket"-Adresse in Österreich zu den Akten (Urk. 7/4). Entgegen der Verteidigung vermögen diese Unterlagen jedoch die vorstehenden Schilderungen des Beschuldigten nicht zu belegen (vgl. Urk. 7/2 Rz. 1). Zunächst ist festzuhalten, dass weder die Rechnung noch das Zollformular als Empfängerin des Hirsuta die F. _____ AG mit Sitz in der Schweiz auführen. Auch die weiteren aktenkundigen Hirsuta-Bestellungen des Beschuldigten wurden nicht an die F. _____ AG in die Schweiz geliefert, sondern an die N. _____ LTD mit Sitz in den Niederlanden (Urk. 4/11 S. 5-6). Unklar ist, ob das aus Indonesien bestellte Hirsuta anschliessend von den ausländischen Empfän-

- 21 - geradresses in die Räumlichkeiten der F. _____ AG in O. _____ verbracht wurde. Dort konnte zwar ein Kilogramm pflanzliches Pulver mit der Aufschrift Mitragyna hirsuta sichergestellt werden, worin kein Mitragynin enthalten war. Daraus kann jedoch nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass auch die Mitragynin-haltigen Substanzen, welche am Sitz der F. _____ AG gefunden wurden, ursprünglich Bestandteil einer grösseren Lieferung von Hirsuta waren. So sind die entsprechenden Pulver gerade nicht mit Mitragyna hirsuta (oder einer vergleichbaren Bezeichnung) beschriftet, sondern mit Kayal und Lotus.

E. 3.2.12

Die Verteidigung möchte sodann mit Screenshots von zwei WhatsApp- Chatverläufen aufzeigen, dass der Beschuldigte jeweils reines, ungemischtes und vor allem Kratom-freies Hirsuta bestellt und sich durch explizites Nachfragen bei seinem Lieferanten darüber versichert habe (Urk. 7/2 Rz. 2; Urk. 7/5). Allerdings lässt sich den eingereichten Chat-Ausschnitten nicht entnehmen, wer am 20. März 2018 sowie am 27. Mai [Jahr unbekannt] mit wem in Kontakt stand. Soll- te es sich tatsächlich um eine Konversation zwischen dem Beschuldigten und ei- nem seiner Lieferanten aus Indonesien handeln, stellt sich zunächst die Frage, welcher Anbieter von Hirsuta mit dem Beschuldigten kommunizierte. Sodann ist unklar, auf welche Lieferung sich insbesondere die Nachricht vom 27. Mai [Jahr unbekannt] bezieht. Der Beschuldigte bestellte nämlich zwischen November 2017 und Mai 2018 mehrmals Hirsuta aus Indonesien und zwar von unterschiedlichen Lieferanten: – Rechnung der M._____ vom 11. November 2017 betreffend Hirsuta Leaf Powder (Urk. 7/3) – Rechnung der P._____ vom 15. Januar 2018 betreffend *Mitragyna hirsuta* Leaf Powder (Urk. 4/11 S. 5) – Zollformular vom 12. März 2018 betreffend Lieferung von Hirsuta der M1._____ GROUP (Urk. 7/4) – Rechnung der Q._____ vom 5. April 2018 betreffend Hirsuta Leaf Powder (Urk. 4/12 S. 7) Weiter ist festzuhalten, dass in den eingereichten WhatsApp-Nachrichten nie die Rede ist von Substanzen mit den Bezeichnungen Kayal oder Lotus. Gleiches gilt für den E-Mailverkehr zwischen dem Beschuldigten und einem R._____ vom

- 22 - 5. Juli 2018, den die Verteidigung anlässlich der Verhandlung vom 8. Oktober 2020 einreichte (Urk. 13/26/2). Nach dem Gesagten bestehen keine Hinweise da- für, dass der Beschuldigte davon ausgehen durfte, es müsse sich bei den Mit- ragynin-haltigen Pulvern, die am Firmensitz der F._____ AG gefunden wurden, um Hirsuta handeln, andernfalls er von seinem Lieferanten aus Indonesien betro- gen worden sei. Es kann daher mit rechtsgenügender Sicherheit ausgeschlossen werden, dass der Beschuldigte sich über die Eigenschaften der als Kayal und Lo- tus bezeichneten Pulver irrte und fälschlicherweise davon ausging, es handle sich um Hirsuta.

E. 3.2.13

Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Beschuldigte wissentlich und willentlich im Besitz von 5628 Gramm Mitragynin-haltigem Kratom war oder dies zumindest in Kauf nahm.

E. 3.2.14

Anlässlich der ersten Hauptverhandlung vom 8. Oktober 2020 erklärte der Beschuldigte, dass er Hirsuta in sein Sortiment aufgenommen habe, nachdem Kratom in der Schweiz verboten worden sei. Dabei handle es sich um ein ähnli- ches Produkt, welches jedoch ganz andere Komponenten beinhalte. Er habe sich sehr gut abgesichert, auch bei den Herstellern, dass das Hirsuta ganz sicher kein Kratom sei und auch nichts davon drin habe. Das sei ihm zugesichert worden (Urk. 13/24 S. 8 f.). Hinsichtlich der behaupteten Zusicherungen der indonesischen Lieferanten kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (E. II.3.2.12.). Zu betonen ist nochmals, dass sich sämtliche Korrespondenz zwischen dem Beschuldigten und den angeblichen Lieferanten in Indonesien auf Hirsuta bezieht. Die Bezeich- nungen Kayal oder Lotus finden hingegen keine Erwähnung. Es ist nicht nachvoll- ziehbar, weshalb der Beschuldigte die Mitragynin-haltigen Substanzen als Be- standteile einer Hirsuta-Lieferung zu identifizieren vermag (vgl. Urk. 20 S. 5). Aus dem erwähnten E-Mailverkehr mit R._____ vom 5. Juli 2018 geht sodann hervor, dass sich der

Beschuldigte gerade nicht "sehr gut abgesichert" hatte, dass das bestellte Hirsuta kein Kratom bzw. dessen Wirkstoff Mitragynin enthielt (Urk. 13/26/2):

- 23 - [Beschuldigte:] Tell me again, the Hirsuta you sent since Januar, is 100% NOT Speciosa II? [R._____:] [...] We ve sent hirsuta from january until now. But we dont have a test for this plant. I thought you had test before get big shipment.. [...] [Beschuldigte:] [...] No, Hirsuta we never tested, BUT IF IT IS HIRSUTA, then all will be fine. [...] [R._____:] [...] It 100% hirsuta. It Smell same with kratom thats true. [...] The leaves are different with kratom?. why should I de- ceive you? the american people who have been to Indonesia also said it was hirsuta. but we never know what the content inside the leaf. Im afraid there is content of mitragynine in that leaf. [...] Diese Nachrichten belegen, dass zumindest einer der Hersteller, über den der Beschuldigte zwischen Januar und Juli 2018 Hirsuta aus Indonesien bezogen hatte, die ausgelieferten Stoffe nicht vorgängig getestet hatte, um auszuschliessen, dass darin der in der Schweiz verbotene Wirkstoff Mitragynin enthalten ist. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte auf entsprechende Frage einräumte, die Hirsuta-Produkte nicht selber getestet zu haben, nachdem er sie bekommen hatte. Das sei ein Fehler gewesen bzw. hätte er machen müssen (Urk. 13/24 S. 9). Hervorzuheben ist, dass diese Zugabe unmittelbar nach seiner vorstehenden Aussage erfolgte, er habe sich sehr gut abgesichert, dass das Hirsuta ganz sicher kein Kratom sei und auch nichts davon drin habe (Urk. 13/24 S. 9). Da der Beschuldigte gemäss eigenen Aussagen beabsichtigte, das bestellte Hirsuta in der Schweiz als Ersatz für Kratom zu verkaufen (Urk. 3/1 F/A 25), wäre zum Schutz der Abnehmer bzw. Konsumenten ganz allgemein eine labortechnische Untersuchung der empfangenen Produkte angezeigt gewesen. In Bezug auf die als Kayal und Lotus bezeichneten Substanzen hätte sich eine solche Untersuchung ganz besonders aufgedrängt, zumal diese Namen (anders als beim Pulver Mitragyna hirsuta) nicht ohne Weiteres darauf schliessen lassen, dass es sich dabei um

- 24 - Hirsuta handelt (vgl. Urk. 20 S. 5). Daran ändert nichts, wenn die Angabe des Beschuldigten zutreffen sollte und er diese Stoffe als Bestandteil einer Hirsuta-Lieferung erhielt.

E. 3.2.15

Indem es der Beschuldigte unterliess, die pflanzlichen Substanzen mit den Bezeichnungen Kayal, Kayal Red, Kayal Green und Blou lotus selbst zu testen oder durch ein Labor überprüfen zu lassen, kümmerte er sich nicht zuverlässig darum, ob es sich dabei um (reines) Hirsuta handelte, welches keine Spuren von Mitragynin enthielt. Daraus kann jedoch nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass er mit der Möglichkeit rechnete, Produkte mit dem verbotenen Wirkstoff am Sitz der F.____ AG zu besitzen und dies auch in Kauf nahm. So ist mit der Verteidigung (Urk. 41 Rz. 38, vgl. auch Rz. 3 ff.) fraglich, weshalb der Beschuldigte anfangs Juli 2018 noch Mitragynin-haltiges Pulver in der Schweiz lagern bzw. aufbewahren sollte, wenn ihm zu diesem Zeitpunkt bereits Räumlichkeiten der D.____ GmbH in E.____ (DE) zur Verfügung standen, wo er Waren für den europäischen Markt, wie insbesondere Kratomprodukte, einlagerte (Urk. 1/9 F/A 51; Urk. 3/1 F/A 46 f.; Prot. II S. 7). Hinzu kommt, dass der Beschuldigte veranlasste, dass Lieferungen von Mitragyna speciosa u.a. an die Niederlassung der D.____ GmbH in E.____ (DE) zugestellt und nicht (mehr) in die Schweiz geliefert wurden (Urk. 4/11+12; Urk. 3/1 F/A 47 f.). Schliesslich veröffentlichte er zu einem unbekanntem Zeitpunkt zwischen dem 6. Oktober 2017 und dem 13. November 2017 auf <www.B.____.ch> einen Hinweis über die geänderte Gesetzeslage betreffend Mitragynin (E. II.3.1.7. ff.) und

unternahm weitere Vorkehrungen, um den Handel mit Kratomprodukten hierzulande insbesondere über Deutschland umzu- leiten bzw. abzuwickeln. Der Beschuldigte hatte folglich keinen Grund dafür und auch kein Interesse daran, Kratom in der Schweiz aufzubewahren. Aufgrund der anderslautenden Bezeichnung der pflanzlichen Produkte mit Kayal bzw. Lotus, der fehlenden Zusicherung des indonesischen Herstellers, von dem er die Pulver in verschweissten Plastiksäcken bezogen hatte, und der unterbliebenen Überprüfung auf den verbotenen Wirkstoff hätte er zwar mit der Möglichkeit rechnen müssen, dass darin Mitragynin enthalten sein könnte. Zu seinen Gunsten ist jedoch davon auszugehen, dass er nicht in Kauf nahm, Kratom oder verunreinigtes Hirsuta am Sitz der F._____ AG aufzubewahren. Vor diesem Hintergrund beste-

- 25 - hen unüberwindliche Zweifel daran, dass sich der subjektive Sachverhalt so, wie in der Anklage beschrieben wird, verwirklicht hat (Art. 10 Abs. 3 StPO). Dass sich der Beschuldigte im Sinne einer fahrlässigen Tatbegehung aus pflicht- widriger Unvorsichtigkeit nicht darum kümmerte, ob in den Produkten mit den Be- zeichnungen Kayal, Kayal Red, Kayal Green und Blou Lotus allenfalls der verbo- tene Inhaltsstoff Mitragynin enthalten sein könnte, ist nicht angeklagt und wäre im Übrigen auch nicht strafbar (vgl. Art. 12 Abs. 1 und Abs. 3 StGB in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 BetmG). Der Beschuldigte ist daher vom Vorwurf des Besitzes von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG freizusprechen. III. Rechtliche Würdigung 1. Urteil der Vorinstanz / Standpunkt des Beschuldigten

E. 3.3

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass sich nicht zum Nachteil des Be- schuldigten auswirken darf, dass das Verfahren nach Durchführung der (ersten) Hauptverhandlung zwecks Ergänzung bzw. Berichtigung der Anklage an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen wurde, weitere Untersuchungshandlungen vorzunehmen waren und nach Erhebung der überarbeiteten Anklage schliesslich eine zweite Hauptverhandlung stattfand. Dem Beschuldigten ist daher der ent- standene Aufwand für seine anwaltliche Verteidigung nach der ersten bis und mit der zweiten Hauptverhandlung vollumfänglich entsprechend der Honorarnote vom

E. 3.4

Für das gesamte Verfahren ist dem Beschuldigten folglich eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 7'300.- (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichts- kasse zuzusprechen (Fr. 3'400.- + Fr. 3'900.-). Das Verrechnungsrecht des Staa- tes ist jedoch vorzubehalten. Es wird beschlossen:

E. 4

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Beschuldig- te wendet sich gegen den vorinstanzlichen Schuldspruch wegen mehrfachen Ver- gehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und beantragt, er sei von diesem Vorwurf vollumfänglich freizusprechen (Dispositivziffer 1). Als Folge davon ver- langt er die Aufhebung der Dispositivziffern 2 und 3 (Strafe und Vollzug) sowie der

- 5 - Dispositivziffer 7 (Kostenaufgabe). In diesem Umfang steht das vorinstanzliche Ur- teil unter Vorbehalt des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) zur Dis- position. Unangefochten blieben hingegen die Dispositivziffern 4 und 5 (Entscheid über

beschlagnahmte Betäubungsmittel und Datensicherungen) sowie 6 (Kostenaufstellung). Entsprechend ist vorab mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in dieser Hinsicht in Rechtskraft erwachsen ist. II. Sachverhalt 1. Anklagevorwurf

E. 4.1

Veräusserung von Betäubungsmitteln (Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG)

E. 4.1.1

Bei der objektiven Tatschwere ist zunächst auf die Art und Wirkung der Betäubungsmittel einzugehen. Der psychoaktive Wirkstoff Mitragynin ist in pflanzlichen Produkten aus Kratom, d.h. den Blättern des Baumes *Mitragyna speciosa* enthalten. Im Allgemeinen sind die Wirkungen von Kratom beim Menschen dosisabhängig. Eine niedrige Dosierung verursacht eine "kokainartige", euphorisierende Stimulation, während grössere Dosen sedierende und narkotisierende Wirkungen entfalten, ähnlich wie Opium. Regelmässiger Konsum von Kratomprodukten kann Abhängigkeit hervorrufen. Die Entzugssymptome beim Menschen sind allerdings relativ leicht und klingen in der Regel innerhalb einer Woche wieder ab (Urk. 5/1+5; <https://www.emcdda.europa.eu/publications/drug-profiles/kratom_de>, zuletzt besucht am 02.12.2022). Mit der Vorinstanz ist von einem eher niedrigen Gefährdungspotential von Mitragynin auszugehen (Urk. 32 S. 30).

Verschuldensmindernd kommt hinzu, dass einige der Kunden, welche im Deliktszeitraum über die Webseiten des Beschuldigten Kratomprodukte bestellten, gegenüber der Polizei angaben, sie hätten diese zur Linderung von Schmer-

- 36 - zen konsumieren wollen (V. ____: Urk. 2/1/2 F/A 7 f., 26; W. ____: Urk. 2/2/2 F/A 8; AA. ____: Urk. 2/3/3 F/A 7, 18; AB. ____: Urk. 2/5/2 F/A 11, 21; AC. ____: Urk. 2/7/2 S. 2; I. ____: Urk. 2/19/2 Rz. 69; AD. ____: Urk. 2/21/2 Rz. 66 ff.).

E. 4.1.2

Der Beschuldigte liess in 31 Paketsendungen insgesamt 12'835 Gramm Kratom in Pulverform an 30 Abnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz verschicken. Auch wenn die genaue Mitragynin-Konzentration in den sichergestellten Produkten nicht bekannt ist, kann festgehalten werden, dass der Beschuldigte eine beachtliche Anzahl Personen mit dem verbotenen, psychoaktiven Wirkstoff zu versorgen beabsichtigte. In diesem Zusammenhang fällt sodann die hohe Anzahl Einzelhandlungen während des relativ kurzen Deliktszeitraums von knapp fünf Monaten ins Gewicht. So nahm der Beschuldigte allein im November 2017 insgesamt 22 Bestellungen von in der Schweiz ansässigen Kunden entgegen und veranlasste den Versand der nachgefragten Produkte über die D. ____ GmbH. Diese intensive Tätigkeit im November 2017 wird allerdings dadurch relativiert, dass der in Kratom enthaltene Wirkstoff Mitragynin erst einen Monat zuvor, d.h. am 1. Oktober 2017 in das Betäubungsmittelverzeichnis des EDI aufgenommen worden war.

E. 4.1.3

Vorliegend kam es einzig deswegen nicht zur Erlangung der Verfügungsmacht über die anklagegegenständlichen Kratomprodukte durch die jeweiligen Abnehmer, weil das Zollinspektorat die entsprechenden Postsendungen abfing und sicherstellte. Der Beschuldigte hatte mit der Weiterleitung der Bestellungen über seine Webseiten und der Anweisung an die D. ____ GmbH, diese abzuwickeln und zum Versand aufzugeben, aber bereits alles unternommen, was seinerseits nötig war, damit die Abnehmer in den Besitz der Betäubungsmittel kommen konnten. Dass die Mitragynin-haltigen Produkte trotzdem

nicht zu den Abnehmern gelangten, ist deshalb nur marginal verschuldensmindernd zu berücksichtigen.

E. 4.1.4

Als alleiniger Betreiber der zwei Internetseiten <www.B.____.ch> und <www.C.____.de> nahm der Beschuldigte als Initiant bzw. Schlüsselfigur für die geplante Veräusserung der anklagegegenständlichen Kratomprodukte in der

- 37 - Schweiz eine höhere Position im Drogenhandel ein. Er handelte selbständig und hatte somit die volle Entscheidungsfreiheit bezüglich seiner Taten. Zudem verfügte er mit der D.____ GmbH, welche auf seine Anweisung hin die Pakete mit dem Mitragynin-haltigen Kratom vorbereitete und zum Versand in die Schweiz aufgab, über eine Organisation, welche den Absatz der Drogen erleichterte. Das objektive Tatverschulden wiegt insgesamt noch leicht.

E. 4.1.5

Bei der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Das Tatmotiv des Beschuldigten war rein finanzieller und profitorientierter Natur. Da er während des Deliktszeitraums als Geschäftsführer sowohl der F.____ AG als auch der AE.____ tätig war und ein monatliches Nettoerwerbseinkommen von rund Fr. 8'000.– erzielte (Urk. 1/9 F/A 58), war er nicht auf allfällige Einnahmen aus dem Verkauf von Kratom in der Schweiz angewiesen. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte insbesondere mit der Webseite <www.C.____.de> bereits Kundschaft in Deutschland oder Österreich ansprach, wo der Umgang mit Mitragynin-haltigen Produkten erlaubt ist. Insgesamt führt die subjektive Tatschwere zu keiner Relativierung des objektiven Tatverschuldens. Es erscheint eine Einsatzstrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe als verschuldensangemessen.

E. 4.2

Öffentliche Bekanntgabe einer Gelegenheit zum Erwerb von Betäubungsmitteln (Art. 19 Abs. 1 lit. f BetmG)

E. 4.2.1

Bei der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte mit <www.B.____.ch> und <www.C.____.de> gleich zwei Webseiten betrieb, über deren Online Shops er zwischen dem 7. November 2017 und dem 4. April 2018 Kratomprodukte an potentielle Abnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz zum Kauf anbot. Die Reichweite dieser Internetseiten war gross. So sagte L.____ aus, <www.C.____.de> sei bei der Google-Suche nach Kratom an oberster Stelle der Suchresultate erschienen (Urk. 2/9/2 F/A 19 f.; ähnlich auch I.____: Urk. 2/19/2 Rz. 55 ff.). Der relativ kurze Deliktszeitraum von knapp fünf Monaten

- 38 - unmittelbar nach der Aufnahme von Mitragynin in das Betäubungsmittelverzeichnis des EDI (1. Oktober 2017) fällt verschuldensmindernd ins Gewicht. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte zu einem unbekanntem Zeitpunkt zwischen dem 6. Oktober 2017 und dem 13. November 2017 auf <www.B.____.ch> einen Hinweis auf die geänderte Gesetzeslage in der Schweiz betreffend Mitragynin aufschaltete, um die Besucher seiner Webseite über die Strafbarkeit des Erwerbs, Besitzes und Konsums von Kratom aufzuklären. Seine kriminelle Energie erscheint insofern eher gering. Allerdings wäre es naheliegend und einfach einzuwenden gewesen, dass der Beschuldigte zeitgleich

mit dem Warnhinweis auch sein Angebot in den Online Shops anpasste und für Erwerber mit einer Schweizer Lieferadresse nicht mehr zur Verfügung stellte. Indem er eine solche Anpassung nicht vornahm, konnten nach wie vor beliebig viele Personen mit Wohnsitz in der Schweiz Produktangebote betreffend Kratom über diese Webseite aufrufen und entsprechende Bestellungen samt Lieferung an ihre jeweiligen Wohnadressen aufgeben. Insgesamt wiegt die objektive Tatschwere leicht.

E. 4.2.2

Bei der subjektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich und aus finanziellen Beweggründen heraus handelte. Das subjektive Tatverschulden führt damit zu keiner Relativierung der objektiven Tatschwere, weshalb insgesamt von einem leichten Verschulden auszugehen ist. Dafür wäre isoliert betrachtet eine Einzelstrafe von 60 Tagessätzen Geldstrafe auszufällen. In Anwendung des Asperationsprinzips erweist sich eine Erhöhung der vorstehenden Einsatzstrafe um 40 Tagessätze als angemessen.

5. Täterkomponente / Verfahrensdauer

5.1. Über das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des heute 49-jährigen Beschuldigten ist bekannt, dass er in U._____/ZH aufwuchs und dort die Primarschule sowie die Realschule besuchte. Im Anschluss absolvierte er eine Banklehre und war nach einem Auslandsaufenthalt während kurzer Zeit bei einer Versicherung tätig. Im Jahr 1996 machte sich der Beschuldigte selbständig. Aktuell ist er Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsident der F.____ AG, welche Gesellschaft den Handel, den Import und Export von Waren aller Art be-

- 39 - zweckt. Daneben ist er als Geschäftsführer für die AE.____ tätig und betreibt die Webseiten <www.B.____.ch> und <www.C.____.de>, über welche er diverse pflanzliche Produkte in Europa vertreibt. Der Beschuldigte ist verheiratet und hat mit seiner Ehefrau zwei Kinder im Alter von 8 und 11 Jahren (Urk. 1/9 F/A 58 ff.; Urk. 3/1 F/A 28 ff., 41, 110 ff.; Urk. 3/3 F/A 37 ff.; Urk. 13/24 S. 2; Prot. II S. 5 ff.). Aus der Biographie und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

5.2. Der Beschuldigte verfügt über keine Vorstrafen in der Schweiz (Urk. 35). Auch daraus lässt sich keine strafmassrelevante Wirkung ableiten, da Vorstrafenlosigkeit grundsätzlich neutral zu werten ist (BGE 136 IV 1, E. 2.6.4).

5.3. Der Beschuldigte zeigte sich im Rahmen des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens teilweise geständig (vgl. vorstehend E. II.2.1. ff.). Seine Zugeständnisse erfolgten jedoch überwiegend erst nach Konfrontation mit den Untersuchungsergebnissen bzw. auf Vorhalt von belastenden Beweismitteln, womit sie das Verfahren nicht wesentlich verkürzten oder erleichterten. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass der Beschuldigte keine Reue oder Einsicht in das Unrecht seines Verhaltens erkennen liess. Das Nachtatverhalten des Beschuldigten wirkt sich somit nicht strafmindernd aus.

5.4. Die Vorinstanz berücksichtigte die Dauer des staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsverfahrens von rund drei Jahren im Umfang von 10 Tagessätzen leicht strafmindernd (Urk. 32 S. 33). Nachdem die polizeilichen Ermittlungen zügig durchgeführt und mit Rapport vom 18. Oktober 2018 sowie einem Nachtrag vom

E. 7

November 2018 abgeschlossen wurden, nahm die Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht unverzüglich an die Hand. Vielmehr fällt bis zum 30. Oktober 2019 (Urk. 9/1+2; vgl. auch Urk. 9/3+4; Urk. 3/3; Urk. 4/13) eine längere Phase von rund einem Jahr auf, in der keine wesentlichen Untersuchungshandlungen vorgenommen wurden. Am 28. Februar 2020

erhob die Staatsanwaltschaft schliesslich zum ersten Mal Anklage gegen den Beschuldigten (Urk. 12/1). Nach Durchführung der Hauptverhandlung wurde das Verfahren mit Verfügung der Vorinstanz vom 21. Oktober 2020 sistiert und die Anklage zur Ergänzung an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen (Urk. 12/4). Bis zur Erhebung der zweiten Anklage am

- 40 -

E. 9

September 2021 mit gerundet Fr. 3'400.– zu entschädigen (inkl. Mehrwertsteuer; Urk. 23). Der übrige Aufwand des Beschuldigten für seine anwaltliche Verteidigung während der Untersuchung, des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens bis und mit der

- 47 - ersten Hauptverhandlung (gerundet Fr. 9'600.–, inkl. Mehrwertsteuer; Urk. 13/27) und während des Berufungsverfahrens (gerundet Fr. 6'000.–, inkl. Mehrwertsteuer; Urk. 42) beläuft sich auf insgesamt Fr. 15'600.–. Der vorgenannten Rechtsprechung folgend, sind dem Beschuldigten die geltend gemachten Leistungen seiner Verteidigung analog dem Entscheid über die Verlegung der Verfahrenskosten (vgl. E. VI.1. f.) im Umfang von einem Viertel zu entschädigen, was einer reduzierten Prozessentschädigung von Fr. 3'900.– entspricht (Fr. 15'600.– geteilt durch 4).

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