Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.320/2002 /kra

Sitzung vom 26. November 2002
Kassationshof

Bundesrichter Schubarth, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger, Kolly, Karlen,
Gerichtsschreiber Kipfer Fasciati.

Generalprokurator des Kantons Bern, 3001 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

A._____,
Beschwerdegegner, vertreten durch Fürsprecher Stephan Schmidli, Dählhölzliweg 3, Postfach 229, 3000 Bern 6.

Qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG (Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 1. März 2002.

Sachverhalt:
A.
Mit Urteil vom 5. Juli 2001 sprach das Kreisgericht X Thun A._____ der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und der mehrfachen Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 18 Monaten und zu einer Busse von Fr. 500.–. In einem Fall, welcher Geschäfte mit insgesamt mindestens 270 g reinem Kokain betraf, erkannte das Kreisgericht auf mengenmässig qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG (lit. A Ziff. 1a/i-iii des Dispositivs). In Bezug auf einen weiteren Fall, welcher den in einem Zeitraum von drei Monaten getätigten Verkauf von insgesamt 12 kg Hanfkraut betraf, erkannte das Kreisgericht auf einfache Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 BetmG (lit. A Ziff. 1b des Dispositivs). In Bezug auf zwei weitere Fälle erkannte das Kreisgericht ebenfalls auf einfache Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (lit. A Ziff. 1c und 1d des Dispositivs).
B.
Die allein gegen lit. A Ziff. 1b des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs und gegen den Strafpunkt vom Generalprokurator erklärte Appellation wies das Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, mit Urteil vom 1. März 2002 ab.
C.
Der Generalprokurator des Kantons Bern führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
D.
Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen zur Beschwerde verzichtet. Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Gemäss den für den Kassationshof verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 277bis Abs.

1 BStP) verkaufte der Beschwerdeführer in seinem Hanfladen zwischen dem 1. April 2000 und dem 30. Juni 2000 12 kg Hanfkraut und setzte damit Fr. 78'000.– um; es liess sich nicht feststellen, ob er damit auch einen Gewinn erzielte oder ob die Geschäftstätigkeit bis zum Abbruch insgesamt defizitär blieb. Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens ist allein noch die Frage, ob sich der Beschwerdegegner damit der einfachen oder wegen der Grösse des erzielten Umsatzes der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gemacht hat. Der Generalprokurator vertritt die Auffassung, dass der qualifizierte Tatbestand im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG erfüllt sei: Der Beschwerdegegner habe gewerbsmässig gehandelt, und der erzielte Umsatz sei gross. Für den Fall, dass das Bundesgericht den in drei Monaten erzielten Umsatz von Fr. 78'000.– nicht als gross im Sinne des Gesetzes qualifiziere, stelle sich die Frage, ob das Verhalten des Beschwerdegegners nicht als versuchte qualifizierte Widerhandlung zu bewerten sei. Falls der erzielte Umsatz als gross bestimmt werde, sei die Versuchsfrage jedoch
gegenstandslos.
2.
2.1 Die Vorinstanz verneint einen schweren Fall mit folgenden Motiven: Das Qualifikationsmerkmal nach Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG sei nur erfüllt, wenn der Täter gewerbsmässig im Sinne der allgemeinen Bestimmung dieses Begriffes gehandelt und zugleich entweder einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt habe. Zwar habe der Beschwerdeführer ohne weiteres gewerbsmässig gehandelt, indem er mit dem Kauf und der Eröffnung des Ladens das Hanfgeschäft im Sinne eines Gewerbes aufgezogen habe mit der Absicht, damit regelmässige Einkünfte zu erwirtschaften; ausserdem sei er planmässig und organisiert vorgegangen. Er habe aber das weitere Erfordernis nicht erfüllt, weil er mit seinem - an sich gewerbsmässigen - Vorgehen weder einen grossen Umsatz noch einen erheblichen Gewinn erzielt habe. Beweismässig sei ein Gewinn überhaupt nicht erstellt; ein Umsatz von Fr. 78'000.– sei gemäss Rechtsprechung und der in der Literatur vertretenen Auffassung nicht gross im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes. Die bisherige Gerichtspraxis habe in Anlehnung an die beginnende Eintragungspflicht für das Handelsregister einen Umsatz ab ca. Fr. 100'000.– als gross qualifiziert, wiewohl die Grenze bis heute vage und ohne klare Abgrenzung geblieben
sei. Das Bundesgericht habe in BGE 117 IV 67 einen Umsatz von Fr. 110'000.– als gross qualifiziert und in einem obiter dictum auf Art. 54 der Handelsregisterverordnung (HRegV; SR 221.411) hingewiesen, wo die Eintragungspflicht für das Handelsregister ab Fr. 100'000.– Umsatz pro Jahr statuiert werde. Entgegen der Auffassung des Generalprokurators sei auf den in drei Monaten tatsächlich erzielten Umsatz von Fr. 78'000.– abzustellen, nicht auf den hochgerechneten hypothetischen Jahresumsatz von Fr. 312'000.–, welcher erzielt worden wäre, wenn die Geschäftstätigkeit hätte weitergeführt werden können. Auch der Gesetzestext spreche von erzielten Einkünften.
2.2 Einleitend weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass und weshalb trotz der Bestrebungen, den Cannabiskonsum zu legalisieren, ein Interesse an der Klärung der Frage bestehe, was ein grosser Umsatz im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes sei: Gemäss Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sei bei Verdacht auf Betäubungsmitteldelinquenz die Telefonüberwachung nur zulässig im Falle qualifizierter Tatbegehung. Beim Handel mit Cannabis komme die mengenmässige Qualifikation nicht in Frage, weshalb hier die Qualifikation regelmässig allein durch die Grösse des Gewinns beziehungsweise des Umsatzes erreicht werde. Deshalb sei es für die zuständigen Behörden wichtig zu wissen, ab welchem Betrag der Gewinn beziehungsweise der Umsatz für eine qualifizierte Tatbegehung sprächen. Verschärft stelle sich das Problem im Bereich der internationalen Rechtshilfe. Der Entwurf für ein neues Betäubungsmittelgesetz halte an der Möglichkeit der Umsatzqualifikation fest, und auch die Geldwäschereistrafnorm gehe von einem schweren Fall aus, wenn der Täter durch gewerbsmässige Tatbegehung einen erheblichen Gewinn oder einen grossen Umsatz erziele (Art. 305bis Ziff. 2 lit. c StGB).

Unsicherheit bestehe nicht nur darüber, ob die Grenze für die Annahme eines grossen Umsatzes bei Fr. 100'000.– festzusetzen sei, sondern auch in Bezug auf die Umrechnung eines in kurzer Zeit erzielten Umsatzes auf ein ganzes Jahr. So habe die erste Strafkammer des Obergerichts in einem in Rechtskraft erwachsenen Urteil vom Mai 2000 eine entsprechende Umrechnung vorgenommen. In einem zürcherischen Urteil sei ein Umsatz von Fr. 30'000.– bis Fr. 40'000.– pro Jahr als gross qualifiziert worden.

In der Literatur werde als Grenze mehrheitlich von Fr. 100'000.– ausgegangen, wobei Peter Albrecht (in: Schubarth [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, N. 192 zu

Art. 19 BetmG) die Auffassung vertrete, dass das einschränkende Merkmal des grossen Umsatzes angesichts der neueren Rechtsprechung zum Begriff der Gewerbsmässigkeit seine selbständige Stellung eingebüsst habe. Der Entscheid des Bundesgerichts, mit welchem ein Umsatz von Fr. 110'000.– selbstverständlich als gross qualifiziert worden sei, lege es nahe, die Grenze jedenfalls nicht höher als bei Fr. 100'000.– zu setzen. Vieles spreche jedoch für einen deutlich tieferen Grenzwert.

Die Zusatzkriterien des grossen Umsatzes beziehungsweise erheblichen Gewinns habe das Parlament in das Betäubungsmittelgesetz eingefügt, um Fälle mit geringem Erlös von der Anwendbarkeit des Qualifikationsmerkmals der Gewerbsmässigkeit auszuschliessen. Es sei mithin darum gegangen, Fälle, welche nur un peu d'argent betroffen hätten, von der Qualifikation auszunehmen. Der vom Beschwerdeführer umgesetzte Betrag sei aber nicht un peu d'argent. Dazu komme, dass ein Umsatz von Fr. 100'000.– mit dem relativ preisgünstigen Hanf viel schwerer zu erzielen sei als mit der Geldwäscherei. Der mit der Qualifikation beabsichtigte Schutz des Publikums vor gewinnorientierten und aggressiven Händlern sei schon viel früher als beim Grenzwert von Fr. 100'000.– in Frage gestellt. Im Entscheid 119 IV 129 habe das Bundesgericht Gewerbsmässigkeit bei betrügerischen Handlungen mit einem Deliktsbetrag von Fr. 18'000.– angenommen.

Für den Fall, dass der Kassationshof den umgesetzten Betrag nicht als gross qualifiziere, seien Überlegungen zum Faktor Zeit anzustellen. Umsatz definiere sich als Einnahmen pro Zeiteinheit. Der Vorinstanz sei zuzubilligen, dass auf die erzielten Einkünfte abzustellen sei, nicht auf geplante. Das bedeute aber nicht, dass die massgebliche Grösse des Umsatzes mit einem absoluten Mindestwert zu erfassen sei. Vielmehr sei auch die Relation zur Zeit relevant. Wenn ein Jahresumsatz von Fr. 100'000.– als gross erscheine, so gelte dies auch für einen Quartalsumsatz von Fr. 25'000.–. Es gehe nicht darum, den erzielten Umsatz auf ein Jahr hochzurechnen. Es sei die Frage zu prüfen, ob das tatsächlich umgesetzte Geld unter Berücksichtigung der Zeitspanne gross war oder nicht. Im vorliegenden Fall habe die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie den in drei Monaten erzielten Umsatz von Fr. 78'000.– nicht unter Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG subsumiert habe. Für den Fall, dass der Kassationshof diese Auffassung nicht teile, sei zu bemerken, dass auch der Versuch beziehungsweise das Anstaltentreffen zur gewerbsmässigen Deliktsbegehung im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG möglich sei: Wer ein Ladengeschäft auf unbestimmte Zeit einrichte
zum Verkauf von illegalen Hanfprodukten und dabei einen Jahresumsatz von Fr. 100'000.– anstrebe, könne, entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen, nach dieser Bestimmung wegen Anstaltentreffens strafbar sein.
3.
Gemäss Art. 19 Ziff. 1 und Ziff. 2 lit. c BetmG wird mit Zuchthaus oder Gefängnis von mindestens einem Jahr bestraft, wer mit dem gewerbsmässigen Handel von Betäubungsmitteln einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt. Im vorliegend zu beurteilenden Fall wurde ein Umsatz von Fr. 78'000.– erzielt; ein Gewinn ist nicht nachgewiesen.
3.1 Der Beschwerdegegner hat offensichtlich gewerbsmässig gehandelt, indem er den Handel mit Cannabisprodukten mit Übernahme, Einrichtung und Betrieb eines Ladengeschäfts auf Dauer gestellt hat und den Handel in Art eines Berufes ausübte.
3.1.1 Die Rechtsprechung hat bisher keinen Grenzwert festgelegt, ab welchem ein Umsatz als gross im Sinne des Gesetzes zu gelten hat. Ein Umsatz von ungefähr Fr. 110'000.– wurde als gross qualifiziert (BGE 117 IV 63 E. 2b), wobei in einem obiter dictum auf die Grenze von Fr. 100'000.– Jahresumsatz für die Begründung der Eintragungspflicht ins Handelsregister gemäss Art. 54 HRegV hingewiesen wurde. In der Literatur wird im Blick auf den grossen Umsatz im Sinne des Geldwäschereitatbestandes mehrheitlich eine Grenze von Fr. 100'000.– vertreten (vgl. z.B. Ch. K. Graber, Geldwäscherei, Diss. Bern 1995, S. 152 f.; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., 1997, N. 25 zu Art. 305bis StGB).
3.1.2 Bis ins Jahr 1990 legte das Bundesgericht den Begriff der Gewerbsmässigkeit weit aus: Danach handelte gewerbsmässig, wer mit der Absicht delinquierte, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen und die Bereitschaft hatte, die Tat gegenüber unbestimmt vielen oder bei jeder sich bietenden Gelegenheit zu wiederholen (vgl. BGE 116 IV 319). Diese Rechtsprechung war von der Lehre verschiedentlich kritisiert worden, weil die Gewerbsmässigkeit mit einer Mindeststrafe von einem Jahr unter bestimmten Umständen zu bejahen war, obwohl der Täter nur einige Bagatelldelikte mit einer geringen Deliktsumme verwirklicht hatte. Der Gesetzgeber trug unter anderem dieser Kritik schon im Jahre 1975 Rechnung, als er den durch Gewerbsmässigkeit qualifizierten schweren Fall im Rahmen des Betäubungsmittelgesetzes mit der Einschränkung versah, dass der

gewerbsmässig erzielte Umsatz gross beziehungsweise der Gewinn erheblich sein müsse (Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG; vgl. dazu BGE 117 IV 63 E. 2a). Im Zusammenhang ist der Umstand zu sehen, dass die Mindeststrafe für gewerbsmässigen Diebstahl mit der Revision 1981 auf drei Monate herabgesetzt wurde (vgl. dazu Peter Staub, Der qualifizierte Diebstahl nach der revidierten Fassung des Strafgesetzbuches vom 9.
Oktober 1981, ZStrR 103/1986 S. 321 ff., mit Hinweis auf die in der parlamentarischen Beratung vorgebrachte Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Begriff der Gewerbsmässigkeit; beim gewerbsmässigen Betrug, Art. 146 Abs. 2 StGB, und bei der gewerbsmässigen Hehlerei, Art. 160 Ziff. 2 StGB erfolgte die Reduktion der Mindeststrafe auf drei Monate mit der Revision von 1994).

Dieselbe Einschränkung wie in Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG sah der Gesetzgeber am 23. März 1990 mit der Verabschiedung von Art. 305bis StGB für den schweren Fall der Geldwäscherei vor: Auch hier wird verlangt, dass der gewerbsmässig handelnde Täter einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt hat.

Ein halbes Jahr später trug das Bundesgericht mit einer Praxisänderung der Kritik an seiner Rechtsprechung zum Begriff der Gewerbsmässigkeit Rechnung: Danach handelt der Täter gewerbsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt. Wesentlich ist ausserdem, dass der Täter sich darauf einrichtet, durch sein deliktisches Handeln relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten seiner Lebensgestaltung darstellen, und dass er die Tat bereits mehrfach begangen hat (BGE 116 IV 319). Aus diesem neuen und engeren Begriff der Gewerbsmässigkeit wurde der Schluss gezogen, dass das Erfordernis des grossen Umsatzes beziehungsweise des erheblichen Gewinns seine selbständige Bedeutung verloren habe (Albrecht, a.a.O., N. 191). Angesichts des zeitlichen Ablaufs könnte die Auffassung vertreten werden, dass die neue Rechtsprechung auf der Linie von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG und Art. 305bis Ziff. 2 lit. c StGB liegt und dem Erfordernis Genüge getan ist, wenn
Gewerbsmässigkeit im Sinne des neuen und engeren Begriffes vorliegt. Dagegen spricht jedoch, dass die Mindeststrafe bei beiden Tatbeständen ein Jahr beträgt, bei anderen gewerbsmässigen Delikten wie Diebstahl, Betrug und Hehlerei aber nur drei Monate. Dagegen spricht aber auch, dass die Reduktion der Mindeststrafe auf drei Monate bei Betrug und Hehlerei erst 1994, mithin nach der Praxisänderung zum Begriff der Gewerbsmässigkeit, erfolgte. Es ist also bei Drogenhandel und Geldwäscherei weiterhin davon auszugehen, dass eine qualifizierte Gewerbsmässigkeit vorliegen muss, zumal die Mindeststrafe in beiden Fällen ein Jahr beträgt. Beide Tatbestände sind im Übrigen nach gleichen Kriterien zu beurteilen (BGE 122 IV 211 E. 2d).

Der Gesetzgeber schloss ausserdem nicht nur kleine Umsätze von der Anwendung des Qualifikationsgrundes der Gewerbsmässigkeit aus; die gesetzliche Formulierung verlangt einen grossen mit gewerbsmässigem Handeln erzielten Umsatz, wobei nicht jeder nicht kleine Umsatz bereits als gross gelten kann. Schliesslich hat der für Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG massgebliche Umsatz so gross zu sein, dass er eine Mindeststrafe von einem Jahr zu rechtfertigen vermag (vgl. auch BGE 116 IV 319 E. 3a).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Kriterium des grossen Umsatzes selbständige, den Qualifikationsgrund der Gewerbsmässigkeit beschränkende Bedeutung hat.
3.1.3 Auf Grund des Ausgeführten, der bisher in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegebenen Hinweisen und der in der Literatur vertretenen Auffassungen, ist davon auszugehen, dass ein Umsatz ab Fr. 100'000.– als gross im Sinne des Gesetzes (Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG und Art. 305bis Ziff. 2 lit. c StGB) zu gelten hat. Die Vorinstanz verletzt damit kein Bundesrecht, wenn sie einen Umsatz von Fr. 78'000.– nicht als gross qualifiziert. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet.
3.2
3.2.1 Im Folgenden ist die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage zu prüfen, ob sich der Zeitraum, in welchem ein bestimmter Umsatz erzielt worden ist, auf die rechtliche Qualifikation des Umsatzes auswirkt oder ob diese vom Zeitfaktor unabhängig ist.

Aus dem Gesetzestext kann nicht abgeleitet werden, dass der massgebliche Umsatz in einem bestimmten Zeitraum erzielt worden sein müsste, damit er als gross gelten kann. Auch in den Gesetzesmaterialien finden sich

keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber zwei gewerbsmässig tätige Drogenhändler mit denselben Umsatzzahlen allein deshalb anders behandelt wissen wollte, weil der eine den Umsatz oder den Gewinn in einem kürzeren Zeitraum erzielte als der andere (BBl 1973 I 1348 ff.; AB 1973 S 691 ff., 709 ff.; AB 1974 N 1416 ff., 1444 ff., 1910 ff.; AB 1974 S 594 ff.). Die Entstehungsgeschichte der Bestimmung spricht vielmehr dafür, dass die Qualifikation des Umsatzes nicht auf den Zeitfaktor abzustützen ist, wollte der Gesetzgeber doch die Anwendbarkeit des qualifizierenden Merkmals der Gewerbsmässigkeit auf Fälle beschränken, in welchen das verwirklichte Unrecht eine Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus zu begründen vermag.

Das Bundesgericht hatte in seiner alten Rechtsprechung den Begriff des Umsatzes noch auf die umgesetzte Menge verbotener Drogen bezogen und dabei - wenigstens indirekt im Rahmen der Verschuldensprüfung - die Dauer der deliktischen Tätigkeit mitberücksichtigt (BGE 106 IV 227 E. 7d/bb). Später begriff es den umgesetzten Geldbetrag als Umsatz. Im Entscheid 6S.226/1999 vom 3. Mai 1999, E. 1c verneinte es die explizit geprüfte Frage, ob der Zeitfaktor für die Qualifikation des Umsatzes zu berücksichtigen sei. Es hielt dabei fest, dass die grössere kriminelle Energie desjenigen, der den Umsatz in kürzerer Zeit erwirtschaftete, durch die längere Dauer der kriminellen Aktivität des anderen Täters ausgeglichen werde. Oder mit anderen Worten: Für die Bewertung der Umsatzgrösse ist es unerheblich, ob der Umsatz bei geringerer Intensität der gewerbsmässigen Tätigkeit in längerer Zeit oder bei grösserer Intensität in kürzerer Zeit erzielt wurde. Diesem Argument liegt der Gedanke zu Grunde, dass es sich beim grossen Umsatz um ein objektives und von der Zeit grundsätzlich unabhängiges Mass für das verwirklichte Unrecht handelt, welches die Anwendung des qualifizierten Tatbestandes absolut begrenzt. Dasselbe gilt für den erheblichen Gewinn.

Dem Beschwerdeführer ist zwar insofern zuzustimmen, als er die Auffassung vertritt, dass sich in betriebswirtschaftlichen Zusammenhängen Aussagen zur Grösse von Umsatz oder Gewinn nur mit Bezugnahme auf den Zeitraum machen lassen, in dem sie erwirtschaftet wurden. Der wesentliche Bezugspunkt des Strafrechts liegt jedoch im verwirklichten Unrecht, welches sich für den Drogenhandel unabhängig vom Zeitfaktor unter anderem in Umsatz- oder Gewinnzahlen erfassen lässt.

Die strafrechtliche Bewertung einer illegalen Handelstätigkeit hat unter anderem auf Intensität, Regelmässigkeit und Zeitdauer der Tätigkeit abzustellen. Diese Kriterien sind jedoch allein für die Prüfung der Frage relevant, ob Gewerbsmässigkeit vorliegt. Erst wenn dies bejaht werden muss, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das verwirklichte Unrecht die Anwendung des qualifizierten Tatbestandes im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c. BetmG als geboten erscheinen lässt. Massgebend für diese Prüfung ist der - unabhängig vom Zeitraum - in absoluten Zahlen ausgedrückte tatsächlich erzielte Umsatz beziehungsweise Gewinn als Massstab für das realisierte Unrecht, wobei ein Umsatz von Fr. 100'000.– als gross zu gelten hat.
Würde anders entschieden, stellten sich erhebliche Folgeprobleme: Einerseits wäre damit zu rechnen, dass eine - aus welchen Gründen auch immer - sehr kurze illegale gewerbsmässige Handelstätigkeit von beispielsweise einem Monat als schwerer Fall zu qualifizieren wäre, weil der erzielte Umsatz als gross zu gelten hätte, wenn die Tätigkeit während eines Jahres fortgeführt worden wäre. Andererseits wäre schwer einsehbar, weshalb ein beispielsweise in drei Jahren erzielter Umsatz von Fr. 200'000.– nicht als gross gelten sollte.
3.2.2 Die Dauer der Handelstätigkeit darf und soll zusammen mit sämtlichen anderen Kriterien im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden. Sie ist jedoch nicht relevant für die Prüfung der Frage, ob ein gewerbsmässig erzielter Umsatz gross im Sinne des Gesetzes ist und deshalb gegebenenfalls eine Strafe von mindestens einem Jahr auszufällen ist. Die Vorinstanz ging wegen eines anderen Sachverhalts (lit. A Ziff. 1a/i-iii des Dispositivs, Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG) von einer Mindeststrafe von einem Jahr aus. Die Frage der Mindeststrafe stellte sich in casu somit gar nicht mehr. Die Strafzumessung ist mit Ausnahme der zur Diskussion gestellten Qualifikationsfrage auch nach Auffassung des Beschwerdeführers nicht fehlerhaft.
3.2.3 Der Beschwerdeführer bringt vor, es würden sich für die polizeiliche und die rechtshilfeweise Ermittlung erhebliche Probleme stellen, wenn in casu nicht auf einen schweren Fall erkannt werde. Dazu ist zu bemerken: Für die Anordnung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs genügt es, dass bestimmte Tatsachen den dringenden Verdacht auf die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz begründen (Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF; SR 780.1], Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 3 lit. f); die Qualifikationsmerkmale müssen nicht bereits nachgewiesen sein, wenn über die Zulässigkeit der Telefonüberwachung zu entscheiden ist. Entsprechendes gilt für die internationale Rechtshilfe,

zumal Ermittlungshandlungen in der Schweiz für einen anderen Staat nach schweizerischem Recht durchzuführen sind (Art. 64 Abs. 1 des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen [IRSG; SR 351.1]). Beim Handel mit mehreren Kilogramm Cannabisprodukten dürfte der Verdacht auf qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz in aller Regel gegeben sein, auch wenn sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass kein grosser Umsatz erzielt worden ist. Im Übrigen dürfte
die Auslegung eines Begriffs des materiellen Strafrechts nicht auf Interessen polizeilicher und rechtshilfeweiser Ermittlungen abstellen; gegebenenfalls wäre es die Aufgabe des Gesetzgebers und allein in dessen Kompetenz, entsprechenden Defiziten bei der Ausgestaltung der relevanten verfahrensrechtlichen Normen Rechnung zu tragen.
3.3 Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, der Beschwerdegegner wäre wenn nicht wegen vollendeter, so doch wenigstens wegen versuchter qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig zu sprechen gewesen, weil er mit der Einrichtung des Ladengeschäftes auf jeden Fall Anstalten getroffen habe zur gewerbsmässigen Erzielung grosser Umsätze. Diese bereits im kantonalen Verfahren vorgebrachte Argumentation ist von der Vorinstanz geprüft und verworfen worden. Die Qualifikation des grossen Umsatzes beziehe sich nicht auf die Tathandlung, sondern auf eine Folge des Tatverhaltens. Diese sei - analog einer Strafbarkeitsbedingung - entweder gegeben oder sie liege nicht vor; eine im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG versuchte qualifizierte Tatbegehung komme deshalb nicht in Frage.

Die versuchte Begehung eines qualifizierten Deliktes ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Ist das Grunddelikt verwirklicht, fehlt es hinsichtlich der Qualifikationsmerkmale jedoch an einem objektiven Erfordernis, kommt ein Schuldspruch wegen versuchter qualifizierter Tatbegehung nur in Frage, wenn der qualifizierte Tatbestand ein gegenüber dem Grundtatbestand zusätzliches Rechtsgut schützt (so etwa bei Raub und Brandstiftung; vgl. BGE 123 IV 128 E. 2b; 124 IV 97 E. 2c). Für Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG ist das Vorliegen dieser Konstellation jedoch zu verneinen. Es handelt sich bei dieser Bestimmung allein um eine Regel der Strafzumessung, durch welche kein weiteres, durch den vom Grundtatbestand gemäss Art. 19 Ziff. 1 BetmG nicht abgedecktes Rechtsgut geschützt würde; es wird mit dieser Regel allein an die erhöhte Intensität der Rechtsgutbeeinträchtigung angeknüpft, nicht an die Beeinträchtigung eines anderen Rechtsgutes. Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG ist eine Strafzumessungsregel. Sie nennt Umstände, welche zur Anwendung des höheren Strafrahmens führen, nicht Tatbestandsmerkmale. Letztere beschreiben die gesetzlich erfasste Rechtsgutbeeinträchtigung und bestimmen das strafbare Geschehen als Gegenstand der Strafzumessung.
Strafzumessungsregeln dagegen enthalten einen Massstab für die Bewertung dieses Gegenstandes. Im Stadium dieser Bewertung kann die Frage des Versuchs, welche sich bei der Tatbestandsmässigkeit stellt, nicht mehr aufgeworfen werden (BGE 122 IV 360 E. 2b mit Hinweisen).
Die Anwendung des höheren Strafrahmens setzt nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes in objektiver Hinsicht voraus, dass ein grosser Umsatz effektiv erzielt worden ist (vgl. auch Albrecht, a.a.O., N. 194 zu Art. 19 BetmG; Corboz, Les principales infractions, 2. Aufl., Bern 2002, S. 788, N. 105 f.). Der subjektive Umstand, dass eine Person beabsichtigte, einen grossen Umsatz zu erzielen, kann das objektive Erfordernis nicht ersetzen und genügt deshalb für die Anwendung des höheren Strafrahmens nicht.
3.4 Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach abzuweisen.
4.
Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 278 Abs. 2 BStP). Der Beschwerdegegner ist für das Verfahren vor Bundesgericht angemessen zu entschädigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Dem Beschwerdegegner wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'500.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, sowie der Schweizerischen Bundesanwaltschaft schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 26. November 2002
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: