

SK-Nr. 2009 123

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Stucki (Präsident i.V.), Obergerichtssuppleant Chételat und Oberrichter Weber sowie Kammerschreiberin Jungo

vom 25. Juni 2009

in der Strafsache gegen

1. **A.**
vertreten durch Fürsprecher X.
- 1.
2. **B.**
amtlich vertreten durch Fürsprecher Y.
3. **C.**
amtlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Z.

Angeschuldigte/Appellanten

wegen BetmG-Widerhandlungen etc.

1. **U.**
2. **V.**
3. **W.**

Privatklägerschaft

Regeste

Zur Berechnung des Gewinns im Zusammenhang mit der Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG ist von einem modifizierten „gemässigten Bruttoprinzip“ auszugehen. Abgezogen werden können der Anschaffungspreis und andere variablen Kosten, nicht aber fixe Kosten (E. II. 4.).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Angeschuldigten A. und B. wurden von der Vorinstanz u.a. schuldig erklärt wegen Widerhandlungen gegen das BetmG, banden- und gewerbsmässig begangen. A. und B. bestritten in oberer Instanz den Qualifikationsgrund der Gewerbsmässigkeit.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II. WIDERHANDLUNGEN GEGEN DAS BETÄUBUNGSMITTELGESETZ IM "E." (ANGESCHULDIGT A., LIT. A ZIFF. 1 UEB UND B., LIT. B ZIFF. 1.1 UEB)

(...)

2. Allgemeine Ausführungen zur Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG

Art. 19 Ziff. 2 BetmG ist eine Strafzumessungsregel und beinhaltet keine eigenen Straftatbestände. Das ändert nichts daran, dass auch diesbezüglich nicht nur die objektiven, sondern auch die subjektiven Voraussetzungen erfüllt sein müssen (vgl. FINGERHUTH/TSCHURR, BetmG Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2007, N. 163 zu Art. 19 BetmG).

Der Qualifikationsgrund der Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG liegt vor, wenn der Täter durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt.

Gemäss neuer Praxis ist die Gewerbsmässigkeit beim berufsmässigen Handeln gegeben. Der Täter handelt berufsmässig, 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. Eine quasi nebenberufliche deliktische Tätigkeit kann als Voraussetzung für die Gewerbsmässigkeit genügen. Auch in diesem Fall kann die erforderliche soziale Gefährlichkeit gegeben sein. Wesentlich ist, dass der Täter sich darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen. Ob dies der Fall ist, ist aufgrund der Umstände zu entscheiden. Dazu gehören die Anzahl bzw. die Häufigkeit der während eines bestimmten Zeitraums bereits verübten Taten, die Entwicklung eines bestimmten Systems bzw. einer bestimmten Methode,

der Aufbau einer Organisation, die Vornahme von Investitionen usw. Der Richter hat bei der Entscheidung der Frage, ob in einem konkreten Fall Gewerbsmässigkeit gegeben sei, auch die Höhe der angedrohten Mindeststrafe zu berücksichtigen (FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., N. 187 zu Art. 19 BetmG mit Verweis auf BGE 116 IV 319).

Die aus BGE 116 IV 319 zitierte Umschreibung der Gewerbsmässigkeit gilt für das Vermögensstrafrecht. Im Bereich des BetmG muss eine *qualifizierte* Gewerbsmässigkeit vorliegen. Es muss das zusätzliche Erfordernis eines grossen Umsatzes oder eines erheblichen Gewinns vorliegen.

Gemäss der gefestigten Rechtsprechung gilt ein Umsatz ab Fr. 100'000.00 als gross und ein Gewinn von Fr. 10'000.00 als erheblich. Dabei ist der Zeitraum, über den sich die gewerbsmässige Tätigkeit erstreckte, unerheblich. Der grosse Umsatz bzw. erhebliche Gewinn muss erzielt, d.h. realisiert worden sein (FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., N. 189 f. und 193 zu Art. 19 BetmG mit Verweis auf BGE 129 IV 253 und BGE 129 IV 188, E. 3.1.3).

Subjektiv vorausgesetzt wird die Absicht, ein Erwerbseinkommen zu erzielen. Das ist nur dann der Fall, wenn das Bestreben erkennbar ist, aus der deliktischen Tätigkeit mit einer gewissen Regelmässigkeit Einkünfte zu erzielen, die geeignet sind, einen namhaften Teil der Lebenskosten zu decken. Ferner muss die Bereitschaft zur Verübung einer Vielzahl von Delikten der fraglichen Art vorliegen (FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., N. 195 zu Art. 19 BetmG).

3. Überlegungen der Vorinstanz zur Gewerbsmässigkeit

In sachverhaltsmässiger Hinsicht führte die Vorinstanz Folgendes aus (Motiv S. 17 f. = pag. 8397 ff.):

Unbestritten ist vorliegend,

- dass in der Zeit, als B. und A. Besitzer des „E.“ waren, Drogenhanf verkauft wurde (vgl. dazu IRM-Gutachten: pag. 2217 und Aussage B.: HV - Protokoll S. 25, Zeile 24 ff.).
- dass beide Angeschuldigten davon wussten (Aussage A.: z.Bsp. pag. 696, Zeile 52 f., Aussage B.: z.Bsp. pag. 1503, Zeile 227 ff.).

Es stellt sich somit lediglich noch die Frage, wie viel Drogenhanf in der Zeit von Dezember 2005 bis am 27. Februar 2006 verkauft wurde. Dazu können die folgenden Ausführungen gemacht werden:

Der Zusammenstellung des Untersuchungsrichters kann entnommen werden, dass A. für die fragliche Zeitperiode von einem Umsatz zwischen Fr. 60'000.00 und Fr. 70'000.00 ausgeht. B. bezifferte ihn auf rund Fr. 67'000.00 (vgl. dazu pag. 2015), worauf das Gericht nachfolgend auch abstellen wird. Der Preis pro Säcklein betrug jeweils Fr. 50.00 (vgl. dazu Aussage A.: pag. 971, Zeile 107 f., Aussage B.: pag. 1503, Zeile 220 ff.). Dies ergibt somit bei einem Umsatz von Fr. 67'000.00 zwischen Dezember 2005 und dem 27. Februar 2006 insgesamt 1'340 Säcklein bzw. eine Menge von insgesamt ca. 6'030 Gramm Hanfblüten (1'340 Säcklein mit jeweils ca. 4.5 Gramm Inhalt; vgl. dazu Aussage A.: pag. 971, Zeile 107, Aussage B.: pag. 1503, Zeile 222), die in dieser Zeit im „E.“ verkauft wurden.

Der Einkaufspreis pro Gramm betrug Fr. 6.50 (vgl. dazu Aussage A.: pag. 987, Zeile 145 f., Aussage B.: pag. 1501, Zeile 199 ff.). Das einzelne Gramm wurde für rund Fr. 11.00 verkauft (Preis pro Säcklein: Fr. 50.00 dividiert durch den Inhalt von 4.5 Gramm) und somit ein Nettoerlös von Fr. 4.50 pro Gramm erzielt. Bei der zuvor errechneten Menge von ca. 6'030 Gramm resultiert ein totaler Nettoerlös von rund Fr. 27'000.00.

Das Kreisgericht kam gestützt darauf zu folgendem Beweisergebnis (Motiv S. 18 = pag. 8399):

Von Dezember 2005 bis am 27. Februar 2006 wurde im „E.“ unter der Leitung von A. und B. Konsumhanf verkauft. Die beiden waren die Geschäftsführer des Ladens, organisierten den Hanf und waren sich somit auch bewusst, was jeweils verkauft wurde. Insgesamt setzte der „E.“ in dieser Zeit ca. 6'030 Gramm Hanfblüten um, wobei sie jeweils Säcklein à 4.5 Gramm zum Preis von Fr. 50.00 - was einem Grammpreis von Fr. 11.00 entspricht - verkauften und dabei einen totalen Nettoerlös von rund Fr. 27'000.00 erzielten.

Diesen Sachverhalt würdigte die Vorinstanz rechtlich in Bezug auf die Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG wie folgt (Motiv S. 20-22 = pag. 8403 ff.):

[...]

Zur überwiesenen Gewerbsmässigkeit ist Folgendes festzuhalten: Die beiden Angeeschuldigten haben ihre Tätigkeit im „E.“ nach der Art eines Berufes ausgeübt. Durch die Führung des Geschäftes und dem daraus resultierenden Gewinn haben sie sich eine Einkommensquelle für die Finanzierung ihres Lebensunterhaltes geschaffen. Sie gingen auch keinen weiteren Nebenbeschäftigungen nach. Wie bereits in der Beweiswürdigung zuvor ausgeführt wurde, geht das Gericht von einem erwirtschafteten Gewinn von rund Fr. 27'000.00 aus, den der „E.“ mit dem Verkauf von Marihuana-Blüten in der vorliegend relevanten Zeitspanne erzielte. Dieser Gewinn ist gemäss herrschender Rechtssprechung als "gross" im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG zu bezeichnen.

Es stellt sich hier nun die Frage, ob von diesem Gewinn - wie seitens den beiden Verteidigern ausgeführt wurde - ebenfalls noch die Kosten für Personal, Miete etc. abzuziehen sind. Das Gericht hat dies aus folgenden Gründen verneint:

Vorab kann hier festgehalten werden, dass sich weder in der Literatur noch in der Rechtssprechung Hinweise dafür finden lassen, dass solche Kosten nach erfolgter Gewinnberechnung noch abzuziehen sind. Ein solches Vorgehen würde auch klar der bisherigen bernischen Gerichtspraxis widersprechen und wurde seitens des Kreisgerichtes VIII Bern - Laupen in allen bisher beurteilten Fällen noch nie angewandt. Zur Berechnungsmethode des Gewinns kann weiter analog auf das Vorgehen bei Berechnungen allfälliger Ersatzforderungen verwiesen werden. In BASLER KOMMENTAR, N 32 zu Art. 70 / 71 StGB wird dazu festgehalten, dass bei der Bestimmung des (abstrakten) unrechtmässigen Vorteils umstritten ist, ob dieser Vorteil nach dem Nettoprinzip oder dem Bruttoprinzip zu berechnen ist. "In der neueren Literatur setzt sich eine differenzierende Betrachtungsweise durch, wonach bei generell verbotenen Handlungsweisen tendenziell das Bruttoprinzip, bei an sich rechtmässigen, nur in seiner konkreten Ausrichtung rechtswidrigem Verhalten das Nettoprinzip gelten sollte.". Weiter ist dem Kommentar das Vorgehen nach "gemässigtem Bruttoprinzip" zu entnehmen. Nach diesem werden einzig die Einkaufs- bzw. Anschaffungskosten berücksichtigt; weitere Abzüge werden dagegen keine vorgenommen.

Die Berechnung nach dem "gemässigten Bruttoprinzip" erscheint dem Gericht sachlich als angemessener als das "volle Bruttoprinzip", das bei generell unerlaubten Handlungen - wie z.Bsp. der Einkauf vom Drogenhanf - den gesamten Umsatz als Einziehungssubstrat erkennen würde. Diese Berechnungsmethode ist umstritten. Da vorliegend nur der "reine" Gewinn bekannt ist, wendet das Gericht - was auch seiner Praxis entspricht (vgl. dazu z.Bsp. Urteil des Kreisgerichtes VIII Bern - Laupen vom 20. September 2007 i.S. K., v.B. und U. oder vom 11. Juni 2008 i.S. K., S., St.) - das "gemässigte Bruttoprinzip" an.

Den Erlös von rund Fr. 27'000.00 müssen sich wegen der bejahten Mittäterschaft beide Angeeschuldigten anrechnen lassen, auch wenn sie als Einzelperson nicht direkt bei allen Verkäufen beteiligt waren und A. eventuell tatsächlich nie selber Marihuana blüten verkaufte.

A. und B. sind somit auch der gewerbsmässig begangenen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S. von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG schuldig zu sprechen.

3. Einwendungen der Verteidigung

Fürsprecher X. anerkennt sachverhaltsmässig die Rechnung des Kreisgerichts, was Umsatz, Menge, Verkaufspreis und Einstandspreis anbelangt, und dass sich schlussendlich (nach Abzug des Einkaufspreises vom erzielten Umsatz) „ein Wert von Fr. 27'000.00 ergeben“ habe. Der Verteidiger macht aber geltend, dass die Vorinstanz vom diesem errechneten Wert von Fr. 27'000.00 weitere Abzüge für Personal, Miete, Strom etc. hätte vornehmen müssen und bringt diesbezüglich eine Kostenaufstellung vor. Nach dieser Berechnung ergebe sich ein Wert von deutlich unter Fr. 10'000.00.

Das Vorgehen der Vorinstanz gemäss dem sog. gemässigten Bruttoprinzip finde weder in der Lehre noch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Stütze. Gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG solle derjenige bestraft werden, der umfangreich (im Sinne eines grossen Umsatzes) mit Drogen handle oder vom getätigten Drogenhandel besonders

(im Sinnes eines erheblichen Gewinnes) profitiere. Die in casu interessierende Tatbestandsvariante (erheblicher Gewinn) sei daher nur dann anzunehmen, falls sich ein Täter qualifiziert bereichert habe. Entscheidend könne unter dem Aspekt „erheblicher Gewinn“ nur sein, was dem Täter unter dem Strich abzüglich aller Aufwendungen geblieben sei. Die Auffassung der Vorinstanz überdehne den Tatbestand (vgl. zum Ganzen schriftlicher Parteivortrag, S. 3 ff.; pag. 8765 ff.).

Der vom Kreisgericht errechnete Betrag von Fr. 27'000.00 aus dem Hanfverkauf wird auch von Fürsprecher Y. nicht bestritten. Auch er macht aber geltend, dass die Vorinstanz zu Unrecht die Auslagen bzw. den Verlust nicht berücksichtigt habe. Das Hanfgeschäft sei insgesamt ein Verlustgeschäft gewesen. Die Abstützung der Vorinstanz bei der Berechnung des Gewinns auf die Rechtsprechung und Literatur zur Ersatzforderung (Art. 70/71 StGB) sei verfehlt. Massgebend sei, dass sich das Bundesgericht in BGE 129 IV 253 klar für das Nettoprinzip bzw. den Nettogewinn als Massstab ausgesprochen habe. Dies bedeute, dass man vom Bruttoerlös die unmittelbar mit dem Geschäft zusammenhängenden Auslagen wie Miete, Personalkosten, Versicherungen etc. berücksichtigen müsse. Dem Begriff des Gewinns in Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetrMG sei schliesslich inhärent, dass es sich um diejenige Summe handle, welche einem Täter schlussendlich verbleibe. Die direkt mit der illegalen Tätigkeit verbundenen Auslagen müssten dabei berücksichtigt werden. Im Übrigen spreche die erhöhte Mindeststrafe für eine restriktive Anwendung und die blosse Berücksichtigung des Nettogewinns (BGE 129 IV 188; vgl. schriftlicher Parteivortrag, S. 3 ff.; pag. 9045 ff.).

4. Ausführungen durch die Kammer

Umstritten ist somit vorliegend einzig die Frage des erheblichen Gewinns.

Es kann vorliegend offen gelassen werden, welche exakten Kosten für die Löhne, den Strom und die Miete angefallen sind bzw. ob die Auslagen Fr. 17'000.00 überstiegen haben, da die Kammer wie die Vorinstanz und der a.o. Generalprokurator zur Berechnung des Gewinns – aus den nachfolgenden Gründen – vom sog. „gemässigten Bruttoprinzip“ ausgeht. Da nebst Hanf auch noch Kleider verkauft und eine Bar betrieben wurden und ein Teil der Ausgaben diesen (legalen) Teil betraf, hätte man im Übrigen noch diesbezüglich differenzieren müssen.

Das Gesetz (Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG) verlangt gemäss den obigen Ausführungen eine qualifizierte Gewerbsmässigkeit, d.h. es muss ein grosser Umsatz oder ein erheblicher Gewinn effektiv erzielt worden sein. Dass die Angeschuldigten im Sinne der „einfachen“ Gewerbsmässigkeit berufsmässig gehandelt haben, ist unbestritten. Klar ist auch, dass die beiden Qualifikationsmerkmale alternativ sind, d.h. das Vorhandensein eines Elements genügt. Im Regelfall geht mit grossem Umsatz auch ein erheblicher Gewinn einher, was aber nicht sein muss. Die qualifizierte Gewerbsmässigkeit kann sich somit ergeben durch grossen Droenumschlag ohne jeden Gewinn oder aber durch wenige, umfang- oder zahlenmässig kleinere/mittelmässige Geschäfte mit guter Rendite. Das bedeutet aber auch, dass dort, wo die bundesgerichtliche Umsatzgrenze von Fr. 100'000.00 nicht erreicht wird, ein realer Gewinn oder Profit im Umfang der bundesgerichtlich geforderten Fr. 10'000.00 vom Täter erzielt werden muss. Diese Betrachtungsweise würde eigentlich für die Berücksichtigung sämtlicher Aufwandsposten sprechen, die im Zusammenhang mit dem Drogen-„Handel“ (hier mit dem Ankauf, Vertrieb, Verkauf) entstanden sind.

Die Rechtsprechung zum „Gewinn“, d.h. was darunter genau zu verstehen ist, ist nicht ergiebig. Das Bundesgericht stellt den Begriff „Umsatz“ (franz. *chiffre d'affaire*, ital. *cifra d'affari*) dem Gewinn (*le gain, guadagno*) gegenüber und spricht in BGE 117 IV 65 davon, der Gesetzgeber habe einerseits den *revenue brut du trafic*, andererseits den *bénéfice net obtenu* anvisiert. In BGE 122 IV 216 ist vom erzielten Bruttoumsatz bzw. vom Nettoerlös die Rede. Dieselben Begriffe (grosser Umsatz, erheblicher Gewinn / *gain important*) finden sich auch in Art. 305^{bis} StGB (Geldwäscherei) als Qualifikationsmerkmal. Das Bundesgericht hat festgehalten, die Qualifikationsmerkmale seien bei diesen Tatbeständen dieselben und sie seien gleich zu interpretieren und anzuwenden (BGE 122 IV 216 E. 2 d; BGE 129 IV 256).

PIETH (PIETH, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, N. 50 zu Art. 305^{bis} StGB) verweist auch auf die Parallelformulierung in Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG sowie den Vorschlag GRABER (GRABER, Geldwäscherei, Ein Kommentar von Art. 305^{bis} und 305^{ter} StGB, Diss. 1990, S. 153), die vom Bundesgericht gesetzten Grenzwerte auch für die Geldwäscherei zu übernehmen. Auch PIETH sagt aber nicht näher, wie dieser erhebliche Gewinn zu bestimmen sei. Er fügt bloss an, er halte diese Schwellenwerte mit Blick auf die Strafdrohung (Art. 305^{bis} Ziff. 2 StGB sieht Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor, wobei mit der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe bis zu 500 Tagessätzen zu verbinden ist, und Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 Satz 2 BetmG Freiheitsstrafe nicht unter einem

Jahr, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann) in beiden Fällen für viel zu tief angesetzt.

Die Kammer hat keinen Anlass, von der bundesgerichtlichen Vorgabe (Umsatz von Fr. 100'000.00 oder Gewinn von Fr. 10'000.00) abzuweichen.

Die Vorinstanz hat bei der Gewinnberechnung den Einstandspreis (Ankauf) abgezogen. Das scheint mit Blick – unabhängig von der sonst vom Kreisgericht gezogenen Parallele im Einziehungsrecht, wo teilweise reines Bruttoprinzip befürwortet wird – auf den Begriff „Gewinn“ von vornherein klar geboten.

Im Übrigen wird in der Literatur und vom Bundesgericht – ebenfalls von der Vorinstanz – in diesem Zusammenhang regelmässig der Begriff „Nettoerlös“ gebraucht, womit offensichtlich das Ergebnis von Verkaufspreis minus Einstandspreis gemeint ist. Betriebswirtschaftlich ist diese Terminologie falsch, denn dort wird der Bruttoerlös dem Nettoerlös gegenübergestellt. Der Erlös bzw. Bruttoerlös ergibt sich aus verkaufter Menge mal Verkaufspreis und der Nettoerlös entsteht nach Abzug der Erlösminderungen (wie Gutscheine, Skonti, Rabatte) vom Bruttoerlös (Wikipedia, Artikel „Erlös im Rechnungswesen“; ebenso www.wirtschaftlexikon24.net). Nettoerlös wäre so gesehen praktisch gleichbedeutend mit Umsatz, jedenfalls meint der Begriff nicht „Gewinn“.

In der juristischen Literatur ist neben dem Begriff Nettoerlös auch noch von Nettogewinn die Rede (FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., N. 190 zu Art. 19 StGB), die Begriffe werden offenbar synonym gebraucht.

Die Vorinstanz hat auf die Parallele im Einziehungsrecht (Einziehung von Vermögenswerten, Bestimmung einer Ersatzforderung, Art. 70/71 StGB) verwiesen (vgl. Motiv S. 22 = pag. 8407). Die Parallele ist nach Ansicht der Kammer grundsätzlich durchaus sinnvoll. Bei der Ausgleichseinziehung geht es um den Ausgleich deliktischer Vorteile resp. um die Durchsetzung des sozialetischen Gebotes „Strafbares Verhalten soll nicht lohnen“ (BAUMANN, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, N. 3 zu Art. 70/71 StGB). Im Zusammenhang mit der Berechnung des unrechtmässigen Vorteils wird – wie von Vorinstanz zitiert – über die Anwendung des Brutto-, Netto- oder eines sog. „gemässigten Bruttoprinzips“ heftig diskutiert (Motiv S. 22 = pag. 8407 mit Verweis auf BAUMANN, a.a.O., N. 32 zu Art. 70/71 StGB). Der Ansatz- und Bewertungspunkt ist im Einziehungsrecht und den Qualifikationsfällen der Geldwäscherei und des gewerbsmässigen Drogenhandels durchaus derselbe: Profit soll es nicht geben, dieser wird vom Staat konfisziert. Profit ist sozialetisch und explizit auch strafrechtlich besonders ver-

werflich und führt zu einer höheren Mindeststrafe. Es lässt sich deshalb nach Ansicht der Kammer durchaus vertreten, diesen Profit, den (erheblichen, important) Gewinn nach gleichen Grundsätzen zu bestimmen. Allerdings ist die Kammer nun – und nicht bloss unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit – der Ansicht, dass jedenfalls bei verbotenen Verkaufsgeschäften der Anschaffungspreis in jedem Fall abgezogen werden muss. Wenn das Gesetz von „Gewinn“ spricht, so ist zumindest dieser Aufwandposten zu berücksichtigen. Schon allein nach laienhaftem Verständnis ist Gewinn „Verkaufspreis minus Anschaffungspreis“. Für das Einziehungsrecht mag das noch streitig sein (vgl. Argumente SCHMID, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäsche, Bd. 1, 2. Aufl., Zürich 2007, N. 55 zu Art. 70/72, S. 132: Der Gesetzgeber hätte bei der Revision 2002 die Frage klarstellen können; wenn er weiterhin von Vermögenswerten spreche, die einzuziehen seien, scheine der Gesetzgeber dem Bruttoprinzip verpflichtet.).

Das Bundesgericht hat in BGE 133 IV 112 (6P.236/2006, E. 11.3-11.5; erwähnt in BAUMANN, a.a.O., N. 32 zu Art. 70/71 StGB) einen Entscheid der Vorinstanz geschützt, der das gemässigte Bruttoprinzip anwandte und damit die Gestehungskosten der Ware abzog. Es bemerkte dann aber vor dem Hintergrund der ratio legis der Bestimmung und in Anbetracht der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin den illegalen Handel aus reiner Gewinnsucht betrieben und hierdurch zur Ausrottung einer geschützten Tierart beigetragen habe, dass die Berücksichtigung weiterer (angeblicher) Aufwendungen nicht geboten sei. BAUMANN (BAUMANN, a.a.O., N. 32 zu Art. 70/71 StGB) meint zu diesem Entscheid, der Hinweis auf die Gewinnsucht scheine von unzulässigen Strafzwecken geleitet und das gemässigte Bruttoprinzip sei ein Schritt in die richtige Richtung. Die unterschiedliche Behandlung von Anschaffungskosten und anderen Aufwandpositionen bleibe aber erklärungsbedürftig. Die Netto/Brutto-Frage werde die Gerichte weiter beschäftigen.

Nach Ansicht der Kammer gibt es jedoch für die Unterscheidung von Anschaffungskosten für das verbotene Gut einerseits und weiteren Aufwendungen für die strafbaren Tätigkeiten andererseits (Begleitkosten für Anschaffung und Vertrieb) sachliche Gründe, nämlich betriebswirtschaftliche und – damit verbunden – solche der Praktikabilität.

Die – oben angeführte – Terminologiefrage verweist auf das dahinter stehende wirtschaftliche Problem: Während der Einstandspreis einer Ware und allenfalls weitere Kosten problemlos konkret und fassbar auf eine bestimmte Stück- oder Mengenzahl einer Ware bezogen und ihr zugeordnet werden können, ist dies bei anderen Kosten (wie hier

Miete, Strom und Löhne für das beschäftigte Personal) nicht oder nicht ohne eigentliche, aufwändige Betriebskostenrechnung möglich. Wenn das Gesetz von „Gewinn“ spricht, so ist damit nur ungefähr gesagt, was gemeint sein soll. Die Betriebswirtschaft spricht von Brutto- und Nettogewinn, beides ist „Gewinn“. Bruttogewinn ist der Gewinn, bei dem keine fixen Kosten abgezogen werden. Fixkosten sind Kosten, die in konstanter Höhe anfallen, unabhängig davon, welche Menge von einem Produkt erbracht oder vertrieben wird. Variable Kosten sind demgegenüber derjenige Teil der Gesamtkosten, der in der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung bei Änderung der Bezugsgrösse (Beschäftigung oder Produktmenge) ebenfalls ändert. Was Fixkosten, was variable Kosten sind, ist im Einzelfall diskutabel und hängt u.a. vom Zeithorizont ab. Mit der Länge des Betrachtungshorizonts nimmt die Variabilität zu.

Die Berücksichtigung aller Kosten für den strafbaren Vertrieb eines Gutes führt zu einer eigentlichen Ertragsrechnung in einem „Unternehmen“. Dabei sind schon die Fakten (Aufwandposten) überaus schwierig festzustellen. Darüber hinaus erfordert die Rechnung eine im Einzelfall schwierige und diskutable Bewertung und Zuordnung der Kostenpositionen (ein Drogenverkäufer könnte wie bei den Steuern die Mietkosten für das Zimmer, wo er die Droge verpackt, als Aufwand in Abzug bringen usw.). Das ist unter praktischen Gesichtspunkten kaum durchführbar und aber rechtlich auch nicht geboten. Unter den gesetzlichen Begriff „Gewinn“ lässt sich mühelos der betriebswirtschaftliche Bruttogewinn subsumieren. Bei diesem sind alle ersichtlichen, direkt auf die Ware umlegbaren Aufwandposten zur berücksichtigen, aber nur diese: z.B. der Einstandspreis, die Kosten für das Verpackungsmaterial, allenfalls noch die Transportkosten, die direkt mit der konkreten Ware anfielen u.ä. Löhne gehören nicht dazu, umso mehr, wenn, wie hier, die Angestellten im Unternehmen noch andere Aufgaben hatten und selber (bewusst) vom strafbaren Tun profitierten. Dasselbe gilt nun aber auch für Miete und Strom, denn diese Posten waren nicht variabel, d.h. es handelte sich bei ihnen um von der Menge des verkauften Stoffes angefallene unabhängige Fixkosten. Wie es sich verhalten würde, wenn Lagerräume ausschliesslich für das Lagern von Drogen gemietet würden etc., muss hier nicht entschieden werden.

Die Vorinstanz hat richtig erkannt, dass der vorliegende Gewinn von rund Fr. 27'000.00 wegen der Mittäterschaft beiden Angeschuldigten anzurechnen ist. Die Gewerbsmässigkeit ist somit bei beiden zu bejahen und sie sind schuldig zu sprechen der qualifizierten Widerhandlungen gegen das BetmG i.S. von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG.

[...]