

# **BL\_GERICHTE 100 10 1242 vom 8. März 2011**

BL Gerichte, 2011-03-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_100\\_10\\_1242](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_100_10_1242)

FR: BL\_GERICHTE 100 10 1242 du 8 mars 2011

IT: BL\_GERICHTE 100 10 1242 del 8 marzo 2011

## **Regeste**

Testkäufe von alkoholischen Getränken durch Jugendliche - Bestätigung der Rechtsprechung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

-2. ( ... ) 3.1 Die Staatsanwaltschaft wirft der Angeklagten gemäss Anklageschrift vom 15. Februar 2010 Folgendes vor: " Vorbemerkung Im Auftrag des Pass- und Patentbüros Basel-Landschaft führen Jugendliche im Alter unter 16 Jahren gestützt auf § 26 Abs. 4 Gastgewerbegesetz BL von Zeit zu Zeit Testkäufe von alkoholhaltigen Getränken in Verkaufsläden und Restaurants durch. Mittels diesen Testkäufen wird die Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen betreffend Verkauf von alkoholischen Getränken an Jugendliche überprüft. Verabreichen gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder Die Angeklagte verkaufte am 1. April 2009 im Betrieb X. (...) einem jugendlichen "Testkäufer" im Alter von 15 Jahren, geboren am 22. Juni 1993, ohne vorgängige Ausweiskontrolle eine Flasche Vodka Red Liqueur (70 cl, ca. 21% Vol. Alkohol). Die Angeklagte wusste um den generell gefährdenden Einfluss von Alkohol auf die Gesundheit sowie um dessen potenzierte Gefährlichkeit für Kinder und deren heranwachsenden Organismus. " 3.2 Das Strafgerichtspräsidium hielt in seinem Urteil vom 17. August 2010 zusammenfassend fest, dass der in der Bundesverfassung und internationalen Menschenrechtsverträgen statuierte Grundsatz des fairen Verfahrens im Strafprozess im ganzen Verfahrensablauf für alle Verfahrensbeteiligten gelte. Das Gebot der Fairness schreibe unter anderem vor, dass rechtswidrig erhobene Beweise für die Urteilsfindung nicht zu beachten seien. Das Strafgerichtspräsidium prüfte in der Folge, ob Alkoholtestkäufe durch Jugendliche, wie sie im vorliegenden Fall durchgeführt worden waren, eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE darstellten. Es befand, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Zweifelsfall davon auszugehen sei, dass jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE darstelle; dies gelte unabhängig vom dabei betriebenen Täuschungsaufwand. Gemäss Rechtsprechung zum BVE müssten drei Voraussetzungen gegeben sein, damit eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE vorliege: Die handelnde Person müsse den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnen sein, weiter dürfe dies für die verdächtige Person nicht erkennbar sein und schliesslich müsse der Kontakt zwischen handelnder und verdächtiger Person zu Ermittlungszwecken geknüpft worden sein. Das Strafgerichtspräsidium bejahte im Anschluss das Vorliegen der genannten Merkmale, weshalb es die Alkoholtestkäufe durch Jugendliche als verdeckte Ermittlungen im Sinne des BVE qualifizierte. Daran anknüpfend gelangte es zum Schluss, dass die Verabreichung gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder

gemäss Art. 136 StGB nicht unter die im BVE aufgeführten Katalogtaten falle, was die verdeckte Ermittlung als unzulässig erscheinen lasse und in der Konsequenz dazu führe, dass die daraus gewonnenen Erkenntnisse nicht verwendet werden dürften. Aufgrund der Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots könne auch ein von der Angeklagten nach Konfrontation mit den Ergebnissen des Testkaufes abgelegtes Geständnis nicht verwertet werden. Der in der Anklageschrift geschilderte Sachverhalt sei demzufolge nicht bewiesen, weshalb die Angeklagte von der Anklage freizusprechen sei. Das Strafgerichtspräsidium warf in der Folge weiter die Frage auf, ob allenfalls eine unzulässige Methode der Beweiserhebung vorliegen könnte, weil die Jugendlichen als tatprovocierende Lockspitzel (agents provocateurs) eingesetzt würden. Es kam zum Schluss, dass dies der Fall sei, weil die Jugendlichen anstiftend auf das Verkaufspersonal einwirkten. Auch aus diesem Blickwinkel seien die durch die unzulässige Beweiserhebungsmethode gewonnenen Erkenntnisse wohl nicht verwertbar. 3.3 Die Staatsanwaltschaft wirft dem Strafgerichtspräsidium in ihrer Appellationsbegründung zusammenfassend vor, es habe verkannt, dass es sich im vorliegenden Fall um eine nicht vom BVE erfasste einfache verdeckte Ermittlung handle, die deshalb der kantonalen Gesetzgebung unterliege. Diese sehe Alkoholtestkäufe ausdrücklich vor, wodurch die Beweisbeschaffung in zulässiger Art und Weise erfolgt sei. Die Folgerung des Strafgerichtspräsidiums, wonach ein Alkoholtestkauf als unrechtmässiger Einsatz eines agent provocateur zu qualifizieren sei, erweise sich im Übrigen als haltlos, weil der Jugendliche das Verkaufspersonal nicht im Speziellen zur Tat bewege.

#### **E. 4**

Das Kantonsgericht hat sich in seinem Urteil vom 10. Februar 2009 (KG ZS vom 10. Februar 2009 i.S. Staatsanwaltschaft BL gegen T.K., 100 08 1148 , vgl. BLKGE 2009 I Nr. 20) bereits einlässlich mit der Frage befasst, ob ein Jugendlicher, der im Auftrag des Pass- und Patentbüros Basel-Landschaft in einem öffentlich zugänglichen Betrieb Alkohol zu kaufen versucht, als verdeckter Ermittler im Sinne des BVE zu qualifizieren ist. Es stützte sich dabei auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung und entschied, dass dies der Fall sei, weshalb ein Beweisverwertungsverbot greife. Auf eine Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen diesen kantonsgerichtlichen Entscheid ist das Bundesgericht mit Urteil vom 22. Juni 2009 nicht eingetreten (vgl. BGE 6B\_272/2009). Das Prinzip der Rechtsgleichheit und der Grundsatz der Rechtssicherheit gebieten nun, dass bei identischer Gesetzeslage an der Rechtsprechung zu Alkoholtestkäufen festzuhalten ist, solange nicht eine bessere Erkenntnis der ratio legis, veränderte Verhältnisse oder höchstrichterliche Entscheide eine andere Beurteilung gebieten. Es ist somit nachfolgend umfassend zu prüfen, ob die von der Staatsanwaltschaft angeführten Argumente so gewichtig sind, dass sich eine Änderung der vom Kantonsgericht im Urteil vom 10. Februar 2009 eingehend begründeten Rechtsprechung rechtfertigt.

#### **E. 5**

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Strafgerichtspräsidium zunächst vor, es habe verkannt, dass es sich im vorliegenden Fall um eine nicht vom BVE erfasste einfache verdeckte Ermittlung handle, weshalb das Bundesgesetz gar nicht anwendbar sei.

##### **E. 5.1**

In ihrer Appellationsbegründung führt die Staatsanwaltschaft zu diesem Punkt näher aus, gemäss Art. 1 BVE habe die verdeckte Ermittlung zum Zweck, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar seien, in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären. Eine Definition des Begriffs der verdeckten Ermittlung fehle im Gesetz. In einem wohl noch nicht abgeschlossenen und vom Bundesgericht teilweise mitgetragenen terminologischen Prozess werde zur Zeit mehrheitlich zwischen der qualifizierten verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE sowie der einfachen verdeckten Ermittlung ausserhalb des Anwendungsbereichs des BVE unterschieden. Unter Hinweis auf eine in Teilen der Lehre vertretene Meinung definiert die Staatsanwaltschaft die einfache verdeckte Ermittlung dahingehend, dass der einfache verdeckte Ermittler nicht aktiv einen falschen Eindruck über seine Identität und Beamteneigenschaft erwecke, er unterlasse es bloss, sich als Polizist zu erkennen zu geben. Solange der verdeckte Ermittler nicht aktiv eine besondere Tarnung oder einen Falschnamen verwende, sei er kein qualifizierter verdeckter Ermittler im Anwendungsbereich des BVE. Bezogen auf die Testkäufe von Alkohol im Kanton Basel-Landschaft sei gemäss dieser Definition von einfacher verdeckter Ermittlung auszugehen, weil die Jugendlichen auf entsprechende Nachfragen des Verkaufspersonals ihre echten Ausweise vorzeigten. Im Grundsatzurteil BGE 134 IV 266 definierte das Bundesgericht nach vertiefter Auseinandersetzung mit den Gesetzesmaterialien und den in der Lehre vertretenen Meinungen die verdeckte Ermittlung dahingehend, dass mangels einer klaren, abweichenden Regelung im BVE im Zweifelsfall davon auszugehen sei, dass jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE sei und unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes falle (BGE 134 IV 266, E. 3.7). Das Bundesgericht setzte sich ausführlich mit den verschiedenen Kriterien auseinander, die in der Doktrin vorgeschlagen werden, um die verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE von anderen, nicht unter dieses Gesetz fallenden verdeckten Ermittlungstätigkeiten abzugrenzen. Es verwarf unter den verschiedenen vorgeschlagenen Kriterien auch die im vorliegenden Verfahren von der Staatsanwaltschaft angeführte Lehrmeinung, wonach ein gewisses Mass an Täuschungsresp. Eingriffsintensität vorausgesetzt sei, damit eine verdeckte Ermittlung vorliege. Dazu führte das Bundesgericht aus, dass der Begriff der Intensität äusserst vage sei. Der Anwendungsbereich des BVE müsse sich aber nach klaren, einfachen Kriterien bestimmen lassen. Es dürfe nicht von ungewissen Aspekten abhängen, ob eine verdeckte Ermittlungstätigkeit im konkreten Einzelfall unter den Anwendungsbereich des BVE oder aber unter den Anwendungsbereich der kantonalen Strafprozessordnungen falle (BGE 134 IV 266, E. 3.6.3). In den Urteilen 6B\_743/2009 und 6B\_837/2009 vom 8. März 2010 setzte sich das Bundesgericht mit der in der Lehre geäusserten Kritik an dieser weiten Auslegung des Begriffs der verdeckten Ermittlung vertieft auseinander. Es verwarf die Konzeption einer Unterscheidung zwischen einfacher und qualifizierter Ermittlung mit der Begründung, das BVE enthalte keine hinreichend klare Grundlage für die Auffassung, dass eine einfache verdeckte Ermittlung vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen sei (BGE 6B\_743/2009 vom 8. März 2010, E. 3.1; BGE 6B\_837/2009 vom 8. März 2010, E. 3.2).

## **E. 5.2**

Die Staatsanwaltschaft wendet ein, die Proportionalität zwischen der Höhe der zum Individualschutz aufgebauten Hürden der Formvorschriften auf der einen und der Schwere des Eingriffs in Persönlichkeitsgüter der Zielpersonen auf der anderen Seite dürfe nicht

ignoriert werden. Die unterschiedliche Intensität der Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte Dritter müsse angemessen berücksichtigt werden. Dies führe zur Schlussfolgerung, dass einfache Test- und Scheinkäufe ausserhalb des Anwendungsbereichs des BVE liegen würden. Der Staatsanwaltschaft ist insofern beizupflichten, als dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz gerade im Polizeirecht und für das Handeln der Polizeiorgane ein besonderes Gewicht zukommt. So ist bei jeglicher polizeilicher Tätigkeit eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation zu wahren (BGE 136 I 87, E. 3.2). Die Auffassung der Staatsanwaltschaft geht jedoch vorliegend von falschen Prämissen aus. Sie operiert fürs Erste mit der Annahme, dass die Schwere des durch die verdeckte Ermittlung bewirkten Grundrechtseingriffs vom für die Täuschung der Zielpersonen betriebenen Aufwand abhängt, was jedoch nicht zutrifft (vgl. nachstehend E. 7.1). Zusätzlich geht sie offenbar davon aus, dass das öffentliche Interesse an der Verfolgung und Bestrafung der Täterschaft bei jeder Straftat gleich gross ist, was ebenfalls offensichtlich nicht stimmt. Damit geht auch ihre Interessen- und Rechtsgüterabwägung fehl, denn einerseits wird bezüglich Alkoholtstkäufen das öffentliche Interesse über- und andererseits das private Interesse unterbewertet. Das Erfordernis einer vernünftigen Zweck-Mittel-Relation im Einzelfall verlangt vielmehr, dass der Einsatz von verdeckten Ermittlern wegen der Schwere des damit verbundenen Grundrechtseingriffs umso restriktiver zu handhaben ist, je geringfügiger die verfolgte Rechtsgutverletzung ausfällt - ansonsten stünde die Freiheitsbeschränkung in einem offenbaren Missverhältnis zum damit verfolgten öffentlichen Interesse (vgl. Hans Baumgartner, Zum V-Mann-Einsatz, Zürich 1990, S. 209). Mit anderen Worten: Wenn schon die Verfolgung schwerster Kriminalität nur unter Einhaltung der strengen Vorschriften des BVE zulässig ist, so müssen die Hürden für die verdeckte Ermittlung bei leichteren Straftaten nicht tiefer, sondern eben höher angesetzt werden. Das Verhältnismässigkeitsprinzip spricht also nicht für, sondern prinzipiell gegen die von der Staatsanwaltschaft vertretene Auffassung.

### **E. 5.3**

Die von der Staatsanwaltschaft geltend gemachte Unterscheidung zwischen einfacher und qualifizierter verdeckter Ermittlung existiert nach dem Dargelegten nicht. Sobald ein verdeckt operierender Ermittler nicht bloss observiert, sondern ein interaktives Element (Anknüpfung von Kontakten) mit verdächtigen Personen beabsichtigt ist, liegt eine verdeckte Ermittlung nach BVE vor (vgl. Mark Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, S. 134). Das Strafgerichtspräsidium beurteilte den Sachverhalt deshalb zu Recht unter dem Gesichtspunkt einer verdeckten Ermittlung im Anwendungsbereich des BVE.

### **E. 6**

Die Staatsanwaltschaft wendet weiter ein, das Strafgerichtspräsidium habe die bundesgerichtlichen Kriterien zur Qualifikation einer verdeckten Ermittlung nach BVE im vorliegenden Fall in verschiedener Hinsicht falsch angewendet.

#### **E. 6.1**

Zunächst argumentiert die Staatsanwaltschaft, das Strafgerichtspräsidium habe jugendliche Testkäufer zu Unrecht als Polizeiangehörige bewertet. Die Testkäufe würden vom Generalsekretariat der Sicherheitsdirektion Basel-Landschaft bzw. in Delegation vom Pass- und Patentbüro Basel-Landschaft in Erfüllung eines gesetzlichen Auftrags selbständig durchgeführt und erfolgten zwar im generellen Wissen, aber nicht mit ausdrücklicher

Zustimmung oder gar auf Anordnung der Untersuchungsbehörden. Diese hätten keine Kenntnis von den einzelnen Einsätzen. Es sei durchaus üblich, dass in speziellen Nebenstrafrechtsbereichen gerade nicht die Polizeicorps, sondern entsprechende Fachstellen mit gesetzlichen Kontroll- und Ermittlungsaufgaben betraut würden. Das BVE beziehe sich hingegen grundsätzlich nur auf die Sicherheitspolizei (wohl gemeint: Gerichtspolizei). Das Kriterium, dass die verdeckt handelnde Person eine Polizeiangehörige zu sein habe, darf nicht zu eng verstanden werden. Polizei meint nämlich allgemein diejenige staatliche Tätigkeit, welche die öffentliche Ruhe und Ordnung, die öffentliche Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr durch die Abwehr von Störungen und Gefährdungen schützt. In diesem Sinne ist die Polizei nicht etwa eine Behörde, sondern eine Funktion (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 2431). Die blosse organisationsrechtliche Einordnung der ermittelnden Behörde ist somit irrelevant, solange sie eine der vorstehend aufgezählten polizeilichen Aufgaben wahrnimmt, was im Falle der durch das Pass- und Patentbüro Basel-Landschaft veranlassten Testkäufe unzweifelhaft zutrifft. Eine Person wird bereits dadurch zur verdeckten Ermittlerin, dass ihr Handeln in Beziehung steht zur polizeilichen Aufgabe und ihr Einsatz durch ein staatliches Organ angeordnet, genehmigt oder zumindest konkret geduldet wird (Baumgartner, a.a.O., S. 132). Das Verhalten der ermittelnden Person ist umso mehr dann den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnen, wenn sie nicht nur mit deren Wissen und Zustimmung handelt (BGE 124 IV 34, E. 3d), sondern ihre Aufgabe auch zum ausdrücklichen Ziel hat, gegen bestimmte Personen eine Strafverfolgung zu erwirken. Diese Zielsetzung verdeutlicht, dass es sich nicht um reine sicherheitspolizeiliche Massnahmen der Gefahrenabwehr, sondern um eine Ermittlungsmassnahme im Rahmen der Gerichtspolizei handelt. Der Umstand, dass damit möglicherweise auch präventive Ziele verfolgt werden, ändert daran nichts (Ernst R. Gnägi, Der V-Mann-Einsatz im Betäubungsmittelbereich, Bern 1992, S. 46; Baumgartner, a.a.O., S. 140). Die von der Staatsanwaltschaft vertretene rein organisationsrechtliche Betrachtungsweise würde im Übrigen einer Umgehung der strengen gesetzlichen Bestimmungen zur verdeckten Ermittlung durch Delegation von Ermittlungskompetenzen innerhalb der Exekutive Tür und Tor öffnen, was nicht zuletzt auch aufgrund der demokratischen Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips nicht hinnehmbar wäre. In casu besteht unbestrittenmassen eine langjährige Zusammenarbeit zwischen dem Pass- und Patentbüro Basel-Landschaft und der Staatsanwaltschaft, wobei praktisch jeder positiv ausgefallene Testkauf dazu führt, dass vom zuständigen Statthalteramt mittels Strafbefehl eine Geldstrafe bzw. eine Busse ausgesprochen wird (vgl. KG ZS vom 10. Februar 2009, E. 2.3.4). Die Einsätze jugendlicher Testkäufer erfolgen demnach im Auftrag eines staatlichen Organs und überdies mit Wissen und Zustimmung der Staatsanwaltschaft. Die Staatsanwaltschaft stellt sich denn auch ausdrücklich hinter das Vorgehen des Pass- und Patentbüros, da der einfache Testkauf das mit Abstand behutsamste der griffigen Mittel zur Kontrolle, Umsetzung und praktischen Überprüfung der gesetzlichen Vorschriften sei. Vor diesem Hintergrund ist ein jugendlicher Testkäufer ohne Weiteres als Polizeiangehöriger zu qualifizieren. Die Zugehörigkeit der Jugendlichen zur Polizei ist sodann für das Verkaufspersonal nicht erkennbar, was auch die Staatsanwaltschaft explizit zugesteht.

## **E. 6.2**

Die Staatsanwaltschaft moniert weiter, das Strafgerichtspräsidium habe das bundesgerichtliche Kriterium der Kontaktknüpfung zu Ermittlungszwecken falsch

ausgelegt. Die kantonsgerichtliche Auffassung, wonach der Abschluss eines Kaufvertrages eine Kontaktanknüpfung im Sinne des BVE darstelle (KG ZS vom 10. Februar 2009, E. 2.3.6), sei ebenfalls abzulehnen. Die Staatsanwaltschaft stellt sich vorliegend auf den Standpunkt, dass es sich beim blossen Abschliessen eines Kaufvertrages in einem Lebensmittelgeschäft - eine Transaktion, die in der Regel in Eile, mit nur flüchtigem Augenkontakt und ohne Gespräch stattfindet - nicht um einen geknüpften Kontakt im Sinne des BVE handeln könne, zumal bereits das Verb "knüpfen" ein aktives und planerisches Handeln zur Festigung und Herstellung eines zumindest mittelfristig aufrecht zu erhaltenden Kontakts impliziere. Vorweg ist der eigentliche Leitgedanke zur Auslegung des BVE in Erinnerung zu rufen, wonach sich dessen Anwendungsbereich nach klaren, einfachen Kriterien bestimmen lassen muss (BGE 134 IV 266, E. 3.6.3). Vollkommen unbestimmte Merkmale wie die Intensität oder die Dauer des Kontakts erscheinen von vornherein gänzlich untauglich, um den Anwendungsbereich des BVE in vorhersehbarer und rechtsgleicher Weise zu begrenzen. Massgebend ist insoweit unter der gebotenen Berücksichtigung des Schutzzwecks der Bestimmungen des BVE nicht der zur Kontaktanknüpfung betriebene Aufwand, sondern der Umstand, dass überhaupt ein Kontakt hergestellt wird. Dass zwischen dem jugendlichen Testkäufer und dem Verkäufer ein Kontakt zu Stande kommt, lässt sich schlechterdings nicht verneinen, denn ohne irgendeinen zwischenmenschlichen Kontakt lässt sich in einem Lebensmittelladen kein Alkohol kaufen. Wie die Vorinstanz hierzu zutreffend festgestellt hat, ist das Vorgehen der Jugendlichen bei einem Testkauf dazu noch aktiv und zielgerichtet und erfolgt mit dem Zweck, eine konkrete Widerhandlung gegen das Gesetz zu veranlassen und zu beweisen. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, wie ein Täter den vorliegend angeklagten Straftatbestand des Verabreichens gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder durch aktives Tun erfüllen könnte, ohne mit einem Kind in Kontakt zu treten. Es ist somit der Auffassung des Strafgerichtspräsidiums zuzustimmen, wonach das Verhalten der jugendlichen Testkäufer als Kontaktanknüpfung zu Ermittlungszwecken im Sinne des BVE zu qualifizieren ist.

### **E. 6.3**

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die Testkäufe von Alkohol mit der vorliegend zu beurteilenden Methode ein Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen darstellen und somit unter die bundesgerichtliche Definition einer verdeckten Ermittlung nach BVE fallen (ebenso OGer Solothurn vom 21. Oktober 2010, STKAS.2010.3).

### **E. 7**

Dieses Auslegungsergebnis drängt sich auch aufgrund grundsätzlicher rechtsstaatlicher und demokratischer Überlegungen auf.

### **E. 7.1**

Alkoholtestkäufe greifen zweifellos in Grundrechte ein. Der in Art. 10 Abs. 2 BV garantierte Anspruch auf persönliche Freiheit umfasst insbesondere die geistige Unversehrtheit. Geschützt ist die Integrität des Bewusstseins im Sinne der unbeeinflussten Wahrnehmungs- und Entscheidungsfähigkeit des Menschen (Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 133). Darunter fällt die Freiheit des Einzelnen, eine bestimmte Situation selbst einzuschätzen und gemäss dieser Bewertung zu handeln (vgl. statt vieler BGE 127 I 6, E. 5a; BGE 133 I 110, E. 5.2). Unzulässig ist staatliches Handeln, das darauf

abzielt, die Entscheidungsfreiheit einer Person zu beschneiden oder gar zu brechen. Dem Staat ist somit die Manipulation der Willensbildung verboten (René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 1312; Kiener/Kälin, a.a.O., S. 133). Im Rahmen des Testkaufs von Alkohol wird das Verkaufspersonal über die Rolle und das Handlungsziel des jugendlichen Testkäufers getäuscht. Diese Verschleierungstaktik ist zentraler und untrennbarer Bestandteil des Testkaufs. Dabei kann der Meinung der Staatsanwaltschaft nicht gefolgt werden, wonach der Jugendliche nicht aktiv einen falschen Eindruck über seine Beamteneigenschaft erwecke. Die aktive Nennung eines falschen Alters erweist sich insbesondere deshalb als unnötig, weil der Testkäufer durch sein Verhalten zumindest implizit vorgibt, nicht im Rahmen der Polizeiarbeit im Betrieb zu sein. Die Täuschung wird dadurch begangen, dass der Jugendliche wie jede andere Person als Käufer auftritt und die Zielperson über die wahre Begebenheit nicht aufklärt. Alleine durch sein jugendliches Aussehen wirkt er täuschend auf das Verkaufspersonal ein, da dieses hinter einem Teenager keinen Polizeibeamten vermuten würde (sinngemäss ebenso Charles Haenni, Verdeckte Ermittlung, in: Kriminalistik 2005, S. 249). Durch das Verschweigen der wahren Umstände eines Kaufs wird in die Wahrnehmungs- und Entscheidungsfreiheit der Zielperson eingegriffen und ihre Willensbildung manipuliert. Wegen ihres Irrtums über die Identität des Gegenübers kommuniziert sie mit der Polizei, ohne dass dabei die Schutzmassnahmen gelten, die für eine Einvernahme vorgesehen sind. Die Zielperson belastet sich ohne es zu merken selber, indem sie die Straftat begeht (Luzia Vetterli, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, in: forum poenale 2008, S. 368, m.w.H.). Bei Kenntnis des wahren Sachverhalts hätte sie anders gehandelt (Alexandra Haag, Alkoholtestkäufe durch Jugendliche, Masterarbeit zum Nachdiplomstudium MAS Forensics vom 11. Mai 2009 an der Hochschule Luzern, abrufbar unter: [www.ccfw.ch/ccfw\\_haag\\_alkohol.pdf](http://www.ccfw.ch/ccfw_haag_alkohol.pdf), S. 19; Gnägi, a.a.O., S. 58). Alkoholtestkäufe verstossen im Weiteren auch gegen Verfahrensgrundrechte, denn das im Wesentlichen in Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK statuierte Recht auf ein faires Verfahren verbietet es den Strafbehörden unter anderem, bei der Beweiserhebung mit Täuschungen zu operieren (anstelle vieler Robert Hauser/Erhard Schweri/Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, Rz. 9). Aus diesen Gründen bewirken Alkoholtestkäufe zweifellos einen schweren Eingriff in die Willensfreiheit und die Verfahrensrechte der betroffenen Verkäuferinnen und Verkäufer (vgl. auch Botschaft des Bundesrates zum BÜPF/BVE vom 1. Juli 1998, BBl 1998, S. 4283; Peter Albrecht, Zur rechtlichen Problematik des Einsatzes von V-Leuten, in: AJP 2002, S. 632; Patrick Bischoff/Markus Lanter, Verdeckte polizeiliche Ermittlungshandlungen in Chatrooms, in: Jusletter 14. Januar 2008, Rz. 55; Vetterli, a.a.O., S. 367; Haag, a.a.O., S. 19). Die Staatsanwaltschaft bagatellisiert diese grundrechtliche Dimension, wenn sie in der Appellationsbegründung von einem äusserst kurzen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Verkäuferin bzw. des Verkäufers spricht, der in Umfang und Bedeutung marginal sei. Die faktischen Folgen des Eingriffs können für Betroffene nämlich einschneidend ausfallen. Verkauft eine betroffene Person dem jugendlichen Testkäufer Alkohol, so droht ihr aufgrund dieses Grundrechtseingriffs eine strafrechtliche Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe, wobei eventuell noch eine Busse hinzukommt (vgl. Art. 136 StGB und Art. 42 Abs. 4 StGB), wie die vorliegende Anklage zeigt. Im Falle einer Verurteilung weist sie ihr Strafregistereintrag dementsprechend als Person aus, die gegenüber Kindern straffällig geworden ist, was im heutigen Gesellschaftsumfeld unweigerlich eine besondere Gefahr der gesellschaftlichen Stigmatisierung in sich birgt.

Drastisch kann sich der Grundrechtseingriff aber auch auf die konkrete Lebenssituation der betroffenen Person auswirken, denn es besteht für sie die reale Gefahr, dass ihr Arbeitgeber nach der entsprechenden Meldung des Pass- und Patentbüros Basel-Landschaft die Kündigung ausspricht und sie ihre Stelle verliert (so geschehen im heute entschiedenen Parallelverfahren 100 10 1243, was für die betroffene Person eine Arbeitslosigkeit von fast einem Jahr zur Folge hatte; vgl. Protokoll der Sitzung des Strafgerichts vom 17. August 2010, S. 2). Ein Testkauf kann sich somit auch folgenscher auf die wirtschaftliche Situation der betroffenen Person auswirken, zumal der spezifische Kündigungsgrund die Stellensuche in der Branche zusätzlich erschweren dürfte. Im Lichte dieser möglichen gravierenden Konsequenzen kann von einem unbedeutenden staatlichen Eingriff in die Sphäre der Betroffenen schlechterdings nicht die Rede sein.

## **E. 7.2**

Alkoholtestkäufe durchbrechen überdies allgemeine und strafprozessuale Rechtsgrundsätze. Das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 5 Abs. 3 BV sowie Art. 9 BV; vgl. auch Art. 3 Abs. 2 lit. a CH-StPO), erstreckt sich auf Privatpersonen und staatliche Organe und gilt somit als zentrale Maxime für die gesamte schweizerische Rechtsordnung, einschliesslich des Straf- und Strafprozessrechts (Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, Rz. 91; BGE 121 I 183, E. 2b; BGE 131 I 185, E. 3.2.4). Das Verbot treuwidrigen Verhaltens bindet somit auch alle an der Strafverfolgung beteiligten Behörden. Es gebietet ihnen gleichzeitig, ein redliches, vertrauenswürdiges und rücksichtsvolles Verhalten gegenüber den Bürgern an den Tag zu legen (Max Imboden/René Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 6. Aufl., Basel 1986, S. 458). Die Rechtsbeziehung zwischen Behörden und Bürgern muss folglich gegenseitig von Loyalität und Respekt getragen sein, wobei von beiden Seiten gleichenteils die gewissenhafte Erfüllung ihrer öffentlichen Pflichten sowie die nicht missbräuchliche Ausübung ihrer Befugnisse erwartet werden darf. Auch als Ausfluss des demokratischen Prinzips steht der Staat nach schweizerischem Staatsverständnis mit seinen Bürgern in einem partnerschaftlichen Verhältnis; Behörden und Bürger begegnen einander auf Augenhöhe (vgl. Fritz Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat, in: Festschrift für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 29 ff.). Die Grundhaltung des Staates gegenüber den Bürgern muss deshalb eine des Vertrauens sein. Er darf und muss grundsätzlich auf die Gesetzestreue seiner Bürger vertrauen, weil diese die Normen in einem demokratischen Verfahren mitgestaltet und ihnen zugestimmt haben und das Handeln des Rechtsstaates deswegen als legitim akzeptieren (Elisabeth Chiariello, Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 BV der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2004, S. 5 f.). Die im Kanton Basel-Landschaft praktizierten Testkäufe von Alkohol laufen diesen in den Verhaltensmaximen zum Ausdruck kommenden Grundsätzen in verschiedener Hinsicht zuwider. Dies beginnt mit der bewussten Täuschung des Verkaufspersonals, die unabhängig vom bereits erwähnten Grundrechtseingriff nicht mit dem Gebot des redlichen und loyalen staatlichen Verhaltens in Einklang gebracht werden kann. Weiter erfolgen die Testkäufe - wie die Staatsanwaltschaft ausdrücklich betont - systematisch und ohne jeden konkreten Verdacht. Eine polizeiliche Ermittlung ohne Anfangsverdacht, mithin die auf konkreten Indizien beruhende Vermutung, es sei eine strafbare Handlung begangen worden oder könnte begangen werden, ist jedoch unzulässig. Es ist nicht erlaubt, ohne konkreten Verdacht zu ermitteln, um erst dadurch auf Verdächtiges zu stossen (Hans Walder, Kriminalistisches Denken, 5. Aufl., Heidelberg 1996, S. 55 f.; Gnägi, a.a.O., S. 48). Der staatliche Auftrag zur Strafverfolgung schliesst somit aus, dass der Staat systematisch

unbescholtene, in Ausübung einer legalen Erwerbstätigkeit handelnde Bürger auf ihre Gesetzestreue prüft, indem er sie zur Delinquenz verführt, um sie anschliessend zu bestrafen (Haag, a.a.O., S. 20). Die Staatsanwaltschaft führt diesbezüglich ins Feld, die Testkäufe dienten nicht nur der Überführung von gesetzeswidrig handelndem Verkaufspersonal, sondern ebenso und in bedeutend grösserem Umfang dessen Exkulpation. In diesem Zusammenhang ist jedoch daran zu erinnern, dass im Kanton Basel-Landschaft seit jeher die Unschuldsvermutung gilt (vgl. Art. 7 Abs. 2 der Verfassung für den Kanton Basel-Landschaft vom 27. April 1832, Amtliche Buchdruckerei, Liestal 1832; heute: Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK). Die Bürger haben demgemäss gegenüber dem Staat keine Rechenschaft über ihre Gesetzestreue abzulegen und dieser darf spiegelbildlich auch keine Belege ihrer Unschuld oder in eigentlichen Proben auf Vorrat den aktiven Tatbeweis der Rechtstreue einfordern. Der staatliche Strafverfolgungsauftrag umfasst ebensowenig die Erlaubnis zur künstlichen Provokation von Kriminalität. Es ist einem verdeckten Ermittler mithin untersagt, gewissermassen als Initiant eine deliktische Tätigkeit auszulösen, zu der es sonst gar nicht gekommen wäre. Verdeckte Ermittler untersuchen die deliktische Aktivität in einer mehrheitlich passiven Rolle, sie dürfen nicht durch eigene Einflussnahme die Tatbereitschaft wecken oder zu strafbarem Verhalten verleiten (Botschaft des Bundesrates zum BÜPF/BVE vom 1. Juli 1998, BBl 1998, S. 4283; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 75 Rz. 23). Strafverfolgungsorgane dürfen somit nicht Kriminalität provozieren, um die Täter verfolgen zu können, deren möglicherweise latent vorhandene Tatbereitschaft sonst nicht manifest geworden wäre (BGE 112 Ia 18, E. 3b; Gnägi, a.a.O., S. 48). Dementsprechend verbietet Art. 10 Abs. 1 BVE den Ermittlerinnen und Ermittlern, den Tatentschluss der verdächtigen Person hervorzurufen oder den bestehenden Tatentschluss zu erweitern. Bei einem Testkauf begibt sich der Jugendliche in eine Verkaufsstelle, ergreift ein alkoholisches Getränk aus dem Regal und begibt sich damit zur Kasse. Mit seinem Verhalten drückt er gegenüber dem Verkaufspersonal aus, das Getränk kaufen zu wollen. Gleichzeitig nimmt er mit dieser Handlung auf die Willensbildung des Verkäufers Einfluss. Dieser entschliesst sich, trotz des erkennbar jugendlichen Alters des Käufers, ihm den Alkohol zu verkaufen. Ohne die Handlung des Jugendlichen wäre es nicht zum konkreten Verkauf des Alkohols gekommen. Durch sein aktives Tun bestimmt er die Zielperson zur Begehung einer vorsätzlich begangenen, rechtswidrigen Straftat und erfüllt damit den objektiven und subjektiven Tatbestand der Anstiftung, da er genau diesen Handlungserfolg herbeiführen will (Haag, a.a.O., S. 13 f.). Scheitert der Alkoholkauf, so liegt immer noch eine versuchte Anstiftung vor. Die Staatsanwaltschaft wendet dagegen sinngemäss ein, in Lebensmittelläden gehe die Initiative für den Alkoholverkauf vom Unternehmen resp. dessen Verkaufspersonal aus. Mit der Auslage von alkoholhaltigen Getränken und der Preisbeschriftung unterbreite dieses den Jugendlichen eine Offerte zum Vertragsschluss. Der Jugendliche rufe durch sein Handeln lediglich jenes generelle Verhalten einer Verkaufsperson ab, welches diese in analogen Situationen regelmässig an den Tag zu legen scheine. Abgesehen davon, dass sie auf reiner Spekulation über das übliche Verhalten des Verkaufspersonals beruht, ist dieser Argumentation auch entgegenzuhalten, dass die Auslage von alkoholhaltigen Getränken im Ladenlokal - die notwendige Verkaufsbewilligung nach § 18 des Gastgewerbegesetzes vom 5. Juni 2003 (GgG, SGS 540) vorausgesetzt - erlaubt und allgemein gebräuchlich ist. Die Auslage von Waren stellt zwar grundsätzlich ein Angebot im Sinne des Obligationenrechts dar, im Falle von alkoholhaltigen Getränken ist dieses aber offensichtlich nur an zum Kauf berechnete Personen gerichtet. Es liegen denn auch keinerlei Hinweise dafür vor und es

entspricht nicht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Verkaufspersonal in Lebensmittelläden in Eigeninitiative Jugendliche zum Kauf von Alkohol animiert. Es trifft auch nicht zu, dass die betroffenen Zielpersonen fest und unter allen Umständen dazu entschlossen sind, jedem beliebigen Jugendlichen jede Art und Menge von Alkohol zu verkaufen. Der Verkäufer entscheidet sich vielmehr erst in dem Moment, in welchem der Jugendliche vor ihm steht und ein bestimmtes alkoholisches Getränk kaufen will, ihm dieses auch tatsächlich zu verkaufen. Erst die konkrete und individualisierte Handlung des Jugendlichen löst bei ihm den tatsächlichen Entschluss aus. Vorher war er allenfalls zur Tat geneigt, aber noch nicht entschlossen (Haag, a.a.O., S. 13). Wie das Strafgerichtspräsidium somit in E. 3 des angefochtenen Urteils zutreffend festgehalten hat, tritt der jugendliche Testkäufer jeweils als tatprovokierende Person, als sog. agent provocateur, in Erscheinung und geht damit über das zulässige Mass der Einwirkung auf die Zielperson hinaus. Dadurch bedient sich der Staat zur Beweiserhebung einer verbotenen Methode.

### **E. 7.3**

Die aufgezeigten gewichtigen Bedenken machen deutlich, dass es sich bei Alkoholtstkäufen um eine rechtsstaatlich äusserst sensible Materie handelt und sie in der im Kanton Basel-Landschaft praktizierten Form allenfalls nur zulässig sein können, wenn sie sich auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage abstützen lassen. Art. 36 Abs. 1 BV verlangt, dass jede Beeinträchtigung eines Grundrechts auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Schwerwiegende Einschränkungen, wie sie vorliegend zu beurteilen sind, müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Da die Testkäufe wie gezeigt auch staatlichen Verhaltensmaximen und Verfahrensprinzipien zuwiderlaufen, ist die Frage ihrer Zulässigkeit als so bedeutungsvoll einzustufen, dass sie nicht der Exekutive oder der Justiz überlassen werden darf, sondern vom demokratischen Gesetzgeber auf formellgesetzlicher Stufe geregelt werden muss. Erst dadurch wird die erforderliche demokratische Legitimität sichergestellt. Verlangt ist eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze im Dienste der Rechtssicherheit (Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit) sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung. In dieser Hinsicht scheinen ein klar definierter Deliktskatalog und präzise behördliche Verhaltensmassregeln ebenso unabdingbar wie auch die gesetzliche Verankerung einer gerichtlichen Kontrolle. Erst diese verschafft der Öffentlichkeit nämlich Kenntnis von der Art und Weise staatlichen Handelns und erlaubt so auch mittelbar die demokratische Kontrolle.

### **E. 8**

Aus den dargelegten Gründen ist bei jeder verdeckten Ermittlung eine besondere gesetzliche Regelung unentbehrlich, allgemeine Vorschriften über die polizeiliche Ermittlungstätigkeit reichen dazu nicht aus (vgl. BGE 134 IV 266, E. 3.7).

#### **E. 8.1**

Das vorliegend anwendbare BVE erfüllt die soeben skizzierten formalen und inhaltlichen Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage, allerdings darf gestützt darauf eine verdeckte Ermittlung nur zur Verfolgung bestimmter, in Art. 4 Abs. 2 BVE abschliessend aufgeführter, schwerer Straftaten (sog. Katalogtaten) eingesetzt werden. Die Widerhandlung gegen Art. 136 StGB befindet sich nicht in dieser Aufzählung. Die für eine verdeckte Ermittlung nach Art. 7 f. BVE erforderliche richterliche Genehmigung liegt unstrittig nicht vor. Die gewonnenen Erkenntnisse sind deshalb gemäss Art. 18 Abs. 5 BVE nicht verwertbar (KG ZS vom 10. Februar 2009, E. 2.3.4; BGE 134 IV 266, E. 5.2). Die

durch den Einsatz der jugendlichen Testkäufer erzielten Ermittlungsergebnisse dürfen deshalb nicht verwendet werden. Das Strafgerichtspräsidium ging unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zudem zu Recht von einer Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots aus, weshalb auch ein nach Konfrontation mit den Ergebnissen des Testkaufes abgelegtes Geständnis nicht verwertbar ist. Da die Ermittlungsergebnisse überdies auf einer unerlaubten Tatprovokation beruhen, sind sie im Strafverfahren ohnehin nicht verwertbar (vgl. Urteil des EGMR vom 9. Juni 1998 in Sachen Teixeira de Castro gegen Portugal, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV, § 35 ff.).

### **E. 8.2**

Die Staatsanwaltschaft erblickt indes in § 26 des kantonalen Gastgewerbegesetzes eine hinreichende Gesetzesgrundlage. Dieses besagt in § 26 Abs. 4 GgG einzig, dass die zuständigen Behörden verdeckte Testkäufe vornehmen können. Mit diesem einen Satz sind die Voraussetzungen an eine inhaltlich genügend bestimmte gesetzliche Grundlage bei weitem nicht erfüllt. Entscheidend kommt aber hinzu, dass § 26 Abs. 1 GgG den Vollzug des Gastgewerbegesetzes der Bewilligungsbehörde, im hier interessierenden Zusammenhang der heutigen Sicherheitsdirektion (§ 19 Abs. 1 GgG), überträgt. Die Gesetzesbestimmung bezieht sich damit aufgrund ihrer systematischen Stellung offensichtlich ausschliesslich auf verwaltungsrechtliche Verfahren und nicht auf Strafverfahren. Die in § 26 Abs. 4 GgG angesprochenen Testkäufe bezwecken die Kontrolle des Betriebs resp. des Bewilligungsinhabers, nicht des Verkaufspersonals. Das Gesetz ermächtigt somit nicht zum direkten Vorgehen gegen angestellte Personen, die nicht gleichzeitig Bewilligungsinhaber sind. Wie die Staatsanwaltschaft auch selber zugesteht, kann sie aufgrund dieser Gesetzesgrundlage gar keine strafprozessualen Massnahmen durchführen resp. durchführen lassen. § 26 GgG enthält somit keine Ermächtigungsnorm für (strafprozessuale) verdeckte Ermittlungen gegen Verkäuferinnen und Verkäufer.

### **E. 9**

Nach dem Gesagten besteht für das Kantonsgericht keinerlei Veranlassung, um von der bisherigen Rechtsprechung bezüglich Alkoholtestkäufen abzuweichen. Alkoholtestkäufe durch Jugendliche stellen demnach unzulässige verdeckte Ermittlungen im Sinne des BVE dar, deren Ergebnisse in einem Strafverfahren nicht verwertbar sind. Das Kantonsgericht, Abteilung Strafrecht, hält dementsprechend an seiner mit dem Urteil vom 10. Februar 2009 begründeten Rechtsprechung fest. Im Ergebnis ist das Urteil des Strafgerichtspräsidiums vom 17. August 2010 somit in Abweisung der Appellation der Staatsanwaltschaft vollumfänglich zu bestätigen (...). KGE SR vom 8. März 2011 i.S. Staatsanwaltschaft BL gegen K.L. (100 10 1242/SUS) Gegen diesen Entscheid hat die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft am 13. Mai 2011 Beschwerde in Strafsachen beim Schweizerischen Bundesgericht erhoben (6B\_334/2011).

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