

SK-Nr. 2010 91

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Rätz (Präsident), Oberrichter Cavin und Oberrichterin Bratschi sowie Kammerschreiberin Schreiber-Jaun

vom 13. Juli 2010

in der Strafsache gegen

A.

vertreten durch Fürsprecherin X.

wegen Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz

Regeste:

Vorliegen einer verdeckten Ermittlung im Sinne des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung (BVE) bei einem Alkoholtestkauf durch einen Jugendlichen.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es sich beim Alkoholtestkauf eines Jugendlichen in einem Supermarkt nicht um eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE gehandelt habe und somit kein Beweisverwertungsverbot gemäss Art. 18 Abs. 5 BVE vorliege. Die Vorinstanz erklärte die Angeschuldigte der Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz schuldig und verurteilte sie zu einer Busse von Fr. 400.00 und den Verfahrenskosten. Dagegen erklärte die Angeschuldigte die Appellation.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

IV. BEURTEILUNG DURCH DIE KAMMER

1. Verwertbarkeit der Akten

Die Kammer hat damit zu überprüfen, ob die Vorinstanz in ihrem Urteil auf nicht verwertbare Akten abgestellt hat, mithin ob das Urteil auf einer offensichtlich unrichtigen Akten- oder Beweiswürdigung basiert.

Im durch die Vorinstanz mehrfach zitierten BGE 134 IV 266 vom 16. Juni 2008 hielt das Bundesgericht in der Regeste fest, mangels einer klaren, abweichenden Regelung im BVE sei jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren. Die Erkenntnisse, welche ein Polizeiangehöriger durch eine verdeckte Ermittlung gewinne, dürften nur als Beweis verwertet und für weitere Ermittlungen verwendet werden, wenn der Polizeiangehörige vor seinem Einsatz zum verdeckten Ermittler ernannt und diese Ernennung vor seinem Einsatz richterlich genehmigt worden sei. In seinen Erwägungen führte das Bundesgericht weiter aus, das BVE enthalte, wie schon der bundesrätliche Entwurf, keine Definition der verdeckten Ermittlung. In der Botschaft des Bundesrates (BBl 1998 S. 4241 ff.) werde dazu ausgeführt, der Begriff der verdeckten Ermittlung werde in der Diskussion immer wieder verschieden gebraucht, was zu Verständnis- und Abgrenzungsschwierigkeiten führe. Gleichwohl solle auf eine Legaldefinition verzichtet werden, weil der Rahmen durch die gesetzlichen Bestimmungen ausreichend genau festgelegt werde. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft sei verdeckte Ermittlung das Anknüpfen von Kontakten zu verdächtigen Personen, die darauf abzielten, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen. Den Bestimmungen des BVE liessen sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Auffassung entnehmen, dass eine verdeckte Ermittlung nur als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren sei, wenn sie ein gewisses Mass an Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität aufweise. Welche Vorkehrungen für eine erfolgreiche Täuschung der Zielperson über die wahre Identität des ermittelnden Polizeiangehörigen erforderlich seien, hänge wesentlich von den gesamten Umständen ab, wozu auch etwa die Person des Verdächtigen, die Art der aufzuklärenden Straftat und nicht zuletzt das Medium gehöre, über welches mit der Zielperson kommuniziert werde. Massgebend sei insoweit unter der gebotenen Berücksichtigung des Schutzzwecks der Bestimmungen des BVE nicht der betriebene Täuschungsaufwand, sondern der Umstand, dass der Verdächtige überhaupt getäuscht werde, weil der mit ihm zu Ermittlungszwecken kommunizierende Polizeiangehörige nicht als solcher erkennbar sei. Allein schon wegen dieser Täuschung bedürfe die verdeckte Ermittlung in jedem Fall einer besonderen gesetzlichen Regelung, ganz unabhängig davon, welche Eingriffsintensität die verdeckte Ermittlung im konkreten Einzelfall aufweise.

Der Vorrichter bringt nun in seinen Erwägungen mit Bezug auf Lehre und Rechtsprechung vor, dass sich BGE 134 IV 266 weder mit Test- noch mit Scheinkäufen auseinander gesetzt habe und es deute nichts darauf hin, dass das Bundesgericht mit seinem Entscheid eine Praxisänderung in Bezug auf Schein- und Testkäufe beabsichtigt habe. Weder werde die Frage der Schein- und Testkäufe erwähnt, noch finde eine Auseinandersetzung mit dem

zweiten Urteil statt. Während das Appellationsgericht Basel-Landschaft diesen bezüglich Schein- und Testkäufen nicht klaren Entscheid des Bundesgerichts übernommen habe, habe sich die Anlagekammer des Kantons St. Gallen ebenfalls damit befasst und sei zum Schluss gekommen, dass auch unter Berücksichtigung des neuesten Entscheides des Bundesgerichts Scheinkäufe ausserhalb einer verdeckten Ermittlung im BVE zulässig seien (Entscheid vom 25.02.2009, E. 11). Es müsse daher angenommen werden, dass die Rechtsprechung aufgrund des BGE 134 IV 266 und des Urteils des Appellationsgerichtes Basel-Landschaft vom 10.02.2009 zwar nicht einhellig aber doch zum grossen Teil der herrschenden Lehre anschliesse und Schein- und Testkäufe als einfache verdeckte Ermittlung nicht dem BVE unterstelle.

Dieser Auffassung der Vorinstanz ist gestützt auf die vorangehend zitierte Rechtsprechung in BGE 134 IV 266, in Einklang mit den detailliert-substanzierten Vorbringen der Verteidigerin, zu widersprechen. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid klar dargelegt, massgebend sei der Umstand, dass der Verdächtige überhaupt getäuscht worden sei, weil der zu Ermittlungszwecken kommunizierende Polizeiangehörige nicht als solcher erkennbar gewesen sei. Allein schon deshalb bedürfe die verdeckte Ermittlung einer besonderen gesetzlichen Regelung, ganz unabhängig von der Eingriffsintensität der verdeckten Ermittlung. Im Zweifelsfall sei davon auszugehen, 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.

Diese Praxis des Bundesgerichts in besagtem Entscheid wurde denn auch – wie durch die Verteidigung vorgebracht – in den beiden Entscheiden 6B_743/2009 und 6B_837/2009, je vom 8. März 2010, bestätigt, wobei zu erwähnen ist, dass diese Entscheide zum erstinstanzlichen Urteilszeitpunkt am 6. Januar 2010 noch nicht vorlagen. Nichts desto trotz geht aus diesen Entscheiden hervor, dass sich das Bundesgericht in BGE 134 IV 266 sehr wohl mit dem Anwendungsbereich des BVE auseinandergesetzt und sich mangels klarer, abweichender Regelung durch den Gesetzgeber für eine umfassende Anwendbarkeit des BVE ausgesprochen hat. Die Kammer hat sich jedenfalls an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren, selbst wenn in der Doktrin teilweise gegenteilige Meinungen zur Anwendung des BVE geäussert werden.

Grundsätzlich ist daher festzuhalten, dass der Gesetzgeber bewusst auf eine Legaldefinition der verdeckten Ermittlung verzichtet hat, was unbestrittenermassen zu Verständnis- bzw. Abgrenzungsschwierigkeiten führen kann (vgl. dazu BBl 1998 S. 4241 ff. und BGE 134 IV 266 E. 3.1.1.). Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass an sich unbescholtene Menschen den Preis für eine auslegungsbedürftige Gesetzgebung tragen müssen und gar strafrechtlich belangt werden können. Entgegen der Meinung der Vorinstanz findet daher – wie durch die Verteidigerin dargelegt – das BVE Anwendung.

Somit müssen für die verdeckte Ermittlung drei Voraussetzungen erfüllt sein:

- die handelnde Person muss der Polizei angehören,
- dies darf für die verdächtige Person nicht erkennbar sein,
- der Kontakt zwischen handelnder und verdächtiger Person muss zu Ermittlungszwecken geknüpft worden sein.

Dass E. *[Anm.: der jugendliche Testkäufer]* im Moment der Ausübung seines Auftrags der Polizei angehörte, geht aus den Akten zweifelsfrei hervor. Sowohl die zuständige Regierungsstatthalterin wie auch die Polizei waren über die Testkäufe informiert. E. erklärte gegenüber der Vorinstanz, vor dem Testkauf seien die Testkäufer von einem Polizisten instruiert worden. Er erklärte gar, sie seien umfassend informiert worden, den Namen des Polizisten wisse er allerdings nicht mehr (p. 93). Polizist G., welcher der Verhandlung als Zuschauer beiwohnte, gab sich als dieser besagte Polizist zu erkennen, und er war es, welcher die Anzeige gegen die Angeschuldigte schliesslich verfasst hatte (p. 1 f.). Wenn also die zuständige Gemeinderätin anlässlich ihrer Einvernahme durch den Vorrichter behauptete, weder die Gemeindepolizei respektive die Ortspolizei noch die Kantonspolizei seien in die Testkäufe involviert worden (p. 87), so ist dies schlicht aktenwidrig. Die Appellantin wurde denn auch unmittelbar nach dem Verkauf auf ihre „Widerhandlung“ angesprochen und es wurde ihr die Strafanzeige in Aussicht gestellt (vgl. dazu die Anzeige, p. 03), welche bloss wenige Tage später erstattet wurde. Damit ist die Polizeizugehörigkeit von E. erstellt, dies auch mit Hinweis auf BGE 124 IV 34, gemäss welchem einzig massgeblich ist, ob das Verhalten des Ermittlers den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnen ist, was jedenfalls dann der Fall ist, wenn der Ermittler mit Wissen und Zustimmung der Strafverfolgungsbehörden handelt.

Es ist an dieser Stelle ergänzend festzuhalten, dass das BVE ausschliesslich für das Strafverfahren anwendbar ist (vgl. dazu Art. 2 BVE). Dieses Strafverfahren ist von einem allfälligen verwaltungsrechtlichen Verfahren zu unterscheiden und es ist für das Straf- sowie das Verwaltungsverfahren getrennt und unter anderen Gesichtspunkten zu überprüfen, ob derartige Testkäufe zulässig sind (vgl. dazu Entscheid Nr. 100.2009.72 U des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 15. September 2009).

Auch das zweite Kriterium ist vorliegend zweifelsfrei erfüllt, handelte die Angeschuldigte doch im Unwissen darum, dass es sich bei E. um einen Testkäufer handelte. Dieser gab sich auch nach seinem Einkauf an der Kasse der Angeschuldigten nicht zu erkennen, sondern verliess den J. Supermarkt und gab das erworbene alkoholische Getränk an die Begleitperson der Jugendarbeit ab.

Eindeutig erfüllt ist vorliegend schliesslich auch das dritte Kriterium. Der Kontakt zwischen E. und der Angeschuldigten, welcher sich auf wenige Worte beschränkte, wurde einzig zu Ermittlungszwecken geknüpft. Es sollte mit dem Kauf einzig überprüft werden, ob die Ange-

schuldigte dem 15-jährigen Testkäufer alkoholische Getränke verkaufen würde, ohne einen entsprechenden Ausweis einzuverlangen.

Wie die Verteidigerin richtig darlegt, handelt es sich bei der Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz nun nicht um eine Katalogtat gemäss Art. 4 Abs. 2 BVE, weshalb eine verdeckte Ermittlung grundsätzlich nicht erlaubt ist. Zudem dürfen durch verdeckte Ermittlung erlangte Erkenntnisse gemäss Art. 18 Abs. 5 BVE weder für die weitere Ermittlung noch zum Nachteil einer beschuldigten Person verwendet werden, wenn der Einsatz nicht genehmigt war oder gar keine Genehmigung eingeholt wurde. Die Verteidigerin gelangt daher korrekt zum Schluss, dass Alkoholtstkäufe im Rahmen von verdeckten Ermittlungen nicht bewilligungsfähig und die daraus direkt oder indirekt unrechtmässig erlangten Beweismittel nicht verwertbar sind.

Gemäss Antrag der Verteidigerin werden daher die in casu unrechtmässig erlangten Akten in direktem oder indirektem Zusammenhang mit dem Alkoholtstkauf vom 27. März 2009 in M. als nicht verwertbar erklärt. An sich sind diese sämtlichen Akten aus dem Dossier zu weisen, wie dies die Verteidigerin gestützt auf Art. 289 StrV bereits in erster Instanz vorfrageweise vergeblich beantragt hat (vgl. p. 75). Angesichts der zwingenden rechtlichen Konsequenzen dieser Nichtverwertbarkeit, auf welche gleich nachfolgend zurückzukommen sein wird, kann jedoch auf ein effektives Entfernen der Akten aus dem Dossier verzichtet werden.

2. Rechtliche Würdigung

Gestützt auf die Tatsache, dass es sich bei den Testkäufen vom 27. März 2009 im J. Supermarkt in M. gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE gehandelt hat, hierfür keine Genehmigung vorgelegen hat und die entsprechenden Akten rechtswidrig erlangt worden sind, fehlt es in casu an Beweismitteln, die darzulegen vermögen, dass die Angeschuldigte sich einer Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz durch Abgabe und Verkauf von Alkohol an Kinder unter 16 Jahren schuldig gemacht hat. Es hat daher ein vollumfänglicher Freispruch zu erfolgen.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang noch auf Folgendes:

Selbst wenn die Kammer zum Schluss käme, es handle sich in casu nicht um einen Anwendungsfall des BVE, hätte trotzdem ein Freispruch zu erfolgen. Zwar wäre der objektive Tatbestand der Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz zweifelsfrei erfüllt, der subjektive Tatbestand jedoch wäre vorliegend nicht gegeben. Der Angeschuldigten könnte kein fahrlässiges Handeln vorgeworfen werden. Immerhin handelte es sich beim jugendlichen Testkäufer um einen Mann von unbestrittenermassen mindestens 190 cm Körpergrösse sowie einem Gewicht von ca. 80 kg. Die Angeschuldigte schätzte E. aufgrund seines Erscheinungsbildes denn auch auf 19 Jahre. Diese Einschätzung ist nicht widerlegbar, denn auch der Vorrichter

selber hätte den Angeschuldigten „tendenziell älter als 16 Jahre“ eingeschätzt (p. 157). Die Angeschuldigte, welche bis anhin die Jugendschutzbestimmungen immer tadellos eingehalten hatte und die Kunden gemäss Ausführungen des Vorrichters eher zu oft als zu selten nach dem Ausweis fragte, handelte damit nicht fahrlässig, als sie dem damals knapp noch nicht 16-jährigen E. 5 dl Bier verkaufte. Fraglich ist in diesem Zusammenhang letztlich auch die Motivation der involvierten Behörden bzw. Jugendorganisationen, offensichtlich auch Testkäufer einzusetzen, welche dem Bild der schutzbedürftigen Jugendlichen nicht entsprechen, muss es doch bei der Durchsetzung der Jugendschutzbestimmungen grundsätzlich um das Wohl der Kinder gehen und nicht darum, eine bis anhin ungescholtene Person recht eigentlich „hereinlegen“ zu können. Auf weitere Erwägungen, insbesondere auch im Zusammenhang mit der Frage, ob es sich bei E. um einen agent provocateur handelte, kann verzichtet werden.

[...]