

Testkäufe von alkoholischen Getränken durch Jugendliche

Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE, SR 312.8) ist auch auf Strafverfahren anwendbar, soweit es um den Vollzug des kantonalen Übertretungsstrafrechts geht (E. 2.1-2).

Eine jugendliche Testkäuferin, die im Auftrag des Pass- und Patentbüros alkoholische Getränke erwirbt, handelt als verdeckte Ermittlerin im Sinne des BVE (E. 2.3).

Die so erlangten Beweise sind mangels einer in Art. 4 Abs. 2 BVE aufgeführten Straftat (Katalogtat) in einem Strafverfahren gegen die Verkäuferin nicht verwertbar (E. 2.4).

Das strafbare Verhalten gemäss den §§ 15 Abs. 2 Satz 2 und 29 Abs. 1 lit. b Gastgewerbegesetz (GgG, SGS 540) bildet die Unterlassung, sich in Zweifelsfällen über das Alter der Käuferin zu vergewissern. Ob ein Zweifelsfall gegeben ist oder nicht, beurteilt sich nach dem äusseren Erscheinungsbild der Käuferin im Tatzeitpunkt (E. 3.3).

Sachverhalt

Das Strafgericht Basel-Landschaft erklärte T.K. mit Urteil vom 1. September 2008 der Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz schuldig und verurteilte sie in Anwendung von § 29 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit § 15 Abs. 2 GgG zu einer Busse von Fr. 50.-.

Das Strafgericht betrachtete als nachgewiesen, dass T.K. als Angestellte eines Tankstellenshops einem 15 Jahre und 8 Monate alten Mädchen 6 Dosen a 5 dl Bier verkauft habe. Die Käuferin habe dabei im Auftrag des Pass- und Patentbüros Basel-Landschaft gehandelt, das - gestützt auf § 26 Abs. 4 GgG - regelmässig mit Jugendlichen Alkoholtestkäufe durchführe, um zu kontrollieren, ob Alkohol an Jugendliche unter 18 bzw. 16 Jahren verkauft werde.

Mit Eingabe vom 12. September 2008 erklärte T.K. die Appellation gegen das Urteil des Strafgerichts vom 1. September 2008.

Erwägungen

1. (...)

2.1.1 Vorweg ist dabei über den Verfahrensantrag der Appellantin zu entscheiden, mit dem sie begehrt, die Akten im Zusammenhang mit dem durch das Pass- und Patentbüro Basel-Landschaft durchgeführten Alkohol-Testkauf (act. 11-27) aus dem Recht zu weisen. Die Appellantin stützt ihren Antrag auf das Beweisverwertungsverbot gemäss BVE.

2.1.2 Die Vorinstanz lehnte den gleichlautenden Antrag ab. Sie gelangte aufgrund einer historischen Auslegung des BVE zum Schluss, dieses sei nicht auf Strafverfahren der Kantone anwendbar, soweit es um den Vollzug des kantonalen Übertretungsstrafrechts gehe (Urteil, S. 6). Es stellt sich vorab die Frage, ob die Auslegung des BVE diesen Schluss zulässt.

2.2.1 (...)

2.2.2 Gemäss Art. 2 BVE gilt dieses Gesetz «für Strafverfahren des Bundes und der Kantone». Das Strafgericht hat seine Auslegung, wonach das BVE für die Ermittlung von Straftaten des kantonalen Übertretungsstrafrechts nicht gelte, auf die Botschaft des Bundesrates zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung vom 1. Juli 1998 (nachfolgend: Botschaft BVE; publiziert im Bundesblatt [BBl] 1998, 4241 ff.) gestützt. Dort führte der Bundesrat aus, mit den beiden Gesetzen werde eine für Bund und Kantone vereinheitlichte Regelung geschaffen, soweit diese verfassungsrechtlich dem Bund zustehe. Dies betreffe unter anderem die verdeckte Ermittlung zur Bekämpfung des Drogenhandels. Dagegen sei die verdeckte Ermittlung bei Straftaten, die von den Kantonen verfolgt werden, vom BVE nicht erfasst (BBl 1998, 4243). Das Strafgericht hält dafür, mit solchen «von den Kantonen verfolgten Straftaten» könne sinnvollerweise nur das kantonale Übertretungsstrafrecht gemeint sein. Dies ergebe sich daraus, dass im BVE sowohl die Ermittlung von der Bundesgerichtsbarkeit unterstehenden

Tatbeständen als auch von der kantonalen Gerichtsbarkeit unterstehenden Delikten (z.B. Betäubungsmitteldelikten) geregelt sei. Die Botschaft BVE könne sich deshalb nicht auf die Frage bezogen haben, welcher Gerichtsbarkeit eine Straftat unterstehe (Urteil, S. 6).

2.2.3 Die Botschaft BVE muss im Zusammenhang mit dem bundesrätlichen Entwurf für das BVE (BBI 1998, 4317 ff.) gelesen werden. Nach Art. 1 Abs. 1 des Entwurfs sollte das BVE in erster Linie für die verdeckte Ermittlung zur Bekämpfung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs in Strafverfahren des Bundes und der Kantone gelten. Zusätzlich sollte es - unter strengeren Voraussetzungen - Anwendung finden in Strafverfahren des Bundes für die Aufdeckung von Verbrechen, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen (Art. 1 Abs. 2). In den übrigen kantonalen Strafverfahren dagegen hätten die Kantone gemäss Art. 1 Abs. 3 des Entwurfs nach ihrem eigenen Recht verdeckte Ermittlungen durchführen können (BBI 1998, 4317). Entgegen der Vermutung des Strafgerichts bezieht sich die zitierte Passage der Botschaft somit tatsächlich auf die Frage, welcher Gerichtsbarkeit eine Straftat untersteht.

Die bundesrätliche Beschränkung des Anwendungsbereichs des BVE rührt daher, dass Entwurf und Botschaft des Bundesrates bereits im Jahre 1998 veröffentlicht wurden, d.h. noch unter der Geltung der alten Bundesverfassung (aBV), die noch keine Bundeskompetenz zum Erlass von Strafprozessrecht enthielt. Deswegen stützte sich der Entwurf auf die Art. 64bis und 69bis aBV, die dem Bund die Kompetenz zum Erlass des materiellen Strafrechts und zur Regelung des Betäubungsmittelverkehrs gaben. Der Bund erachtete sich als zuständig, die verdeckte Ermittlung zu regeln, soweit ein Rechtfertigungsgrund für die Teilnahme an einer strafbaren Handlung geschaffen werden müsse und soweit mit dem Betäubungsmittelrecht eine Materie betroffen sei, in der er über eine umfassende Gesetzgebungskompetenz verfüge (Botschaft BVE, BBI 1998, 4284).

In der Volksabstimmung vom 12. März 2000 stimmten Volk und Stände dem Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999 (BBI 1999, 8633) zu, womit die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts Sache des Bundes wurde (vgl. Art. 123 Abs. 1 BV). Nach dieser Änderung des übergeordneten Rechts konnte die vorberatende Kommission den Geltungsbereich des BVE ausdehnen; nach der Auffassung der Kommission sollte das Gesetz neu für alle verdeckten Ermittlungshandlungen im Bund und in den Kantonen gelten (Votum DORLE VALLENDER, Berichterstatterin der nationalrätlichen Kommission, Amtliches Bulletin des Nationalrats 2001, 1812; vgl. CHARLES HAENNI, Verdeckte Ermittlung, Kriminalistik 4/2005, 248 ff.). Dementsprechend gilt das BVE in der Gesetz gewordenen Fassung, nunmehr gestützt auf Art. 123 BV, «für Strafverfahren des Bundes und der Kantone» (Art. 2 BVE).

2.2.4 Es stellt sich die Frage, ob das BVE nur für die Verfolgung von Tatbeständen des Bundesstrafrechts oder auch des kantonalen Übertretungsstrafrechts gilt. Für ersteres spricht, dass es um den Vollzug von kantonalem Recht durch kantonale Behörden geht. Für den Einbezug des kantonalen Strafrechts spricht indessen neben der soeben erörterten historischen bzw. grammatikalischen Auslegung auch das systematische Auslegungselement: Nach allgemeiner Ansicht ist das BVE eine sachlich begrenzte Vorwegnahme der eidgenössischen Strafprozessordnung (Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBI 2005, 108 ff., 1335; WOLFGANG WOHLERS, Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 124, 2005, 219 ff., 221). Diese wird die kantonalen Strafprozessordnungen gesamthaft ablösen, wobei sie namentlich auch für das Verfahren des kantonalen Übertretungsstrafrechts gelten wird (e contrario Art. 127 Abs. 5 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, BBI 2007, 6977 ff., 7014). Auch aus systematischen Überlegungen ist somit von einem umfassenden Anwendungsbereich des BVE auszugehen.

In teleologischer Hinsicht ist schliesslich festzuhalten, dass Sinn und Zweck des BVE zu einem grossen Teil darin bestehen, die Methode der verdeckten Ermittlung klaren Regeln zu unterwerfen, weil sie als rechtsstaatlich heikel erkannt wurde. Dazu gehört insbesondere die Beschränkung der verdeckten Ermittlung auf Fälle schwerer Kriminalität (vgl. Art. 4 Abs. 2 BVE). Damit wäre aber nicht zu vereinbaren, wenn das BVE für die Bagatelldelikte des kantonalen Übertretungsstrafrechts keine Geltung hätte.

Nach alledem ist von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des BVE auf das kantonale Übertretungsstrafverfahren auszugehen, was zur Folge hat, dass kein Raum bleibt für verdeckte Ermittlungen ausserhalb des BVE und zur Durchsetzung kantonalen Übertretungsstrafrechts.

2.3.1 Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob eine Jugendliche, die im Auftrag des Pass- und Patentbüros Basel-Landschaft in einem Tankstellenshop Alkohol zu kaufen versucht, als verdeckte Ermittlerin im Sinne des BVE zu qualifizieren ist.

2.3.2 In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, jugendliche Testkäufer fielen nicht unter das BVE (DANIEL JOSITSCH, Kurzgutachten über die Zulässigkeit von Testkäufen Jugendlicher, Zürich, 7. Juli 2008, 3 f., 6). Begründet wird dies damit, dass auch unter dem BVE zwischen dem sog. «einfachen Scheinkäufer» und dem verdeckten Ermittler zu unterscheiden sei. Dies sei in einem Urteil des Bundesgerichts (1B_123/2008 vom 2. Juni 2008) bestätigt worden (JOSITSCH, a.a.O., 3). Das angeführte Urteil des Bundesgerichts wurde indessen in einem Haftentlassungsverfahren gefällt und weist ausdrücklich darauf hin, dass die Frage der Verwertbarkeit von durch verdeckte Ermittlung (oder Scheinkäufern) erlangten Beweisen durch den Strafrichter zu beurteilen sei, nicht durch den Haftrichter (1B_123/2008, E. 2.4). Aufgrund einer vorläufigen Prüfung der Rechtslage gelangt es unter Berufung auf die Literatur (WOHLERS, a.a.O.; THOMAS HANSJAKOB, Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 122, 2004, 97 ff.; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 75 N. 28) zum Schluss, die Zulässigkeit der Beweisverwertung sei keineswegs ausgeschlossen (1B_123/2008, E. 2.7).

Zwei Wochen später erging BGE 134 IV 266, der sich zwar nicht mit dem erwähnten Urteil auseinander setzt, dafür aber ausführlich mit den dort zitierten und weiteren Lehrmeinungen (BGE 134 IV 266, 273 ff., E. 3.4-7). Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts ist im Zweifelsfall 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 ist und unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt. Damit ist ein solches Anknüpfen von Kontakten, unabhängig von der Täuschungs- oder Eingriffsintensität des polizeilichen Vorgehens, nur unter den im BVE genannten Voraussetzungen zulässig (BGE 134 IV 266, 277, E. 3.7).

Im Sinne dieser Entscheidung ist somit davon auszugehen, dass grundsätzlich auch der Scheinkäufer als verdeckter Ermittler gemäss BVE angesehen werden kann.

2.3.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen drei Voraussetzungen gegeben sein, damit eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE vorliegt: 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.

2.3.4 Das erste Kriterium, dass die handelnde Person eine Polizeiangehörige sei, darf nicht zu eng verstanden werden. Massgeblich ist, ob das Verhalten der Ermittlerin den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnen ist, was jedenfalls dann der Fall ist, wenn die Ermittlerin mit Wissen und Zustimmung der Strafverfolgungsbehörden gehandelt hat (BGE 124 IV 34, 41 f., E. 3d). Vorliegend wurde die Ermittlung im Vorfeld durch das Pass- und Patentbüro des Kantons Basel-Landschaft geführt, einer Dienststelle der Sicherheitsdirektion, die unter anderem zuständig ist für Bewilligungen, Vollzug und Aufsicht im Bereich des Gastgewerbes und des Alkoholverkaufs (§ 1 lit. b Ziff. 13 Dienstordnung der Sicherheitsdirektion). Gemäss einer Medienmitteilung der Sicherheitsdirektion vom 9. Januar 2008 werden seit 1999 pro Jahr durchschnittlich rund 120 Testkäufe von alkoholischen Getränken durch Jugendliche vorgenommen, wovon etwa ein Viertel positiv ausfällt. Nach Aussage des Stellenleiters des Pass- und Patentbüros führt knapp ein Viertel der Testkäufe zu einer Busse (Basler Zeitung, 13. Februar 2009, 29). Es ist demnach davon auszugehen, dass praktisch jeder positiv ausgefallene Testkauf dazu führt, dass vom zuständigen Statthalteramt mittels Strafbefehl eine Geldstrafe und/oder eine Busse ausgesprochen wird. Angesichts dieser langjährigen Zusammenarbeit der involvierten Behörden kommt das Kantonsgericht zum Schluss, dass der Einsatz der jugendlichen Testkäufer mit Wissen und Zustimmung der Statthalterämter, hier des Bezirksstatthalteramtes Liestal, geschieht. Die Testkäuferin ist demzufolge als Polizeiangehörige im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu betrachten.

2.3.5 Als zweite Voraussetzung verlangt das Bundesgericht, dass die Polizeiangehörige für die verdächtige Person nicht als solche erkennbar war. Es liegt auf der Hand, dass dies hier der Fall war, andernfalls wäre es gar nicht zum Verkauf des Biers gekommen. Die jugendliche Testkäuferin verhielt sich wie eine gewöhnliche Kundin und wies keinerlei Anzeichen einer Ermittlerin auf. Gegen die Erkennbarkeit spricht im Übrigen weder, dass Betriebe aufgrund von § 26 Abs. 4 GgG wissen müssen, dass es zu Testkäufen kommen kann, noch die gesonderte Ankündigung von Phasen, in

denen häufiger kontrolliert wird. Zum einen verhindert auch das BVE nicht, dass an schweren Verbrechen beteiligte Straftäter sich von verdeckten Ermittlern täuschen lassen, obgleich sie seit dem Inkrafttreten damit rechnen müssen, dass zwecks Aufklärung des Delikts ein V-Mann eingesetzt wird (HAUSER/SCHWERI/ HARTMANN, a.a.O., § 75 N. 30). Zum anderen hat das Bundesgericht erkannt, dass selbst in sog. «chat-rooms», wo regelmässig falsche Angaben zur eigenen Person gemacht werden, die Täuschung über die Polizeizugehörigkeit ohne weiteres möglich ist (BGE 134 IV 266, 277 f., E. 3.8.1). Der blosser Erfahrungswert, dass mit allem gerechnet werden muss, auch damit, dass das Gegenüber eine Polizeiangehörige sein könnte, kann nicht bewirken, dass eine offensichtlich real erfolgreiche Täuschung nicht als Täuschung zu beurteilen ist (vgl. BGE 134 IV 266, 277 f., E. 3.8.1). Auch die zweite Voraussetzung ist somit erfüllt.

2.3.6 Drittens wird verlangt, dass die Polizeiangehörige mit der verdächtigten Person den Kontakt zu Ermittlungszwecken geknüpft hat. Es ist der Sinn der Testkäufe, zu ermitteln, ob ein bestimmter Betrieb alkoholische Getränke an noch nicht 16-jährige Jugendliche verkauft, was einen Verstoß gegen § 15 Abs. 2 Satz 2 GgG darstellen kann. Der Kontakt in Gestalt des Abschlusses eines Kaufvertrags über 6 Flaschen Bier erfolgte somit eindeutig zu Ermittlungszwecken. Demnach ist auch die dritte Voraussetzung erfüllt.

2.3.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sämtliche Merkmale einer verdeckten Ermittlung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum BVE vorliegen. Der im Auftrag des Pass- und Patentbüros Basel-Landschaft erfolgende Erwerb von alkoholischen Getränken durch eine jugendliche Testkäuferin ist somit als verdeckte Ermittlung gemäss Art. 1 BVE zu qualifizieren.

2.4.1 Verdeckte Ermittlung darf nur zur Verfolgung bestimmter, in Art. 4 Abs. 2 BVE aufgeführter Straftaten (sog. Katalogtaten) eingesetzt werden. Die Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz nach § 29 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 15 Abs. 2 Satz 2 GgG befindet sich nicht in dieser Aufzählung.

Es stellt sich daher die Frage, ob daraus ein Beweisverwertungsverbot resultiert und wie weit dieses allenfalls wirkt.

2.4.2 Gemäss Art. 18 Abs. 5 BVE dürfen die durch die verdeckte Ermittlung gewonnenen Erkenntnisse weder für weitere Ermittlungen noch zum Nachteil einer beschuldigten Person verwendet werden, wenn der Einsatz nicht genehmigt oder keine Genehmigung eingeholt wurde. Diese Bestimmung bezieht sich angesichts ihrer Stellung im Gesetz auf den Einsatz des verdeckten Ermittlers in einem Strafverfahren (Art. 14 ff. BVE) und somit auf die gemäss Art. 17 BVE für diesen Einsatz notwendige richterliche Genehmigung (BGE 134 IV 266, 286, E. 5.2). Welche Folgen sich hinsichtlich der Verwertbarkeit von Erkenntnissen bei Einsätzen im Vorfeld eines Strafverfahrens ergeben, wenn die verdeckte Ermittlung sich wegen der verfolgten Straftat als unzulässig erweist, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.

2.4.3 Das Bundesgericht hatte bereits zu entscheiden, wie es sich verhält, wenn nicht die richterliche Genehmigung des Einsatzes im Strafverfahren gemäss Art. 17 BVE fehlt, sondern bereits die richterliche Genehmigung der Ernennung zum verdeckten Ermittler nach Art. 7 BVE. Es erwog, das Fehlen einer Art. 18 Abs. 5 BVE entsprechenden Regelung betreffend das Beweisverwertungsverbot in Art. 8 BVE beruhe nicht auf einem Versehen des Gesetzgebers. Vielmehr sei es damit zu erklären, dass der Gesetzgeber als selbstverständlich voraussetze, dass verdeckte Ermittlungen im Vorfeld eines Strafverfahrens, die als solche keiner richterlichen Genehmigung bedürfen, erst beginnen, nachdem der ermittelnde Polizeiangehörige vorschriftsgemäss zum verdeckten Ermittler ernannt (Art. 5 BVE) und die für diese Ernennung notwendige richterliche Genehmigung (Art. 7 BVE) im hiefür vorgesehenen Genehmigungsverfahren (Art. 8 BVE) erteilt worden sei. Wenn schon das Fehlen der notwendigen richterlichen Genehmigung eines Einsatzes im Strafverfahren im Sinne von Art. 17 BVE gemäss Art. 18 Abs. 5 BVE zu einem Beweisverwertungsverbot führe, dann müsse das Fehlen der notwendigen richterlichen Genehmigung der Ernennung zum verdeckten Ermittler nach Art. 7 BVE erst recht diese Konsequenz haben (BGE 134 IV 266, 286, E. 5.2).

2.4.4 Diese Überlegung ist sinngemäss auch vorliegend heranzuziehen. Es ist nicht als Versehen zu betrachten, dass der Gesetzgeber kein ausdrückliches Beweisverwertungsverbot vorsieht, wenn die Methode der verdeckten Ermittlung zur Verfolgung einer Straftat eingesetzt wird, die nicht im Katalog des Art. 4 Abs. 2 BVE aufgeführt ist. Auch hier ist davon auszugehen, dass verdeckte Ermittlungen ohnehin nur durchgeführt werden, falls der Verdacht der Begehung einer im Katalog enthaltenen Straftat besteht, was zudem durch die notwendige richterliche Genehmigung nach Art. 7 BVE sichergestellt werden soll. Es rechtfertigt sich somit, in Anlehnung an BGE 134 IV 266 auf den vorliegenden Fall Art. 18 Abs. 5 BVE analog anzuwenden.

Ausserdem ergibt sich für die hier zu beurteilende Konstellation ein Beweisverwertungsverbot implizit aus Art. 21 Abs. 2 BVE. Diese Bestimmung erlaubt die Verwertung von unechten Zufallsfunden nur unter der Bedingung, dass weiterhin der Verdacht auf eine Katalogtat besteht. Wenn nun aber - wie in diesem Fall - von Beginn an kein Verdacht auf eine Katalogtat besteht, muss dies umso mehr zu einem Verwertungsverbot für die mittels verdeckter Ermittlung gewonnenen Erkenntnisse führen.

2.4.5 Für den Fall, dass eine verdeckte Ermittlung durchgeführt wird, ohne dass ein Verdacht auf eine Straftat nach Art. 4 Abs. 2 BVE besteht, lässt sich das Beweisverwertungsverbot gleichermassen mit der sinngemässen Anwendung von Art. 18 Abs. 5 BVE wie mit einem Analogieschluss zu Art. 21 Abs. 2 BVE begründen.

Damit kommt im vorliegenden Fall ein Beweisverwertungsverbot zur Anwendung. Demzufolge können sämtliche vorhandenen Beweise für das Tatgeschehen in diesem Verfahren nicht verwertet werden. Der Verfahrens Antrag der Appellantin ist somit gutzuheissen und die Akten im Zusammenhang mit dem durch das Pass- und Patentbüro Basel-Landschaft durchgeführten Alkohol-Testkauf (act. 11-27) sind aus dem Recht zu weisen. Infolge der daraus resultierenden Beweislosigkeit ist die Appellantin in Anwendung des Grundsatzes «in dubio pro reo» (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK) freizusprechen.

2.5 (...)

3.1 Selbst wenn aber mit dem Strafgericht und entgegen den vorstehenden Ausführungen davon ausgegangen würde, das BVE sei nicht anwendbar, so dass die in den Akten befindlichen Beweise verwertet werden könnten, wäre die Appellation aus den folgenden Gründen gutzuheissen und die Appellantin freizusprechen.

3.2 Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GgG dürfen gebrannte Wasser nicht an Personen unter 18 Jahren und gegorene Getränke nicht an Personen unter 16 Jahren abgegeben werden. Diese Verbote ergeben sich bereits aus Bundesrecht (Art. 41 Abs. 1 lit. i Alkoholgesetz, Art. 11 Abs. 1 Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung). In Zweifelsfällen haben sich die verantwortliche Person und ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter über das Alter zu vergewissern (§ 15 Abs. 1 Satz 2 GgG).

Gemäss § 29 Abs. 1 lit. b GgG wird mit Busse bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig die Verpflichtungen nach dem GgG nicht erfüllt.

Das strafbare Verhalten gemäss den §§ 15 Abs. 2 Satz 2 und 29 Abs. 1 lit. b GgG bildet somit die Unterlassung, sich in Zweifelsfällen über das Alter des Käufers zu vergewissern.

3.3.1 Nach eigener Aussage war die Appellantin sicher, dass ihre Kundin mindestens 16 Jahre alt war (act. 23 ff., 79). Das Strafgericht erachtete dies als glaubwürdig, da die Appellantin nicht am von ihr generierten Umsatz beteiligt war und die Testkäuferin nicht kannte. Dementsprechend ging es nicht von einer vorsätzlichen, sondern von einer fahrlässigen Verletzung der Verpflichtungen nach § 15 Abs. 2 GgG aus (Urteil, S. 11 f.).

Das Strafgericht warf der Appellantin vor, dass sie von der Testkäuferin keinen Ausweis verlangt habe, obwohl sie eine junge Person vor sich gehabt habe, was sie habe erkennen können. Unter diesen Umständen sei es sorgfaltspflichtwidrig, sich nicht über das genaue Alter seines Gegenübers zu erkundigen, denn aus objektiver Sicht seien in solchen Fällen Zweifel angezeigt. Die Appellantin hätte deshalb erkennen müssen, dass im vorliegenden Fall Zweifel bezüglich des Alters der Käuferin möglich wären, auch wenn sie selber keine gehabt habe. Dementsprechend hätte sie einen Ausweis verlangen können und müssen (Urteil, S. 12).

Das Strafgericht legt seinem Urteil damit eine streng objektive Auslegung des Begriffs "Zweifelsfall" zugrunde. Es geht im Ergebnis vom Vorliegen eines Zweifelsfalls aus, da es sich bei der Testkäuferin um eine junge Person handelte.

3.3.2 Das Kantonsgericht kann sich der Auffassung des Strafgerichts nicht anschliessen. Ob ein Zweifelsfall gegeben ist oder nicht, entscheidet sich in erster Linie nicht nach dem tatsächlichen Alter der Käuferin. Massgebliche Beurteilungsgrundlage ist vielmehr das äussere Erscheinungsbild der Käuferin, d.h. ihre Grösse, Gesichtszüge und körperliche Entwicklung.

3.3.3 Die Appellantin gab anlässlich der Einvernahme durch das Bezirksstatthalteramt zu Protokoll, sie habe die Testkäuferin auf 18 Jahre geschätzt (act. 27). An der heutigen Befragung durch das Kantonsgericht wiederholt sie diese Einschätzung.

Es liegen keine Beweise vor, die es dem Kantonsgericht erlauben würden, sich ein eigenes Bild vom damaligen äusseren Erscheinungsbild der Testkäuferin zu machen. Das tatsächliche Alter der Testkäuferin im Tatzeitpunkt von 15 Jahren und 8 Monaten belegt zwar deren Jugendlichkeit, nicht aber, ob für die Angeschuldigte Zweifel am tatsächlichen Alter der Testkäuferin angebracht gewesen

wären. Bekanntlich kann das äussere Erscheinungsbild - zumal bei Jugendlichen oder jungen Erwachsenen - mitunter erheblich vom tatsächlichen Alter abweichen, sei es wegen des natürlichen Aussehens oder aufgrund von Kleidung, Frisur usw.

3.3.4 Die wiederholte Aussage der Appellantin, die Testkäuferin habe ausgesehen wie eine 18-Jährige, blieb im Strafverfahren unwiderlegt. Namentlich kann sich das Kantonsgericht keinen eigenen Eindruck vom Aussehen der Testperson verschaffen. Bei diesem Beweisergebnis kann in einem Strafverfahren nicht mehr von einem Zweifelsfall gesprochen werden. Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck von § 15 Abs. 2 Satz 2 GgG, dass eine Verkäuferin bei jeder jungen Käuferin und jedem jungen Käufer nach dem Ausweis fragen muss. Aufgrund der typischerweise gegebenen Umstände, in denen das Verkaufspersonal innert kürzester Zeit einen Entscheid fällen und ihn bei negativem Ausgang gegenüber den Betroffenen vertreten muss, dürfen die Anforderungen an die Sorgfalt des Verkaufspersonal nicht überspannt werden. Es muss zulässig sein, dass eine Verkäuferin sich vom ersten Eindruck leiten lässt und sich nur dann über das Alter einer Käuferin vergewissert, wenn das gesamte Erscheinungsbild darauf schliessen lässt, dass die Käuferin unter oder nur knapp über 16 Jahre alt ist. Dagegen kann von einer Verkäuferin nicht verlangt werden, dass sie eine Person, die 18 Jahre alt zu sein scheint, nach einem Ausweis fragt, bevor sie ihr alkoholische Getränke verkauft, die bereits an 16-Jährige abgegeben werden dürfen.

3.3.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der Beweislage, wie sie sich dem Kantonsgericht präsentiert, nicht von einem Zweifelsfall im Sinne von § 15 Abs. 2 Satz 2 GgG ausgegangen werden kann. Der Tatbestand der fahrlässigen Verletzung der Pflicht, sich über das Alter der Käuferin zu vergewissern, ist somit nicht erfüllt. Es liegt keine strafbare Zuwiderhandlung gegen die §§ 15 Abs. 2 Satz 2 und 29 Abs. 1 lit. b GgG vor. Die Appellantin ist auch aus diesem Grund freizusprechen.

KGE ZS vom 10. Februar 2009 i.S. Staatsanwaltschaft BL gegen T.K. (100 08 1148/SUB)