



COMPETENCE CENTER
FORENSIK UND
WIRTSCHAFTSKRIMINALISTIK

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

**HOCHSCHULE
LUZERN**

Wirtschaft

Nachdiplomstudium Master of Advanced Studies in Forensics (MAS Forensics)

Alkoholtestkäufe durch Jugendliche

eingereicht am 11. Mai 2009 von

Haag Alexandra
MAS Forensics 2

betreut von
Dr. iur. Hansjakob Thomas
Erster Staatsanwalt
Staatsanwaltschaft St. Gallen

I. Inhaltsverzeichnis

I.	Inhaltsverzeichnis	II
II.	Literaturverzeichnis	III
III.	Materialien	IV
IV.	Abkürzungsverzeichnis	V
V.	Zusammenfassung	VI
1.	Einleitung	1
2.	Was ist ein Alkoholttestkauf?	2
3.	Testkäufer als verdeckte Ermittler?	3
3.1.	Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung (BVE)	3
3.1.1.	Lehre und Praxis	3
3.1.2.	Die Auslegung des Bundesgerichts in BGE 134 IV 266	4
3.1.3.	Persönliche Meinung	6
3.2.	Anwendbarkeit des BVE auf jugendliche Testkäufer	6
4.	Jugendliche Testkäufer als Scheinkäufer?	7
4.1.	Begriff des Scheinkäufers	7
4.2.	Anwendbarkeit des Begriffs des Scheinkäufers auf jugendliche Testkäufer	7
5.	Jugendliche Testkäufer als agents provocateurs?	8
5.1.	Begriff des agent provocateur	9
5.1.1.	Anstiftung im Sinne von Art. 24 StGB	10
5.1.1.1.	Der objektive Tatbestand der Anstiftung	10
5.1.1.2.	Der subjektive Tatbestand der Anstiftung	11
5.1.2.	Definition des agent provocateur	12
5.2.	Sind jugendliche Testkäufer agents provovateurs?	13
5.3.	Die Strafbarkeit des agent provocateur	14
5.3.1.	Provokation eines Deliktsversuchs („klassischer“ agent provocateur)	14
5.3.1.	Provokation eines vollendeten Delikts (Lockspitzel)	15
5.4.	Jugendliche Testkäufer sind straffreie agents provocateurs	17
6.	Rechtmässigkeit von Alkoholttestkäufen	18
6.1.	Die Rechtsnatur der Alkoholttestkäufe	18
6.2.	Alkoholttestkäufe als Zwangsmassnahme	19
6.3.	Zulässigkeitsvoraussetzungen für Testkäufe	20
6.3.1.	Tatverdacht	20
6.3.2.	Gesetzliche Grundlage	20
6.3.3.	Öffentliches Interesse	21
6.3.4.	Grundsatz der Verhältnismässigkeit	21
6.4.	Fazit	22
7.	Alkoholttestkäufe durch Private	22
8.	Wie soll es weitergehen?	22
9.	Rechtsstaatliche Bedenken zu den Alkoholttestkäufen durch Jugendliche	24

Anhang: Muster „Protokollbogen Alkoholttestkäufe“ der FERARIHS

II. Literaturverzeichnis

- **Bättig**, Franz, Verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE aus polizeilicher Sicht, Krim 2006 130
- **Baumgartner**, Hans, Zum V-Mann Einsatz, unter besonderer Berücksichtigung des Scheinkaufs im Betäubungsmittelverfahren und des Zürcher Strafprozesses, Diss. Zürich 1990
- **Baur**, Peter Paul, Die Anstiftung: Art. 24 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Freiburg 1962
- **Botschaft** zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung vom 1. Juli 1998, BBl 1998 IV 4241 ff.
- **Bundesamt für Gesundheit** (BAG), Übersicht zu Alkoholtstkäufen in der Schweiz von 2000 bis 2007, Abschlussbericht von Nathalie Scheuber, Stephanie Stucki, Denise Lang, Daymi Guzman, Melanie Ayer und Margret Rihs-Middel, Forschungsinstitut FERARHIS, Juni 2008
- **Donatsch**, Andreas/**Tag**, Brigitte, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. A., Zürich/Basel/Genf 2006
- **Forster**, Marc, Art. 24 StGB, in: **Niggli**, M. A./**Wiprächtiger**, H., Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. A., Basel 2007
- **Gnägi**, Ernst R., Der V-Mann-Einsatz im Betäubungsmittelbereich: materiellstrafrechtliche und strafprozessuale Fragen des Betäubungsmittelscheinkaufs unter besonderen Berücksichtigung des Strafverfahrens des Kantons Bern, Diss. Bern 1992
- **Haenni** Charles, Verdeckte Ermittlung, Krim 2005 248
- **Hansjakob**, Thomas, Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 122 (2004), S. 97 ff. (zitiert Hansjakob I)
- **Hansjakob**, Thomas, Verdeckte Ermittlung - Gesetz und Rechtsprechung, forumpoenale 6/2008, S. 361 ff. (zitiert Hansjakob II)
- **Ingelfinger**, Ralph, Anstiftersvorsatz und Tatbestimmtheit, Reihe Strafrechtliche Abhandlungen, N.F. Bd. 77, Berlin 1992
- **Jositsch**, Daniel, Kurzgutachten, Die Zulässigkeit von Testkäufen Jugendlicher, Zürich 2008
- **Nikolidakis**, Marios, Grundfragen der Anstiftung, Schriften zum Strafrecht, Heft 146, Berlin 2004
- **Schobloch**, Karen, „Man wird ja wohl noch fragen dürfen...“, ZStrR 121 (2003), S. 77 ff.
- **Schultz**, Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Erster Band, Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, 4. A., Bern 1982
- **Schwarzburg**, Peter, Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit der polizeilichen Tatprovokation, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung Bd. 321, München 1991
- **Strathenwerth**, Günther, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. A., Bern 1996
- **Trechsel**, Stefan, et. al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008
- **Vetterli**, Luzia, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, forumpoenale, 6/2008, S. 367 ff.
- **Von Danwitz**, Klaus-Stephan, Staatliche Straftatbeteiligung, Die Bestimmung der Grenzen staatlicher Machtausübung in Form von Tatprovokation und Straftatbegehung, Schriftreihe Strafrecht in Forschung und Praxis, Band. 53, Hamburg 2005
- **Wohlens**, Wolfgang, Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE), Taugliches Instrument zur effizienten und effektiven Bekämpfung der Organisierten Kriminalität?, ZSR 2005 I 219

III. Materialien

Gesetze

Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) vom 20. Juni 2003 (SR 312.8)

Bundesgesetz über die gebrannten Wasser (AlkG) vom 21. Juni 1932 (SR 680)

Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG) vom 9. Oktober 1992, (SR 817.0)

Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe vom 20. März 1975, (SR 812.121)

Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (SR 817.02)

Bundesgerichtsentscheide

BGE 116 IV 1

BGE 127 IV 122

BGE 134 IV 266

BGE 1B_123/2008

Internetseiten

http://www.gmeind.ch/media/pdf/07_alkohol.pdf

http://www.suchthilfe-ags.ch/images/upload/teskauf_broschuere-k_1057.pdf

IV. Abkürzungsverzeichnis

a. M.	anderer Meinung
m.E.	meines Erachtens
BB1	Bundesblatt
BGE	Entscheid des Bundesgerichts
KGE	Entscheid des Kantonsgerichts
RK-N	Rechtskommission des Nationalrates

V. Zusammenfassung

In der Schweiz ist die Abgabe von alkoholischen Getränken an Jugendliche unter 16 Jahren verboten. Für gebranntes Wasser liegt die Altersbegrenzung bei 18 Jahren. Um die Einhaltung dieser Jugendschutzbestimmungen zu überprüfen, werden seit einigen Jahren in verschiedenen Kantonen Testkäufe mit Jugendlichen durchgeführt. Jugendliche unter 16 bzw. 18 Jahren versuchen alkoholische Getränke zu erwerben, obwohl sie aufgrund ihres Alters dazu noch nicht berechtigt sind. Die Zulässigkeit dieser Testkäufe ist umstritten.

In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, ob die Alkoholtstkäufe als verdeckte Ermittlung im Sinne des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung zu qualifizieren sind. Dabei wird auf die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts eingegangen und unter Bezugnahme auf die herrschende Lehre und Praxis die Meinung vertreten, dass Testkäufe keine verdeckte Ermittlung darstellen.

In einem weiteren Kapitel wird kurz auf den Begriff des Scheinkäufers eingegangen und dargelegt, weshalb er für die Alkoholtstkäufe nicht angewendet werden sollte.

Anschliessend wird gezeigt, dass die jugendlichen Testkäufer mit ihrem Verhalten als *agents provocateurs* zu einer strafbaren Handlung anstiften, dass dieses Verhalten jedoch nicht strafbar ist.

Mit der Straflosigkeit des anstiftenden Verhaltens der Testkäufer ist noch nichts über die Rechtmässigkeit der staatlichen Testkäufe gesagt. Im Folgenden wird deshalb geprüft, ob die Testkäufe die rechtsstaatlichen Voraussetzungen erfüllen.

Ein Ausblick auf die in einigen Kantonen geplanten Gesetzesänderungen und eigene rechtsstaatliche Bedenken zu den Alkoholtstkäufen durch Jugendliche runden die Arbeit ab.

1. Einleitung

In der Schweiz ist die Abgabe von alkoholischen Getränken an Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren verboten.¹ Für gebranntes Wasser (Äthylalkohol) liegt die Altersbegrenzung bei 18 Jahren.² Wer gebranntes Wasser an Jugendliche unter 18 Jahren oder durch Vergärung gewonnene Alkoholerzeugnisse an Jugendliche unter 16 Jahren verkauft, macht sich strafbar.³

Trotz diesen Vorschriften trinken Kinder und Jugendliche heute vermehrt Alkohol. Aus Untersuchungen ist bekannt, dass Rauschtrinken und Risikokonsum vor allem bei den 15- bis 24-jährigen im Zunehmen begriffen sind. „40.7%, also fast jede(r) Zweite dieser Altersgruppe, geben an, mindestens zweimal im Monate einen Alkoholrausch zu haben“. „Rund 11% der 11- bis 15-jährigen Schüler und Schülerinnen trinken regelmässig Alkoholisches, d.h. mindestens wöchentlich.“⁴ Trotz gesetzlicher Verkaufsverbote gelingt es offenbar diesen Kindern und Jugendlichen an Alkohol zu gelangen, diesen also käuflich zu erwerben.

Zur Überprüfung der Einhaltung der erwähnten Jugendschutzbestimmungen werden seit einigen Jahren Testkäufe von Alkohol durchgeführt. Die Testkäufe werden hauptsächlich von den Kantonen und Gemeinden in Auftrag gegeben und meist vom Blauen Kreuz, von Präventionsstellen oder von der Polizei umgesetzt⁵. In der Zeit von 2000 bis 2007 wurden in 17 Kantonen 4455 Testkäufe durchgeführt⁶. Seit Einführung der Testkäufe haben die Fälle, in denen Alkohol an Jugendliche verkauft wurde, stetig abgenommen. Es wird aber immer noch in 30 bis 40% der durchgeführten Testkäufe Alkohol an Minderjährige abgegeben.⁷ Die fehlbaren Betriebe werden in der Regel mit einem Schreiben über die Jugendschutzbestimmungen informiert. Je nach gesetzlicher Grundlage in den einzelnen Kantonen erfolgen Anzeigen, Verwarnungen oder Bussen.

Mit dem Anstieg der durchgeführten Alkoholtestkäufe in den letzten Jahren ist auch die Kritik am Einsatz von Jugendlichen als Testkäufer und Testkäuferinnen laut geworden. Tatsächlich stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Einsatz rechtmässig ist. Werden die Jugendlichen als verdeckte Ermittler eingesetzt, sind sie agents provocateurs, die die Verkäufer zu einem Gesetzesverstoss anstiften oder ist ihr Einsatz als Scheinkäufer rechtmässig?

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, anhand der gesetzlichen Grundlagen zu prüfen, ob der Einsatz von Minderjährigen für Alkoholtestkäufe zulässig ist.

¹ Art. 11 Abs. 1 LGV (Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2003, SR 817.02)

² Art. 41 Abs. 1 lit. 1 AlkG (Bundesgesetz über die gebrannten Wasser vom 21. Juni 1932, SR 680).

³ Art. 57 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 41 Abs. 1 lit. i AlkG; Art. 48 Abs. 1 lit. g LMG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 LGV

⁴ Jugend und Alkohol, S. 5, publiziert auf www.gmeind.ch/media/pdf/07_alkohol.pdf

⁵ Bundesamt für Gesundheit (BAG), Tabelle 3, S. 20

⁶ Bundesamt für Gesundheit (BAG), S. 4

⁷ Bundesamt für Gesundheit (BAG), Tabelle 6, S. 27

2. Was ist ein Alkoholtestkauf?

Gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. i AlkG ist der Kleinhandel mit gebranntem Wasser durch Abgabe an Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren verboten. Als „gebranntes Wasser“ im Sinne des Alkoholgesetzes gilt der Äthylalkohol in jeder Form und ohne Rücksicht auf die Art seiner Herstellung (Art. 2 Abs. 1 AlkG). Auch Alcopops und ähnliche Erzeugnisse, die neben anderen Stoffen gebranntes Wasser enthalten, fallen unter die Bestimmung von Art. 41 AlkG (Art. 2 Abs. 3 AlkG). Die ausschliesslich durch Vergärung gewonnenen alkoholischen Erzeugnisse sind, sofern ihr Alkoholgehalt 15 Volumenprozent nicht übersteigt, nicht dem Alkoholgesetz unterstellt (Art. 2 Abs. 2 AlkG). Für diese Getränke verbietet jedoch Art. 11 Abs. 1 LGV die Abgabe an Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren.

Um die Einhaltung dieser Bestimmungen zu überprüfen, werden in verschiedenen Kantonen Testkäufe mit Jugendlichen durchgeführt. Dabei versuchen Jugendliche unter 16 bzw. 18 Jahren in einer kontrollierten und gezielten Aktion Alkoholika zu kaufen, obschon sie diese aufgrund ihres Alters noch nicht erwerben dürften.

Die meisten Testkäufe laufen nach folgendem Schema ab: Vorher instruierte Jugendliche führen die Testkäufe mit einer erwachsenen Begleitperson durch. Die Jugendlichen werden vor dem Geschäft fotografiert. Nach dem erfolgreichen Kauf von für den Jugendlichen verbotenem Alkohol wird dieser an die Begleitperson abgegeben. Der gesamte Ablauf des Kaufes wird protokolliert.⁸

Andere Vorgehensweisen bestehen darin, dass die Jugendlichen sich in ein Restaurant begeben und dort alkoholische Getränke bestellen. Die Begleitperson beobachtet dabei das Geschehen und protokolliert auch in diesem Fall den Vorgang.

Die Testkäufer verhalten sich bei der Aktion passiv, d. h. sie erwecken keinen falschen Eindruck über ihr Alter. Werden die Jugendlichen nach ihrem Alter gefragt, geben sie wahrheitsgemäss Antwort.

Durchgeführt werden die Testkäufe wie erwähnt hauptsächlich vom Blauen Kreuz und Präventionsstellen, meist im Auftrag von Kantonen und Gemeinden. Oftmals wird in einer zweiten Testphase, in welcher hauptsächlich fehlbare Verkaufsstellen nochmals getestet werden, die Polizei beigezogen, welche bei widerrechtlichem Verkauf von Alkoholika an Jugendliche die Tatbestandsaufnahme und Beweissicherung vor Ort durchführt und den/die fehlbare/n Verkäufer/in bzw. das fehlbare Servicepersonal bei der zuständigen Amtsstelle verzeigt.⁹ In bestimmten Fällen kann daneben auch noch der Wirt, der Geschäftsführer eines Ladens oder der Veranstalter eines Festes gebüsst werden. Art. 6 Abs. 2 VStrR¹⁰ sieht vor, dass „der Geschäftsherr, der Arbeitgeber, der Auftraggeber oder der Vertretene, der es vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer Rechtspflicht unterlässt, eine Widerhandlung des Untergebenen, Beauftragten oder Vertreters abzuwenden“ nach den gleichen Strafbestimmungen, die für den entsprechend handelnden Täter gelten, bestraft werden kann. Der Wirt oder Ladenbesitzer ist somit für das korrekte Verhalten seines Personals verantwortlich. Er kann sich allerdings entlasten, wenn er beweist, dass er seine Mitarbeiter genügend instruiert und überwacht hat.

⁸ Bundesamt für Gesundheit (BAG), S. 65; Muster Protokollbogen Alkoholtestkäufe im Anhang

⁹ Alkohol-Testkäufe in den Gemeinden des Kantons Aargau, Alkohol und Jugendschutz, S. 5, publiziert auf www.suchthilfe-ags.ch/upload/images/testkauf_broschuere-k_1057.pdf

¹⁰ Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, SR 313.0

3. Testkäufer als verdeckte Ermittler?

Es stellt sich nun die Frage, ob die Testkäufe als verdeckte Ermittlung im Sinne des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung¹¹ zu qualifizieren sind. Sollte dies der Fall sein, wären die Ergebnisse der Alkoholtestkäufe im Rahmen eines Strafverfahrens nicht verwertbar, weil sie auf unrechtmässige Weise erlangt worden wären. Da die Alkoholtestkäufe zum einen die Voraussetzungen (Verdacht, dass eine besonders schwere Straftat begangen worden sei oder voraussichtlich begangen werde; Erfolglosigkeit, Aussichtslosigkeit oder Unverhältnismässigkeit anderer Untersuchungshandlungen; Katalogtat)¹² für die Anordnung einer verdeckten Ermittlung nicht erfüllen und zum anderen Jugendliche grundsätzlich nicht geeignet sind, als verdeckte Ermittler eingesetzt zu werden¹³, wären Alkoholtestkäufe als verdeckte Ermittlung nicht bewilligungsfähig, weshalb die erlangten Beweise nicht verwertbar wären.

3.1. Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung (BVE)

3.1.1. Lehre und Praxis

Gemäss Art. 1 BVE, welches am 1. Januar 2005 in Kraft trat, hat die verdeckte Ermittlung zum Zweck, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind, in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären. Diese Formulierung umschreibt den Anwendungsbereich des BVE sehr unpräzise. Es ist deshalb erforderlich, den Begriff der verdeckten Ermittlung genauer zu definieren und die verdeckte Ermittlung von anderen polizeilichen Massnahmen abzugrenzen.

Die verdeckte Ermittlung kennzeichnet sich dadurch, dass sie auf eine gewisse Dauer angelegt ist.¹⁴ Der verdeckte Ermittler täuscht über seine wahre Identität und tritt in der Regel unter einer Legende auf. Auf diese Weise schafft der verdeckte Ermittler zur Zielperson ein Vertrauensverhältnis, aufgrund dessen sich diese möglicherweise anders verhält, als dass sie sich gegenüber einem beliebigen Dritten verhalten würde.¹⁵

Nicht als verdeckter Ermittler, sondern als verdeckter Fahnder tritt hingegen der Polizeibeamte auf, der überhaupt keine Angaben zu seiner Person macht. Dies ist z.B. der Fall bei Scheinkäufen in der offenen Drogenszene. Da es der Zielperson um die schnelle Abwicklung des Geschäfts geht und ihn die Identität des (Schein-)Käufers gar nicht interessiert, ist es auch nicht nötig, diese zu täuschen¹⁶. Vom BVE ebenfalls nicht erfasst werden Privatper-

¹¹ Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) vom 20. Juni 2003, SR 312.8

¹² Art. 4 BVE

¹³ Zwar können neben Angehörigen des Polizeikorps auch andere Personen als verdeckte Ermittler ernannt werden, wenn sie vorübergehend für eine polizeiliche Aufgabe angestellt werden, auch wenn sie nicht über die notwendige Ausbildung verfügen (Art. 5 Abs. 2 lit. b BVE). Eine solche Anstellung ist jedoch mit Jugendlichen und Kindern nicht denkbar.

¹⁴ Bättig, S. 131; Hänni, S. 249

¹⁵ Hansjakob II, S. 364

¹⁶ Hansjakob I, S. 99; Hansjakob II, S. 364; a. M. Hänni, S. 249, wonach es dem Strassendealer nicht völlig gleichgültig sei, wem er die Drogen verkaufe und er insbesondere einen Handel mit einem polizeilichen Ermitt-

sonen, die mit der Polizei zusammenarbeiten und ihr – allenfalls gegen Entschädigung - Informationen zukommen lassen (sog. Informanten)¹⁷.

Nach bisheriger Praxis¹⁸ und entsprechend der herrschenden Lehre fallen somit kurzfristige Einsätze, in denen es lediglich zu wenigen Kontakten zwischen der Zielperson und dem verdeckten Ermittler kommt, ohne dass dieser unter Verwendung einer Legende ein Vertrauensverhältnis aufbaut, nicht unter das BVE. So führt z.B. Hänni aus, es sei anzunehmen, der Gesetzgeber gehe selber davon aus, dass neben der eigentlichen, dem BVE unterstehenden verdeckten Ermittlung weiterhin Fahndungsmethoden zulässig seien, bei denen die wahre Identität des Fahnders verschwiegen werde, ohne dass dabei das BVE zur Anwendung gelange.¹⁹ Auch Wohlers vertritt die Meinung, dass man aus der Existenz des BVE nicht den (Gegen-)Schluss ziehen könne, dass mit dem Inkrafttreten des BVE jede Form verdeckter Ermittlung ausserhalb des BVE als unzulässig einzustufen sei.²⁰ Schliesslich ist auch für Hansjakob klar, dass zumindest Scheinkäufe von Betäubungsmitteln ausserhalb des Verfahrens der verdeckten Ermittlung möglich sind.²¹

3.1.2. Die Auslegung des Bundesgerichts in BGE 134 IV 266

Diese unter Ziff 3.1.1. dargestellte Auslegung des BVE durch die Lehre und Praxis wird durch einen Entscheid des Bundesgerichts vom 16.06.2008 nun allerdings in Frage gestellt²². Das Bundesgericht kommt in diesem Entscheid im Zusammenhang mit verdecktem Vorgehen in einem Chatroom zum Schluss, „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.“²³ Dies ungeachtet des dabei betriebenen Täuschungsaufwands und der Dauer des Einsatzes.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine verdeckte Ermittlung vor, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind²⁴:

1. Die handelnde Person muss der Polizei angehören. Dieses Kriterium darf allerdings nicht zu eng gefasst 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.“²⁵
2. Die der Polizei angehörige Person darf für die verdächtige Person nicht als solche erkennbar sein.
3. Die der Polizei angehörige Person hat den Kontakt mit der verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken geknüpft.

ler, der durch sein szenengerechtes Outfit aktiv täuschend auf die Wahrnehmung des Strassendealers einwirke, vermeiden wolle.

¹⁷ Wohlers, S. 222, Botschaft S. 4283

¹⁸ Bättig, S. 133

¹⁹ Hänni, S. 249

²⁰ Wohlers, S. 223

²¹ Hansjakob I, S. 100

²² BGE 134 IV 266

²³ BGE 134 IV 277

²⁴ KGE ZS vom 10. Februar 2009 i. S. Staatsanwaltschaft BL gegen T.K. (100 08 1148/SUB), E. 2.3.3.

²⁵ KGE ZS vom 10. Februar 2009 i. S. Staatsanwaltschaft BL gegen T.K. (100 08 1148/SUB) E. 2.3.4.

Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass *jeder* Einsatz eines verdeckt (d.h. seine Beamten-eigenschaft nicht preisgebend) arbeitenden Polizeibeamten oder einer im Auftrag der Polizei verdeckt handelnden Privatperson unter das BVE fällt, mithin eine Bewilligung benötigt²⁶.

Die Auffassung des Bundesgerichts steht im Widerspruch zur herrschenden Lehre und bisherigen Praxis und ist m.E. auch nicht mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar. Gemäss Botschaft ist „verdeckte Ermittlung (...) das Knüpfen von Kontakten zu verdächtigen Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei vorwiegend passiv die deliktische Aktivität untersucht wird.“²⁷ Dabei wird ein dafür eingesetzter Polizeibeamter in einen bestimmten Personenkreis eingeschleust.²⁸ Die Botschaft unterscheidet ausdrücklich zwischen verdeckten Ermittlern und dem Einsatz von Fahndern in Zivilkleidung, die ebenfalls Personen und Vorgänge beobachten können, ohne vorher ihre Funktion bekannt zu geben.²⁹

Auch das Regelungskonzept der verdeckten Ermittlung legt nahe, dass nur langfristige Einsätze, in denen der verdeckte Ermittler in ein bestimmtes Umfeld infiltriert und ein gewisses Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufbaut, vom BVE erfasst werden sollen. So wird im Gesetz zwischen einer Vorbereitungsphase, in der der verdeckte Ermittler durch den Kommandanten des Polizeikorps ernannt wird³⁰, und dem Einsatz in Strafverfahren, in dem der Einsatz des verdeckten Ermittlers von den kantonalen Strafuntersuchungsbehörden, dem Bundesanwalt, den eidgenössischen Untersuchungsrichtern oder den militärischen Untersuchungsrichtern angeordnet wird und einer richterlichen Genehmigung bedarf,³¹ unterschieden. Die Vorbereitungsphase dient dazu, dass sich der verdeckte Ermittler „in einen Kreis einzuführen versucht, in dem eine oder mehrere Personen verdächtigt werden, so schwere Straftaten zu begehen oder vorzubereiten, dass der Anfangsverdacht eine baldige Eröffnung eines Strafverfahrens voraussehen lässt.“³² In der Vorbereitungsphase besteht die Aufgabe des verdeckten Ermittlers darin, „sich in das Umfeld der zu überwachenden Personen einzuschleusen, ohne erkannt zu werden. Das erfordert wenn nötig die Ausstattung mit einer Legende, einer andern Identität, und die Zusicherung der Vertraulichkeit der wahren Identität“.³³

Diese Formulierungen zeigen m.E. deutlich, dass der Gesetzgeber im BVE nur langfristige und heikle Einsätze im Bereich der Bekämpfung des Betäubungsmittelhandels und der organisierten Kriminalität regeln wollte. Kurze Kontakte mit Zielpersonen, in denen der Beamte seine wahre Identität lediglich verschweigt, jedoch keine andere Identität annimmt, sollen hingegen nicht unter das BVE fallen.

Auch die Beibehaltung des präzisierten Art. 23 Abs. 2 BetmG spricht gegen die Auslegung des Bundesgerichts. Gemäss Art. 23 Abs. 2 BetmG bleibt der Beamte, der mit der Bekämpfung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs beauftragt ist und zu Ermittlungszwecken selber ein Angebot von Betäubungsmitteln annimmt, straflos, auch wenn er seine Identität und Funktion nicht bekannt gibt. Während der Vernehmlassungsentwurf diese Bestimmung noch streichen wollte, liess sich der Bundesrat in der Botschaft von den Argumenten in den

²⁶ Hansjakob II, S. 366

²⁷ Botschaft, S. 4283

²⁸ Botschaft, S. 4284

²⁹ Botschaft, S. 4284

³⁰ Art. 5 BVE

³¹ Art. 14 ff. BVE

³² Botschaft, S. 4285

³³ Botschaft, S. 4285

Vernehmlassungen überzeugen, wonach auch andere Fahnder in Zivil, die nicht als verdeckte Ermittler eingesetzt sind, die Möglichkeit haben sollen, zu Ermittlungszwecken Drogen anzunehmen³⁴. Mit der Übernahme dieser Bestimmung durch den Gesetzgeber ist klar, dass dieser die verdeckte Fahndung, bei der der Beamte nicht aktiv über seine Identität täuscht, weiterhin ausserhalb des BVE zulassen wollte³⁵, ansonsten Art. 23 Abs. 2 BetmG keinen Sinn machen würde.³⁶

Schliesslich unterscheidet auch das Bundesgericht im Entscheid 1B_123/2008 vom 2. Juni 2008 unter Bezugnahme auf die vorherrschende Lehre zwischen qualifizierter verdeckter Ermittlung, bei der das BVE zur Anwendung kommt und einfacher verdeckter Ermittlung, bei der dies nicht der Fall ist und führt aus, dass es nicht zwingend sei, dass der Einsatz eines Scheinkäufers vom BVE erfasst werde. Damit deutete das Bundesgericht zumindest an, dass eine verdeckte Ermittlung auch ausserhalb des BVE denkbar ist³⁷.

3.1.3. Persönliche Meinung

Gestützt auf die obenstehenden Überlegungen komme ich zum Schluss, dass das BVE nur Einsätze regelt, die auf eine gewisse Dauer angelegt sind³⁸. Dabei täuscht der verdeckte Ermittler aktiv über seine Identität und seine Beamteneigenschaft. Er baut sukzessive ein Vertrauensverhältnis zur Zielperson auf und erreicht dadurch, dass diese sich ihm gegenüber anders verhält, als gegenüber einer beliebigen Drittperson. Nur solche Handlungen stellen einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. in die Privatsphäre der Zielperson dar³⁹ und rechtfertigen eine gesetzliche Regelung, wie sie mit dem BVE geschaffen wurde. Für weniger weitgehende Eingriffe lässt das BVE nach wie vor Raum.

3.2. Anwendbarkeit des BVE auf jugendliche Testkäufer

Die jugendlichen Testkäufer handeln im Auftrag der Polizei oder anderer Organisationen, wie z.B. dem blauen Kreuz. Bei ihrem Einsatz verschweigen sie dieses Auftragsverhältnis, sie treten jedoch unter ihrer eigenen Identität auf. Es werden keine Vorkehrungen getroffen, um die Identität des Jugendlichen zu verschleiern. Wird der Jugendliche nach seinem Alter gefragt, weist er sich mit seinem korrekten Ausweis aus. Der Kontakt zwischen dem Verkaufspersonal und dem Jugendlichen ist von sehr kurzer Dauer; das Geschäft dürfte in der Regel innerhalb einiger weniger Minuten abgewickelt sein. Der Jugendliche baut auch kein Vertrauensverhältnis zum Verkäufer bzw. zum Servicepersonal auf. Dem Verkäufer geht es

³⁴ Botschaft S. 4301

³⁵ Hansjakob II, S. 365

³⁶ vgl. auch Entscheid des Präsidenten der Anklagekammer des Kantons St. Gallen vom 25.02.2009, AK.2009.60, E. 11, wonach das Bundesgericht in BGE 134 IV 266 klar zum Ausdruck gebracht habe, dass jedenfalls im Bereich der polizeilichen Scheinkäufe die Annahme von angebotenen Drogen durch „Fahnder in Zivil“ - und damit durch als solche nicht erkennbare Polizeibeamte - auch ausserhalb einer verdeckten Ermittlung im BVE zulässig seien.

³⁷ Hierbei handelt es sich allerdings um einen Entscheid im Haftentlassungsverfahren, in welchem die Verwertbarkeit von durch verdeckte Ermittlung erlangte Beweise nicht abschliessend behandelt werden musste. BGE 134 IV 266 und BGE 1B_123/2008 erfolgten zudem in unterschiedlicher Zusammensetzung. Offensichtlich sind sich die Bundesrichter in der Frage der Anwendbarkeit des BVE nicht einig und es ist zu hoffen, dass mit BGE 134 IV 266 in dieser Sache auch noch nicht das letzte Wort gesprochen ist.

³⁸ Natürlich kann es sein, dass ein auf Dauer angelegter Einsatz sich innert einer kürzeren Frist erledigt. Massgebend ist jedoch, dass er für eine längere Zeit geplant war und sich somit von der Eingriffsintensität massgeblich von einem kurzen Einsatz unterscheidet.

³⁹ Botschaft, S. 4283

lediglich um eine schnelle Abwicklung des Geschäfts. An der Identität des Jugendlichen ist er offensichtlich nicht interessiert. Die einzige Täuschung besteht darin, dass der Jugendliche sein Verhältnis zur Polizei nicht offenlegt und er für sich gar keinen Alkohol kaufen will.

Wendet man die in BGE 134 IV 266 entwickelten Kriterien auf die Testkäufe an, kommt man zum Schluss, dass der Einsatz der jugendlichen Testkäufer als verdeckte Ermittlung zu qualifizieren ist. Die Testkäufer handeln mit Wissen und Zustimmung der Strafverfolgungsbehörden, sie täuschen den Verkäufer über ihr Auftragsverhältnis zur Polizei und ihren tatsächlichen Willen bezüglich Kauf von Alkohol und knüpfen den Kontakt zum Verkaufspersonal einzig zum Zweck, dieses allenfalls einer strafbaren Handlung zu überführen. Wie einleitend zu diesem Kapitel bereits erwähnt, sind solche Einsätze von jugendlichen Testkäufern somit nicht mehr möglich, weil sie die Voraussetzungen für eine verdeckte Ermittlung nicht erfüllen⁴⁰ und deshalb nicht bewilligungsfähig sind.⁴¹

Gemäss der von mir vertretenen Meinung, wonach das BVE nur auf Einsätze anwendbar ist, die auf eine gewisse Dauer angelegt sind und in denen zwischen der Zielperson und dem verdeckt ermittelnden Beamten oder der eingesetzten, verdeckt auftretenden Privatperson ein Vertrauensverhältnis aufgebaut wird, und weniger weitgehende Einsätze ausserhalb des BVE weiterhin zulässig sind, ist das BVE auf Testkäufe nicht anwendbar. Die jugendlichen Testkäufer sind keine verdeckten Ermittler im Sinne des BVE.⁴²

4. Jugendliche Testkäufer als Scheinkäufer?

4.1. Begriff des Scheinkäufers

Gemäss Art. 23 Abs. 2 BetrMG⁴³ bleibt ein mit dem Auftrag zur Drogenbekämpfung betrauter Beamte, der zu Ermittlungszwecken ein Angebot von Betäubungsmittel annimmt, strafflos. Der Polizeibeamte, der die Drogen entgegennimmt, wird als „Scheinkäufer“ bezeichnet. Er nimmt Betäubungsmittel in der Absicht an, „damit zur Sicherstellung des Stoffes oder zur Überführung des Täters (Strafverfolgung) beizutragen.“⁴⁴

4.2. Anwendbarkeit des Begriffs des Scheinkäufers auf jugendliche Testkäufer

Im Zusammenhang mit der Diskussion um die Zulässigkeit von Testkäufen von Alkohol durch Jugendliche wird gelegentlich gesagt, bei den Testkäufen handle es sich um Scheinkäufe.⁴⁵

⁴⁰ Art. 4 BVE

⁴¹ Hansjakob II S. 366

⁴² A.M. ist das Kantonsgericht Baselland, welches in seinem Entscheid vom 10.02.2009 entschied, dass es sich bei Testkäufen mit Jugendlichen um eine verdeckte Ermittlung handle (KGE ZS vom 10. Februar 2009 i. S. Staatsanwaltschaft BL gegen T.K. [100 08 1148/SUB]).

⁴³ Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe vom 20. März 1975, SR 812.121

⁴⁴ Baumgartner, S. 38

⁴⁵ Entscheid des Präsidenten der Anklagekammer des Kantons St. Gallen vom 25.02.2009, AK.2009.60, E. 12; Jositsch, S. 2f.

Die Testkäufe unterscheiden sich jedoch von den Scheinkäufen im Wesentlichen in folgenden Punkten:

- Der Scheinkäufer nimmt - unter Verschweigen seiner Funktion als Polizeibeamter - lediglich ein Kaufangebot an. Dabei hat er es zu unterlassen, in irgendeiner Weise, z.B. durch ein Kaufangebot, auf den Verkäufer einzuwirken. Er muss stets passiv bleiben. Wirkt er auf die Willensbildung des Verkäufers ein, kann dies Folgen für die spätere Verwertbarkeit der erlangten Beweise im Strafprozess gegen den Verkäufer sowie auf die Strafzumessung haben.

Im Gegensatz zum Scheinkäufer bleibt der Testkäufer nicht passiv. Er geht mit der aus dem Regal behändigten Flasche Alkohol auf die Verkaufsperson zu oder bestellt beim Servicepersonal ein alkoholisches Getränk. Der Testkäufer tritt somit mit seinem Wunsch, alkoholische Getränke zu erwerben, aktiv an das Verkaufspersonal heran. Auch wenn er damit die in der Warenauslage bzw. der Preisliste des Restaurant bestehende Offerte des Verkaufslokals annimmt, nimmt er mit seiner konkludenten, auf den Kauf von Alkohol gerichteten Handlung auf die Willensbildung des Verkäufers Einfluss. Anders als beim Scheinkauf würde der Verkäufer nie von sich aus dem Jugendlichen Alkohol zum Kauf anbieten. Während somit beim Scheinkauf der erste Kontakt vom Verkäufer ausgeht, ist es beim Testkauf der Jugendliche, der an den Verkäufer herantritt.

- Art. 23 Abs. 2 BetmG stellt eine gesetzliche Grundlage für die verdeckte Fahndung bei Betäubungsmitteldelikten dar.⁴⁶ Eine solche fehlt - soweit ersichtlich - für Alkoholtstkäufe mit Jugendlichen.⁴⁷
- Bei den alkoholischen Getränken handelt es sich im Gegensatz zu den Betäubungsmitteln nicht um verbotene Substanzen, sondern um grundsätzlich verkehrsfähige Güter. Diese Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, als dass sich der Testkäufer durch den Kauf von alkoholischen Getränken nicht strafbar machen kann. Die Frage der Strafbarkeit stellt sich erst im Zusammenhang mit einer allfälligen Anstiftung.

Wegen dieser unterschiedlichen Ausgangslage ist m.E. der Begriff „Scheinkäufer“ auf die jugendlichen Alkoholtstkäufer nicht anwendbar. Der Begriff „Scheinkauf“ sollte denn auch den gemäss Art. 23 Abs. 2 BetmG zulässigen Ankäufen von Drogen vorbehalten bleiben.

5. Jugendliche Testkäufer als agents provocateurs?

Nachdem oben die Meinung vertreten wurde, dass Testkäufe nicht unter das BVE fallen und verdeckte Fahndungen, mithin auch Testkäufe, auch nach dem in Krafttreten des BVE noch möglich sind, und Scheinkäufe in Analogie zu Art. 23 Abs. 2 BetmG nicht auf die jugendli-

⁴⁶ Gnägi, S. 28, mit weiteren Verweisen. Dass Art. 23 Abs. 2 BetmG neben der materiell-strafrechtlichen Natur als strafbarkeitsbeschränkende Norm auch Grundlage für die verdeckte Fahndung bilden soll, ist allerdings umstritten. A.M. z.B. Baumgartner, S. 197 ff., Vetterli, S. 371

⁴⁷ Eine Ausnahme bildet der Kanton Baselland, der in Art. 26 Abs. 4 Gastgewerbegesetz vorsieht, dass die zuständige Behörde verdeckte Testkäufe vornehmen kann. Ob diese Bestimmung nach dem Entscheid des Kantonsgerichts BL vom 10. Februar 2009 (FN 42) noch Gültigkeit hat, sei dahingestellt. In einigen Kantonen z.B. Kanton Luzern (Botschaft zum Entwurf einer Änderung des Gastgewerbegesetzes betreffend Abgabe von Alkoholgetränken an Jugendliche, die Durchführung von Testkäufen und eine Verschiebung der Sperrstunde vom 13. Januar 2009, B86) und Schwyz (Motion M 12/07) sind entsprechende Gesetzesänderungen im Gange. Auch im Kanton Zürich sollen entsprechende Gesetzesänderung anhand genommen werden („Politiker wollen Testkäufe absichern“, Tagesanzeiger vom 14. März 2009, S. 21).

chen Testkäufer angewendet werden sollen, stellt sich die Frage, ob der Einsatz von Testkäufern allenfalls unter dem Gesichtspunkt des agent provocateurs als unzulässig qualifiziert werden muss.

5.1. Begriff des agent provocateur

Der agent provocateur ist ein Polizeibeamter oder eine Privatperson, die im Auftrag der Polizei tätig wird. Im Unterschied zum V-Mann, der lediglich konkretisierend auf ein strafbares Handlungsgeschehen einwirkt,⁴⁸ stiftet der agent provocateur die Zielperson an, indem er deren Tatentschluss erst weckt und sie zur Handlung bewegt.⁴⁹ Anders als der Anstifter will der agent provocateur jedoch nicht, dass das von ihm veranlasste Delikt voll verwirklicht wird. Sein Wille besteht vielmehr darin, den Täter vor Vollendung des Delikts in flagranti zu überführen bzw. überführen zu lassen. „Der ‚klassische‘ agent povocatuer stiftet mit anderen Worten in Wirklichkeit nur zu einem Versuch an,⁵⁰ mit dem Ziel, den polizeilichen Zugriff auf den Täter zu ermöglichen. Bezüglich dieses Willens unterscheidet sich schliesslich der agent provocateur vom Lockspitzel, der die Zielperson nicht zu einem Versuch, sondern zu einem vollendeten Delikt anstiftet, jedoch ebenfalls im Hinblick auf deren anschliessende Verhaftung. Ein Lockspitzeleinsatz stellt z.B. der Scheinkauf von Betäubungsmitteln dar, wo der Zugriff auf die Zielperson in der Regel erst nach Übergabe der Drogen erfolgt, mithin wenn die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz bereits vollendet ist.

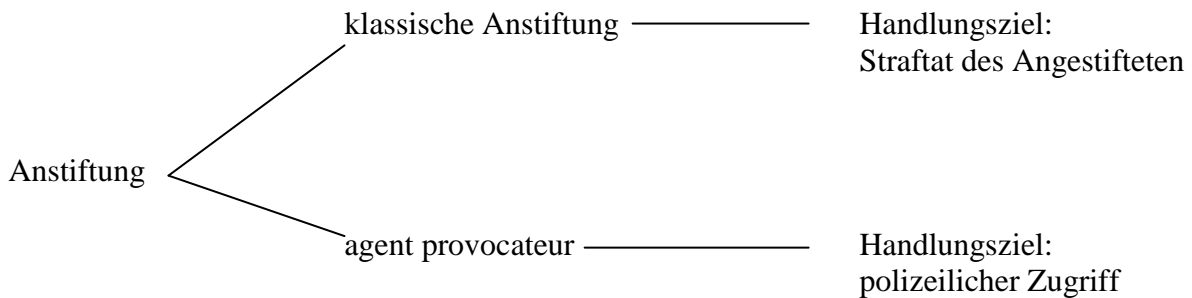


Abbildung 1: Anstiftung

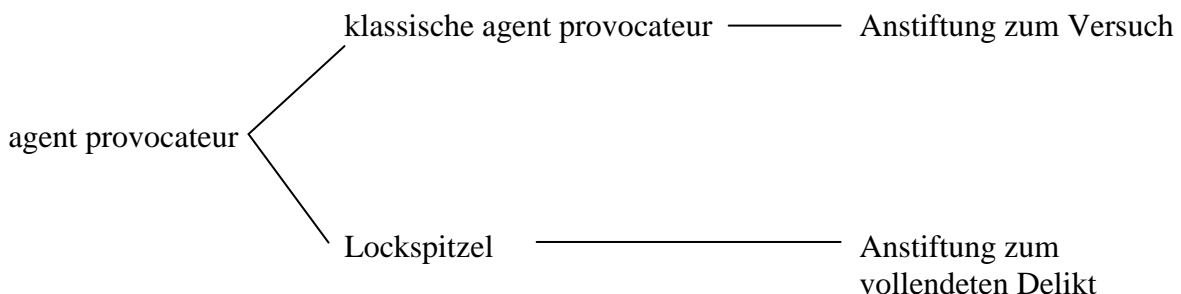


Abbildung 2: agent provocateur

⁴⁸ Baumgartner, S. 26f.

⁴⁹ Baumgartner S. 31

⁵⁰ Gnägi, S. 12

Da die Tatprovokation des *agent provocateur* eine Anstiftung darstellt, ist vorab darzulegen, was unter Anstiftung im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist.

5.1.1. Anstiftung im Sinne von Art. 24 StGB⁵¹

Art. 24 Abs. 1 StGB umschreibt das Rechtsinstitut der Anstiftung folgendermassen: „Wer jemanden vorsätzlich zu dem von diesem verübten Verbrechen oder Vergehen bestimmt hat, wird nach der Strafandrohung, die auf den Täter Anwendung findet, bestraft.“ Ebenfalls strafbar ist die vollendete Anstiftung zu einer Übertretung (Art. 104 StGB).

5.1.1.1. Der objektive Tatbestand der Anstiftung

Der Anstifter wirkt unmittelbar auf die Willensbildung des späteren Täters ein und weckt ihn ihm den Entschluss zur Begehung einer Straftat.⁵²

Die Einwirkung hat dabei auf eine oder mehrere *bestimmte* Personen zu erfolgen. Eine an einen unbestimmten Personenkreis gerichtete Aufforderung zur Begehung einer Straftat genügt für die Erfüllung des Tatbestandes der Anstiftung nicht.⁵³ Der Anstifter muss den Haupttäter jedoch nicht kennen.⁵⁴

Der Anstifter nimmt unmittelbaren Einfluss auf die Willensbildung des Haupttäters. Anstiftung durch Unterlassung ist nicht möglich.⁵⁵

Der Anstifter weckt im Haupttäter nur den Entschluss zur Tat. Dieser fasst den Entscheid jedoch insoweit freiwillig, als dass er ihn selbstverantwortlich trifft. Der Angestiftete begeht schliesslich die Tat selber und hat auch stets Tatherrschaft, d.h. er beherrscht das tatbestandsmässige Geschehen und kann die Tatverwirklichung auslösen, vorantreiben, hemmen oder abbrechen.⁵⁶ Dies im Gegensatz zur mittelbaren Täterschaft, bei der der mittelbare Täter einen anderen Menschen (Tatmittler) als willenloses oder wenigstens nicht vorsätzlich handelndes Werkzeug benützt, um durch diesen eine strafbare Handlung begehen zu lassen.⁵⁷

Zwischen dem motivierenden Verhalten des Anstifters und dem Tatentschluss des Täters muss ein Kausalzusammenhang bestehen.⁵⁸ Der Entschluss des Haupttäters zur Begehung der Straftat muss, wenn auch nicht ausschliesslich, auf die Einwirkung des Anstifters zurückzuführen sein. An diesem Kausalzusammenhang mangelt es, wenn der Anzustiftende den Entschluss, die fragliche Tat zu begehen, bereits im Zeitpunkt der Anstiftung getroffen hatte.⁵⁹ „Ein zu einem bestimmten Verbrechen, Vergehen oder zu einer bestimmten Übertre-

⁵¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311.0

⁵² Donatsch/Tag, S. 149

⁵³ Donatsch/Tag, S. 149. Eine solche Aufforderung erfüllt allenfalls den Tatbestand der öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB).

⁵⁴ Baur, S. 27

⁵⁵ Donatsch/Tag, S. 149

⁵⁶ Baur, S. 31, Donatsch/Tag, S. 168

⁵⁷ Baur, S. 31; Donatsch/Tag, S. 181

⁵⁸ Trechsel, Art. 24 N. 5

⁵⁹ Donatsch/Tag, S. 150

tung bereits fest Entschlossener (*omnimodo facturus*) kann nicht mehr dazu angestiftet werden.⁶⁰ Bei Anstiftung zu einem Verbrechen kann der Anstifter jedoch allenfalls wegen Versuchs am untauglichen Objekt bestraft werden (Art. 24 Abs. 2 StGB). Zudem ist bei der „Anstiftung“ eines *omnimodo facturus* zu einem Verbrechen oder einem Vergehen psychische Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) zu prüfen.

Anders verhält es sich, wenn der Anzustiftende lediglich geneigt oder grundsätzlich bereit ist, Straftaten einer bestimmten Art zu begehen. „Solange der Haupttäter noch keinen *konkreten* Tatentschluss gefasst hat, (dabei müssen dem Täter das Opfer und die wesentlichen objektiven Tatumstände bekannt sein), kann nach richtiger Betrachtung überhaupt noch nicht von einem (echten) ‚omnimodo facturus‘ gesprochen werden.“⁶¹ Da der Tatentschluss in diesem Fall zu wenig konkretisiert ist, ist eine Anstiftung nach wie vor möglich.⁶²

Als Tatmittel kommt jedes motivierende Verhalten des Anstifters in Frage, das geeignet ist, beim Anzustiftenden den Handlungsentschluss kausal hervorzurufen. Als Anstiftungsmittel kommen sowohl Bitten, Anregungen, Vorschläge, Zusicherung einer Belohnung als auch konkludente Aufforderungen in Betracht. „Erforderlich ist eine psychische, geistige Beeinflussung, eine unmittelbare Einflussnahme auf die Willensbildung eines anderen.“⁶³ Nicht ausreichend ist es, wenn lediglich eine Situation geschaffen wird, in der sich ein anderer voraussichtlich zur Begehung einer Straftat entschliesst, da es hierbei an der notwendigen psychischen Einwirkung mangelt.⁶⁴ Hingegen kann bereits eine Frage Anstiftung zu einer Tat sein - falls der Frager zu einer Straftat anstiften will - da mit der Frage zu einer Antwort aufgefordert und damit der Tatentschluss des Adressaten hervorgerufen wird.⁶⁵ Auch Täuschung und Drohung kommen als Tatmittel in Betracht, wobei sowohl die Täuschung als auch die Drohung nicht so weit gehen darf, dass der Betroffenen nicht mehr in der Lage ist, den Entschluss zur Tatverwirklichung selbstverantwortlich zu treffen. Hat der Angegangene aufgrund der Stärke der Drohung gar keine Wahl, sich anders zu verhalten oder erkennt er aufgrund der Täuschung gar nicht, dass er eine strafbare Handlung begeht, liegt – mangels Tatherrschaft des Angegangenen – keine Anstiftung, sondern allenfalls mittelbare Täterschaft vor.

Die Tat, zu der angestiftet wird, muss hinreichend, jedoch nicht im Detail, bestimmt sein. Verlangt wird, dass zu einem konkret skizzierten Verhalten angeregt wird, das hinsichtlich Opfer bzw. Angriffsobjekt, Tatort oder der Art und Weise des Vorgehens näher umschrieben sein muss.⁶⁶ Ungenügend wäre eine unspezifische Aufforderung, irgendeine Straftat zu begehen.⁶⁷

5.1.1.2. Der subjektive Tatbestand der Anstiftung

In subjektiver Hinsicht verlangt die Anstiftung vorsätzliches Handeln. Dabei muss sich der Vorsatz des Anstifters zunächst darauf beziehen, bei der anzustiftenden Person den Tatentschluss wecken zu wollen. Der Anstifter muss wollen oder zumindest in Kauf nehmen, dass

⁶⁰ Baur, S. 38

⁶¹ Forster, Art. 24 N. 35

⁶² BGE 116 IV 1; 127 IV 122, 127

⁶³ BGE 127 IV 122, 127

⁶⁴ Donatsch/Tag, S. 149; z.B. Diebesfallen

⁶⁵ BGE 127 IV 122, 128; Forster, Art. 24 N. 16

⁶⁶ Donatsch/Tag, S. 151 f.

⁶⁷ Forster, Art. 24 N. 22

sein motivierendes Verhalten den Angestifteten kausal dazu bringt, den Entschluss zu fassen, die Straftat zu begehen, sich also tatbestandsmässig und rechtswidrig zu verhalten.⁶⁸

Daneben muss sich der Anstifter auch ein Bild von der von ihm veranlassten Tat machen. Dabei ist zu fordern, dass sich der Anstifter mindestens so viele Merkmale der Haupttat vorstellt, dass sie unter einen bestimmten Tatbestand subsumiert werden kann. „Eine allgemeinere Vorstellung, innerhalb derer verschiedene Delikte (...) möglich sind, reicht nicht aus.“⁶⁹ Es genügt jedoch, wenn die Vorstellung des Anstifters zwar derart allgemein ist, dass mehrere Tatbestände erfüllt sein können, diese zueinander aber in einem Stufenverhältnis stehen (z.B. einfache Körperverletzung / schwere Körperverletzung), da der Anstifter in diesen Fällen für den „Grundtatbestand“ bestraft wird, falls in seinem Vorsatz die Qualifikationsmerkmale fehlen.⁷⁰ Sodann muss sich der Vorsatz auch auf die sachlichen Merkmale beziehen. Diese müssen aber beim Anstifter nicht selber vorliegen, da sie ihm akzessorisch angerechnet werden.⁷¹

Der Anstifter haftet auf jeden Fall nur entsprechend seines Vorsatzes. Begeht der Angestiftete entgegen der Vorstellung des Anstifters z.B. anstelle eines einfachen Raubes einen qualifizierten Raub, so ist der Anstifter nur wegen einfachen Raubes strafbar.⁷² Verübt der Angestiftete jedoch eine leichtere Straftat als der Anstifter sich vorgestellt hat, z.B. eine einfache anstelle einer qualifizierten Brandstiftung, so muss sich der Anstifter nur die wirklich verübte Tat anrechnen lassen, kann aber ausserdem noch wegen Versuchs des von ihm angestifteten Delikts bestraft werden, sofern es sich um ein Verbrechen handelt.⁷³

Umstritten ist, ob der Anstiftervorsatz auch den Willen beinhalten muss, dass die Tat des Haupttäters vollendet wird. Der überwiegende Teil der Lehre nimmt an, dass der Anstifter den Haupttatvollendungswillen in seinen Vorsatz aufnehmen muss. Der Anstifter muss also wollen, dass der zum Tatbestand gehörende Erfolg eintritt bzw. das Rechtsgut verletzt wird.⁷⁴

5.1.2. Definition des agent provocateurs

Ein agent provocateur ist somit ein Polizeibeamter oder eine im Auftrag der Polizei handelnde Privatperson, der bzw. die den Willen der Zielperson beeinflusst und diese zum Zwecke der Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr zu einer strafbaren Handlung bewegt.⁷⁵

⁶⁸ Forster, Art. 24 N. 5

⁶⁹ Ingelfinger, S. 100

⁷⁰ Ingelfinger, S. 92

⁷¹ Forster, Art. 24 N. 9, welcher als Beispiel Art. 179^{septies} StGB anführt: Der Anstifter muss wissen und wollen, dass der Täter aus Bosheit oder Mutwillen handelt. Der Anstifter selber braucht aber weder aus Bosheit noch aus Mutwillen zu handeln.

⁷² Stratenwerth, § 13 N. 101. Zusätzlich haftet er für die fahrlässige Herbeiführung des weitergehenden Erfolgs, sofern der entsprechende Tatbestand mit Strafe bedroht ist.

⁷³ Stratenwerth, § 13 N. 101, Art. 24 Abs. 2 StGB

⁷⁴ Baur, S. 93; Trechsel, Art. 24 N. 6, Donatsch/Tag, S. 153; Stratenwerth, § 13 N. 103 f.; Nikolidakis, S. 71; a.M. Schultz, S. 295

⁷⁵ Schwarzburg, S. 7

5.2. Sind die jugendlichen Testkäufer agents provocateurs?

Da der agent provocateur per definitionem ein Polizeibeamte oder eine mit der Polizei zusammenarbeitende Privatperson ist, sind nur die Fälle zu prüfen, in denen die Testkäufe zusammen mit der Polizei vorgenommen werden. Einsätze mit jugendlichen Testkäufern, die vom Blauen Kreuz und anderen Organisationen, ohne Einbezug bzw. ohne Wissen der Polizei durchgeführt werden, fallen nicht unter den Begriff des agents provocateurs.

Die jugendlichen Testkäufer begeben sich in eine Verkaufsstelle oder ein Lokal und behändigen oder bestellen dort alkoholische Getränke. Verlangt die Verkäuferin keinen Ausweis, obschon sie aufgrund des Aussehens des Jugendlichen damit rechnen muss, dass dieser das erforderliche Alter vom 16 bzw. 18 Jahren noch nicht erreicht hat, verkauft sie vorsätzlich, zumindest jedoch eventualvorsätzlich (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB) Alkohol an Minderjährig. Werden die Testkäufer nach dem Alter bzw. dem Ausweis gefragt, geben sie wahrheitsgemäss Auskunft und weisen sich mit ihrem richtigen Ausweis aus. Nach Abwicklung des Kaufes übergeben sie den Alkohol der vor der Verkaufsstelle wartenden Begleitperson.

Es stellt sich die Frage, ob das Verhalten der Testkäufer - das Bestellen eines alkoholischen Getränks oder der Gang mit einer aus dem Regal genommenen Flasche Alkohol an die Kasse - ein „Bestimmen“ im Sinne von Art. 24 Abs. 1 StGB darstellt.

Gemäss herrschender Lehre ist unbestritten, dass zwischen dem Anstifter und dem Anzustiftenden zumindest eine psychische Beeinflussung stattfinden muss. Das Bereitstellen einer Tatsituation genügt hingegen nicht.⁷⁶ Als Anstiftungsmittel kommen Handlungen, Bemerkungen, Drohungen aber auch Fragen in Betracht. Erforderlich ist, dass der Anstifter mit seiner Äusserung im Sinne einer Willensbestimmung auf den Willen des Anzustiftenden einwirkt und dieser sie auch als solche versteht.⁷⁷ Der Anstifter ist dabei für die Interpretation seiner Äusserung verantwortlich, „soweit er sie bewusst als Illustration seiner Intention einsetzt.“⁷⁸

Der jugendliche Testkäufer, der ein alkoholisches Getränk bestellt oder aus dem Regal nimmt und damit zur Kasse geht, will dieses Getränk kaufen. Mit seiner Handlung drückt er diesen Willen gegenüber dem Verkäufer aus. 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 bzw. Bestellung des Jugendlichen wäre es nicht zum Verkauf des Alkohols gekommen. Der Verkäufer wäre aus eigenem Antrieb nicht auf den Jugendlichen zugegangen, um ihm alkoholische Getränke zu verkaufen.

Entgegen der Auffassung von Jositsch⁷⁹ handelt es sich beim Verkäufer nicht um einen „omnimodo facturus“. Der Verkäufer entscheidet sich erst in dem Moment, in welchem der Jugendliche vor ihm steht und ein alkoholisches Getränk kaufen will, ihm dieses auch tatsächlich zu verkaufen. Erst die Handlung des Jugendlichen löst bei ihm den tatsächlichen Entschluss aus. Vorher war er allenfalls zur Tat geneigt, aber noch nicht entschlossen, diesem Jugendlichen das verlangte alkoholische Getränk zu verkaufen. Der bloss zu einem Delikt Geneigte, aber zur konkreten Tat noch nicht Entschlossene, kann noch abgestiftet wer-

⁷⁶ Schobloch, S. 80

⁷⁷ Schobloch, S. 82

⁷⁸ Schobloch, S. 85

⁷⁹ Jositsch, S. 5

den.⁸⁰ Erst in dem Moment, in dem der Jugendliche vor ihm steht, bildet sich beim Verkäufer aufgrund der Tatsache, dass der Jugendliche den behändigten (oder bestellten) Alkohol erwerben will, der Wille, ihm diesen zu verkaufen. Erst in diesem Moment konkretisiert sich der Wille des Verkäufers bezüglich des Käufers und der Art des verkauften Alkohols. Es wäre ja z.B. der Fall denkbar, dass ein Verkäufer geneigt ist, einem 15-jährigen Bier zu verkaufen, aber keinen Schnaps. Wenn er sich aber in dem Moment, in dem der 15-jährige mit einer Flasche Baccardi vor ihm steht, entschliesst, ihm diese zu verkaufen, ist er durch die Handlung des Jugendlichen angestiftet worden.

Indem somit der Jugendliche mit dem behändigten Alkohol zur Kasse schreitet bzw. alkoholische Getränke bestellt, bestimmt er einen konkreten Verkäufer dazu, ihm diesen Alkohol zu verkaufen. Er nimmt damit unmittelbar auf die Willensbildung des Verkäufers Einfluss, der sich erst in diesem Moment entschliesst, diesem Jugendlichen den konkret gewünschten Alkohol zu verkaufen. Die Äusserung bzw. Handlung des Jugendlichen ist auch genügend bestimmt. Der objektive Tatbestand der Anstiftung ist somit erfüllt.

In subjektiver Hinsicht will der jugendliche Testkäufer, dass ihm der Verkäufer die gewünschten alkoholischen Getränke verkauft, obschon er diese aufgrund seines jugendlichen Alters nicht erwerben dürfte. Sein Vorsatz erstreckt sich somit nicht nur auf den Versuch, diese Getränke kaufen zu können. Der Kauf wird vielmehr vollständig abgewickelt und der Testkäufer verlässt mit dem gekauften Alkohol die Verkaufsstelle. Entsprechend dem Vorsatz des Testkäufers ist der Tatbestand der Abgabe von Alkohol an Jugendliche gemäss Art. 57 Abs. 2 lit b i.V.m. Art. 41 Abs. 1 lit i AlkG bzw. Art. 48 Abs. 1 lit g LMG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 LGV damit vollendet.

Fazit: Die jugendlichen Testkäufer sind als agents provocateurs zu qualifizieren. Damit ist allerdings noch nichts über deren Strafbarkeit gesagt, weshalb in einem weiteren Schritt zu prüfen ist, ob das Verhalten des agents provocateur strafbar ist.

5.3. Die Strafbarkeit des agent provocateurs

5.3.1 Provokation eines Deliktsversuchs („klassischer“ agent provocateur)

Wie bereits erwähnt, unterscheidet sich der „klassische“ agent provocateur vom Anstifter (und auch vom Lockspitzel) dadurch, dass er die Vollendung der Tat nicht will. Seine Absicht besteht vielmehr darin, den Angestifteten noch vor Tatvollendung in flagranti zu überführen.

In objektiver Hinsicht erfüllt der „klassische“ agent provocateur den Tatbestand der Anstiftung. Mit der Anstiftung zum Versuch bestimmt er den Angegangenen zu einer vorsätzlich begangenen, rechtswidrigen Handlung, da auch der Versuch eine rechtswidrige Straftat darstellt.⁸¹

Im Gegensatz zum Anstifter, der vorsätzlich einen Deliktserfolg mitverursacht und somit den Erfolgseintritt in seinen Vorsatz aufgenommen hat, mangelt es dem „klassischen“ agent provocateur gerade an diesem Vorsatz, der sich auf die Vollendung der Haupttat bezieht.

⁸⁰ Baur, S. 38

⁸¹ Art. 22 StGB; Schwarzburg, S. 10

Diese will ja der „klassische“ agent provocateur eben gerade nicht. Da ihm der Vollendungsvorsatz fehlt, liegt gemäss herrschender Lehre keine Anstiftung zum Versuch vor. Der „klassische“ agent provocateur ist somit nicht strafbar.⁸²

Andere Autoren sind hingegen der Auffassung, der Unrechtsgehalt der Anstiftung liege nicht in der Rechtsgutverletzung oder -gefährdung, sondern in der Verleitung des Angestifteten zu einer strafbaren Handlung. Da der „klassische“ agent provocateur gemäss der Schuldteilnahmetheorie mitverantwortlich sei, dass sich der Angestiftete strafbar verhalte, sei er entsprechend ebenfalls zu bestrafen.⁸³

Baumgartner schliesslich spricht von der Anstiftung von einem Tatbestand sui generis, dessen Strafgrund im moralisch verwerflichen Verleiten des rechtsgetreuen Bürgers bestehe. Das eigentlich Verwerfliche der Anstiftung liege in der Bestimmung eines rechtsgetreuen Bürgers zum Verbrechen und nicht in der Straftat des Angestifteten. Geschütztes Rechtsgut der Anstiftung ist demnach die Integrität des Bürgers.⁸⁴ Da die Handlung des „klassischen“ agent provocateurs dieses Rechtsgut verletzt, hat dies seine Strafbarkeit zur Folge.

Die vorliegende Arbeit stellt nicht den Rahmen dar, um sich vertieft mit diesem Theorienstreit auseinanderzusetzen, zumal hier die Provokation einer vollendeten strafbaren Handlung zur Diskussion steht. Mit der herrschenden Lehre ist jedoch davon auszugehen, dass Anstiftung zu einer versuchten Straftat straflos ist. Nachfolgend ist jedoch zu prüfen, wie es sich mit der Strafbarkeit der Anstiftung zum vollendeten Delikt verhält.

5.3.2. Provokation eines vollendeten Delikts (Lockspitzel)

Anders als der „klassische“ agent provocateur bei der Anstiftung zum versuchten Delikt will der Lockspitzel, dass der Angestiftete die strafbare Handlung vollendet. Sein Vorsatz erstreckt sich denn auch auf die Vollendung des Delikts. Im Gegensatz zum Anstifter will der Lockspitzel jedoch eine strafwürdige Rechtsgutbeeinträchtigung verhindern.⁸⁵ Der Lockspitzel erfüllt somit den Tatbestand der Anstiftung auch in subjektiver Hinsicht, was für seine Strafbarkeit sprechen würde. Diese Auffassung, welche in der Literatur zum Teil vertreten wird,⁸⁶ ist - insbesondere aus polizeilicher Sicht - wenig wünschenswert. Einige Autoren haben deshalb versucht, die Straffreiheit des Lockvogels zu begründen.

So führt Gnägi⁸⁷ aus, dass der auf die Haupttat gerichtete Vorsatz des Lockspitzels kein durchgehend taugliches Kriterium für die Schwelle seiner Strafbarkeit als Anstifter bilden könne. Er erläutert dies am Beispiel der Diebesfalle, wonach es unter dem für das Strafrecht grundlegenden Kriterium des Rechtsgüterschutzes für die Strafbarkeit des Anstifters nicht entscheidend sein könne, ob er die Festnahme des Haupttäters kurz vor oder aber unmittelbar nach dessen Wegnahmehandlung plane, sofern die weggenommene Sache sogleich wieder sichergestellt werde, denn auch im zweitgenannten Fall wolle es der Lockspitzel zu keinerlei Beeinträchtigung des Eigentums durch die Haupttat kommen lassen.

⁸² Gnägi, S. 12; Schwarzburg, S. 11; Nikolidakis, S.70; Baur, S. 93f.

⁸³ So z.B. noch Strathenwerth in MDR 1953 S. 720, zitiert nach Baumgartner, S. 251; vgl. Literatur in Gnägi, S. 12 Fn. 26

⁸⁴ Baumgartner, S. 252 ff.

⁸⁵ Schwarzburg, S. 19

⁸⁶ vgl. Literatur in Gnägi, S. 15 Fn. 40

⁸⁷ Gnägi, S. 15 ff.

Die Straflosigkeit des Lockspitzels drängt sich somit deshalb auf, weil er eine strafwürdige Rechtsgutbeeinträchtigung vermeidet oder zumindest vermeiden will. „Zweck des Strafrechts und damit auch der einzelnen Norm ist der Rechtsgüterschutz. Demzufolge muss sinnvollerweise der Umstand, dass der Lockspitzel das betroffene Rechtsgut vor realen Beeinträchtigungen schützt, Rückwirkungen auf die Auslegung der die Vollendung kennzeichnenden Gesetzesbegriffe haben.“⁸⁸

Aus dem Rechtsgüterschutz ergibt sich einmal, dass die Anstiftung zu einem Delikt, bei dem das tatbestandsmässige Handeln mit der Rechtsgüterverletzung zusammenfällt, stets strafbar ist, da hier das Rechtsgut vom Lockspitzel zwangsläufig nicht geschützt werden kann. Zu denken ist z.B. an die Anstiftung zu einer Körperverletzung oder Tötung.⁸⁹

Problematisch sind hingegen die Fälle, bei denen die Ausführung der tatbestandsmässigen Handlung unmittelbar noch keine Rechtsgutbeeinträchtigung bewirkt, wie z.B. bei der vorerwähnten Diebesfalle. Da die Rückgabe des Deliktsgutes unmittelbar nach der Wegnahme erfolgt, wird das geschützte Rechtsgut des Eigentums nicht verletzt.

Auch im Bereich der abstrakten Gefährdungsdelikte ergeben sich unbefriedigende Ergebnisse, wenn man den Anstifter haften lässt, obwohl er nach Vollendung des Delikts durch den Täter den Eintritt der Gefährdung durch geeignete Massnahmen abgewendet hat. Hier ist als Beispiel der Betäubungsmittelhandel zu nennen. Das Betäubungsmittelgesetz verbietet - abgesehen von einigen Ausnahmen⁹⁰ - den Handel mit Betäubungsmitteln grundsätzlich, da bereits der Handel die Volksgesundheit⁹¹ - das durch die Betäubungsmitteldelikte geschützte Rechtsgut - gefährden kann. Der Lockspitzel, der durch entsprechende Massnahmen verhindert, dass die Betäubungsmittel des von ihm initiierten Geschäfts in Umlauf geraten, sondern dafür sorgt, dass diese von der Polizei aus dem Verkehr gezogen werden können, beabsichtigt nicht die Gefährdung der Volksgesundheit. Im Gegenteil geht es ihm vielmehr um deren Schutz.⁹²

Während einige Autoren somit das Problem der Strafbarkeit bzw. Straffreiheit des Lockspitzels lösen, indem sie auf den Willen des Lockspitzels abstellen, der eine tatsächliche Verletzung des Rechtsguts nicht eintreten lassen will,⁹³ begründen andere die Straflosigkeit des Lockspitzels damit, dass er die Beendigung der Tat nicht in seinen Vorsatz aufgenommen hat.⁹⁴

Gnägi schlägt für den Lockspitzel im Betäubungsmittelbereich die Annahme des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals des Erfolgsunwerts vor. Darunter soll der „konkrete, als negativ bewertete Sachverhalt verstanden werden (...), dessen Eintritt die entsprechende Strafnorm gerade verhindern will.“⁹⁵ Ist die Verwirklichung des Erfolgsunwerts vom Tätervorsatz nicht erfasst, „so fehlt es nicht nur am Erfolgsunwert, sondern auch an einem vorsatzstrafbarkeitsbegründenden Handlungsunwert des geäusserten Verhaltens.“⁹⁶ Erfolgte die Anbahnung des Scheingeschäfts unter polizeilicher Kontrolle, kann auf das Fehlen des Un-

⁸⁸ Schwarzburg, S. 19

⁸⁹ Schwarzburg, S. 19, Nikolidakis, S. 81

⁹⁰ Art. 8 Abs. 5 BetmG

⁹¹ Gnägi, S. 16

⁹² Gnägi, S. 16

⁹³ Schwarzburg, S. 21 mit weiteren Verweisen; Gnägi, S. 22, mit Verweis auf Strathenwerth

⁹⁴ Schwarzburg, S. 21, mit weiteren Verweisen

⁹⁵ Gnägi, S. 23 f.

⁹⁶ Gnägi, S. 24

rechtsverwirklichungsvorsatzes geschlossen werden. Der Lockspitzel ist deshalb wegen mangelnden Vorsatzes nicht wegen Anstiftung strafbar.

Schwarzburg kritisiert jedoch insbesondere die auf der nicht gewollten Rechtsgutverletzung abstellende Straffreiheit des Lockspitzels mit dem Argument, dass die Herbeiführung einer strafwürdigen Rechtsgutbeeinträchtigung auch keine Strafbarkeitsvoraussetzung für den Täter sei. Es gebe keinen generellen „Tatbestandsausschluss“ wegen Ausbleibens der strafwürdigen Rechtsgutbeeinträchtigung trotz Deliktvollendung.⁹⁷

So genügt z.B. bei den Betäubungsmitteldelikten, dass der Täter Drogen verkauft, ohne dass er die Schädigung der Volksgesundheit in seinen Vorsatz aufgenommen hat. Der Täter ist somit auch dann strafbar, wenn die verkauften Drogen z.B. durch Unvorsichtigkeit des Käufers verbrannt werden oder in die Toilette fallen und die Volksgesundheit somit durch die Drogen nicht gefährdet ist.

Wenn aber auf der einen Seite der Lockspitzel straflos bleibt, weil er eine Rechtsgutbeeinträchtigung durch den Täter verhindert und damit weder objektiv noch nach seinem Willen rechtsgutbeeinträchtigend handelt, andererseits der Täter durch die Tatbestandsverwirklichung wegen Vollendung strafbar ist, obwohl auch er in den betreffenden Fällen keine tatbestandsspezifische Rechtsgutsbeeinträchtigung bewirkt hat, kann es gemäss Schwarzburg für die Vollendungsstrafbarkeit sowohl des Täters als auch des Teilnehmers nicht auf die Bewirkung einer objektiven Rechtsgutbeeinträchtigung ankommen. Für ihn resultiert die Straffreiheit des Lockspitzels aus dem „Umstand, dass der Lockspitzel Vorsorge treffen muss, damit trotz der angestifteten Ausführungshandlung das Rechtsgut nicht beeinträchtigt wird.“⁹⁸ Er bezeichnet diese Massnahmen als „handlungsneutralisierendes Verhalten“.⁹⁹

Daneben gibt es auch Lehrmeinungen, die die Provokation des Lockspitzels für strafbar halten.¹⁰⁰

Der überwiegende Teil der Lehre kommt somit - wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen - zum Schluss, dass der Lockspitzel, der zwar zu einem vollendeten Delikt anstiftet, jedoch die Rechtsgutverletzung verhindern will und auch zu verhindern vermag, nicht strafbar ist.

Dieser Meinung ist - nicht zuletzt aus pragmatischen Überlegungen - zuzustimmen, da der Lockspitzel die Rechtsgutbeeinträchtigung nicht in seinen Vorsatz aufgenommen hat. Vielmehr geht es ihm ja gerade darum, das betreffende Rechtsgut vor Verletzungen zu schützen.

5.4 Jugendliche Testkäufer sind straffreie agents provocateurs

Art. 57 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 41 Abs. 1 lit. i AlkG verbietet die Abgabe von gebrannten Wasser an Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren. Gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 11 Abs. 1 LGV macht sich ebenfalls strafbar, wer alkoholische Getränke an Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren abgibt. Auch die kantonalen Gesetze sehen entsprechende Bestimmungen vor. Stellvertretend sei hier § 17 Abs. 3 i. V. m § 3 lit. a und b des Gesetzes

⁹⁷ Schwarzburg, S. 22

⁹⁸ Schwarzburg, S. 37

⁹⁹ Schwarzburg, S. 37

¹⁰⁰ Keller, S. 411; Baumgartner, S. 252, der bereits die Provokation eines Versuchs für strafbar hält.

über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholischen Getränken (Gastgewerbegesetz)¹⁰¹ des Kantons Schwyz erwähnt, wonach mit Busse bestraft wird, wer alkoholische Getränke an Jugendliche unter 16 Jahren und Spirituosen oder verdünnte alkoholische Getränke auf der Basis von Spirituosen an Jugendliche unter 18 Jahren abgibt.

Diese Bestimmungen haben gemeinsam, dass bereits die Abgabe von alkoholischen Getränken an Jugendliche unter 16 bzw. 18 Jahren strafbar ist. Eine Rechtsgutbeeinträchtigung ist zur Vollendung der Tatbestände nicht erforderlich. Es handelt sich somit bei den erwähnten Strafbestimmungen um abstrakte Gefährungsdelikte. Geschütztes Rechtsgut ist dabei die Gesundheit und Entwicklung der Kinder und Jugendlichen, die durch den Konsum von Alkohol beeinträchtigt oder gestört werden kann.

Wie weiter oben ausgeführt wurde,¹⁰² sind die jugendlichen Testkäufer als agents provocateurs im Sinne von Lockspitzel zu qualifizieren. Sie stiften das Verkaufspersonal durch ihr Verhalten dazu an, ihnen entgegen den gesetzlichen Bestimmungen Alkohol zu verkaufen, also abzugeben. Der Vorsatz der Testkäufer bezieht sich dabei auf die Vollendung des Delikts. Sie wollen, dass ihnen der Alkohol verkauft wird und das Verkaufspersonal auf diese Weise einer strafbaren Handlung überführt werden kann. Hingegen erfasst ihr Vorsatz nicht die Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts. Mit der Abgabe des Alkohols ist das Delikt zwar vollendet und die Verkaufsperson hat sich strafbar gemacht. Der Eintritt der Rechtsgutverletzung wird jedoch dadurch verhindert, dass der Alkohol unmittelbar nach dem Kauf der den Testkauf beobachtenden erwachsenen Begleitperson abgegeben wird. Da die Rechtsgutbeeinträchtigung von den Testkäufern weder gewollt war noch sich verwirklicht hat, sind diese gemäss herrschender Lehre nicht strafbar.

Die Strafflosigkeit der jugendlichen Testkäufer bedeutet jedoch nicht automatisch, dass staatlich initiierte Testkäufe zulässig sind. Der Frage der Rechtmässigkeit der Testkäufe soll deshalb im nächsten Kapitel nachgegangen werden.

6. Rechtmässigkeit von Testkäufen

Die Zulässigkeit von Alkoholtestkäufen wird insbesondere von Seiten der Polizei und anderen mit der Durchführung von Testkäufen betrauten Stellen, wie z.B. dem Blauen Kreuz, mit deren Erfolg begründet. Die mit den Testkäufen erreichte Senkung von Alkoholverkäufen an Kindern und Jugendliche ist für die Praktiker i.d.R. ausreichende Legitimation für die Durchführung von Testkäufen. Die Frage nach deren Rechtmässigkeit, dem allfälligen Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage, wird gar nicht gestellt. Als staatliches Handeln bedürfen Testkäufe jedoch gemäss dem Grundsatz der Justizförmigkeit einer gesetzlichen Grundlage.¹⁰³

6.1. Die Rechtsnatur der Alkoholtestkäufe

Bevor die Frage nach den Voraussetzungen für rechtmässige Testkäufe beantwortet werden kann, ist zu klären, ob diese eine präventivpolizeiliche Massnahme der Gefahrenabwehr oder eine repressive prozessuale Massnahme darstellen. Dabei ist ausschlaggebend, welche Ziele

¹⁰¹ Gesetz über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholischen Getränken vom 10.09.1997, SRSZ 333.100

¹⁰² S. 11 f

¹⁰³ Baumgartner, S. 124 f.

mit der Massnahme verfolgt werden. Unerheblich ist hingegen, welche Behörde die Massnahme anordnet bzw. durchführt.¹⁰⁴

„(Rein) Polizeiliche Massnahmen dienen der Gefahrenabwehr und der Beseitigung von Störungen und sind nicht auf prozessuale Erledigung ausgerichtet. Massnahmen (...) die auf prozessuale Erledigung abzielen, sind dagegen stets dem Strafverfahrensrecht zuzurechnen und als prozessuale Massnahme zu bezeichnen. Massnahmen zur Aufdeckung einer Straftat und zur Überführung des Täters sind deshalb hier einzuordnen.“¹⁰⁵

Die Alkoholtstkäufe dienen der Kontrolle der Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen. Sie beinhalten sowohl präventive als auch repressive Elemente. Das getestete Verkaufspersonal soll einerseits für die Belange des Jugendschutzes sensibilisiert und der Verkauf von alkoholischen Getränken an Kinder und Jugendliche verhindert werden. Andererseits stellen die Testkäufe auch eine Strafverfolgungsmassnahme dar, indem das fehlbare Verkaufspersonal überführt und der Bestrafung zugeführt werden soll. Denn ohne Bestrafung stellen die Testkäufe ein „stumpfes Instrument“¹⁰⁶ im Jugendschutz dar. Der Testkauf bildet also auch die Grundlage für das späterer Verfahren gegen das fehlbare Verkaufspersonal, weshalb er als strafprozessuale Massnahme zu qualifizieren ist.¹⁰⁷

Dabei ist unerheblich, dass Jugendliche, also Privatpersonen, und nicht Polizeibeamte, die Testkäufe vornehmen, da deren Handeln den polizeilichen Aufgaben der Strafverfolgung und Prävention dient. Das Vorgehen der Testkäufer stellt für das betroffene Verkaufspersonal staatliches Handeln dar.¹⁰⁸ Der Staat muss sich deshalb das Handeln der Testkäufer als eigenes anrechnen lassen.

6.2. Alkoholtstkäufe als Zwangsmassnahmen

Typisch für die Testkäufe ist, dass der jugendliche Testkäufer gegenüber dem Verkaufspersonal wie ein „normaler“ Jugendlicher auftritt. Das Verkaufspersonal wird damit über den wahren Hintergrund des Kaufes bzw. über die Aufgabe des Testkäufers getäuscht. Mit diesem Verhalten nimmt der Testkäufer Einfluss auf die Willensbildung des Verkaufspersonals. Der Verkäufer täuscht sich über die wahren Absichten seines Gegenübers. Seine Willensfreiheit ist dementsprechend eingeschränkt, da er bei Kenntnis des wahren Sachverhalts anders gehandelt hätte.¹⁰⁹ Testkäufe verletzen also die Willensfreiheit,¹¹⁰ einen Teilgehalt der persönlichen Freiheit des Angegangenen und stellen somit eine prozessuale Zwangsmassnahme dar.

Strafprozessuale Massnahmen, die in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen, bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Sie dürfen nur aus überwiegend öffentlichen Interessen erfolgen und haben die Verhältnismässigkeit zu wahren. Zwangsmassnahmen setzen zudem einen Tatverdacht voraus. Im Nachfolgenden ist zu prüfen, ob die Testkäufe diese Voraussetzungen erfüllen.

¹⁰⁴ Gnägi, S. 46

¹⁰⁵ Baumgartner, S. 137

¹⁰⁶ Tagesanzeiger vom 21.02.2009, S. 13;

¹⁰⁷ Schwarzburg, S. 88; Gnägi, S. 46 f.; Baumgartner, S. 137

¹⁰⁸ Baumgartner, S. 131 f.

¹⁰⁹ Vetterli, S. 369; Gnägi, S. 63 ff.

¹¹⁰ von Danwitz, S. 220

6.3. Zulässigkeitsvoraussetzungen für Testkäufe

6.3.1. Tatverdacht

Wie soeben festgestellt, handelt es sich bei den Testkäufen um strafprozessuale Massnahmen. Solche Ermittlungshandlungen dürfen nur ergriffen werden, wenn gegenüber der betroffenen Person der Verdacht besteht, diese habe eine Straftat begangen.¹¹¹ Nur der bestehende Verdacht auf eine strafbare Handlung rechtfertigt die Eröffnung eines Strafverfahrens, in welchem allenfalls Zwangsmassnahmen angeordnet werden können.

Verdachtslose Testkäufe sind unzulässig.¹¹² Der staatliche Auftrag zur Strafverfolgung schliesst aus, dass derselbe Staat unbescholtene Bürger auf ihre Gesetzestreue prüft, indem er sie zur Delinquenz verführt, um sie anschliessend zu bestrafen.¹¹³ „Es kann niemals Aufgabe der Polizei sein, Delikte zu veranlassen“.¹¹⁴

Weiter muss sich der Verdacht gegen die Zielperson richten.¹¹⁵ Ein allgemein gegen ein bestimmtes Geschäft oder Lokal gerichteter Verdacht reicht nicht aus.

Mit den Alkoholtestkäufen sollen Verkaufsläden und Lokale auf die Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen getestet werden. Dabei wird darauf geachtet, dass die Auswahl der zu testenden Verkaufslöke, zumindest bei der ersten Testserie, zufällig erfolgt¹¹⁶. Ein konkreter Tatverdacht gegen eine bestimmte Person besteht somit nicht.

Eine zweite Testserie beschränkt sich zwar zuweilen auf die fehlbaren Betriebe. Da sich der Tatverdacht aber gegen eine bestimmte Zielperson richten muss, dürften nur die fehlbaren Verkäufer getestet werden. Steht am Testtag zufällig eine andere, bisher noch nicht verdächtige Verkaufsperson im Laden, wäre die Massnahme gegenüber dieser mangels Tatverdachts nicht zulässig.

Da die Verkaufsstellen, in denen Testkäufe durchgeführt werden, zufällig ausgewählt werden und sich die Testkäufe nicht gegen bestimmte Verkäufer, sondern gegen bestimmte Verkaufsstellen richten, mangelt es an dem für die Anordnung einer Zwangsmassnahme notwendigen Tatverdacht.

6.3.2. Gesetzliche Grundlage

Staatliche Eingriffe in Freiheitsrechte der Bürger bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Darunter versteht man ein Gesetz im materiellen Sinn und je nach Schwere des Eingriffs auch ein solches im formellen Sinn.¹¹⁷

¹¹¹ Gnägi, S. 48

¹¹² Gnägi, S. 48; von Danwitz, S. 87, 143

¹¹³ Baumgartner, S. 199, 203

¹¹⁴ Gnägi, S. 48

¹¹⁵ Gnägi, S. 48

¹¹⁶ Bundesamt für Gesundheit (BAG), S. 6

¹¹⁷ Baumgartner, S. 178

Für Testkäufe besteht auf Bundesebene und - soweit ersichtlich - bis heute mit einer Ausnahme¹¹⁸ auch in keinem Kanton eine gesetzliche Grundlage. Auch die polizeiliche Generalklausel kann die fehlende gesetzliche Grundlage nicht ersetzen. Damit die polizeiliche Generalklausel zur Anwendung gelangen kann, muss die öffentliche Ordnung schwer, direkt und unmittelbar gefährdet sein. Zudem muss eine zeitliche Dringlichkeit bestehen, die es nicht zulässt, eine gesetzliche Grundlage auf dem ordentlichen Gesetzgebungsweg zu schaffen.¹¹⁹

Durch die Missachtung der Jugendschutzbestimmungen und damit durch den Verkauf von Alkoholika an Jugendliche kann die öffentliche Ordnung durch betrunkene Jugendliche erheblich beeinträchtigt werden. Die Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch Verkauf von Alkohol an Jugendliche ist aber seit längerem bekannt. Seit 2000 werden in verschiedenen Kantonen regelmässig Alkoholtestkäufe durchgeführt.¹²⁰ In den vergangenen neun Jahren hätten die Behörden somit genügend Zeit gehabt, eine entsprechende gesetzliche Grundlage zu schaffen. Von einer zeitlichen Dringlichkeit kann somit keine Rede sein, weshalb eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel zur Legitimation von Alkoholtestkäufen nicht statthaft ist.

6.3.3. Öffentliches Interesse

Eingriffe in Freiheitsrechte sind nur zulässig, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.

Die Testkäufe werden im öffentlichen Interesse der Strafverfolgung durchgeführt. Weiter besteht ein öffentliches Interesse daran, dass die Jugendschutzbestimmungen eingehalten und die Jugendlichen vor frühzeitigem Kontakt mit Alkohol und den damit zusammenhängenden Folgen geschützt werden. Ein überwiegendes öffentliches Interesse kann somit bejaht werden.

6.3.4. Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt einerseits, dass keine weniger einschneidende Massnahmen zur Erreichung des Ziels, nämlich der Überführung des Täters, möglich sind. Andererseits setzt der Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen voraus, dass die durch die Straftat zu befürchtende Rechtsgutverletzung als dementsprechend gleich schwer zu qualifizieren ist.¹²¹

Mit den Bestimmungen über das Verkaufsverbot von Alkohol an Kinder und Jugendliche wird das Rechtsgut der Gesundheit der Jugend geschützt. Durch den Verkauf von Alkohol an Kinder und Jugendliche kann deren Gesundheit gefährdet werden.

Ein Verstoß gegen das Verkaufsverbot stellt lediglich eine Übertretung dar. Daraus ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Gefährdung der Jugendlichen durch Alkohol als nicht

¹¹⁸ Art. 26 Abs. 4 des Gastgewerbegesetzes des Kantons Basel-Landschaft vom 05.06.2003 enthält eine explizite Regelung für verdeckte Testkäufe.

¹¹⁹ Baumgartner, S. 184

¹²⁰ Bundesamt für Gesundheit (BAG), S. 4

¹²¹ Baumgartner, S. 209

sonderlich schwer einstuft, ansonsten drastischere Konsequenzen vorgesehen worden wären.¹²²

Dieser geringen Rechtsgutverletzung steht ein minimaler Eingriff in die Willensbildungsfreiheit des Verkäufers gegenüber. Der Jugendliche nimmt eine Offerte des Verkäufers an, welche sich zwar nur an Erwachsene richtet. Es handelt sich dabei aber um eine alltägliche Handlung, welche keinen übermässigen Eingriff in die Willensbildung des Verkäufers darstellt. Die Testkäufe sind deshalb mit Blick auf die Eingriffsintensität mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz vereinbar.¹²³

Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verlangt daneben, wie erwähnt, dass keine weniger einschneidendere Massnahmen zur Überführung des Täters vorhanden sind. Im Bereich der Alkoholabgabekontrolle wäre als mildere Massnahme z.B. denkbar, dass Polizeibeamte Kontrollen in Restaurants oder Verkaufsshops durchführen. Dieses Vorgehen ist aber sehr uneffizient. Aufwand und Ertrag stehen bei solchen Kontrollen in keinem Verhältnis. Da der Einsatz von Testkäufern keine stark einschneidende Massnahme darstellt, ist er auch unter dem Aspekt der mildereren Massnahme verhältnismässig.

6.4. Fazit

Alkoholtestkäufe mit Jugendlichen stellen strafprozessuale Zwangsmassnahmen dar. Da sie weder auf einem konkreten Tatverdacht beruhen, noch sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen können, sind sie als nicht zulässig zu qualifizieren.

7. Alkoholtestkäufe durch Private

Den bisherigen Ausführungen lag die Konstellation zugrunde, dass die Testkäufe im Auftrag oder in Zusammenarbeit mit oder zumindest im Wissen der Polizei durchgeführt wurden und das Handeln der Testkäufer deshalb der Polizei und damit dem Staat zuzurechnen ist.

Werden Testkäufe ohne Wissen oder Mitwirkung der Polizei bzw. der Strafverfolgungsbehörden von Privatpersonen durchgeführt und erst im Nachhinein der Polizei gemeldet, stellen die Aussagen der Testkäufer ein Beweismittel dar, das der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt.

Bezüglich der Strafbarkeit der Testkäufer ist davon auszugehen, dass diese straffrei bleiben, sofern die erworbenen alkoholischen Getränke unverzüglich der Polizei übergeben werden und keine Beeinträchtigung des Rechtsguts der Gesundheit der Jugendlichen zu befürchten ist.

¹²² In diesem Zusammenhang ist Art. 136 StGB, Verabreichen gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder, zu erwähnen, welcher zwar ein Vergehen darstellt, aber bei Testkäufen kaum zur Anwendung gelangen dürfte, da in den Tests i.d.R. nur geringe Mengen Alkohol gekauft werden.

¹²³ A.M. für den Betäubungsmittelbereich: Baumgartner, S. 209, wonach „V-Mann-Einsätze im Bagatellbereich (Übertretungen, leichte Vergehen) (...) ausser Betracht (fallen), weil hier die Wertabwägung zwischen den kollidierenden Rechtsgütern zur Wahrung der Grundrechte verpflichtet.“

8. Wie soll es weitergehen?

Nach dem Entscheid des Bundesgerichts, in welchem „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“¹²⁴ qualifiziert wurde, und nach dem Urteil des Kantonsgerichts Baselland vom 10.02.2009, wonach es sich bei Testkäufen mit Jugendlichen um eine verdeckte Ermittlung handelt,¹²⁵ ist die Verunsicherung gross, wie es mit den Alkoholtestkäufen weiter gehen soll. Das blaue Kreuz und andere Jugendschutzorganisationen wollen weiterhin an den Testkäufen mit Jugendlichen festhalten, da Testkäufe das wirksamste Mittel seien, um im Auftrag der Gemeinden den Jugendschutz zu kontrollieren.¹²⁶ Auch in Polizeikreisen wird die Auffassung vertreten, dass man trotz dieser Urteile mit den Testkäufen weitermachen bzw. diese initiieren will.

Einige Kantone sind daran, die Testkäufe gesetzlich zu regeln. So will z.B. der Kanton Luzern § 17 des Gesetzes über das Gastgewerbe, den Handel mit alkoholischen Getränken und die Fasnacht wie folgt ändern:

„§ 17 Absätze 1 sowie 3 (neu)

¹ Die Abgabe und der Ausschank von alkoholischen Getränken an Jugendliche unter 16 Jahren sind verboten.

³ Die zuständige Behörde kann Testkäufe vornehmen oder vornehmen lassen. Sie arbeitet dazu mit Fachstellen des Jugendschutzes zusammen. Die Kosten trägt der Kanton.“¹²⁷

Auch im Kanton Schwyz werden entsprechende Gesetzesänderungen diskutiert¹²⁸ und im Kanton Zürich wollen die Politiker die Testkäufe rechtlich absichern.¹²⁹

Es ist erfreulich, dass die Diskussion um die Alkoholtestkäufe endlich ins Rollen kommt, nachdem diese in verschiedenen Kantonen seit bald zehn Jahren ohne gesetzliche Grundlage praktiziert werden. Da es sich bei der Festlegung des öffentlichen Interesses um einen rechtspolitischen Ermessensentscheid handelt,¹³⁰ ist es erforderlich, dass auch die Politik in den Dialog einbezogen wird und der Entscheid über die Zulässigkeit der Testkäufe nicht den Richtern überlassen wird.

Mit Blick auf die zitierten Entscheide des Bundesgerichts¹³¹ und des Kantonsgerichts Baselland¹³² stellt sich allerdings die Frage, ob eine gesetzliche Regelung der Testkäufe neben dem BVE überhaupt noch möglich ist. Das Kantonsgericht Baselland scheint unter Berufung auf das Bundesgericht davon auszugehen, dass ausserhalb des BVE verdeckte Testkäufe nicht (mehr) zulässig sind. Dies erstaunt umso mehr, als der Kanton Baselland zurzeit - soweit ersichtlich - der einzige Kanton ist, der die verdeckten Testkäufe in § 26 Abs. 4 Gast-

¹²⁴ BGE 134 IV 266

¹²⁵ KGE ZS vom 10. Februar 2009 i. S. Staatsanwaltschaft BL gegen T.K. (100 08 1148/SUB)

¹²⁶ „Jugendschützer setzen weiter auf Lockvögel“, Tagesanzeiger vom 17.02.2009, S. 15

¹²⁷ Botschaft des Regierungsrates an den Kantonsrat zum Entwurf einer Änderung des Gastgewerbegesetzes betreffend Abgabe von Alkoholgetränken an Jugendliche, die Durchführung von Testkäufen und eine Verschiebung der Sperrstunde

¹²⁸ Motion M 12/07

¹²⁹ „Politiker wollen Testkäufe absichern“, Tagesanzeiger vom 14.03.2009, S. 21

¹³⁰ Baumgartner, S. 195

¹³¹ BGE 134 IV 266

¹³² KGE ZS vom 10. Februar 2009 i. S. Staatsanwaltschaft BL gegen T.K. (100 08 1148/SUB)

gewerbegesetz ausdrücklich vorsieht, die Testkäufe mithin sogar eine gesetzliche Grundlage haben.

Es ist zu hoffen, dass bald ein Bundesgerichtentscheid ergeht, welcher sich klar und konkret zu den Alkoholtestkäufen äussert, damit die derzeitige ungewisse Rechtslage nicht über längere Zeit hinweg bestehen bleibt.¹³³

Schliesslich wird sich auch das Parlament bald mit den Themen der verdeckten Ermittlung und der Testkäufe befassen müssen, nachdem die Rechtskommission des Nationalrates eine Parlamentsinitiative von Daniel Jositsch überwiesen hat, mit welcher eine Präzisierung der verdeckten Ermittlung in der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung verlangt wird. Ziel der Präzisierung ist es, einfach Ermittlungshandlungen wie die einfache Lüge oder einfache Scheinkäufe vom Anwendungsbereich der StPO auszunehmen.¹³⁴

9. Rechtsstaatliche Bedenken zu den Alkoholtestkäufen durch Jugendliche

Abschliessend wird der Frage nachgegangen, ob die staatliche Provokation einer Straftat nicht dem Prinzip des Rechtsstaates widerspricht.

Aufgabe des Rechtsstaates ist es, Straftaten zu verfolgen. Diesem Auftrag widerspricht es, wenn derselbe Staat durch Provokation Delikte fördern darf.¹³⁵ Der Staat hat dafür zu sorgen, dass die Gesetze eingehalten werden. Dazu darf er sich aber nicht aller möglichen Mittel zu ihrer Durchsetzung bedienen. Insbesondere darf der Staat die Bürger nicht mit beliebigen Mitteln belasten, um die Einhaltung der Gesetze durchzusetzen.¹³⁶ Mit der staatlichen Deliktsprovokation begibt sich der Staat gefährlich in die Nähe zum Polizei- und Überwachungsstaat. Die Förderung von Delikten widerspricht denn auch dem Grundsatz der Gesetzesbindung, welche es dem Staat verbietet, Delikte zu provozieren.¹³⁷

Die staatliche Anstiftung zu Straftaten verletzt aber auch den in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Grundsatz der Verfahrensfairness. „Ein Verfahren kann dann nicht mehr als konventionskonform bezeichnet werden, wenn die Zielperson durch täuschendes Verhalten und Beeinflussung der Strafverfolgungsorgane erst zur Delinquenz gebracht wird, um anschliessend vom gleichen Staat dafür bestraft zu werden. Diesfalls bildet das Verfahren als Ganzes betrachtet nicht staatliche Reaktion auf die Rechtsuntreue eines Bürgers, sondern es umfasst gleichsam als Selbstzweck sowohl die Konstituierung wie die anschliessende Sanktionierung eines Rechtsverstosses, wozu der Bürger als blosses Mittel dient. Dem Gebot der Verfahrensfairness widerspricht deshalb auch die Inszenierung eines Scheinkaufes mit einem völlig Unverdächtigen.“¹³⁸ Gerade die Anstiftung von Unverdächtigen ist jedoch bei den Alkoholtestkäufen die Regel, da die Verkaufslokale nach dem Zufallsprinzip ausgewählt werden.

¹³³ Ein solcher Entscheid ist in den nächsten Monaten zu erwarten, nachdem die Staatsanwaltschaft des Kantons Basellandschaft den Entscheid des Kantonsgerichts Baselland (Fn. 132) angefochten hat.

¹³⁴ Medienmitteilung RK-N, 08.458 n Pa.Iv. Jositsch. Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung

¹³⁵ Baumgartner, S. 199

¹³⁶ Keller, S. 30

¹³⁷ Keller, S. 33

¹³⁸ Gnägi, S. 66

Die staatliche Deliktsprovokation tangiert daneben auch die Würde des Menschen und seine Willens- und Entscheidungsfreiheit. Sie degradiert den Anzustiftenden zum blossen Objekt staatlichen Handelns.¹³⁹ Das menschenunwürdige und die Willens- und Entscheidungsfreiheit verletzende Vorgehen besteht darin, dass der Anzustiftende durch Täuschung zu einer Handlung bewegt wird, die seine eigene Überführung ermöglicht. Der Tatentschluss des Anzustiftenden soll bewusst zur Erreichung dieses Ziels beeinflusst werden, das mit seinem wirklichen Willen natürlich nicht übereinstimmt.¹⁴⁰

Schliesslich darf auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass staatliche Deliktsprovokation das Vertrauen der Bürger in die Strafverfolgungsbehörden untergräbt.¹⁴¹ Der Staat verhält sich widersprüchlich, wenn er einerseits strafbares Verhalten provoziert, um dieses andererseits sofort wieder zu bestrafen. Während der Bürger im Bereich der Schwerekriminalität die staatliche Tatprovokation allenfalls noch nachvollziehen kann, dürfte sie bei Bagatelldelikten kaum mehr auf Verständnis stossen. Insbesondere, wenn diese sich, wie bei den Alkoholtestkäufen, gegen Unverdächtige richtet. Ein solches Vorgehen kommt der Prüfung der Gesetzestreue gleich, was „nach modernem Rechtsverständnis unsittlich und verboten ist.“¹⁴²

Zu diesen grundsätzlichen Bedenken zu staatlicher Tatprovokation kommt hinzu, dass bei den Alkoholtestkäufen Kinder und Jugendliche als Testkäufer eingesetzt werden (müssen). Der Staat setzt somit Kinder und Jugendliche also Lockspitzel ein, um (unbescholtene) Bürger zu einer strafbaren Handlung anzustiften. Es fragt sich, ob ein solches Vorgehen moralisch und ethisch vertretbar ist. Den Jugendlichen wird dabei das Bild des Staates als Überwachungsstaat vermittelt. Anstatt das Vertrauen der Jugendlichen in den Staat zu fördern, wird ihnen gezeigt, dass der Staat die Persönlichkeitsrechte seiner Bürger verletzt und sie zu Straftaten verleitet. Damit wird in den Jugendlichen ein Misstrauen gegenüber staatlichem Verhalten gepflanzt.

Der Jugendschutz ist ein ernstzunehmendes Anliegen. Er kann und darf aber nicht mit allen Mitteln verfolgt werden. Der Einsatz von Kindern und Jugendlichen als Lockspitzel ist m.E. nicht der richtige Weg, um den Jugendschutz zu gewährleisten. Hierzu müssen andere Wege, insbesondere derjenige der Prävention, beschritten werden. Das Argument, dass die Zahl der Testkäufe, in denen die Jugendlichen alkoholische Getränke erwerben konnten, seit Einführung der Testkäufe markant zurückgegangen sei, diese mithin ein geeignetes und notwendiges Mittel im Jugendschutz darstellten, vermag dogmatisch nicht zu überzeugen, da die Frage nach der Zulässigkeit der Testkäufe durch die Antwort auf die Frage der Notwendigkeit und der Zweckmässigkeit solcher Massnahmen ersetzt wird. Damit wird fälschlicherweise von der Notwendigkeit auf die Zulässigkeit geschlossen.¹⁴³ Die Berufung auf die Notwendigkeit einer Massnahme kann aber keinesfalls die für einen staatlichen Eingriff erforderliche gesetzliche Grundlage ersetzen.

Auch wenn es um den Jugendschutz und damit um ein sehr emotionales Thema geht, darf man aus strafrechtlicher Sicht nicht ausser Acht lassen, dass die Testkäufe wie andere staatliche Massnahmen auch, den rechtsstaatlichen Voraussetzungen entsprechen müssen. Es kann nicht sein, dass wegen der Emotionalität des Themas rechtsstaatliche Aspekte ausgeblendet werden.

¹³⁹ Baumgartner, S. 199

¹⁴⁰ Schwarzburg, S. 112

¹⁴¹ Schwarzburg, S. 114 f.

¹⁴² Baumgartner, S. 169

¹⁴³ Baumgartner, S. 123

Die geäußerten grundlegenden Bedenken an der Zulässigkeit von Alkoholtstkäufen aus strafrechtlicher und rechtsstaatlicher Sicht schliessen eine Kontrolle im Sinne eines Monitorings durch private Institutionen nicht aus. Mit Belohnungssystemen bei korrektem Verhalten (z.B. Auszeichnungen) könnte das Verkaufspersonal motiviert und mit einer angemessenen Medienberichterstattung gleichzeitig auch die Bevölkerung weiterhin für den Jugendschutz sensibilisiert werden.

„Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Ausnützung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.“

Bennau, 10. Mai 2009

Alexandra Haag