

## Memorandum

An: Francesco Mainardi, Brigit Hofer, Susanne Amrein-Fischer; Coop  
Von: Dr. Thomas Weibel und lic. iur. Yvonne Pieles  
Datum: 11. April 2011  
Betrifft: Testkäufe / Strafrechtliche Belangung des Kassenpersonals  
Kurzzusammenfassung des Gutachtens vom 10. Februar 2011

---

## EXECUTIVE SUMMARY

Testkäufe von Alkohol durch Jugendliche sind ein fragwürdiges, da unzulässiges Mittel der Beweisbeschaffung. Die daraus gewonnenen Beweise sind – und bleiben auch mit den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen – untauglich als Grundlage für eine strafrechtliche Belangung und Bestrafung des Kassenpersonals. Diese ist auch aus diversen weiteren Gründen problematisch. Zielführender und rechtsstaatlich korrekter ist eine Belangung von Unternehmen, die Alkohol an Jugendliche abgeben, primär in der Form von Verwaltungsbussen.

### I. WORUM GEHT ES?

- 1 Das Verbot der Abgabe von Alkohol an Jugendliche ist im Alkoholgesetz und in der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung verankert. Testkäufe sind als Kontrollinstrument für die Einhaltung dieses Verbots (noch) nicht gesetzlich verankert, sollen sich aber bewährt haben. Ihre Zulässigkeit ist allerdings umstritten, was sich auf die Strafbarkeit bei festgestellten Zuwiderhandlungen auswirkt.
- 2 Das Bundesgericht hat ähnliche Vorgehensweisen als verdeckte Ermittlungen eingestuft. Mit Grundsatzentscheid 134 IV 266 – bestätigt in zwei Entscheiden aus dem Jahr 2010 – stellte es fest, dass nicht die Intensität der Täuschung, sondern bereits der Umstand, dass überhaupt getäuscht wird, zur Qualifikation als verdeckte Ermittlung führt. Auch einfache Scheingeschäfte zwischen einem nicht als solchen erkennbaren Ermittler und einer verdächtigen Zielperson (wie z.B. Alkoholtestkäufe) fallen unter diese Definition. Damit die daraus gewonnenen Beweise verwertbar wären, bedürfte es einer vorgängigen gerichtlichen Bewilligung. Eine solche wird jedoch nur für namentlich aufgezählte schwerwiegende Delikte (sog. Katalogtaten) erteilt. Widerhandlungen gegen das Verbot der Alkoholabgabe an Jugendliche stellen keine Katalogtat dar, weshalb eine verdeckte Ermittlung unzulässig wäre. Die durch sie gewonnenen Beweise wären nicht verwertbar.
- 3 Ein Teil der Lehre will demgegenüber dann von einer verdeckten Ermittlung im engeren Sinn ausgehen, wenn die Ermittlung eine gewisse Dauer aufweist und sich der Ermittler in das Umfeld der Zielperson in-

tegiert. Es sei ein gewisses Mass an Täuschungs- und Handlungs- bzw. Eingriffsintensität erforderlich. Alkoholtstkäufe durch Jugendliche seien demgegenüber einfache Scheinkäufe, weil der Ermittler die Zielperson nicht aktiv täusche, sondern seine Funktion nur verschweige. Sie seien daher ohne Einhaltung der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung zulässig.

- 4 In der Lehre ist teilweise auch umstritten, ob die jugendlichen Alkoholtstkäufer *agents provocateurs* sind, welche Tatbereitschaft bzw. Tatentschluss der Zielperson überhaupt erst wecken und damit zur Tat anstiften. Eine solche Tatprovokation ist unzulässig, soweit sie nicht bloss einen – bereits vorhandenen – (zumindest generellen) Tatentschluss konkretisiert. Die Frage kann aber offengelassen werden: Sobald ein Anknüpfen von Kontakten vorliegt, kommen laut Bundesgericht die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung zur Anwendung.

## II. AKTUELLE RECHTSLAGE

- 5 Die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Strafprozessordnung („StPO CH“) hat die bisherigen Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung weitgehend übernommen.

- 6 Zwei Unterschiede sind jedoch wesentlich:

- Zum einen enthält die StPO CH keine Zweckbestimmung mehr, wonach der Ermittler in ein kriminelles Umfeld eindringen muss; dadurch ist die von einem Teil der Lehre verlangte Eingriffsintensität dahingefallen.
- Zum anderen ist die Möglichkeit der verdeckten Ermittlung *vor* einem Strafverfahren entfallen. Eine verdeckte Ermittlung ist nur noch zulässig, wenn der Verdacht besteht, eine Katalogtat sei bereits *begangen worden*. Abgesehen davon, dass die Abgabe von Alkohol an Jugendliche keine Katalogtat darstellt und somit Testkäufe von vornherein nicht bewilligt werden könnten, sind diese ungeeignet, eine *bereits begangene* Straftat aufzuklären. Vielmehr ist offensichtlich, dass es bei ihnen – wie bei anderen Scheinkäufen – in erster Linie darum geht, die Zielperson eines Delikts zu überführen, zu dem sie durch den Testkauf überhaupt erst veranlasst wird.

## III. WIRKUNGEN DER GEPLANTEN GESETZESÄNDERUNGEN

- 7 Mit der Totalrevision des Alkoholgesetzes („rev. AlkG“) sollen Testkäufe als Kontrollinstrument explizit im Gesetz verankert werden. Eine gleichzeitig eingereichte parlamentarische Initiative auf Teilrevision der StPO CH hat eine Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung zum Ziel. Durch sie sollen u.a.

einfache Scheinkäufe ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung ausgenommen werden.

- 8 Beide gesetzlichen Anpassungen gehen u.E. am Ziel vorbei:
- Testkäufe waren in einzelnen kantonalen Gesetzen bereits als Kontrollinstrument verankert; an ihrer rechtlichen Qualifikation änderte dies nichts.
  - Auch Scheinkäufe, die gemäss Art. 23 Abs. 2 BetmG grundsätzlich möglich sind, können dennoch verdeckte Ermittlungen darstellen (BGer, 6B\_743/2009 und 6B\_837/2009 vom 8. März 2010). Gerade diese für sog. einfache Scheinkäufe relevanten Entscheide sind in der *zeitlich vorher* lancierten Initiative auf Teilrevision der StPO CH nicht berücksichtigt. Diese stützt sich daher auf jene (ungeeigneten) Unterscheidungskriterien, welche das Bundesgericht inzwischen auch in Bezug auf einfache Scheinkäufe abgelehnt hat: Die Eingriffsintensität ist für die Qualifikation als verdeckte Ermittlung ohne Belang.
  - Damit bleiben Testkäufe auch mit den geplanten gesetzlichen Änderungen verdeckte Ermittlungen. Wie bereits erwähnt, stellt die Abgabe von Alkohol an Jugendliche keine Katalogtat dar; Testkäufe können daher nicht bewilligt werden und sind unzulässig. Die aus ihnen gewonnenen Beweise sind nicht verwertbar; das Kassenpersonal kann gestützt darauf nicht belangt werden.

#### **IV. FRAGWÜRDIGE STRAFRECHTLICHE BELANGUNG**

- 9 Bereits die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts betont, dass Scheinkäufe als „verpönte Verdachtsausforschung“ rechtspolitisch äusserst bedenklich sind: Sie sind ungeeignet, eine *bereits begangene* Straftat auszuklären, weil sie die Zielperson überhaupt erst veranlassen, ein Delikt zu begehen. Das verstösst gegen Treu und Glauben, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie das Fairnessgebot gemäss Art. 4 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II.
- 10 Zudem stellen Testkäufe strafprozessuale Massnahmen – wie etwa die Telefonüberwachung oder die Hausdurchsuchung – dar und können nur unter erhöhten Anforderungen angeordnet werden. Sollten sie – wie die Initiative verlangt – einfach möglich gemacht werden, würden sie ungerechtfertigterweise geringeren materiellen und formellen Anforderungen genügen als andere strafprozessuale Massnahmen.
- 11 Das Verbot der Alkoholabgabe an Jugendliche dient primär dem Jugend- und Gesundheitsschutz. Der übermässige Alkoholkonsum von Jugendlichen und jungen Erwachsenen scheint zunehmend zum Problem geworden zu sein. Im Zentrum steht die Reduktion des Alkoholkonsums. Mittels Testkäufen sollen der Alkoholverkauf an Jugendliche

bekämpft und zugleich Verkaufsstellen und Öffentlichkeit sensibilisiert werden. Die strafrechtlichen Folgen treffen demgegenüber primär das Verkaufspersonal, was in der Diskussion nur am Rand berücksichtigt wurde. Es erscheint fraglich, ob die strafrechtliche Verantwortlichkeit tatsächlich beim einzelnen Arbeitnehmer liegen soll und darf. Das Risiko, gegen das Verbot zu verstossen, ist ein typisches Betriebsrisiko. Es allein dem Kassenpersonal zuzuweisen, ist schon deshalb unbillig, weil von den Verkäufen einzig der Arbeitgeber profitiert.

- 12 Die Sorgfaltspflicht des Verkaufspersonals darf nicht überspannt werden: Das Personal muss Ausweise nur im Zweifelsfall kontrollieren. Solange es aufgrund seiner Einschätzung eine Ausweiskontrolle als nicht angezeigt erachtet, kann ihm keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden. Bereits vor diesem Hintergrund wäre eine strafrechtliche Belangung des Kassenpersonals ungerechtfertigt und würde die beabsichtigte Sensibilisierung letztlich die Falschen treffen.

## V. LÖSUNGSANSATZ: VERANTWORTLICHKEIT DES UNTERNEHMENS

- 13 Die Risikoabwälzung auf das Verkaufspersonal wäre somit unbillig. Die Regelungen der Haftung des Arbeitnehmers gemäss Art. 321e Abs. 2 OR und der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR bieten hier einen gerechteren Lösungsansatz: Schäden, die bei schadensgeheuerter Arbeit entstehen, fallen in die Risikosphäre des Arbeitgebers. Dazu gehört Arbeit, bei der auch einem sorgfältigen Arbeitnehmer Fehler unterlaufen können. Eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung des Arbeitnehmers wird innerbetrieblich ausgeglichen.
- 14 Diese Lösungsansätze überzeugen auch im Hinblick auf die Verantwortlichkeit bei der widerrechtlichen Abgabe von Alkohol an Jugendliche und sind für eine Beurteilung der Verantwortlichkeit des Kassenpersonals heranzuziehen. Die Folge wäre die *primäre Verantwortlichkeit des Unternehmens*. Subsidiär käme eine strafrechtliche Verfolgung des Kassenpersonals (nur) dann in Betracht, wenn sich der entsprechende Mitarbeiter grob sorgfaltspflichtwidrig Weisungen zur Ausweiskontrolle widersetzt.
- 15 Diesen Überlegungen folgt auch Art. 102 Abs. 2 StGB, der eine originäre und primäre Verantwortlichkeit des Unternehmens in Fällen vorsieht, in denen es nicht nachweisen kann, dass es sämtliche organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um die Straftat zu verhindern. Ähnlich wie bei der Geschäftsherrenhaftung kann es sich durch den Nachweis exkulpieren, alles organisatorisch Zumutbare – wie Beschilderung, Sicherung des Alkohols durch spezielle Verschlussvorrichtungen, Schulung und Überwachung der Arbeitnehmer sowie allfällige selbst durchgeführte Testkäufe – unternommen zu haben, um die unzulässige Abgabe von Alkohol zu vermeiden.