

**Urteil** vom 21. Oktober 2010

Es wirken mit:

Präsident Kamber  
Oberrichter Kiefer  
Oberrichter Marti  
Gerichtsschreiber von Arx

In Sachen

A  
vertreten durch Rechtsanwalt Jean-Claude Cattin, Dammstrasse 14, Postfach 311,  
2540 Grenchen

Beschuldigte

gegen

**Staatsanwaltschaft**, Franziskanerhof, Barfüssergasse 28, Postfach 157, 4502  
Solothurn,

Kassationsbeschwerdeführerin

betreffend **fahrlässige Widerhandlung gegen das Wirtschaftsgesetz**

Die Strafkammer des Obergerichts zieht in **Erwägung**:

I.

1. Am 25.8.2008 erstattet Gfr B von der Stadtpolizei Grenchen gegen A Strafanzeige wegen Widerhandlung gegen das Wirtschaftsgesetz. Die Beschuldigte habe einem Jugendlichen, der das 16. Altersjahr noch nicht erreicht hatte und nicht von einem Erwachsenen begleitet gewesen sei, ohne Einverständnis seiner Eltern Bier verkauft. Die Beschuldigte habe einen Ausweis verlangt, jedoch das Geburtsdatum falsch ausgerechnet. Sie habe ausgesagt, dass sie den Ausweis verlangt habe, ihr jedoch ein Rechnungsfehler unterlaufen sei. Wenn sie diesen Fehler nicht gemacht hätte, hätte sie kein Bier verkauft.

In der Anzeige ist vermerkt, anlässlich des 47. Uhrencups habe die Stadtpolizei Grenchen am 8.7.2008 vor und im Areal des Stadions Brühl Testkäufe durchgeführt (resp. durchführen lassen). Die "Auskunftspersonen" seien an die Getränkeausgaben geschickt worden, um Bier zu kaufen. Die Beschuldigte habe den Ausweis von beiden "Auskunftspersonen" verlangt. C sei die Herausgabe von Bier verweigert worden. D sei hingegen ein Bier (3 dl / 4.8 %) verkauft worden. Das Bier sei der Beschuldigten durch den anzeigenden Gfr B zurückgegeben worden. Die Beschuldigte habe ehrenamtlich am Uhrencup bei der Getränkeausgabe gearbeitet.

2. Mit Strafverfügung STR.2008.15518 vom 13.1.2009 auferlegte die a.o. Untersuchungsbeamtin A wegen Widerhandlung gegen das Wirtschaftsgesetz eine Busse von Fr. 200.00, ersatzweise zwei Tage Freiheitsstrafe, und die Verfahrenskosten von Fr. 160.00. Die Strafverfügung wurde A am 22.1.2009 zugestellt. Mit Datum vom 29.1.2009 erhob Rechtsanwalt Jean-Claude Cattin Einsprache. Mit Eingabe vom 1.4.2009 beantragte er, das Verfahren sei einzustellen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen nach vorgängiger Vernehmlassung. Am 17.4.2009 erfolgte eine polizeiliche Befragung von A. Sie berief sich auf ihr Aussageverweigerungsrecht (AS 67). Am 28.4.2009 erliess die a.o. Untersuchungsbeamtin eine "konkretisierte Eröffnungsverfügung" und am 1.5.2009 eine "neue veränderte Strafverfügung" folgenden Inhalts (AS 69):

..... wird in Anwendung von § 15 lit. c, § 43 WirtschG, Art. 103 ff. StGB und §§ 31 ff., 103 ff. der Strafprozessordnung folgende Strafverfügung erlassen:

1. Die Beschuldigte hat sich wie folgt schuldig gemacht:

Fahrlässige Widerhandlung gegen das Wirtschaftsgesetz (§ 15 lit. c WirtschG i.V. mit § 43 WirtschG)

begangen am 08.07.2008, 17:25 Uhr, in Grenchen, Brühlstrasse 21, Fussballstadion Brühl, Uhrencup, indem die Beschuldigte pflichtwidrig unvorsichtig einen Jugendlichen unter 16 Jahren mit alkoholhaltigen Getränken (Bier) bewirtet hat. Die Beschuldigte verlangte die Ausweise zweier Testkäufer und zog somit in Betracht, dass die Jugendlichen das 16. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hatten. Nach Erhalt der Ausweise berechnete sie jedoch bei einem der beiden das Alter falsch und verkaufte in der Folge einer Person, welche das 16. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hatte, ein Bier. Da der Testkäufer im Jahr 1993 geboren und somit zur Tatzeit erst 15 Jahre alt war, hätte der begangene Kontrollfehler ohne aufwändige Rechnung bereits vermieden werden können, wenn lediglich dessen Jahrgang vom damals aktuellen Jahr (2008) subtrahiert worden wäre.

A wurde zu einer Busse von Fr. 150.00, ersatzweise 2 Tage Freiheitsstrafe, und zur Bezahlung der Verfahrenskosten von Fr. 90.00 verurteilt. Rechtsanwalt Jean-Claude Cattin erhob gegen diese Strafverfügung, die ihm am 13.5.2009 zugestellt worden war, mit Datum vom 14.5.2009 erneut Einsprache. Mit Eingabe vom 5.6.2009 hielt er an der Einsprache fest. Hierauf hielt die a.o. Untersuchungsbeamtin mit der Überweisungsverfügung vom 9.6.2009 (AS 1) an der angefochtenen Strafverfügung fest und überwies die Sache zum Entscheid an das Gerichtspräsidium.

3. Am 24.11.2009 erliess der Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern folgendes Urteil:

1. A wird vom Vorwurf der fahrlässigen Widerhandlung gegen das Wirtschaftsgesetz freigesprochen.
2. A, vertreten durch Jean-Claude Cattin, Grenchen, ist eine Parteientschädigung von CHF 3'095.65 (Honorar CHF 2'816.00, Auslagen CHF 61.00, 7.6 % Mehrwertsteuer CHF 218.65) zugesprochen, zahlbar durch den Staat Solothurn, vertreten durch die Zentrale Gerichtskasse.
3. Der Amtsgerichtspräsident verzichtet auf die schriftliche Begründung des Urteils, wenn keine Partei ein Rechtsmittel ergreift oder innert 10 Tagen seit Zustellung der Urteilsanzeige niemand ausdrücklich eine schriftliche Begründung verlangt.
4. Die Kosten des Verfahrens mit einer Staatsgebühr von CHF 400.00, total CHF 510.00, gehen zu Lasten des Staates Solothurn.

Die Akten mit dem Urteil wurden der Staatsanwaltschaft am 4.1.2010 zugestellt. Mit Datum vom 12.1.2010 erhob die a.o. Oberstaatsanwältin Kassationsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Amtsgerichtspräsidenten von Solothurn-Lebern vom 24. November 2009 sei aufzuheben. Als Kassationsgrund wurde angegeben: § 190 Abs. 1 lit. b und c StPO.

Im Kassationsbeschwerdeverfahren wurde der Staatsanwaltschaft Gelegenheit gegeben, eine Begründung der Kassationsbeschwerde einzureichen. Dies erfolgte innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 10.5.2010. Mit Verfügung vom 14.5.2010 wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Verfahren schriftlich geführt werde. Mit Datum vom 28.6.2010 reichte Rechtsanwalt Jean-Claude Cattin eine Stellungnahme ein.

## II.

Das Rechtsmittel der Kassationsbeschwerde gegen das Urteil des Amtsgerichtspräsidenten von Solothurn-Lebern vom 24.11.2009 ist zulässig (§ 190 Abs. 1 StPO). Da ein Freispruch erfolgte und eine von Amtes wegen zu verfolgende Tat zu beurteilen war, ist die a.o. Oberstaatsanwältin zur Kassationsbeschwerde legitimiert (§ 192 lit. c StPO). Auf die rechtzeitig und formrichtig (§ 193 Abs. 1 und 2 StPO) eingereichte Kassationsbeschwerde ist einzutreten.

## III.

1. Auf Seite 6 des angefochtenen Urteils wird zutreffend festgestellt, der der Beschuldigten gemachte Vorhalt stütze sich einzig und allein auf die durch den Testkäufer provozierte Handlung. Es sei somit zu prüfen, ob Alkohol-Testkäufe als strafprozessuale Ermittlungshandlungen generell als zulässig zu qualifizieren seien und ob die daraus gewonnenen Erkenntnisse konkret als Beweise verwertet werden könnten.

Tatsächlich stellt sich die Frage, ob der Beweis für das allenfalls strafbare Verhalten der Beschuldigten in strafprozessual zulässiger Weise erhoben wurde. Das ist dann nicht der Fall, wenn die polizeilich veranlassten Testkäufe verdeckte Ermittlungen im Sinne des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung (SR 312.8, nachstehend als BVE erwähnt) darstellten. In diesem Zusammenhang ist vorweg als Faktum festzustellen, dass es ohne den Testkauf weder eine strafbare Handlung noch einen Beweis hierfür gäbe. Ein Schuldspruch wegen der der Beschuldigten angelasteten Widerhandlung gegen das Wirtschaftsgesetz steht oder fällt mit der strafprozessualen Zulässigkeit des Testkaufs. Im erstinstanzlichen Verfahren

und auch im Kassationsbeschwerdeverfahren wurde mit Hinweis auf BGE 134 IV 266 die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung thematisiert. Die Vorinstanz hat mit Verweis auf einen Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft zu Recht festgestellt, dass das BVE auch im Zusammenhang mit dem kantonalen Übertretungsstrafrecht anzuwenden sei. Das führt zu folgendem Schluss: Liegt eine verdeckte Ermittlung vor, war diese offensichtlich nicht zulässig, weil weder eine Katalogtat im Sinne von Art. 4 BVE noch eine richterliche Genehmigung im Sinne von Art. 7 vorgelegen hatte. Aus Art. 1 BVE, der Zweckbestimmung, geht im Übrigen bereits hervor, dass die verdeckte Ermittlung dazu dienen soll, besonders schwere Straftaten aufzuklären. Davon kann bei kantonalen Übertretungstatbeständen nicht die Rede sein. In diesem Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass auch Art. 136 StGB (Verabreichen gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder) nicht zu den Katalogtaten gemäss Art. 4 Abs. 2 BVE gehört.

2. Nach der bereits erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 134 IV 266, E. 3.6.1) ist verdeckte Ermittlung das Anknüpfen von Kontakten durch Polizeiangehörige zu verdächtigen Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei die Polizeiangehörigen nicht als solche erkennbar sind. Von der Observation unterscheidet sich die verdeckte Ermittlung dadurch, dass die Polizeiangehörigen die verdächtigten Personen nicht lediglich gezielt zwecks Aufklärung von Straftaten beobachten, sondern zu diesem Zweck mit den verdächtigten Personen über irgendein Medium kommunizieren. Im Zweifelsfall ist davon auszugehen, dass jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE ist und unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt. Im BVE liegt die für das Anknüpfen von solchen Kontakten, ungeachtet des dabei betriebenen Täuschungsaufwandes, in jedem Fall erforderliche besondere gesetzliche Regelung vor. Ein solches Anknüpfen von Kontakten ist, unabhängig von der Täuschungs- und/oder Eingriffsintensität des polizeilichen Vorgehens, nur unter den im BVE genannten Voraussetzungen zulässig. Wegen der jeder verdeckten Ermittlung durch Anknüpfen von Kontakten innewohnenden Täuschung reichen die allgemeinen Vorschriften über die polizeiliche Ermittlungstätigkeit nicht aus (E. 3.7).

3. Im Entscheid 6B\_743/2009 vom 8.3.2010 nahm das Bundesgericht auf BGE 134 IV 266 Bezug und führte in E. 2.1 aus, das Kriterium des "Anknüpfens von Kontakten" nehme Bezug auf die Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft (BBl 1998 4241 ff, 4283) wonach verdeckte Ermittlung das Anknüpfen von Kontak-

ten zu verdächtigen Personen sei, die darauf abzielten, die Begehung von strafbaren Handlungen festzustellen und zu beweisen. Das Bundesgericht verwies auf die in der Lehre an BGE 134 IV 266 geäusserte Kritik und Zustimmung (je mit Hinweisen) und hielt daran fest, dass Scheinkäufe auch in minder schweren Fällen als verdeckte Ermittlungen zu betrachten sind. Mangels einer klaren, abweichenden Regelung im BVE ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigten Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren. Dem BVE lässt sich keine hinreichend klare Grundlage für die Auffassung entnehmen, dass eine verdeckte Ermittlung im Sinne dieses Gesetzes nur bei einer (wie auch immer zu definierenden) gewissen Täuschungs- und/oder Eingriffsintensität beziehungsweise Dauer des Einsatzes angenommen werden kann. Das BVE enthält - wie übrigens auch die künftige schweizerische Strafprozessordnung - keine hinreichend klare Grundlage für die Auffassung, dass nur eine "qualifizierte" verdeckte Ermittlung unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt und eine "einfache" verdeckte Ermittlungstätigkeit vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen ist (E. 3.1 mit Hinweis auf Mark Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2009, S. 134). Wesentlich ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das "Anknüpfen von Kontakten". Dieses Kriterium enthält das Element eines aktiven, zielgerichteten Verhaltens (E.3.). Das Bundesgericht verweist im Übrigen darauf, dass die Schweizerische Strafprozessordnung, welche unter dem 8. Kapitel ("Geheime Überwachungsmaßnahmen") die "verdeckte Ermittlung" in Art. 286 bis 298 regelt, keine dem Art. 1 BVE entsprechende Bestimmung betreffend Eindringen in ein kriminelles Umfeld enthält (E. 3.4).

Im Entscheid 6B\_207/2010 vom 22.4.2010 bestätigte das Bundesgericht die oben dargelegte Rechtsprechung erneut (siehe auch 6B\_837/2009 vom 8.3.2010).

4. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist entgegen der Auffassung der Kassationsbeschwerdeführerin auch auf (jugendliche) Testkäufer anzuwenden. Deren von der Polizei veranlassetes Vorgehen stellt ein "Anknüpfen von Kontakten" dar. Um Handlungen dieser Art als verdeckte Ermittlungshandlungen zu qualifizieren, bedarf es keiner weiteren Täuschungs-, Handlungs- oder Eingriffsintensität. Sie stellen nicht bloss "einfache Scheinkäufe" dar. Eine Analogie zu Art. 23 Abs. 2 des Betäubungsmittelgesetzes ist im Übrigen nicht ersichtlich, da es dort um die Rechtfertigung von Handlungen allfälliger verdeckter Ermittler geht. Ob die Testkäufer als "agents provocateur" zu betrachten sind, braucht nicht vertieft geprüft zu werden. Es genügt, dass ihr Vorgehen (nicht zulässige) verdeckte Ermittlung ist. Mit der dargelegten, mehrfach bestätigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist einerseits die offenbare Rechtsauffassung im Gutachten von

Prof. Dr. Daniel Jositsch (welches sich nicht bei den Akten befindet) und andererseits auch jene der Anklagekammer des Kantons St. Gallen, die angeführt wurde, widerlegt. Zudem ist anzumerken, dass das Bundesgericht auch die Interpretation von BGE 134 IV 266 richtig stellte, indem es ausführte, es habe nicht erwogen, dass polizeiliche Betäubungsmittelscheinkäufe durch sogenannte Fahnder in Zivil - und damit durch nicht als solche erkennbare Polizeibeamte - auch ausserhalb einer verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE zulässig seien. Es habe an der zitierten Stelle lediglich diesbezügliche Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft wiedergegeben und im Anschluss daran festgehalten, daraus gehe allerdings nicht hervor, nach welchen Kriterien sich die verdeckten Ermittler von den Fahndern in Zivil unterscheiden würden. Im Lichte der Rechtsprechung könnten auch einfache, isolierte Scheingeschäfte zwischen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen und Zielpersonen im Allgemeinen und sogenannte Betäubungsmittelscheinkäufe im Besonderen verdeckte Ermittlungen im Sinne des BVE sein (6B\_743/2009, E. 3.1 f.).

Zum Schluss, dass Alkoholtstkäufe verdeckte Ermittlungshandlungen darstellen, ist auch das Kantonsgericht Basel-Landschaft in seiner Entscheid, welcher Gegenstand von 6B\_272/2009 war (publiziert auch in *forum poenale*, 2009, S. 139 f.) gekommen. Das Bundesgericht musste die entsprechende Frage nicht beantworten. Die im Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 10.2.2009 ([www.baselland.ch/001-htm.310987.0.html](http://www.baselland.ch/001-htm.310987.0.html)) vertretenen, hier massgeblichen Auffassungen sind zu teilen.

5. Im vorliegenden Fall wurde der jugendliche Testkäufer von der Polizei für diese Funktion bestimmt und er ist an die Verkäuferin herantreten, um ein alkoholisches Getränk zu kaufen. Dieses Vorgehen stellte nach dem Gesagten eine Kontaktanknüpfung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und insofern eine verdeckte Ermittlung dar. Die verdeckte Ermittlung war aber nicht bewilligt und hätte auch nicht bewilligt werden können, da es offensichtlich nicht um eine Katalogtat im Sinne von Art. 4 BVE ging. Die Sachverhaltsfeststellung des hier inkriminierten Verhaltens beruhte aber einzig auf dieser verdeckten Ermittlung. Ein anderer Beweis für strafbares Verhalten liegt nicht vor. Der angefochtene Freispruch wegen fahrlässiger Widerhandlung gegen das (kantonale) Wirtschaftsgesetz ist deshalb zu Recht erfolgt.

Ergänzend sei darauf verwiesen, dass die in der Vernehmlassung befindliche Totalrevision des Alkoholgesetzes eine Rechtsgrundlage für Testkäufe vorsieht, welche einem Bedürfnis von Kantonen und Städten nachkomme. Des Weiteren sind auf politischem Weg Bestrebungen im Gange - so auch von Prof. Jositsch - die verdeckte Ermittlung gesetzgeberisch so zu definieren, dass beispielsweise Alkoholtst-

käufe keine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE bzw. der eidgenössischen Strafprozessordnung darstellen würden (Thomas Hansjakob in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2010, N. 20 zu Art. 286, S. 1427). Im Übrigen sieht die Strafprozessordnung nicht vor, dass Bürgerinnen und Bürger der Versuchung auszusetzen sind, strafbare Handlungen zu begehen, um diese nachweisen zu können. Es kann hier auf eine bei den Akten befindliche, von Thomas Hansjakob betreute Arbeit von Alexandra Haag (Universität Luzern, Nachdiplomstudium Master of Advanced Studies in Forensics), S. 20, verwiesen werden: "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. Nur der bestehende Verdacht auf eine strafbare Handlung rechtfertigt die Eröffnung eines Strafverfahrens, in welchem allenfalls Zwangsmassnahmen angeordnet werden können. Verdachtslose Testkäufe sind unzulässig. 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. Es kann niemals Aufgabe der Polizei sein, Delikte zu veranlassen."

6. Nachdem festgestellt wurde, dass die auf einer verdeckten Ermittlung beruhende Beweiserhebung unzulässig war und der erhobene Beweis nicht verwertet werden kann, braucht nicht geprüft zu werden, ob die Erwägungen im angefochtenen Urteil im Zusammenhang mit den Aussagen der Beschuldigten und des Testkäufers willkürlich waren. Die Sachverhaltsfeststellung war es im Ergebnis jedenfalls nicht. Der erstinstanzliche Richter ist zu Recht davon ausgegangen, dass das inkriminierte Verhalten nicht als bewiesen erachtet werden kann. Es braucht auch nicht geprüft zu werden, ob potenzielle Täter oder Täterinnen in dieser Konstellation überhaupt verdächtige Personen sind. Zu beantworten sind auch nicht (weitere) Fragen der Rechtsanwendung, so ob die fahrlässige Widerhandlung gegen das Wirtschaftsgesetz (in Verbindung mit § 2 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht und die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches) strafbar ist oder ob das Wirtschaftsgesetz überhaupt auf die Beschuldigte oder den konkreten Sachverhalt anwendbar wäre.

Die Kassationsbeschwerde ist abzuweisen.

IV.

Dem Ausgang des Kassationsbeschwerdeverfahrens gemäss erliegen dessen Kosten auf dem Staat Solothurn (§ 197 StPO). Dieser hat der Beschuldigten eine durch

die Zentrale Gerichtskasse auszahlbare Parteientschädigung von Fr. 1'200.00 auszurichten.

Demnach wird **erkannt**:

1. Die Kassationsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Der Staat Solothurn hat A, v.d. Rechtsanwalt Jean-Claude Cattin, Grenchen, eine durch die Zentrale Gerichtskasse auszahlbare Parteientschädigung von Fr. 1'200.00 auszurichten.
3. Die Kosten des Kassationsbeschwerdeverfahrens hat der Staat Solothurn zu tragen.

Dieser Entscheid ist schriftlich und begründet zu eröffnen an:  
Staatsanwaltschaft, Franziskanerhof, 4502 Solothurn, Ref. RMV.2010.4, Empfangsbescheinigung  
Jean-Claude Cattin, Dammstrasse 14, 2540 Grenchen, GU

**Rechtsmittel:** Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen** seit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesgericht **Beschwerde in Strafsachen** eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des begründeten Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

### **Im Namen der Strafkammer des Obergerichts**

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Kamber

von Arx