

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE110021-O/U/gk

Verfügung vom 17. November 2011

in Sachen

Gemeinde A. _____, vertreten durch deren Gemeinderat
Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. B. _____,
2. **Statthalteramt C.** _____,
Beschwerdegegnerinnen

betreffend **Einstellung der Untersuchung**

**Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung des Statthalteramtes C. _____
vom 18. Februar 2011, ST.2010/1537/LA/WY**

Erwägungen:

I.

1. Am 11. September 2010 verkaufte B. _____ als Verkäuferin von F. _____ zwei Jugendlichen im Alter von 14 Jahren je eine Dose Bier à 50 cl. Bei den beiden Jugendlichen handelte es sich um sogenannte Testkäuferinnen, die im Auftrag der Gemeinde A. _____ in verschiedenen Lokalitäten und Betrieben versuchten, alkoholische Getränke zu kaufen, um so zu testen, ob seitens der Verkäufer die gesetzlichen Alkoholverkaufsverbote gegenüber Jugendlichen beachtet werden (vgl. Urk. 5 und Urk. 7). Nachdem die Polizei gleichentags B. _____ befragt hatte, überwies sie die Sache mit Rapport vom 16. September 2010 an das Statthalteramt C. _____ (nachstehend: Statthalteramt; Urk. 7).

2. Das Statthalteramt stellte mit Verfügung vom 18. Februar 2011 die Strafuntersuchung gegen B. _____ betreffend Widerhandlung gegen das Gastgewerbe-gesetz ein (Urk. 3/2 = 5). Gegen diesen Entscheid liess die Gemeinde A. _____ (nachstehend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 1. März 2011 Beschwerde erheben und folgende Anträge stellen (Urk. 2 S. 2):

"1. Es sei die angefochtene Einstellungsverfügung vom 18. Februar 2011 aufzuheben, und es sei das Statthalteramt zur Bestrafung der beschuldigten Person betreffend den zur Anzeige gebrachten Sachverhalt (Widerhandlung gegen das Gastgewerbe-gesetz, etc.) anzuhalten.

Eventualiter sei die Sache zur Ergänzung der Untersuchung an das Statthalteramt zurückzuweisen.

2. Kosten und Entschädigungsfolge."

Zwar ist die Zustellung der Einstellungsverfügung in den Akten des Statthalteramtes nicht dokumentiert, aufgrund des Zeitablaufes kann aber ohne Weiteres von der - auch behaupteten - Rechtzeitigkeit der Beschwerde ausgegangen werden (vg. Urk. 2, Urk. 4, Urk. 5 und Urk. 7).

3. Mit Präsidialverfügung vom 29. März 2011 wurden B._____ (Beschwerdegegnerin 1; nachstehend: Beschwerdegegnerin) sowie dem Statthalteramt je eine Beschwerdeschrift zugestellt und Frist zur freigestellten Stellungnahme angesetzt (Urk. 9). Die Beschwerdegegnerin sowie das Statthalteramt liessen sich nicht vernehmen.

II.

1. Das Statthalteramt begründete seine Einstellungsverfügung im Wesentlichen damit, es sei zwar vorliegend unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin den beiden 14-jährigen Testkäuferinnen je eine Dose Bier verkauft habe. Fraglich sei indessen, ob die Erkenntnisse aus solchen Testkäufen zur Überführung von Straftätern auch verwertbar seien. Bei den hier zur Diskussion stehenden Alkoholverkäufen an Jugendliche seien die Voraussetzungen für verdeckte Ermittlungen nicht erfüllt, da es sich dabei um eine Übertretung handle, die nicht zu den sogenannten Katalogtaten gemäss Art. 286 Abs. 2 StPO gehöre. Allerdings sei umstritten, ob bei den sogenannten Alkoholtstkäufen überhaupt von einer verdeckten Ermittlung gesprochen werden könne. Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie eines Entscheides des Kantonsgerichts Basel-Landschaft würden jugendliche Testkäufer als verdeckte Ermittler gelten, weshalb die so erlangten Beweise mangels einer Katalogtat nicht verwertbar seien. Entsprechend sei eine Verurteilung wegen Verkaufs alkoholhaltiger Getränke an Jugendliche nicht möglich, wenn es aufgrund einer Testkaufsituation zum Verkauf gekommen sei (Urk. 5).

2. Zur Begründung der Beschwerde brachte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, es sei zwar mit dem Statthalter festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits das Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE und damit auch nach der neuen StPO zu gelten habe. Eine jugendliche Testkäuferin

könne aber gerade nicht als Polizeiangehörige im Sinne der Rechtsprechung zur verdeckten Ermittlung qualifiziert werden. Es liege also ein reiner Scheinkauf vor, der keine verdeckte Ermittlung darstelle. Die Testkäufe und die daraus sich ergebenden Beweismittel seien verwertbar. Die beiden Jugendlichen seien auch keine Anstifterinnen im Sinne eines "agent provocateur", da sie den Tatentschluss der Beschwerdegegnerin nicht geweckt hätten. Sie hätten lediglich die bei der Beschwerdeführerin offensichtlich bereits bestehende Bereitschaft konkretisiert, Alkohol auch an unter 16-Jährige zu verkaufen (Urk. 2 S. 4 f.).

III.

1. Zur Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO ist jede Partei legitimiert, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Als Partei gelten die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft sowie - im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren - die Staatsanwaltschaft (Art. 104 Abs. 1 StPO). Bund und Kantone könne weiteren Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen (Art. 104 Abs. 2 StPO).

1.1. Die vollumfängliche oder beschränkte Parteistellung von Behörden gemäss Art. 104 Abs. 2 StPO muss in einem Gesetz im formellen Sinn ausdrücklich eingeräumt werden. Lediglich der Umstand, dass einer Behörde nach Art. 84 Abs. 6 StPO Entscheide zuzustellen sind oder ihr nach Art. 302 StPO eine Anzeigepflicht zukommt, begründet für sich alleine noch keine Parteistellung im vorgenannten Sinne (Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, N 24 zu Art. 104 StPO).

1.2. Gemäss § 154 des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG, LS 211.1) können Behörden und Amtsstellen, die in Wahrung der ihrem Schutz anvertrauten Interessen Strafanzeige erstattet haben, gegen Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen Beschwerde erheben. Im Kanton Zürich sind die Gemeindebehörden zuständig für den Vollzug

des Gastgewerbegesetzes (§ 4 Gastgewerbegesetz, LS 935.11). Dazu gehört auch die Kontrolle, ob das Verbot des Verkaufs von alkoholhaltigen Getränken an Jugendliche unter 16 Jahren eingehalten wird (vgl. § 32 Abs. 3 Gastgewerbegesetz). Gestützt auf dieses Gesetz führte die Beschwerdeführerin am 11. September 2010 Alkoholtstkäufe durch. Die Stadtpolizei A._____ rapportierte die dabei festgestellten Übertretungen und verzeigte die beschuldigten Personen - wie vorliegend die Beschwerdegegnerin - zuhanden des Statthalteramtes (vgl. Urk. 3/1; Urk. 5). Die Beschwerdeführerin hat somit zur Wahrung der ihrem Schutz anvertrauten Interessen - insbesondere zur Wahrung des Jugendschutzes - das vorliegende Strafverfahren gegen die Beschwerdegegnerin angestrengt. Demnach ist sie zur Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung des Statthalteramtes legitimiert.

2. Gemäss Art. 308 Abs. 1 StPO besteht der Zweck der Untersuchung darin, den Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht so weit zu klären, dass das Vorverfahren abgeschlossen werden kann. Bei der Verfolgung dieses Zwecks steht der im Übertretungsstrafverfahren zur Beurteilung zuständigen Behörde ein gewisser Ermessensspielraum zu. Sie hat zwar diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die zur Klärung des Falles Wesentliches beizutragen vermögen, sie ist aber nicht verpflichtet, alle erdenklichen Ermittlungshandlungen vorzunehmen. Nach Beendigung des Untersuchungsverfahrens entscheidet die Übertretungsstrafbehörde, ob ein Strafbefehl zu erlassen oder das Verfahren einzustellen ist (Art. 318 StPO). Der Erlass eines Strafbefehls durch die Übertretungsstrafbehörde ist zum einen möglich, wenn der Sachverhalt durch die beschuldigte Person im Vorverfahren eingestanden wurde (Art. 357 Abs. 2 i.V.m. Art. 352 Abs. 1 StPO). Das Geständnis muss als zuverlässig erscheinen, wobei es sich ausschliesslich auf den Sachverhalt und nicht dessen rechtliche Würdigung beziehen muss (Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Zürich 2009, N 2 zu Art. 352; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur StPO, Zürich 2010, N 5 zu Art. 352 StPO und N 7 zu Art. 357 StPO). Der Erlass eines Strafbefehls ist zum anderen möglich, wenn der Sachverhalt anderweitig ausreichend geklärt ist (Art. 357 Abs. 2 i.V.m. Art. 352 Abs. 1 StPO). Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn aufgrund der Ermittlungen der Untersuchungsbehörde die Tatbestandsmässigkeit, die

Rechtswidrigkeit des Verhaltens sowie die Schuld des Täters als eindeutig gegeben erachtet erscheinen (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., N 5 zu Art. 352 StPO und N 7 zu Art. 357 StPO; allerdings sind gemäss Schmid, a.a.O., N 10 zu Art. 357, insbesondere im Massengeschäft der geringfügigen Übertretungen die entsprechenden Anforderungen aus Praktikabilitätsgründen zu lockern). Lässt sich demgegenüber der Übertretungstatbestand nicht erstellen oder liegt ein anderer Einstellungsgrund gemäss Art. 319 StPO vor und kann somit kein Strafbefehl erlassen werden, stellt die Übertretungsstrafbehörde das Verfahren ein (Art. 357 Abs. 3 StPO; Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., N 13 zu Art. 357 StPO; Niggli/Heer/Wiprächtiger, a.a.O., N 10 zu Art. 357 StPO).

3. Der Verkauf von alkoholhaltigen Getränken an Jugendliche unter 16 Jahren ist verboten (§ 32 Abs. 3 Gastgewerbegesetz). Wer als verantwortliche Person im Sinne des Gastgewerbegesetzes gegen diese Bestimmung verstösst, wird mit Busse bestraft (§ 39 lit. b Gastgewerbegesetz).

4. Der vorliegend gegen die Beschwerdegegnerin erhobene Vorwurf umfasst den Verkauf von alkoholischen Getränken an die beiden jugendlichen Testkäuferinnen. Entsprechend ist zu prüfen, ob die Alkoholtestkäufe gemäss dem anwendbaren Strafprozessrecht zulässig gewesen sind und ob die daraus gewonnenen Erkenntnisse als Beweismittel verwertet werden können.

4.1. Die Zulässigkeit des vorliegend in Frage stehenden Einsatzes der beiden jugendlichen Testkäuferinnen bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (aBVE), das bis zum Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung und der darin enthaltenen Bestimmungen betreffend die verdeckte Ermittlung (Art. 286 ff. StPO) am 1. Januar 2011 gegolten hat (vgl. Bundesgerichtsurteil 6B_141/2011 vom 23. August 2011 E. 2.1.).

4.2. Gemäss Art. 1 aBVE hatte die verdeckte Ermittlung nach diesem Gesetz zum Zweck, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind, in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären. Eine verdeckte Ermittlung konnte angeordnet werden, wenn (lit. a) bestimmte Tatsachen den Verdacht begründeten, besonders schwere

Straftaten seien begangen worden oder sollten voraussichtlich begangen werden und (lit. b) andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben waren oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 4 Abs. 1 aBVE). Eine verdeckte Ermittlung durfte nur zur Verfolgung der darin aufgeführten Straftaten eingesetzt werden (Art. 4 Abs. 2 aBVE). Die Ernennung des verdeckten Ermittlers und der Einsatz des verdeckten Ermittlers im Strafverfahren bedurften der richterlichen Genehmigung (Art. 7 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 aBVE). Bei deren Fehlen dürfen die durch die verdeckte Ermittlung gewonnenen Erkenntnisse weder für weitere Ermittlungen noch zum Nachteil einer beschuldigten Person verwendet werden (Art. 18 Abs. 5 Satz 2 aBVE).

4.3. Das Bundesgericht hat sich in BGE 134 IV 266 einlässlich mit dem Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung befasst. Es hat erkannt, dem aBVE lasse sich nicht entnehmen, nur Einsätze von Polizeiangehörigen, die mit einer Legende ausgestattet seien, oder nur längere Einsätze seien als verdeckte Ermittlungen im Sinne des Gesetzes anzusehen, weshalb kurze Einsätze von Ermittlern ohne Legende nicht unter dessen Anwendungsbereich fallen würden (BGE 134 IV 266 E. 2.5.3.). Ebenfalls würden sich dem aBVE keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Auffassung entnehmen lassen, dass eine verdeckte Ermittlung nur als verdeckte Ermittlung im Sinne des aBVE zu qualifizieren sei, wenn sie ein gewisses Mass an Täuschungs-, Handlungs- oder Eingriffsintensität aufweise. Massgebend sei nicht der betriebene Täuschungsaufwand, sondern der Umstand, dass der Verdächtige überhaupt getäuscht wird, weil der mit ihm zu Ermittlungszwecken kommunizierende Polizeiangehörige nicht als solcher erkennbar sei. Allein schon wegen dieser Täuschung bedürfe die verdeckte Ermittlung in jedem Fall einer besonderen gesetzlichen Regelung, ganz unabhängig davon, welche Eingriffsintensität die verdeckte Ermittlung im konkreten Einzelfall aufweise (BGE 134 IV 266 E. 2.6.4.). Demnach sei mangels einer klaren, abweichenden Regelung im aBVE im Zweifelsfall jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität eine verdeckte Ermittlung im Sinne des aBVE, die unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes falle. Damit sei ein solches Anknüpfen

von Kontakten nur unter den im aBVE genannten Voraussetzungen zulässig (BGE 134 IV 266 E. 3.7.).

4.4. Trotz der in einem Teil der Lehre geäusserten Kritik gegen diese weite Auslegung des Begriffs der verdeckten Ermittlung im Sinne des aBVE hat das Bundesgericht an seiner in BGE 134 IV 266 begründeten Rechtsprechung festgehalten. Dem Gesetz lasse sich keine hinreichend klare Grundlage für die Auffassung entnehmen, dass eine verdeckte Ermittlung nur bei einer (wie auch immer zu definierenden) gewissen Täuschungs- oder Eingriffsintensität beziehungsweise Dauer des Einsatzes angenommen werden könne. Diese Kriterien seien im Übrigen zu vage und daher für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Gesetzes ungeeignet. Entsprechend könnten auch einfache, isolierte Scheingeschäfte zwischen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen und Zielpersonen verdeckte Ermittlungen im Sinne des aBVE darstellen. Das Bundesgericht hat klargestellt, dass das als wesentlich erkannte Kriterium des "Anknüpfens von Kontakten" das Element eines aktiven, zielgerichteten Verhaltens enthalte. Dieses Kriterium sei aber nicht ohne Weiteres erfüllt, wenn ein nicht als solcher erkennbarer Polizeianghöriger beispielsweise im Rahmen einer Observation von der Zielperson angesprochen werde und sich auf ein kurzes Gespräch einlasse (Bundesgerichtsurteile 6B_141/2011 vom 23. August 2011 E. 2.2.; 6B_743/2009 vom 8. März 2010 E. 3.1., E. 3.2. und E. 3.3.; 6B_837/2009 vom 8. März 2010 E. 3.2., E. 3.3. und E. 3.4.; 6B_207/2010 vom 22. April 2010 E. 3.2.).

4.5. Im Urteil 6B_743/2009 vom 8. März 2009 hatte das Bundesgericht einen Scheinkauf von Betäubungsmitteln zu beurteilen. Ein Polizeibeamter hatte damals einen Musikladen betreten, in welchem nach der Verdachtslage mit Betäubungsmitteln gehandelt wurde. Der nicht als solcher erkennbare Polizeibeamte erklärte der anwesenden Person, dass er etwas zum Rauchen kaufen wolle, worauf dieser verstand, dass es um Betäubungsmittel ging. Dieses Vorgehen des Polizeibeamten wertete das Bundesgericht als ein Anknüpfen von Kontakten im Sinne eines aktiven, zielgerichteten Verhaltens. Dessen Zweck bestehe darin, eine konkrete Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, welche die Zielperson, veranlasst durch das Verhalten des Polizeibeamten, erst noch begehen sollte,

festzustellen und zu beweisen. Unerheblich sei insoweit, dass einerseits der Polizeibeamte nicht einen (falschen) Namen etc. habe nennen müssen und dass andererseits die Zielperson das Geschäft möglichst rasch und anonym habe abwickeln wollen. Ohne Belang sei auch, ob der Polizeiangehörige durch sein Vorgehen im Sinne von Art. 1 aBVE in ein kriminelles Umfeld eingedrungen sei. Dies sei kein Definitionsmerkmal der verdeckten Ermittlung im Sinne des aBVE. Der Einsatz des Polizeibeamten sei demnach als verdeckte Ermittlung im Sinne des aBVE zu qualifizieren (Bundesgerichtsurteil 6B_743/2009 vom 8. März 2009 E. 3.4.).

4.6. Im Urteil 6B_141/2011 hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob der in Frage stehende Einsatz eines Mittelsmannes der Polizei als verdeckte Ermittlung im Sinne des aBVE zu qualifizieren sei. Bei diesem Einsatz hatte der Mittelsmann einer diensttuenden Polizistin, die im Verdacht stand, eine Fundsache veruntreut zu haben, eine Bauchtasche samt Inhalt abgegeben mit der wahrheitswidrigen Bemerkung, diese sei von Touristen gefunden worden, in deren Auftrag er sie abliefere. Danach habe er sich wieder entfernt. Das Bundesgericht stellte hierzu fest, dass damit kein Gespräch und keinerlei Interaktionen zwischen den beiden Beteiligten im Hinblick auf die Begehung einer strafbaren Handlung stattgefunden hätten. Wohl sei die verdächtige Zielperson getäuscht worden, indem der Mittelsmann der Polizei sich nicht als solcher zu erkennen gegeben und wahrheitswidrig erklärt habe, bei der Bauchtasche handle es sich um einen Fundgegenstand. Doch habe der Mittelsmann der Polizei weder auf die Zielperson eingewirkt, noch wäre es aufgrund eines irgendwie gearteten Zusammenwirkens anlässlich seines Erscheinens am Dienstort der Zielperson zu einer strafbaren Handlung gekommen. Daher sei das wesentliche Kriterium des Anknüpfens von Kontakten nicht erfüllt (Bundesgerichtsurteil 6B_141/2011 vom 23. August 2011 E. 2.3.).

4.7. Das Bundesgericht konnte im Urteil 6B_272/2009 vom 22. Juni 2009 aus prozessualen Gründen offen lassen, ob der Testkauf von alkoholischen Getränken durch Jugendliche eine verdeckte Ermittlung im Sinne des aBVE sei. Diesem Entscheid liegt ein Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft zugrunde, wonach der Einsatz einer jugendlichen Testkäuferin, die im Auftrag des Pass- und

Patentbüros alkoholische Getränke erworben hat, als verdeckte Ermittlerin im Sinne des aBVE qualifiziert wurde.

5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die beiden jugendlichen Testkäuferinnen würden nicht als Polizeiangehörige gelten, weshalb die entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 134 IV 266) nicht mehr einschlägig sei. Die beiden Mädchen würden in keinem Anstellungsverhältnis zur Polizei stehen. Es handle sich bei den Einsätzen um eine reine Gefälligkeit. Zudem erschöpfe sich der Einsatz in der Kaufshandlung. Damit könne eine jugendliche Testkäuferin gerade nicht als Polizeiangehörige im Sinne der Rechtsprechung zur verdeckten Ermittlung qualifiziert werden. Es liege also ein reiner Scheinkauf vor (Urk. 2 S. 4 f.).

5.1. Die Beschwerdeführerin verweist hierzu auf das der Beschwerdeschrift beiliegende Kurzgutachten von D._____. Danach seien Jugendliche grundsätzlich nicht geeignet, für eine verdeckte Ermittlung im Sinne des aBVE eingesetzt zu werden. Sie würden nicht die notwendige Ausbildung mitbringen und nicht im Arbeitsverhältnis zur Polizei stehen. Oft würden sie im Auftrag der Polizei von Organisationen wie z.B. dem blauen Kreuz engagiert. Die Tätigkeit als Testkäufer erfordere aber auch kein solch aufwändiges Vorgehen. Es gehe nicht darum, dass die Jugendlichen lernen müssten, unter einer falschen Identität aufzutreten und sich in einem kriminellen Umfeld zu bewegen. Sie betreten die Verkaufsstellen vielmehr als normale Jugendliche, wie sie dies auch sonst tun würden (D._____, Kurzgutachten, Die Zulässigkeit von Testkäufen Jugendlicher, Urk. 3/3 S. 3).

5.2. Wie vorstehend ausgeführt, bezweckte das aBVE, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind - d.h. mit sogenannten Ermittlerinnen oder Ermittler -, in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären (Art. 1 aBVE). Als Ermittlerinnen bzw. Ermittler konnten entweder (lit. a) Angehörige des Polizeikorps oder (lit. b) Personen, welche vorübergehend für eine polizeiliche Aufgabe angestellt werden, auch wenn sie nicht über eine polizeiliche Ausbildung verfügen, ernannt werden (Art. 5 Abs. 2 aBVE). Welche Anforderungen ein verdeckter Ermittler, der nicht über eine polizeiliche Ausbildung verfügte, erfüllen musste, regelte das Gesetz nicht. Die

Botschaft zum Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung führte diesbezüglich aus, dass Personen ohne Polizeiausbildung für verdeckte Ermittlungen dann hätten in Betracht gezogen werden können, wenn besondere Kenntnisse erforderlich gewesen seien, insbesondere wissenschaftliche Kenntnisse auf hohem Niveau. Keine verdeckte Ermittlung sei demgegenüber anzunehmen, wenn eine einer kriminellen Organisation angehörige Person sich an die Polizei wende und als reuiger Täter zur Aufdeckung ihrer Strukturen beitragen wolle. Ebenfalls keine verdeckte Ermittlung liege beispielsweise vor, wenn ein Mitarbeiter einer Bank sich bereit erkläre, ohne Wissen der Arbeitgeberin der Polizei Hinweise auf strafbare Geldtransaktionen zu geben. Ein solcher Informant erfülle die notwendige Voraussetzung nicht, dass er als verdeckter Ermittler unter der alleinigen Führung der Polizei stehe. Diese Führungs- und Weisungsbefugnis müsse auf Dauer angelegt sein, vornehmlich als Arbeitsvertrag. Ein Auftragsverhältnis genüge nicht, weil es jederzeit von beiden Seiten aufgelöst werden könne (vgl. Botschaft zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung, BBl 4241 S. 4288).

5.3. Bei Alkoholtstkäufen durch Jugendliche - wie beim vorliegend zu beurteilenden Fall - werden die jugendlichen Testkäuferinnen bzw. Testkäufer auf Grund ihres jugendlichen Alters von der Polizei beigezogen. Diese Eigenschaft können Angehörige eines Polizeikorps nicht erfüllen, weshalb die Polizei darauf angewiesen ist, bei derartigen Alkoholtstkäufen mit Jugendlichen zusammen zu arbeiten. Die Alkoholtstkäufe werden durch die Polizei organisiert, die effektive Durchführung, d.h. die Kaufshandlung, wird aber durch eine jugendliche Testkäuferin bzw. Testkäufer vorgenommen. Diese werden von der Polizei, welche sie beizieht, instruiert und überwacht. Der Zweck dieser Alkoholtstkäufe besteht darin, dass die Jugendlichen versuchen, alkoholische Getränke zu kaufen, um dadurch feststellen zu können, ob das Verkaufspersonal das Verkaufsverbot von alkoholischen Getränken an Jugendliche einhält. Die jugendlichen Testkäuferinnen bzw. Testkäufer sind dementsprechend für die Polizei tätig und handeln nicht lediglich als Informanten, die allfällige Widerhandlungen gegen das Gastgewerbegesetz der Polizei melden. Aufgrund des Alters der jugendlichen Testkäuferinnen und der kurzen Einsätze kann wohl davon ausgegangen werden, dass zwischen den Ju-

gendlichen und der Polizei nicht ein arbeitsvertragliches, sondern ein auftragsrechtliches Verhältnis besteht. Die Jugendlichen unterstehen aber gleichwohl der Führungs- und Weisungsbefugnis der Polizei. Diese ist zwar nicht auf Dauer ausgelegt, da sich aber die Einsätze lediglich auf den Kauf von alkoholischen Getränke bzw. im Versuch dazu erschöpfen, besteht nicht die Gefahr, dass die verdeckte Ermittlung vorzeitig beendet wird und dadurch allfällige Erkenntnisse und Beweise verlustig gehen, weil das Auftragsverhältnis jederzeit von beiden Seiten aufgelöst werden könnte. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Alkoholtstkäufe mit den Drogenscheinkäufen vergleichbar sind. Der wesentliche Unterschied besteht lediglich darin, dass ein Drogenscheinkauf durch ein nicht als solchen erkennbaren Polizeibeamter durchgeführt werden kann, demgegenüber bei einem Alkoholtstkauf zwangsläufig eine Jugendliche bzw. ein Jugendlicher beigezogen werden muss. Da beide Scheinkäufe das selbe Ziel bezwecken und beide Ermittlungstätigkeiten von der Polizei organisiert bzw. durchgeführt werden, erscheint eine Ungleichbehandlung zwischen einem Alkohol- und einem Drogenscheinkauf weder gerechtfertigt noch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts vereinbar. Entsprechend gelten auch jugendliche Testkäuferinnen bzw. Testkäufer als verdeckte Ermittlerinnen bzw. Ermittler im Sinne des aBVE.

6. Die Beschwerdeführerin führte aus, dass die beiden jugendlichen Testkäuferinnen beim Kauf des Alkohols ihr richtiges Alter angegeben hätten. Es liege also eine offene und ohne Täuschung vorgenommene Handlung vor und damit gerade keine verdeckte Tätigkeit eines Polizeibeamten (Urk. 2 S. 4 f.). Wie dem Kurzgutachten von D._____ entnommen werden kann, sei die Frage, ob jugendliche Testkäufer als verdeckte Ermittler im Sinne des aBVE gelten würden, klar zu verneinen. Da die Einsätze der Testkäufer nur von kurzer Dauer seien, diese weder in das Umfeld der verdächtigen Verkaufsstellen integriert, noch aktiv ihre wahre Identität verschleiern würden und die Verkaufsstellen zudem an deren Identität nicht interessiert sei, würden sie lediglich als Scheinkäufer gelten, welche nicht unter das aBVE fallen würden (D._____, a.a.O., Urk. 3/3 S. 4).

6.1. Diesen Ausführungen der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Wie vorstehend ausgeführt, hat das Bundesgericht in konstanter Praxis entschie-

den, dass eine verdeckte Ermittlung im Sinne des aBVE nicht nur bei einer gewissen Täuschungs- oder Eingriffsintensität beziehungsweise einer gewissen Dauer des Einsatzes angenommen werden kann. Unerheblich ist zudem, ob der Polizeiangehörige in ein kriminelles Umfeld eindringt, ob die Zielperson an der Identität des Scheinkäufers interessiert ist oder ob diese das Geschäft möglichst rasch und anonym hat abwickeln wollen. Es trifft zwar zu, dass im vorliegenden Fall die beiden jugendlichen Testkäuferinnen ihr wahres Alter nicht verschwiegen haben. Sie haben aber dennoch durch ihr Verhalten die als Verkäuferin tätige Beschwerdegegnerin insofern getäuscht, da sie sich nicht als jugendliche Testkäuferinnen der Stadtpolizei A._____ zu erkennen gaben.

6.2. Wie aus dem Polizeibericht der Stadtpolizei A._____ vom 16. September 2010 sowie der Befragung der Beschwerdegegnerin vom 11. September 2010 ersichtlich ist, hat die Beschwerdegegnerin den beiden unter 16-jährigen Testkäuferinnen je eine Dose Bier à 50 cl verkauft. Gemäss ihren Aussagen habe sie die beiden Jugendlichen nicht nach deren Alter gefragt. Sie habe von ihnen zwar einen amtlichen Ausweis verlangt, daraufhin habe sie aber deren Alter falsch errechnet (vgl. Urk. 7). Das Vorgehen der beiden jugendlichen Testkäuferinnen stellt - gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung - ein Anknüpfen von Kontakten im Sinne eines aktiven und zielgerichteten Verhaltens dar. Durch ihr Verhalten wirkten sie unmittelbar und im Hinblick auf die Begehung einer strafbaren Handlung auf die als Verkäuferin tätige Beschwerdegegnerin ein. Beim vorliegend zu beurteilenden Testkauf durch die beiden Jugendlichen ging es darum, eine konkrete Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz des Kantons Zürich, welche die Beschwerdegegnerin veranlasst durch das Verhalten der beiden Testkäuferinnen erst noch begehen sollte, festzustellen und zu beweisen. Demnach stellt der vorliegende Testkauf eine verdeckte Ermittlung im Sinne des aBVE dar.

7. Der vorliegend zu beurteilende Einsatz der beiden jugendlichen Testkäuferinnen ist gemäss den vorstehenden Erwägungen als verdeckte Ermittlung im Sinne des aBVE zu qualifizieren und fällt unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Voraussetzung für den Einsatz eines verdeckten Ermittlers sind die förmliche Ernennung der Ermittlerin bzw. des Ermittlers durch die Kommandantin

oder den Kommandanten des Polizeikorps (Art. 5 Abs. 1 aBVE) sowie die richterliche Genehmigung (Art. 7 f. aBVE). Zudem darf eine verdeckte Ermittlung nur zur Verfolgung bestimmter Straftaten eingesetzt werden (Art. 4 Abs. 2 aBVE). Die richterliche Genehmigung liegt im zu beurteilenden Fall unbestrittenermassen nicht vor. Ebenfalls ist vorliegend eine Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz des Kantons Zürich, mithin eine Übertretung, und demnach keine entsprechende Straftat im Sinne des aBVE zu beurteilen. Folglich ist der Einsatz der beiden jugendlichen Testkäuferinnen nicht zulässig. Die durch den Einsatz des Polizeibeamten gewonnenen Erkenntnisse, namentlich das Geständnis des Beschwerdegegners, sind somit nicht verwertbar (Art. 18 Abs. 5 aBVE; vgl. BGE 134 IV 266 E. 5.2.).

8. Es kann somit festgehalten werden, dass das Statthalteramt die Strafunter-suchung gegen die Beschwerdegegnerin zu Recht eingestellt hat, da sämtliche aus dem Testkauf gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertbar sind. Entsprechend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist demnach abzuweisen.

9. Lediglich ergänzend sei festgehalten, dass der Kantonsrat Zürich zumindest mit einer derartigen Würdigung der Rechtslage rechnete und deshalb am 27. Juni 2011 eine Änderung von § 48 des Gesundheitsgesetzes beschloss. Gemäss Ver-lautbarung der Kantonsregierung von heute wurde diese Bestimmung am 9. No-vember 2011 auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt.

IV.

Nachdem die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen nicht durchdringt, wird sie im Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsge-bühr ist auf Fr. 600.– anzusetzen. Entschädigungen sind keine zuzusprechen.

Es wird verfügt:

(Oberrichter lic. iur. K. Balmer)

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - den Vertreter der Beschwerdeführerin, zweifach, für sich und die Beschwerdeführerin (per Gerichtsurkunde)
 - die Beschwerdegegnerin 1 (per Gerichtsurkunde)
 - das Statthalteramt C. _____ (gegen Empfangsschein) sowie - nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel - unter Rücksendung der beigezogenen Akten
4. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 17. November 2011

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. K. Balmer

lic. iur. M. Hauser