

# BGer 6B 1295/2022 vom 29. Januar 2024

Bundesgericht, 2024-01-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1295\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1295_2022)

FR: TF 6B 1295/2022 du 29 janvier 2024

IT: TF 6B 1295/2022 del 29 gennaio 2024

## Regeste

Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 Abs. 1 lit. c AIG); Willkür | Straftaten

## Erwägungen

### E. 1.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Untersuchung sei durch das Migrationsamt durchgeführt worden, obwohl bei Vergehen, wie es die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nach Art. 115 Abs. 1 lit. c AIG sei, nach der kantonalen Gesetzgebung die Kantonspolizei ermitteln müsse. Aufgrund der Verletzung der Zuständigkeitsordnung sei ihre Befragung vom 15. September 2020 nicht verwertbar.

### E. 1.2.1

Die Strafrechtspflege steht einzig den vom Gesetz bestimmten Behörden zu ( Art. 2 Abs. 1 StPO ). Strafverfahren können nur in den vom Gesetz vorgesehenen Formen durchgeführt und abgeschlossen werden ( Art. 2 Abs. 2 StPO ). Strafverfolgungsbehörden sind die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Übertretungsstrafbehörden ( Art. 12 StPO ). Bund und Kantone bestimmen ihre Strafbehörden und deren Bezeichnungen ( Art. 14 Abs. 1 StPO ). Bund und Kantone regeln namentlich Wahl, Zusammensetzung, Organisation und Befugnisse der Strafbehörden, soweit die StPO oder andere Bundesgesetze dies nicht abschliessend regeln ( Art. 14 Abs. 2 StPO ), sowie die Aufsicht über ihre Strafbehörden ( Art. 14 Abs. 5 StPO ). Art. 14 Abs. 1 StPO überlässt es Bund und Kantonen insbesondere festzulegen, welche Behörden die Funktionen der in Art. 12 StPO aufgelisteten Strafverfolgungsbehörden zu übernehmen haben und welche Bezeichnungen sie tragen sollen, sowie den Kreis der Beamten zu bestimmen, die in der Strafverfolgung tätig werden ( BGE 142 IV 70 E. 3.2.1; Urteil 6B\_98/2018 vom 18. April 2019 E. 1.2.1; je mit Hinweis). Mit den ihnen überlassenen Freiheiten soll den Kantonen die nötige Flexibilität eingeräumt werden, um je nach Grösse des Kantons sowie mit Rücksicht auf die historisch gewachsenen Strukturen geeignete Behördenorganisationen zu schaffen, ohne das Ziel der StPO, nämlich die Sicherstellung einer möglichst weit gehenden Vereinheitlichung des eigentlichen Verfahrensrechts, zu gefährden ( BGE 142 IV 70 E. 3.2.1; Urteil 6B\_98/2018 vom 18. April 2019 E. 1.2.1; je mit Hinweis). Wie die Strafbehörden im Einzelfall zusammengesetzt sind, wie sie bezeichnet oder welche sachlichen Zuständigkeiten ihnen zugewiesen werden, bleibt weitgehend Bund und Kantonen überlassen (Urteil 6B\_1304/2018 vom 5. Februar 2019 E. 1.4; mit Hinweis).

### E. 1.2.2

Gemäss Art. 15 Abs. 2 StPO ermittelt die Polizei Straftaten aus eigenem Antrieb, auf Anzeige von Privaten und Behörden sowie im Auftrag der Staatsanwaltschaft; dabei untersteht sie der Aufsicht und den Weisungen der Staatsanwaltschaft. Die StPO sieht einen

funktionellen Polizeibegriff vor (ANDREAS J. KELLER, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl. 2020, N. 2 zu Art. 15 StPO ; vgl. JOSITSCH/SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2023, Rz. 339). Es obliegt der Ausführungsgesetzgebung von Bund und Kantonen zu bestimmen, welche Behörde "Polizei" ist und welchen weiteren Behörden polizeiliche Befugnisse zukommen (ANDREAS J. KELLER, a.a.O., N. 2 zu Art. 15 StPO ; HENZELIN/MAEDER MORVANT, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl. 2019, N. 10 zu Art. 15 StPO ). Unabhängig von den für diese Behörden verwendeten Bezeichnungen können in einem funktionellen und materiellen Sinn unter Polizei alle jene öffentlichen Dienststellen eingeordnet werden, die im Vorfeld der eigentlichen Justiz bei der Verbrechensbekämpfung die ersten Ermittlungen zu tätigen haben (JOSITSCH/SCHMID, a.a.O., Rz. 339). Es ist unerheblich, wie die betreffende Dienststelle bezeichnet ist (JOSITSCH/SCHMID, a.a.O., Rz. 342). Ausserhalb des Polizeikorps nehmen gestützt auf Spezialgesetze diverse weitere Verwaltungsbehörden Ermittlungsfunktionen wahr (CHRISTOPHER GETH, Basler Kommentar StPO, 3. Aufl. 2023, N 6 zu Art. 15 StPO ; JOSITSCH/SCHMID, a.a.O., Rz. 341). Diese haben Straftaten, die im betreffenden Gebiet begangen wurden, festzustellen und den dafür zuständigen Strafbehörden zu melden (JOSITSCH/SCHMID, a.a.O., Rz. 341).

### **E. 1.2.3**

Die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens zur Verfolgung eines Vergehens durch eine Verwaltungsbehörde ist demnach zulässig, sofern Bund oder Kantone dies in ihrer Gesetzgebung vorsehen und die Verwaltungsbehörde bei der Ausübung dieser Funktion der Aufsicht und den Weisungen der Staatsanwaltschaft untersteht. Nachfolgend ist darauf einzugehen, ob die Gesetzgebung des Kantons Basel-Stadt die Zuständigkeit des Migrationsamts zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei der Verfolgung der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nach Art. 115 Abs. 1 lit. c AIG vorsieht.

### **E. 1.3.1**

Die Bezeichnung der Strafverfolgungsbehörden nach Art. 14 Abs. 1 StPO ist in § 3 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt vom 13. Oktober 2010 über die Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung (EG StPO/BS; SG 257.100) geregelt. Strafverfolgungsbehörden sind nach § 3 lit. a - c EG StPO/BS die Kantonspolizei, die Staatsanwaltschaft und die Verwaltungsbehörden mit Ermittlungsbefugnis. Gemäss § 7 Abs. 1 EG StPO/BS führt die Kantonspolizei das polizeiliche Ermittlungsverfahren bei den ihr durch Verordnung zugewiesenen Übertretungen und Vergehen. Gemäss § 12 Abs. 1 EG StPO/BS kann der Regierungsrat die Zuständigkeit zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Übertretungen durch Verordnung denjenigen Verwaltungsbehörden übertragen, in deren Aufgabenbereich diese Delikte begangen werden (Verwaltungsbehörden mit Ermittlungsbefugnis). § 12 Abs. 2 EG StPO/BS sieht vor, dass die Staatsanwaltschaft Verwaltungsbehörden, in deren Aufgabenbereich diese Delikte begangen werden, zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen einsetzen kann. Aufsicht und Weisungsbefugnis verbleiben bei der Staatsanwaltschaft. § 1 Abs. 1 der Verordnung des Kantons Basel-Stadt über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen und Übertretungen vom 21. Dezember 2010 (Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens; SG 257.110) sieht vor, dass die Kantonspolizei das polizeiliche

Ermittlungsverfahren bei den ihr im Anhang 1 zugewiesenen Vergehen führt. Anhang 1 der Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens hält die Zuständigkeit der Kantonspolizei zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen nach Art. 115 Abs. 1 und 2 AIG fest. Gemäss § 1 Abs. 2 der Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens werden alle übrigen Vergehen von der Staatsanwaltschaft verfolgt. Nach dieser Bestimmung kann die Staatsanwaltschaft Verwaltungsbehörden mit Ermittlungsbefugnis zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen einsetzen, soweit Straftaten in deren Aufgabenbereich begangen werden. Schliesslich sieht diese Bestimmung vor, dass Aufsicht und Weisungsbefugnis bei der Staatsanwaltschaft verbleiben.

#### **E. 1.3.2**

Das Bundesgericht hat die Frage, ob das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt gestützt auf die kantonale Gesetzgebung als "Verwaltungsbehörde mit Ermittlungsbefugnis" über die Kompetenz verfügt, eine Einvernahme im Sinne von Art. 157 StPO durchzuführen, offen gelassen (Urteil 6B\_1139/2014 vom 28. April 2015 E. 1.3).

#### **E. 1.3.3**

In der Lehre wird festgehalten, dass das Bundesrecht sowie das baselstädtische Gesetzesrecht nicht vorsehen würden, dass dem Migrationsamt kriminalpolizeiliche Aufgaben und damit Strafverfolgungsfunktion zugewiesen werden und dass auch das kantonale Ordnungsrecht insofern nicht eindeutig erscheine (PETER UEBERSAX, Strafverfolgung bei Härtefällen widersprüchlich und unfair, in: plädoyer 6/2017 S. 20).

#### **E. 1.3.4**

Die Anwendung kantonalen Rechts überprüft das Bundesgericht nur auf Willkür und die Vereinbarkeit mit anderen bundesverfassungsmässigen Rechten (vgl. Art. 95 und Art. 106 Abs. 2 BGG ). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten (einschliesslich der Anfechtung des Sachverhalts wegen Willkür; vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG ) besteht eine qualifizierte Rügepflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Auf ungenügend begründete Rügen tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 147 IV 73 E. 4.1.2).

#### **E. 1.4**

Die Vorinstanz erwägt, es ergebe sich aus § 3 EG StPO/BS, dass neben der Kantonspolizei und der Staatsanwaltschaft auch Verwaltungsbehörden mit Ermittlungsbefugnis Strafverfolgungsbehörden seien. Laut § 12 Abs. 2 EG StPO/BS und § 1 Abs. 2 der Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, könne die Staatsanwaltschaft Verwaltungsbehörden, in deren Aufgabenbereich Delikte begangen wurden, zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen einsetzen. Die Staatsanwaltschaft weist in ihrer Vernehmlassung vom 8. Dezember 2023 ebenfalls darauf hin, dass § 12 Abs. 2 EG StPO/BS die Einsetzung von Verwaltungsbehörden zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen zulasse und der Regierungsrat diese Kompetenzregelung in § 1 Abs. 2 der Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens wiederholte. Das Migrationsamt, welches früher "Fremdenpolizei" geheissen habe, sei zurecht von der Staatsanwaltschaft zum Ermitteln in Verfahren wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung eingesetzt worden. Die Vorinstanz führt aus, der kantonale Gesetzgeber habe die Möglichkeit der Übertragung von aufgabengebundenen Straffunktionen vorgesehen, indem er von seiner Gestaltungsfreiheit bei der Behördenorganisation Gebrauch gemacht habe. Der kantonale

Gesetzgeber habe beim Erlass der Einführungsgesetzgebung die strafprozessuale Kompetenz des Migrationsamtes ausdrücklich als Beispiel für eine solche Aufgabendelegation genannt. Mit Verweis auf den Ratschlag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt an den Grossen Rat zum Gesetz über die Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung (EG StPO) gemäss Regierungsratsbeschluss Nr. 09.1110.01 vom 4. August 2009, S. 20 (abrufbar unter: <https://cutt.ly/tCb1aGN>), erwägt die Vorinstanz, die Zuständigkeit des Migrationsamtes habe bereits unter früherem Recht bestanden und habe nach dem Willen des Gesetzgebers mittels ständiger Weisung der Staatsanwaltschaft beibehalten werden sollen. Dies lege auch die seitens der Staatsanwaltschaft eingereichte Leistungsvereinbarung zwischen dem AWA, welches das zuständige kantonale Kontrollorgan im Sinne von § 3 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation der Bekämpfung der Schwarzarbeit im Kanton Basel-Stadt (SG 812.600) sei, und dem Migrationsamt nahe. Die Vorinstanz hält schliesslich fest, dass die Wahrnehmung von Strafaufgaben durch das Migrationsamt in der kantonalen Gerichtspraxis anerkannt sei und auch das Bundesgericht dieses bereits als Verfahrenspartei anerkannt habe. Bei dieser Ausgangslage bestehe kein Anlass, die vom kantonalen Gesetzgeber explizit so gewollte Zuständigkeitsordnung umzustossen.

#### **E. 1.5**

Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz missachte die Kompetenzordnung, indem sie § 1 Abs. 1 i.V.m. mit Anhang 1 der Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens übersehe. Die Staatsanwaltschaft sei nicht befugt, eine Verwaltungsbehörde für die Verfolgung der Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AIG einzusetzen, da der Regierungsrat mit § 1 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 der Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens das Ermittlungsverfahren in Bezug auf dieses Vergehen der Kantonspolizei aufgetragen habe und diese damit zuständig sei. Die Einsetzung einer Behörde durch die Staatsanwaltschaft würde eine schriftliche Delegation im Einzelfall voraussetzen, da generelle Zuweisungen durch den Ordnungsgeber vorgenommen worden seien. Eine solche Einsetzung liege nicht vor.

#### **E. 1.6**

Die Vorinstanz äussert sich nicht zu § 1 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 der Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, scheint aber implizit davon auszugehen, dass parallel zu dieser Bestimmung die Staatsanwaltschaft befugt ist, das Migrationsamt zur Verfolgung der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nach Art. 115 Abs. 1 lit. c AIG einzusetzen. Ob dies der Fall ist, ist vorliegend offen zu lassen, da eine entsprechende Einsetzung, welche nach der vorinstanzlichen Gesetzesauslegung erforderlich wäre, sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen lässt. Die von der Vorinstanz hinsichtlich der Einsetzung angeführte "Leistungsvereinbarung 2020" vom 18. Februar 2020 wurde zwischen dem AWA und dem Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt abgeschlossen. Die Staatsanwaltschaft ist an dieser Vereinbarung nicht beteiligt, weswegen sich daraus keine Einsetzung durch die Staatsanwaltschaft entnehmen lässt. Auch nach dem von der Vorinstanz angeführten Verständnis der Materialien ist eine Einsetzung des Migrationsamtes durch die Staatsanwaltschaft erforderlich. Woraus sich die Einsetzung des Migrationsamtes durch die Staatsanwaltschaft vorliegend ergeben soll, ist nicht ersichtlich. Auf die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage, ob nach kantonalem Recht von einer generell-abstrakten, bzw. ständigen Einsetzung oder einer für den konkreten Fall

vorliegenden Einsetzung auszugehen sei, ist nicht weiter einzugehen, da aus den vorinstanzlichen Erwägungen weder eine ständige noch eine für den konkreten Fall vorgenommene Einsetzung durch die Staatsanwaltschaft hervorgeht. Sofern die Vorinstanz hinsichtlich der Zuständigkeit des Migrationsamtes des Kantons Basel-Stadt darauf verweist, dass das Bundesgericht mit Urteil 6B\_1112/2013 vom 20. März 2014 auf eine durch das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt erhobene Beschwerde eingetreten ist, ist darauf hinzuweisen, dass sich dabei die Frage nach der kantonalen Zuständigkeitsordnung nicht gestellt hat. Abschliessend ist festzuhalten, dass sich den vorinstanzlichen Erwägungen die Zuständigkeit des Migrationsamtes des Kantons Basel-Stadt zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens gegen die Beschwerdeführerin wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nicht entnehmen lässt. Die vorinstanzliche Anwendung von kantonalem Recht hält der Willkürprüfung nicht stand und die geltend gemachte Verletzung von Bundesrecht ist zu bejahen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet. Die Frage der Verwertbarkeit der Einvernahme der Beschwerdeführerin wird von der Vorinstanz neu zu prüfen sein. Dabei wird es nicht genügen, lediglich darauf hinzuweisen, dass es der des Landes verwiesenen Beschwerdeführerin freigestanden habe, eine erneute Befragung an der Hauptverhandlung zu verlangen, wie dies die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit der Einvernahme erwägt. In Anbetracht des Verfahrensausgangs ist auf die weiteren von der Beschwerdeführerin gerügten Rechtsverletzungen nicht einzugehen.

## **E. 2**

Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sind keine Kosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton Basel-Stadt hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Da diese um unentgeltliche Rechtspflege ersucht, ist die Parteientschädigung praxisgemäss ihrem Rechtsbeistand auszurichten. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gegenstandslos.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.