

BS_APPELLATIONSGERICHT ZS.2024.3 vom 4. September 2024

BS Appellationsgericht, 2024-09-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZS.2024.3

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZS.2024.3 du 4 septembre 2024

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZS.2024.3 del 4 settembre 2024

Volltext

Appellationsgericht

des Kantons Basel-Stadt

Dreiergericht

ZS.2024.3

URTEIL

vom 4. September 2024

Mitwirkende

Dr. Patrizia Schmid (Vorsitz),

Dr. phil. und MLaw Jacqueline Frossard, Dr. Christoph A. Spenlé

und Gerichtsschreiber Dr. Beat Jucker

Beteiligte

A____, geb. [...] Berufungsklägerin

[...] Beschuldigte

vertreten durch B____, Advokat,

[...]

gegen

Staatsanwaltschaft Basel-StadtBerufungsbeklagte

Binningerstrasse 21, 4001 Basel

Gegenstand

Berufunggegen ein Urteil des Einzelgerichts in Strafsachen

vom 12. März 2021 (ES.2020.514)

Urteil des Appellationsgericht vom 13. Mai 2022

(vom Bundesgericht am 29. Januar 2024 aufgehoben)

betreffend Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung

3.1.2Der kantonale Gesetzgeber hat die Möglichkeit der Übertragung von aufgabengebundenen Straffunktionen vorgesehen, indem er von seiner Gestaltungsfreiheit bei der Behördenorganisation Gebrauch gemacht hat (Botschaft StPO, in: BBl 2006

S. 1085, 1134 ff.). Er hat beim Erlass der Einführungsgesetzgebung die strafprozessuale Kompetenz des Migrationsamts ausdrücklich als Beispiel für eine solche Aufgabendelegation genannt. Die Zuständigkeit des Migrationsamts hat bereits unter früherem Recht bestanden und sollte nach dem Willen des Gesetzgebers mittels ständiger Weisung der Staatsanwaltschaft beibehalten werden, was auch die seitens der Staatsanwaltschaft eingereichte Leistungsvereinbarung zwischen dem AWA (als zuständiges kantonales Kontrollorgan im Sinne von § 3 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation der Bekämpfung der Schwarzarbeit im Kanton Basel-Stadt[SG 812.600]) und dem Migrationsamt nahelegt (Ratschlag EG StPO gemäss Regierungsratsbeschluss Nr. 09.1110.01 vom 4. August 2009, S. 20, abrufbar unter:<https://cutt.ly/tCb1aGN>, zuletzt besucht am 8. September 2022; Akten S. 234 ff.).

3.1.3 Die Wahrnehmung von Strafaufgaben durch das Migrationsamt ist darüber hinaus auch in der kantonalen Gerichtspraxis anerkannt (AGE SB.2018.39 vom 14. Februar 2020 E. 3.1, SB.2013.60 vom 5. September 2014 E. 1.2, BES.2017.127 vom 9. November 2017 E. 3.3). Auch das Bundesgericht hat das Migrationsamt bereits als strafrechtliche Partei behandelt (BGer 6B_1112/2013 vom 20. März 2014) und hat dessen strafrechtliche Funktion bisher jedenfalls nicht beanstandet bzw. die Frage der Zuständigkeit offengelassen (BGer 6B_1139/2014 vom 28. April 2015 E. 1.3). Bei dieser Ausgangslage besteht kein Anlass, die vom kantonalen Gesetzgeber explizit so gewollte Zuständigkeitsordnung umzustossen. Das Migrationsamt ist in seiner Eigenschaft als Strafbehörde an den gesetzlichen Verfolgungszwang gemäss Art. 7 StPO gebunden und daher grundsätzlich zur Strafverfolgung verpflichtet. Die in der Literatur geäusserte Ansicht, das baselstädtische Migrationsamt sei keine Strafbehörde (Uebersax, Strafverfolgung bei Härtefällen widersprüchlich und unfair, in: plädoyer 6/2017 S. 20), erweist sich daher als unzutreffend.

3.1.4 Hinsichtlich der Verwertbarkeit der beim Migrationsamt getätigten Aussagen (vgl. dazu nachfolgend E. 4.2.1) wurde in AGE SB.2013.60 (E. 1.2) festgehalten, dass der dort Beschuldigte ■ wie vorliegend ■ vom Migrationsamt umfassend über die strafrechtlichen Vorwürfe aufgeklärt worden war und es ihm freigestanden hätte, eine erneute Befragung (inklusive Konfrontation) an der Hauptverhandlung zu verlangen. Eine solche wurde in casu jedoch gar nie verlangt, was angesichts der Tatsache, dass sowohl vor Straf- als auch vor Appellationsgericht eine Dispensation beantragt wurde, auch paradox gewesen wäre. Die Depositionen der Berufungsklägerin anlässlich ihrer Befragung beim Migrationsamt vom 15. September 2020 sind demnach verwertbar (Akten S. 40 ff.)».

Das Bundesgericht hat im Urteil 6B_1295/2022 vom 29. Januar 2024 zur Frage der Zuständigkeit Folgendes erwogen:

«1.2

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 IV70 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).

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).

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.

1.3

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.

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).

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 Verordnungsrecht insofern nicht eindeutig erscheine (Peter Uebersax, Strafverfolgung bei Härtefällen widersprüchlich und unfair, in: plädoyer 6/2017 S. 20).

[]

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.

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».

2.3.1 Im von der Verfahrensleiterin im Nachgang zum Urteil des Bundesgerichts vom 29. Januar 2024 durchgeführten Schriftenwechsel hat die Staatsanwaltschaft das Dokument «Ständige Weisungen an die Kantonspolizei Basel-Stadt und die Verwaltungsbehörden mit Ermittlungsbefugnis (gültig ab 1. November 2019)» eingereicht (Akten ZS.2024.3 S. 17 ff.). Aus Ziff. 2.1 dieser Weisungen ergibt sich, dass das Migrationsamt zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen gemäss Art. 115 Abs. 1 und 2 AIG (als Verwaltungsbehörde mit Ermittlungsbefugnis) ständig berechtigt und verpflichtet sei.

Dass der Erste Staatsanwalt zum Erlass dieser Weisung berechtigt war, ergibt sich aus § 4 Abs. 3 Ziff. 3 der Verordnung über die Zusammensetzung, Organisation und Befugnisse der Staatsanwaltschaft (SG 257.120).

2.3.2 Entgegen der auch im Rückweisungsverfahren mit Eingabe vom 8. April 2024 geäusserten Kritik der Berufungsklägerin (Akten ZS.2024.3 S. 29 f.), stützt sich die Weisung auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage: Gemäss § 7 EG StPO trifft zwar zu, dass die Kantonspolizei das polizeiliche Ermittlungsverfahren bei den ihr durch Verordnung zugewiesenen Übertretungen und Vergehen führt. Gleichzeitig ist gemäss § 1 Abs. 1 bzw. im Anhang I der Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen und Übertretungen auch vorgesehen, dass die Kantonspolizei zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen gemäss Art. 115 Abs. 1 und 2 AIG zuständig ist. Indes sieht § 12 Abs. 2 EG StPO bereits auf Gesetzesebene vor, dass die Staatsanwaltschaft Verwaltungsbehörden, in deren Aufgabenbereich Delikte begangen werden, zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen einsetzen kann, wobei Aufsicht und Weisungsbefugnis bei der Staatsanwaltschaft verblieben. Diese Kompetenzregelung wird in § 1 Abs. 2 der Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen und Übertretungen wiederholt. Der Wortlaut dieses Absatzes (Alle übrigen Vergehen[diejenigen, welche nicht in Anhang I genannt werden] werden von der Staatsanwaltschaft verfolgt) ist nicht so zu verstehen, dass eine Einsetzung nur in den Fällen nach Abs. 2 und nicht bei solchen gemäss Abs. 1 bzw. Anhang I möglich wäre. Dies ergibt sich unmissverständlich aus dem systematisch klarer strukturierten § 12 Abs. 2 EG StPO und dem explizit geäusserten Willen des Gesetzgebers (vgl. dazu Ratschlag EG StPO gemäss Regierungsratsbeschluss Nr. 09.1110.01 vom 4. August 2009, abrufbar unter <https://cutt.ly/tCb1aGN>, zuletzt besucht am 14. August 2024; Bericht der Justiz, Sicherheits- und Sportkommission zum Ratschlag 09.1110.01 betreffend Gesetz über die Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung [EG StPO] sowie Änderungen des Gesetzes betreffend Wahl und Organisation der Gerichte sowie der Arbeitsverhältnisse des Gerichtspersonals und der Staatsanwaltschaft [Gerichtsorganisationsgesetz, GOG, SG 154.100; abrufbar unter <https://shorturl.at/TTIWL>, zuletzt besucht am 14. August 2024) sowie im Übrigen auch aus der konstanten kantonalen Gerichtspraxis (AGE SB.2018.39 vom 14. Februar 2020 E. 3.1, SB.2013.60 vom 5. September 2014 E. 1.2, BES.2017.127 vom 9. November 2017 E. 3.3). Dass es sich beim Tatbestand der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. c AIG um einen Straftatbestand handelt, der zum Aufgabenbereich des Migrationsamts gehört, ist evident.

2.3.3 Die innerdienstliche oder organisatorische Anordnung ist eine Weisung der vorgesetzten Behörde an eine ihr unterstellte Behörde. Sie kann sich auf einen konkreten Fall und eine bestimmte Privatperson beziehen oder generell und abstrakt sein. Im letzteren Fall liegt eine Verwaltungsverordnung vor (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, Rz. 874). Aus dem von der Staatsanwaltschaft eingereichten Dokument «Ständige Weisungen an die Kantonspolizei Basel-Stadt und die Verwaltungsbehörden mit Ermittlungsbefugnis (gültig ab 1. November 2019)» ergibt sich, dass das Migrationsamt zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen gemäss Art. 115 Abs. 1 und 2 AIG zuständig berechtigt und verpflichtet sei. Insofern handelt es sich nach dem vorstehend Erwogenen um eine Verwaltungsverordnung und ist entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin keine schriftliche Delegation im Einzelfall

notwendig. Inwiefern generelle Zuweisungen nur durch den Verordnungsgeber zulässig sein sollen, erschliesst sich angesichts des soeben Erwogenen zur Verwaltungsverordnung nicht.

2.3.4 Gemäss § 3 Abs. 2 der Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen und Übertretungen haben die Mitarbeitenden der Kantonspolizei und der Verwaltungsbehörden mit Ermittlungsbefugnis die Kompetenz, beschuldigte Personen und Auskunftspersonen einzuvernehmen. Damit wurde das polizeiliche Ermittlungsverfahren nicht nur von der zuständigen Behörde geleitet, sondern die Befragung der Berufungsklägerin vom 15. September 2020 auch von einer zuständigen Mitarbeiterin durchgeführt, sodass die Einvernahme entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin verwertbar ist.

4.4.2 Nach dem Gesagten ist aufgrund der glaubhaften Aussagen von Gfr E_____ erstellt, dass der Prozess des Bedienens ■ die Polizistin wurde nach kurzer Absprache zwischen den Angestellten an einen freien Platz gesetzt, die eigens herbeigerufene Berufungsklägerin hat sich ihr zugewandt, indem sie mindestens ihre Nägel betrachtet bzw. eine Situationsanalyse durchgeführt hat ■ angefangen hat. Der Kontakt zwischen der Berufungsklägerin und der Polizistin dauerte weniger als eine Minute. Daran ändert nichts, dass sich Gfr E_____ in der Berufungsverhandlung nicht mehr daran erinnern konnte, ob die Berufungsklägerin nach der gewünschten Farbe gefragt hatte, wobei sie sich diesbezüglich in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung noch sehr sicher war. Angesichts des Beginns des Prozesses des Bedienens ist auch nicht von Bedeutung, ob sich die Berufungsklägerin nach den Wünschen der Polizistin erkundigte und wenn ja, in welcher Sprache sie dies tat.

5.2.1 Mit den per 1. Mai 2013 in Kraft getretenen Art. 285a und 298a ff. StPO sind die Begriffe der verdeckten Ermittlung und der verdeckten Fahndung gesetzlich definiert, gegeneinander abgegrenzt und die Voraussetzungen für deren Zulässigkeit im Strafprozessrecht verankert worden. Diese bundesrechtlichen Bestimmungen erfassen allerdings ausschliesslich jene Fälle, in denen bereits ein Verdacht auf eine strafbare Handlung besteht. Das Bundesgericht hat dazu ausgeführt, dass dieser Verdacht zwar bloss vage sein könne, aber nicht gänzlich unbestimmt sein dürfe. Es erschienen indessen manchmal im Interesse der Prävention Ermittlungen gegen Straftaten notwendig, selbst wenn zu Beginn der verdeckten Ermittlungstätigkeit kein Tatverdacht vorliege. Es gehe hier um Handlungen von Polizeiorganen vor einem Strafverfahren, welche der Verhinderung oder Erkennung einer möglichen Straftat dienen würden. Solche Vorermittlungen könnten sich gegen jede Art von schwerwiegenden Straftaten richten (BGE 140 I 353 E. 5.4 f.). Die Grenze zwischen polizeirechtlicher und strafprozessualer Tätigkeit verlaufe in der Praxis fliessend und eine klare Trennung sei nicht immer möglich. Das entscheidende Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit der StPO sei der strafprozessuale Anfangsverdacht (BGE 143 IV 27 E. 2.5; BGer 6B_1143/2015 vom 6. Juni 2016 E. 1.3.1). Verdeckte Ermittlung und Fahndung gemäss StPO seien lediglich zur Abklärung bereits begangener bzw. in Ausführung begriffener Straftaten zulässig. Erfolgt Ermittlungshandlungen vor Vorliegen eines Tatverdachts im Rahmen einer Kontaktnahme oder Vorermittlung zur Verhütung künftiger Straftaten, handle es sich nicht um Massnahmen des Strafprozessrechts, sondern um eine klassische präventive polizeiliche Tätigkeit, deren Regelung in der Kompetenz der Kantone liege (BGE 143 IV 27 E. 2.5, 140 I 353 E. 5.5.1 f.). Betreffend diese präventive Vorermittlung im Sinne eines polizeilichen Tätigwerdens zur Verhinderung oder Erkennung zukünftiger möglicher Delikte enthalte das

Bundesrecht auch nach der Neuregelung der verdeckten Ermittlung und verdeckten Fahndung keine Bestimmungen (BGE 140 I 353 E. 5.5.1, 143 IV 27 E. 2.5). Aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich die gesetzgeberische Absicht, die präventive verdeckte Vorermittlung der kantonalen Regelung ■ insbesondere im jeweiligen kantonalen Polizeirecht ■ zu überlassen. Nach der Auffassung der Rechtskommission des Nationalrats könne der Bund auch gar keine Gesetzesgrundlagen für die präventive verdeckte Vorermittlung schaffen, da es sich dabei nicht um Massnahmen des Strafprozessrechts handle, zu dessen Regelung der Bund nach Art. 123 Abs. 1 Bundesverfassung (BV, SR 101) befugt sei (BGE 143 I 353 E. 5.5.2).

5.2.2 Im vorliegenden Fall hat Gfr E_____ anlässlich der Berufungsverhandlung ausgesagt, dass hinsichtlich des Nagelstudios «[...]» kein konkreter Verdacht bestanden habe, dass dort Schwarzarbeit betrieben würde. Im Rahmen der «Joint Action Days» mit Themenschwerpunkt Schwarzarbeit habe man generell Nagelstudios, vor allem [...] Herkunft, kontrolliert (Akten SB.2021.67 S. 280). Dasselbe erhellt aus der «Anordnung einer verdeckten Fahndung gemäss PolG § 33a» (Akten SB.2021.67 S. 256 f.). Es liegen somit polizeiliche Vorermittlungen zum Zweck der Feststellung vor, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen. Diese stellen eine in die polizeilichen Kompetenzen fallende verdeckte Fahndung dar (eine verdeckte Ermittlung im Sinne von § 33b des Polizeigesetzes [PolG, SG 510.100] liegt in casu aufgrund des fehlenden Katalogdelikts, der fehlenden Legende und dem unterbliebenen Aufbau eines Vertrauensverhältnisses nicht vor). Somit sind die Bestimmungen der Strafprozessordnung zur verdeckten Fahndung nicht anwendbar und untersteht dieses Handeln der Reglementierung durch das kantonale Polizeigesetz. Entsprechend ist die Legitimität des zur Debatte stehenden Einsatzes im Rahmen von Art. 33a PolG zu prüfen (vgl. zum Ganzen Knodel, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2023, Art. 298b StPO N 6).

5.3.1 Gemäss § 33a PolG hat die verdeckte Fahndung zum Zweck, «mit Angehörigen der Polizei, deren wahre Identität und Funktion nicht erkennbar ist, im Rahmen kurzer Einsätze ohne Verwendung einer Legende die Vorbereitung von Verbrechen und Vergehen zu erkennen oder Straftaten zu verhindern». Die Anordnung entsprechender Polizeieinsätze hat durch die zuständige Gruppenchefin oder den zuständigen Gruppenchef zu erfolgen und bedarf innerhalb von 48 Stunden nach dem Einsatz der Genehmigung durch eine Polizeioffizierin oder einen Polizeioffizier (§ 33a Abs. 3 PolG).

5.3.2 In formeller Hinsicht ist demgemäss zunächst eine Anordnung durch den zuständigen Gruppenchef bzw. die zuständige Gruppenchefin und eine Genehmigung durch eine Polizeioffizierin oder einen Polizeioffizier vorgeschrieben. Diesbezüglich stellte die Verfahrensleiterin unmittelbar vor der Verhandlung fest, dass eine solche Anordnung bzw. Genehmigung nicht in den Akten liegt. Da sie die Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 14. Februar 2022 von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensiert hatte, forderte sie den zuständigen Staatsanwalt am 10. Mai 2022 telefonisch auf, das entsprechende Dokument ■ falls vorhanden ■ bis zur Verhandlung noch nachzureichen. Die Anordnung einer verdeckten Fahndung gemäss PolG § 33a ging am selben Tag beim Appellationsgericht ein und wurde der Berufungsklägerin zur Kenntnis gebracht (Akten SB.2021.67 S. 254 ff.).

5.3.3 In der Berufungsverhandlung stellte der Verteidiger den Antrag, die entsprechende Anordnung aus den Akten zu entfernen, da sie sich zu Lasten der Berufungsklägerin auswirken könnte. Zudem sei ohnehin fraglich, ob die Akten in diesem späten

Verfahrensstadium noch ergänzt werden könnten (Akten SB.2021.67 S. 277). Das Gericht hat über diesen Antrag vorab beraten und ist zum Schluss gekommen, die Anordnung nicht aus den Akten zu entfernen. Zur Begründung ist auszuführen, dass die Verfahrensleiterin im Vorfeld der Berufungsverhandlung feststellte, dass die rechtlichen Grundlagen für eine korrekte Entscheidungsfindung allenfalls fehlen könnten. In solchen Fällen ist das Gericht zur Nachforschung bzw. Abklärung verpflichtet, zumal der Untersuchungsgrundsatz gilt und das Berufungsgericht mit voller Kognition ausgestattet ist. Zudem gilt das rechtliche Gehör zweiseitig, also auch für die Staatsanwaltschaft. Zuzufolge Dispensation Letzterer wäre es mit der Garantie eines fairen Verfahrens (Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO) nicht vereinbar gewesen, ohne Gelegenheit zur Aktenergänzung festzustellen, dass die rechtlichen Grundlagen fehlten. Alternativ hätte die Möglichkeit bestanden, die Berufungsverhandlung zu sistieren und die Staatsanwaltschaft per Verfügung aufzufordern, allfällige weitere Unterlagen einzureichen. Dieses Vorgehen wäre aber unverhältnismässig gewesen, zumal sich auch die Berufungsklägerin zur fraglichen Anordnung im Sinne des rechtlichen Gehörs äussern konnte (Akten SB.2021.67 S. 277 f.).

5.3.4 Das Gesetz schreibt für die Anordnung einer verdeckten Fahndung nicht explizit Schriftlichkeit vor. Eine mündliche Anordnung ist entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin (Akten SB.2021.67 S. 282 f., 285) demgemäss auch ohne zeitliche Dringlichkeit zulässig.

5.4.1 Die Kantonspolizei kann gemäss § 33a Abs. 2 PolG eine verdeckte Fahndung anordnen, wenn hinreichende Anzeichen bestehen, dass es zu strafbaren Handlungen kommen könnte (lit. a) und andere Massnahmen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (lit. b). Wie bereits zuvor ausgeführt (vgl. dazu E. 5.2.1), erfassen die Art. 298a ff. StPO ausschliesslich jene Fälle, in denen bereits ein Verdacht auf eine strafbare Handlung besteht (strafprozessualer Anfangsverdacht). Erfolgt Ermittlungshandlungen vor Vorliegen eines Tatverdachts im Rahmen einer Kontaktnahme oder Vorermittlung zur Verhütung künftiger Straftaten, handelt es sich nicht um Massnahmen des Strafprozessrechts, sondern um eine klassische präventive polizeiliche Tätigkeit. Demgemäss dürfen an die in § 33a Abs. 2 lit. a PolG verlangten «hinreichenden Anzeichen» keine hohen Anforderungen gestellt werden und reicht es aus, wenn aufgrund der «Joint Action Days» mit Themenschwerpunkt Schwarzarbeit aufgrund einschlägiger Erfahrungen generell Nagelstudios, vor allem [...] Herkunft, kontrolliert wurden. Fremdenfeindliche Motive ■ wie der Verteidiger insinuiert (Akten SB.2021.67 S. 285) ■ herrschten demgemäss nicht vor.

5.4.2 Hinsichtlich der Verhältnismässigkeitsprüfung (lit. b) ist festzuhalten, dass für den Nachweis des Tatbestands der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung keine mildereren, gleich effektiven Mittel ersichtlich sind. So hat Gfr E____ gut nachvollziehbar ausgeführt, dass die angetroffenen Personen ohne das Eingehen eines Scheingeschäfts in der Regel zunächst behaupteten, sie befänden sich als Besucher bzw. Kunden, jedenfalls aber nicht zwecks Erwerbstätigkeit am kontrollierten Ort (Akten SB.2021.67 S. 280). Eine Beobachtung des Lokals von aussen, allenfalls noch mit einer Leuchtweste ■ wie von der Berufungsklägerin als mildere Massnahme vorgeschlagen (Akten SB.2021.67 S. 285 f.) ■ erscheint daher nicht zielführend. Zudem dürften bewilligungslos arbeitende Personen kaum an der «Front», sondern eher im Hintergrund eingesetzt werden, wo sie weniger gut erkannt werden, weshalb zur Aufdeckung einer Straftat auch deshalb ein vorgängiger Kontakt notwendig ist. Die Situation ist entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin (Akten

SB.2021.67 S. 286 f.) auch nicht vergleichbar mit der Situation auf einer Baustelle, wo die einzelnen Arbeitsplätze nicht derart übersichtlich verteilt liegen wie in einem Nagelstudio und bei einer Kontrolle deshalb kein getarntes Auftreten notwendig ist. Dass im Rahmen einer verdeckten Fahndung ein Hausdurchsuchungsbefehl notwendig wäre, wird (zumindest im Anwendungsbereich des PolG) nicht vorausgesetzt und ergibt sich auch nicht aus dem von der Verteidigung zitierten Bundesgerichtsentscheid (BGer 6B_1409/2019 vom 4. März 2021).

Ausgangspunkt der Strafzumessung bildet der Strafraum von Art. 115 Abs. 1 AIG, der von Geldstrafe bis zu Freiheitsstrafe von einem Jahr reicht. Gesetzliche Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe sind vorliegend keine ersichtlich, womit vom ordentlichen Strafraum auszugehen ist.

Das objektive und subjektive Tatverschulden wiegt sehr leicht. Wie das Strafgericht zutreffend festgehalten hat (vorinstanzliches Urteil S. 7), dürfte es sich kaum um einen Fall systematischer Schwarzarbeit handeln. Viel wahrscheinlicher ist es, dass die Berufungsklägerin hauptsächlich ihren Urlaub bei ihren Verwandten verbrachte und diesen ■ aus ihrer Sicht ■ in einem Moment der Hilfsbedürftigkeit ausgeholfen hat, zumal sie über eine entsprechende Ausbildung verfügt. Auch dürfte sie kein Entgelt bezogen haben. Dies rechtfertigt die Ausfällung einer eher symbolischen Geldstrafe im untersten Bereich des Strafraums, mithin von zehn Tagessätzen. Da es nicht der Berufungsklägerin zuzurechnen ist, dass das Dokument «Ständige Weisungen an die Kantonspolizei Basel-Stadt und die Verwaltungsbehörden mit Ermittlungsbefugnis (gültig ab 1. November 2019)» erst im Rückweisungsverfahren eingereicht wurde und sich das Verfahren dadurch um weitere knapp 1 ½ Jahre verlängert hat, ist das in Art. 5 Abs. 1 StPO, Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) statuierte Beschleunigungsgebot verletzt und die bisher zugemessene Strafe deshalb zu halbieren. Die Tagessatzhöhe wird in Anbetracht der Informationen zur Person (Einkommen von CHF 500.■ monatlich [exklusive Trinkgelder], kinderlos, vom Ehemann getrennt lebend, keine Schulden, keine Immobilien [Akten SB.2021.67 S. 41, 72, 75 ff.]) auf CHF 10.■ festgesetzt (Art. 34 Abs. 2 StGB).

Dem bedingten Strafvollzug mit einer minimalen Probezeit von zwei Jahren steht angesichts der Vorstrafenlosigkeit der Berufungsklägerin (Akten SB.2021.67 S. 250 f.) nichts entgegen (Art. 42 Abs. 1 StGB).

Der amtliche Verteidiger hat anlässlich der Berufungsverhandlung vorgebracht, dass die Berufungsklägerin ihre Familie aufgrund des Vorfalls während zwei Jahren nicht mehr habe besuchen dürfen, was zu einer Genugtuung von CHF 500.■ führen müsse (Akten SB.2021.67 S. 287). Neben der Tatsache, dass die Berufungsklägerin auch im Rechtsmittelverfahren wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung schuldig gesprochen wird, verkennt er damit, dass ein Einreiseverbot eine eigene verwaltungsrechtliche Sanktion (mit eigenem Rechtsmittelweg) darstellt und in keinem direkten Zusammenhang mit dem vorliegenden Strafverfahren steht, sodass in diesem diesbezüglich auch keine Genugtuung ausgerichtet werden kann. Der entsprechende Antrag ist daher abzuweisen.

Die schuldig gesprochene Person hat ■ sofern keine gesetzlichen Ausnahmen vorliegen ■ gestützt auf Art. 426 Abs. 1 StPO sämtliche kausalen Verfahrenskosten zu tragen (BGE 138 IV 248 E. 4.4.1; BGer 6B_415/2021 vom 11. Oktober 2021 E. 7.3). Die Verfahrenskosten werden demnach gemäss Verursacherprinzip verlegt.

Da A_____ auch im Berufungsverfahren wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung schuldig gesprochen wird, sind die erstinstanzlichen Verfahrenskosten zu belassen. Demgemäss trägt die Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren Kosten in Höhe von CHF 265.■ und eine Urteilsgebühr von CHF 400.■.

Da die Berufungsklägerin die vollen erstinstanzlichen Verfahrenskosten trägt, bleibt Art. 135 Abs. 4 StPO in Bezug auf die in Rechtskraft erwachsene Entschädigung der amtlichen Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren im Umfang von 100 % vorbehalten.

Für die Kosten des Rechtsmittelverfahrens kommt Art. 428 Abs. 1 StPO zum Tragen. Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (BGer 6B_415/2021 vom 11. Oktober 2021 E. 7.3, 6B_460/2020 vom 10. März 2021 E. 10.3.1).

Die Berufungsklägerin unterliegt mit ihrer Berufung im Wesentlichen, erreicht jedoch eine mildere Bestrafung. Es rechtfertigt sich daher, ihr die um 25 % reduzierten Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens mit Einschluss einer Urteilsgebühr in der Höhe von CHF 750.■ (inklusive Kanzleiauslagen, zuzüglich allfälliger übriger Auslagen) aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 21 Abs. 1 des Gerichtsgebührenreglements [GGR, SG 154.810]).

Dem amtlichen Verteidiger, B_____, ist aus der Gerichtskasse eine Entschädigung auszurichten, wobei der geltend gemachte Aufwand von insgesamt 32 Stunden (zuzüglich 2 ½ Stunden für die Berufungsverhandlung) in Abweichung vom Urteil SB.2021.67 vom 13. Mai 2022 akzeptiert wird, zumal sich mit der Beschwerde an das Bundesgericht bzw. im Rückweisungsverfahren gezeigt hat, dass der von ihm betriebene Aufwand hinsichtlich der Zuständigkeit des Migrationsamts tatsächlich notwendig bzw. gerechtfertigt war. Dazu kommt ein Auslagenersatz von 3 % (§ 23 Abs. 1 des Honorarreglements [HoR, SG 291.400]). Für den genauen Betrag wird auf das Urteilsdispositiv verwiesen (die Leistungen des amtlichen Verteidigers unterliegen nicht der Mehrwertsteuer). Da A_____ um 25 % reduzierte Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens auferlegt werden, umfasst die Rückerstattungspflicht bezüglich des Honorars des amtlichen Verteidigers im Falle ihrer wirtschaftlichen Besserstellung 75 % des zugesprochenen Honorars (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Für das Rückweisungsverfahren ist B_____ ■ wie geltend gemacht ■ ein Aufwand von fünf Stunden, zuzüglich 3 % Auslagen (§ 23 Abs. 1 HoR), zu vergüten. Da das Rückweisungsverfahren ■ wie sich aus dem Bundesgerichtsentscheid ergibt ■ zu Recht initiiert wurde, besteht kein Rückforderungsanspruch nach Art. 135 Abs. 4 StPO für die Kosten der amtlichen Verteidigung ab dem 29. Januar 2024.

://: Es wird festgestellt, dass die Verfügung über die Entschädigung des amtlichen Verteidigers für das erstinstanzliche Verfahren mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen ist.

A_____ wird ■ in Abweisung ihrer Berufung ■ der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung schuldig erklärt und verurteilt zu einer Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu CHF 10.■, mit bedingtem Strafvollzug, unter Auferlegung einer Probezeit von 2 Jahren,

in Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration, Art. 42 Abs. 1 und 44 Abs. 1 des Strafgesetzbuches sowie Art. 336 Abs. 3 der Strafprozessordnung.

Die Genugtuungsforderung von A_____ in Höhe von CHF 500.■ wird abgewiesen.

A_____ trägt die Kosten von CHF 265.■ und eine Urteilsgebühr in Höhe von CHF 400.■ für das erstinstanzliche Verfahren sowie die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens mit Einschluss einer Urteilsgebühr von CHF 750.■ (inklusive Kanzleiauslagen, zuzüglich allfällige übrige Auslagen).

In Bezug auf die in Rechtskraft erwachsene Entschädigung der amtlichen Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren bleibt Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

Dem amtlichen Verteidiger, B_____, wird für die zweite Instanz bis zum 29. Januar 2024 ein Honorar in Höhe von CHF 6■900.■ und ein Auslagenersatz von CHF 207.■, somit total CHF 7■107.■, aus der Gerichtskasse zugesprochen. Art. 135 Abs. 4 der Strafprozessordnung bleibt im Umfang von 75 % vorbehalten.

Für das Berufungsverfahren ab dem 29. Januar 2024 werden dem amtlichen Verteidiger, B_____, ein Honorar von CHF 1'000.■ und ein Auslagenersatz in Höhe von CHF 30.■, somit total CHF 1'030.■ aus der Gerichtskasse entrichtet. Es besteht kein Rückforderungsanspruch nach Art. 135 Abs. 4 StPO für die Kosten der amtlichen Verteidigung ab dem 29. Januar 2024.

Mitteilung an:

sowie nach Rechtskraft des Urteils:

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Die Präsidentin

Der Gerichtsschreiber

Dr. Patrizia Schmid

Dr. Beat Jucker

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht (1000 Lausanne 14) eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz im Ausland übergeben werden (Art. 48 Abs. 1 BGG). Für die Anforderungen an den Inhalt der Beschwerdeschrift wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

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