



**Universität
Zürich** UZH

Prof. Dr. iur. Regina Kiener
Universität Zürich
Lehrstuhl für öffentliches Recht
Rämistrasse 74/42
CH-8001 Zürich
Telefon +41 44 634 15 13

Justizzugang von Sans-Papiers

Gutachten zuhanden der Integrationsförderung der Stadt Zürich

erstellt von

Prof. Dr. iur. Regina Kiener

RA Danielle Breitenbücher, MLaw

Zürich, 25. Januar 2018

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	VIII
Verzeichnis der Materialien und amtlichen Dokumente	XI
A. Ausgangslage	1
B. Fragestellung	3
C. Rechtlicher Kontext des Anspruchs auf Justizzugang	4
I. Rechtsquellen	4
1. Völkerrecht	4
2. Landesrecht	5
II. Persönlicher Geltungsbereich	6
III. Staatliche Verpflichtungen.....	6
IV. „Soft Law“	7
V. Erkenntnisse und Überleitung	9
D. Vorgehen	9
E. Erhebung von Daten über den Aufenthaltsstatus	10
I. Vorgaben des Datenschutzes und anwendbares Recht	10
II. Regelung in Justizverfahren und bei Polizeikontrollen	12
1. Zivilverfahren	12
a) <i>Zuständige Behörden</i>	12
b) <i>Grundsätze der Datenerhebung</i>	12
c) <i>Erhebung von Personalien</i>	13
d) <i>Recht auf Aussageverweigerung und Verweigerung der Mitwirkung</i>	13
e) <i>Fazit</i>	14
2. Strafverfahren.....	15

a)	<i>Zuständige Behörden</i>	15
b)	<i>Grundsätze der Datenerhebung</i>	15
c)	<i>Erhebung von Personalien</i>	17
d)	<i>Recht auf Aussageverweigerung und Verweigerung der Mitwirkung</i>	18
e)	<i>Fazit</i>	18
3.	Verwaltungsrechtliche Verfahren	18
a)	<i>Zuständige Behörden</i>	18
b)	<i>Grundsätze der Datenerhebung</i>	19
4.	Polizei	20
III.	Identifikation ohne Offenlegung des Aufenthaltsstatus	23
1.	Allgemeines	23
2.	City Card	23
F.	Bekanntgabe von Daten über den Aufenthaltsstatus	25
I.	Ausländerrechtliche Meldepflichten	25
1.	Art. 97 Abs. 2 AuG	25
2.	Art. 97 Abs. 3 AuG	27
a)	<i>Inhalt und Konkretisierung auf Verordnungsstufe</i>	27
b)	<i>Tragweite von Art. 82 VZAE</i>	28
c)	<i>Pflicht zur Vornahme einer Interessenabwägung</i>	30
d)	<i>Fazit</i>	32
3.	Anwendung der Meldepflichten in verschiedenen Verfahren	33
a)	<i>Anwendbarkeit der Meldepflichten auf die verfahrensführenden Behörden</i>	33
b)	<i>Interessenabwägung</i>	34
II.	Anzeigepflichten in Bezug auf Straftaten	36
1.	Allgemeines	36
2.	Rechtsgrundlagen für die Anzeigepflicht und Kreis der Pflichtigen	36
3.	Feststellung bei „amtlicher Tätigkeit“	37
4.	Tatverdacht	37
5.	Ausnahmen	38

6. Anwendung der Anzeigepflichten in verschiedenen Verfahren	39
7. Fazit.....	40
III. Strafbarkeit wegen Verletzung von Melde- und Anzeigepflichten.....	40
G. Wegweisungsentscheid der Ausländerbehörden infolge einer Meldung	43
H. Beantwortung der Fragen	45

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AB	Amtliches Bulletin
AB PR	Ausführungsbestimmungen zur Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals vom 27. März 2002, AS 177.101
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz), AS 2017 6521 (noch nicht in Kraft)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931, AS 2007 5437
ANAV	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 1. März 1949, AS 2007 5497
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AsylG	Asylgesetz, SR 142.31
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Ausländergesetz), SR 142.20
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosenversicherungsgesetz), SR 837.0
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts aus der Amtlichen Sammlung
BGer	Bundesgericht
BGSA	Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit), SR 822.41
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BISchK	Blätter für Schuldbetreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz
BRK	Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, SR 0.109
BSK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVO	Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986,

	AS 1986 1791
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982, SR 831.40
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990, SR 642.11
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1
E.	Erwägung/Erwägungen
ECRI	Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EG OHG	Einführungsgesetz zum Opferhilfegesetz vom 25. Juni 1995, LS 341
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
f./ff.	folgende
GO	Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970, AS 101.100
GOG	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010, LS 211.1
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberschaft
IDG	Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007, LS 170.4
i.V.m.	in Verbindung mit
KV	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, LS 101/SR 131.211
LS	Loseblattsammlung, Kanton Zürich
MRA	UNO-Menschenrechtsausschuss
m.w.H	mit weiteren Hinweisen
N	Note
OHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007 (Opferhilfegesetz), SR 312.5
POG	Polizeiorganisationsgesetz vom 29. November 2004, LS 551.1
PolG	Polizeigesetz vom 23. April 2007, LS 550.1
Pra	Die Praxis
Rn.	Randnote/Randnoten
S.	Seite/Seiten
SEM	Staatssekretariat für Migration
SGK	St. Galler Kommentar
SR	Systematische Rechtssammlung, Bund
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
TB DSB ZH	Tätigkeitsbericht des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich
u.E.	unseres Erachtens

UNO	United Nations Organization
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
Verordnung Personalrecht	Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals (Personalrecht), Gemeinderatsbeschluss vom 6. Februar 2002
VE-VZAE	Vorentwurf der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE), abrufbar unter https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/aug-integration-paket2/vorentw-vzae-d.pdf (zuletzt besucht am 19.01.2018)
VGer ZH	Verwaltungsgericht, Kanton Zürich
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959, LS 175.2
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, SR 313.0
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007, SR 142.201
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer/Ziffern
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

ALBRECHT PETER, Die strafbare Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts ausländischer Personen in der Schweiz gemäss Art. 116 AuG, in: AJP 2012, S. 791 ff.

BAERISWYL BRUNO/RUDIN BEAT (Hrsg.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich (IDG), Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. BEARBEITER, Praxiskommentar IDG, § ... N ...).

BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011 (zit. BEARBEITER, Datenschutzrecht).

CARONI MARTINA/GÄCHTER THOMAS/THURNHERR DANIELA (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010 (zit. Kommentar AuG, Art. ... N ...).

CARONI MARTINA/GRASDORF-MEYER TOBIAS/OTT LISA/SCHIEBER NICOLE, Migrationsrecht, 3. Aufl., Bern 2014.

DAVET SUZANNE, Meldepflichten von Behörden bei illegalem Aufenthalt, in: BJM 2010, S. 57 ff.

DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. BEARBEITER, ZK StPO, Art. ... N ...).

DONATSCH ANDREAS/SCHMID NIKLAUS (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919, Zürich 2007 (zit. BEARBEITER, Kommentar StPO ZH, § ... N ...).

DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (BEARBEITER, SGK BV, Art. ... N ...).

GRIFFEL ALAIN (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. BEARBEITER, Kommentar VRG, Art. ... N ...).

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/LIEBER VIKTOR, GOG, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 3. Aufl., Basel 2013.

KIENER REGINA, Effektiver Zugang zur Justiz für alle, in: ZBl 114/2013, S. 581 f. (zit. KIENER, Zugang zur Justiz).

KIENER REGINA, Das Recht auf effektiven Rechtsschutz, in: Claudia Kaufmann/Christina Hausammann (Hrsg.), Zugang zum Recht: Vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz, Basel 2017, S. 23 ff. (zit. KIENER, effektiver Rechtsschutz).

KIENER REGINA/MEDICI GABRIELA, Die Arbeitssituation von Sans-Papiers in der Schweiz – Grundrechtliche und menschenrechtliche Aspekte, in: ZSR 2014, S. 133 ff.

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013.

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2015.

MAURER-LAMBROU URS/BLECHTA GABOR P. (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, BSK DSG, Art. ... N ...).

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

NGUYEN MINH SON/AMARELLE CESLA, Code annoté de droit des migrations, Volume II, Loi sur les étrangers (LEtr), Bern 2017 (zit. BEARBEITER, Code annoté, Art. ... N ...).

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, BSK StPO, Art. ... N ...).

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I + II, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER, BSK StGB, Art. ... N ...).

PETRY ROSWITHA, La situation juridique des migrants sans statut légal, Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel 2013.

REY GRÉGOIRE, Procédure pénale genevoise et règles fédérales applicables, Basel/Lausanne 2005.

ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. BEARBEITER, Handkommentar DSG, Art. ... N ...).

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017.

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Personenkontrollen durch die Stadtpolizei Zürich, Standards und Good Practices zur Vermeidung von racial und ethnic profiling, verfasst von Künzli Jörg/Wytenbach Judith/Fernandes-Veerakatty Vijitha/Hofer Nicola, Bern 2017 (zit. SKMR, Gutachten Personenkontrollen).

SPESCHA MARC/THÜR HANSPETER/ZÜND ANDREAS/BOLZLI PETER/HRUSCHKA CONSTANTIN (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, Schweizerisches Ausländergesetz (AuG), Asylgesetz (AsylG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, 4. Aufl., Zürich 2015 (zit. BEARBEITER, Kommentar Migrationsrecht, Art. ... N ...).

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BEARBEITER, BSK ZPO, Art. ... N ...).

STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013.

UEBERSAX PETER/RUDIN BEAT/HUGI YAR THOMAS/GEISER THOMAS (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Aufl., Basel 2009 (zit. BEARBEITER, Ausländerrecht)

WEBER-CANDRIAN PHILIPP U., Anzeigepflicht, Anzeigezwang der Betreibungs- und Konkursbeamten, Referat an der 75. Jahresversammlung der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz in Fürigen/Kanton Nidwalden vom 16. Juni 2000, in: BLSchK 2000, S. 131 ff.

WERMELINGER AMÉDÉO, Informationelle Amtshilfe: Verunmöglicht Datenschutz eine effiziente Leistungserbringung durch den Staat? Analyse des eidgenössischen und des luzernischen Rechts, in: ZBl 105/2004, S. 173 ff.

Verzeichnis der Materialien und amtlichen Dokumente

Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3709 (zit. Botschaft AuG).

Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010, BBl 2010 4455 (zit. Botschaft Revision AsylG).

Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) vom 8. März 2013, BBl 2013 2397 (zit. Botschaft AIG).

Zusatzbotschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) vom 4. März 2016, BBl 2016 2821 (zit. Zusatzbotschaft AIG).

Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, Inkraftsetzung der Änderung des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2016 (13.030; Integration), Staatssekretariat für Migration, 7. November 2017 (zit. Erläuternder Bericht VZAE).

Weisung des Staatssekretariats für Migration, VI. Protection des données et loi sur la transparence, Version 1.1.08 (zit. Weisung VI. des SEM).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 (zit. Botschaft DSG).

Statusbericht: Erleichterter Datenaustausch zwischen Bundes- und Kantonsbehörden, Bundesamt für Justiz, 9. Mai 2012 (zit. Statusbericht Datenaustausch).

MICHAEL MORLOK ET AL., Sans-Papiers in der Schweiz 2015, Schlussbericht zuhanden des Staatssekretariats für Migration (SEM), Bern, 12. Dezember 2015 (zit. Bericht Sans-Papiers).

A. Ausgangslage

- 1 In der Schweiz leben, wohnen und arbeiten zahlreiche Menschen ohne geregelten Aufenthaltsstatus; sie werden auch als „*Sans-Papiers*“ bezeichnet. Der Begriff wurde Anfang der 1970er-Jahre in Frankreich geprägt, um stigmatisierende Bezeichnungen, die mit Delinquenz in Zusammenhang gebracht werden („Illegale“), zu ersetzen. Die englische Fachliteratur unterscheidet vielfach zwischen Papierlosen, die illegal ins Land gelangt sind und nie ein Aufenthaltsrecht besaßen („undocumented migrants“) und legal eingereisten Einwanderern, die ihre Aufenthaltsberechtigung verloren haben, beispielweise nach der Ablehnung eines Asylgesuches oder nach dem Verlust des Arbeitsplatzes („overstayers“).¹ Der Europarat und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verwenden den Begriff der „irregular migrants“.² In allgemeiner Weise umschrieben handelt es sich um Menschen, die sich in einem Mitgliedsstaat aufhalten, welcher nicht ihr Herkunftsland ist und die nach nationalem Recht die Bedingungen für die Einreise oder den Aufenthalt in diesem Mitgliedsstaat nicht oder nicht mehr erfüllen.³ In Übereinstimmung mit der Begriffsverwendung durch die Auftraggeberin wird im Folgenden der Begriff „*Sans-Papiers*“ verwendet.
- 2 Die genaue *Zahl* der in der Schweiz lebenden und arbeitenden *Sans-Papiers* ist nicht bekannt, aktuelle Schätzungen gehen für die gesamte Schweiz von 76 000 Personen aus, wovon ein beträchtlicher Anteil von 28 000 Personen auf den Kanton Zürich entfällt.⁴ Wie viele dieser Personen sich in der Stadt Zürich aufhalten, ist nicht bekannt, es ist jedoch unbestritten, dass es sich um eine bedeutende Zahl handelt. Die betroffenen Personen arbeiten regelmässig unter prekären Arbeitsverhältnissen in Niedriglohnbranchen, namentlich in privaten Haushalten, in der Gastronomie und in der Landwirtschaft; ihre Arbeit ist regelmässig durch Ausbeutung und fehlende soziale Absicherung geprägt.⁵

¹ CARIGIET ERWIN/MÄDER UELI/BONVIN JEAN-MICHEL (Hrsg.), Wörterbuch der Sozialpolitik, Zürich 2003, Stichwort „Illegale Migration“.

² Vgl. Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1509 (2006), Human rights of irregular migrants; EGMR, Gadaa Ibrahim Hunde c. Netherlands, no. 17931/16 vom 28. Juli 2016.

³ Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz ECRI, Allgemeine politische Empfehlung Nr. 16 der ECRI, Über den Schutz irregulärer Migranten vor Diskriminierung, verabschiedet am 6. März 2016.

⁴ Bericht *Sans-Papiers*, S. 22 und 34. Die Zahlen gelten für *Sans-Papiers* aus Drittstaaten, für die Zahl der EU/EFTA *Sans-Papiers* existieren keine verlässlichen Schätzungen; Bericht *Sans-Papiers*, S. 68 f.

⁵ Eingehend KNOLL ALEX/SCHILLIGER SARAH/SCHWAGER BEA, Wisch und weg! *Sans-Papiers*-Hausarbeiterinnen zwischen Prekarität und Selbstbestimmung, Zürich 2012; NIKLAUS PIERRE-ALAIN, Nicht gerufen und doch gefragt, *Sans-Papiers* in Schweizer Haushalten, Basel 2013.

- 3 Sans-Papiers unterstehen den Regeln des Ausländerrechts. Falls sich ergibt, dass eine Person keinen geregelten Aufenthalt in der Schweiz hat, wird sie weggewiesen bzw. in Ausschaffungshaft gesetzt. Vor diesem Hintergrund *vermeiden* Sans-Papiers Kontakte mit Behörden und dies auch dort, wo sie Opfer oder Zeuge einer Straftat sind, eine Vertragsverletzung rügen oder eine staatliche Dienstleistung beanspruchen möchten, die ihnen unbesehen ihres Aufenthaltsstatus zusteht, laufen sie doch in solchen Situationen Gefahr, dass ihr prekärer Status entdeckt wird und sie entsprechende Rechtsfolgen zu tragen haben.⁶ Sie verzichten auf den Zugang zu Recht und Justiz, weil ihnen die Verletzung ihrer Rechte und ihrer Integrität im Vergleich zur Wegweisung als geringeres Übel erscheint. Diese Situation hat zur Folge, dass die Betroffenen auch bei Verletzungen in zentralsten Menschenrechten ohne rechtlichen Schutz bleiben, so etwa bei Diskriminierungen, bei sexuellem Missbrauch oder bei der Ausbeutung ihrer Arbeitsleistung.
- 4 Der Verzicht auf den Zugang zur Justiz betrifft nicht allein die Grund- und Menschenrechte von Sans-Papiers, er hat auch Folgen für den *Rechtsstaat*. Werden selbst schwere (Grund-) Rechtsverletzungen nicht geahndet und werden diejenigen Personen, die für die Rechtsverletzung verantwortlich sind, rechtlich nicht zur Verantwortung gezogen, unterbleibt die Durchsetzung des Rechts und es entstehen rechtsfreie Räume.⁷

⁶ Vgl. auch Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1509 (2006), Human rights of irregular migrants, Ziff. 16.4.

⁷ Zu diesem Argument auch KIENER, effektiver Rechtsschutz, S. 25.

B. Fragestellung

5 Vor diesem Hintergrund hat uns die Integrationsstelle der Stadt Zürich um Beantwortung verschiedener Fragen im Zusammenhang mit dem *Justizzugang* von Migrantinnen und Migranten ohne geregelten Aufenthaltsstatus (sog. Sans-Papiers) gebeten⁸. Im Einzelnen geht es um folgende Fragen:

1. Wie gestaltet sich der Zugang von Sans-Papiers zum Rechtsschutz im Allgemeinen und von Opfern von Rechtsverletzungen im Besonderen?
2. Welche Möglichkeiten hat die Stadt Zürich, diesen Zugang zumindest teilweise zu verbessern?
3. Könnte eine City-Card ein Lösungsansatz sein und wenn ja, unter welchen Bedingungen?
4. Sind weitere Ansätze denkbar, bei denen Sans-Papiers die Mitwirkung in Justizverfahren möglich ist, ohne dass die Betroffenen ausländerrechtliche Konsequenzen tragen?

Darüber hinaus soll das Gutachten auch Fragen im Zusammenhang mit *Personenkontrollen durch die Stadtpolizei* behandeln:

5. Bei welchen Polizeikontrollen ist die Überprüfung des ausländerrechtlichen Aufenthalts zwingend, bei welchen Kontrollen ist sie nicht nötig oder nicht angebracht? Bestehen seitens der Polizeibehörden Ermessensspielräume?
6. Welche Möglichkeiten hat die Stadt Zürich, der Stadtpolizei im Hinblick auf ausländerrechtliche Meldepflichten Ermessensspielräume zu geben bzw. sie beim Unterlassen einer Meldung vom Straftatbestand der Begünstigung zu entlasten?

Schliesslich soll das Gutachten bezüglich beider Themenbereiche der Frage nachgehen, welche *Handlungsmöglichkeiten* jeweils auf der Ebene des Kantons Zürich bestehen.

Nachfolgend wird zunächst in allgemeiner Weise der grund- und menschenrechtlich garantierte Anspruch auf Justizzugang und dessen Verankerung im Schweizer und im internationalen Recht beleuchtet, bevor im Einzelnen auf die Gutachtensfragen eingegangen wird.

⁸ Vgl. Offerte vom 24. Juli 2017, gegengezeichnet am 21. August 2017.

C. Rechtlicher Kontext des Anspruchs auf Justizzugang

I. Rechtsquellen

6 Individuelle Rechte bleiben inhaltsleer und ohne Wirkung, wenn sie nicht gerichtlich durchgesetzt werden können.⁹ Der rechtsgleiche Zugang zur Justiz ist deshalb ein *Kernelement* des (Menschen-)Rechtsschutzes und zugleich das zentrale verfahrensrechtliche Mittel zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit.¹⁰ Entsprechend breit ist der Justizzugang rechtlich geschützt.

1. Völkerrecht

7 Das Recht auf wirksamen Rechtsschutz ist im Rahmen des internationalen und des regionalen Menschenrechtsschutzes breit anerkannt. Als erstes Instrument verankerte die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) im Jahr 1948 das Recht auf wirksamen Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen. Gemäss Art. 8 AEMR hat jeder Mensch „Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz vor den zuständigen innerstaatlichen Gerichten gegen alle Handlungen, die seine ihm nach der Verfassung oder nach dem Gesetz zustehenden Grundrechte verletzen“. Diese programmatische, also rechtlich nicht verbindliche Deklaration wurde in der Folge durch zahlreiche Menschenrechtsverträge verbindlich gemacht, insbesondere durch den UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II). So begründet Art. 2 Ziff. 3 UNO-Pakt II eine *Rechtsweggarantie* bei Verletzung der im Pakt selber festgelegten Rechte und Freiheiten. Auf der Ebene des regionalen Menschenrechtsschutzes enthält Art. 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) eine inhaltlich ähnliche, wenn auch knapper formulierte Bestimmung, während Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II zusätzlich den Grundsatz der *prozeduralen Rechtsgleichheit* garantiert („Alle Menschen sind vor Gericht gleich“). Dieser gilt für sämtliche Verfahren und garantiert neben dem rechtsgleichen Zugang auch die Chancengleichheit und das Verbot der verfahrensmässigen Diskriminierung.¹¹ Darüber hinaus enthält Art. 14 Ziff. 2 UNO-Pakt II die Garantie *gerichtlichen Rechtsschutzes* bei strafrechtlichen Anklagen und bei Streitigkeiten um zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen. Auf der Ebene des regionalen Menschenrechtsschutzes findet sich in Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine weitgehend deckungsgleiche Garantie. Schliesslich enthalten auch internationale Konventio-

⁹ Vgl. zum Folgenden KIENER, effektiver Rechtsschutz, S. 23 f.; KIENER, Zugang zur Justiz, S. 581 f.

¹⁰ MRA, General Comment Nr. 32 (2007), Ziff. 2.

¹¹ MRA, General Comment Nr. 32 (2007), Ziff. 3, 7.

nen, die spezifisch dem Schutz besonders verletzlicher Personen gewidmet sind, einen Anspruch auf Justizzugang, so insbesondere die *Behindertenrechtskonvention* (Art. 13 BRK).

- 8 Über die ausdrücklich garantierten Rechtsschutzansprüche hinaus ist anerkannt, dass sich auch aus den *materiellen Grundrechten* (insbesondere aus dem Recht auf Leben, dem Verbot der Zwangsarbeit und dem Recht auf Achtung des Privatlebens) ein Anspruch auf verfahrenrechtliche Durchsetzung dieser Rechte ergeben kann.¹² Das Recht auf effektiven Rechtsschutz ist also nicht nur ein selbständiges Grundrecht, sondern gleichzeitig auch ein Mittel zum Schutz und zur Verwirklichung der entsprechenden materiellen Grundrechtsgarantien.
- 9 Die Schweiz hat alle genannten völkerrechtlichen Verträge *ratifiziert*. Die entsprechenden Rechtsweggarantien sind unbestritten als *justiziabel* anerkannt. Dies bedeutet, dass sich der Einzelne innerstaatlich vor allen Verwaltungs- und Justizbehörden direkt darauf berufen kann.

2. Landesrecht

- 10 Die *Bundesverfassung* (BV) gewährleistet dem Einzelnen bei allen Rechtsstreitigkeiten ein Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 29a BV) und auf gleiche und gerechte Behandlung vor Justizbehörden (Art. 29 Abs. 1 BV). Darüber hinaus erleichtert sie den Zugang zum Recht durch den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 29 Abs. 3 BV).
- 11 Die *Verfassung des Kantons Zürich* enthält kein eigenständiges Recht auf Justizzugang, gewährleistet aber kraft eines Verweises in Art. 10 Abs. 1 KV die entsprechenden Garantien der Bundesverfassung.
- 12 Die Voraussetzungen des Verfahrenszugangs werden detailliert in den *Verfahrensgesetzen* geregelt. Für den Kanton Zürich sind dies insbesondere die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) und das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG). Zudem enthalten alle im Kanton Zürich geltenden Verfahrensordnungen einen ausdrücklichen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, der die entsprechenden Mindestgarantien des Bundesrechts (Art. 29 Abs. 3 BV) konkretisiert.¹³
- 13 Insgesamt betrachtet verfügt die Schweiz über ein hochstehendes, mit Art. 29 Abs. 1 BV ausdrücklich am Grundsatz der gleichen und gerechten Behandlung ausgerichtetes Justizsystem, das dem Einzelnen den Zugang zur Justiz gewährleistet. Die Verfahrensgesetze sind in

¹² Statt anderer KÄLIN/KÜNZLI, Rn. 308, 859 ff., 1171; SCHWEIZER, SGK BV, Art. 10 N 20, Art. 13 N 7.

¹³ Art. 117 ZPO, Art. 132, Art. 136, Art. 425 StPO, § 16 VRG.

persönlicher Hinsicht neutral und rechtsgleich formuliert; keine Verfahrensordnung schliesst bestimmte Personen oder Personengruppen vom Zugang zur Justiz aus.

II. Persönlicher Geltungsbereich

- 14 Sämtliche genannten Garantien sind als Menschenrechte ausgestaltet. Sie stehen *allen Menschen* zu, die sich im Hoheitsgebiet der Schweiz aufhalten und dies unabhängig von ihrer Nationalität, ihrem sozialen oder aufenthaltsrechtlichen Status. Der persönliche Schutzbereich der Garantien bezieht sich also auch auf Sans-Papiers.¹⁴

III. Staatliche Verpflichtungen

- 15 Aus den genannten Garantien ergeben sich für die Staaten – und damit auch für die Schweiz – verschieden geartete Verpflichtungen. Gemäss Praxis und Lehre fliessen aus den Grundrechten staatliche Achtungspflichten, staatliche Schutzpflichten und staatliche Gewährleistungspflichten.¹⁵ Gebunden sind alle Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sowie Personen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen (Art. 35 Abs. 2 BV). Zu beachten ist, dass in diese Rechte nicht nur direkt und gezielt, sondern auch indirekt eingegriffen werden kann, falls eine mittelbare Beeinträchtigung in ihrer Wirkung einem direkten Grundrechtseingriff gleich kommt.¹⁶
- 16 *Achtungspflichten* auferlegen dem Staat die Pflicht, die Grundrechtsbetätigung des Einzelnen zu respektieren und ungerechtfertigte Eingriffe in das Grundrecht zu unterlassen. *Schutzpflichten* bestehen darin, dass der Staat dem Einzelnen Schutz und Beistand bieten muss, wenn der Justizzugang durch privaten Zwang verunmöglicht wird und der Staat um entsprechende Beeinträchtigungen weiss oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit wissen müsste und über angemessene Möglichkeiten des Schutzes verfügt. Eine verfahrensrechtliche Schutzpflicht ist offensichtlich, wenn die Behörden aufgrund entsprechender Hinweise wissen oder wissen müssten, dass eine Privatperson deshalb vom Schutz ihrer Rechte absieht, weil sie durch einen Dritten dazu genötigt wurde. *Gewährleistungspflichten* halten den Staat dazu

¹⁴ MRA, General Comment Nr. 32 (2007), Ziff. 9.

¹⁵ Statt vieler KÄLIN/KÜNZLI, Rn. 261 ff. Zum Folgenden KIENER, effektiver Rechtsschutz, S. 29 ff.

¹⁶ Zur mittelbaren Grundrechtsbeeinträchtigung vgl. KIENER/KÄLIN, S. 95 ff.

an, positive Massnahmen zu ergreifen, damit der Einzelne seine Grundrechte wirksam ausüben kann.¹⁷

- 17 Mit den staatlichen Unterlassungs-, Schutz- oder Gewährleistungspflichten ist die Thematik des wirksamen Justizzugangs nicht ausgeschöpft, denn sowohl die Bundesverfassung (Art. 35 BV) als auch das Völkerrecht verpflichten den Staat zur *umfassenden Verwirklichung* der Grund- und Menschenrechte. Diese „objektive“ Verwirklichungspflicht hat zur Folge, dass alle staatlichen Instanzen im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die effektive und tatsächliche Gewährleistung der Grundrechte besorgt sein müssen. Allenfalls sind dafür *zusätzliche positive Massnahmen* nötig.¹⁸ Zur Verwirklichung der Grundrechte gehört unbestritten die *grundrechtskonforme und menschenrechtskonforme Auslegung* des Gesetzes- und Verordnungsrechts.

IV. „Soft Law“

- 18 Neben den für den Staat verbindlichen Rechtsschutzbestimmungen des Völkerrechts und des Landesrechts sind weitere – *rechtlich nicht verbindliche* – Vorgaben zu berücksichtigen, welche aus Menschenrechtssicht die *gute Regierungs- und Verwaltungspraxis* im Bereich des Justizzugangs von Sans-Papiers wiedergeben (sog. Soft Law). Im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sind zwei Soft Law-Dokumente des Europarats, dem auch die Schweiz als Mitglied angehört.
- 19 Allgemeine Fragen zu den Menschenrechten von Sans-Papiers behandelt die von der Parlamentarischen Versammlung des Europarats erlassene Resolution 1509 (2006) *Human rights of irregular migrants*. Die Parlamentarische Versammlung betont, dass die Instrumente des internationalen Menschenrechtsschutzes auf alle Menschen anwendbar sind, insbesondere auch auf Sans-Papiers (Ziff. 5). Weiter sollen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass Sans-Papiers ihre *Rechte auch in der Praxis wahrnehmen* können (Ziff. 16). Für die vorliegende Fragestellung von besonderer Bedeutung sind folgende Empfehlungen: Staaten sollen davon absehen, die humanitäre Unterstützung durch die Zivilgesellschaft für strafbar zu erklären (Ziff. 16.3) und darauf *verzichten*, bestimmten Behörden (ausdrücklich genannt sind Schulbehörden, Ärzte und Gesundheitsbehörden) eine *Informationspflicht* bezüglich der rechtlichen Situation von Sans-Papiers zu auferlegen. Die parlamentarische Versammlung begründet die-

¹⁷ KIENER/KÄLIN, S. 34 ff.; SCHWEIZER, SGK BV, Art. 35 N 11 ff.; für den internationalen Menschenrechtsschutz statt anderer KÄLIN/KÜNZLI, Rn. 261 ff.

¹⁸ KIENER/KÄLIN, S. 42 ff.; SCHWEIZER, SGK BV, Art. 35 N 6 ff.

se Empfehlung (Ziff. 16.4) ausdrücklich damit, dass die Betroffenen andernfalls von der Durchsetzung ihrer Rechte absehen, um nicht entdeckt und ausgeschafft zu werden. Schliesslich wird den Staaten empfohlen, zum Schutz der Menschenrechte von Sans-Papiers neben Justizbehörden auch nicht-gerichtliche Institutionen verfügbar zu machen, wie beispielsweise *Ombudsstellen* (Ziff. 16.7).

- 20 Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) hat eine Empfehlung (Nr. 16) über den Schutz irregulärer Migranten (d.h. Sans-Papiers) vor Diskriminierung¹⁹ erlassen, die sich teilweise auf die oben zitierte Resolution des Europarats abstützt. Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende Empfehlungen von Belang: Grundlage der Empfehlungen bildet der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten die personenbezogenen Daten von irregulären Migranten schützen und sicherstellen, dass diese vollen, diskriminierungsfreien Zugang zu angemessenen Rechtsbehelfen haben (Ziff. 4 und 7). Insbesondere ist sicherzustellen, dass öffentliche Einrichtungen u.a. im Bereich der Justiz *keinen Melde- und Anzeigepflichten* zum Zweck der Einwanderungskontrolle und entsprechender Vollzugsmassnahmen unterliegen (Ziff. 11). Weiter sollen Rechtsvorschriften und Leitlinien ausgearbeitet werden, um staatlichen und privaten Akteuren einen generellen Informationsaustausch und die *Weitergabe* personenbezogener Daten über Migranten, bei denen der Verdacht auf irregulären Aufenthalt besteht, an die Einwanderungsbehörden grundsätzlich zu *verbieten*; Ausnahmen sollen nur bei aussergewöhnlichen Umständen gelten, welche gesetzlich festgelegt sind und Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung und eines diesbezüglichen Rechtsbehelfs sein können (Ziff. 12). Im Bereich des *Arbeitsschutzes* wird die Einrichtung von wirksamen Rechtsbehelfen empfohlen, mit denen die Verletzung von Arbeitsnormen vorgebracht werden kann, ohne dass die Gefahr besteht, dass personenbezogene Daten oder andere Informationen zum Zweck der Einwanderungskontrolle und entsprechender Vollzugsmassnahmen mit den Einwanderungsbehörden ausgetauscht werden (Ziff. 30). Schliesslich wird empfohlen, dass die Staaten Garantien vorsehen, damit irreguläre Migranten, die Opfer von Straftaten sind, ihre *Rechte kennen* und in der Lage sind, den Strafvollzugsbehörden alle Straftaten zu melden, und vor Gericht als *Zeuge* auszusagen und dass sie *effektiven Zugang zur Justiz* und anderen Rechtsbehelfen haben, ohne dass die Gefahr besteht, dass ihre personenbezogenen Daten oder andere Informationen zum Zweck der Einwanderungskontrolle und entsprechender Vollzugsmassnahmen mit den Einwanderungsbehörden ausgetauscht werden (Ziff. 33, 34 und 35).

¹⁹ Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz ECRI, Allgemeine politische Empfehlung Nr. 16 der ECRI, Über den Schutz irregulärer Migranten vor Diskriminierung, verabschiedet am 6. März 2016.

- 21 Wenn auch rechtlich nicht verbindlich, dienen die Empfehlungen doch als Hilfen bei der Auslegung und Konkretisierung von Normen des nationalen Rechts und geben dem Gesetzgeber die Leitlinien für grundrechtskonforme Regelungen vor.

V. Erkenntnisse und Überleitung

- 22 Die rechtliche Situation von Personen ohne gültigen Aufenthaltstitel ist *komplex*. Jene Sans-Papiers, die ihren Zustand als Erwachsene begründet haben, tragen eine erhebliche Selbstverantwortung für ihre Situation. Anders gestaltet sich die Lage für minderjährige Sans-Papiers, welche unverschuldet den Status ihrer Eltern mittragen. So oder anders haben Sans-Papiers keinen Rechtsanspruch auf Regularisierung ihrer Situation. Wie insbesondere der Europarat und die ECRI betonen, kommt ihnen aber ein Anspruch auf Schutz und Durchsetzung ihrer Grund- und Menschenrechte zu. Allerdings können sie diesen Anspruch in der Praxis nur mit dem Risiko einer Wegweisung einfordern und verzichten deshalb in der Regel auf die Geltendmachung von Rechtsverletzungen. Dieser *faktische Ausschluss vom Rechtsschutz* steht in einem Spannungsverhältnis zu den staatlichen Pflichten, welche sich aus den Grund- und Menschenrechten ergeben und welche alle Behörden und Akteure binden, die staatliche Aufgaben wahrnehmen (Art. 35 Abs. 1 BV).

D. Vorgehen

- 23 Die Teilnahme an einem Justizverfahren beinhaltet das Risiko der Wegweisung eines Sans-Papiers, wenn folgende Konstellation eintritt: Der fehlende Aufenthaltstitel wird *erstens* den verfahrensführenden Behörden bekannt, *zweitens* leiten diese die entsprechenden Informationen den zuständigen Ausländerbehörden weiter und *drittens* verfügen die Ausländerbehörden darauf die Wegweisung. Es gibt damit aus rechtlicher Sicht *drei Möglichkeiten*, Sans-Papiers den Zugang zur Justiz zu erleichtern und eine daran anschließende Wegweisung zu verhindern:
1. Im Verfahren werden *keine Daten* über den Aufenthaltsstatus *erhoben*.
 2. Die verfahrensführenden Behörden *leiten keine Daten* über den Aufenthaltsstatus an die Ausländerbehörden *weiter*.
 3. Die Ausländerbehörden *sehen* trotz Informationen über den ungültigen Aufenthaltstitel *von einer Wegweisung ab*.

- 24 Angesichts der Fragestellung primäres Ziel des vorliegenden Gutachtens ist es zu untersuchen, ob und unter welchen Bedingungen die Behörden von Stadt und Kanton Zürich entsprechende Daten erheben und weiterleiten dürfen und ob sie allenfalls von einer Wegweisung absehen können. Zu diesem Zweck werden die anwendbaren rechtlichen Bestimmungen identifiziert und deren Tragweite – insbesondere im Licht des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Justizzugang – bestimmt. Es sollen *rechtlich gebotene* oder zumindest *rechtlich zulässige Verhaltensweisen* und *Ermessensspielräume* identifiziert werden, die den Behörden ermöglichen, Sans-Papiers den Zugang zur Justiz zu gewähren, ohne dass diesen als Konsequenz eine Wegweisung droht. Dabei wird jeweils separat auf das Zivilverfahren, das Strafverfahren und das verwaltungsrechtliche Verfahren eingegangen.
- 25 Sans-Papiers, welche von der *Polizei* angehalten und kontrolliert werden, sind nicht in ihrem Recht auf Justizzugang berührt. Doch auch in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Aufenthaltsstatus erhoben und weitergegeben werden muss und ob die Ausländerbehörden gestützt darauf die Wegweisung verfügen dürfen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird diese Thematik deshalb in die nachfolgenden Ausführungen integriert.
- 26 Nachfolgend behandelt *Kapitel E* die Erhebung von Daten über den Aufenthaltsstatus, *Kapitel F* die Bekanntgabe der Daten an die Ausländerbehörden und *Kapitel G* Möglichkeiten der Ausländerbehörden, auf eine Wegweisung zu verzichten. In *Kapitel H* sollen gestützt auf die rechtliche Analyse konkrete Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt werden, wie der Justizzugang von Sans-Papiers in der Stadt und im Kanton Zürich verbessert werden könnte.

E. Erhebung von Daten über den Aufenthaltsstatus

I. Vorgaben des Datenschutzes und anwendbares Recht

- 27 Die Bundesverfassung gewährleistet in Art. 13 Abs. 2 das Recht auf Datenschutz (auch: informationelle Selbstbestimmung). Jede staatliche *Bearbeitung* (Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren und Weitergeben) von *eigenen, personenbezogenen Daten* greift in den sachlichen Schutzbereich dieses Grundrechts ein.²⁰ Je persönlichkeitsnäher die bearbeiteten Daten sind, desto höhere Anforderungen sind auch an die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs zu stellen.²¹ Generell muss ein Eingriff den Anforderungen von Art. 36 BV genügen,

²⁰ KIENER/KÄLIN, S. 177 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 170; BGE 122 I 360 E. 5a S. 362.

²¹ KIENER/KÄLIN, S. 177 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 170.

d.h. auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, einem anerkannten öffentlichen Interesse dienen und verhältnismässig sein sowie den Kerngehalt des Grundrechts wahren.

- 28 Art. 13 Abs. 2 BV wird durch die *Datenschutzgesetze* von Bund und Kantonen konkretisiert, welche in allgemeiner Weise die Voraussetzungen und das Verfahren bei der Bearbeitung von Personendaten regeln.²² Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) ist auf Datenbearbeitungen von *Bundesorganen* und *Privaten* anwendbar (Art. 2 Abs. 1 DSG). Die kantonalen Datenschutzgesetze gelten für *kantonale* und *kommunale* Behörden, auch wenn diese Bundesrecht vollziehen.²³ Im Kanton Zürich regelt das Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) die Bearbeitung von Personendaten. Es gilt grundsätzlich für die öffentlichen Organe (§ 2 Abs. 1 IDG), worunter alle kantonalen und kommunalen Organisationseinheiten, juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie weitere Träger von öffentlichen Aufgaben fallen (§ 3 IDG).²⁴ Für die *Gerichte*, d.h. für alle unabhängigen richterlichen Behörden²⁵, gilt das IDG nur, soweit sie *Verwaltungsaufgaben* erfüllen, nicht aber im Bereich der Rechtsprechung. Daten, die im Rahmen von *hängigen Gerichtsverfahren* bearbeitet werden, sind somit vom Geltungsbereich des IDG ausgeschlossen. Anwendbar sind die Bestimmungen der Verfahrensgesetze, nämlich der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) und Strafprozessordnung (StPO), des kantonalen Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation (GOG) sowie des kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG).²⁶
- 29 Weitere datenschutzrechtliche Bestimmungen finden sich in den bereichsspezifischen *Sachgesetzen* von Bund und Kantonen.²⁷ Von besonderem Interesse sind vorliegend – neben den bereits erwähnten Verfahrensgesetzen – die Bestimmungen zur Datenbearbeitung und -bekanntgabe in den anwendbaren *ausländerrechtlichen Erlassen*.

²² KIENER/KÄLIN, S. 178.

²³ BGE 122 I 153 E. 2d S. 156; BELSER, Datenschutzrecht, § 5 Rn. 48; BLECHTA, BSK DSG, Art. 3 N 46; DAVET, S. 61.

²⁴ RUDIN, Praxiskommentar IDG, § 3 N 2 ff.

²⁵ Vgl. BAERISWYL, Praxiskommentar IDG, § 2 N 4.

²⁶ BAERISWYL, Praxiskommentar IDG, § 2 N 4 ff.; vgl. auch TB DSB ZH 2009, S. 42.

²⁷ Beim Vollzug von Bundesrecht unterstehen die Kantone somit gleichzeitig bereichsspezifischen Datenschutzbestimmungen des Bundes und dem allgemeinen Datenschutzrecht des Kantons; Urteil des BGer 6B_4/2011 vom 28. November 2011, E. 2.5; BELSER/NOUREDDINE, Datenschutzrecht, § 7 Rn. 16; BLECHTA, BSK DSG, Art. 3 N 46.

II. Regelung in Justizverfahren und bei Polizeikontrollen

30 In einem Justizverfahren (unter Einschluss des Verfahrens auf Erlass einer Verfügung) müssen regelmässig die Personalien der Verfahrensbeteiligten bekannt sein. Es stellt sich die Frage, ob Justizbehörden auch Daten über den Aufenthaltsstatus erheben dürfen bzw. müssen. Diese Frage wird je nach Verfahrensart gesondert untersucht.

1. Zivilverfahren

a) Zuständige Behörden

31 Als Zivilgerichte amten im Kanton Zürich die Bezirksgerichte und das Obergericht (§ 3 Abs. 1 GOG). Schlichtungsbehörden gemäss ZPO sind im Kanton Zürich die Friedensrichterinnen und -richter, die Paritätischen Schlichtungsbehörden für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz sowie die Paritätischen Schlichtungsbehörden in Miet- und Pachtsachen (§ 52 GOG). Ebenfalls im Bereich des Zivilrechts tätig sind die Betreibungsämter im Sinne der Gesetzgebung über Schuldbetreibung und Konkurs.

b) Grundsätze der Datenerhebung

32 Die ZPO enthält keine Bestimmung, die eine Schlichtungsbehörde oder ein Gericht zur Erhebung des Aufenthaltsstatus einer an einem Prozess beteiligten Person verpflichtet. Grundsätzlich haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (*Verhandlungsgrundsatz*, Art. 55 Abs. 1 ZPO).²⁸ Gegenstand des Beweises sind *rechtserhebliche, streitige Tatsachen* (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Ist der ausländerrechtliche Status einer Person nicht als eine solche Tatsache zu qualifizieren oder wird in Verfahren, in denen der Verhandlungsgrundsatz gilt, kein entsprechender Beweisantrag gestellt, ist dessen Erhebung grundsätzlich unzulässig.

33 Das Privatrecht ist vom Prinzip der Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen geprägt. Die Staatsangehörigkeit resp. der Aufenthaltsstatus ist regelmässig kein sachlich begründetes Differenzierungskriterium, das eine Ungleichbehandlung im Privatrecht zu rechtfertigen vermag.²⁹ In den allermeisten Zivilverfahren dürfte deshalb der ausländerrechtliche Status für den Ausgang des Prozesses nicht erheblich sein. So spielt der ausländerrechtliche Status z.B. in einem Arbeitsprozess keine Rolle; ein Arbeitsvertrag verliert seine Gültigkeit nicht, weil kei-

²⁸ In einzelnen Rechtsbereichen gilt der eingeschränkte oder uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz, vgl. z.B. Art. 247 Abs. 2 und Art. 296 Abs. 1 ZPO.

²⁹ Dazu und zu den wenigen Ausnahmen SCHWANDER, Ausländerrecht, Rn. 2.1 ff.

ne Arbeitsbewilligung vorliegt.³⁰ In diesen Konstellationen besteht für die Zivilgerichte folglich auch kein Anlass, den Aufenthaltsstatus zu erheben.

- 34 Für Konstellationen, in denen nach Massgabe des Ausländerrechts eine *Meldepflicht* besteht (Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82 Abs. 1 Satz 1 sowie Abs. 3 bis 4 VZAE), stellt sich die Frage, ob daraus eine Pflicht zur *Erhebung* des ausländerrechtlichen Status der Parteien abzuleiten ist. Eine solche Pflicht besteht jedenfalls dann nicht, wenn das zu fällende *Urteil* keine ausländerrechtlichen Auswirkungen hat (siehe dazu und zum Spezialfall von Art. 82 Abs. 1 Satz 2 VZAE hinten F. I. 2.).

c) Erhebung von Personalien

- 35 Im Verfahren, insbesondere in Schlichtungsgesuchen, Klagebewilligungen, Klagen und Entscheiden sind die *Parteien* zu *bezeichnen* (Art. 202 Abs. 2, Art. 209 Abs. 2 Bst. a, Art. 221 Abs. 1 Bst. a, Art. 238 Bst. c, Art. 244 Abs. 1 Bst. a ZPO). Soweit die Parteien nicht gegenseitig ihre Identität bestreiten, dürften in der Regel keine weiteren Abklärungen zu den Personalien erforderlich sein.
- 36 *Zeuginnen und Zeugen* werden gemäss Art. 172 Bst. a ZPO zu ihren *Personalien* befragt. Was unter diesen Begriff fällt, bestimmt sich mit Blick auf den angestrebten *Zweck* der *Identifikation des Zeugen*. Die Personalien umfassen den Name, Vorname(n), das Geburtsdatum und den Wohnort, den Heimatort oder die Staatsangehörigkeit sowie – bei Geltendmachung von entsprechenden Zeugnisverweigerungsrechten – den Zivilstand oder den Beruf.³¹
- 37 Gemäss § 119 GOG können die Gerichte in hängigen Verfahren durch direkten elektronischen Zugriff bestimmte Personendaten³² von den kommunalen Einwohnerregistern erheben. Da Sans-Papiers definitionsgemäss nicht registriert sind, hätte eine solche Abfrage zur Folge, dass ihr Status offengelegt würde.

d) Recht auf Aussageverweigerung und Verweigerung der Mitwirkung

- 38 Parteien und Dritte sind im Zivilprozess zur *Mitwirkung* bei der Beweiserhebung verpflichtet und haben insbesondere als Partei oder Zeuge wahrheitsgemäss auszusagen und Urkunden herauszugeben (Art. 160 ZPO).

³⁰ BGE 114 II 279 E. 2 S. 280 ff.; KIENER/MEDICI, S. 143; NIDERÖST, Ausländerrecht, Rn. 9.62; CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHIEBER, S. 420.

³¹ GUYAN, BSK ZPO, Art. 172 N 2.

³² Name, Vorname, Geburtsdatum, Heimatort, Geschlecht, Zivilstand, Adresse, Beruf, Datum und Herkunftsort bei Zuzug sowie Datum und Zielort bei Wegzug (§ 119 GOG).

- Für *Dritte*, insbesondere Zeugen, sind die Mitwirkungspflichten echte, durchsetzbare *Rechtspflichten*.³³ Dritte können die Mitwirkung jedoch *verweigern*, wenn es um die Feststellung von Tatsachen geht, die sie oder eine ihnen nahestehende Person der Gefahr *strafrechtlicher Verfolgung* aussetzen würde (Art. 166 Abs. 1 Bst. b ZPO). Somit sind Sans-Papiers, selbst auf entsprechende Nachfrage hin, nicht gehalten, einen unrechtmässigen Aufenthalt offenzulegen.
- Für *Parteien* stellen die Mitwirkungspflichten bloss eine *prozessuale Obliegenheit* dar, deren Verletzung lediglich einen Rechtsverlust zur Folge haben kann, da eine unrechtmässige Verweigerung der Mitwirkung gemäss Art. 164 ZPO bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist.³⁴ Allerdings kommt den Parteien selbst dann kein Verweigerungsrecht zu, wenn sie sich selbst der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würden (Art. 163 Abs. 1 Bst. a ZPO *e contrario*).³⁵ Da im Zivilprozess der ausländerrechtliche Status der Parteien selten für den Prozessausgang bedeutend sein dürfte, wird die Verweigerung einer Mitwirkung in diesem Punkt regelmässig unschädlich sein.

39 Während nach dem Gesagten die Mitwirkung und damit auch eine Aussage in gewissen Fällen verweigert werden kann, sind *Falschaussagen* in jedem Fall unzulässig und strafbar (Art. 191 Abs. 2 ZPO, Art. 192 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 306 StGB, Art. 171 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 307 StGB).

e) *Fazit*

40 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Zivilgerichte den ausländerrechtlichen Status von Prozessbeteiligten *grundsätzlich nicht erheben dürfen*. Eine (in der Praxis wohl seltene) Ausnahme könnte nur dann greifen, wenn dies zur Erfüllung der Meldepflicht gemäss Ausländergesetzgebung erforderlich ist. In der Praxis kann es – insbesondere bei der Prüfung von Personalien – jedoch vorkommen, dass der Status ungewollt offengelegt wird, beispielsweise bei Verlangen des Ausländerausweises. Auch ist nicht auszuschliessen, dass andere Prozessbeteiligte Aussagen zum Aufenthaltsstatus machen und entsprechende Beweise vorlegen. Ob in diesen Fällen eine *Weiterleitungspflicht* besteht, wird weiter hinten untersucht (siehe dazu hinten F. I. – II.). Die Prozessbeteiligten sind berechtigt, bei Fragen zum Aufenthaltsstatus die Aussage und Mitwirkung zu verweigern; eine Falschaussage ist jedoch unzulässig.

³³ SCHMID, BSK ZPO, Art. 160 N 8.

³⁴ SCHMID, BSK ZPO, Art. 160 N 8.

³⁵ Mit Hinweisen auf kritische Lehrmeinungen SCHMID, BSK ZPO, Art. 163 N 5 f.

2. Strafverfahren

a) Zuständige Behörden

41 Zu den Strafverfolgungsbehörden zählen im Kanton Zürich die Polizei, die Staatsanwaltschaften, die Oberstaatsanwaltschaft, die Jugendanwaltschaften und die Oberjugendanwaltschaft sowie im Bereich des Übertretungsstrafrechts die Statthalterämter und die Gemeinden³⁶ (§ 86 Abs. 1 GOG). Als Strafgerichte amten die Bezirksgerichte und das Obergericht (§ 3 Abs. 1 GOG). Wenn im Folgenden von *Strafbehörden* gesprochen wird, sind sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Strafgerichte damit gemeint (vgl. Art. 12 und Art. 13 StPO). Ebenfalls im Bereich des Strafrechts tätig sind die Opferberatungsstellen im Sinne des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG) und des entsprechenden kantonalen Einführungsgesetzes (EG OHG).

b) Grundsätze der Datenerhebung

42 Die StPO enthält *keine* Verpflichtung zur Erhebung des Aufenthaltsstatus. Gemäss Art. 95 Abs. 1 StPO sind Personendaten *bei der betroffenen Person* oder für diese *erkennbar* zu beschaffen, wenn dadurch das Verfahren nicht gefährdet oder unverhältnismässig aufwendig wird. War die Beschaffung von Personendaten für die betroffene Person nicht erkennbar, so ist diese umgehend darüber zu informieren, sofern keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 95 Abs. 2 StPO).

43 Generell dürfen die Strafbehörden nur ausgehend von einem *Verdacht*, es sei eine Straftat begangen worden, Ermittlungs- und Untersuchungshandlungen aufnehmen (Art. 299 Abs. 2 StPO). Verlangt wird ein *Anfangsverdacht*; mithin „die auf konkreten Hinweisen beruhende Vermutung, es sei eine strafbare Handlung begangen worden“.³⁷ Der Verdacht muss sich noch nicht auf eine bestimmte Person beziehen; vielmehr genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit strafbaren Verhaltens, nicht jedoch eine bloss vage Vermutung.³⁸ Die Hautfarbe oder die vermutete ethnische oder religiöse Zugehörigkeit einer Person alleine genügen nicht, um einen Anfangsverdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt zu begründen (siehe dazu hinten E. II. 4.). Es ist zu beachten, dass strafprozessuale Erhebungen, die ohne Vorliegen des verlangten Tatver-

³⁶ Vgl. § 86 Abs. 1 Bst. b i.V.m. § 89 GOG i.V.m. der Verordnung über die Zuständigkeit der Gemeinden im Übertretungsstrafrecht vom 3. November 2010, LS 321.1.

³⁷ RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 299 N 15.

³⁸ RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 300 N 4 ff.

dachts vorgenommen werden und lediglich der *Begründung* eines solchen dienen, das Recht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde verletzen.³⁹

- 44 Ausgehend vom Anfangsverdacht klären die Strafverfolgungsbehörden von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person *bedeutsamen Tatsachen* ab (*Untersuchungsgrundsatz*, Art. 6 Abs. 1 StPO). Was zur Beurteilung einer konkreten Strafsache erforderlich ist, bestimmt sich nach den aufgrund des Tatverdachts einschlägigen Bestimmungen und hängt auch vom Verfahrensstand ab.⁴⁰ Die Strafbehörden sind nicht befugt, über *unerhebliche Tatsachen* Beweis zu führen (Art. 139 Abs. 1 StPO). Solange kein Verdacht auf Verletzung einer ausländerrechtlichen Strafbestimmung vorliegt und der ausländerrechtliche Status in einem Strafverfahren nicht in anderer Weise für die infrage stehende Entscheidung bedeutend ist⁴¹, ist dessen Erhebung somit *unzulässig*, da sie in unverhältnismässiger Weise in die Privatsphäre des Betroffenen eingreifen würde.⁴² Was für die beschuldigte Person gilt, muss umso mehr für Anzeige Erstattende, geschädigte Personen und Zeugen gelten.
- 45 Wie im Zivilprozess stellt sich die Frage, ob aus dem Umstand, dass eine ausländerrechtliche *Meldepflicht* besteht (Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82 Abs. 1 Satz 1 VZAE), eine Pflicht zur *Erhebung* des Aufenthaltsstatus von Verfahrensbeteiligten, insbesondere der beschuldigten Person, abzuleiten ist. Wiederum besteht eine solche Pflicht jedenfalls dann nicht, wenn das zu fällende *Urteil* keine ausländerrechtlichen Auswirkungen hat (siehe dazu und zum Spezialfall von Art. 82 Abs. 1 Satz 2 VZAE hinten F. I. 2.).
- 46 Gemäss Art. 301 Abs. 1 StPO ist *jede Person* und damit auch jede Person ohne gültigen Aufenthaltstitel berechtigt, Straftaten bei einer Strafverfolgungsbehörde schriftlich oder mündlich *anzuzeigen*. Informationen über den ausländerrechtlichen Status der betroffenen Person sind zu diesem Zweck nicht erforderlich, im Gegenteil könnte deren Erhebung eine Anzeige verhindern und stünde damit auch im Widerspruch zum öffentlichen Interesse an der Verfolgung von Straftaten. Zudem verlangt das strafprozessuale Legalitätsprinzip (Art. 7

³⁹ LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 299 N 26.

⁴⁰ RIEDO/FIOLKA, BSK StPO, Art. 6 N 67 ff.; WOHLERS, ZK StPO, Art. 6 N 6.

⁴¹ WOHLERS, ZK StPO, Art. 139 N 16; GLESS, BSK StPO, Art. 139 N 33.

⁴² Vgl. WOHLERS, ZK StPO, Art. 139 N 4.

StPO), dass grundsätzlich jede Strafanzeige entgegenzunehmen und zu bearbeiten ist.⁴³ Die Anzeige kann deshalb auch *anonym* oder *pseudonym* erstattet werden.⁴⁴

- 47 Das *Antragsrecht* steht *allen Personen* zu, die durch eine Tat verletzt worden sind, die nur auf Antrag strafbar ist (Art. 30 Abs. 1 Schweizerisches Strafgesetzbuch [StGB]). Es kann schriftlich oder mündlich ausgeübt werden (Art. 304 Abs. 1 StPO). Ein Strafantrag erfordert die Angabe der Identität, um insbesondere die Antragsberechtigung prüfen zu können.⁴⁵ Auch für die Konstituierung als *Privatklägerschaft* gemäss Art. 118 StPO muss die Identität bekannt sein. Die Strafbehörden haben in diesem Zusammenhang insbesondere auch die Rechte der beschuldigten Person (namentlich auf umfassende Sachverhaltsabklärung) zu wahren. Dies erfordert gegebenenfalls eine Interessenabwägung mit den Interessen von Sans-Papiers auf Wahrung ihrer Privatsphäre und ihres Rechts auf Justizzugang. Die Angabe des ausländerrechtlichen Aufenthaltsstatus darf jedenfalls solange nicht verlangt werden, als nicht zwingende Interessen der beschuldigten Person oder öffentliche Interessen an der Strafverfolgung diese verlangen.

c) Erhebung von Personalien

- 48 Im Verfahren, insbesondere in der Anklageschrift, in Urteilen und verfahrenserledigenden Entscheiden sind die beschuldigte Person, die geschädigte Person und die Privatklägerschaft zu *bezeichnen* (Art. 325 Abs. 1 Bst. d und e, Art. 326 Abs. 1 Bst. a, Art. 81 Abs. 2 Bst. c StPO). Polizeilich angehaltene und einzuvernehmende Personen werden nach ihren *Personalien* befragt. Es können Ausweispapiere verlangt resp. weitere Erhebungen zu ihrer Identität durchgeführt werden (Art. 215, Art. 143 Abs. 1 und 3 StPO).
- 49 Wie die Behörden im Zivilprozess haben sich auch die Strafbehörden beim Umfang der zu erhebenden Personalien am *Zweck der Identitätsfeststellung* zu orientieren.⁴⁶ § 119 GOG berechtigt auch die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte, Personendaten von den kommunalen Einwohnerregistern durch direkten elektronischen Zugriff abzufragen. Gemäss Art. 95 Abs. 1 StPO müssen die Personendaten jedoch zunächst bei der betroffenen Person selbst beschafft werden.

⁴³ LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 301 N 5; RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 301 N 14.

⁴⁴ RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 301 N 14; LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 301 N 8; SCHMID/JOSITSCH, Rn. 1209.

⁴⁵ RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 304 N 6.

⁴⁶ Vgl. dazu HÄRING, BSK StPO, Art. 143 N 6 und GODENZI, ZK StPO, Art. 143 N 21.

d) Recht auf Aussageverweigerung und Verweigerung der Mitwirkung

50 Die Privatklägerschaft ist zur *Aussage*, die geschädigte Person und Zeugen sind zur *wahrheitsgemässen Aussage* verpflichtet (Art. 180 Abs. 2, Art. 166 Abs. 1, Art. 163 Abs. 2 StPO). Diese Personen müssen sich jedoch nicht selbst derart belasten, dass sie *strafrechtlich verantwortlich* gemacht werden könnten – auch hier gilt ein Aussageverweigerungsrecht (Art. 180 Abs. 2, Art. 166 Abs. 1, Art. 169 Abs. 1 StPO). Dieses wirkt auch bei der Abklärung der *Personalien*.⁴⁷ Die beschuldigte Person muss sich generell nicht selbst belasten; sie hat namentlich ein umfassendes Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht, muss sich jedoch den gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen unterziehen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Die Prozessbeteiligten sind somit nicht verpflichtet, von sich aus oder auf Nachfrage hin ihren ungültigen Aufenthaltsstatus offenzulegen.

e) Fazit

51 Zusammenfassend sind die Strafbehörden zur Erhebung des Aufenthaltsstatus nur berechtigt, wenn ein *Anfangsverdacht* auf Begehung eines ausländerrechtlichen Delikts vorliegt, wenn die Information für den zu fällenden Entscheid aus anderen Gründen *erheblich* ist oder wenn eine ausländerrechtliche *Meldepflicht* dies verlangt. Die Strafbehörden haben im Verfahren weit gehende Befugnisse zur Abklärung der erforderlichen *Personalien* von Prozessbeteiligten, bei Erstattung einer *Strafanzeige* kann auf die Angabe der Identität des Anzeigers jedoch verzichtet werden. Im Falle einer Selbstbelastung sind die Prozessbeteiligten von Aussage- und Mitwirkungspflichten befreit. Geschädigte Personen und Zeugen dürfen jedoch nicht falsch aussagen.

3. Verwaltungsrechtliche Verfahren

a) Zuständige Behörden

52 Im Verfahren auf Erlass einer Verfügung sowie im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren sind, soweit keine abweichenden Vorschriften bestehen, die Verwaltungsbehörden der Gemeinden, der Bezirke und des Kantons sowie die jeweils bezeichneten Rekursinstanzen zuständig (§§ 4 und 19b VRG). Das Verwaltungsgericht amtiert als gerichtliche und letzte kantonale Instanz; wiederum bleiben abweichende gesetzliche Regelungen vorbehalten (§ 41 Abs. 1 VRG).

53 Sowohl die Stadt wie auch der Kanton Zürich verfügen über eine Ombudsperson (gemäss dem Wortlaut von Art. 39 GO: „die bzw. der Beauftragte in Beschwerdesachen“), die im

⁴⁷ HÄRING, BSK StPO, Art. 143 N 6a; GODENZI, ZK StPO, Art. 143 N 23.

Verkehr zwischen Bürgerinnen und Bürgern und der Verwaltung vermittelt. So kann sie gemäss den Vorschriften des VRG (§ 87 ff.) resp. der Gemeindeordnung der Stadt Zürich (Art. 39 GO) Rat erteilen, Besprechungen mit den Behörden anordnen und ihnen zuhanden schriftliche Empfehlungen abgeben.

b) Grundsätze der Datenerhebung

- 54 Im *nicht-gerichtlichen* *Verwaltungsverfahren* werden Datenbearbeitungen durch das kantonale IDG geregelt, es können aber auch sachbereichsspezifische Regeln gelten. Das Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) findet als allgemeines Verfahrensgesetz ergänzend Anwendung.
- 55 Eine Datenbearbeitung muss den datenschutzrechtlichen Grundprinzipien der Gesetzmässigkeit (§ 8 Abs. 1 IDG), der Verhältnismässigkeit (§ 8 Abs. 1 IDG), der Zweckbindung (§ 9 IDG), der Transparenz (§ 12 IDG), der Integrität (§ 7 Abs. 2 IDG) und der Sicherheit (§ 7 Abs. 1 IDG) genügen.⁴⁸ Ein öffentliches Organ darf Personendaten (nur) bearbeiten, soweit dies zur Erfüllung seiner gesetzlich umschriebenen Aufgaben geeignet und erforderlich ist (§ 8 Abs. 1 IDG). Als *gesetzliche Grundlage* genügt somit eine allgemeine Umschreibung der Aufgaben des betreffenden Organs, eine ausdrückliche Regelung der Datenbearbeitung ist nicht notwendig. Immerhin bedarf die Bearbeitung von besonderen Personendaten⁴⁹ einer hinreichend bestimmten Grundlage in einem formellen Gesetz (§ 8 Abs. 2 IDG). *Geeignet* und *erforderlich* ist die Datenbearbeitung dann, wenn sie nach objektiven Kriterien der unmittelbaren Aufgabenerfüllung dient, nicht einen darüber hinausgehenden Bedarf abdeckt und die Aufgabe nicht auch ohne die Daten erfüllt werden kann.⁵⁰ Die Datenbearbeitung muss zudem für den Betroffenen zumutbar sein, d.h. mit Blick auf den Bearbeitungszweck und die Persönlichkeitsbeeinträchtigung einer gesamthaften *Abwägung* aller betroffenen öffentlichen und privaten *Interessen* standhalten.⁵¹ Auch die Bearbeitung des *Aufenthaltsstatus* von betroffenen Personen muss somit zumindest aus der gesetzlichen Aufgabe der Behörde hervorgehen und verhältnismässig sein.

⁴⁸ BAERISWYL, Praxiskommentar IDG, § 8 N 1.

⁴⁹ Zu diesem Begriff § 3 IDG und RUDIN, Praxiskommentar IDG, § 3 N 25.

⁵⁰ BAERISWYL, Praxiskommentar IDG, § 8 N 8 f.; EPINEY, Datenschutzrecht, § 9 Rn. 27; MAURER-LAMBROU/STEINER, BSK DSG, Art. 4 N 11.

⁵¹ BGE 138 II 346 E. 9.2 S. 362; Botschaft DSG, S. 450; MAURER-LAMBROU/STEINER, BSK DSG, Art. 4 N 11; EPINEY, Datenschutzrecht, § 9 Rn. 27; ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 4 N 21; MUND, Kommentar AuG, Vorb. zu Art. 101-111, N 16 f.

56 Im *verwaltungsgerichtlichen Verfahren* hat das Verwaltungsgericht (nur) die zur Abklärung des Sachverhaltes *erforderlichen* Beweise zu erheben (§ 60 VRG). Sowohl im nicht-gerichtlichen als auch im gerichtlichen Verwaltungsverfahren erfolgt die Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen durch die zuständige Behörde (*Untersuchungsgrundsatz*), die am Verfahren Beteiligten haben jedoch *mitzuwirken* (§§ 7 und 60 VRG). Diese *Obliegenheit* der Beteiligten wird allerdings vom Prinzip der Verhältnismässigkeit begrenzt.⁵² Inwiefern das strafrechtliche *Selbstbelastungsverbot* auch im Verwaltungsverfahren gilt, ist umstritten.⁵³

4. Polizei

57 In der Stadt Zürich operieren die *Kantons-* und die *Stadtpolizei*, ihr jeweiliges Aufgabengebiet wird im kantonalen Polizeiorganisationsgesetz (POG, §§ 13 ff. und 21 ff.) ausgedehnt.

58 Die Erhebung von Daten durch die Polizei richtet sich im Rahmen der *Strafverfolgung*, d.h. bei der Aufklärung von Straftaten, nach der StPO, dem GOG und dem IDG (vgl. Art. 15 Abs. 1 StPO, § 2 Abs. 2 PolG). Im Bereich der anderen polizeilichen Aufgaben sind das kantonale Polizeigesetz (PolG) und das IDG anwendbar (vgl. § 51 PolG). Zu den genannten anderen Aufgaben zählen die Verhinderung und Erkennung von Straftaten im Rahmen von Vorermittlungen, die Erhöhung der Verkehrssicherheit und Verhütung von Unfällen im Strassenverkehr und auf öffentlichen Gewässern sowie die Abwehr von unmittelbar drohenden Gefahren und die Beseitigung entsprechender Störungen; dies gilt, solange nicht aufgrund eines Anfangsverdachts gemäss Art. 299 ff. StPO ein Strafverfahren eingeleitet wird (§§ 3 und 4 PolG).⁵⁴

59 Für die strafprozessuale, repressive Polizeitätigkeit kann auf die Ausführungen zum Strafverfahren verwiesen werden (siehe dazu vorne E. II. 2.). Gemäss Art. 215 StPO (polizeiliche Anhaltung) kann die Polizei im Interesse der Aufklärung einer Straftat eine Person anhalten und wenn nötig auf den Polizeiposten bringen, um ihre *Identität festzustellen*, sie kurz zu befragen, abzuklären, ob sie eine Straftat begangen hat oder ob nach ihr oder nach Gegenständen, die sich in ihrem Gewahrsam befinden, gefahndet wird. Die Polizei kann die angehaltene Person u.a. *verpflichten*, ihre Personalien anzugeben oder Ausweispapiere vorzulegen. Eine Anhaltung findet in der Frühphase des Strafverfahrens statt und bezweckt, die Identität

⁵² DONATSCH, Kommentar VRG, § 60 N 6 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 708.

⁵³ Vgl. dazu z.B. PLÜSS, Kommentar VRG, § 7 N 106; für Unzumutbarkeit der Mitwirkung im Falle einer Selbstbelastung KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 709.

⁵⁴ Vgl. zur Abgrenzung von polizeilichen Vorermittlungen und strafprozessuaem Ermittlungsverfahren LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 299 N 13 ff.

der angehaltenen Person zu überprüfen und festzustellen, ob nach den Umständen der konkreten Situation ein Zusammenhang der betreffenden Person mit Delikten als möglich erscheint. Ein konkreter Tatverdacht wird nicht vorausgesetzt.⁵⁵ Für die strafprozessuale Anhaltung muss jedoch ein *vager Verdacht* in Bezug auf eine *begangene Straftat*, nicht aber in Bezug auf die angehaltene Person selbst, bestehen.⁵⁶

- 60 Die Datenbearbeitung im Bereich der präventiven Polizeitätigkeit wird von §§ 51 ff. PolG und subsidiär vom IDG geregelt. Das PolG kennt eine der strafprozessualen Anhaltung ähnliche, nur schwierig von ihr zu unterscheidende Massnahme, die Personenkontrolle und Identitätsfeststellung gemäss § 21 PolG. Demnach darf die Polizei eine Person *anhalten*, deren *Identität feststellen* und abklären, ob nach ihr oder nach Fahrzeugen, anderen Gegenständen oder Tieren, die sie bei sich hat, gefahndet wird. Die angehaltene Person ist *verpflichtet*, Angaben zur Person zu machen, mitgeführte Ausweis- und Bewilligungspapiere vorzuzeigen und zu diesem Zweck Behältnisse und Fahrzeuge zu öffnen.
- 61 Sowohl die Personenkontrolle nach Art. 215 StPO als auch jene nach § 21 PolG greifen in das Recht auf persönliche Freiheit gemäss Art. 10 BV ein und werden deshalb durch das Erfordernis eines *öffentlichen Interesses* und das *Verhältnismässigkeitsprinzip* begrenzt. Eine Personenkontrolle muss sich mithin auf *sachliche Gründe* abstützen können und im konkreten Fall geeignet, erforderlich und zumutbar sein.⁵⁷ Das *öffentliche Interesse* bestimmt sich mit Blick auf die gesetzlich umschriebenen Aufgaben der Polizei, welche insbesondere den §§ 3 ff. PolG zu entnehmen sind.⁵⁸ Anhaltungen können gemäss Bundesgericht im Sinn der Verhältnismässigkeit *erforderlich* sein, wenn sich Auffälligkeiten hinsichtlich von Personen, Örtlichkeiten oder Umständen ergeben und ein entsprechendes polizeiliches Handeln gebieten. Es müssen objektive Gründe, besondere Umstände oder spezielle Verdachtselemente dazu Anlass geben oder diese rechtfertigen, beispielsweise eine verworrene Situation, die Anwesenheit in der Nähe eines Tatortes, eine Ähnlichkeit mit einer gesuchten Person und Verdachtselemente hinsichtlich einer Straftat. Ganz generell fordert das Bundesgericht von den

⁵⁵ BGE 139 IV 128 E. 1.2 S. 131; ALBERTINI/ARMBRUSTER, BSK StPO, Art. 215 N 6 f.

⁵⁶ WEDER, ZK StPO, Art. 215 N 2 und 8.

⁵⁷ BGE 136 I 87 E. 5.2 S. 101 f.; 109 Ia 146 E. 4b S. 149 ff.

⁵⁸ SKMR, Gutachten Personenkontrollen, S. 19 f.

Polizeiorganen Zurückhaltung und Respekt.⁵⁹ Eine grundlose, beliebige, aus persönlicher Neugierde erfolgende oder gar schikanöse Anhaltung ist nach der Gerichtspraxis unzulässig.⁶⁰

- 62 Zudem hat die Polizei bei einer Personenkontrolle das *Diskriminierungsverbot* (Art. 8 Abs. 2 BV) zu beachten. Die Tragweite dieser Achtungspflicht wurde in einem ausführlichen Gutachten zuhanden der Stadt Zürich konkretisiert.⁶¹ So kann die Hautfarbe oder die vermutete ethnische oder religiöse Zugehörigkeit als «alleinstehendes oder primäres bzw. ausschlaggebendes Merkmal für die Selektion einer Person» für eine Personenkontrolle nicht genügen. Vielmehr braucht es einen oder mehrere weitere, objektive Anhaltspunkte, die zusammengekommen und entsprechend gewichtet die Kontrolle einer spezifischen Person rechtfertigen.⁶² Personenkontrollen, die sich nicht auf konkrete Fahndungsbeschreibungen o.ä. stützen können, sollten mithin grundsätzlich verhaltens- und nicht merkmalszentriert erfolgen. Insbesondere genügt ein *Generalverdacht auf illegalen Aufenthalt* aufgrund des *äusseren Erscheinungsbildes* einer Person nicht, um eine Kontrolle zu rechtfertigen.⁶³
- 63 Die Polizei ist zwar aufgrund des Legalitätsprinzips, des strafprozessualen Verfolgungszwangs und des Gebots der Rechtsgleichheit zum Tätigwerden in ihrem Aufgabengebiet verpflichtet. Sie verfügt jedoch in den oben beschriebenen (verfassungs-)rechtlichen Schranken bei der Auswahl von Situationen und Personen für Polizeikontrollen über einen *Ermessensspielraum*. *Verpflichtet* zur Einleitung von Ermittlungen und insbesondere zur Überprüfung des Aufenthaltsstatus ist sie erst bei Vorliegen eines *Anfangsverdachts* auf illegalen Aufenthalt. Solange ein solcher nicht gegeben ist, kann sie – resp. *muss* sie im Sinne einer milderen Massnahme – die Identität von kontrollierten Personen so feststellen, dass der Aufenthaltsstatus nicht offengelegt werden muss. Gemäss Bundesgericht können je nach Situation auch rein *verbale* Angaben zur Person genügen.⁶⁴

⁵⁹ BGE 136 I 87 E. 5.2 S. 101 f.; 109 Ia 146 E. 4b S. 149 ff.

⁶⁰ BGE 136 I 87 E. 5.2 S. 101 f.; 109 Ia 146 E. 4b S. 149 ff.; ALBERTINI/ARMBRUSTER, BSK StPO, Art. 215 N 7; WEDER, ZK StPO, Art. 215 N 8.

⁶¹ SKMR, Gutachten Personenkontrollen, S. 1 ff.

⁶² SKMR, Gutachten Personenkontrollen, S. 21 f.

⁶³ SKMR, Gutachten Personenkontrollen, S. 23 f.

⁶⁴ BGE 109 Ia 146 E. 4b S. 149 ff.

III. Identifikation ohne Offenlegung des Aufenthaltsstatus

1. Allgemeines

- 64 Wie gesehen müssen die Behörden in zahlreichen Fällen die *Identität* einer verfahrensbeteiligten Person kennen, damit sie ihre gesetzlichen Aufgaben erfüllen können. Der Aufenthaltsstatus gehört zwar oftmals nicht zu den für die Aufgabenerfüllung erforderlichen Informationen und dürfte deshalb aus datenschutzrechtlicher Sicht auch nicht erhoben werden. Ein ungültiger Aufenthaltsstatus kann jedoch *ungewollt offengelegt* werden, wenn z.B. die Vorlage eines schweizerischen amtlichen Ausweises (ID, Pass, Führerschein oder eben Ausländerausweis) verlangt wird. Im Folgenden wird näher auf die Frage eingegangen, wie eine solche ungewollte Offenlegung verhindert werden kann.
- 65 Keine der vorne untersuchten Verfahrensbestimmungen verpflichtet die Behörden dazu, bei der Feststellung und Verifikation der Identität eine bestimmte Vorgehensweise zu wählen⁶⁵; insbesondere wird nicht die Überprüfung gerade des Ausländerausweises oder z.B. die Konsultation eines amtlichen Registers verlangt. So kann unter Umständen auch eine rein verbale Identifikation des Betroffenen ausreichend sein.⁶⁶ Für die Identitätsfeststellung von Zeugen im Zivilprozess kann genügen, wenn die Parteien anwesend sind und ihnen der Zeuge persönlich bekannt ist⁶⁷ oder sogar ausreichen, dass niemand dessen Identität bestreitet. Auch (allenfalls nicht mehr aktuelle) Ausweispapiere des Heimatstaats eines Sans-Papiers erfüllen den Identifikationszweck im Verfahren in der Regel. Ebenfalls in Frage käme unter Umständen die Einholung von Auskünften anderer Behörden. Eine neuere Idee ist die Identifikation mittels einer sogenannten *City Card*, darauf wird sogleich eingegangen.

2. City Card

- 66 Die Idee der City Card stammt u.a. aus New York und steht für einen *städtischen Identitätsausweis*, der unabhängig vom Aufenthaltsstatus vergeben wird. *Alle* Stadtbewohnerinnen und -bewohner, insbesondere auch Sans-Papiers, sollen sich damit gegenüber Behörden und privaten Dienstleistungserbringern ausweisen können, ohne ihren Aufenthaltsstatus oder andere aus Sicht des Diskriminierungsverbots sensible Merkmale offenlegen zu müssen. So kommen die Angehörigen potentiell benachteiligter Bevölkerungsgruppen in den *Genuss der gleichen Rechte* wie die restliche Stadtbevölkerung. Damit die City Card ihre Funktionen erfüllen

⁶⁵ Vgl. zum Zivilprozess GUYAN, BSK ZPO, Art. 172 N 3; zum Strafprozess HÄRING, BSK StPO, Art. 143 N 30; GODENZI, ZK StPO, Art. 143 N 21.

⁶⁶ So das Bundesgericht für Polizeikontrollen in BGE 109 Ia 146 E. 4b S. 149 ff.

⁶⁷ GUYAN, BSK ZPO, Art. 172 N 3.

kann, muss sie unter der Stadtbevölkerung möglichst breit genutzt werden, insbesondere auch durch Personen, die nicht zur oben definierten Zielgruppe gehören. Um eine entsprechend weite Verbreitung der City Card sicherzustellen, werden deshalb damit z.B. Ermässigungen für Eintritte in Kulturinstitutionen oder andere öffentliche Einrichtungen verbunden.⁶⁸ Die Wirkung einer City Card ist auf das städtische Hoheitsgebiet beschränkt.

- 67 Die Einführung einer solchen Identitätskarte in der Stadt Zürich müsste mit dem *übergeordneten Recht* des Kantons und des Bundes vereinbar sein. Für den Vollzug von Wegweisungen sind gemäss Art. 71 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) die Kantone (einschliesslich ihrer Gemeinden) verantwortlich⁶⁹, der Gesetzesvollzug wird vom Bundesrat beaufsichtigt (Art. 124 Abs. 1 AuG). Die Kantone haben innerhalb ihres Hoheitsgebiets die zuständigen Behörden zu bezeichnen (vgl. Art. 124 Abs. 2 AuG). Die Einführung einer städtischen City Card dürfte vor diesem Hintergrund nicht dazu führen, dass der Vollzug der Ausländergesetzgebung vereitelt wird.⁷⁰
- 68 Für die *Ausstellung* einer Zürcher City Card könnte ein anderer *Identitätsnachweis* der zukünftigen Karteninhaberin notwendig sein und damit allenfalls ein ungültiger Aufenthaltsstatus offengelegt werden. Es ist deshalb sicherzustellen, dass die ausstellende Behörde nicht unter die ausländerrechtlichen Melde- oder strafprozessualen Anzeigepflichten fällt (siehe dazu hinten F. I. – II.). Schliesslich ist festzuhalten, dass das Vorzeigen einer City Card in einem Justizverfahren oder anlässlich einer Polizeikontrolle – ähnlich wie das äussere Erscheinungsbild – grundsätzlich keinen Anfangsverdacht auf einen illegalen Aufenthalt begründet und deshalb keine Ermittlungs- oder Anzeigepflichten auslöst (siehe dazu vorne E. II. 2. b) und hinten F. II. 4.). Dies muss umso mehr gelten, wenn die City Card unter der Bevölkerung weit verbreitet ist.

⁶⁸ Vgl. dazu DALEY TAMARA C./LUNN LAUREL/HAMILTON JENNIFER/BERGMAN ARTIS/TAPPER DONNA, ID-NYC: A Tool of Empowerment, A Mixed-Methods Evaluation of the New York Municipal ID Program, 2016, <http://www1.nyc.gov/site/idnyc/about/idnyc-program-evaluation.page>; Verein Züri City Card, <https://www.zuericitycard.ch/projekt>; Verein Tour de Lorraine, antidot-inclu Nr. 26, Januar 2018, https://www.tourdelorraine.ch/fileadmin/dokumente/2018/1217_antidot_11_defBsm_links.pdf; alle zuletzt besucht am 23. Januar 2018.

⁶⁹ Vgl. TREMP, Kommentar AuG, Art. 64 N 7.

⁷⁰ Eine vertiefte Prüfung der Vereinbarkeit einer City Card mit dem übergeordneten Recht, insbesondere auch in anderen Rechtsbereichen als dem Ausländerrecht, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

F. Bekanntgabe von Daten über den Aufenthaltsstatus

69 Selbst wenn den Behörden (ausnahmsweise) erlaubt ist, den Aufenthaltsstatus eines Verfahrensbeteiligten zu erheben, ist damit noch nicht gesagt, dass sie die erhobenen Daten auch Dritten, insbesondere den Ausländerbehörden, bekanntgeben dürfen. In welchen Konstellationen dies zutrifft, ist im Folgenden zu untersuchen.

I. Ausländerrechtliche Meldepflichten

70 Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) sieht in Art. 97 AuG eine spezielle Regelung zur Amtshilfe und Datenbekanntgabe im Bereich des Ausländerrechts vor.

1. Art. 97 Abs. 2 AuG

71 Art. 97 Abs. 1 AuG bezieht sich auf das Verhältnis der mit dem Vollzug des *Ausländerrechts* betrauten Behörden untereinander. Der hier interessierende Art. 97 Abs. 2 AuG verpflichtet *andere* Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden dazu, die für den Vollzug des Gesetzes notwendigen Daten und Informationen auf Verlangen den Ausländerbehörden bekannt zu geben. Aufgrund der allgemein gehaltenen Formulierung sowie der fehlenden Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit verschiedenen Fallkonstellationen und Interessenlagen ist mit der Lehre davon auszugehen, dass das Gesetz lediglich eine *Pflicht zur Amtshilfe nach den hierfür geltenden allgemeinen Grundsätzen* verankert.⁷¹ Daten dürfen deshalb nur in einem *begründeten Einzelfall* und nur auf *Anfrage* weitergegeben werden.⁷² Gemäss dem Prinzip der *Verhältnismässigkeit* hat die übermittelnde Behörde also nicht nur die *Erforderlichkeit* der Datenbekanntgabe sorgfältig zu prüfen⁷³, sondern auch eine umfassende *Interessenabwägung* zwischen dem Interesse an der Durchsetzung des Ausländerrechts und den entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen vorzunehmen.⁷⁴ Spezialgesetzliche *Geheimhaltungspflichten*, die auch gegenüber Amtsstellen zur Anwendung kommen, gehen der Daten-

⁷¹ Vgl. DAVET, S. 62 f.; MUND, Kommentar AuG, Art. 97 N 9.

⁷² Botschaft AuG, S. 3823; MUND, Kommentar AuG, Art. 97 N 8 f.; THÜR, Kommentar Migrationsrecht, Art. 97 AuG N 2; BIGLER, Code annoté, Art. 97 N 7 f.

⁷³ THÜR, Kommentar Migrationsrecht, Art. 97 AuG N 2 spricht sich diesbezüglich für eine restriktive Auslegung aus; MUND, Kommentar AuG, Art. 97 N 10.

⁷⁴ DAVET, S. 63; BAERISWYL, Ausländerrecht, Rn. 13.75. Die Weisung VI. des SEM, S. 4, Ziff. 1.5.2; BIGLER, Code annoté, Art. 97 N 7 und 9, und MUND, Kommentar AuG, Art. 97 N 10, verlangen allgemein eine Prüfung der Verhältnismässigkeit.

bekanntgabe vor.⁷⁵ Zudem ist die Amtshilfe nicht zulässig, wenn es der ersuchenden Ausländerbehörde zumutbar ist, die erforderlichen Informationen direkt bei der betroffenen Person einzuholen.⁷⁶

72 Infolge dieser Interessenabwägung wird eine Meldung in verschiedenen Sachbereichen als *unzulässig* erachtet. So bestehen bei medizinischen Behandlungen (Art. 321 StGB)⁷⁷, im Bereich der Sozialversicherungen (Art. 33 ATSG, Art. 86 und 86a BVG)⁷⁸ und der Steuern (Art. 110 DBG)⁷⁹ spezialgesetzliche Geheimhaltungspflichten, die der ausländerrechtlichen Meldepflicht vorgehen. Gemäss Art. 12 Abs. 2 Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA) geben die Sozialversicherungsbehörden die Ergebnisse ihrer Kontrollen den Asyl- und Ausländerbehörden bekannt, wenn die betroffene Person ein Erwerbseinkommen erzielt hat, für das die Sozialversicherungsbeiträge *nicht* entrichtet wurden, und sich nicht sogleich ergibt, dass sich die betroffene Person rechtmässig in der Schweiz aufhält. Eine Meldung hat jedoch zu unterbleiben, wenn die Sozialversicherungsbeiträge *korrekt* abgeführt wurden.⁸⁰ Das Interesse an einem umfassenden Versicherungsschutz – auch für Sans-Papiers – wird damit höher gewichtet als das entgegenstehende ausländerrechtliche Interesse. Im Bereich der Schule überwiegt das Interesse an der Grundschulbildung das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des Ausländerrechts, weshalb eine Meldung von Schülerinnen und Schülern ohne Aufenthaltstitel an die Ausländerbehörden unzulässig ist.⁸¹

⁷⁵ Botschaft AuG, S. 3823; MUND, Kommentar AuG, Art. 97 N 12; THÜR, Kommentar Migrationsrecht, Art. 97 AuG N 4; BIGLER, Code annoté, Art. 97 N 7; vgl. auch Urteil des BGer 2A.692/2006 vom 1. Februar 2007, E. 4.2.2.

⁷⁶ Urteil des BGer 2C_171/2016 vom 25. August 2016, E. 3.2.1; BAERISWYL, Ausländerrecht, Rn. 13.70; MUND, Kommentar AuG, Art. 97 N 11; vgl. auch TB DSB ZH 1996, S. 15.

⁷⁷ M.w.H. DAVET, S. 70 ff.; PETRY, S. 266 ff.

⁷⁸ Für die Krankenversicherung ausdrücklich festgehalten in der Weisung des Bundesamts für Sozialversicherungen betreffend Versicherungspflicht der Sans-papiers, Kreisschreiben 02/10, 19. Dezember 2002; m.w.H. DAVET, S. 68; PETRY, S. 266 ff. Im Bereich der Arbeitslosenversicherung wurde die Schweigepflicht gegenüber den Ausländerbehörden eingeschränkt (siehe Art. 97a Abs. 1 Bst. b^{ter} AVIG und Art. 97 Abs. 3 Bst. e AuG).

⁷⁹ M.w.H. DAVET, S. 74.

⁸⁰ M.w.H. DAVET, S. 84 ff.; TB DSB ZH 2009, S. 41; vgl. auch Statusbericht Datenaustausch, S. 11 ff.

⁸¹ PETRY, S. 279; DAVET, S. 75 f.; PFENNINGER-HIRSCHI/HAFNER, Ausländerrecht, Rn. 24.38 ff. Eine entsprechende Ausnahme wird auch gemäss Art. 97 Abs. 3 Bst. d^{quater} AIG gelten, welcher Schulbehörden im Falle von Disziplinar massnahmen einer verschärften Meldepflicht unterstellt (Botschaft AIG, S. 2432 f.). Sie wurde in Art. 82c Abs. 2 VE-VZAE ausdrücklich geregelt (Erläuternder Bericht VZAE, S. 28).

2. Art. 97 Abs. 3 AuG

Eine im Verhältnis zu Art. 97 Abs. 2 AuG weiter gehende, spezifischer formulierte Meldepflicht enthält Art. 97 Abs. 3 AuG. Sie ist insbesondere in Gerichtsverfahren anwendbar. Ihre Tragweite wird in den nachfolgenden Ausführungen untersucht.

a) Inhalt und Konkretisierung auf Verordnungsstufe

73 Der als Delegationsnorm ausgestaltete Art. 97 Abs. 3 AuG hat folgenden Wortlaut:

Der Bundesrat bestimmt, welche Daten den Behörden nach Absatz 1 gemeldet werden müssen bei:

- a. der Eröffnung von Strafuntersuchungen;
- b. zivil- und strafrechtlichen Urteilen;
- c. Änderungen im Zusammenhang mit dem Zivilstand sowie bei einer Verweigerung der Eheschliessung;
- d. dem Bezug von Sozialhilfe;
- e. dem Bezug von Arbeitslosenentschädigung.

74 Die entsprechenden Auskünfte sind von den zuständigen Behörden *unaufgefordert*, d.h. ohne konkrete Anfrage im Einzelfall zu erteilen. Die Aufzählung der zu meldenden Daten ist *abschliessend*.⁸² Das Parlament hat diese Liste anlässlich der Teilrevision des AuG (neu „AIG“) erweitert.⁸³ Zukünftig werden auch der Bezug von Ergänzungsleistungen, Disziplinar massnahmen von Schulbehörden, Massnahmen von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden⁸⁴ sowie andere Entscheide, die auf einen besonderen Integrationsbedarf hindeuten, von der verschärften Meldepflicht erfasst.

75 Der Bundesrat hat Art. 97 Abs. 3 AuG in Art. 82 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) konkretisiert. Die vorliegend besonders relevanten Absätze 1 und 2 haben folgenden Wortlaut⁸⁵:

¹Die Polizei- und Gerichtsbehörden sowie die Strafuntersuchungsbehörden melden der kantonalen Ausländerbehörde (Art. 88 Abs. 1) unaufgefordert die Anhebung und die Einstellung von Strafuntersuchungen, Verhaftungen und Entlassungen sowie zivil- und strafrechtliche Urteile, soweit Ausländerinnen und Ausländer davon betroffen sind. Eine Meldung erfolgt zudem, wenn sich eine kontrollierte Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält.

⁸² Botschaft AuG, S. 2823; MUND, Kommentar AuG, Art. 97 N 13.

⁸³ Der revidierte Gesetzestext findet sich in AS 2017 6521.

⁸⁴ Diese werden bereits heute in Art. 82 Abs. 2 VZAE genannt.

⁸⁵ Gemäss Absatz 3 und 4 geben die beteiligten Behörden der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde im Zusammenhang mit einer Meldung nach Absatz 2 Tatsachen bekannt, die auf eine rechtsmissbräuchliche Eheschliessung oder Eintragung einer Partnerschaft zur Umgehung der Zulassungsvorschriften hindeuten.

²Die Zivilstands-, Vormundschafts- und Gerichtsbehörden melden der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde unaufgefordert und in jedem Fall Eheschliessungen, Verweigerungen der Eheschliessung, Ungültigerklärungen, Trennungen und Scheidungen von Ausländerinnen und Ausländern sowie vormundschaftliche Massnahmen.⁶⁶

b) *Tragweite von Art. 82 VZAE*

76 Zunächst ist festzustellen, dass der Verordnungstext verschiedene Behörden und Datenkategorien aufzählt, ohne jedoch nähere Ausführungen zu Umfang und Grenzen der Datenbekanntgabe zu machen.⁸⁶ So werden pauschal «zivil- und strafrechtliche Urteile» genannt, die zu meldenden Informationen jedoch nicht präzisiert. Weiter lässt die Formulierung «soweit Ausländerinnen und Ausländer davon betroffen sind» (Art. 82 Abs. 1 Satz 1 VZAE) offen, ob damit im Fall von strafrechtlichen Entscheiden nur die beschuldigte oder verurteilte Person oder auch die Strafantrag stellende Person, die Privatklägerschaft, Zeuginnen und Zeugen etc. gemeint sind. Der Bundesrat ist damit seinem Gesetzgebungsauftrag nur *ungenügend* nachgekommen. Die Bestimmung des Umfangs der zu meldenden Daten muss deshalb unter Beizug weiterer ausländerrechtlicher Bestimmungen erfolgen. Folglich sind nur Daten bekanntzugeben, die für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe der Ausländerbehörden *geeignet* und *erforderlich* sind.⁸⁷

77 Gemäss Art. 82 Abs. 1 Satz 2 VZAE erfolgt zusätzlich zu den in Satz 1 aufgeführten Tatbeständen immer dann eine Meldung an die Ausländerbehörden, wenn sich eine *kontrollierte Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält*. Es fällt auf, dass der *Wortlaut* von Art. 82 Abs. 1 VZAE, insbesondere Satz 2, über jenen von Art. 97 Abs. 3 AuG *hinausgeht*. Das AuG verlangt eine Meldung von Daten „bei der Eröffnung von Strafuntersuchungen“ sowie „bei zivil- und strafrechtlichen Urteilen“. Darunter dürften in erster Linie die strafrechtliche Eröffnungsverfügung (Art. 309 StPO) sowie zivil- und strafrechtliche, verfahrensabschliessende Urteile (Art. 236 ZPO, Art. 351 StPO), insbesondere deren Dispositiv, fallen. Nicht erfasst sind gemäss diesem Wortlaut die weiteren in Art. 82 Abs. 1 Satz 1 VZAE aufgeführten strafrechtlichen Verfügungen und Entscheide und andere im Verfahren bekannt gewordene Tatsachen, namentlich der *ungültige Aufenthaltstitel* einer verfahrensbeteiligten Person. Es stellt sich damit die Frage, ob Art. 82 Abs. 1 Satz 2 VZAE mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist.

⁸⁶ Vgl. DAVET, S. 64; PETRY, S. 211.

⁸⁷ Urteil des BGer 2C_471/2012 vom 18. Januar 2013, E. 3.1; Urteil des VGer ZH VB.2013.00464 vom 22. August 2013, E. 4.3; TB DSB ZH 2009, S. 40; TB DSB ZH 2007, S. 42; BAERISWYL, Ausländerrecht, Rn. 13.54.

- 78 Zum gleichen Ergebnis führt eine *teleologische* Auslegung der genannten Bestimmungen. Die meisten in Art. 97 Abs. 3 AuG aufgezählten Tatbestände betreffen die *gesetzlichen Voraussetzungen* von Aufenthaltstiteln und können sich somit *unmittelbar* auf ausländerrechtliche Rechte und Pflichten auswirken. So kann z.B. ein strafrechtliches Urteil das Erlöschen oder den Widerruf einer ausländerrechtlichen Bewilligung erwirken (Art. 61 Abs. 1 Bst. e und f AuG, Art. 62 Abs. 1 Bst. b AuG); bei Auflösung einer Ehe kann der Anspruch des Ehegatten und der Kinder auf eine Aufenthaltsbewilligung erlöschen, wenn nicht bestimmte Umstände vorliegen (Art. 50 AuG). Gemäss den Botschaften zu Einführung und Revisionen des AuG⁸⁸ *bezweckt* die Meldepflicht, dass die mit dem Vollzug des Ausländerrechts befassten Behörden von solchen Änderungen des ausländerrechtlich relevanten Sachverhalts erfahren, um Bewilligungen nötigenfalls anpassen zu können. Die den meldepflichtigen Behörden (z.B. Strafgericht) auferlegten Aufgaben (z.B. Meldung des Strafurteils) stehen nach dem Willen des Gesetzgebers also in einem Bezug zum Ausländerrecht.
- 79 Einen anderen Zweck verfolgt die Ausführungsbestimmung in Art. 82 Abs. 1 Satz 2 VZAE. Aufgrund des Verordnungstextes („Eine Meldung erfolgt zudem, wenn sich eine kontrollierte Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält“) scheint es zu genügen, dass die Behörde bei Ausübung ihrer Tätigkeit von einer Person ohne gültigen Aufenthaltstitel erfährt, ohne dass diese Tätigkeit *an sich*, z.B. das gefällte Urteil im Zivil- und Strafverfahren, irgendwie geartete *Auswirkungen* auf ausländerrechtliche Rechte und Pflichten hat. Die Behörde entdeckt also lediglich – mehr oder weniger zufällig – einen unabhängig von ihrer eigenen Tätigkeit *bereits bestehenden rechtswidrigen Zustand*. Damit werden die meldenden Behörden zu Hilfspersonen der Ausländerbehörden gemacht. Dies steht auch im Widerspruch zum datenschutzrechtlichen Prinzip der *Zweckbindung* der gesammelten Daten, wonach eine Datenbekanntgabe mit dem Zweck der ursprünglichen Beschaffung vereinbar sein (*Zweckkompatibilität*) oder – je persönlichkeitsnäher die Daten sind – diesem sogar entsprechen (*Zweckidentität*) muss.⁸⁹ Es kommen folglich erhebliche *Zweifel* auf, ob eine solch weitgehende, lediglich in der Verordnung statuierte Meldepflicht mit der übergeordneten Gesetzesbestimmung (Art. 97 Abs. 3 AuG) und deren Zwecksetzung vereinbar ist.⁹⁰ Wird die Bestimmung zusätzlich im Licht der

⁸⁸ Vgl. Botschaft AuG, S. 3823 («Daten, die für die Aufenthaltsregelung von zentraler Bedeutung sind»); Botschaft Revision AsylG, S. 4515 f.; Botschaft AIG, S. 2433; Zusatzbotschaft AIG, S. 2845.

⁸⁹ EHRENSPERGER, Handkommentar DSG, Art. 19 N 16 ff.; Urteil des BGer 2A.424/2000 vom 13. Februar 2001, E. 2d.

⁹⁰ Diese Zweifel werden dadurch verstärkt, dass sowohl die Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten als auch ein schwerer Eingriff in das Recht auf Justizzugang eine hinreichend bestimmte Grund-

Verfassung interpretiert, namentlich das Recht auf Zugang zur Justiz berücksichtigt, drängt sich zumindest eine *enge Auslegung* auf. Art. 82 Abs. 1 Satz 2 VZAE sollte deshalb höchstens dann zur Anwendung kommen, wenn die Datenerhebung aus Sicht der erhebenden (resp. gemäss dem Verordnungswortlaut «*kontrollierenden*») Behörde und ihren gesetzlichen Aufgaben rechtlich zulässig war (siehe dazu vorne E. II.).

c) *Pflicht zur Vornahme einer Interessenabwägung*

- 80 Weiter stellt sich die Frage, ob die Meldepflicht gemäss Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82, insbesondere Art. 82 Abs. 1 Satz 2 VZAE, *absolut* gilt und die Behörden zu einem *automatischen Datenaustausch* verpflichtet. Nach den allgemeinen Prinzipien der Datenbearbeitung hat eine Datenbekanntgabe verhältnismässig zu sein und muss insbesondere einer Interessenabwägung standhalten. Der Gesetzgeber kann jedoch bei Erlass einer *bereichsspezifischen* Datenschutzregelung bereits auf generell-abstrakter Ebene eine Interessenabwägung vornehmen, die abschliessend ist und den rechtsanwendenden Behörden im Einzelfall keinen Ermessensspielraum mehr lässt. Ob ein solcher Spielraum vorliegt oder nicht, ist durch Auslegung zu beantworten und eher zu verneinen, wenn eine Behörde zur Datenbekanntgabe *verpflichtet* ist.⁹¹ Die Tragweite der genannten Bestimmungen ist anhand der anerkannten Auslegungsmethoden zu ermitteln.⁹²
- 81 Der *Wortlaut* der Bestimmungen *verpflichtet* die aufgezählten Behörden zur Datenbekanntgabe und enthält keinerlei Hinweis darauf, dass eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Der *unbestimmte Wortlaut* des Gesetzes- und Verordnungstexts, welcher auch keine der Datenbekanntgabe entgegenstehenden Interessen benennt, spricht jedoch dafür, dass der übermittelnden Behörde im Einzelfall ein gewisser *Ermessensspielraum* und damit auch Raum für eine Interessenabwägung bleibt.⁹³
- 82 Gemäss der Botschaft zur Einführung des AuG zielt Art. 97 Abs. 3 auf Daten, die „für die Aufenthaltsregelung von zentraler Bedeutung sind“. Einschränkend erwähnt sie den Vorrang besonderer Geheimhaltungspflichten und führt aus, dass „geringfügige Bussen und einzelne Übertretungen sowie andere Vorkommnisse, die die Aufenthaltsregelung nicht beeinflussen“,

lage in einem Gesetz im formellen Sinn erfordern würden (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 2 DSG resp. Art. 36 Abs. 1 BV).

⁹¹ BGE 126 II 126 E. 5b S. 132 ff.; Urteil des BGer 8C_192/2008 vom 8. April 2009, E. 3.3; VPB 70.45, E. 4.4; VPB 68.84, E. II.2; WALDMANN/BICKEL, Datenschutzrecht, § 12 Rn. 92; EHRENSPERGER, Handkommentar DSG, Art. 19 N 20 und 62 f.; WERMELINGER, S. 191.

⁹² Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 90 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 177 ff.

⁹³ Vgl. PETRY, S. 212; DAVET, S. 63 f.

von der Meldepflicht ausgenommen würden.⁹⁴ Die Botschaft zum kommenden Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) hält in Bezug auf die Meldepflicht von Schulbehörden fest, dass Ausnahmen für die Kinder von Sans-Papiers vorzusehen seien und verlangt eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Rechts auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht.⁹⁵ In den eidgenössischen Räten wurde das Wort weder bei der Einführung⁹⁶ noch bei der Revision⁹⁷ der Bestimmung ergriffen. Eine *historische* Auslegung von Art. 97 Abs. 3 AuG spricht somit dafür, dass entgegenstehende Interessen, insbesondere bei geringer Auswirkung der Daten auf die Aufenthaltsregelung und bei Betroffenheit von grundrechtlich geschützten Ansprüchen, zu berücksichtigen sind. Die gesetzliche Regelung ist insofern *nicht abschliessend*.

- 83 Eine *systematische* Auslegung innerhalb der Ausländergesetzgebung liefert keine weiteren Anhaltspunkte. Aus Sicht einer *verfassungskonformen* Auslegung ist dem *Verhältnismässigkeitsprinzip* als allgemeines verfassungsrechtliches Prinzip und Einschränkungsvoraussetzung des Grundrechts auf Datenschutz Rechnung zu tragen. Dasselbe gilt für weitere *Grundsätze der Datenbearbeitung*, sofern sie die verfassungsrechtlichen Vorgaben, wie insbesondere das Recht auf Datenschutz, konkretisieren.⁹⁸ Zudem sind andere, der Datenbekanntgabe entgegenstehende verfassungsrechtlich geschützte Interessen, wie insbesondere das *Recht auf Justizzugang*, zu berücksichtigen. Von einer abschliessenden spezialgesetzlichen Regelung, welche keinen Raum für eine umfassende Interessenabwägung lässt, ist deshalb nur mit Zurückhaltung auszugehen.⁹⁹
- 84 Sodann ist eine *teleologische* Auslegung vorzunehmen. Wie gesehen bezweckt die Meldepflicht, dass die Ausländerbehörden von Entscheiden und Vorgängen erfahren, welche die Voraussetzungen von Aufenthaltstiteln betreffen. Einen Ausgleich verschiedener Interessen hat der Gesetzgeber in diesem Fall grundsätzlich schon bei der Normierung der Voraussetzungen für Erwerb und Verlust von Aufenthaltstiteln im AuG vorgenommen, entsprechend ist

⁹⁴ Botschaft AuG, S. 3823.

⁹⁵ Botschaft AIG, S. 2432 f.; vgl. auch Statusbericht Datenaustausch, S. 16 f.

⁹⁶ Der Antrag Wasserfallen wurde im Nationalrat diskussionslos abgelehnt, AB 2004 N 1134 und 1137; AB 2005 S 315.

⁹⁷ AB 2016 N 1325; AB 2016 S 973.

⁹⁸ BELSER/NOUREDDINE, Datenschutzrecht, § 8 Rn. 89 ff.; VPB 62.20, E. 3.3.

⁹⁹ WALDMANN/BICKEL, Datenschutzrecht, § 12 Rn. 92.

die Interessenabwägung teilweise bereits auf generell-abstrakter Ebene getroffen.¹⁰⁰ Allerdings haben jedoch weder Gesetz- noch Verordnungsgeber eine Abwägung der Interessen bei der *Meldung von Personen ohne gültigen Aufenthaltstitel* vorgenommen. Dieser Befund erstaunt. Eine Meldung kann zunächst die *eigene gesetzliche Aufgabe* der handelnden Behörde (an der ebenfalls ein öffentliches Interesse besteht) beeinträchtigen oder sogar verunmöglichen, z.B. weil die geschädigte Person keine Strafanzeige erstattet. Darüber hinaus kann sie auch *elementare, (grund-)rechtlich geschützte Ansprüche* der betroffenen Personen verkürzen, z.B. das Recht auf Justizzugang. Nach *Sinn und Zweck* von Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82 VZAE haben deshalb zumindest jene Behörden, die einen rechtswidrigen Aufenthalt feststellen, vor einer Meldung an die Ausländerbehörden eine *umfassende Interessenabwägung* vorzunehmen, bei der alle betroffenen öffentlichen und privaten Interessen berücksichtigt werden.

85 Im *Ergebnis* zeigt die Auslegung von Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82 VZAE, dass die Bestimmungen nicht zu einer automatischen Datenbekanntgabe verpflichtet, sondern eine vorgängige *Interessenabwägung* im Einzelfall verlangen. Dabei sind insbesondere die Bedeutung der zu meldenden Daten für die Aufenthaltsregelung sowie der Meldung entgegenstehende (grundrechtlich geschützte) Interessen zu beachten. Letzteres gilt in besonderem Masse, wenn die Meldung eine Person ohne gültigen Aufenthaltstitel betrifft. Dieser Befund wird durch die Lehre gestützt; demnach muss die betroffene Behörde vor jeder Datenbekanntgabe eine *umfassende Interessenabwägung* vornehmen und je nachdem im Einzelfall die Auskunft verweigern.¹⁰¹

d) Fazit

86 Im Rahmen der ausländerrechtlichen Gesetzgebung (Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82 Abs. 1 bis 4 VZAE) ist eine Meldung an die Ausländerbehörden nur zulässig, wenn die Daten erstens für den *ausländerrechtlichen Zweck geeignet* und *erforderlich* sind und zweitens die Bekanntgabe einer *umfassenden Interessenabwägung* standhält. Diese Prüfung ist bei der Meldung des rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 82 Abs. 1 Satz 2 VZAE) *besonders sorgfältig*

¹⁰⁰ Der Schwerpunkt der Prüfung dürfte folglich auf der Gewichtung der ausländerrechtlichen Relevanz der Daten, insbes. deren Eignung und Erforderlichkeit, liegen.

¹⁰¹ DAVET, S. 62 ff.; PETRY, S. 210 ff.; MUND, Kommentar AuG, Art. 97 N 14; BAERISWYL, Ausländerrecht, Rn. 13.54, ebenso der Zürcher Datenschutzbeauftragte, TB DSB ZH 2009, S. 40. Der EDÖB verlangte eine Interessenabwägung bei Art. 15 ANAV, der (anders formulierten) Vorgängerbestimmung von Art. 97 AuG; VPB 62.20, E. 3.2.

durchzuführen. Generell ist die Meldepflicht nach Art. 82 Abs. 1 Satz 2 VZAE *eng auszulegen*.

3. Anwendung der Meldepflichten in verschiedenen Verfahren

87 Nachfolgend wird für die verschiedenen Verfahrensarten separat analysiert, ob die verfahrensführenden Behörden der *einfachen* Meldepflicht gemäss Art. 97 Abs. 2 AuG oder der *strengen* Meldepflicht gemäss Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82 VZAE unterliegen. Sodann wird aufgezeigt, welche Kriterien bei der jeweils vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen sind.

a) Anwendbarkeit der Meldepflichten auf die verfahrensführenden Behörden

88 Die *Zivilgerichte*, insbesondere die in Zivilsachen amtierenden Bezirksgerichte und das Obergericht, unterliegen einer *strengen* Meldepflicht (Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82 Abs. 1 bis 4 VZAE). Sie haben ausländerrechtlich relevante Urteile sowie den Umstand, dass sich eine Person illegal in der Schweiz aufhält, in den vorne (siehe F. I. 2.) dargelegten Schranken zu melden. Die *Schlichtungsbehörden* unterliegen nicht der *strengen*, sondern der *einfachen* Meldepflicht (Art. 97 Abs. 2 AuG), da sie in Art. 82 Abs. 1 VZAE nicht aufgeführt werden. Sie haben Informationen, insbesondere betreffend einen rechtswidrigen Aufenthalt, nur in einem begründeten Einzelfall, auf Anfrage und nach Vornahme einer Interessenabwägung den Ausländerbehörden weiterzugeben. Dasselbe gilt für die *Betreibungsämter*.

89 Die *Strafverfolgungsbehörden* und *-gerichte* unterstehen der *strengen* Meldepflicht (Art. 97 Abs. 3 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 VZAE). Für Personen, die für eine *Opferberatungsstelle* arbeiten, gilt demgegenüber eine mit Strafe bewehrte, spezialgesetzliche *Schweigepflicht* (Art. 11 OHG); diese geht der Meldepflicht nach Art. 97 Abs. 2 AuG vor.

90 Die in Art. 82 Abs. 2 bis 6 VZAE genannten *Verwaltungsbehörden* (z.B. die Zivilstands- und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden oder die für die Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen zuständigen Behörden) unterstehen in Bezug auf die in der Bestimmung umschriebenen Daten der *strengen* Meldepflicht gemäss Art. 97 Abs. 3 AuG. Bezüglich des Umstands, dass sich eine Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält, gilt jedoch lediglich die *einfache* Meldepflicht gemäss Art. 97 Abs. 2 AuG, da die Absätze 2 bis 6 von Art. 82 VZAE nicht wie Absatz 1 eine spezielle Meldepflicht bezüglich Sans-Papiers enthalten. Ebenfalls nur der *einfachen* Meldepflicht untersteht das *Verwaltungsgericht*.

91 Eine spezialgesetzliche Schweigepflicht gilt für die *kantonale Ombudsperson* (§ 94a Abs. 1 VRG). Diese entfällt, wenn die betroffene Person einverstanden ist oder schwerwiegende öf-

fentliche oder private Interessen überwiegen, die eine Weitergabe von Informationen rechtfertigen (§ 94a Abs. 2 VRG). Die *städtische Ombudsperson* ist ausdrücklich zur Wahrung des Amtsgeheimnisses verpflichtet, soweit es schutzwürdige öffentliche oder private Interessen gebieten (Art. 39 Abs. 3 GO). Die spezialgesetzlich festgehaltenen Schweigepflichten der Ombudspersonen gehen der Meldepflicht nach Art. 97 Abs. 2 AuG vor.

- 92 Die *Stadt-* und die *Kantonspolizei* unterliegen der strengen Meldepflicht gemäss Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82 Abs. 1 VZAE, diese gilt auch in Bezug auf den Aufenthaltsstatus von Sans-Papiers.
- 93 Teilweise führen Gerichte oder Behörden z.B. beim Einlass von Personen zu einer Verhandlung *Sicherheitskontrollen* durch, bei denen auch Ausweise vorgelegt werden müssen. Sofern dabei ein ungültiger Aufenthaltsstatus offengelegt wird, fällt dieser nach der hier vertretenen Auffassung *nicht* unter die strenge Meldepflicht gemäss Art. 97 Abs. 3 AuG. Denn bei Sicherheitskontrollen handelt es sich um eine rein administrative Tätigkeit, welche nicht Teil des z.B. folgenden Zivil- oder Strafverfahrens ist und damit nicht vom Wortlaut von Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82 VZAE erfasst wird.

b) *Interessenabwägung*

- 94 Wie gesehen erfordern sowohl Art. 97 Abs. 2 als auch Art. 97 Abs. 3 AuG die Vornahme einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall. Im Folgenden wird erörtert, welche *öffentlichen* und *privaten* Interessen zu berücksichtigen sind, wenn Justizbehörden gemäss Art. 97 Abs. 2 und 3 AuG von einem Verfahren betroffene Sans-Papiers melden.
- 95 Auf der einen Seite ist das *öffentliche Interesse* an der Regulierung des Aufenthalts von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, an der Durchsetzung der entsprechenden ausländerrechtlichen Bestimmungen und damit das Interesse an der Wegweisung von Personen ohne gültigen Aufenthaltstitel zu beachten. Dieses öffentliche Interesse ist *bedeutend*, was auch in der restriktiven Formulierung von Art. 97 AuG i.V.m. Art. 82 VZAE zum Ausdruck kommt. Allerdings wurde es vom Bundesgericht im Rahmen des Familiennachzugs *relativiert*; demnach vermag der Verstoss einzig gegen ausländerrechtliche (und nicht andere) Strafbestimmungen, die im Zusammenhang mit dem illegalen Aufenthalt einer ausländischen Person stehen, die öffentliche Ordnung und Sicherheit nicht stark zu gefährden.¹⁰² Dagegen dürfte eine Meldepflicht eher zu bejahen sein, wenn der zu meldende Sachverhalt auch bei Vorliegen eines *gültigen* Aufenthaltstitels zu *negativen ausländerrechtlichen Konsequenzen*,

¹⁰² BGE 136 I 285 E. 5.3 S. 288 f.; Urteil des BGer 2C_227/2011 vom 25. August 2011, E. 3.2; PETRY, S. 212.

insbesondere zum Verlust des Aufenthaltstitels, führen würde. Diesfalls wiegt das ausländerrechtliche Interesse besonders schwer. Zudem läge ein Wertungswiderspruch vor, wenn ein Sans-Papiers nicht ausgewiesen würde in einem Fall, in dem eine aufenthaltsberechtigte Ausländerin ihr Anwesenheitsrecht verlöre.

- 96 Ein öffentliches Interesse besteht auch an der Einhaltung und Durchsetzung der weiteren Rechtsordnung, z.B. des Arbeitsrechts, des Persönlichkeitsschutzes oder des Integritätsschutzes. Dieses Interesse ist gleich wie das private Interesse eines Sans-Papiers am Zugang zur Justiz und an der effektiven Durchsetzung seiner (Grund-)Rechte in die Abwägung aufzunehmen. Die angesprochenen öffentlichen und privaten Interessen wiegen je nach betroffenen Rechtsgütern unterschiedlich schwer. So hat sowohl der Einzelne als auch die Allgemeinheit ein gewichtiges Interesse an der Verfolgung von Straftätern und dem damit einhergehenden Schutz von Leib und Leben und der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Auch an der Sicherstellung von fairen Arbeitsbedingungen einschliesslich der Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping besteht ein gewichtiges Interesse.¹⁰³ Für ein erhöhtes Interesse an der verfahrensrechtlichen Durchsetzung eines Anspruchs ins Feld zu führen sind dessen *grund- und menschenrechtliche* Relevanz und *Persönlichkeitsnähe*, die Regelung in *zwingenden* (insb. im Interesse des Sozialschutzes erlassenen) Bestimmungen, das Vorliegen eines staatlichen *Strafanspruchs* sowie die Anwendbarkeit des *Offizial- und Untersuchungsgrundsatzes*.
- 97 Beschuldigte im Strafverfahren oder polizeilich angehaltene Personen sind nicht in ihrem Recht auf Justizzugang berührt. In der Interessenabwägung sind jedoch immerhin *andere betroffene Grundrechte*, insbesondere das Recht auf Datenschutz und auf persönliche Freiheit, zu beachten.
- 98 Schliesslich haben *obere Instanzen* eine Meldung an die Ausländerbehörden zu unterlassen, wenn im Verfahren vor der unteren Instanz aufgrund einer Interessenabwägung bereits eine Ausnahme von der Meldepflicht galt. So wäre es widersprüchlich, wenn in Bereichen, wo den Verwaltungsbehörden die Weiterleitung verboten ist, die Rekursinstanzen oder das Verwaltungsgericht eine entsprechende Meldung erstatten dürften. Das Verbot der Weiterleitung würde unterlaufen, wenn z.B. erwerbstätige Sans-Papiers ihren Anspruch auf Abführung von Sozialbeiträgen durch den Arbeitgeber aufgrund einer drohenden Meldung durch die Justizbehörden nicht durchsetzen könnten.

¹⁰³ So hat das Bundesgericht entschieden, dass ein Arbeitgeber auch gegenüber einem ausländischen Arbeitnehmer, der keine Arbeitsbewilligung besitzt, zur Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen verpflichtet ist. Dies folgt aus Art. 9 aBVO, der zur Verhinderung von Lohndumping und zum Schutz von ausländischen Arbeitnehmerinnen erlassen wurde; BGE 122 III 110 E. 4 S. 111 ff.

II. Anzeigepflichten in Bezug auf Straftaten

1. Allgemeines

- 99 Neben der Meldepflicht im Ausländerrecht existieren auch im Strafprozessrecht spezielle Bestimmungen zur Datenbekanntgabe, die sogenannten *Anzeigepflichten*. Gegenstand einer verlangten Anzeige sind *Straftaten*, Adressaten die *Strafbehörden*. Die Anzeigepflicht gründet im Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) und im Prinzip der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV). Aus diesen Prinzipien wird für die Strafbehörden der *Verfolgungszwang* abgeleitet. Sie sind deshalb verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden (Art. 7 Abs. 1 StPO).¹⁰⁴
- 100 Gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG ist der *rechtswidrige Aufenthalt* in der Schweiz als Vergehen¹⁰⁵ *strafbar*. Er wird somit nicht nur von den Meldepflichten nach AuG erfasst, sondern auch von der *Pflicht zur Anzeige von Straftaten* gegenüber den Strafbehörden.¹⁰⁶

2. Rechtsgrundlagen für die Anzeigepflicht und Kreis der Pflichtigen

- 101 Art. 302 Abs. 1 StPO verpflichtet die Strafbehörden, alle Straftaten, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der zuständigen Behörde anzuzeigen, soweit sie für die Verfolgung nicht selber zuständig sind. *Strafbehörden* im Sinne von Art. 302 Abs. 1 StPO sind die *Strafverfolgungsbehörden* (Art. 12 und 15 ff. StPO) und die *Strafgerichte* (Art. 13 und 18 ff. StPO).¹⁰⁷
- 102 Art. 302 Abs. 2 StPO überlässt es Bund und Kantonen, die Anzeigepflicht der *Mitglieder anderer Behörden* zu regeln. Im Kanton Zürich verpflichtet § 167 Abs. 1 GOG *Behörden und Angestellte des Kantons und der Gemeinden*, strafbare Handlungen, die sie bei Ausübung ihrer Amtstätigkeit wahrgenommen haben, anzuzeigen. Die Anzeigepflicht trifft somit auch im Bereich der Justiz tätige Behörden.¹⁰⁸ Das Stadtzürcher Gemeinderecht hingegen *berechtigt* die städtischen Angestellten lediglich zur Anzeige, verpflichtet sie jedoch zur Meldung an eine übergeordnete Stelle, die auf eine Anzeige *verzichten* kann, dies aber zuhanden des Mel-

¹⁰⁴ HAGENSTEIN, BSK StPO, Art. 302 N 20; HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § 167 N 2.

¹⁰⁵ Art. 115 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 10 Abs. 3 StGB.

¹⁰⁶ HAGENSTEIN, BSK StPO, Art. 302 N 20, zur Abgrenzung von Melde- und Anzeigepflichten siehe Art. 302 N 6.

¹⁰⁷ HAGENSTEIN, BSK StPO, Art. 302 N 12 und 15.

¹⁰⁸ Vgl. HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § 167 N 5 ff.

denden und der Akten summarisch zu begründen hat (Art. 78 Verordnung Personalrecht i.V.m. Art. 152 AB PR).

- 103 Da es sich beim Ausländerrecht um Bundesverwaltungsrecht handelt, ist zusätzlich auch Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) anwendbar. Demnach sind die Bundesverwaltung und die Polizei der Kantone und Gemeinden zur Anzeige von strafbaren Widerhandlungen gegen ein Verwaltungsgesetz des Bundes gegenüber der beteiligten Verwaltung verpflichtet. Da die Polizei bereits von Art. 302 Abs. 1 StPO erfasst wird, wird damit der Kreis der Anzeigepflichtigen auf kantonaler Ebene nicht erweitert.
- 104 Bei Kollegialbehörden ist formal das *Kollegium* zur Anzeige verpflichtet.¹⁰⁹ Mitglieder erfüllen ihre Anzeigepflicht durch Mitteilung an das Kollegium, untergeordnete Angestellte durch Meldung an die *hierarchisch übergeordnete Stelle*.¹¹⁰

3. Feststellung bei „amtlicher Tätigkeit“

- 105 Die Anzeigepflichten nach StPO, VStrR und GOG beziehen sich nur auf Straftaten, die innerhalb der amtlichen Tätigkeit erkannt werden. Die amtliche Tätigkeit umfasst alle Verrichtungen, welche in Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfolgen.¹¹¹ Delikte, welche im *privaten Bereich* wahrgenommen wurden, sind nicht anzeigepflichtig.¹¹² Eine Ausnahme gilt für Angehörige der Polizei, die auch tätig werden müssen, wenn sie in der dienstfreien Zeit eine *schwere Straftat* oder eine *erhebliche Gefährdung von Rechtsgütern* feststellen (§ 46 Abs. 2 PolG); der blosse rechtswidrige Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG zählt als mit maximal einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bedrohtes Vergehen nicht zu diesen Delikten.

4. Tatverdacht

- 106 Sowohl Art. 302 StPO als auch Art. 19 VStrR und § 167 GOG verlangen das Vorliegen eines *Tatverdachts*, präzisieren aber nicht, von welcher *Intensität* dieser sein muss.
- 107 Die *Strafverfolgungsbehörden* unterliegen dem Verfolgungszwang (Art. 7 StPO) und haben bei Vorliegen eines Anfangsverdachts Ermittlungs- und Untersuchungshandlungen aufzunehmen (siehe dazu vorne E. II. 2. b)). Sie werden deshalb auch *anzeigepflichtig*, sobald ein

¹⁰⁹ HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § 167 N 10; HAGENSTEIN, BSK StPO, Art. 302 N 11.

¹¹⁰ HAUSER/SchWeri/LIEBER, § 167 N 10.

¹¹¹ BGE 135 IV 198 E. 3.3 S. 201; HAGENSTEIN, BSK StPO, Art. 302 N 28; LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 302 N 7.

¹¹² HAGENSTEIN, BSK StPO, Art. 302 N 29; LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 302 N 8.

Anfangsverdacht vorliegt.¹¹³ Für die Anzeigepflicht von *Strafgerichten* wird die Schwelle hingegen erst bei einem *qualifizierten Tatverdacht* angesetzt.¹¹⁴ Ein solcher liegt vor, wenn ein aufgrund bestimmter Tatsachen konkreter und erheblicher Verdacht besteht, dass eine Straftat begangen worden sein dürfte.¹¹⁵

- 108 Die von § 167 GOG erfassten Justizbehörden sind nicht mit der Aufdeckung und Verhinderung von Straftaten beauftragt und unterstehen auch nicht dem Verfolgungszwang gemäss Art. 7 StPO. Folglich ist auch für sie die Auslösung der Anzeigepflicht erst bei Vorliegen eines *qualifizierten Tatverdachts* zu bejahen.¹¹⁶
- 109 Schliesslich ist festzuhalten, dass der anzeigepflichtigen Person oder Behörde beim Entscheid über eine Anzeige ein gewisses *Ermessen* zukommt. Mit Blick auf die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot (Art. 8 Abs. 1, Art. 9 BV) muss jedoch bei allen Betroffenen derselbe Massstab angelegt werden.¹¹⁷

5. Ausnahmen

- 110 Sowohl die Anzeigepflicht nach Art. 302 StPO als auch jene nach § 167 GOG entfällt für Personen, die nach den Art. 113 Abs. 1, 168, 169 und 180 Abs. 1 StPO zur *Aussage- oder Zeugnisverweigerung* berechtigt sind (Art. 302 Abs. 3 StPO).¹¹⁸ Eine Ausnahme von der Anzeigepflicht gemäss § 167 GOG besteht sodann für Personen, die im Rahmen ihrer Tätigkeit ein *Geheimnis* wahrgenommen haben, das sie gemäss Art. 321 StGB wahren müssen¹¹⁹ sowie für Personen, deren berufliche Aufgabe ein *persönliches Vertrauensverhältnis* zu Beteiligten oder deren Angehörigen voraussetzt (§ 167 Abs. 1 Satz 2 GOG). Sodann behält § 167 Abs. 2 GOG Anzeigepflichten und -rechte sowie Befreiungen von der Anzeigepflicht für Behörden, Angestellte und Private gemäss anderen Erlassen des Bundes und des Kantons vor.

¹¹³ M.w.H. LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 302 N 10; HAGENSTEIN, BSK StPO, Art. 302 N 27; SCHMID/JOSITSCH, Rn. 1211. Als Begründung führt HAGENSTEIN an, dass damit für die Anzeigepflicht derselbe Verdachtsgrad verlangt werde, der vorausgesetzt sei, damit die Strafverfolgungsbehörden aufgrund einer Selbst- oder Drittanzeige tätig würden. Die Voraussetzung einer höheren Verdachtsintensität würde bereits vor der Überweisung an die Staatsanwaltschaft oder das Gericht zu einer faktischen Anwendung des Opportunitätsprinzips führen. Schliesslich müsse ein Anfangsverdacht auch deshalb genügen, weil ein Mitglied der Strafbehörden im Vergleich mit einer Privatperson ohnehin tendenziell höhere Ansprüche an den Tatverdacht stelle.

¹¹⁴ LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 302 N 11; a.M. wohl HAGENSTEIN, BSK StPO, Art. 302 N 27.

¹¹⁵ SCHMID, Kommentar StPO ZH, § 21 N 20.

¹¹⁶ So auch SCHMID, Kommentar StPO ZH, § 21 N 20 zum früheren, inhaltlich sehr ähnlichen § 21 StPO ZH.

¹¹⁷ LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 302 N 12; SCHMID, Kommentar StPO ZH, § 21 N 20.

¹¹⁸ M.w.H. HAGENSTEIN, BSK StPO, Art. 302 N 32 f.; LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 302 N 17 ff.

¹¹⁹ HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § 167 N 11; SCHMID, Kommentar StPO ZH, § 21 N 10.

6. Anwendung der Anzeigepflichten in verschiedenen Verfahren

- 111 Es stellt sich die Frage, ob die im *Bereich der Justiz tätigen Behörden* anzeigepflichtig werden, wenn sie von einer Person ohne gültigen Aufenthaltstitel erfahren.
- 112 Für die von Art. 302 Abs. 1 StPO erfassten *Strafverfolgungsbehörden* und *Strafgerichte* ist dies gemäss den soeben dargelegten Grundsätzen zu *bejahen*.
- 113 Das Personal der *kantonalen Opferhilfestelle* ist gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift von der Anzeigepflicht nach § 167 GOG *ausgenommen* (§ 8 Abs. 3 EG OHG). Demgegenüber wird die *kantonale Ombudsperson* der Anzeigepflicht explizit *unterstellt* (§ 94a Abs. 1 VRG).
- 114 Besteht eine gesetzliche Anzeigepflicht gemäss GOG, gelten dieselben *verfassungsrechtlichen Bedenken* wie schon bei der ausländerrechtlichen Meldepflicht angebracht (siehe dazu vorne F. I. 2.). So wollen PETRY und REY die *Angestellten der Judikative*, insbesondere der *Zivil- und Verwaltungsjustiz*, von der ebenfalls allgemein formulierten Anzeigepflicht des Kantons Genf ausnehmen.¹²⁰ Zur Begründung führt REY an, dass die generelle Verpflichtung von Justizangestellten, am Prozess beteiligte Parteien, Zeugen oder Dritte zu denunzieren, die Aufgabenerfüllung der Justiz stark behindern, der Pflicht zur Zeugenaussage schaden und insbesondere auf unzulässige Weise das *Recht auf effektiven Zugang zur Justiz* beeinträchtigen würde.¹²¹ Diese Lösung dränge sich umso mehr auf, als die Angestellten der Justizbehörden immer noch unter Anwendung ihres *eigenen Ermessens* zu einer Anzeige *berechtigt* wären und die Anzeigepflicht als Ausnahme vom Amtsgeheimnis *restriktiv auszulegen* sei.¹²² Dieser Sichtweise ist mit Blick auf die Verfahrensgrundrechte und auf das gute Funktionieren der Justiz zuzustimmen. Als weiteres Argument könnte im Bereich der Sans-Papiers angefügt werden, dass die kantonale Anzeigepflicht gemäss GOG zumindest nicht weitergehen dürfte als die bundesrechtlich geregelte Meldepflicht gemäss AuG. Denn auch wenn sich eine Datenbekanntgabe gemäss diesen Bestimmungen an einen jeweils anderen Adressaten richtet, führt sie letztlich doch zur gleichen Rechtsfolge, nämlich der Wegweisung der betroffenen Personen.¹²³ Vor diesem Hintergrund würde die Bejahung einer weiter gehenden kantonalen Anzeigepflicht zum Widerspruch mit der bundesrechtlichen Meldepflicht führen.

¹²⁰ PETRY, S. 124; REY, Art. 11 N 1.1.

¹²¹ Als eines von zwei Beispielen nennt er eine arbeitsrechtliche Klage eines Sans-Papiers.

¹²² REY, Art. 11 N 1.1.

¹²³ Im Normalfall dürften die Ausländerbehörden Strafanzeige erstatten, umgekehrt wären die Strafbehörden bei einer Verurteilung gehalten, die Ausländerbehörden zu informieren (Art. 97 Abs. 3 AuG).

115 Im *Ergebnis* sollten *u.E.* die Angestellten der Judikative, mit Ausnahme jener der Strafbehörden im Sinne von Art. 302 Abs. 1 StPO, beim Entscheid über die Anzeige eines rechtswidrigen Aufenthalts zumindest über einen *weiten Ermessensspielraum* verfügen und insbesondere eine *Interessenabwägung* vornehmen können.

7. Fazit

116 Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass gemäss Art. 302 Abs. 1 StPO die *Strafverfolgungsbehörden* bereits bei Vorliegen eines *Anfangsverdachts* und die *Strafgerichte* immerhin bei einem *qualifizierten Tatverdacht* zur Anzeige eines strafbaren rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG) *verpflichtet* sind. *Andere Justizbehörden* sind bei Vorliegen eines *qualifizierten Tatverdachts* grundsätzlich ebenfalls anzeigepflichtig (§ 167 GOG). Die Verwirklichung des grundrechtlichen Anspruchs auf Zugang zur Justiz legt jedoch nahe, diese Anzeigepflicht im Falle eines rechtswidrigen Aufenthalts *einzuschränken*, insbesondere von einer entsprechenden Interessenabwägung abhängig zu machen.

117 Das Personal der *kantonalen Opferhilfestelle* ist gesetzlich von der Anzeigepflicht *ausgenommen*.

III. Strafbarkeit wegen Verletzung von Melde- und Anzeigepflichten

118 Im Folgenden wird untersucht, ob und in welchen Fällen die *Verletzung* von Melde- und Anzeigepflichten strafrechtliche Konsequenzen für den Verpflichteten haben kann.

119 Gemäss dem Tatbestand der *Begünstigung* (Art. 305 Abs. 1 StGB) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer jemanden der Strafverfolgung, dem Strafvollzug oder dem Vollzug von Massnahmen *entzieht*. Geschütztes Rechtsgut ist die Zuverlässigkeit und Integrität und damit das *Funktionieren der Strafrechtspflege*.¹²⁴ Wer keine Anzeige erstattet, obwohl er dazu verpflichtet wäre, kann sich der Begünstigung durch *Unterlassen* strafbar machen.¹²⁵

120 Bei der Verletzung von Melde- und Anzeigepflichten in Bezug auf Sans-Papiers könnte auch der Tatbestand der *Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts* (Art. 116 Abs. 1 Bst. a AuG) erfüllt sein. Demnach wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer im In- oder Ausland einer Ausländerin oder einem Ausländer die rechtswidrige Ein- oder

¹²⁴ BGE 141 IV 459 E. 4.2 S. 462 = Pra 105 Nr. 66; DELNON/RÜDY, BSK StGB, Art. 305 N 5.

¹²⁵ HAGENSTEIN, BSK StPO, Art. 302 N 34; LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 302 N 19; HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § 167 N 28.

Ausreise oder den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz *erleichtert* oder *vorbereiten hilft*. Geschütztes Rechtsgut ist die staatliche *Kontrolle der Einwanderung*.¹²⁶ Der Tatbestand kann ebenfalls durch Unterlassen erfüllt werden.¹²⁷

- 121 Art. 305 StGB (Begünstigung) und Art. 116 AuG (Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts) decken bereichsweise *identische Tathandlungen* ab, ihr Konkurrenzverhältnis ist jedoch ungeklärt.¹²⁸
- 122 Die Begehung durch *Unterlassen* setzt voraus, dass der Begünstigende eine *Garantenpflicht* hat. Dafür genügt nicht jede, sondern nur eine *qualifizierte* Rechtspflicht, sei es eine Obhutspflicht oder eine Überwachungspflicht. Eine Garantenpflicht trifft etwa denjenigen, der kraft seiner besonderen Rechtsstellung ein bestimmtes Gut vor drohenden Gefahren schützen muss. Eine gesetzliche Pflicht zum Handeln alleine reicht nicht, massgebend ist vielmehr die Art der Beziehung zwischen der verpflichteten Person und dem bedrohten Rechtsgut oder der Gefahrenquelle.¹²⁹
- 123 Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist bei Verletzung der Anzeigepflicht nach Art. 302 Abs. 1 StPO (welche *Strafverfolgungsbehörden* und *–gerichte* bindet) eine Garantenpflicht zu *bejahen*, denn die Anzeigepflichtigen haben kraft ihres Amtes an der Strafverfolgung mitzuwirken.¹³⁰ Weniger klar scheint die Situation mit Blick auf die Anzeigepflicht gemäss § 167 Abs. 1 GOG (allgemeine Anzeigepflicht der Behörden und Staatsangestellten) und die Meldepflichten gemäss Art. 97 Abs. 2 und 3 AuG. Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage – soweit ersichtlich – bislang nicht befasst. Es bejahte indessen bei zwei Gelegenheiten eine Garantenstellung des Jagdaufsehers, der seine Anzeigepflicht in Bezug auf Jagdvergehen verletzt hatte.¹³¹ Verneint hat das Bundesgericht die Garantenstellung eines Tierpräparators, da dieser eine unabhängige Tätigkeit ausübt und nicht Helfer des Staates bei der Jagdaufsicht ist.

¹²⁶ Kritisch dazu ALBRECHT, S. 792.

¹²⁷ BGE 127 IV 27 E. 2b S. 32; VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLI, Kommentar AuG, Art. 116 N 11; ALBRECHT, S. 797, Fn. 64; NÄGELI/SCHOCH, Ausländerrecht, Rn. 22.44.

¹²⁸ VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO, Kommentar AuG, Art. 116 N 29; ALBRECHT, S. 798 f. Für unechte Konkurrenz wegen Spezialität und Vorrang von Art. 116 AuG VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O.; für den Vorrang des früheren Art. 23 ANAG BGE 104 IV 186 E. 5 S. 191. Vorliegend dürfte mit Blick auf das Erfordernis einer Garantenpflicht Art. 305 StGB bei Verletzung einer Anzeigepflicht und Art. 116 AuG bei Verletzung einer Meldepflicht im Vordergrund stehen.

¹²⁹ Zum Ganzen BGE 141 IV 459 E. 4.2 S. 462 = Pra 105 Nr. 66; BGE 127 IV 27 E. 2b S. 32; BGE 123 IV 70 E. 2 S. 72 = Pra 86 Nr. 128; BGE 120 IV 98 E. 2c S. 106; BGE 117 IV 467 E. 3 S. 471 f.; BGE 106 IV 276 S. 277; DELNON/RÜDY, BSK StGB, Art. 305 N 25.

¹³⁰ BGE 109 IV 46 E. 1 ff. S. 47 ff.; STRATENWERTH/BOMMER, § 57 Rn. 11; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S. 479 f.

¹³¹ BGE 141 IV 459 E. 4.3 S. 463 ff. = Pra 105 Nr. 66; BGE 74 IV 164 E. 1 S. 166.

Die ihm gesetzlich auferlegte Pflicht, gewisse zu präparierende Tiere zu melden, bezweckt die Kontrolle der Jagdverwaltung über das geschützte und zum Ausstopfen bestimmte Wild, nicht aber die Kenntnisnahme von eventuellen Verstössen gegen das Jagdgesetz.¹³² Auch die allgemeine Anzeigepflicht eines Beamten genügt gemäss Bundesgericht nicht, um eine Garantienpflicht in Bezug auf die Verwirklichung des Tatbestands der Gehilfenschaft zum Betrug zu begründen.¹³³ Die Lehre äusserte sich – soweit ersichtlich – nicht oder uneinheitlich zur Garantienstellung von Beamten und Staatsangestellten bei Geltung einer allgemeinen Anzeigepflicht.¹³⁴

- 124 Ähnlich wie bei der Verletzung einer Anzeigepflicht argumentierte das Bundesgericht bei der Verletzung einer *ausländerrechtlichen Meldepflicht*: Die auf Art. 2 Abs. 2 ANAG (heute: Art. 16 AuG) gestützte Pflicht des Beherbergers, Ausländerinnen und Ausländer, denen er Unterkunft gewährt, bei der Ortspolizei zu melden, begründet demnach *keine Garantienstellung*. Dies begründet das Gericht damit, dass die verlangte Meldung einerseits auch rechtmässig anwesende Ausländer betrifft und andererseits nicht an die Fremdenpolizei, sondern an die Ortspolizei zu richten ist. Die Meldepflicht bezweckt mithin nicht, rechtswidriges Verweilen von Ausländern in der Schweiz zu verhindern.¹³⁵
- 125 Die Anzeigepflichten der Strafbehörden werden wie gesagt durch Art. 302 StPO erfasst, jene der anderen Behörden und Angestellten – insbesondere der Zivil- und Verwaltungs(justiz)behörden – ergeben sich aus § 167 GOG. Die den Behörden und Angestellten mit § 167 GOG auferlegten Anzeigepflichten zielen ebenfalls auf die Sicherstellung der *Strafverfolgung*. Allerdings gehört die Strafverfolgung nicht zum primären Aufgabenbereich der Zivilgerichte und der Verwaltungs(justiz)behörden. Im Bereich des Ausländerstrafrechts besteht nicht einmal ein Bezug zur Tätigkeit dieser Behörden.
- 126 Die *Meldepflichten* gemäss Art. 97 Abs. 2 und 3 AuG bezwecken nicht die Strafverfolgung, sondern die verwaltungsrechtliche Kontrolle der Einwanderung – was auch dem von Art. 116 AuG geschützten Rechtsgut entspricht. Es ist jedoch generell zweifelhaft, dass solche Meldepflichten mit echten Anzeigepflichten gleichzusetzen sind und eine Garantienpflicht auslösen

¹³² BGE 123 IV 70 E. 2 S. 72 f. = Pra 86 Nr. 128.

¹³³ BGE 118 IV 309 E. 1c S. 313 ff.

¹³⁴ STRATENWERTH/BOMMER, § 57 Rn. 11, verneinen eine Garantienstellung von Beamten und Staatsangestellten, die einer allgemeinen Anzeigepflicht unterliegen; a.M. WEBER-CANDRIAN, S. 140 f.

¹³⁵ BGE 127 IV 27 E. 2b S. 32 f.; bestätigt im Urteil des BGer 6S.281/2005 vom 30. September 2005, E. 1.4.

können.¹³⁶ Dies muss umso mehr gelten, als die Meldepflichten gemäss Art. 97 Abs. 2 und 3 AuG nicht die Ausländerbehörden treffen, sondern *andere* Behörden dazu verpflichtet – über ihr eigenes Aufgabengebiet hinaus – im Interesse der Ausländerbehörden tätig zu werden. *U.E.* sind deshalb die allgemeine Anzeigepflicht gemäss § 167 Abs. 1 GOG und die Meldepflichten gemäss Art. 97 Abs. 2 und 3 AuG nicht von einer derartigen Tragweite, dass sie eine strafrechtliche Garantenstellung der verpflichteten Beamten und Staatsangestellten zu begründen vermögen.

- 127 Als subjektives Tatbestandselement verlangen sowohl Art. 305 StGB als auch Art. 116 AuG *Vorsatz*, *Eventualvorsatz* genügt; die fahrlässige Tatbegehung (durch Unterlassen) ist jedoch nicht strafbar.¹³⁷ Es ist klar, dass sich in diesem Zusammenhang schwierige Fragen der Beweisführung ergeben.
- 128 *Zusammenfassend* ist festzuhalten, dass sich Angehörige der *Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte* bei Verletzung ihrer Anzeigepflicht gemäss Art. 302 StPO wegen Begünstigung (Art. 305 StGB) oder allenfalls Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 116 AuG) *strafbar* machen können. *U.E.* machen sich Angestellte *anderer Behörden*, insbesondere von Zivilgerichten und Verwaltungsbehörden, bei Verletzung ihrer Anzeige- und Meldepflichten gemäss § 167 Abs. 1 GOG oder Art. 97 Abs. 2 und 3 AuG mangels Garantenstellung *nicht strafbar*. Das Bundesgericht hat zu dieser Frage bislang nicht Stellung genommen.

G. Wegweisungsentscheid der Ausländerbehörden infolge einer Meldung

- 129 Die zuständigen Behörden sind aufgrund des Legalitätsprinzips und des Rechtsgleichheitsgebots *verpflichtet*, illegal anwesende Ausländerinnen und Ausländer wegzuweisen, wenn sie eine entsprechende Meldung erhalten und die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Gleichzeitig ist es allerdings verboten, *rechtswidrig erlangte Beweismittel* zu verwerten, es sei denn, das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung und der Durchsetzung des Rechts überwiegt.¹³⁸ So hätten die Ausländerbehörden die Beweise für einen rechtswidrigen Aufenthalt aus dem Recht zu weisen, wenn sie durch einen (schweren) Verstoß gegen die Regeln zur Datenerhebung und -bekanntgabe erlangt worden sind oder das Recht auf Justizzugang in

¹³⁶ Vgl. DELNON/RÜDY, BSK StGB, Art. 305 N 25.

¹³⁷ DELNON/RÜDY, BSK StGB, Art. 305 N 29; VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO, Kommentar AuG, Art. 116 N 17.

¹³⁸ BGE 120 V 435 E. 3b S. 439 f.; 139 II 95 E. 3.1 S. 100 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 731.

persönlichkeitsnahen Bereichen vereiteln. Da Beweisverwertungsverbote von Amtes wegen zu beachten sind¹³⁹, haben die Ausländerbehörden jeweils von sich aus zu prüfen, ob die ihnen vorliegenden Informationen rechtmässig erlangt wurden.

¹³⁹ BGE 120 V 435 E. 3c S. 440.

H. Beantwortung der Fragen

1. Wie gestaltet sich der Zugang von Sans-Papiers zum Rechtsschutz im Allgemeinen und von Opfern von Rechtsverletzungen im Besonderen?

Im Allgemeinen haben Sans-Papiers einen verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen *Anspruch auf rechtsgleichen Zugang zur Justiz*. Die Verfahrensgesetze sind in persönlicher Hinsicht neutral und rechtsgleich formuliert; keine Verfahrensordnung schliesst Sans-Papiers vom Zugang zur Justiz aus. Allerdings verzichten die Betroffenen in der Praxis auf die justizförmige Geltendmachung von Rechtsansprüchen, dies aus Furcht vor einer Offenlegung des ungültigen Aufenthaltsstatus. Darin kann eine mittelbare Einschränkung des Rechts auf Justizzugang liegen.

Der Zugang zur Justiz ist für Sans-Papiers insoweit *beschränkt*, als gesetzliche Regeln zur *Datenerhebung und Datenbekanntgabe* die Verwaltungs- und Justizbehörden verpflichten, den Aufenthaltsstatus von Verfahrensbeteiligten zu erheben und an die Ausländer- resp. an die Strafbehörden weiterzuleiten. Die betroffenen Behörden sind gehalten, entsprechende Bestimmungen *im Lichte des Rechts auf Justizzugang und des Rechts auf Privatsphäre auszulegen* und *Ermessensspielräume verfassungs- und menschenrechtskonform* zu handhaben.

Bezüglich der *Datenerhebung* gilt grundsätzlich, dass der Aufenthaltsstatus nur erfragt werden darf, wenn er für den in Frage stehenden Entscheid *erheblich* ist. Bezüglich der *Datenweitergabe* existieren ausländerrechtliche Meldepflichten und strafrechtliche Anzeigepflichten, welche (je nach der datenerhebenden Justiz- oder Verwaltungsbehörde) unterschiedlich weit gehen. Eine verfassungskonforme Auslegung dieser Bestimmungen ergibt, dass in der Regel vor der Meldung bzw. Anzeige eines rechtswidrigen Aufenthalts eine *umfassende Interessenabwägung* stattfinden muss. Unterlassen die verpflichteten Personen eine Meldung oder Anzeige, können sie sich bei Vorliegen einer Garantenstellung *strafbar* machen.

Die Verletzung von Vorschriften zur Datenerhebung und Datenweitergabe kann in Bezug auf den Wegweisungsentscheid der Ausländerbehörden ein *Beweisverwertungsverbot* nach sich ziehen.

2. Welche Möglichkeiten hat die Stadt Zürich, diesen Zugang zumindest teilweise zu verbessern?

Von Anfang an ist darauf hinzuweisen, dass der prekäre Aufenthaltsstatus von Sans-Papiers die Handlungsmöglichkeiten der städtischen Behörden limitiert und die Behörden diesen Umstand unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht vollständig ausblenden können.

Handlungsmöglichkeiten der Stadt bestehen vor allem insoweit, als es um die *Datenerhebung* und *-weitergabe* durch städtische Behörden (insbesondere Stadtverwaltung, städtische Ombudsperson) oder die Beratung von Sans-Papiers geht.

In Frage kommen folgende Optionen:

- Die *städtischen Verwaltungsbehörden* sowie die *städtische Ombudsperson* verzichten, soweit rechtlich zulässig (siehe E. II. 3.), standardmässig auf die *Erhebung des Aufenthaltsstatus* von Verfahrensbeteiligten. Sie schaffen Möglichkeiten, dass Verfahrensbeteiligte ihre *Identität* auch ohne Offenlegung des Aufenthaltsstatus *nachweisen können* (z.B. mittels Ausweisen des Heimatstaats, City Card). Sie weisen Verfahrensbeteiligte auf geltende *Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte* hin.
- Die *städtischen Verwaltungsbehörden* sowie die *städtische Ombudsperson* verzichten, soweit rechtlich zulässig (siehe F. I. – II.), standardmässig auf eine *Meldung* von Sans-Papiers an die Ausländerbehörden oder die Erstattung einer entsprechenden *Strafanzeige*. Sie nutzen dabei ihnen zustehende Ermessensspielräume, insbesondere bei der Vornahme von Interessenabwägungen. Die städtische Ombudsperson beachtet ihre spezialgesetzliche Schweigepflicht; das Gleiche gilt für weitere Behörden, die einer spezialgesetzlichen Schweigepflicht unterstehen.
- Zur Sicherstellung einer rechtsgleichen Praxis und zur Ansiedlung der Verantwortung bei den Führungspersonen werden *Weisungen und Richtlinien zur Erhebung und Bekanntgabe von Daten über den Aufenthaltsstatus* erstellt, soweit das übergeordnete Recht entsprechende Spielräume eröffnet. Die Weisungen und Richtlinien sind öffentlich zugänglich oder jedenfalls Rechtsvertretern und anderen Stellen bekannt, die Sans-Papiers bei der Wahrnehmung ihrer Rechte beraten.
- Städtische oder von der Stadt unterstützte *Anlauf- und Beratungsstellen* mit entsprechenden Schweigepflichten (wie z.B. die städtische Ombudsperson) informieren Sans-Papiers über ihre Rechte, insbesondere ihr Recht auf Justizzugang. Sie analysieren die

Chancen und Risiken eines Prozesses namentlich mit Blick auf eine drohende Wegweisung. Während des Verfahrens unterstützen sie Sans-Papiers bei der Wahrnehmung ihrer Rechte und klären sie z.B. über Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte auf.

- Die Komplexität der Fragestellung legt nahe, allfällige Anpassungen der die Stadt betreffenden Abläufe im Rahmen eines Runden Tisches zu klären, an dem neben den direkt involvierten Behörden insbesondere auch die Datenschutzstelle und die Fachstelle Integrationsförderung der Stadt Zürich und allenfalls auch in diesem Gebiet tätige NGOs teilnehmen.

3. Könnte eine City-Card ein Lösungsansatz sein und wenn ja, unter welchen Bedingungen?

Bei der (oftmals notwendigen) Feststellung der Identität einer verfahrensbeteiligten Person kann der Aufenthaltsstatus ungewollt offengelegt werden, z.B. wenn dazu die Vorlage des Ausländerausweises verlangt wird. Die Behörden sind jedoch *nicht verpflichtet*, die Überprüfung der Identität auf eine *bestimmte Art* vorzunehmen, sondern sollten bei grundrechtskonformer Handhabung im Gegenteil nur die im jeweiligen Verfahren erforderlichen Informationen erheben. Genügen können auch bloss verbale Angaben der betroffenen Person oder der Umstand, dass ihre Identität im Verfahren nicht bestritten wird, die Vorlage von (allenfalls nicht mehr aktuellen) Ausweispapieren des Heimatstaats, unter Umständen die Einholung von Auskünften anderer Behörden oder die Vorlage einer *City Card*.

Die *City Card* ist ein unabhängig des Aufenthaltsstatus ausgestellter Identitätsausweis, der allen Stadtbewohnerinnen und -bewohnern den rechtsgleichen Zugang zu staatlichen und privaten Dienstleistungen ermöglichen soll. Bei der Einführung einer *City Card* für die Stadt Zürich wäre sicherzustellen, dass die ausstellende Behörde selber nicht unter die ausländerrechtlichen Melde- oder strafrechtlichen Anzeigepflichten fällt. Das Vorzeigen einer *City Card* begründet grundsätzlich keinen Anfangsverdacht auf einen illegalen Aufenthalt und löst damit grundsätzlich keine Ermittlungs- und Anzeigepflichten aus.

Die Einführung einer *City Card* müsste mit dem übergeordneten Recht des Kantons und des Bundes, insbesondere mit dem Ausländerrecht, vereinbar sein.

4. Sind weitere Ansätze denkbar, bei denen Sans-Papiers die Mitwirkung in Justizverfahren möglich ist, ohne dass die Betroffenen ausländerrechtliche Konsequenzen tragen?

Zu weiteren Möglichkeiten der Identitätsfeststellung ohne Offenlegung eines ungültigen Aufenthaltsstatus siehe Frage 3.

Ein anderer Ansatz könnte sein, den Sans-Papiers vor der Geltendmachung ihrer Rechte die Möglichkeit zu geben, z.B. mithilfe einer entsprechenden Anlauf- und Beratungsstelle *anonym* bei der verfahrensführenden Behörde *abklären zu lassen*, ob in ihrem konkreten Fall eine Meldung oder Anzeige erstattet würde. Eine verbindliche Zusage, dass die Daten nicht weitergegeben werden, würde für Sans-Papiers zwar die notwendige Rechtssicherheit herstellen, damit sie ihre Rechte geltend machen können. Allerdings ist auch in diesen Fällen nicht ausgeschlossen, dass namentlich die Strafverfolgungsbehörden aufgrund des Verfolgungszwangs Ermittlungen wegen illegalen Aufenthalts gegenüber dem betroffenen Sans-Papiers einleiten müssen oder im weiteren Verfahrensgang der Status des betroffenen oder von weiteren Sans-Papiers offengelegt wird (z.B. anlässlich einer Razzia).

5. Bei welchen Polizeikontrollen ist die Überprüfung des ausländerrechtlichen Aufenthalts zwingend, bei welchen Kontrollen ist sie nicht nötig oder nicht angebracht? Bestehen seitens der Polizeibehörden Ermessensspielräume?

Sowohl *Polizeikontrollen* nach der Schweizerischen Strafprozessordnung als auch solche nach dem Polizeigesetz müssen sich auf *sachliche Gründe* abstützen können, *verhältnismässig* sein und insbesondere das Diskriminierungsverbot beachten. Auf die Erhebung des Aufenthaltsstatus ist bei einer grundrechtskonformen Handhabung zu *verzichten*, wenn er für den Zweck der Polizeikontrolle *nicht erforderlich* ist. Ebensovienig genügt ein Generalverdacht auf illegalen Aufenthalt aufgrund des *äusseren Erscheinungsbildes* einer Person, um eine Kontrolle zu rechtfertigen. Denn die Hautfarbe oder die vermutete ethnische oder religiöse Zugehörigkeit als alleinstehendes oder primäres bzw. ausschlaggebendes Merkmal kann die Auswahl einer Person nicht begründen. Vielmehr braucht es einen oder mehrere weitere, objektive Anhaltspunkte, die zusammen genommen und entsprechend gewichtet die Kontrolle einer spezifischen Person rechtfertigen.

Die Polizei verfügt in den dargelegten Schranken bei der Auswahl von Situationen und Personen für Polizeikontrollen über einen *Ermessensspielraum*. *Verpflichtet* zur Einleitung von Ermittlungen und insbesondere zur Überprüfung des Aufenthaltsstatus ist sie erst bei Vorliegen eines *Anfangsverdachts* auf illegalen Aufenthalt, d.h. einer auf konkreten Hinweisen beruhenden Vermutung, ein rechtswidriger Aufenthalt sei gegeben.

6. Welche Möglichkeiten hat die Stadt Zürich, der Stadtpolizei im Hinblick auf ausländerrechtliche Meldepflichten Ermessensspielräume zu geben bzw. sie beim Unterlassen einer Meldung vom Straftatbestand der Begünstigung zu entlasten?

Die Angehörigen der Stadtpolizei sind aufgrund des übergeordneten *Bundesrechts* zur Erstattung einer Strafanzeige *verpflichtet*, sobald ein *Anfangsverdacht* auf illegalen Aufenthalt vorliegt. Bei *Verletzung* ihrer Anzeigepflicht können sie sich wegen Begünstigung oder allenfalls Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts – in beiden Fällen durch Unterlassen – *strafbar* machen.

Zur Ansiedlung der Verantwortung bei den Führungspersonen und einer allenfalls auch strafrechtlichen Entlastung der Polizeibeamten können Weisungen und Richtlinien erstellt werden, die *im Bereich von kantonrechtlichen und bundesrechtlichen Ermessensspielräumen* Regeln zur Vornahme von Polizeikontrollen und insbesondere zur Erhebung und Weitergabe des Aufenthaltsstatus enthalten. Da die Stadt Zürich Schutzpflichten gegenüber ihrem Personal hat, dürfen entsprechende Weisungen und Richtlinien nicht dazu führen, dass sich die Angehörigen der Stadtpolizei bzw. deren Vorgesetzte einem strafrechtlichen Risiko aussetzen.

7. Schliesslich soll das Gutachten bezüglich beider Themenbereiche der Frage nachgehen, welche Handlungsmöglichkeiten jeweils auf der Ebene des Kantons Zürich bestehen.

Auch in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der prekäre Aufenthaltsstatus von Sans-Papiers die Handlungsmöglichkeiten der kantonalen Behörden limitiert und die Behörden diesen Umstand unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht vollständig ausblenden können.

Handlungsmöglichkeiten des Kantons bestehen da, wo es um die *Datenerhebung* und *Datenweitergabe* durch kantonale Behörden (insbesondere die im Zivil- und Strafprozess zuständigen Behörden sowie die kantonalen Verwaltungsbehörden) geht oder die Beratung von Sans-Papiers in Frage steht.

In Frage kommen folgende Optionen:

- Die *Schlichtungsbehörden* und *Zivilgerichte*, die *Strafverfolgungsbehörden* und *Strafgerichte* sowie die *Opferhilfestellen*, die *kantonale Ombudsperson* und die *kantonalen Verwaltungsbehörden* sowie das *Verwaltungsgericht* verzichten, soweit rechtlich zulässig (siehe E. II. 1. – 3.), standardmässig auf die *Erhebung des Aufenthaltsstatus* von Verfahrensbeteiligten. Sie schaffen Möglichkeiten, dass Verfahrensbeteiligte ihre *Identität* auch ohne Offenlegung ihres Aufenthaltsstatus *nachweisen können* (z.B. mittels Ausweisen des Heimatstaats, City Card). Sie machen Verfahrensbeteiligte darauf aufmerksam, falls entsprechende *Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte* bestehen. *Strafanzeigen* werden auch *anonym* entgegen genommen.
- Die genannten Behörden *verzichten*, soweit rechtlich zulässig (siehe F. I. – II.), standardmässig auf eine *Meldung* von Sans-Papiers an die Ausländerbehörden oder die Erstattung einer entsprechenden *Strafanzeige*. Sie nutzen dabei ihnen zustehende Ermessensspielräume, insbesondere bei der Vornahme von Interessenabwägungen. Die *Opferhilfestellen* sowie die *kantonale Ombudsperson* beachten ihre spezialgesetzlichen Schweigepflichten; das Gleiche gilt für weitere kantonale Behörden, die einer spezialgesetzlichen Schweigepflicht unterstehen.
- Zur Sicherstellung einer rechtsgleichen Praxis und zur Ansiedlung der Verantwortung bei den Führungspersonen werden *Weisungen und Richtlinien zur Erhebung und Bekanntgabe von Daten über den Aufenthaltsstatus* erstellt, soweit das übergeordnete Recht entsprechende Spielräume eröffnet. Die Weisungen und Richtlinien sind öffentlich zugänglich oder jedenfalls Rechtsvertretern und anderen Stellen bekannt, die Sans-Papiers bei der Wahrnehmung ihrer Rechte beraten.
- Kantonale oder vom Kanton unterstützte *Anlauf- und Beratungsstellen* mit entsprechenden Schweigepflichten (wie z.B. die kantonale Ombudsperson) informieren Sans-Papiers über ihre Rechte, insbesondere ihr Recht auf Justizzugang. Sie analysieren die Chancen und Risiken eines Prozesses namentlich mit Blick auf eine drohende Wegweisung. Allenfalls klären sie bereits vor der Verfahrenseinleitung die Situation mit den Strafverfolgungs- und Justizbehörden ab. Während des Verfahrens unterstützen sie Sans-Papiers bei der Wahrnehmung ihrer Rechte und weisen sie z.B. auf Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte hin.

- Die *Kantonspolizei* hat sinngemäss dieselben Handlungsmöglichkeiten wie die Stadtpolizei, und es gelten sinngemäss die gleichen Bedenken, siehe dazu Fragen 5 und 6.
- Die kantonalen *Ausländerbehörden* nehmen nur *rechtlich zulässige Meldungen* eines ungültigen Aufenthaltsstatus entgegen und prüfen von Amtes wegen das Vorliegen von *Beweisverwertungsverboten*.
- *Politische Handlungsmöglichkeiten auf kantonaler Ebene*: Mit Blick auf die Situation der Sans-Papiers, insbesondere deren Recht auf Justizzugang, fasst der kantonale Gesetzgeber die Anzeigepflicht gemäss § 167 Abs. 1 GOG enger und erlässt den Melde- und Anzeigepflichten vorgehende spezialgesetzliche Schweigepflichten. Er nimmt insbesondere die kantonale Ombudsperson von der Anzeigepflicht gemäss § 167 Abs. 1 GOG aus.
- Die Komplexität der Fragestellung legt nahe, allfällige Anpassungen der den Kanton betreffenden Abläufe im Rahmen eines *Runden Tisches* zu klären, an dem neben den direkt involvierten Behörden insbesondere der Beauftragte für Datenschutz, die Fachstelle für Integrationsfragen und allenfalls auch in diesem Gebiet tätige NGOs teilnehmen.