



**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

Einführung einer Züri City Card (ZCC)

Fragekomplex (4): Justizzugang bei der Polizei

Rechtsgutachten zuhanden der Stadt Zürich / Stab Stadtpräsidentin

erstellt von

RA Danielle Breitenbücher, MLaw

Prof. Dr. iur. Regina Kiener, RA

Roman Schuppli, MLaw

(wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Lehrstuhl Kiener)¹

¹ Die Autorinnen und der Autor bedanken sich herzlich bei Sophie Bühlmann, Stud. iur. und Anina Preusker, BLaw für die tatkräftige Unterstützung bei Recherchen und bei der formellen Bereinigung des Gutachtens.

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkungen.....	3
A. Ausgangslage	3
B. Fragestellung	3
C. Vorgehen	3
II. „Free in, free out“-Praxis	4
A. Ausgangslage: Europäische Grundlagen zum Opferschutz	4
B. „Firewall“-Modelle	5
C. Die „Free in, free out“-Praxis in den Niederlanden	6
III. Rahmen für die Umsetzung der „Free in, free out“-Praxis in der Stadt Zürich	7
A. Keine Beschränkung des Schutzes auf die Strafanzeige.....	7
B. Verfahrensbeteiligte und ihre Stellung im Strafverfahren	8
C. Grundrechtlicher Kontext und betroffene öffentliche Interessen.....	10
1. Betroffene Grundrechte.....	10
2. Öffentliches Interesse an der Verfolgung von Straftaten.....	11
3. Öffentliches Interesse an einer restriktiven Einwanderungspolitik	12
D. Verschiedene Ebenen des Schutzes für Sans-Papiers	13
IV. Erhebung der Identität und des Aufenthaltsstatus durch die Strafbehörden.....	14
A. Erhebung der Identität.....	14
B. Erhebung des Aufenthaltsstatus	17
C. Ergebnis.....	19

V. Strafrechtliche Verfolgung und Meldung eines rechtswidrigen Aufenthalts an die Migrationsbehörden.....	19
A. Einleitung eines Strafverfahrens gestützt auf einen hinreichenden Tatverdacht	19
1. Tatverdacht	19
2. Strafprozessualer Verfolgungszwang	21
B. Meldung des Aufenthaltsstatus an die Migrationsbehörden	23
C. Ergebnis.....	24
VI. Verwertung von Informationen über einen rechtswidrigen Aufenthalt durch die Migrationsbehörden.....	25
VII.Schlussfolgerungen für eine Umsetzung der „Free in, free out“-Praxis in Zürich.....	26
VIII. Voraussetzungen und notwendige Rechtsgrundlagen	28
A. Zuständigkeiten des Kantons und der Stadt Zürich im Strafverfahren	28
B. Voraussetzungen und Rechtsgrundlagen für eine Umsetzung durch städtische und kantonale Strafbehörden.....	29
IX. Beantwortung der Rechtsfragen	32
Anhang	34
Abkürzungsverzeichnis.....	34
Literaturverzeichnis.....	36
Verzeichnis der Materialien und amtlichen Dokumente.....	38

I. Vorbemerkungen

A. Ausgangslage

- 1 Die hier zu bearbeitende Fragestellung ist die letzte, die im Rahmen von insgesamt vier Fragekomplexen im Zusammenhang mit der Einführung einer City Card (Zürich City Card, ZCC) im Auftrag der Stadt Zürich (Präsidialdepartement) zu beantworten ist. Das Gutachten zu den Fragekomplexen 1 bis 3 ist der Stadt Zürich zu einem früheren Zeitpunkt zugestellt worden.

B. Fragestellung

- 2 Die Stadt Zürich will erstens wissen, ob die in den Niederlanden bei Strafanzeigen bei der Polizei praktizierte „Free in, free out“-Praxis in den kommunalen und kantonalen Polizeiposten der Stadt Zürich im Sinne des Opferschutzes realisiert werden kann. Die Beantwortung der Frage soll gemäss Fragestellung insbesondere eine Rechtsgüterabwägung zwischen dem Opferschutz und der Durchsetzung des Ausländerrechts berücksichtigen. Falls die Umsetzungsmöglichkeit der „Free in, free out“-Praxis bejaht wird, will die Stadt Zürich zweitens wissen, welche Voraussetzungen und Rechtsgrundlagen dies nötig macht.

C. Vorgehen

- 3 Die Fragestellung unter Fragekomplex 4 unterscheidet sich insofern von den vorangehenden Fragen, als dass sie keinen direkten Bezug auf die ZCC nimmt. Folglich ist der Fragekomplex 4 losgelöst von der möglichen Einführung der ZCC zu betrachten. Im Sinne einer möglichst kohärenten Herangehensweise gehen wir in folgenden Schritten vor: Als erster Schritt wird die in den Niederlanden praktizierte „Free in, free out“-Praxis dargestellt (nachfolgend Ziff. II). Für die Beantwortung der Frage, ob deren Adaption in der Stadt Zürich möglich ist, muss zumindest in den Grundzügen bekannt sein, wie diese Praxis funktioniert und was deren rechtliche Rahmenbedingungen sind. Anschliessend beschäftigen wir uns mit dem rechtlichen Rahmen, in dem eine Umsetzung der „Free in, free out“-Praxis in Zürich erfolgen muss. Insbesondere geben wir einen Überblick über das Strafverfahren und die Rechtsstellung der an einem solchen Verfahren Beteiligten sowie die bei einer Teilnahme von Sans-Papiers betroffenen Grundrechte und öffentlichen Interessen (nachfolgend Ziff. III). Danach folgt eine Analyse der rechtlichen Pflichten

ten von Strafbehörden, die Identität und den Aufenthaltsstatus von verfahrensbeteiligten Sans-Papiers zu erheben (nachfolgend Ziff. IV) und gestützt darauf ein Strafverfahren einzuleiten oder die erhobenen Daten an die Migrationsbehörden bekanntzugeben (nachfolgend Ziff. V). Dabei ist auch auf die Pflicht von Migrationsbehörden, Informationen über einen rechtswidrigen Aufenthalt zu verwerten, einzugehen (nachfolgend Ziff. VI). Aufgrund dieser Ausführungen wird beurteilt, ob in der Stadt und im Kanton Zürich Spielräume für eine Umsetzung der „Free in, free out“-Praxis bestehen (nachfolgend Ziff. VII). Schliesslich wird dargelegt, welche Voraussetzungen und Rechtsgrundlagen für eine allfällige Umsetzung dieser Praxis benötigt würden (nachfolgend Ziff. VIII). Abschliessend folgt die Beantwortung der von der Stadt Zürich gestellten Fragen (nachfolgend Ziff. IX).

II. „Free in, free out“-Praxis

A. Ausgangslage: Europäische Grundlagen zum Opferschutz

- 4 Ein zentrales Instrument bezüglich des Schutzes von Sans-Papiers, die Opfer von Straftaten geworden sind, bildet in der Europäischen Union die EU-Opferrichtlinie.² Die EU-Opferrichtlinie ist am 15. November 2012 in Kraft getreten, bis zum 16. November 2015 musste sie umgesetzt werden.³ Gemäss Art. 288 Abs. 3 AEUV sind Richtlinien für Mitgliedstaaten der EU hinsichtlich der zu erreichenden Zielsetzung bindend, sie gewähren den innerstaatlichen Stellen bei der konkreten Umsetzung jedoch Wahlfreiheit hinsichtlich der Form und der Mittel. Den einzelnen Mitgliedstaaten kommt bei der Umsetzung von Richtlinien also ein gewisser Spielraum zu.⁴
- 5 Die EU-Opferrichtlinie verfolgt das Ziel, den Opferschutz in der Europäischen Union – mit besonderem Fokus auf Strafverfahren – zu stärken.⁵ Alle Opfer von Straftaten sollen

² Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl. L 315 vom 4. November 2012 S. 57, abrufbar unter: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX:32012L0029>> (besucht am 13.03.2020).

³ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX:32012L0029>> => Dates (besucht am 13.03.2020).

⁴ OESCH, Rn. 428.

⁵ Siehe Art. 4 EU-Opferrichtlinie.

als solche anerkannt und mit Würde, Respekt, Empathie und Professionalität behandelt werden; Diskriminierungen jeglicher Art sind zu unterlassen.⁶ Abgestellt wird einzig auf die Opfereigenschaft; allfällige Merkmale wie Nationalität, Aufenthaltsstatus, sexuelle Orientierung und weitere Eigenschaften sind nicht von Bedeutung.⁷

- 6 *Die EU-Opferrichtlinie spricht Migrantinnen oder Sans-Papiers nicht ausdrücklich an.* Gleichwohl erachten NGO die Richtlinie als Meilenstein für Sans-Papiers, die Opfer von Straftaten geworden sind. Insbesondere würden die Richtlinien anerkennen, dass es nicht zulässig sei, Sans-Papiers einzig aufgrund des Nichteinhaltens von migrationsrechtlichen Bestimmungen ihre zentralen Opferschutzrechte zu verweigern.⁸

B. „Firewall“-Modelle

- 7 Modelle, im Rahmen derer Sans-Papiers Straftaten anzeigen können ohne eine Verhaftung oder Abschiebung zu riskieren, werden als „Firewalls“ bezeichnet. Sie sollen garantieren, dass bezüglich des Aufenthaltsstatus von Sans-Papiers der Daten- und Informationstransfer von sozialen Einrichtungen in einem weiten Sinne (Schulen, medizinische Einrichtungen, Polizei etc.) zu den Migrationsbehörden ausgesetzt wird.⁹ Dadurch, dass beispielsweise die Polizei den Migrationsbehörden die Informationen zum Aufenthaltsstatus von Personen ohne regulären Aufenthalt nicht mehr zur Verfügung stellt, mithin also ein Schutzwall zwischen den Behörden hochgezogen wird, soll ein Klima entstehen, in dem sich Sans-Papiers nicht mehr länger scheuen müssen, aus Angst vor der Offenlegung ihres prekären Status ihre grundlegenden rechtlichen Ansprüche anzumelden und auszuüben.¹⁰ Diese „Firewalls“ dienen somit dem Anliegen, bei der Durchsetzung von Migrationsgesetzen auch andere legitime Interessen wie insbesondere die universelle Geltung der Menschenrechte und das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Straftaten zu berücksichtigen.

⁶ Siehe etwa Art. 9, 61, 63 EU-Opferrichtlinie.

⁷ Siehe Art. 9 EU-Opferrichtlinie.

⁸ PICUM, Guide to the EU Victims' Directive, S. 6; FRA, Victims of Crime in the EU, S. 80. Zur Bedeutung der EU-Opferrichtlinien auch MILQUET, Strengthening Victims' Rights, S. 14, 17, 34.

⁹ CRÉPEAU/HASTIE, S. 165.

¹⁰ CRÉPEAU/HASTIE, S. 166. Siehe zur Funktion von „Firewalls“ im migrationsrechtlichen Kontext auch E-CRI, General Policy Recommendation No. 16, S. 15.

C. Die „Free in, free out“-Praxis in den Niederlanden

- 8 Die hier interessierende „Free in, free out“-Praxis wurde im Rahmen der Umsetzung der EU-Opferrichtlinie in den Niederlanden ausgearbeitet und im Jahr 2015 landesweit implementiert; die Methode an sich war bereits zuvor von der Polizei in Amsterdam angewandt worden.¹¹ Ihren Ursprung hat die „Free in, free out“-Praxis in einer *gesetzlich nicht verankerten*, von der obersten Polizeileitung Amsterdams vorgegebenen *Richtlinie*. In deren Rahmen wurden Sans-Papiers über ihre Rechte aufgeklärt und es wurde ihnen die Möglichkeit gegeben, Verbrechen auf sichere Weise anzuzeigen, ohne Gefahr zu laufen, verhaftet oder abgeschoben zu werden.¹²
- 9 Gemäss den uns von der Stadt Zürich mit Schreiben vom 30. Juli 2019 zur Verfügung gestellten Unterlagen zum Gutachten (Dokument „Free in, free out – Wie die Niederlande den Zugang zu Recht für Sans-Papiers ermöglicht haben“, nachfolgend: *Aktennotiz „Free in, free out“*) untersagt es die „Free in, free out“-Praxis den Polizeibeamten konkret, nach dem Aufenthaltsstatus eines Anzeigenden zu fragen und Personen mit einem irregulären Status festzunehmen, die Straftaten zur Anzeige bringen. Eine Anzeige gemäss „Free in, free out“-Praxis läuft demnach so ab, dass Sans-Papiers auf der Strasse oder beim Gang auf den Polizeiposten der zuständigen Polizeibeamtin einen Flyer aushändigen können, um so auf ihre Situation und ihre Rechte aufmerksam zu machen. Auf diesem Flyer steht, dass die vorweisende Person illegal in den Niederlanden anwesend ist, sich nicht mit einem Ausweis identifizieren kann und nur verhaftet werden darf, wenn sie verdächtigt wird, eine Straftat begangen zu haben oder wegen einer solchen verurteilt wird.¹³
- 10 Unsere *eigenen Recherchen* zum Thema zeichnen ein *differenzierteres* und in Teilen davon *abweichendes Bild* von der „Free in, free out“-Praxis. Demnach folgen die Niederlande mit der „Free in, free out“-Praxis nicht einem strikten „Firewall“-System, wonach keinerlei Informationen von der Polizei zu den Migrationsbehörden dringen. Vielmehr liegt *eine Art Verwertungsverbot* vor: Bei Anzeigenerstattungen von Sans-Papiers infor-

¹¹ COMPAS, Safe Reporting of Crime for Victims and Witnesses, S. 16; COMPAS, Guidance, S. 46 f.

¹² PICUM, Guide to the EU Victims' Directive, S. 20; PICUM, Strategies to End Double Violence, S. 114; HRC Report, S. 36; COMPAS, City Initiative on Migrants, S. 9.

¹³ Aktennotiz „Free in, free out“, S. 7; siehe auch COMPAS, Guidance, S. 46 f.

miert die Polizei die Migrationsbehörde über den Sachverhalt; letzterer ist es indessen untersagt, die entsprechenden Informationen zu verwenden und den rechtswidrigen Aufenthalt zu ahnden.¹⁴ In der Folge sieht die „Free in, free out“-Praxis keinen starren Rahmen vor, anhand dessen zu verfahren ist. Dass Sans-Papiers, die Opfer oder Zeugen von Straftaten geworden sind und sachdienliche Hinweise zum Sachverhalt geben können, im konkreten Einzelfall nicht verhaftet und ausgeschafft werden, wird mittels informeller und eigens zu diesem Zweck getroffener Vereinbarungen zwischen der Polizei und den Migrationsbehörden sichergestellt, sogenannten „Gentlemen’s agreements“. Für den Zeitraum der Untersuchung und des allfälligen nachfolgenden Verfahrens muss die betroffene Sans-Papiers den Behörden bei Bedarf zur Verfügung stehen; ihre *Personalien* werden also erfasst.¹⁵

- 11 Die „Free in, free out“-Praxis *entspricht einer formlosen Rechtsauffassung*; trotz landesweiter Durchführung fehlt es bis heute an einer formellen Kodifizierung in der nationalen Gesetzgebung.¹⁶ Die „Free in, free out“-Praxis wird jedoch zumindest in den Weisungen der Regierung zur Umsetzung der EU-Opferrichtlinie festgehalten.¹⁷ Zudem mangelt es an systematischer empirischer Forschung zum Gegenstand; gesicherte Erkenntnisse zur Wirksamkeit der Praxis, zu deren Akzeptanz bei den Sans-Papiers und zur Art der gemeldeten Straftaten liegen nicht vor.¹⁸

III. Rahmen für die Umsetzung der „Free in, free out“-Praxis in der Stadt Zürich

A. Keine Beschränkung des Schutzes auf die Strafanzeige

- 12 Die Stadt Zürich will wissen, ob die eben dargestellte „Free in, free out“-Praxis anlässlich von Strafanzeigen in den auf dem Gemeindegebiet gelegenen Polizeiposten der Stadtpolizei Zürich und der Kantonspolizei Zürich umgesetzt werden kann. Die Fragestellung bezieht sich zwar nur auf Strafanzeigen, die „Free in, free out“-Praxis geht je-

¹⁴ COMPAS, Safe Reporting on Crime for Victims and Witnesses, S. 25 f.

¹⁵ COMPAS, Safe reporting of Crime for Victims and Witnesses, S. 16 f. m.w.H. und S. 26.

¹⁶ COMPAS, Safe reporting of Crime for Victims and Witnesses, S. 16.

¹⁷ COMPAS, Guidance, S. 47.

¹⁸ COMPAS, Safe reporting of Crime for Victims and Witnesses, S. 20, 35.

doch weiter und umfasst den Schutz von Sans-Papiers auch während des nachfolgenden Strafverfahrens. Auch in der Schweiz bliebe der Schutz von Sans-Papiers unvollständig, wenn er sich lediglich auf die Strafanzeige beschränkte: Die Anzeige alleine verleiht keine Parteistellung und aus ihr folgen nur sehr eingeschränkte Verfahrensrechte. Sodann könnte eine Anzeige erstattende Sans-Papiers im weiteren Verlauf des Strafverfahrens zu Einvernahmen oder anderen Beweiserhebungen aufgeboten und dabei gezwungen werden, ihren Aufenthaltsstatus offenzulegen. Um die Möglichkeiten einer Umsetzung der „Free in, free out“-Praxis in der Stadt Zürich auszuloten, wird deshalb nachfolgend das *gesamte Strafverfahren einbezogen*. Dabei ist zuerst ein kurzer Überblick zu geben über die verschiedenen Möglichkeiten der Beteiligung einer Person am Strafverfahren und die Rechte und Pflichten der Verfahrensbeteiligten.

B. Verfahrensbeteiligte und ihre Stellung im Strafverfahren

- 13 Das Strafverfahren ist in der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) geregelt. Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen beschuldigten Personen, geschädigten Personen und unbeteiligten Dritten.
- Als *beschuldigte* Person gilt die Person, die in einer Strafanzeige, einem Strafantrag oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird (Art. 111 Abs. 1 StPO). Sie hat im Strafverfahren Parteistellung (Art. 104 Abs. 1 Bst. a StPO).
 - Eine *geschädigte Person* grenzt sich von einem unbeteiligten Dritten dadurch ab, dass sie durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt wurde (Art. 115 Abs. 1 StPO). Geschädigte Personen können unterschiedliche Rechtsstellungen haben: Sie können „andere Verfahrensbeteiligte“ ohne Parteirechte (vgl. Art. 105 Abs. 1 Bst. a StPO)¹⁹, Opfer oder Privatkläger sein.
 - *Opfer* sind geschädigte Personen, die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt wurden und aufgrund dieser qualifizierten Schädigung besondere Schutzrechte geniessen (vgl. Art. 116 f. StPO).

¹⁹ SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, Art. 105 N 5.

- *Privatklägerin* oder *Privatkläger* wird, wer als geschädigte Person erklärt, sich mit Straf- und/oder Zivilklage am Strafverfahren zu beteiligen (vgl. Art. 118 ff. StPO). Die Privatklägerschaft hat *Parteistellung* und damit weitgehende Rechte und Pflichten im Verfahren (Art. 104 Abs 1 Bst. b StPO).
 - Sowohl geschädigte Personen als auch unbeteiligte Dritte können als *Zeuginnen* und *Zeugen* oder *Auskunftspersonen* einvernommen werden, wenn sie der Aufklärung einer Straftat dienende Aussagen machen können (Art. 162 und 178 StPO).
- 14 Die *Strafanzeige* ist eine Wissenserklärung, dass eine Straftat begangen worden ist. Sie kann von jeder Person erstattet werden, die Kenntnis von einer Straftat hat. Die anzeigende Person hat einen Anspruch darauf, dass ihr die Strafbehörden auf Anfrage mitteilen, ob ein Strafverfahren eingeleitet und wie es erledigt wurde.²⁰ Jedoch stehen der anzeigenden Person, die weder geschädigt noch Privatklägerin oder Privatkläger ist, keine weitergehenden Verfahrensrechte zu (Art. 301 StPO).
- 15 Von der Strafanzeige ist der *Strafantrag* abzugrenzen. Ein Strafantrag ist Voraussetzung dafür, dass bei einem Antragsdelikt, das anders als Officialdelikte nicht von Amtes wegen verfolgt wird, die Strafverfolgung überhaupt eingeleitet wird. Er stellt eine Willenserklärung auf Durchführung eines Strafverfolgungsverfahrens dar.²¹ Im Gegensatz zur Strafanzeige kann ein Strafantrag gemäss Art. 30 Abs. 1 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) nicht von jeder, sondern nur von der Person gestellt werden, die durch ein Antragsdelikt *verletzt* worden ist. Eine Person, die Strafantrag stellt, konstituiert sich damit als Privatklägerin und erhält die damit einhergehenden Rechte und Pflichten (Art. 118 Abs. 2 StPO).
- 16 Wenn nachfolgend von *Verfahrensbeteiligten* oder *verfahrensbeteiligten Sans-Papiers* die Rede ist, dann meinen wir Personen, die als *geschädigte Personen* oder als an der Straftat *unbeteiligte Dritte* an einem Strafverfahren teilnehmen. Je nach Verfahrensstadium oder infrage stehender Verfahrenshandlung können sie die Rolle als Anzeigende, Antragstellende, Zeugen, Auskunftspersonen, Opfer oder Privatklägerinnen einnehmen. *Nicht gemeint ist jedoch die im betreffenden Verfahren beschuldigte Person.*

²⁰ Vgl. auch RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 301 N 24.

²¹ RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 304 N 5.

- 17 Mit *Strafbehörden* bezeichnen wir nachfolgend die Strafverfolgungsbehörden und die in Strafsachen tätigen Gerichte (vgl. Art. 12 ff. StPO). Die *Strafverfolgungsbehörden* umfassen die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Übertretungsstraßenbehörden (Art. 12 StPO).

C. Grundrechtlicher Kontext und betroffene öffentliche Interessen

- 18 Sehen Sans-Papiers aus Furcht vor der Offenlegung ihres ungesicherten Aufenthaltsstatus davon ab, eine Strafanzeige zu erstatten oder am weiteren Strafverfahren teilzunehmen, weil in einer individuellen Güterabwägung die drohenden Risiken die Vorteile überwiegen, sind sie in ihren Grundrechten wie insbesondere dem Recht auf Justizzugang betroffen. Als öffentliche Interessen sind in dieser Konstellation das Interesse an der Verfolgung von Straftaten sowie an der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik zu berücksichtigen.

1. Betroffene Grundrechte²²

- 19 Obwohl Sans-Papiers mit ihrer Anwesenheit in der Schweiz gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) verstossen (vgl. Art. 115 AIG), stehen ihnen Rechte zu, die untrennbar mit ihrem Wesen als Mensch verknüpft sind. Dazu gehört das *Recht auf Justizzugang*.²³ Ohne dieses entfalten auch alle anderen Rechte keine Wirkung, da sie nicht in einem Verfahren durchgesetzt werden können.²⁴ In der Bundesverfassung ist das Recht auf Justizzugang in Art. 29a Satz 1 BV (Rechtsweggarantie) statuiert. Die menschenrechtlichen Mindeststandards ergeben sich insbesondere aus Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK. Die Garantien des Justizzugangs gelten für jede Person, mithin für alle natürlichen und juristischen Personen.²⁵ Demnach haben alle Personen in der Schweiz Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz und auf gleiche und gerechte Behandlung vor Justizbehörden. Dies gilt auch bei der Geltendmachung von *strafrechtlichen Ansprüchen*.

²² Dazu bereits: KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers, Rz. 6 ff.

²³ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, N 17 zu § 5; siehe dazu auch KIENER, S. 25.

²⁴ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 184.

²⁵ DIESELBEN, Rz. 188; WALDMANN, BSK BV, Art. 29a N 8.

- 20 Mit der Schaffung von Strafnormen und deren Durchsetzung gewährleistet der Staat auch *materielle Grundrechte* wie das Recht auf Leben, auf körperliche und psychische Integrität oder das Recht auf Eigentum. Er erfüllt damit seine Pflicht, nicht nur selbst ungerechtfertigte Eingriffe in diese Rechte zu unterlassen, sondern sie auch positiv vor Beeinträchtigung durch Private zu schützen.²⁶ Diese Schutzpflicht umfasst auch die Einrichtung von wirksamen Verfahren nach einer erfolgten Verletzung der geschützten Rechtsgüter.²⁷
- 21 Strafanzeigen stehen am Ursprung von strafrechtlichen Anklagen und Strafprozessen, sie initiieren diese nachfolgenden Prozesse.²⁸ Wenn eine Sans-Papiers auf die Anzeigeerstattung und Teilnahme an einem Strafverfahren verzichtet, weil sie sich vor einer Verfolgung wegen rechtswidrigen Aufenthalts und einer Wegweisung fürchtet, kann dies zur Folge haben, dass eine gegen sie oder Dritte verübte Straftat nicht aufgeklärt und geahndet wird, dass sie weder Schadensersatz noch Genugtuung erhält und ihr keine Opferhilfe gewährt wird. Die Pflicht, anlässlich der Strafanzeige oder im weiteren Strafverfahren die Identität und den Aufenthaltsstatus offenzulegen, führt aufgrund der damit einhergehenden Konsequenzen dazu, dass sie faktisch vom Rechtsschutz ausgenommen wird. Damit liegt ein *mittelbarer Eingriff* in ihr Recht auf Justizzugang vor. Gleichzeitig kann eine Sans-Papiers auch in ihren materiellen Grundrechten beeinträchtigt sein, wenn der Staat einen von privaten Dritten verübten Eingriff in ihre körperliche, psychische oder sexuelle Integrität duldet und so die verfahrensrechtliche Durchsetzung der staatlichen Schutzpflicht nicht gewährleistet.

2. Öffentliches Interesse an der Verfolgung von Straftaten

- 22 Nicht nur die durch eine Straftat verletzte Person, sondern auch die Allgemeinheit hat ein erhebliches Interesse daran, dass Straftaten aufgeklärt und Straftäter verfolgt und somit polizeiliche und grundrechtliche Güter sowie das gesellschaftliche Bedürfnis nach Ordnung und Sicherheit geschützt werden. Dieses Interesse wiegt umso schwerer, je gravierender die der beschuldigten Person zur Last gelegte Straftat ist.

²⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 17 zu § 4.

²⁷ KIENER/BREITENBÜCHER, Das Recht von Sans-Papiers auf Justizzugang, ZBl, S. 359.

²⁸ Vgl. Art. 299 ff. StPO.

3. Öffentliches Interesse an einer restriktiven Einwanderungspolitik

- 23 Für eine Überprüfung der Identität und des Aufenthaltsstatus von an Strafverfahren beteiligten Sans-Papiers und deren ausländer- und strafrechtliche Verfolgung spricht demgegenüber das öffentliche Interesse an einer *restriktiven Einwanderungspolitik* und deren Durchsetzung. Eine restriktive Einwanderungspolitik wird vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung als zulässiges öffentliches Interesse anerkannt. Sie dient insbesondere gegenüber Staatsangehörigen von ausserhalb des EU- und EFTA-Raumes dazu, die zahlenmässige Relation zwischen der in- und ausländischen Bevölkerung in der Schweiz ausgeglichen zu gestalten, der schon hier lebenden ausländischen Wohnbevölkerung aussichtsreiche Grundbedingungen zu bieten und einen hohen Beschäftigungsgrad im Schweizer Arbeitsmarkt zu erreichen.²⁹
- 24 Indessen wurde dieses Interesse vom Bundesgericht *relativiert*: Falls sich das öffentliche Interesse an einer Ausweisung oder dem Entzug resp. der Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen einer Interessenabwägung einzig in der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik erschöpft, resultiert nicht zwangsläufig eine Wegweisung der betroffenen Person.³⁰ Das – abstrakte – öffentliche Interesse an der Durchsetzung einer restriktiven Ausländerpolitik wird vom Bundesgericht im Kontext von Ausschaffungen oder Familiennachzügen jedenfalls nicht so stark gewichtet wie etwa in Konstellationen, in denen die öffentliche Ordnung und Sicherheit in der Schweiz betroffen ist, beispielsweise durch delinquentes Handeln von ausländerrechtlich erfassten Personen. Demnach vermag die Verletzung einzig von ausländerrechtlichen (und nicht auch anderen) Strafbestimmungen, die im Zusammenhang mit dem illegalen Aufenthalt einer ausländischen Person stehen, die öffentliche Ordnung und Sicherheit nicht stark zu gefährden.³¹

²⁹ BGE 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156; BGE 133 II 6 E. 6.3.1 S. 28; BGE 120 Ib 1 E. 3b S. 4; BGE 120 Ib 22 E. 4a S. 24; Urteil des BGer 2C_437/2008 vom 13. Februar 2009 E. 2.1. Zur restriktiven Einwanderungspolitik bereits Botschaft AuG, S. 3720.

³⁰ BGE 144 I 266 E. 3.9 S. 278 f.; BGE 136 I 285 E. 5.3 S. 289.

³¹ BGE 137 I 247 E. 4.2.1 S. 250; BGE 136 I 285 E. 5 S. 287; BGE 135 I 143 E. 4.4 S. 152 f.; Urteil des BGer 2C_227/2011 vom 25. August 2011, E. 3.

D. Verschiedene Ebenen des Schutzes für Sans-Papiers

- 25 Sans-Papiers, die Opfer einer Straftat wurden oder zur Aufklärung einer solchen beitragen können, werden dadurch in ihren Rechten geschützt, dass sie am Strafverfahren teilnehmen können, ohne als Folge davon mit einer Wegweisung rechnen zu müssen. Wie bereits im Gutachten *Justizzugang von Sans-Papiers* dargelegt³², kann ein solcher Schutz von Sans-Papiers auf verschiedenen Ebenen ansetzen:
- (1) Die Strafbehörden *verzichten auf die Erhebung der Identität und / oder des Aufenthaltsstatus* eines verfahrensbeteiligten Sans-Papiers.
 - (2) Die Strafbehörden leiten *keine Strafverfolgung wegen rechtswidrigen Aufenthalts* ein und geben Daten über die Identität und den ungültigen Aufenthaltsstatus des verfahrensbeteiligten Sans-Papiers nicht den Migrationsbehörden bekannt.
 - (3) Die Migrationsbehörden *verzichten auf die Verwertung* ihnen vorliegender Informationen über den ungültigen Aufenthaltsstatus eines verfahrensbeteiligten Sans-Papiers und sehen von einer Wegweisung ab.
- 26 Ein Vorgehen gemäss Ziff. 2, also der Verzicht auf die Einleitung eines Strafverfahrens und auf die Bekanntgabe von Daten an die Migrationsbehörden, entspricht einem strikten „Firewall“-System. Die „Free in, free out“-Praxis, wie sie in der *Aktennotiz „Free in, free out“* der Stadt Zürich dargestellt wurde, wirkt auf der ersten und zweiten Schutzebene. Gemäss den Ausführungen von *COMPAS, Safe Reporting on Crime for Victims and Witnesses* wirkt die „Free in, free out“-Praxis auf der dritten Schutzebene, da zwar Informationen an die Migrationsbehörden weitergeben werden, diese aber einem Verwertungsverbot unterliegen.
- 27 Bereits im Gutachten *Justizzugang von Sans-Papiers* wurde für das Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren untersucht, auf welcher dieser Schutzebenen die Stadt Zürich gemäss geltendem Recht über *Handlungsspielräume* verfügt. Die nachfolgenden Ausführungen bauen auf den Erkenntnissen dieses Gutachtens zum Strafverfahren auf und konkretisieren diese mit Blick auf eine Umsetzung der „Free in, free out“-Praxis.

³² KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers, Rz. 23.

IV. Erhebung der Identität und des Aufenthaltsstatus durch die Strafbehörden³³

- 28 Ein Sans-Papiers wäre im Strafverfahren geschützt, wenn er darauf vertrauen kann, dass er seinen ungültigen *Aufenthaltsstatus* gegenüber den Strafbehörden *nicht offenlegen muss*. Neben dem Aufenthaltsstatus kann für Sans-Papiers aber auch bereits die Bekanntgabe ihrer *Identität* problematisch sein. Denn aus dieser könnte – in Kombination mit den bei den Behörden vorhandenen Personendaten – geschlossen werden, dass es sich um eine illegal anwesende Person handelt. Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn eine Suche im Einwohnerregister ergibt, dass eine Person trotz entsprechendem Wohnsitz nicht in der Stadt Zürich angemeldet ist. Nachfolgend wird untersucht, *in welchen Situationen* die Strafbehörden entweder die Identität oder sowohl die Identität als auch den Aufenthaltsstatus einer verfahrensbeteiligten Sans-Papiers abklären müssen.

A. Erhebung der Identität

- 29 Das *Anzeigerecht* in Art. 301 Abs. 1 StPO berechtigt gemäss Wortlaut *jede Person* zur Anzeige von Straftaten bei einer Strafverfolgungsbehörde, unabhängig davon, ob sie von der Straftat geschädigt wurde. *Anzeigeberechtigt sind auch Personen ohne gültigen Aufenthaltsstatus*.
- 30 Art. 301 StPO enthält keine Angaben dazu, ob und welche Personendaten der anzeigenden Person in einer Strafanzeige enthalten sein müssen. Gemäss Absatz 1 ist eine Anzeige entweder schriftlich einzureichen oder mündlich zu Protokoll zu geben (vgl. Art. 301 Abs. 1 StPO). Die in Art. 110 Abs. 1 StPO statuierten Formvorschriften für schriftliche Eingaben von Parteien, die wohl im Grundsatz auch für schriftliche Anzeigen gelten,³⁴ verlangen, dass solche zu datieren und zu unterzeichnen sind. Dabei wird der Name der anzeigenden Person offengelegt. In der Praxis dürften schriftliche Strafanzeigen regelmässig auch weitere Personalien wie die Adresse der anzeigenden Person enthalten.

³³ Diese Ausführungen bauen auf KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Jusitzzugang von Sans-Papiers, Rz. 41 ff. auf; vgl. auch KIENER/BREITENBÜCHER, Das Recht von Sans-Papiers auf Justizzugang, ZBl, S. 362 ff.

³⁴ Vgl. RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 301 N 14.

- 31 Die mündliche Anzeigeerstattung unterscheidet sich von der schriftlichen Anzeigeerstattung insofern, als der einschlägige Sachverhalt und die Personalien auf einem Polizeiposten mündlich zu Protokoll gegeben werden.
- 32 Mit „Suisse ePolice“,³⁵ dem Schweizer Online-Polizeiposten, besteht schliesslich eine schweizweite Webapplikation, mittels derer einfache Diebstähle, Sachbeschädigungen und Verluste zur Anzeige gebracht werden können. Den Service nutzen kann nur, wer ein Benutzerkonto eröffnet und hierfür Vor- und Nachname, Geschlecht, Geburtsdatum, Adresse und Nationalität erfasst. Diese Daten werden in das Polizei-Informationssystem POLIS eingespeist. Eine „E-Anzeige“ scheidet in den Fällen aus, in denen Hinweise auf die Täterschaft existieren.
- 33 Wie gezeigt, wird in der Praxis wohl regelmässig die Identität von Anzeigeerstattenden erhoben. Dennoch befürwortet die Lehre die *Möglichkeit anonymer oder pseudonymer Strafanzeigen*.³⁶ Damit soll sichergestellt werden, dass ausnahmslos *jede* Person Anzeige erstatten kann und jedem Hinweis – im Sinne des strafprozessualen Legalitätsprinzips (Art. 7 Abs. 1 StPO) – nachgegangen wird.³⁷ So soll gemäss der Lehre auch die anonyme oder pseudonyme Anzeige einer Person, die sich berechtigterweise davor fürchtet, dass sich eine Anzeige für sie nachteilig auswirken könnte, z.B. weil sie sich gegen ihren Arbeitgeber richtet, von den Strafbehörden entgegengenommen und bearbeitet werden. Es wird nicht vorausgesetzt, dass die Anzeigende weiss, dass ihr für einen solchen Fall Schutzmassnahmen wie namentlich die Zusicherung der Wahrung ihrer Anonymität zur Verfügung stünden (vgl. Art. 149 f. StPO).³⁸
- 34 Dieser Argumentation zufolge hat die Polizei auch der anonymen oder pseudonymen Anzeige einer Person ohne gültigen Aufenthaltsstatus nachzugehen. Denn auch Sans-Papiers könnten aufgrund der Angst, dass ihre Daten an die Migrationsbehörden weitergeleitet werden, auf die Angabe ihrer (wahren) Identität verzichten. Indessen wäre wohl in den meisten Fällen der *Nutzen* einer solchen anonymen oder pseudonymen Anzeige

³⁵ Abrufbar unter: <<https://www.suisse-epolice.ch/fr#/home>> (besucht am 27.03.2020).

³⁶ So RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 301 N 14; LANDSHUT/BOSSHARD, Kommentar StPO, Art. 301 N 8; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1209; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, Art. 301 N 1.

³⁷ LANDSHUT/BOSSHARD, Kommentar StPO, Art. 301 N 5; RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 301 N 14.

³⁸ RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 301 N 14.

beschränkt. Der Umstand, dass die Strafverfolgungsbehörden die Identität der Anzeigen- den nicht kennen, kann die *Aufklärung des Sachverhalts* erschweren und den *Beweiswert* entsprechender Hinweise schmälern. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Strafverfol- gungsbehörden keine Möglichkeit haben, mit der Person nochmals Kontakt aufzunehmen und sie z.B. zu einer Einvernahme vorzuladen. Zudem kann die Offenlegung der Identität eines Verfahrensbeteiligten notwendig sein, um die *Rechte der beschuldigten Person*, insbesondere ihr verfassungsmässiges Recht auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), zu wahren. Denn die beschuldigte Person muss die Identität weiterer Verfahrensbeteilig- ter zumindest soweit kennen, als dies erforderlich ist, um die gegen sie erhobenen Vor- würfe nachvollziehen und sich effektiv dagegen verteidigen zu können.³⁹

- 35 Auch eine anonyme Beteiligung am *weiteren Strafverfahren*, insbesondere als geschädig- te Person, Zeuge oder Privatklägerschaft, ist *schwer umsetzbar*. Zwar bestünde die Mög- lichkeit, dass Sans-Papiers sich und ihre äussere Erscheinung zeigen und z.B. an Einver- nahmen auftreten, dabei aber ihre Personalien wie den Namen nicht offenlegen. Die Kor- respondenz könnte diesfalls über Dritte, z.B. über eine Beratungsstelle für Sans-Papiers, laufen. Ein solches Vorgehen dürfte in vielen Fällen weder die Aufklärung des Sachver- halts erschweren noch die Rechte der beschuldigten Person übermässig einschränken. Dem stünden jedoch die Bestimmungen der (eidgenössischen) StPO entgegen, wonach einzuvernehmende Personen nach ihren *Personalien* zu befragen sind und weitere Erhe- bungen zu ihrer Identität durchgeführt werden können (Art. 143 Abs. 1 und 3 StPO). Zu- dem sind in der Anklageschrift, in Urteilen und verfahrenserledigenden Entscheiden 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). Gemäss der Lehre sind anonyme *Strafanträge* bei Antragsdelikten unzulässig, da andernfalls die Berechtigung zur An- tragsstellung, die nur den durch eine Straftat verletzten Personen zusteht, nicht geprüft werden könne.⁴⁰ Zwar sieht die StPO in Art. 149 f. vor, dass einem Verfahrensbeteiligten zum Schutz vor einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem anderen schwe- ren Nachteil die *Wahrung seiner Anonymität* zugesichert werden kann und dafür geeig- nete Schutzmassnahmen getroffen werden. Dieser Mechanismus entfaltet seine Wirkung

³⁹ Vgl. RUCKSTUHL, BSK StPO, Art. 158 N 22b.

⁴⁰ Vgl. dazu Art. 30 Abs. 1 StGB; RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 304 N 6.

jedoch *nicht* gegenüber den Strafbehörden, sondern nur gegenüber anderen Verfahrensbeteiligten wie etwa der beschuldigten Person.⁴¹

- 36 Im *Ergebnis* können Sans-Papiers kaum darauf vertrauen, ohne Offenlegung ihrer Identität gegenüber den Strafbehörden wirksam an einem Strafverfahren teilnehmen zu können.

B. Erhebung des Aufenthaltsstatus

- 37 Die *Geheimhaltung des ausländerrechtlichen Aufenthaltsstatus* einer verfahrensbeteiligten Person wäre im Vergleich zur Geheimhaltung ihrer Identität mit weniger oder keinen Einschränkungen für die Strafverfolgung sowie für die Rechte der beschuldigten Person verbunden. Nachfolgend wird untersucht, ob und wann die Strafbehörden auf die Erhebung des Aufenthaltsstatus *verzichten* dürfen.
- 38 Bei der *Erstattung einer Strafanzeige* sind Informationen über den ausländerrechtlichen Status der anzeigenden Person *nicht erforderlich*. Dies zum einen, weil eine Strafanzeige von *jeder* Person erstattet werden kann, welche Kenntnis von einer Straftat hat, und die Kenntnis des Aufenthaltsstatus damit nicht notwendig ist.⁴² Zum anderen könnte die Erhebung des ausländerrechtlichen Status Sans-Papiers von der Erstattung einer Anzeige abhalten und damit ihrem Recht auf Zugang zur Justiz und dem öffentlichen Interesse an der Verfolgung von Straftaten zuwiderlaufen.⁴³
- 39 Auch im weiteren Verfahren ist die Kenntnis des Aufenthaltsstatus einer geschädigten Person, eines Zeugen, der Privatklägerschaft oder – bei Antragsdelikten – einer Strafantrag stellenden Person grundsätzlich *nicht notwendig*, damit die Strafbehörden ihre Aufgaben erfüllen können. Zur Identitätsfeststellung mit dem Zweck, dass der Sachverhalt erstellt, die Person einer Prozessrolle zugeordnet und Verwechslungen vermieden werden, reicht die Angabe *einfacher Personalien* wie insbesondere des Namens. Die Kenntnis des (ungültigen) Aufenthaltsstatus einer geschädigten Person oder einer Zeugin dürfte nur in seltenen, speziellen Konstellationen notwendig sein, um abzuklären, ob das Verhalten der beschuldigten Person strafbar ist. Auch bei Sans-Papiers, deren Prozessrolle

⁴¹ Vgl. Wehrenberg, BSK StPO, Art. 149 N 1 ff.

⁴² RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 301 N 4; 8; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1209.

⁴³ KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers, Rz. 46.

noch unklar ist oder die selbst einer Straftat beschuldigt sind, ist die Erhebung des Aufenthaltsstatus zumindest im Anfangsstadium des Strafverfahrens nicht erforderlich, sofern kein Anfangsverdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt vorliegt.⁴⁴

- 40 Die Kenntnis des Aufenthaltsstatus von Verfahrensbeteiligten ist somit im Strafverfahren grundsätzlich *nicht notwendig*. Aus grundrechtlicher Sicht ist es den Strafbehörden deshalb auch *verwehrt, diesen zu erheben*.⁴⁵ Identitätsmerkmale wie Name und Adresse einer Person können so festgestellt werden, dass ein ungültiger Aufenthaltsstatus nach Möglichkeit nicht offengelegt werden muss – z.B. durch einfache mündliche oder schriftliche Bestätigung der Identität, mit Hilfe eines ausländischen Identitätsausweises oder einer City Card⁴⁶. Anders ist die Situation jedoch zu beurteilen, wenn gegenüber einer Person ein *konkreter Verdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt* vorliegt. Diesfalls müssen die Strafbehörden grundsätzlich weitere Abklärungen treffen. Darauf ist unten (Ziff. V.A.) näher einzugehen.
- 41 Verfahrensbeteiligte Sans-Papiers, die im Strafverfahren ihren ungültigen Aufenthaltsstatus geheim halten möchten, werden zumindest teilweise durch *Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte* geschützt. Zwar sind Privatklägerinnen und Privatkläger bei Einvernahmen zur Aussage *verpflichtet*, die geschädigte Person und Zeugen müssen *wahrheitsgemäss* aussagen. Sie müssen sich jedoch nicht selbst derart belasten, dass sie strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könnten (Art. 163 Abs. 2, Art. 166 Abs. 1, Art. 169 Abs. 1 und Art. 180 Abs. 2 StPO). Da der rechtswidrige Aufenthalt gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. b Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) strafbar ist, können verfahrensbeteiligte Sans-Papiers bei entsprechenden Fragen und Nachforschungen der Strafbehörden die Aussage und Mitwirkung verweigern. Auch die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten (Art. 113 Abs. 1 StPO). Die Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte gelten sowohl bei der Erhebung von Personalien⁴⁷ als auch dann,

⁴⁴ Siehe dazu unten Rz. 45 ff. Die Abklärung des Aufenthaltsstatus einer beschuldigten Person kann aber im fortgeschrittenen Verfahren auch ohne einen Verdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt notwendig werden, wenn über eine Landesverweisung entschieden werden muss oder im Hinblick auf eine Meldung des Urteils an die Migrationsbehörden.

⁴⁵ KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers, Rz. 44.

⁴⁶ KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers, Rz. 64 ff.; KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten ZCC.

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

wenn eine Sans-Papiers direkt auf ihren Aufenthaltsstatus angesprochen oder mit einem Verdacht konfrontiert wird.

C. Ergebnis

- 42 Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Strafbehörden *in verschiedenen Konstellationen* auf die Erhebung des Aufenthaltsstatus von Verfahrensbeteiligten *verzichten dürfen*. Sans-Papiers müssen sich nicht selbst belasten und können bei Fragen oder Nachforschungen der Strafbehörden im Zusammenhang mit ihrem ungültigen Aufenthaltsstatus die Aussage oder Mitwirkung verweigern. Allerdings kann dabei das *Risiko nicht ausgeschlossen* werden, dass die Strafbehörden gleichwohl vom ungültigen Aufenthaltsstatus erfahren.
- 43 Es wäre auch denkbar, dass Sans-Papiers *vollständig anonym Anzeige erstatten* oder in einem bereits laufenden Strafverfahren Hinweise liefern. Diesen haben die Strafverfolgungsbehörden aufgrund des strafprozessualen Verfolgungszwangs nachzugehen. Eine aktive Teilnahme am weiteren Strafverfahren mit den entsprechenden Rechten und Pflichten (z.B. als Privatklägerin oder Privatkläger) wäre jedoch ohne Offenlegung der Identität gegenüber den Strafbehörden *schwer umsetzbar* und ist gemäss der geltenden StPO auch *nicht vorgesehen*.

V. Strafrechtliche Verfolgung und Meldung eines rechtswidrigen Aufenthalts an die Migrationsbehörden

- 44 Es stellt sich die Frage, ob die Strafbehörden, wenn sie von einem rechtswidrigen Aufenthalt *Kenntnis* haben, verpflichtet sind, ein *Strafverfahren durchzuführen* und den rechtswidrigen Aufenthalt den Migrationsbehörden zu *melden*.

A. Einleitung eines Strafverfahrens gestützt auf einen hinreichenden Tatverdacht

1. Tatverdacht

- 45 Die Strafbehörden sind aufgrund des strafprozessualen *Verfolgungszwangs* verpflichtet, ein Verfahren einzuleiten und Ermittlungen aufzunehmen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende *Verdachtsgründe* bekannt werden (Art. 7 Abs. 1, Art. 299 Abs. 2 StPO). Sind sie für die Verfolgung des Delikts nicht selber zuständig, müssen sie

den Verdacht der zuständigen Behörde *anzeigen* (Art. 302 Abs. 1 StPO). Diese ist wiederum zur Einleitung eines Strafverfahrens verpflichtet. Die Verfolgungspflicht gehört zu den Kernprinzipien des schweizerischen Strafprozessrechts. Sie ist Ausdruck des *Legalitätsprinzips* und bezweckt eine *rechtsgleiche* Durchsetzung des materiellen Strafrechts.⁴⁸

- 46 Da der rechtswidrige Aufenthalt strafbar ist, greift die Verfolgungspflicht der Strafbehörden auch bei einem *hinreichenden Verdacht auf einen rechtswidrigen Aufenthalt*. Ein solcher Tatverdacht kann während des gesamten Strafverfahrens aufkommen und sich nicht nur gegen die im Verfahren beschuldigte Person, sondern auch gegen andere Verfahrensbeteiligte wie die geschädigte Person oder Zeugen richten. Gegen die vom Verdacht betroffene Person wird ein neues Strafverfahren eingeleitet, in dessen Rahmen vertieft überprüft werden muss, ob sie über einen gültigen Aufenthaltstitel verfügt.⁴⁹
- 47 Unterschiedliche Anforderungen bestehen in Bezug auf die *Intensität* des verlangten Tatverdachts: Die Strafverfolgungsbehörden (insbesondere Polizei und Staatsanwaltschaft) müssen bereits Ermittlungen einleiten, wenn ein *Anfangsverdacht* vorliegt. Die Strafgerichte sind jedoch erst bei einem *qualifizierten* Tatverdacht zur Anzeige gegenüber den Strafverfolgungsbehörden verpflichtet.⁵⁰ Ein Anfangsverdacht setzt eine „auf konkreten Hinweisen beruhende Vermutung, es sei eine strafbare Handlung begangen worden“ voraus.⁵¹ Eine bloss unbestimmte Vermutung strafbaren Handelns genügt nicht.⁵² Auch die Hautfarbe oder die vermutete ethnische oder religiöse Zugehörigkeit einer Person vermögen für sich alleine keinen Anfangsverdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt zu begründen.⁵³ Strafprozessuale Erhebungen, die ohne Vorliegen des verlangten Tatverdachts vorgenommen werden und lediglich der Begründung eines solchen dienen, sind unzulässig.⁵⁴
- 48 Wenn eine Person im Strafverfahren anonym bleiben möchte oder bei Fragen nach ihrem Aufenthaltsstatus berechtigterweise die Aussage oder z.B. das Vorweisen eines Identi-

⁴⁸ RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 7 N 1 ff.

⁴⁹ Vgl. RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 7 N 14.

⁵⁰ M.w.H. KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers, Rz. 106 ff.

⁵¹ RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 299 N 15.

⁵² RIEDO/BONER, BSK StPO, Art. 300 N 4 ff.

⁵³ Siehe hierzu eingehend SKMR, Gutachten Personenkontrollen, S. 1 ff.

⁵⁴ LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO, Art. 299 N 26; zum Ganzen KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers, Rz. 43 und 62.

tätsdokuments verweigert, begründet dies auch in Kombination mit einer bestimmten äusseren Erscheinung keinen genügenden Anfangsverdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt.⁵⁵

- 49 Bei der Frage, ob resp. wann ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, verfügen die Strafbehörden über einen gewissen *Ermessensspielraum*. Auch können sie durch ein *umsichtiges Vorgehen* bei Einvernahmen und Beweiserhebungen vermeiden, dass ein Tatverdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt entsteht und so zur Gewährleistung des Rechts auf Justizzugang von Sans-Papiers beitragen. Dennoch kann nicht ganz ausgeschlossen werden, dass sich im Strafverfahren ein Verdacht in Bezug auf eine verfahrensbeteiligte Sans-Papiers hinreichend konkretisiert. Dieser könnte sich z.B. aus den Aussagen der Verfahrensbeteiligten oder aus anderen Beweismitteln⁵⁶ ergeben. In einem solchen Fall sind die Strafbehörden grundsätzlich verpflichtet, gegen die verdächtige Verfahrensbeteiligte ein neues Strafverfahren einzuleiten und dabei auch ihren Aufenthaltsstatus zu erheben⁵⁷.

2. Strafprozessualer Verfolgungszwang

- 50 Die Pflicht der Strafbehörden, eine Strafverfolgung einzuleiten und durchzuführen, gilt nicht absolut. Gemäss Art. 8 StPO dürfen die Staatsanwaltschaft und Gerichte von einer Strafverfolgung absehen, wenn die beschuldigte Person aufgrund besonderer Umstände von einer Strafe zu befreien ist (vgl. Art. 52, 53 und 54 StGB) oder wenn eine allfällige Strafe neben anderen bereits ausgesprochenen oder noch auszusprechenden Strafen nicht ins Gewicht fallen würde und keine überwiegenden Interessen der Privatklägerschaft entgegenstehen (vgl. Art. 8 Abs. 2 StPO). Es handelt sich um Erscheinungsformen des Opportunitätsprinzips, wonach die Strafverfolgung im Ermessen der zuständigen Behör-

⁵⁵ Vgl. dazu KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten ZCC, Rz. 128 f. Bei einer berechtigten Aussageverweigerung darf keine Strafuntersuchung hinsichtlich des inkriminierten Sachverhaltes eröffnet werden, zu dem die Aussage verweigert wurde, siehe VEST/HORBER, BSK StPO, Art. 169 N 2.

⁵⁶ Dabei ist jedoch zu beachten, dass ein rechtswidriger Aufenthalt einer Verfahrensbeteiligten, der bei der Anwendung von Zwangsmassnahmen bekannt wird, als Zufallsfund einem Verwertungsverbot unterliegen kann (vgl. Art. 278 und 296 StPO).

⁵⁷ Es ist zu beachten, dass Aussagen, die ein Sans-Papiers als Zeuge oder Auskunftsperson gemacht hat, in einem nachfolgenden Strafverfahren wegen rechtswidrigen Aufenthalts nicht gegen ihn verwendet werden dürfen, weil sonst Beschuldigtenrechte umgangen würden (vgl. Art. 158 Abs. 2 StPO; RUCKSTUHL, BSK StPO, Art. 158 N 3 ff.). Das dürfte aber nicht verhindern, dass die Strafverfolgungsbehörden den rechtswidrigen Aufenthalt nachweisen können.

den steht.⁵⁸ Weitere Anwendungsfälle des Opportunitätsprinzips sieht die StPO nicht vor. Neben den im Gesetz verankerten Ausnahmen vom Verfolgungszwang wird in der (nicht einhelligen) Lehre auch ein faktisches Opportunitätsprinzip aufgrund des Umstands anerkannt, dass es für die Strafverfolgungsbehörden kaum möglich ist, alle Sachverhalte mit der gleichen Intensität zu verfolgen.⁵⁹ Dieses erlaubt jedenfalls informell, Fälle zu gewichten und zu priorisieren und Verfahren letztlich einzustellen bzw. nicht zu überweisen.⁶⁰

- 51 Strafbehörden, die einen hinreichenden Tatverdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt gegen eine verfahrensbeteiligte Person haben, können sich – abgesehen von speziellen Konstellationen – nicht auf ein gesetzlich geregeltes Opportunitätsprinzip berufen. Sie könnten jedoch argumentieren, dass bei der Anwendung von Art. 7 StPO die *Verfassung*, namentlich das *Verhältnismässigkeitsprinzip* und die *Grundrechte* zu beachten sei und infolge einer entsprechenden *Güterabwägung* ein ungeschriebenes Opportunitätsprinzip gelte. Nach dieser Betrachtungsweise ist das Interesse von Sans-Papiers an der Initiierung eines Strafverfahrens und der Teilnahme daran sowie das Interesse der Allgemeinheit an einer (effektiven) Verfolgung und Ahndung von Straftaten hoch zu gewichten. Im Vergleich dazu wäre die strafrechtliche Verfolgung einer Sans-Papiers, die eine Straftat anzeigt oder als Zeugin oder Auskunftsperson zur Aufklärung beiträgt, selber aber nicht einer anderen Straftat als des rechtswidrigen Aufenthalts verdächtigt wird, von untergeordnetem öffentlichen Interesse. Es könnte geltend gemacht werden, dass der rechtswidrige Aufenthalt alleine grundrechtlich geschützte Interessen nicht unmittelbar bedroht und die öffentliche Ordnung und Sicherheit nicht stark zu gefährden vermag. Weiter wäre zu argumentieren, dass es sich beim rechtswidrigen Aufenthalt um eine Bestimmung des Verwaltungsstrafrechts handelt; die Strafbarkeit verstärkt eine primär *verwaltungsrechtliche Pflicht* – die Pflicht, sich nur mit einer gültigen ausländerrechtlichen Bewilligung in der Schweiz aufzuhalten. Die Strafbehörden nehmen in der Verfolgung und Durchsetzung dieser Pflicht somit eine *Nebenrolle* ein. Eine Interessenabwägung könnte deshalb zum Ergebnis führen, dass die Strafbehörden die aktive Verfolgung eines rechtswidrigen

⁵⁸ FIOLKA/RIEDO, BSK StPO, Art. 7 N 2.

⁵⁹ MÜLLER, S. 283.

⁶⁰ GREINER, S. 241; THOMMEN, S. 151 m.w.H.; zur Kritik daran siehe z.B. MÜLLER, S. 283.

Aufenthalts hinter die Gewährleistung einer funktionierenden Strafjustiz und die Verfolgung schwerwiegender Straftaten gegen individuelle Rechtsgüter zurückstellen dürfen. Demnach wäre es ihnen erlaubt, im Einzelfall trotz Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts auf die Einleitung einer Strafverfolgung wegen rechtswidrigen Aufenthalts gegen eine Verfahrensbeteiligte zu verzichten.

- 52 Die soeben dargelegte Argumentation ist jedoch *juristisch heikel*: Da ein solches Opportunitätsprinzip gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist, steht sie in einem Spannungsverhältnis zum (vorliegend streng anzuwendenden) Legalitätsprinzip und damit auch im Widerspruch zu einer rechtsgleichen Strafverfolgung. Sie würde ausserhalb von faktischen Zwängen wie begrenzter Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden stehen und *materielle Wertungen* erfordern und könnte zum Verzicht auf die Verfolgung und Bestrafung wegen eines Delikts führen, das der Gesetzgeber immerhin als *Vergehen*⁶¹ einstuft.
- 53 Zudem wäre den Sans-Papiers mit einem solchen Opportunitätsprinzip auch nur bedingt geholfen, da für sie kaum vorhersehbar ist, ob die Strafbehörden dieses im Einzelfall anwenden werden.

B. Meldung des Aufenthaltsstatus an die Migrationsbehörden

- 54 Gemäss Art. 82 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) melden die Polizei- und Gerichtsbehörden sowie die Strafuntersuchungsbehörden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert die Anhebung und die Einstellung von Strafuntersuchungen, Verhaftungen und Entlassungen, von denen Ausländerinnen und Ausländer betroffen sind, sowie entsprechende zivil- und strafrechtliche Urteile (Absatz 1). Eine Meldung erfolgt zudem, wenn sich eine kontrollierte Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält (Absatz 2). Diese Verordnungsbestimmung stützt sich auf Art. 97 Abs. 3 Bst. a und b AIG, welcher den Bundesrat ermächtigt, Meldepflichten bei der Eröffnung von Strafuntersuchungen sowie zivil- und strafrechtlichen Urteilen einzuführen. Inhalt und Tragweite dieser ausländerrechtlichen Meldepflichten haben die Gutachterinnen im Gutachten *Justizzugang von Sans-Papiers* ausführlich diskutiert, auf diese Ausführungen wird verwiesen. Sie kamen zum Schluss, dass Art. 82 VZAE *eng auszulegen*

⁶¹ Vgl. Art. 115 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 10 Abs. 3 StGB.

ist und die meldepflichtigen Behörden vor der Meldung eines rechtswidrigen Aufenthalts eine umfassende *Interessenabwägung* vorzunehmen haben.⁶²

- 55 Angewendet auf das Strafverfahren dürfte Art. 97 Abs. 3 AIG in Verbindung mit Art. 82 VZAE jedoch wenig Spielraum belassen, um auf eine Meldung zu verzichten, sobald aufgrund eines hinreichenden Tatverdachts ein Strafverfahren wegen rechtswidrigen Aufenthalts eingeleitet wird. Die Durchführung eines solchen Strafverfahrens und eine anschliessende Verurteilung, ohne dass die Migrationsbehörden einbezogen und informiert werden, würde zu einem widersprüchlichen Resultat führen: Der betroffene Sans-Papiers würde *strafrechtlich* zur Verantwortung gezogen wegen der Verletzung einer *verwaltungsrechtlichen* Pflicht, ohne dass diese verwaltungsrechtliche Pflicht durchgesetzt würde und die verwaltungsrechtlichen Rechtsfolgen der Pflichtverletzung eintreten.

C. Ergebnis

- 56 Liegt seitens der Strafbehörden ein genügender Tatverdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt eines verfahrensbeteiligten Sans-Papiers vor, sind sie verpflichtet, ein Strafverfahren einzuleiten und in dessen Rahmen weitere Ermittlungen zu tätigen. Ein Verzicht auf die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens wäre nur unter Abstützung auf ein in Teilen der Lehre anerkanntes, ungeschriebenes und mit einer Interessenabwägung begründetes Opportunitätsprinzip möglich, dessen Anwendung aber juristisch problematisch und zudem für Sans-Papiers kaum vorhersehbar ist. Immerhin könnten die Strafbehörden bei Einvernahmen und Beweiserhebungen durch ein umsichtiges und auf die Thematik sensibilisiertes Vorgehen darauf hinwirken, dass ein Tatverdacht gegen verfahrensbeteiligte Sans-Papiers gar nicht erst entsteht. Auch darauf können sich Sans-Papiers aber nicht verlassen.
- 57 Sobald die Strafbehörden ein Strafverfahren wegen rechtswidrigen Aufenthalts gegen eine Sans-Papiers einleiten und durchführen, entsteht auch eine *Pflicht zur Meldung* des rechtswidrigen Aufenthalts an die Migrationsbehörden.

⁶² KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers, Rz. 76 ff.; KIENER/BREITENBÜCHER, Das Recht von Sans-Papiers auf Justizzugang, ZBl, S. 369 f.

VI. Verwertung von Informationen über einen rechtswidrigen Aufenthalt durch die Migrationsbehörden⁶³

- 58 Die Migrationsbehörden sind aufgrund ihrer Bindung an das Legalitätsprinzip und das Rechtsgleichheitsgebot *verpflichtet*, illegal anwesende Ausländerinnen und Ausländer wegzuweisen, wenn sie eine entsprechende Meldung erhalten und die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Wegweisung erfüllt sind. Einen Ermessensspielraum hätten sie höchstens dann, wenn die ihnen vorgelegten Beweise rechtswidrig erhoben worden waren. Bezüglich *rechtswidrig erlangter Beweismittel* besteht der Praxis zufolge auch im Verwaltungsrecht ein Verwertungsverbot, es sei denn, das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung und der Durchsetzung des Rechts überwiegt.⁶⁴ Da Beweisverwertungsverbote von Amtes wegen zu beachten sind⁶⁵, haben die Migrationsbehörden jeweils von sich aus zu prüfen, ob die ihnen vorliegenden Informationen rechtmässig erlangt worden sind.
- 59 Vor dem Hintergrund dieser Regelung könnte argumentiert werden, dass die Migrationsbehörden eine Meldung der Strafbehörden, wonach sich eine in einem Strafverfahren als geschädigte Person oder Zeugin auftretende Verfahrensbeteiligte rechtswidrig in der Schweiz aufhalte, nicht verwerten dürfen, weil diese Information durch einen schweren Verstoß gegen das Recht auf Justizzugang erlangt worden ist. Auch diese Argumentation würde aber zur Situation führen, dass eine Sans-Papiers wegen ihres prekären Aufenthaltsstatus strafrechtlich verurteilt würde, nicht jedoch die entsprechenden migrationsrechtlichen Folgen zu gewärtigen hätte. Ein solches Resultat wäre widersprüchlich und im Ergebnis kaum haltbar.

⁶³ Vgl. KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers, Rz. 129.

⁶⁴ BGE 120 V 435 E. 3b S. 439 f.; 139 II 95 E. 3.1 S. 100 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 731.

⁶⁵ BGE 120 V 435 E. 3c S. 440.

VII. Schlussfolgerungen für eine Umsetzung der „Free in, free out“-Praxis in Zürich

60 Die Analyse der Ermessens- und Handlungsspielräume, welche zum Schutz von an einem Strafverfahren beteiligten Sans-Papiers genutzt werden können, ergibt folgendes Bild:

- Die Strafbehörden sind grundsätzlich dazu verpflichtet, die *Identität* von verfahrensbeteiligten geschädigten Personen, Zeugen, Antragsstellenden etc. *abzuklären*. Nur *Strafanzeigen* und einzelne Hinweise zur Straftat können sie anonym oder pseudonym entgegennehmen. Zudem dürfen sie in verschiedenen Konstellationen davon absehen, den *Aufenthaltsstatus* von verfahrensbeteiligten Personen zu erheben.
- Während des Strafverfahrens kann aus unterschiedlichen Gründen ein hinreichender *Verdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt* gegen einen Verfahrensbeteiligten entstehen. Die Strafbehörden können eine solche Verdachtsentstehung nicht vollständig verhindern, zum Schutz von Sans-Papiers aber die *Wahrscheinlichkeit reduzieren*, dass sich ein entsprechender Tatverdacht konkretisiert. Sie können den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit einräumen, ihre Identität *ohne Offenlegung ihres Aufenthaltsstatus* nachzuweisen, sie auf ihre *Mitwirkungs- und Aussageverweigerungsrechte* hinweisen und diese auch konsequent beachten. Angesichts des grundrechtlichen Anspruchs von Sans-Papiers auf Zugang zur Justiz sollten sich die Strafverfolgungsbehörden bei Einvernahmen und weiteren Beweiserhebungen der Problematik von Sans-Papiers jederzeit bewusst sein und dafür sorgen, dass ein allfälliger prekärer Aufenthaltsstatus nicht unnötigerweise offengelegt wird.
- Sobald ein *hinreichender Tatverdacht* auf rechtswidrigen Aufenthalt besteht, haben die Strafbehörden *kaum Spielraum*, auf die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens zu verzichten. Zwar könnte unter Berufung auf überwiegende grundrechtliche und öffentliche Interessen eine Ausnahme vom strafrechtlichen Verfolgungszwang konstruiert werden, diese Argumentation scheint jedoch mangels expliziter gesetzlicher Regelung juristisch heikel. Sobald die Strafbehörden ein Strafverfahren wegen rechtswidrigen Aufenthalts einleiten, müssen sie auch eine *Meldung* an die Migrationsbehörden erstatten.

- Ein Verzicht der *Migrationsbehörden* darauf, eine Meldung der Strafbehörden betreffend rechtswidrigen Aufenthalt zu *verwerten* und die gemeldete Sans-Papiers wegzuweisen, schiene juristisch schwierig begründbar und im Resultat widersprüchlich.
- 61 Das in der *Aktennotiz* „*Free in, free out*“ beschriebene Vorgehen der Amsterdamer Polizei, wonach ein Sans-Papiers anlässlich einer Strafanzeige mit einem Flyer auf seine Situation und seine Rechte aufmerksam machen kann, wäre in der Stadt Zürich *nicht umsetzbar*. Aus dem Inhalt des Flyers ergibt sich (anders als etwa bei Vorweisen einer ZCC) ausdrücklich, dass es sich bei der betroffenen Person um eine Sans-Papiers handelt. Es läge also bereits ein hinreichender Verdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt vor, dem die Strafbehörden nachzugehen hätten. Auch für einen Verzicht auf die Meldung eines Sans-Papiers an die Migrationsbehörden resp. für ein Absehen von der Verwertung einer entsprechenden Meldung durch die Migrationsbehörden existiert im Schweizer Recht (insbesondere im AIG) keine belastbare gesetzliche Grundlage.
- 62 Zwar wäre es möglich, unter Berufung auf die Grundrechte und das verfassungsrechtliche *Verhältnismässigkeitsprinzip* die Interessen der Sans-Papiers am Schutz vor Straftaten und am Zugang zur Justiz sowie das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Straftaten mit dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik *abzuwägen* und im Ergebnis einen vollständigen Schutz für Sans-Papiers im Strafverfahren umzusetzen. Dies könnte aber nur gestützt auf eine *juristisch unsichere Rechtslage* geschehen. Die Spielräume, welche den Strafbehörden neben dieser verfassungsrechtlichen Argumentation verbleiben, können zwar durchaus *gewinnbringend genutzt* werden, gewährleisten im Ergebnis aber nur einen *lückenhaften Schutz* von Sans-Papiers. Es wäre nicht zu vermeiden, dass an einem Strafverfahren beteiligte Sans-Papiers *ein Risiko* eingehen und gleichzeitig über eine vergleichsweise hohe *Rechtskompetenz* verfügen müssen, um sich bestmöglich vor einer Aufdeckung des prekären Aufenthaltsstatus schützen zu können.
- 63 Angesichts eines solchen bloss unvollständigen Schutzes ist aus grundrechtlicher Sicht unbedingt darauf zu achten, dass Sans-Papiers über die mit einer Strafanzeige und einer Teilnahme an einem Strafverfahren verbundenen Schutzrechte und Risiken *aufgeklärt sind* und danach handeln können. Es darf ihnen kein Schutz suggeriert werden, wo dieser nicht eingehalten werden kann.

VIII. Voraussetzungen und notwendige Rechtsgrundlagen

- 64 Um Sans-Papiers in einem Strafverfahren in der Stadt Zürich bestmöglich zu schützen, sind zunächst die entsprechenden Zuständigkeiten der Stadt und des Kantons zu klären. Danach zeigen wir verschiedene Handlungsmöglichkeiten auf, die auf den Empfehlungen im *Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers* aufbauen.

A. Zuständigkeiten des Kantons und der Stadt Zürich im Strafverfahren

- 65 Gemäss Art. 301 Abs. 1 StPO hat jede Person das Recht, Straftaten bei einer Strafverfolgungsbehörde anzuzeigen. Grundsätzlich kann somit bei jeder kantonalen oder kommunalen Polizeibehörde Anzeige erstattet werden, mithin bei Polizeiposten der Kantonspolizei und der Stadtpolizei Zürich.
- 66 Ein Blick in die Online-Auftritte der Kantons- und Stadtpolizei Zürich bestätigt diesen Befund: Sowohl die Webseite der Kantonspolizei als auch jene der Stadtpolizei verweisen zur Anzeige von bestimmten Delikten auf „Suisse ePolice“ oder fordern, wenn dies nicht möglich ist, dazu auf, die Anzeige bei einer „Polizeistelle“ aufzugeben. Die Bürgerin kann somit selber entscheiden, ob sie eine Anzeige bei der Kantonspolizei oder der Stadtpolizei Zürich aufgeben möchte.
- 67 Welches Polizeikorps nach der Anzeigeerstattung für die polizeiliche Ermittlung zuständig ist, regeln das Polizeiorganisationsgesetz (POG) und die Verordnung über die kriminalpolizeiliche Aufgabenteilung:
- 68 Gemäss § 8 Abs. 1 POG umfassen die kriminalpolizeilichen Aufgaben die Verhinderung strafbarer Handlungen, die Feststellung von Straftaten und deren Aufklärung nach Massgabe der StPO und damit auch die Entgegennahme von Anzeigen. Grundsätzlich ist die Kantonspolizei die Kriminal-, Sicherheits- und Verkehrspolizei für den ganzen Kanton Zürich (§ 11 Abs. 1 POG) und entsprechend auf dem ganzen Kantonsgebiet zum Handeln befugt (§ 11 Abs. 2 POG). Demgegenüber handelt die kommunale Polizei im Rahmen der polizeilichen Zuständigkeit auf ihrem Gemeindegebiet (§ 12 Abs. 1 POG).
- 69 Gemäss § 13 Abs. 1 POG stellt die Kantonspolizei die kriminalpolizeiliche Grundversorgung sicher, dies vorbehältlich der Zuständigkeiten der Stadtpolizeien Zürich und Winterthur. Komplexe Strafrechtsfälle sowie die von den Bundesbehörden delegierten Verfahren werden von den kriminalpolizeilichen Spezialdiensten der Kantonspolizei bearbeitet.

tet (§ 13 Abs. 2 POG). Welche Delikte zu komplexen Strafrechtsfällen im Sinne von § 13 Abs. 2 POG zählen, ist in §§ 1-3 der Verordnung über die kriminalpolizeiliche Aufgabenteilung definiert. Grundsätzlich bearbeitet die Kantonspolizei im ganzen Kanton die komplexen Strafrechtsfälle und die von den Bundesbehörden delegierten Verfahren (§ 5 Abs. 1 der Verordnung über die kriminalpolizeiliche Aufgabenteilung), auf dem Gebiet der Stadt Zürich stellt jedoch die Stadtpolizei Zürich die kriminalpolizeiliche Grundversorgung sicher, zusätzlich zu einigen komplexen Strafrechtsfällen (§ 6 der Verordnung über die kriminalpolizeiliche Aufgabenteilung). Wird die Anzeige bei einer unzuständigen Stelle erstattet, ist diese zur Bearbeitung an die zuständige Einheit weiterzuleiten (Art. 302 Abs. 1 StPO).

- 70 *Zusammenfassend* sind auf dem Gebiet der Stadt Zürich sowohl die Kantonspolizei als auch die Stadtpolizei für die Entgegennahme von Strafanzeigen zuständig. Die Zuständigkeit für die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens (vgl. Art. 306 f. StPO) nach Eingang einer Anzeige hängt vom angezeigten Delikt ab.
- 71 Sobald es der Stand der Ermittlungen, die Anordnung von Zwangsmassnahmen oder die Schwere der Straftaten erfordern, eröffnet die zuständige Staatsanwaltschaft ein Untersuchungsverfahren (vgl. Art. 309 StPO). Die Staatsanwaltschaften sind kantonale Behörden (vgl. §§ 86 und 93 GOG). Ebenfalls dem Kanton zugeordnet sind die für die gerichtliche Beurteilung in Strafverfahren zuständigen Bezirksgerichte und das Obergericht.
- 72 Die Zuständigkeit für die Durchführung eines Strafverfahrens auf dem Gebiet der Stadt Zürich geht somit spätestens mit der *Eröffnung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung* von der Stadt zum *Kanton* über. Bei der Umsetzung von Massnahmen zum Schutz von Sans-Papiers sind folglich immer sowohl die städtischen als auch die kantonalen Strafbehörden einzubeziehen. *Der Stadt stehen in diesem Zusammenhang kaum abschliessende Handlungsmöglichkeiten zu.*

B. Voraussetzungen und Rechtsgrundlagen für eine Umsetzung durch städtische und kantonale Strafbehörden

- 73 Die oben analysierten Rechtsvorschriften, welche den Schutz von Sans-Papiers im Strafverfahren erschweren oder verunmöglichen, ergeben sich aus dem *Bundesrecht*, insbesondere aus der StPO und dem AIG. Die *Anpassung dieser Rechtsgrundlagen* mit Blick auf die grundrechtlich geschützten Interessen von Sans-Papiers und weitere betroffene

öffentliche Interessen wäre aus grundrechtlicher Sicht wünschenswert. Eine entsprechende Regelung müsste hinreichend klar und bestimmt formuliert sein, so dass Sans-Papiers im Einzelfall darauf vertrauen können, bei Erstattung einer Strafanzeige und der Teilnahme an einem Strafverfahren vor einer Wegweisung geschützt zu sein. Die Stadt und der Kanton Zürich haben jedoch wenig Einfluss auf die Änderung von Bundesgesetzen.

74 Den städtischen und kantonalen Behörden stehen gleichwohl folgende *Handlungsmöglichkeiten* offen:

- Die Polizeibehörden, die Staatsanwaltschaften und die Gerichte der Stadt und des Kantons Zürich *sensibilisieren* ihre Angestellten auf die Problematik des Schutzes von Sans-Papiers im Strafverfahren und erlassen entsprechende *Weisungen und Richtlinien*. In diesen Weisungen und Richtlinien definieren sie jene Massnahmen zum Schutz von Sans-Papiers, für welche das übergeordnete Recht Raum lässt. Dazu gehört insbesondere der Verzicht auf die *Erhebung des Aufenthaltsstatus*. Die Identität von Sans-Papiers wird so festgestellt, dass diese nicht gleichzeitig ihren Aufenthaltsstatus offenlegen müssen, beispielsweise indem die Behörden auch eine Identitätskarte ohne Angaben zum Aufenthaltsstatus (City Card) akzeptieren. Die Durchführung von strafprozessualen Einvernahmen und weiteren Beweiserhebungen geschieht in einer Weise, dass *kein Anlass zur Offenlegung des Aufenthaltsstatus* von verfahrensbeteiligten Sans-Papiers gegeben und *Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte* gewährleistet werden. Auch wäre zu überlegen, ob und gegebenenfalls wie eine Möglichkeit für *anonyme* Strafanzeigen oder Hinweise geschaffen werden könnte.
- Die von den *Strafbehörden* der Stadt und des Kantons Zürich angewandte Praxis wird auch gegen aussen hin *bekannt gemacht*, und sie ist *klar und vorhersehbar*. Weisungen und Richtlinien sind *öffentlich zugänglich* oder jedenfalls Rechtsvertretern und anderen Stellen bekannt, die Sans-Papiers bei der Wahrnehmung ihrer Rechte beraten. Die *Opferhilfestellen* oder andere staatliche oder staatlich unterstützte *Anlauf- und Beratungsstellen für Sans-Papiers* mit entsprechenden Schweigepflichten informieren und beraten Sans-Papiers über ihre Rechte und über schützende Verhaltensweisen im Strafverfahren. Sie analysieren die Chancen und Risiken einer Anzeige und einer Teilnahme am nachfolgenden Strafverfahren namentlich mit Blick

auf eine drohende Wegweisung. Allenfalls klären sie bereits vorgängig die Situation mit den Strafverfolgungsbehörden ab.

- Auch die *Migrationsbehörden* sind auf die Thematik von Sans-Papiers im Strafverfahren zu sensibilisieren. Im Rahmen des übergeordneten Rechts verzichten sie auf die Einholung von Informationen zu an einem Strafverfahren beteiligten geschädigten Personen oder Zeuginnen und prüfen die Anwendbarkeit von Verwertungsverböten.
- Die städtischen und kantonalen *Strafbehörden* sowie die *Migrationsbehörden koordinieren* ihre Anstrengungen zum Schutz von Sans-Papiers im Strafverfahren untereinander und sorgen für eine *einheitliche, vorhersehbare* Umsetzung.

IX. Beantwortung der Rechtsfragen

Die Antworten zu den Fragekomplexen 1-3 sind dem Präsidialdepartement Ende Februar 2020 zugestellt worden.

Fragekomplex (4): Justizzugang bei der Polizei

1. Könnte die in den Niederlanden bei Strafanzeigen bei der Polizei praktizierte „Free in- und Free out-Praxis“ in der Stadt Zürich bei den Polizeiposten der Stadt- und Kantonspolizei im Sinne des Opferschutzes umgesetzt werden, unter Berücksichtigung einer Rechtsgüterabwägung zwischen dem Opferschutz (Schwere des angezeigten Delikts) und der Durchsetzung des Ausländerrechts (keine Abklärung des Aufenthaltsstatus der Anzeige erstattenden Person)?

Die in den Niederlanden praktizierte „Free in, free out“-Praxis könnte in der Stadt Zürich *nicht* so umgesetzt werden, dass Sans-Papiers bei der Erstattung einer Strafanzeige und bei der Teilnahme an einem nachfolgenden Strafverfahren *lückenlos geschützt* sind und insbesondere eine Meldung an die Migrationsbehörden verbunden mit einer Wegweisung *in jedem Fall verhindert* werden kann. Die Umsetzung einer solchen Praxis unter Berufung auf überwiegende Interessen von Sans-Papiers und der Allgemeinheit an der Verfolgung von Straftaten und am Rechtsschutz müsste sich auf eine *unsichere Rechtslage* stützen.

Auch wenn der Schutz von Sans-Papiers im Strafverfahren nicht garantiert werden kann, so haben die Strafbehörden doch verschiedene *Möglichkeiten*, diesen zumindest *teilweise zu verwirklichen*. Insbesondere können sie dazu beitragen, dass eine verfahrensbeteiligte Person ihren Aufenthaltsstatus nicht offenlegt oder offenlegen muss.

2. Falls 1 bejaht wird: Welche Voraussetzungen und Rechtsgrundlagen (inklusive kantonale Weisungen) wären hierfür nötig?

Um einen vollständigen, rechtssicheren Schutz von Sans-Papiers im Strafverfahren zu gewährleisten, müssten die Rechtsgrundlagen auf *Bundesebene* angepasst werden.

Auf *kantonalen Ebene* könnte ein gewisser Schutz von Sans-Papiers mit dem Erlass von behördlichen *Weisungen und Richtlinien* sowie einer generellen *Sensibilisierung* der Angestellten von Straf- und Migrationsbehörden erreicht werden. Weisungen und Richtlinien müssten öffentlich zugänglich oder jedenfalls Rechtsvertreterinnen und Beratungsstellen bekannt sein.

Diese Massnahmen wären durch eine umfassende *Information und Beratung* von Sans-Papiers über ihre Rechte und ihren Schutz zu begleiten. Zu thematisieren wären aber auch die Risiken und Grenzen des Schutzes bei der Erstattung von Strafanzeigen oder einer Teilnahme am nachfolgenden Strafverfahren.

Da der Grossteil des Strafverfahrens in der Zuständigkeit kantonaler Behörden liegt, sind die Handlungsmöglichkeiten der *Stadt Zürich* beschränkt. Um Sans-Papiers nicht unwillentlich zu gefährden, muss sie ihre Massnahmen deshalb jeweils mit den zuständigen kantonalen Stellen abstimmen und koordinieren.

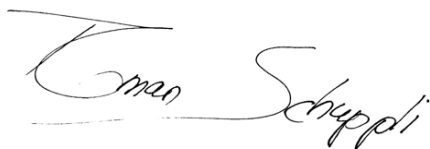
Zürich, 18. Mai 2020



Prof. Dr. Regina Kiener



RA Danielle Breitenbücher, MLaw



Roman Schuppli, MLaw

Anhang

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung 2012) ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz), SR 142.20
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz), heute AIG, ausser Kraft.
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts aus der Amtlichen Sammlung
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101
C-MISE	City Initiative on Migrants with Irregular Status in Europe
COMPAS	Centre on Migration, Policy and Society
E.	Erwägung/Erwägungen
ECRI	European Commission against Racism and Intolerance
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
etc.	et cetera (und die übrigen)
EU	Europäische Union
f./ff.	Folgende
FRA	European Agency for Fundamental Rights
Fn.	Fussnote
GOG	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, LS 211.1
HRC	Human Rights Council
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberschaft
i.V.m.	in Verbindung mit
LS	Loseblattsammlung, Kanton Zürich

m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
No.	Number
Nr.	Nummer
NGO	Nichtregierungsorganisation
PICUM	Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants
POG	Polizeiorganisationsgesetz vom 29. November 2004, LS 551.1
resp.	respektive
Rn.	Randnote/Randnoten
Rz.	Randziffer
S.	Seite/Seiten
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SR	Systematische Rechtssammlung, Bund
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung, SR 312.0
vgl.	vergleiche
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, SR 142.201
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZCC	Züri City Card
Ziff.	Ziffer/Ziffern
zit.	Zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Literaturverzeichnis

Centre on Migration, Policy and Society (COMPAS), European Cities and Migrants with Irregular Status: Municipal initiatives for the inclusion of irregular migrants in the provision of services, Report for the 'City Initiative on Migrants with Irregular Status in Europe' (C-MISE), verfasst von Delvino Nicola, Oxford 2017 (zit. COMPAS, City Initiative on Migrants).

Centre on Migration, Policy and Society (COMPAS), Migrants with Irregular Status in Europe: Guidance for Municipalities, verfasst von Delvino Nicola/Spencer Sarah on behalf of the City Initiative on Migrants with Irregular Status in Europe (C-MISE), Oxford 2019 (zit. COMPAS, Guidance).

Centre on Migration, Policy and Society (COMPAS), Safe Reporting of Crime for Victims and Witnesses with Irregular Migration Status in the Netherlands, verfasst von Timmerman Ruben/Leerkes Arjen/Staring Richard, Oxford 2019 (zit. COMPAS, Safe Reporting of Crime for Victims and Witnesses).

CRÉPEAU FRANÇOIS/HASTIE BETHANY, The Case for 'Firewall' Protections for Irregular Migrants, Safeguarding Fundamental Rights, in: European Journal of Migration and Law 17/2015, S. 157 ff.

DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit. BEARBEITER/IN, Kommentar StPO, Art. ... N ...).

GREINER GEORGES, Schuld ohne Sühne? Am Beispiel des „plea bargaining“ nach neuer StPO, in: forumpoenale 4/2009, S. 234 ff.

KIENER REGINA, Zugang zur Justiz, in: ZSR 138 (2019) II, S. 5 ff.

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018.

KIENER REGINA/RÜTSCH BERNHARD/KUHN MATTHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015.

KIENER REGINA/BREITENBÜCHER DANIELLE, Das Recht von Sans-Papiers auf Justizzugang, in: ZBl 120/2019, S. 356 ff. (zit. KIENER/BREITENBÜCHER, Das Recht von Sans-Papiers auf Justizzugang, ZBl)

KIENER REGINA/BREITENBÜCHER DANIELLE, Einführung einer Züri City Card (ZCC), Gutachten zuhanden der Stadt Zürich/Stadtpäsidentin, Zürich 2020 (zit. KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten ZCC).

KIENER REGINA/BREITENBÜCHER DANIELLE, Justizzugang von Sans-Papiers, Gutachten zuhanden der Integrationsförderung der Stadt Zürich, Zürich 2018 (zit. KIENER/BREITENBÜCHER, Gutachten Justizzugang von Sans-Papiers).

MILQUET JOËLLE, Strengthening Victims' Rights: From Compensation to Reparation, For a new EU Victims' rights strategy 2020-2025, Report of the Special Advisor, J. Milquet, to the

President of the European Commission, Jean-Claude Juncker, März 2019 (zit. MILQUET, Strengthening Victims' Rights).

MÜLLER PETER, Effektivität und Effizienz in der Strafverfolgung – Ansätze, Chancen, Risiken, in: ZStrR 116 (1998), S. 273 ff.

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

OESCH MATTHIAS, Europarecht, Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU, 2. Auflage, Bern 2019.

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch).

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Praxiskommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, Art. ... N ...).

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/Wyttenbach Judith/Fernandes Veerakatty Vijitha/Hofer Nicola, Bern 2017 (zit. SKMR, Gutachten Personenkontrollen).

THOMMEN MARC, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BEARBEITER/IN, BSK BV, Art. ... N ...).

Verzeichnis der Materialien und amtlichen Dokumente

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

European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), ECRI General Policy Recommendation No. 16 on Safeguarding Irregularly Present Migrants from Discrimination, adopted on 16 March 2016 (zit. ECRI General Policy Recommendation No. 16).

European Union Agency for Fundamental Rights, Victims of crime in the EU: The Extent and Nature of Support for Victims, 2014 (zit. FRA, Victims of Crime in the EU).

Human Rights Council, Report on the compendium of principles, good practices and policies on safe, orderly and regular migration in line with international human rights law, A/HRC/36/42, September 2017 (zit. HRC Report).

Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), Guide to the EU Victims' Directive: Advancing Access to Protection, Services and Justice for Undocumented Migrants, November 2015 (zit. PICUM, Guide to the EU Victims' Directive).

Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), Strategies to End Double Violence Against Undocumented Women, Protecting Rights and Ensuring Justice, März 2012 (zit. PICUM, Strategies to End Double Violence).

Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl vom 14.11.2012, L 315/57 (zit. EU-Opferrichtlinie).

Stadt Zürich, Stadtentwicklung, Integrationsförderung, Free in, free out – Wie die Niederlande den Zugang zu Recht für Sans Papiers ermöglicht haben, Aktennotiz vom 2. Juli 2019 (zit. Aktennotiz „Free in, free out“).