

Informations- und Schweigepflichten von Behörden und Organisationen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, bei illegalem Aufenthalt

Suzanne Davet

Grosse Masterarbeit

Betreuer: Dr. Peter Uebersax

Beginn der Arbeit: 1. Juli 2008

Abgabe-Datum: 8. Dezember 2008

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
I. Fragestellung und methodisches Vorgehen.....	3
II. Durch eine Meldepflicht beeinträchtigte Grund- und Menschenrechte.....	5
1. Allgemeines	5
2. Informationelle Selbstbestimmung	5
III. Datenschutz	7
1. Bundesdatenschutz.....	7
1.1. Datenbekanntgabe.....	7
1.2. Datenbekanntgabe mit gesetzlicher Grundlage	9
1.3. Ausschluss einer Datenbekanntgabe.....	10
2. Kantonale Datenschutzbestimmungen.....	11
3. Zwischenergebnis	12
IV. Schweigepflichten von Behörden.....	14
1. Allgemeine Schweigepflichten/Amtsgeheimnis	14
2. Besondere Geheimhaltungspflichten	15
3. Zwischenergebnis	16
V. Migrationsrechtliche Bestimmungen zur Meldepflicht	17
1. Das Ausländergesetz.....	17
2. Das Asylgesetz	17
3. Meldepflichten nach Ausländergesetz und Vollzugsverordnung.....	18
3.1. Zusammenarbeit der mit dem Vollzug der Ausländergesetzgebung betrauten Behörden	18
3.2. Meldepflicht aller schweizerischen Behörden auf Anfrage der Vollzugsbehörden	19
3.2.1. Recht oder Pflicht?.....	19
3.2.2. Durchbrechung besonderer Schweigepflichten und Vorrang gegenüber besonderen Datenbekanntgabenormen?	20
3.2.3. Genügende gesetzliche Grundlage?.....	21
3.2.4. Zulässigkeit einer Interessenabwägung?	21
3.3. Meldepflichten ohne Anfrage der Ausländerbehörden	22
3.4. Zwischenergebnis	23
VI. Kriterien für die Interessenabwägung.....	24
1. Privat- und Familienleben	25

2.	Vorrangiges Kindeswohl	26
3.	Vertrauensschutz	27
4.	Weitere Grundrechte und völkerrechtliche Verpflichtungen	27
5.	Zwischenergebnis	28
VII.	Auf Anfrage meldepflichtige Behörden.....	29
1.	Die Sozialversicherungen	29
1.1.	Bundesrechtliche Sozialversicherungen	30
1.1.1.	Schweigepflicht	30
1.1.2.	Meldepflicht.....	31
1.1.3.	Zwischenergebnis	32
1.2.	Kantonale Sozialversicherungen.....	32
2.	Spitäler.....	33
2.1.	Ärztliche Schweigepflicht oder Patientengeheimnis.....	33
2.2.	Höherrangiges öffentliches Interesse.....	34
2.3.	Interessenabwägung.....	34
2.4.	Besondere Anzeigerechte und -pflichten	35
2.4.1.	Bei Geburt.....	35
2.4.2.	Bei Schwangerschaftsunterbrechung.....	35
3.	Spitalexterne Hilfe und Pflege.....	36
4.	Zivilstandsbehörden.....	36
4.1.	Bei Geburt eines Kindes	36
4.2.	Interessenabwägung.....	37
5.	Einwohnerkontrollen.....	37
6.	Steuerbehörden	37
6.1.	Bundesrechtliche Vorgaben	38
6.1.1.	Schweigepflicht	38
6.1.2.	Besondere Datenbekanntgabebestimmungen	39
6.2.	Kantonale Bestimmungen	39
7.	Schulbehörden.....	40
7.1.	Recht auf Grundschulunterricht	40
7.2.	Schweigepflichten von Schulbehörden	40
7.3.	Interessenabwägung.....	41
7.4.	Privatschulen	41
8.	Post.....	41

9.	Zwischenergebnis	42
VIII.	Von Amtes wegen meldepflichtige Behörden.....	44
1.	Polizei-, Gerichts- und Strafuntersuchungsbehörden.....	44
1.1.	Polizei	44
1.2.	Strafuntersuchungsbehörden und Strafgerichte.....	45
1.3.	Zivilgerichte	45
1.4.	Interessenabwägung.....	46
2.	Zivilstandsbehörden	47
3.	Vormundschafts- und Sozialhilfebehörden.....	47
3.1.	Schweigepflichten	47
3.2.	Vormundschaftsbehörden	48
	3.2.1. Meldepflicht.....	48
	3.2.2. Interessenabwägung.....	49
3.3.	Sozialhilfebehörden.....	49
	3.3.1. Meldepflicht.....	50
	3.3.2. Interessenabwägung.....	51
	3.3.3. Organisatorische Trennung.....	52
3.4.	Heimplatzierungen und Kosten für medizinische Leistungen.....	52
4.	Zusammenfassung.....	53
IX.	Das Schwarzarbeitergesetz und die Verordnung.....	54
1.	Mitwirkungs- und Meldepflichten der Arbeitgebenden.....	55
2.	Anzeigepflichten.....	55
2.1.	Anzeigepflichten der Kontrollorgane	56
2.2.	Anzeigepflichten anderer Behörden	56
	2.2.1. Zusammenarbeit	56
	2.2.2. Meldevorschriften.....	57
	2.2.3. Verhältnismässigkeitsprüfung	59
2.3.	Zwischenergebnis	60
X.	Exkurs: Straftatbestand der Begünstigung.....	62
XI.	Zusammenfassung.....	64
XII.	Schlussbemerkung.....	65

Literaturverzeichnis

- ACHERMANN ALBERTO Die Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts, in: Achermann Alberto/Caroni Martina/Epiney Astrid/Kälin Walter/Nguyen Minh Son/Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, Bern 2008, S. 195 ff.
- ACHERMANN CHRISTIN Krankenversicherung für Sans-Papiers: Die aktuelle Situation in Recht und Praxis, in: Asyl 3/03, S. 8 - 11 (zit.: Achermann Asyl 3/03)
- ACHERMANN CHRISTIN/
EFIONAYI-MÄDER DENISE Leben ohne Bewilligung in der Schweiz, Auswirkungen auf den sozialen Schutz, Neuchâtel 2003
- AFFOLTER KURT Aspects juridiques et questions quotidiennes découlant de l'assistance personnelle en droit de tutelle, ZVW 6/1998, S. 231 ff.
- AMSTUTZ KATHRIN Anspruchsvoraussetzungen und -inhalt, in: Tschudi Carlo, Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern Stuttgart/Wien 2005, S. 17 ff.
- BAERISWYL BRUNO § 10, Datenschutz, in: Uebersax Peter/Münch Peter/Geiser Thomas/Arnold Martin (Hrsg.), Ausländerrecht, 8. Band, Basel/Genf/München 2002 (zit.: Baeriswyl Ausländerrecht)
- BAERISWYL BRUNO Entwicklungen und Perspektiven des Datenschutzes in öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern – Erfahrungen aus dem Kanton Zürich, in: Hürlimann Barbara/Jacobs Reto/Poledna Tomas (Hrsg.), Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 49 ff.

- BAERISWYL BRUNO Dürfen Polizei- und Sozialdaten vermischt werden?,
in: plädoyer 6/98, S. 27 (zit. Baeriswyl plädoyer)
- BELSER URS Art. 3 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Vogt Nedim Peter
(Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz,
2. Auflage, Basel/Genf/München 2006
- BERTSCHI MARTIN/
GÄCHTER THOMAS Der Anwesenheitsanspruch aufgrund der Garantie des
Privat- und Familienlebens, in: ZBI 2003, S. 225 ff.
- BREITENMOSER STEPHAN Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK,
Basel/Frankfurt am Main 1986
- BREITSCHMID CORNELIA Verfahren und Rechtsschutz im Sozialhilferecht –
Grundzüge des Verwaltungsverfahrens, Rechts- und
Datenschutz, in: Häfeli Christoph/Anderer Karin/
Breitschmid Cornelia/ Hänzi Claudia/Mösch Payot
Peter/Rüegg Christoph/Vogel Urs/Voll Peter (Hrsg.),
Das Schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008,
S. 360 ff.
- BUNDESAMT FÜR
MIGRATION (BFM) Rundschreiben zur Praxis bei der Anwesenheitsrege-
lung von ausländischen Personen in schwerwiegenden
persönlichen Härtefällen (vom 1. Januar 2007),
Nr. Asyl 52.4.7 (zit. Rundschreiben BFM 2007)
- BUNDESAMT FÜR
MIGRATION (BFM) Weisung III. Asylbereich vom 1. Januar 2008
(zit. Weisung BFM 2008)
- BUNDESAMT FÜR SOZIAL-
VERSICHERUNGEN (BSV) Weisung zur Versicherungspflicht der Sans-Papiers vom
19. Dezember 2002, Kreisschreiben 2/10

- BUSER WALTER Der Schutz der Privatsphäre durch das Amtsgeheimnis, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Privatrecht - Öffentliches Recht - Strafrecht, S. 51 ff.
- CARONI MARTINA Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Berlin 1999
- CARONI MARTINA Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechts, in: Achermann Alberto/Epiney Astrid/Kälin Walter/Nguyen Minh Son (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, S. 191 – 227 (zit: Caroni Migrationsrecht)
- COTTIER MICHELLE Der zivilrechtliche Kinderschutz im Migrationskontext, ZVW 3/2007, S. 131 ff.
- DELNON VERA/RÜDY Art. 305 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger BERNHARD Hans (Hrsg.), Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. Auflage, Basel 2007
- DONATSCH ANDREAS/ Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, WOHLERS WOLFGANG 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004
- DSB KANTON BASEL- Was für Auswirkungen hat die Abschaffung des Fürsor- LANDSCHAFT geheimnisses im vorgeschlagenen Sozialhilfegesetz? <<http://www.baselland.ch/konk-120-htm.288383.0.html>> letztmals besucht am 6. Oktober 2008 (zit: DSB BL Sozialhilfegeheimnis)
- DSB KANTON BASEL- Unterstehen die Steuerdaten dem Datenschutz? LANDSCHAFT <<http://www.baselland.ch/gew-010-htm.289385.0.html>> letztmals besucht am 28. Oktober 2008 (zit. DSB BL: Weitergabe von Steuerdaten)

VIII

- DSB KANTON BASEL-
LANDSCHAFT
- Darf ein kommunales Steueramt dem Fürsorgeamt der Stadt Basel (FüBa) Auskunft über die Steuerverhältnisse eines Einwohners erteilen?
<<http://www.baselland.ch/konk-028-htm.288471.0.html#body-over>>
letztmals besucht am 28. Oktober 2008
(zit. DSB BL: Bekanntgabe von Personendaten an ausserkantonale Behörden)
- DSB KANTON ZÜRICH
- Kollision der Pflicht zur Geheimhaltung mit einer Anzeigepflicht oder einem Melderecht vom 20. Juli 2007
<<http://www.datenschutz.ch/themen/1233.php>>
letztmals besucht am 22. September 2008
- EFIONAYI-MÄDER DENISE/
CATTACIN SANDRO
- Illegal in der Schweiz – Eine Übersicht zum Wissensstand, in: Asyl 1/02, S. 3 ff.
- EIDGENÖSSISCHES
DEPARTEMENT DES INNERN
(EDI)
- Kreisschreiben über die Schweigepflicht und die Datenbekanntgabe in der AHV/IV/EO/EL/FL, gültig ab 1. Juli 2006, Stand 1. Januar 2008
- ELSENER ALDO
- Das Vormundschaftsgeheimnis, Diss., Zürich 1993
- FEY MARCO
- Art. 91 Abs. 5 SchKG: Auskunftspflicht von Behörden beim Pfändungsvollzug. Vorrang der Auskunftspflicht vor besonderen Schweigepflichten, insbesondere uneingeschränkte Auskunftspflicht der im Bereich des Sozialversicherungsrechts tätigen Ämter? In: AJP 10/98, S. 1245 ff.
- FILLI ALEXANDER
- Die Auskunftserteilung des Arztes an Behörden unter dem Aspekt des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB, in: BJM 1987, S. 57 - 80

- FRÜH BEATRICE Die UNO-Kinderrechtskonvention, Diss., Zürich 2007
- GFS.BERN Sans-Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend, Bern 2005
- GOEBEL JÜRGEN Amtshilfe durch Informationshilfe, München/Wien 1981
- GÖKSU TARKAN Die zivilstandsregisterrechtliche Behandlung von Kindern papier- oder wohnsitzloser Eltern, in: AJP 2007, S. 1252 ff.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/
GEORG/UHLMANN FELIX Basel/Genf 2006
- HAFNER FELIX/MERZ § 21 Ausländische Schulkinder und ausländische
FEITKNECHT BARBARA Studierende, in: Uebersax Peter/Münch Peter/Geiser
Thomas/Arnold Martin (Hrsg.), Ausländerrecht, 8. Band,
Basel/Genf/München 2002
- HAUSER ROBERT/ SCHWERI Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage,
ERHART/ HARTMANN KARL Basel 2005
- HEGNAUER CYRIL Zum Verhältnis von Vormundschafts- und Fürsorge-
behörden, ZVW 2/96, S. 41 ff.
- HEGNAUER CYRIL Das Wohl des Mündels als Maxime der Vormundschaft,
ZVW 1984, S. 81 ff. (zit. Hegnauer Mündelwohl)
- HELLER HEINZ Schwarzarbeit: Das Recht der Illegalen, Diss.,
Zürich 1998
- HUBER HANS Die Grundrechte der Ausländer in der Schweiz und ihre
Rechtsquellen, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne
1977, S. 117 ff.

- HUBER KARL Koordination als Begriff des Bundesrechts, in: *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, S. 323 ff.
- IMBODEN MAX/
RHINOW RENE A. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band II: Besonderer Teil, Basel/Stuttgart 1976
- INFORMATIONSTELLE FÜR
STEUERFRAGEN, Eidg.
STEUERVERWALTUNG Die Öffentlichkeit des Steuerregisters, Schweizerische Steuerkonferenz SSK (Hrsg.), Bern 2007
- JÄGER MARTIN/
SIEGENTHALER TONI Das Zivilstandswesen in der Schweiz, Bern 1998
- JÖHRI YVONNE/
STUDER MARCEL Art. 17 und 19 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/
Vogt Nedim Peter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz*, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2006
- KÄGI-DIENER REGULA Entscheidungsfindung in komplexen Verwaltungsverhältnissen, Basel/Frankfurt am Main 1994
- KÄLIN WALTER/
KÜNZLI JÖRG Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Auflage, Basel 2008
- KÄLIN WALTER/EPINEY
ASTRID/CARONI MARTINA/
KÜNZLI JÖRG Völkerrecht – Eine Einführung, 2. Auflage, Bern 2006
(zit. Kälin et al.)
- KELLER KARIN Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, Diss., Zürich 1993
- KIENER REGINA/
KÄLIN WALTER Grundrechte, Bern 2007

- KIENER REGINA/
VON BÜREN LUCIE Strafbarekeit durch medizinische Behandlung von Sans-Papiers? In: Asyl 4/07, S. 11 ff.
- KIESER UELI ATSG-Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2003
- KIESER UELI § 3 Ausländische Staatsangehörige und soziale Sicherheit, in: Uebersax Peter/Münch Peter/Geiser Thomas/Arnold Martin (Hrsg.), Ausländerrecht, 8. Band, Basel/Genf/München 2002 (zit. Kieser Ausländerrecht)
- KNAPP BLAISE/ SCHWEIZER
RAINER J. Art. 44 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J./Mastronardi Philippe/Vollender Klaus A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008
- KONFERENZ DER
KANTONALEN ERZIEHUNGS-
DIREKTOREN (EDK) Empfehlung zur Schulung fremdsprachiger Kinder vom 24./25. Oktober 1991, S. 161 und 162
<<http://www.edk.ch/dyn/11671.php>>
letztmals besucht am 22. September 2008
- KURZEN BERGER BRIGITTE E-Health und Datenschutz, Zürich/Genf/Basel 2004
- LACHAT CLERC MARINE Die Bedeutung der UNO-Kinderrechtskonvention im Zusammenhang mit Sans-Papiers-Familien, in: Niklaus Pierre-Alain/Schäppi Hans (Hrsg.), Zukunft Schwarzarbeit? Zürich 2007, S. 102 ff.
- LOCHER PETER Kommentar zum DBG, II. Teil, Therwil/Basel 2004
- MARGUERAT SYLVIE/
NGUYEN MINH SON/
ZERMATTEN JEAN Das Ausländergesetz und das revidierte Asylgesetz im Lichte des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, Bern 2006 (zit: Marguerat et al.)

- MAURER-LAMBROU URS/
VOGT NEDIM PETER Art. 1 und 2 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2006
- MEYER TOBIAS D. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts, in: Achermann Alberto/ Caroni Martina/Epiney Astrid/ Kälin Walter/Nguyen Minh Son/Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, Bern 2008, S. 129 ff.
- MEYER-LADEWIG JENS Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2006
- MÜCK HEIDI Von den versteckten Kindern der Saisoniers zu den Sans-Papiers-Familien von heute, S. 81 ff., in: Niklaus Pierre-Alain/Schäppi Hans (Hrsg.), Zukunft Schwarzarbeit? Zürich 2007, S. 81 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL Menschenwürde und Grundrechte für alle, in: Departement Migration des SRK (Hrsg.), Sans-Papiers in der Schweiz, unsichtbar-unverzichtbar, Zürich 2006 (zit. Müller SRK), S. 57 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/
SCHEFER MARKUS Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008
- NGUYEN MINH SON Le LEtr soumis au referendum, in: Achermann Alberto/ Caroni Martina/Epiney Astrid/Kälin Walter/Nguyen Minh Son (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, Bern 2006, S. 213 und 214

- NIEDERÖST PETER § 9, Sans-Papiers in der Schweiz, in: Uebersax Peter/Rudin Peter/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel/Genf/München, erscheint voraussichtlich Ende 2008/anfangs 2009
- PETERS ANNE Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz, in: ius.full 2/04, S. 54 ff.
- POLEDNA TOMAS/
BERGER BRIGITTE Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002
- POVLAKIC KARINE Discrimination et exclusion de l'aide sociale, in: Achermann Alberto/Caroni Martina/Epiney Astrid/ Kälin Walter/Nguyen Minh Son/Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, Bern 2008, S. 59 ff.
- RAMER PAUL Datenschutz und Arztpraxis, in: Hürlimann Barbara/Jacobs Reto/Poledna Tomas (Hrsg.), Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 21 ff.
- RHINOW RENÉ Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003
- RIKLIN FRANZ Art. 35 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2006
- RÖTHLISBERGER SIMON Sans-Papiers in der Schweiz: Begriffe, Prozesse und Akteure, in: Departement Migration des SRK (Hrsg.), Sans-Papiers in der Schweiz, unsichtbar-unverzichtbar, Zürich 2006, S. 20 ff.

- RÜEGG CHRISTOPH Das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV), in: Häfeli Christoph/Anderer Karin/Breitschmid Cornelia/Hänzi Claudia/Mösch Payot Peter/Rüegg Christoph/Vogel Urs/Voll Peter (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 39
- RÜEGG CHRISTOPH/
RÜEGG RAHEL Leitfaden für vormundschaftliche Mandatsträger, Bern/Stuttgart/Wien 2008
- SCHERTENLEIB JÜRIG Wird das Grundrecht auf Nothilfe durch den Sozialhilfe-stopp im Asylbereich verletzt? in: Tschudi Carlo, Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern/Stuttgart/Wien 2005, S. 67 ff.
- SCHWARZENEGGER
CHRISTIAN/
HEIMGARTNER STEFAN Art. 119 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafrecht II, Art. 111 - 392 StGB, 2. Auflage, Basel 2007
- SCHWEGLER IVO Datenschutz im Polizeiwesen von Bund und Kantonen, Bern 2001
- SCHWENZER INGEBORG Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindsrecht, in: AJP 7/94, S. 821 ff.
- SIMON JÜRIG WALTER Amtshilfe, Diss., Chur/Zürich, 1991
- SKOS Richtlinien für die Ausgestaltung der Sozialhilfe, 4. Ausgabe, Bern 2005
- SPESCHA MARC Art. 30, 51, 62, 63 und 99 AuG, in: Spescha Marc/Thür Hanspeter/ Zünd Andreas/Bolzli Peter (Hrsg.), Kommen-tar Migrationsrecht, Zürich 2008

- SPESCHA MARC Migrationsabwehr im Fokus der Menschenrechte, Zürich/St. Gallen 2007 (zit. Spescha Migrationsabwehr)
- SPESCHA MARC Neues Ausländergesetz: Perspektiven der zukunfts-trächtigen Migrationspolitik? In: Asyl 4/00, S. 3 ff. (zit. Spescha Asyl)
- STÖCKLI WALTER § 8 Asyl, in: Uebersax Peter/Münch Peter/Geiser Thomas/Arnold Martin (Hrsg.), Ausländerrecht, 8. Band, Basel/Genf/München 2002
- STRATENWERTH GÜNTER Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Auflage, Bern 2005.
- STRATENWERTH GÜNTER/
BOMMER FELIX Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Strafta-ten gegen Gemeininteressen, 6. Auflage, Bern 2008
- SUTTER-SOMM THOMAS Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2007
- THOMET WERNER Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG), 2. Auflage, Zü-richt 1994
- THÜR HANSPETER Art. 97 AuG, in: Spescha Marc/Thür Hanspeter/ Zünd Andreas/Bolzli Peter (Hrsg.), Kommentar Migrations-recht, Zürich 2008
- THYM DANIEL Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts? In: EuGRZ 2006, S. 541 ff.
- TSCHANNEN PIERRE/
ZIMMERLI ULRICH Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005

- UEBERSAX PETER Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Hilfe in Notlagen im Überblick, in: Tschudi Carlo, Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen (Hrsg.), Bern/Stuttgart/Wien 2005, S. 33 ff.
- UEBERSAX PETER § 5 Einreise und Anwesenheit, in: Uebersax Peter/Münch Peter/Geiser Thomas/Arnold Martin (Hrsg.), Ausländerrecht, 8. Band, Basel/Genf/München 2002 (zit. Uebersax Ausländerrecht)
- WEBER-CANDRIAN ANZEIGE
PHILIPP U. Anzeigepflicht, Anzeigezwang der Betreibungs- und Konkursbeamten, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 2000, Heft 4, S. 131.
- WERMELINGER AMADEO Informationelle Amtshilfe: Verunmöglicht Datenschutz eine effiziente Leistungserbringung durch den Staat? in: ZBI 2004, S. 173 ff. (zit. Wermelinger ZBI)
- WERMELINGER AMADEO Der Datenschutz, Rothenburg/Luzern 2005
- WILDHABER LUZIUS Art. 8 EMRK, RZ 95 - 524, in: Karl Wolfram (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 10. Lieferung, Salzburg 2007
- WILDHABER LUZIUS/
BREITENMOSER STEPHAN Art. 8 EMRK, RZ 1 - 94, RZ 525 - 760, in: Karl Wolfram (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 10. Lieferung, Salzburg 2007
- WINTSCH SANDRA Flüchtlingskinder und Bildung – Rechtliche Aspekte, Diss., Zürich 2008
- WOLFFERS FELIX Grundriss des Sozialhilferechts, Bern/Stuttgart/Wien 1993

- ZÜND ANDREAS Art. 115 AuG, in: Spescha Marc/Thür Hanspeter/Zünd Andreas/Bolzli Peter (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008
- ZWEIFEL MARTIN Art. 110 DBG, in: Zweifel Martin/Athanas Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2 b, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 83 - 222, 2. Auflage, Basel 2008
- ZWEIFEL MARTIN/
CASANOVA HUGO Schweizerisches Steuerverfahrensrecht, Direkte Steuern, Zürich/Freiburg 2008

Materialien

Amtliches Bulletin, Wortprotokolle zum AuG des NR:

AB 2004 N 634 ff., AB 2004 N 1135 - 1137

Amtliches Bulletin, Wortprotokolle zum BGSA des NR:

AB N 1184 - 1219, insb. AB 2004 N 1184, 1205, 1206 und 1208

Botschaft zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinde sowie über die direkte Bundessteuer vom 25. Mai 1983, BBl 1983 III 1 (zitiert Botschaft StHG und DBG)

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

Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) und zu einem Bundesbeschluss über das Europäische Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten vom 25. April 1990), BBl 1990 II 961 (zit. Botschaft OHG)

Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht vom 26. März 1999, BBl 1999 4523

Botschaft über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen, vom 24. November 1999, BBl 2000 255 (zit. Botschaft Datenschutz Sozialversicherungen 1999)

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

Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 16. Juni 2002, BBl 2002 3605 (zit. Botschaft BGSA)

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2005 1085 (zit. Botschaft eidgenössische StPO)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 (zit. Botschaft Erwachsenenenschutzrecht)

Ratschlag und Entwurf zu einem Gesetz über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) vom 10. Oktober 1986, Nr. 7940, (zit. Ratschlag DSG BS)

Ratschlag und Entwurf zu einem neuen Gesetz über die direkten Steuern (Steuergesetz) (Totalrevision) vom 13. Mai 1998, Nr. 8825 (zit. Ratschlag Steuergesetz BS)

Regierungsratsbeschluss Basel-Stadt vom 23. November 2004, Nr. 0630:

Anzug Doris Gysin und Konsorten betreffend Aufenthaltsregelung für Jugendliche und Tagesbetreuung für Kinder von Papierlosen vom 5. Dezember 2001

Vorlage an den Landrat vom 10. Juli 2007 zur Revision des Gesetzes über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) vom 7. März 1991: Anpassung an Schengen/Dublin, Nr. 2007-173 (zit. Vorlage Landrat DSG)

Europarat-Resolution Nr. 1568 vom 1. Oktober 2007

Abkürzungen

AB N	Amtliches Bulletin des Nationalrats
Abs.	Absatz
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALV	Arbeitslosenversicherung
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (aufgehoben)
ANAV	Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 1. März 1949 (aufgehoben)
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
ATSG	Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (SR 837.0)
BBI	Bundesblatt
bez.	bezüglich
BFM	Bundesamt für Migration
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGSA	Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (SR 822.41)
Bildungsgesetz BL	Bildungsgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 6. Juni 2002 (SGS 640)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BPG	Bundspersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BS	Basel-Stadt
bspw.	beispielsweise
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen

BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 2000 (SR 780.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
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
DSB	Datenschutzbeauftragter
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
DSG BL	Gesetz über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) des Kantons Basel-Landschaft vom 7. März 1991 (SGS 162)
DSG BS	Gesetz über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) des Kantons Basel-Stadt vom 18. März 1992 (SG 153.260)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eidg.	eidgenössisch(en)
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELG	Bundesgesetz über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (SR 831.30)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft vom 25. September 1952 (SR 834.1)
E-StPO	Entwurf zu einer eidgenössischen Strafprozessordnung, BBl 2005-2319
et al.	Und weitere (et alia)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
E-ZBG-	Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches

Erwachsenen- schutzrecht	(Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht), BBl 2006-7139
E-ZPO	Entwurf zu einer eidgenössischen Zivilprozessordnung, BBl 2006-1121
FamZG	Familienzulagengesetz (SR 836.2)
FLG	Bundesgesetz über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 20. Juni 1952 (SR 836.1)
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10)
FN	Fussnote
GeBPA BL	Gesetz über die Betreuung und Pflege im Alter des Kantons Basel-Landschaft vom 20. Oktober 2005 (SGS 854)
GesG BL	Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 10. Dezember 1973 (SGS 901)
gfs.bern	Forschung für Politik, Kommunikation und Gesellschaft
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. G.	im Gegensatz
i. S.	im Sinne
i. V. mit	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
Kinderbetreuungs- verordnung BS	Verordnung über Beiträge an die Betreuung von Kindern und Jugendlichen in Heimen und Pflegefamilien des Kantons Basel- Stadt vom 25. Oktober 1988 (SG 212.470)
KK	Krankenkasse
KV BL	Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1985 (SGS 100)
KV BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (SG 110.100)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)

KVO BS	Verordnung über die Krankenversicherung im Kanton Basel-Stadt vom 7. November 1995 (SG 834.410)
lit.	litera
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (SR 0.275.11)
MSA	Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (SR 0.211.231.01)
OHG	Bundesgesetz über die Hilfe von Opfern von Straftaten vom 4. Oktober 1991 (SR 312.5)
parl.	Parlamentarisch(e)
PG	Postgesetz vom 30. April 1997 (SR 783.0)
PolG BL	Polizeigesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 28. November 1996 (SGS 700)
PolG BS	Gesetz betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt (SG 510.100)
PVV BL	Verordnung über die Prämienverbilligungen in der Krankenpflegeversicherung des Kantons Basel-Landschaft vom 12. November 2002 (SGS 362.12)
RN	Randnote
S.	Seite
Schulgesetz BS	Schulgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 4. April 1929 (SG 410.100)
SHG BL	Gesetz über die Sozial-, die Jugend- und die Behindertenhilfe des Kantons Basel-Landschaft vom 21. Juni 2001 (SGS 850)
SHG BS	Sozialhilfegesetz des Kantons Basel-Stadt vom 29. Juni 2000 (SG 890.100)
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
Spitalgesetz BL	Spitalgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 24. Juni 1976 (SGS 930)
Spitalgesetz BS	Spitalgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 26. März 1981 (SG 330.100)

Spitalgesetz BS-VO	Verordnung zum Spitalgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 4. Mai 1982 (SG 330.110)
Spitex	Spitalexterne Pflege
Spitexgesetz BS	Gesetz betreffend die spitalexterne Kranken- und Gesundheitspflege des Kantons Basel-Stadt vom 5. Juni 1991, SG 329.100
StG BL	Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern (Steuergesetz) des Kantons Basel-Landschaft vom 7. Februar 1974 (SGS 331)
StG BS	Gesetz über die direkten Steuern des Kantons Basel-Stadt vom 12. April 2000 (SG 640.100)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
StPO BL	Gesetz betreffend die Strafprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 3. Juni 1999 (SGS 251)
StPO BS	Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 8. Januar 1997 (SG 257.100)
u.a.	unter anderem
UNO-KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UNO-Kinderrechtskonvention) vom 20. November 1989 (SR 0.107)
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)
UV	Unfallversicherung
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
v.a.	vor allem
VBG BS	Gesetz über die Vormundschaftsbehörde und den behördlichen Jugendschutz des Kantons Basel-Stadt vom 13. April 1944 (SGS 212.400)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden

VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (SR 142.201)
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (0.111)
z. G.	zu Gunsten
z.B.	zum Beispiel
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZstV	Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR 211.211.2)
ZUG	Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz, ZUG) (SR 851.1)
ZVW	Zeitschrift für das Vormundchaftswesen

Einleitung

Einer Schätzung zufolge leben in der Schweiz ca. 90'000 illegal anwesende Personen¹. Eine andere Schätzung geht von bis zu 180'000 Sans-Papiers aus². Illegal anwesend bedeutet, dass ein Mensch über keine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz verfügt, was auf diverse Gründe zurückgeführt werden kann³.

Gleichgestellt mit dem Begriff des illegalen Aufenthaltes bzw. illegal anwesenden Personen sind die Begriffe illegalisierte Personen, „Sans-Papiers“, Papierlose und Personen ohne Aufenthaltsbewilligung/-erlaubnis/-recht⁴. In dieser Arbeit werden v.a. die Begriffe „Personen ohne Aufenthaltsbewilligung“, „Sans-Papiers“ und „illegal anwesende Personen“ verwendet.

Diverse Studien belegen, unter welchen Bedingungen Personen ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz leben. Diese Thematik ist nicht Teil der vorliegenden Arbeit. Es wird stattdessen auf die bestehende Literatur verwiesen⁵.

Personen ohne Aufenthaltsbewilligung leben in der ständigen Angst, dass andere Personen oder Behörden von ihrem illegalen Aufenthalt Kenntnis erlangen und diese Kenntnis an andere Personen oder Behörden, insbesondere die Ausländerbehörden, weitervermitteln. Die Folge kann eine Wegweisung aus der Schweiz sein. Sans-Papiers nehmen daher die Rechte, die ihnen Kraft ihrer Existenz und ihres Aufenthaltes auf Schweizer Boden zustehen, nur ungenügend wahr. Dies kann prekäre Folgen haben, wenn bspw. eine schwangere Frau aus Angst vor einer Meldung an die Fremdenpolizei ihr Kind zu Hause statt in einem Krankenhaus zur Welt bringt⁶ oder Eltern ihr krankes Kind nicht behandeln lassen.

¹ Bericht gfs.bern, S. 2.

² Achermann/Efionayi-Mäder, S. 13.

³ Siehe z.B. Röthlisberger, S. 23 und 24.

⁴ Röthlisberger, S. 21.

⁵ Z.B.: Achermann/Efionayi-Mäder; Niklaus/Schäppi; Bericht gfs.bern.

⁶ Lachat, S. 113.

In der Literatur finden sich häufig Hinweise, welche Rechte auch illegal anwesenden Personen zustehen⁷. Auf Melderechte und -pflichten sowie Schweigepflichten von Behörden gegenüber Ausländerbehörden wird teilweise hingewiesen, jedoch ohne detaillierte Erörterung, ob bei Kenntnis einer illegal anwesenden Person in jedem Fall eine Meldung zu erfolgen hat oder ob auch die Möglichkeit besteht, diese zu verweigern.

Muss beispielsweise eine Frau, welche in einem Spital ein Kind zu Welt bringt, befürchten, dass das Spital oder eine Zivilstandsbehörde sie der Fremdenpolizei melden? Besteht eine Pflicht zur Meldung der Schulbehörden, wenn Eltern ihr Kind zur Schule schicken? Was hat eine Sozialhilfebehörde zu beachten, bevor sie einer Meldepflicht nachkommt? Muss jemand eine Meldung befürchten, wenn Sozialversicherungsbeiträge und Steuern bezahlt sind?

ACHERMANN und EFIONAYI-MÄDER machen in ihrer Studie darauf aufmerksam, dass eine juristische Stellungnahme zu den verschiedenen Meldepflichten bedeutsam wäre⁸. Die vorliegende Arbeit hat sich dies zur Aufgabe gemacht.

⁷ Z.B. Achermann/Efionayi-Mäder, S. 31 - 43; Müller SRK, S. 57 - 68; Spescha Migrationsabwehr, S. 129.

⁸ S. 138; siehe auch die kurze Darstellung der Thematik auf S. 42 und 43.

I. Fragestellung und methodisches Vorgehen

Grundlage dieser Arbeit sind die Bestimmungen des Ausländergesetzes und des Schwarzarbeitergesetzes zu Meldepflichten von Behörden⁹. Es wird aufgezeigt, welche Arten von Melderechten oder -pflichten von Behörden gegenüber den kantonalen Migrationsbehörden oder gegenüber dem Bundesamt für Migration bestehen und was diese beinhalten. Die Zulässigkeit einer Meldung muss aufgrund verschiedener Bestimmungen geklärt werden. Einerseits können Schweigepflichten einer Meldung entgegenstehen. Andererseits stellt sich die Frage, ob die Person, über welche einer anderen Behörde Auskunft erteilt wird, zu schützen ist und eine Meldung daher unzulässig ist.

Zur Beantwortung dieser Fragestellungen wird folgendes Vorgehen gewählt:

Besteht eine Meldepflicht einer Behörde zu Gunsten einer anderen Behörde, können dem Bedürfnis nach Informationsbeschaffung eines Verwaltungszweiges Grundrechte entgegenstehen. Es wird daher zunächst aufgezeigt, was durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt ist.

Die informationelle Selbstbestimmung wurde auf Gesetzesstufe durch die Datenschutzgesetzgebung konkretisiert. Ist eine Meldepflicht statuiert, ist immer der Datenschutz zu beachten. Dieser bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Daten bekannt gegeben werden dürfen. Es erfolgen in einem theoretischen Teil zunächst Ausführungen zur Zulässigkeit und zu den Grenzen einer Meldepflicht oder eines Melderechts im Zusammenhang mit dem Datenschutz auf eidgenössischer und kantonaler Ebene. Danach werden die verschiedenen Arten von Schweigepflichten theoretisch erörtert, da diese einer Meldepflicht entgegenstehen können.

Die Meldebestimmungen im Ausländergesetz und im Schwarzarbeitergesetz werden anhand der Ergebnisse aus dem theoretischen Teil ausgelegt. Anschliessend erfolgen Ausführungen zu Grund- und Menschenrechten, die als Folge einer Weitergabe tangiert sein können und in eine allfällige Interessenabwägung einzubeziehen sind. Eine Gegenüberstellung der relevanten Bestimmungen in den Einzelgesetzen und denjenigen im AuG oder BGSA zeigt auf, welche gesetzlichen Grundlagen wann Vor-

⁹ Art. 97 AuG, insb. Abs. 2 und 3, Art. 9 Abs. 3 lit. a, Art. 11 und 12 BGSA.

rang haben. Es wird ausgeführt, was eine Behörde zu beachten hat, bevor sie Meldung erstattet oder wann sie eine Meldung ganz zu verweigern hat. Erfährt eine Ausländerbehörde über einen Umweg von einer illegal anwesenden Person, werden nur diejenigen Konstellationen, die wesentlich erscheinen, aufgezeigt. Beispiel: Es besteht eine Meldepflicht gegenüber den Sozialversicherungen, nicht jedoch gegenüber dem Bundesamt für Migration. Die Sozialversicherung unterliegt jedoch einer Meldepflicht gegenüber letzterem.

Sind die Kantone für die Erfüllung einer Aufgabe kompetent und ist deshalb kantonales Recht massgebend, wird auf die gesetzlichen Bestimmungen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft eingegangen. Es ist nicht Teil dieser Arbeit, die unterschiedliche Praxis der Datenbekanntgabe in den Kantonen zu untersuchen¹⁰. Sinn und Zweck dieser Arbeit ist es aufzuzeigen, was Behörden zu beachten haben, bevor sie einer Meldepflicht nachkommen.

Die vorliegende Materie ist ausschliesslich durch öffentliches Recht geregelt¹¹. Der Staat kann die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben auf Private, sog. Beliehene, übertragen. Die Rechte und Pflichten dieser Organisationen ergeben sich aus dem für sie anwendbaren Recht und sind dieselben, wie wenn der Staat die Aufgabe selbst erfüllen würde¹². Insbesondere sind auf sie bei der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben die Datenschutzbestimmungen im öffentlichen Bereich anwendbar¹³ und die Beliehenen sind an die Grundrechte gebunden¹⁴. In den wesentlichen Fragestellungen dieser Arbeit besteht somit kein Unterschied darin, ob Staat oder Private eine Aufgabe erfüllen. Der Einfachheit halber wird daher nur von Behörden die Rede sein, wenn der Vollzug einer öffentlichen Aufgabe sowohl durch den Staat wie durch private Organisationen erfolgt. Ergeben sich spezielle Abgrenzungsfragen, werden die Unterschiede aufgezeigt.

¹⁰ Siehe dazu Achermann/Efionayi-Mäder, S. 44 - 106.

¹¹ Nehmen Personen des öffentlichen Rechts privatrechtliche Tätigkeiten wahr, unterliegen sie den Bestimmungen des DSG für private Personen nach Art. 12 ff.; siehe dazu Botschaft DSG, S. 445.

¹² Siehe Häfelin/Haller/Uhlmann, RN 1509 ff., insb. RN 1512.

¹³ Siehe Botschaft DSG 1988, S. 440, in Bezug auf die zum Vollzug von Bundesrecht beauftragten privaten Personen; Maurer-Lambrou/Vogt, Art. 2 DSG, RN 14 - 16.

¹⁴ Häfelin/Haller/Uhlmann, RN 1532.

II. Durch eine Meldepflicht beeinträchtigte Grund- und Menschenrechte

1. Allgemeines

Ausländerinnen und Ausländer haben weder völker- noch grundrechtlich einen Anspruch auf Zulassung zum schweizerischen Staatsgebiet. Wurde jedoch einmal die Gebietszugehörigkeit zu schweizerischem Boden durch legale oder illegale Einreise begründet, so beginnen diejenigen Grund- und Menschenrechte, welche auch für Ausländerinnen und Ausländer gelten, unabhängig von deren Aufenthaltsstatus zu wirken¹⁵. Der Staat ist zur Einhaltung der Grund- und Menschenrechte verpflichtet. Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, werden diesem zugeordnet¹⁶.

2. Informationelle Selbstbestimmung

Sind Behörden gegenüber anderen Behörden über Tatsachen, die natürliche Personen betreffen meldeberechtigt oder -verpflichtet, dann sind Grund- und Menschenrechte betroffen. Art. 13 BV garantiert den Schutz der Privatsphäre. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist betroffen, wenn der private Geheimhaltungsanspruch auf öffentliche oder private Informationsinteressen trifft¹⁷. Es umfasst den Schutz vor jedem staatlichen Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren oder Weitergeben von Angaben, die einen Bezug zur Privatsphäre einer Person haben. Ein staatlicher Eingriff ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig¹⁸.

Eine Konkretisierung dieses Grundrechts erfolgte auf Gesetzesstufe durch den Erlass von Datenschutzgesetzen auf eidgenössischer und kantonaler Ebene. Ziel des Datenschutzes ist es, dass Personen grundsätzlich selbst bestimmen können, wer über sie was wissen soll¹⁹. Im Zusammenhang mit einer Meldepflicht von Behörden an andere Behörden ist der Teilgehalt der Weitergabe von Daten betroffen.

¹⁵ Huber Hans, S. 120, 121, 128, 129, 134 - 138; Kiener/Kälin, S. 22 und 52 Müller SRK, S. 66; Kälin/Künzli, S. 130 und 547; Einzige Ausnahme sind die Bürgerrechte, auf welche sich nur Schweizerinnen und Schweizer berufen können.

¹⁶ Kälin/Künzli, S. 90 - 92; Art. 35 Abs. 2 BV.

¹⁷ Wildhaber, Art. 8, RN 113; Art. 13 Abs. 2 BV.

¹⁸ Müller/Schefer, S. 167, 168 und 170.

¹⁹ Müller/Schefer, S. 167 und 174; Kiener/Kälin, S. 55, 158 und 159.

Einen weitgehend identischen Schutz in Bezug auf Datenbearbeitung garantieren Art. 8 EMRK²⁰ und Art. 17 UNO-Pakt I. Im Zusammenhang mit fremdenpolizeilichen Massnahmen sind Eingriffe zu Gunsten der öffentlichen Ruhe und Ordnung²¹ und zum wirtschaftlichen Wohl²² des Landes zulässig. Die Eingriffe werden häufig als verhältnismässig erachtet²³. Eine Massnahme, die nicht einem dringenden sozialen Bedürfnis entspringt, ist jedoch unverhältnismässig. Zu beachten ist, dass die öffentlichen Interessen unterschiedlich gewichtet werden. Grundrechtseinschränkungen zur Verhinderung von strafbaren Handlungen und für die nationale Sicherheit sind in weitergehendem Masse zulässig als zum Wohl des Landes. Die Schrankenziele können sich zudem je nach gesellschaftlichen Grundwerten und -einstellungen wandeln²⁴. Auch kann nach Art der Adressaten ein Eingriff verhältnismässig sein oder auch nicht²⁵.

²⁰ Wildhaber, Art. 8, RN 100.

²¹ Wildhaber, Art. 8 EMRK, RN 601 - 603.

²² Wildhaber, Art. 8, RN 449.

²³ Wildhaber, Art. 8, RN 323 und FN 73; Caroni, S. 353 und 354.

²⁴ Wildhaber/Breitenmoser, Art. 8, RN 4 und 5; RN 700 und 701; zur unterschiedlichen Gewichtung der öffentlichen Interessen beim Verstoss gegen Einreisebestimmungen alleine oder kombiniert mit Schwarzarbeit ohne Leistung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern, vgl. IX.2.2.3.

²⁵ Ein Eingriff kann bspw. bei Terroristen verhältnismässig sein, bei harmlosen Straftätern hingegen nicht; Breitenmoser, S. 79; Wildhaber/Breitenmoser, RN 702.

III. Datenschutz

Wie vorne dargestellt, bezweckt die Datenschutzgesetzgebung den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte bei der Datenbearbeitung²⁶. Eine Meldung ist ein Eingriff in diesen Schutz, weshalb eine Behörde den Datenschutz zu beachten hat, bevor sie einer Meldepflicht nachkommt.

1. Bundesdatenschutz

Auf Bundesebene wurde das Datenschutzgesetz des Bundes erlassen. Es gilt für das Bearbeiten von Personendaten durch Bundesorgane und Personen, die mit dem Vollzug von Bundesaufgaben betraut sind sowie für private Personen²⁷. Personendaten sind Daten, die sich einer ganz bestimmten oder bestimmbaren Person zuordnen lassen²⁸. Wird einer Behörde mitgeteilt, dass eine Person in der Schweiz über keine Aufenthaltsbewilligung verfügt, handelt es sich um Personendaten. Relevant für diese Arbeit ist der Datenschutz im öffentlichen Bereich, welcher auch gilt, wenn Private öffentliche Aufgaben vollziehen²⁹.

Nicht zur Anwendung gelangt das DSG im Gerichtsverfahren³⁰. Jede natürliche und juristische Person kann von einer Datenbearbeitung betroffen sein³¹. Da keinerlei Einschränkung erfolgt, muss das DSG auch auf illegal anwesende Personen Anwendung finden, zumal diese sich, wie vorne erwähnt, ebenfalls auf den Grundrechtsschutz von Art. 13 BV berufen können und das DSG Ausfluss dieses Schutzes ist.

1.1. Datenbekanntgabe

Relevante Tätigkeit im Zusammenhang mit der Meldepflicht ist das Bekanntgeben von Personendaten³². Unter Bekanntgabe wird jedes aktive und passive Zugäng-

²⁶ Maurer-Lambrou/Vogt, Art. 1 DSG, RN 15 und 16; Müller/Schefer, S. 164 und 167; Art. 1 DSG.

²⁷ Art. 2 Abs. 2 DSG, Botschaft DSG 1988, S. 440.

²⁸ Art. 3 Bst. a DSG; Belser, Art. 3, RN 4 und 5; VPB 62.57, Erw. 4.

²⁹ Das Rechtsverhältnis ist dann ebenfalls ein öffentlich-rechtliches; Maurer-Lambrou/Vogt, Art. 2 DSG, RN 14 - 16.

³⁰ Bei der Hilfe zwischen Gerichten handelt es sich um Rechtshilfe; Botschaft DSG 1988, S. 442 und 443.

³¹ Botschaft DSG 1988, S. 445.

³² Art. 3 lit. e und f DSG; Botschaft DSG 1988, S. 447; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 6.

lichmachen verstanden, welches einem Dritten ermöglicht, von einer personenbezogenen Information Kenntnis zu nehmen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dies einer der heikelsten Schritte³³.

Art. 19 DSG normiert die Datenbekanntgabe von Bundesorganen an andere Verwaltungsorgane und konkretisiert u.a. die allgemeinen Regeln der Amtshilfe, auf welche sich Art. 44 Abs. 2 BV bezieht³⁴. Amtshilfe dient dazu, den Informationsverlust, welcher aufgrund der Aufgliederung der staatlichen Gewalt auf verschiedene Träger entsteht, abzumildern³⁵. Behörden, die nicht mit derselben Aufgabenerfüllung betraut sind und nicht in einem Subordinationsverhältnis zueinander stehen, sollen eine Aufgabenerfüllung einer anderen Behörde unterstützen. Grundsätzlich besteht eine Pflicht zur Amtshilfe³⁶. SIMON unterscheidet zwischen der Amtshilfe im engeren Sinn, die nur im Einzelfall und auf Anfrage einer Behörde erfolgen darf und sich meist nicht auf eine gesetzliche Grundlage abstützen kann und derjenigen im weiteren Sinn, worunter er auch gesetzliche Mitwirkungspflichten subsumiert. Gesetzliche Mitwirkungspflichten verpflichten eine Behörde von sich aus, ohne Aufforderung der anspruchsberechtigten Behörde, Daten an diese bekannt zu geben³⁷. Mit Amtshilfe werden meist Personendaten übermittelt³⁸. Amtshilfe darf nur erfolgen, wenn Daten nicht bei der betroffenen Person direkt eingeholt werden können³⁹ und es müssen die Grundsätze des DSG eingehalten werden⁴⁰.

Nicht um Amtshilfe, sondern um Verwaltungshilfe handelt es sich, wenn die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe verschiedenen Behörden zugewiesen ist und diese Behörden zusammenarbeiten⁴¹.

³³ Belser, Art. 3 DSG, RN 29 und 30; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 1.

³⁴ Botschaft DSG 1988, S. 469; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 3, 13 - 15; Knapp/Schweizer, Art. 44 BV, RN 1 - 26.

³⁵ Göbel, S. 24.

³⁶ Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 3; Schwegler, S. 122.

³⁷ Simon, S. 35 - 45; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 9; Goebel, S. 4; vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. a - d; Die Terminologie für gesetzliche Mitwirkungspflichten ist uneinheitlich: Sie werden auch als Anzeigepflichten, Meldungen von Amtes wegen oder proaktive Melderechte/-pflichten bezeichnet.

³⁸ Sog. Informationelle Amtshilfe, Simon, S. 47 und 48; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 9; Wermelinger, RN 41.

³⁹ Baeriswyl Ausländerrecht, RN 10.30.

⁴⁰ Art. 4 DSG; Wermelinger, RN 103.

⁴¹ Simon, S. 42, spricht von Koordination und Kooperation; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 10.

1.2. Datenbekanntgabe mit gesetzlicher Grundlage

Art. 19 DSG regelt die Datenbekanntgabe mit oder ohne gesetzliche Grundlage. Die gesetzliche Grundlage ergibt sich nicht aus dem DSG, sondern aus den betroffenen Einzelgesetzen⁴². Für die vorliegende Thematik bestehen gesetzliche Grundlagen im Ausländergesetz und im Schwarzarbeitergesetz⁴³, weshalb sich Ausführungen zur Datenbekanntgabe ohne gesetzliche Grundlage erübrigen⁴⁴. Auch wenn die entsprechende gesetzliche Grundlage die Bekanntgabe nur in allgemeiner Weise vorschreibt, liegt eine gesetzliche Grundlage vor und die Bekanntgabe richtet sich nach Absatz 1⁴⁵.

Die gesetzliche Grundlage hat sich ausdrücklich auf einen Datentransfer zu beziehen⁴⁶. Sie muss bei einem regelmässigen Datenaustausch genügend bestimmt sein. Das Bedürfnis nach Praktikabilität ist ebenfalls zu berücksichtigen⁴⁷. Art. 17 Abs. 2 DSG stellt zudem Anforderungen an die Normstufe bei besonders schützenswerten Personendaten⁴⁸. Diese dürfen nur bearbeitet werden, wenn ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht⁴⁹. Wird eine illegal anwesende Person z.B. von Sozialhilfebehörden gemeldet, so werden gleichzeitig besonders schützenswerte Daten bekannt gegeben, da mit der Meldung die Information erfolgt, dass diese Person sozialhilfeabhängig ist.

Mit der Datenbekanntgabe geht eine Zweckänderung der Datenbearbeitung einher, weshalb der neue Bearbeitungszweck aus der entsprechenden Norm implizit oder explizit hervorgehen muss⁵⁰. Daten, deren ursprünglicher Zweck nicht mit demjeni-

⁴² Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage ergeben sich aus Art. 17 DSG.

⁴³ Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 14 und 15.

⁴⁴ Nach den Regeln der Amtshilfe können Daten auch ohne gesetzliche Grundlage bekannt gegeben werden; siehe Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG; siehe dazu auch Wermelinger ZBI 2004, S. 186 und 187.

⁴⁵ Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit: BGE 124 I 176 E. 5.c.ee; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 41.

⁴⁶ Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 25.

⁴⁷ Jöhri/Studer, Art. 17 DSG, RN 12; BGE 109 Ia 273, E.4.d.; zu den Anforderungen gemäss EGMR siehe Wildhaber, Art. 8, RN 541, 556, 559 und 561.

⁴⁸ Nicht zu den besonders schützenswerten Personendaten zählen Steuerdaten; siehe BGE 124 I 176, Erw. 5 c.cc..

⁴⁹ Art. 3 DSG lit. c. definiert die besonders schützenswerten Personendaten; Jöhri/Studer, Art. 17 DSG, RN 12; VPB 60.77.

⁵⁰ Jöhri/Studer, Art. 17 DSG, RN 16 und 35; Botschaft DSG 1988, S. 467.

gen der Stelle, an welche die Daten bekannt gegeben werden, übereinstimmen, dürfen ohne gesetzliche Grundlage nicht übermittelt werden⁵¹.

Die gesetzliche Grundlage muss eine Berechtigung oder Verpflichtung zur Bekanntgabe von Personendaten enthalten. Die Weitergabe kann sowohl als Recht oder Pflicht der bekannt gebenden Stelle oder als Anspruch des Empfängers ausgestaltet sein. Auf dem Weg der Gesetzesauslegung muss zunächst geklärt werden, welcher von zwei Normen (der anfragenden oder der angefragten Behörde) der Vorrang zukommt, wenn diese sich widersprechen⁵² und ob eine Norm eine Berechtigung oder eine Verpflichtung enthält. Bei einer Verpflichtung wurde die Interessenabwägung durch den Gesetzgeber bereits vorweggenommen⁵³. Es verbleibt dann kein Raum mehr für eine Interessenabwägung der angefragten Stelle. Ob eine Abwägung zulässig ist, muss ebenfalls durch Auslegung der Norm, welche die Bekanntgabe regelt, ermittelt werden. Zudem muss eine Interessenabwägung immer erfolgen, wenn die Datenbekanntgabe freiwillig erfolgt oder wenn Datenbekanntgabenormen der angefragten Stelle eine Interessenabwägung ausdrücklich fordern⁵⁴.

Ist eine Interessenabwägung nicht mehr zugelassen, so kann die angefragte Behörde nur noch nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entscheiden, wie und in welchem Umfang sie Daten bekannt gibt, jedoch hat sie keine Entscheidungsmöglichkeit mehr, ob sie Meldung erstattet⁵⁵. Diese Art von Verhältnismässigkeit ist für eine Person ohne Aufenthaltsbewilligung nicht von Nutzen, denn für die Aufgabenerfüllung der Fremdenpolizei ist erforderlich, dass Personalien und Adresse bekannt gegeben werden.

1.3. Ausschluss einer Datenbekanntgabe

Zentral in der vorliegenden Arbeit ist die Möglichkeit der Einschränkung der Datenbekanntgabe, welche in Art. 19 Abs. 4 DSG vorgesehen ist. Hat eine Datenbekanntgabe grundsätzlich zu erfolgen, fordert die entsprechende Bekanntgabenorm aber

⁵¹ Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 36; mit den Ausnahmen nach Art. 19 Abs. 1 lit. a - c DSG.

⁵² Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 26; VPB 68.84, Erw. II. 2.

⁵³ Z.B. Art. 91 Abs. 5 SchKG und Art. 112a DBG; Wermelinger ZBI 2004, S. 188, FN 108; VPB 68.84, Erw. II. 2.

⁵⁴ Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 25-27; Wermelinger ZBI 2004, S. 173 ff.

⁵⁵ Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 35; Dies betrifft somit nur die Geeignetheit und Erforderlichkeit, nicht jedoch die Zumutbarkeit eines Grundrechtseingriffs; siehe Rhinow, RN 1136 - 1138.

eine Interessenabwägung, dann ist diese zwingend vorzunehmen. Eine Datenbekanntgabe kann abgelehnt, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden werden, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder schutzwürdige Interessen der betroffenen Person dies verlangen oder wenn gesetzliche Schweigepflichten oder spezielle Datenschutzvorschriften einer Bekanntgabe entgegenstehen⁵⁶. Ob gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder spezielle Bekanntgabenormen einer Meldepflicht vorgehen, ist durch Auslegung zu ermitteln⁵⁷.

2. Kantonale Datenschutzbestimmungen

Die Kantone verfügen über eigene Datenschutzgesetze, welche auf sie und die Gemeinden auch beim Vollzug von Bundesrecht anwendbar sind⁵⁸. Kantonale Behörden haben, neben den datenschutzrechtlichen Bestimmungen in den Einzelgesetzen, das kantonale DSG zu beachten. Das Bundesdatenschutzgesetz gelangt für kantonale Behörden nur zur Anwendung, wenn sich Auslegungsfragen von Datenschutzbestimmungen in Bundesgesetzen stellen⁵⁹, wenn ein Kanton noch über kein Datenschutzgesetz verfügt⁶⁰ oder wenn ein kantonales Datenschutzgesetz eine Lücke aufweist⁶¹. Die vorne aufgeführten Grundsätze für die Datenweitergabe sind in den Kantonen weitgehend identisch⁶².

Die Datenschutzgesetze der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft gelten für den Vollzug von öffentlichem Recht durch die kantonalen Verwaltungen, Gemeinden und die Organe der Körperschaften und Anstalten des kantonalen öffentlichen Rechts. Auf private Organisationen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, finden sie nur Anwendung, wenn diese mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sind⁶³. Inhaltlich stimmen die Bestimmungen über die Datenbekanntgabe an andere Behör-

⁵⁶ Botschaft DSG 1988, S. 471; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 72 - 75.

⁵⁷ Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 76 - 80, insbesondere mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁵⁸ Vgl. bspw. § 2 Abs. 1 DSG BL oder § 1 DSG BS; Botschaft DSG 1988, S. 433 und 445; BGE 6A.692/2006, Erw. 4.1.

⁵⁹ Die Datenbekanntgabebestimmungen im AuG und BGSA sind somit gemäss BGSA auszulegen.

⁶⁰ Art. 37 Abs. 1 DSG.

⁶¹ VPB 62.20, Erw. 5.; VPB 70.54, Erw. 1.

⁶² Schwegler, S. 121 und FN 367; siehe dazu Ratschlag DSG BS, S. 20 - 22.

⁶³ § 2 Abs. 5 und § 3 DSG BS; Ratschlag DSG BS, S. 17 und 18; § 2 und 3 DSG BL; Beim Vollzug von Bundesrecht durch private Organisationen kommt das Bundesdatenschutzgesetz zur Anwendung; siehe Botschaft DSG 1988 S. 440 und 445; Belser, Art. 3 DSG, RN 35; VPB 70.54, Erw. 1; BGE 122 I 153, Erw. 2.

den und deren Grenzen mit denjenigen des Bundesdatenschutzgesetzes überein⁶⁴. Eine Datenbekanntgabe an Behörden ist unter dem Vorbehalt besonderer Gemeinhaltungspflichten zulässig, wenn eine gesetzliche Meldevorschrift besteht oder die Voraussetzungen der Amtshilfe erfüllt sind. Die Datenbekanntgabe kann in beiden Kantonen verweigert werden, wenn dieser wichtige öffentliche Interessen oder schutzwürdige Interessen der betroffenen Person(en) entgegenstehen.

Kantonale Behörden haben also das auf sie anwendbare kantonale Datenschutzgesetz sowie Bestimmungen in Einzelgesetzen zu beachten, bevor sie eine andere Behörde zur Datenbekanntgabe auffordern. Die angefragte kantonale Behörde hat das auf sie anwendbare Datenschutzgesetz und für sie geltende Bestimmungen in Einzelgesetzen zu konsultieren, bevor sie Meldung erstattet. Benötigt z.B. die Fremdenpolizei des Kantons Basel-Landschaft von einem Zivilstandsamt eines anderen Kantons eine Auskunft über die Registrierung der Geburt eines sich im Kanton Basel-Landschaft aufhaltenden illegal anwesenden Kindes, hat sie für die Anfrage, neben den Bestimmungen des AuG und der VZAE, das DSG BL zu beachten. Das angefragte Zivilstandsamt hat für die Zulässigkeit der Bekanntgabe das ZGB, die ZStV, das anwendbare kantonale DSG und die Bestimmungen des AuG und der VZAE zu konsultieren. Widersprechen sich Datenbekanntgabebestimmungen, welche für das Zivilstandsamt wesentlich sind, muss dieses entscheiden, welche Norm vorgeht. Eine Interessenabwägung ist vorzunehmen, wenn die einschlägige Norm diese zulässt.

3. Zwischenergebnis

Sowohl die anfragende Behörde wie auch die zur Datenbekanntgabe verpflichtete Behörde haben die Datenschutzbestimmungen in den auf sie anwendbaren Datenschutzgesetzen sowie die Bestimmungen zu Meldepflichten in Einzelgesetzen, insbesondere im AuG, zu beachten. Auf kantonale Behörden sowie Organisationen, die kantonale öffentliche Aufgaben wahrnehmen, sind die kantonalen Datenschutzgesetze anwendbar. Bundesbehörden sowie private Organisationen, die Bundesrecht vollziehen, haben das Bundesdatenschutzgesetz zu beachten.

⁶⁴ § 10 i. V. mit § 14 DSG BS; Das DSG des Kantons BS orientiert sich am Bundesdatenschutzgesetz; Ratschlag DSG BS S. 9, S. 26, 27 und 30; § 8 DSG BL i. V. mit § 11 DSG BL; siehe zum DSG BL Landratsvorlage DSG, S. 22 - 24.

Bevor einem Melderecht oder einer Meldepflicht Folge geleistet wird, ist zunächst zu prüfen, ob Schweigepflichten einer Bekanntgabennorm vorgehen. Auf dem Weg der Auslegung ist zudem zu klären, ob eine Norm eine Interessenabwägung noch zulässt oder ob diese durch den Gesetzgeber abschliessend vorgenommen wurde. Hat eine Abwägung der Interessen zu erfolgen, muss das Interesse der zur Auskunft berechtigten Behörde dem Interesse der betroffenen Person oder anderen öffentlichen Interessen gegenübergestellt werden. Überwiegt eines der beiden letzteren Interessen, ist eine Datenbekanntgabe zu verweigern. Die Interessenabwägung hat auch zu erfolgen, wenn nur Personalien bekannt gegeben werden⁶⁵.

⁶⁵ Jöhri/Studer, Art.19 DSG, RN 75; Art. 19 Abs. 2.

IV. Schweigepflichten von Behörden

Wie unter III.1.2. dargelegt, können gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG und den kantonalen Datenschutzbestimmungen gesetzliche Schweigepflichten eine Datenbekanntgabe ausschliessen. Schweigepflichten weisen unterschiedliche Qualität auf. Nachfolgend finden sich Ausführungen zu den verschiedenen Arten von Schweigepflichten. Die Abgrenzung ist dann von Bedeutung, wenn gewisse Schweigepflichten einer Meldepflicht vorgehen.

1. Allgemeine Schweigepflichten/Amtsgeheimnis

Schweigepflicht bedeutet, dass über eine bestimmte Kenntnis Stillschweigen zu bewahren ist⁶⁶. In der Verwaltungstätigkeit betrifft dies jede personenbezogene Kenntnis einer mit Verwaltungsaufgaben betrauten Person, die sie innerhalb ihrer Tätigkeit erlangt hat⁶⁷. Die Schweigepflicht von Verwaltungsbehörden wird auch Amtsgeheimnis genannt⁶⁸. Mit dem Amtsgeheimnis wird einerseits die Persönlichkeit derjenigen Person geschützt, über welche eine entsprechende Kenntnis vorliegt. Sie dient aber auch öffentlichen Interessen, indem das Vertrauen der Bevölkerung in den geordneten Lauf der Verwaltung sichergestellt wird⁶⁹. Schweigepflichten von Amtspersonen ergeben sich entweder aus zahlreichen Sondervorschriften des eidgenössischen und kantonalen Rechts oder aus personalrechtlichen Bestimmungen und allgemein aus datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Überall dort, wo keine besonderen Schweigepflichten bestehen, gilt die allgemeine Schweigepflicht, auch wenn sie gesetzlich nicht ausdrücklich verankert ist⁷⁰. Das Amtsgeheimnis gilt auch zwischen den verschiedenen Verwaltungsabteilungen⁷¹. Nehmen private Organisationen öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr, unterstehen sie ebenfalls den spezialgesetzlichen Bestimmungen zur Schweigepflicht und derjenigen gemäss Datenschutzgesetz⁷².

⁶⁶ Kieser, Art. 33 ATSG RN 2.

⁶⁷ Kieser, Art. 33 ATSG RN 7.

⁶⁸ Zum Begriff, siehe Buser, S. 51 ff.

⁶⁹ Kieser, Art. 33 ATSG RN 3.

⁷⁰ Kieser, Art. 33 ATSG RN 4, auf Ebene des Bundes bspw. Art. 22 BPG.

⁷¹ Baeriswyl plädoyer, S. 27.

⁷² Z.B. Art. 33 ATSG für die KK und die UV oder Art. 35 DSG.

Eine Verletzung der Schweigepflicht durch eine Amtsperson ist nach Art. 320 Abs. 1 StGB strafbar. Private Organisationen, die öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen, fallen ebenfalls unter Art. 320 StGB⁷³.

Ausgegangen wird bei allen allgemeinen Schweigepflichten vom materiellen Begriff des Geheimnisses⁷⁴. Der Begriff umfasst Tatsachen, die der Kenntnis Dritter entzogen sind und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat. Jeder Mensch hat seine eigene Geheimsphäre⁷⁵. Bei illegal anwesenden Personen ist die Tatsache ihrer nicht legalen Anwesenheit in der Schweiz als Geheimnis zu betrachten, welche vom Begriff des materiellen Geheimnisses geschützt ist.

Allgemeine Schweigepflichten werden durchbrochen, wenn die Voraussetzungen für die Amtshilfe erfüllt sind⁷⁶. Das Interesse der anfragenden Stelle an ihrer Aufgabenerfüllung wird höher gewertet als die allgemeine Geheimhaltungspflicht. Dies ergibt sich auch aus Art. 19 Abs. 4 lit. b DSG, den kantonalen Datenbekanntgabebestimmungen und Art. 14 StGB. Besteht ein Melderecht oder eine Meldepflicht oder gebieten die Grundsätze der Amtshilfe eine Durchbrechung der Schweigepflicht, entfällt die Strafbarkeit⁷⁷.

2. Besondere Geheimhaltungspflichten

Art. 321 StGB statuiert für diverse Berufsleute eine Schweigepflicht. Im Zusammenhang mit dieser Arbeit ist insbesondere die ärztliche Schweigepflicht von Bedeutung. Die ärztliche Schweigepflicht ist eine qualifizierte Pflicht zur Verschwiegenheit⁷⁸. Für sie gilt ebenfalls der materielle Geheimnisbegriff⁷⁹. Art. 35 DSG erweitert zudem den Schutz des Berufsgeheimnisses auf bestimmte Berufsgruppen, wie bspw. Sozialarbeitende oder das Personal von Spitex-Organisationen⁸⁰. Erfasst sind geheime, besonders schützenswerten Personendaten, welche für die Berufsausübung dieser

⁷³ Stratenwerth/Bommer, § 59, RN 2 und § 57, RN 4 und 5.

⁷⁴ Simon, S. 74.

⁷⁵ Stratenwerth/Bommer, § 59, RN 2 - 6; Keller, S. 45; Elsener, S. 50.

⁷⁶ Siehe dazu die Ausführungen von Simon zur Literatur und Praxis bis 1991, S. 75 - 87.

⁷⁷ Stratenwerth/Bommer, § 59, RN 11.

⁷⁸ Siehe dazu VII.2.1.

⁷⁹ Filli, S. 59 und 60; Ramer, S. 30 und 31.

⁸⁰ Siehe VII.3.

Personen erforderlich sind⁸¹. Der Geheimhaltungspflicht unterliegen alle Informationen, von welchen im Rahmen dieser besonderen Beziehung Kenntnis erlangt wird⁸².

Besondere Geheimhaltungspflichten ergeben sich zudem aus einzelnen Spezialgesetzen. In diesem Zusammenhang relevant ist die Schweigepflicht der Sozialversicherungen und der Steuerbehörden sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis. Die Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses wird nach Art. 321^{ter} StGB bestraft⁸³.

Anzufügen ist, dass absolute Geheimhaltungspflichten aufgehoben werden können, wenn die betroffene Person einwilligt, wenn eine Aufsichtsbehörde einer Datenbekanntgabe zustimmt oder wenn das relevante Gesetz spezielle Anzeigepflichten oder Datenbekanntgabebestimmungen enthält⁸⁴. Auf die ersten beiden Möglichkeiten wird folgend nicht eingegangen.

3. Zwischenergebnis

Allgemeine Schweigepflichten werden durchbrochen, wenn eine Meldepflicht oder ein Melderecht gesetzlich normiert ist. Gleiches gilt auch, wenn die Voraussetzungen für die Amtshilfe ohne gesetzliche Grundlage gegeben sind.

Ob besondere Schweigepflichten durchbrochen werden, ist durch Auslegung der entsprechenden Bestimmungen zur Datenbekanntgabe zu ermitteln.

Eine Meldung durch eine Person, die der beruflichen Schweigepflicht untersteht, ist nur aufgrund spezieller Anzeigepflichten zulässig.

⁸¹ Riklin, Art. 35 DSG, RN 1 - 3; Botschaft DSG 1988, S. 485 und 486.

⁸² Riklin, Art. 35 DSG, RN 10.

⁸³ Simon S. 87 - 101; Donatsch/Wohlers, S. 494 ff.; Der Umfang der Schweigepflichten wird in den entsprechenden Kapiteln behandelt.

⁸⁴ Siehe dazu Art. 321 Ziff. 2 StGB und FN 115; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 79; zu Anzeigepflichten siehe Kapitel X.

V. Migrationsrechtliche Bestimmungen zur Meldepflicht

1. Das Ausländergesetz

Das Ausländergesetz regelt unter anderem die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt, den Familiennachzug von Ausländerinnen und Ausländern sowie die Förderung der Integration. Das Gesetz gilt nach Art. 2 für Ausländerinnen und Ausländer, soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge zur Anwendung kommen. Der Aufenthalt von illegal anwesenden Personen wird in keinem Bundesgesetz geregelt. Ein vorgeschlagener Sans-Papiers-Artikel, welcher Anspruch auf vertiefte Prüfung einer Aufenthaltsbewilligung gegeben hätte, wurde im Verlaufe der parlamentarischen Debatte gestrichen⁸⁵. Illegal Anwesende sind jedoch Ausländerinnen oder Ausländer, weshalb das AuG auf sie anwendbar ist.

2. Das Asylgesetz

Das Asylgesetz hingegen findet auf sie keine Anwendung, obwohl es sich bei illegal Anwesenden auch um abgewiesene Asylbewerber oder solche mit Nichteintretensentscheid handeln kann. Eine Person fällt nur unter das Asylgesetz, solange ein von ihr beantragtes Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist oder eine Wegweisung nicht vollzogen werden konnte⁸⁶ und sie der Asylbehörde noch bekannt ist. Einige Bestimmungen des Asylgesetzes regeln materiell- und verfahrensrechtliche Fragen für Flüchtlinge und vorläufig Aufgenommene⁸⁷.

In Bezug auf Meldevorschriften sind somit diejenigen des Ausländergesetzes zu beachten.

⁸⁵ Siehe bspw. Votum NR Huegenin, NR Fässler-Osterwalder, NR Donzé, NR Leuenberger AB 2004 N 634 ff.; Nguyen, S. 217 und 218; Spescha Migrationsabwehr, S. 127.

⁸⁶ Stöckli, RN 3.70; Art. 32 bis 35a AsylG, Art. 44 und 45 AsylG, Art. 49 ff. AsylG.

⁸⁷ Z.B. Art. 80 ff. AsylG.

3. Meldepflichten nach Ausländergesetz und Vollzugsverordnung

Mit Erlass des AuG wurden die positivrechtlich verankerten Vorschriften über Meldepflichten stark erweitert. Altrechtlich waren lediglich Polizei- und Gerichtsbehörden verpflichtet, den kantonalen Fremdenpolizeien Mitteilungen von Tatsachen zu machen, die den fremdenpolizeilichen Vorschriften zuwider laufen⁸⁸. Das AuG sieht nun in Art. 97 Bestimmungen zu einer umfassenden Datenbekanntgabe vor. Das Datenschutzrecht des Bundes gelangt zur Anwendung, wenn sich Auslegungsfragen im Ausländerrecht ergeben⁸⁹.

3.1. Zusammenarbeit der mit dem Vollzug der Ausländergesetzgebung betrauten Behörden

Art. 97 Abs. 1 AuG statuiert die Zusammenarbeit der mit dem Vollzug des Gesetzes betrauten Behörden. Es handelt sich hierbei um eine Koordinationsnorm, welche eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit und eine gewisse Informationspflicht vorsieht⁹⁰. Die Vollzugsaufgaben wurden zwischen Bund und Kantonen aufgeteilt. Kantone und Bund verfügen je über ausschliessliche Vollzugskompetenzen in Teilgebieten⁹¹. Gewisse Bewilligungen werden von der Zustimmung des Bundesamtes für Migration abhängig gemacht⁹². Am Vollzug des Gesetzes beteiligt sind die von den Kantonen bestimmten Ämter und das Bundesamt für Migration⁹³. Dass diese sich gegenseitig unterstützen ist eine Selbstverständlichkeit⁹⁴. Auch diese Behörden unterliegen der amtsinternen Schweigepflicht und sind an die Grundsätze des Datenschutzes gebunden⁹⁵. Bei Kenntnisnahme einer illegal anwesenden Person sind diese Behörden jedoch gehalten, die gesetzlichen Grundlagen einzuhalten. Sie müssen

⁸⁸ Art. 22b - 22g ANAG und Art. 15 ANAV; Baeriswyl Ausländerrecht, RN 10.5 und 10.34.

⁸⁹ VPB 62.20 (Erw. 5).

⁹⁰ Huber Karl, S. 333 und S. 337; Simon, S. 84 bis 87; Simon spricht im Zusammenhang mit einem Beispiel von Art. 111 DBG von Kooperations- oder Koordinationspflichten, S. 41, 67 und 68; Kägi unterscheidet zwischen Koordination, wenn eine Aufgabe verschiedenen Entscheidungsträgern zugewiesen ist und Kooperation als eigentliche Amtshilfe, bei welcher Daten zu anderen Zwecken nutzbar gemacht werden, S. 411 bis 437 und S. 535 ff.

⁹¹ So z.B. der Bund im Asylwesen oder im Bereich der vorläufig Aufgenommenen.

⁹² In diesem Zusammenhang interessiert die Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AuG.

⁹³ Art. 88 VZAE.

⁹⁴ Thür, Art. 97 AuG, RN 1.

⁹⁵ Kägi-Diener, S. 565 und 566; Simon, S. 81.

entweder eine Wegweisung verfügen oder eine Härtefallbewilligung nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG prüfen⁹⁶. Eine Interessenabwägung erfolgt im Rahmen der Härtefallbewilligung. Die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalls sind jedoch streng⁹⁷.

3.2. Meldepflicht aller schweizerischen Behörden auf Anfrage der Vollzugsbehörden

Art. 97 Abs. 2 AuG ist ein gesetzlich verankerter Amtshilfeartikel und bildet eine Rechtsgrundlage nach Art. 19 Abs. 1 DSG für einen regelmässigen Datenaustausch⁹⁸. Es handelt sich hierbei um eine sehr allgemein gehaltene Amtshilfebestimmung, die keine Voraussetzungen und Grenzen der Amtshilfe nennt⁹⁹, aber gemäss Wortlaut eine umfassende Meldepflicht aller Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden auf Anfrage der Vollzugsbehörden statuiert. Bezweckt wird damit offensichtlich, den fremdenpolizeilichen Interessen zum Durchbruch zu verhelfen. In der parlamentarischen Debatte gab die Bestimmung kaum Anlass zur Diskussion. Es wurde lediglich darauf hingewiesen, dass Behörden, die verpflichtet sein sollen, regelmässig Auskünfte an Ausländerbehörden zu erteilen, aus Datenschutzgründen explizit im Gesetz erwähnt sein müssen¹⁰⁰. Der Vorschlag in der Botschaft wurde aber in der Folge unverändert und ohne weitere Diskussionen vom Parlament in das Gesetz übernommen¹⁰¹.

3.2.1. Recht oder Pflicht?

Ob es sich bei einer Amtshilfenorm um ein Melderecht oder um eine Meldepflicht handelt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dem Wortlaut der Bestimmung ist zu entnehmen, dass Behörden verpflichtet sind, auf Anfrage Meldung zu erstatten. Aus

⁹⁶ Wie auch nach § 8 Abs. 1 lit. a DSG BL und § 10 Abs. 1 DSG BS; siehe dazu hinten, VIII.3.3.2.

⁹⁷ Uebersax Ausländerrecht, RN 5.130; Spescha, Art. 30 Abs. 1 lit. b., RN 5 und Art. 99, RN 9; Art. 99 AuG i.V. mit Art. 85 Abs. 1 lit. a VZAE; Rundschreiben BFM 2007 und Weisung BFM 2008 S. 3, Ziff. 6.1.3.2 bez. Voraussetzungen. Die Weisung 2008 bezieht sich nur auf die Härtefallbewilligung bei bekannten Asylbewerbern; Die Härtefallbewilligung ist fast die einzige Möglichkeit für „Sans-Papiers“, zu einer regulären Aufenthaltsbewilligung zu gelangen; zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: Achermann Migrationsrecht, S. 204 - 210.

⁹⁸ 124 I 176, Erw. 5 c.ee.

⁹⁹ Simon, S. 69.

¹⁰⁰ Antrag NR Wasserfallen, AB 2004 N 1135 und 1137.

¹⁰¹ Anstatt wie ursprünglich im Entwurf in Art. 92 AuG vorgesehen, ist der Amtshilfeartikel nun in Art. 97 AuG enthalten.

dem gesamten Gesetzgebungsprozess zum AuG und der damit verbundenen Verschärfung des Ausländerrechts muss geschlossen werden, dass Expertenkommission, Bundesrat und Parlament grundsätzlich von einer Meldepflicht und nicht einem Melderecht ausgegangen sind¹⁰². Sind also die weiteren Voraussetzungen für eine Meldung der um Auskunft ersuchten Behörde erfüllt, dann ist sie zu dieser verpflichtet. Sie hat kein Ermessen mehr in der Frage, ob sie Auskunft erteilen will oder nicht.

3.2.2. Durchbrechung besonderer Schweigepflichten und Vorrang gegenüber besonderen Datenbekanntgabenormen?

Der Norm kann nicht entnommen werden, ob besondere Schweigepflichten durchbrochen werden oder ob diese als spezialgesetzliche Bestimmungen der Meldepflicht vorgehen. Der Bundesrat erwähnt in seiner Botschaft, dass besondere Geheimhaltungspflichten in anderen Gesetzen weiterhin anwendbar bleiben sollen¹⁰³. THÜR folgert aus dieser Aussage, dass besondere Geheimhaltungspflichten in anderen Gesetzen als Spezialbestimmungen vorbehalten bleiben und plädiert für eine restriktive Auslegung der Bestimmungen nach Absatz 2 und 3¹⁰⁴. Zudem erfüllt Absatz 2 das Erfordernis der genügenden Normdichte nicht, um besondere Schweigepflichten zu durchbrechen¹⁰⁵.

Besondere Schweigepflichten können durchbrochen werden, wenn zu Gunsten einer Behörde besondere Normen zur Datenbekanntgabe bestehen. Die entsprechenden Gesetze wurden trotz inzwischen in dieser Frage ergangener Gerichtsentscheide und Gutachten des eidg. Datenschutzbeauftragten im Rahmen des AuG nicht erweitert¹⁰⁶. Da der Gesetzgeber im Wissen um die Rechtsprechung keine besonderen Datenbekanntgabebestimmungen zu Gunsten der Migrationsbehörden eingeführt hat, haben absolute Schweigepflichten Vorrang¹⁰⁷. Eine Meldung ist nur zulässig, wenn eine Datenbekanntgabe an die Ausländerbehörden vorgesehen ist.

¹⁰² Das Gesetz wurde von linken und humanitären Kreisen als zu restriktiv beurteilt; siehe auch Spescha Migrationsabwehr, S. 119.

¹⁰³ Botschaft AuG, S. 3823; Thür, Art. 97 Abs. 3, RN 4.

¹⁰⁴ Thür, Art. 97, RN 2 und 4.

¹⁰⁵ Fey, S. 1247 (Erw. 4. d); Jöhri/Studer, Art. 17 DSG, RN 20.

¹⁰⁶ VPB 58.11, Erw. 5; i.G. dazu BGE 124 III 170; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 81 und 82; anders beim Erlass des Schwarzarbeitergesetzes, Art. 80a Abs. 1 AHVG; Entscheide gemäss FN 102; siehe weiter hinten die Ausführungen zu Sozialversicherungen, VII.1.1.2.

¹⁰⁷ VPB 61.72 Erw. E. 2; siehe dazu auch gegenteilige Ausführungen in VPB 68.84, Erw. II. 2.

3.2.3. Genügende gesetzliche Grundlage?

Absatz 2 ist sehr offen formuliert. Es handelt sich um eine pauschale Amtshilfebestimmung, die nichts über die Voraussetzungen einer Datenbekanntgabe aussagt¹⁰⁸. Da es kaum möglich ist, alle Konstellationen gesetzlich zu normieren, muss deren Dichte genügen¹⁰⁹. Im Einzelfall könnten ohnehin gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG Daten erhältlich gemacht werden (bzw. gestützt auf das kantonale DSG). Daraus folgt aber auch, dass die Ausländerbehörde (wie auch die angefragte Behörde) die allgemeinen Grundsätze der Amtshilfe anzuwenden hat¹¹⁰. Sie muss ihr Informationsbedürfnis im Einzelfall begründen, insbesondere muss sie sich auf eine konkrete Person beziehen, und die Datenbekanntgabe muss für den Gesetzesvollzug erforderlich sein¹¹¹.

3.2.4. Zulässigkeit einer Interessenabwägung?

Hat der Gesetzgeber eine Interessenabwägung zu Gunsten des fremdenpolizeilichen Interesses abschliessend vorgenommen, so ist es der angefragten Behörde verwehrt, vor einer Datenbekanntgabe eine Interessenabwägung vorzunehmen. Der Wortlaut der Bestimmung spricht von einer Verpflichtung aller Behörden. Die Botschaft und das Parlament setzen sich mit Fragen des Datenschutzes nicht auseinander. Die geringe Normdichte und die fehlende Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit entgegenstehenden Interessen lässt darauf schliessen, dass die Schranken der Amtshilfe, insbesondere diejenige überwiegender Interessen an einer Verweigerung der Datenbekanntgabe, von der angefragten Behörde zu beachten sind¹¹². Es kann nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, gegen Verfassung und Völkerrecht zu verstossen. Die Norm fordert somit implizit eine Interessenabwägung. Daten sind nur bekannt zu geben, wenn keine überwiegenden anderen öffentlichen Interessen oder schutzwürdige Interessen der betroffenen Person vorliegen.

Ginge man hingegen davon aus, dass der Gesetzgeber uneingeschränkt alle Behörden zur Datenbekanntgabe verpflichten wollte und somit eine abschliessende Inte-

¹⁰⁸ Vgl. Simon, S. 69.

¹⁰⁹ Siehe dazu Goebel, S. 65, der aufzeigt, wie umständlich es würde, wenn jeder mögliche Weitergabesachverhalt normiert werden müsste.

¹¹⁰ VPB 62.20, Erw. 2.

¹¹¹ Botschaft AuG, S. 3823; siehe auch VPB 60.12, Erw. 2.4; Allgemeine Suchaktionen sind nicht zulässig; siehe hierzu VPB 58.11, Erw. 4.

¹¹² Siehe VPB 60.20 (Erw. 2.3 und 4) zu Vorschriften im ANAG bzw. in der ANAV.

ressenabwägung zu Gunsten des fremdenpolizeilichen Interesses vor allen anderen Interessen vorgenommen hätte, so müssten alle Behörden auf Anfrage die entsprechenden Daten weitergeben¹¹³. Eine Verweigerung der Datenbekanntgabe wäre nur noch bei Vorhandensein von besonderen Schweigepflichten möglich. Ein Verstoss gegen die Verfassung oder gegen Völkerrecht könnte die Folge sein. Bundesgesetze sind anzuwenden, auch wenn sie gegen die Verfassung verstossen¹¹⁴. Aufgrund des grundsätzlichen Vorrangs des Völkerrechts dürfte die Norm jedoch dann nicht angewendet werden, wenn sie gegen Völkerrecht verstiesse. Die EMRK geniesst Vorrang¹¹⁵, es sei denn, der Gesetzgeber habe einen Verstoss gegen Völkerrecht bewusst in Kauf genommen¹¹⁶. Dies wird kaum der Fall sein. In den weiteren Ausführungen wird deshalb von der Konstellation ausgegangen, dass die angefragte Behörde eine Interessenabwägung vorzunehmen hat.

3.3. Meldepflichten ohne Anfrage der Ausländerbehörden

Absatz 3 statuiert eine gesetzliche Mitwirkungspflicht oder Anzeigepflicht von speziell erwähnten Behörden, die unaufgefordert – von Amtes wegen – Daten an die Vollzugsbehörden bekannt zu geben haben¹¹⁷. Behörden werden, im Unterschied zu Absatz 2, von sich aus tätig¹¹⁸.

Besondere Schweigepflichten gehen ebenfalls vor. Es gilt das zu Absatz 2 ausgeführte. Auch diese Bestimmung gab keinen Anlass zur Diskussion im Parlament. Im Unterschied zu Absatz 2 müssen die erwähnten Behörden unaufgefordert Meldung erstatten, wenn die Tatbestände nach Art. 82 VZAE erfüllt sind. Die Norm ist zwar etwas dichter als Absatz 2. Es lassen sich ihr die allenfalls zur Bekanntgabe verpflichteten Behörden entnehmen, jedoch nicht, welche Sachverhalte zu melden sind und ob Grenzen bei der Datenbekanntgabe zu beachten sind¹¹⁹. Aufgrund der Offenheit der Norm und weil mit einer Meldung die Weitergabe von besonders sensiti-

¹¹³ Wermelinger ZBI 2004, S. 173 ff.

¹¹⁴ Art. 190 BV; Kälin et al., S. 99; Schwere Grundrechtseingriffe erfordern immer eine Interessenabwägung.

¹¹⁵ Kälin et al., S. 107 und 108.

¹¹⁶ Kälin et al., S. 99 und 105; siehe auch Art. 27 WVK.

¹¹⁷ Simon S. 43 und 44; Wermelinger ZBI 2004, S. 176, FN 17; Die Terminologie ist in der Literatur uneinheitlich. Eine Anzeigepflicht wird auch als Informationspflicht (VPB 65.98, Frage 6), Denunziationspflicht oder Meldung von Amtes wegen bezeichnet; siehe Botschaft BGSA.

¹¹⁸ VPB 60.20 (Erw. 2.3 und 4); VPB 65.98, Frage 6.

¹¹⁹ Siehe im Gegensatz dazu VPB 68.84, Erw. 2.1.

ven Daten verbunden sein kann, ist eine Interessenabwägung zwingend vorzunehmen.

3.4. Zwischenergebnis

Art. 97 Abs. 2 und 3 AuG enthält für alle Behörden eine Verpflichtung, den Vollzugsbehörden des Ausländergesetzes unaufgefordert oder auf Anfrage Meldung zu erstatten. Verpflichtung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass Daten bekannt gegeben werden müssen, wenn die weiteren Voraussetzungen des Datenschutzes erfüllt sind. Die Meldung hat zu erfolgen:

1. Wenn einer Datenbekanntgabe nicht eine absolute Schweigepflicht entgegensteht. Die absolute Schweigepflicht einer angefragten Behörde kann nur durchbrochen werden, wenn zu Gunsten der Ausländerbehörden besondere Datenbekanntgabennormen bestehen.
2. Wenn sich eine Anfrage nach Absatz 2 auf eine ganz bestimmte Person bezieht und die Auskunft zum Vollzug des Ausländergesetzes unentbehrlich ist¹²⁰ oder von Amtes wegen, wenn bei den erwähnten Behörden nach Absatz 3 die Tatbestände von Art. 82 VZAE erfüllt sind.
3. Wenn die Interessenabwägung ergibt, dass das fremdenpolizeiliche Interesse höher zu gewichten ist als andere öffentliche Interessen oder das private Interesse der betroffenen Person(en)¹²¹.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann ist die angefragte Behörde verpflichtet, eine illegal anwesende Person zu melden¹²².

¹²⁰ Mangels gesetzlicher Grundlage dürfen die Behörden nach Abs. 2 nicht von sich aus Meldung erstatten. Dies wäre ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip; siehe Häfelin/Müller/Uhlmann, RN 368 ff.

¹²¹ Siehe auch die Checkliste von Wermelinger ZBI 2004, S. 173 ff. sowie VPB 62.20.

¹²² Siehe im Gegensatz dazu VPB 86.84, Erw. 2.1.

VI. Kriterien für die Interessenabwägung

Mit einer Meldepflicht bei illegal anwesenden Personen verfolgt der Staat das Interesse an der öffentlichen Ordnung. Diesem Interesse steht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der von einer Meldung betroffenen Person(en) entgegen. Dieses Grundrecht muss, wenn die Voraussetzungen für die Leistung von Amtshilfe erfüllt sind, gegenüber den Interessen des Staates an der Aufgabenerfüllung zurücktreten.

Amtshilfe gemäss AuG darf nur geleistet werden, wenn keine überwiegenden anderen Interessen einer Meldung entgegenstehen. Die Meldung einer illegal anwesenden Person kann mittelbar Auswirkungen auf andere Interessen und staatliche Verpflichtungen haben, wenn eine Person aufgrund einer Meldung an die Fremdenpolizei aus der Schweiz weggewiesen wird. Eine Verpflichtung zur Meldung kann zudem dazu führen, dass ein völker- und/oder grundrechtlicher Anspruch aufgrund des Risikos einer Meldung nicht mehr wahrgenommen wird. Diese beiden Aspekte sind bei einer Interessenabwägung zu berücksichtigen. Eine Verweigerung der Meldung aufgrund eines höheren anderen Interesses kann daher auf zwei Arten begründet werden:

1. Es wird mit einer Meldung in grundlegende Rechte der betroffenen Person(en) eingegriffen oder es liegen höherrangige andere Interessen des Staates vor¹²³. Ob Meldung zu erstatten ist oder nicht, ist somit eine Frage der Wertung von Interessen. Höhere Interessen ergeben sich insbesondere aus anderen Grundrechten und/oder Völkerrecht. In diesem Zusammenhang sind v.a. die sozialen Grundrechte von Bedeutung.
2. Grundrechte, Bundesgesetze und Völkerrecht sind sowohl für Gerichte, als auch für Verwaltungsbehörden verbindlich¹²⁴. Im Falle eines Normenkonflikts mit innerstaatlichem Recht ist eine innerstaatliche Norm so auszulegen, dass sie Völkerrecht nicht widerspricht. Ist eine völkerrechtskonforme Auslegung nicht möglich, hat in der

¹²³ Bei Erwerbstätigen Sans-Papiers tritt das Interesse des Arbeitsmarktschutzes hinzu. Begeht eine illegal anwesende Person ein schweres Delikt, wird das Interesse des Staates an der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in der Regel höher einzustufen sein; siehe dazu Breitenmoser S. 79 bez. EGMR-Rechtssprechung; siehe auch II.2. und IX.2.3.

¹²⁴ Art. 35 und Art. 190 BV.

Regel Völkerrecht den Vorrang¹²⁵. Gesetzesrecht ist zudem verfassungskonform auszulegen¹²⁶. Treten weitere Grund- und Menschenrechte hinzu, auf welche sich die illegal anwesende Person berufen kann, dann ist die Norm, welche eine Meldepflicht statuiert, so auszulegen, dass diese Rechte nicht verletzt werden. Will der Staat nicht gegen sie verstossen, sind sie in der Regel höher zu gewichten.

Im Folgenden wird aufgezeigt, welche Grund- und Menschenrechte bei einer Interessenabwägung von den zur Meldung verpflichteten Behörden zu berücksichtigen sind. Eine Interessenabwägung hat zwingend zu erfolgen, wenn der Gesetzgeber nicht bereits eine abschliessende Interessenabwägung vorgenommen hat¹²⁷.

1. Privat- und Familienleben

Das Recht auf Familienleben garantiert dem Einzelnen, in einer Familie zusammenzuleben und nicht voneinander getrennt zu werden¹²⁸. Geschützt sind die Beziehungen zwischen Partnern, ehelich oder nicht, und zwischen Eltern und Kindern wie auch Grosseltern. Es muss eine persönliche enge Verbindung bestehen¹²⁹. Der Anspruch auf Familienleben schützt grundsätzlich Beziehungen, die ortsunabhängig sind¹³⁰. Demgegenüber schützt das Recht auf Privatleben zwischenmenschliche Beziehungen, die nicht vom Recht auf Familienleben geschützt sind¹³¹. Dieses Grundrecht ist beeinträchtigt, wenn langjährige soziale Beziehungen aufgegeben werden müssen. Geschützt wird der persönliche Bezug zu einer Umgebung¹³². Zwar besteht kein Schutz vor Ausweisung aus einem Staat, das Recht auf Achtung des Privat- oder Familienlebens kann aber durch eine Massnahme verletzt werden¹³³. Lebt bspw. eine weggewiesene illegal anwesende Person in einer eheähnlichen Gemeinschaft mit einer legal anwesenden Person oder sind Kinder aufgrund einer Wegwei-

¹²⁵ Peters, S. 57 und 58; Häfelin/Haller/Uhlmann, RN 232; Früh, S. 124 - 126.

¹²⁶ Häfelin/Haller/Uhlmann, RN 230 ff.

¹²⁷ Siehe dazu IX.2.2.2.

¹²⁸ Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK, Art. 10 UNO-Pakt I, Art. 17 und 23 UNO-Pakt II, Art. 10, 16, 18 und 22 UNO-KRK.

¹²⁹ Kälin/Künzli, S. 445 und 446; Wildhaber, RN 338 - 391; Meyer-Ladewig, Art. 8 EMRK, RN 18; Müller/Schefer, S. 234 - 236.

¹³⁰ Bertschi/Gächter, S. 251.

¹³¹ Kälin/Künzli, S. 445 und 446, Caroni, S. 19 und 482.

¹³² Bertschi/Gächter, S. 251.

¹³³ Wildhaber, Art. 8, RN 416 und 419.

sung von einer Trennung eines Elternteils betroffen¹³⁴, dann liegt ein Eingriff in das Privat- oder Familienleben vor.

Je länger eine Person in einem Staat gelebt hat, desto mehr kann sich eine Meldung als unverhältnismässig erweisen, wenn diese Person starke soziale oder familiäre Bindungen eingegangen ist¹³⁵. SPESCHA plädiert für eine gründliche Abwägung aller Interessen bei behördlichen Entscheiden. Das Bedürfnis der Schweiz, den Ausländerbestand zu stabilisieren und sich keine Armutslasten aufzubürden, sei dem Anwesenheitsbedürfnis von Menschen, die bereits mehrere Jahre oder Jahrzehnte in der Schweiz gelebt, zum Volkseinkommen beigetragen haben und deren Bindungen zum Herkunftsland entsprechend gelockert sind, gegenüberzustellen¹³⁶. Hat sich eine Person nur einen illegalen Aufenthalt zu schulden kommen lassen (allenfalls verbunden mit Schwarzarbeit), kann das Recht auf Privatleben überwiegen, wenn eine Person bereits seit langem in der Schweiz lebt. Die Behörde hat eine mögliche Verletzung des Rechts auf Privatleben sorgfältig abzuklären, bevor sie einer Meldepflicht nachkommt¹³⁷. Da eine umfassende Abklärung in der Praxis Schwierigkeiten bereiten dürfte, wird hier vorgeschlagen, dass nach einer bestimmten Zeit keine Meldung mehr erfolgt. Eine z.B. 10-jährige Frist würde auch Menschen Rechnung tragen, die keine familiären Bindungen in der Schweiz haben¹³⁸. Ein erst sehr kurzer Aufenthalt dürfte in der Regel keinen Eingriff in das Recht auf Privat- oder Familienleben darstellen¹³⁹.

2. Vorrangiges Kindswohl

Immer, wenn Kinder involviert sind, ist die UNO-Kinderrechtskonvention zu beachten. Sie verpflichtet die Vertragsstaaten, Massnahmen zum Schutz der Rechte der Kinder zu ergreifen. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist das vorrangige Kindswohl¹⁴⁰.

¹³⁴ Kälin/Künzli, S. 445 und 446.

¹³⁵ Caroni Migrationsrecht, S. 205; Thym, S. 541 ff., welcher die Entwicklung EGMR-Rechtssprechung in Bezug auf das Recht auf Privatleben aufzeigt.

¹³⁶ Spescha Migrationsabwehr, S. 27.

¹³⁷ Siehe z.B. Ausführungen Bertschi/Gächter, S. 243 bis 245 und S. 266.

¹³⁸ Das Bundesgericht geht davon aus, dass nach 10-jährigem Aufenthalt ein Härtefall vorliegen kann. Diese Frist könnte auf die Meldepflichten übertragen werden; siehe Uebersax Ausländerrecht, RN 5.159 und Spescha Migrationsabwehr, S. 41 und 49.

¹³⁹ Caroni, S. 456.

¹⁴⁰ Art. 3 UNO-KRK.

Nach Art. 3 UNO-KRK haben alle öffentlichen und privaten Einrichtungen eines Staates bei allen Massnahmen das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen. Sobald also ein Kind von einem Entscheid betroffen ist, muss eine Behörde dessen Interesse miteinbeziehen und dafür sorgen, dass das physische, psychische und soziale Wohlergehen des Kindes sichergestellt ist¹⁴¹. Anders gelagerte Interessen eines Staates können trotz des vorrangigen Interesses höher gewichtet werden¹⁴². Ist jedoch ein Kind bereits gut integriert, treten andere Interessen des Staates in den Hintergrund¹⁴³. Bei überwiegendem Kindsinteresse gegenüber dem fremdenpolizeilichen Interesse ist eine Meldung zu verweigern.

3. Vertrauensschutz

Hat eine zur Meldung verpflichtete Behörde in voller Kenntnis einen illegalen Aufenthalt über längere Zeit geduldet, kann eine Datenbekanntgabe allenfalls einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes darstellen. Eine illegal anwesende Person wäre dann aufgrund des vertrauensbegründenden Verhaltens der Behörden zu schützen¹⁴⁴.

4. Weitere Grundrechte und völkerrechtliche Verpflichtungen

Weitere Grund- und Menschenrechte, die im Zusammenhang mit dieser Thematik relevant sind und auf welche sich ebenfalls Sans-Papiers berufen können, sind: Die Rechtsgleichheit¹⁴⁵, das Recht auf Grundschulunterricht¹⁴⁶, das Recht auf Hilfe in Notlagen¹⁴⁷, das Recht des Kindes auf Anerkennung seiner Rechtsfähigkeit und der Kenntnis seiner Abstammung¹⁴⁸, die Ehefreiheit¹⁴⁹ sowie das Recht auf Achtung des

¹⁴¹ Marguerat et al., S. 14; Die Legaldefinition gemäss CH-Recht findet sich in Art. 301 und 302 ZGB.

¹⁴² Früh, S. 34.

¹⁴³ Siehe dazu BGE 2A.679/2006, Erw. 3 und 4.2, in welchem das Bundesgericht entschied, dass unter dem Aspekt des Kindeswohls ein Härtefall vorliegen kann, wenn ein Kind in einem Land sozial integriert ist; vgl. auch Müller/Schefer, S. 243 mit Hinweis auf BGE 130 II 281, Erw. 3.2. und 3.3.

¹⁴⁴ Häfelin/Haller/Uhlmann, RN 627 und 652.

¹⁴⁵ Art. 8 Abs. 1 und 2 BV, Art. 14 EMRK, Art. 26 UNO-Pakt II.

¹⁴⁶ Art. 19 BV, Art. 28 UNO-KRK, Art. 13 UNO-Pakt I.

¹⁴⁷ Dieses beinhaltet auch das Recht auf Gesundheit; Art. 12 BV, Art. 9, 11 und 12 UNO-Pakt I, Art. 24 - 27 UNO-KRK.

¹⁴⁸ Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 7 Abs. 1 UNO-KRK, Art. 8 EMRK, Art. 24 Abs. 2 UNO-Pakt II, Art. 16 UNO-Pakt I.

Brief- Post- und Fernmeldeverkehrs¹⁵⁰. Mit diesen Grund- und Menschenrechten werden sowohl öffentliche wie auch private Interessen verfolgt. Auf den Inhalt dieser Grund- und Menschenrechte wird in den jeweiligen Kapiteln eingegangen.

5. Zwischenergebnis

Überwiegende private Interessen der von einer Meldepflicht betroffenen Personen können sich aus der Bundesverfassung, der EMRK, der UNO-KRK und den beiden UNO-Pakten ergeben. Die meldepflichtige Behörde ist gehalten, eine sorgfältige Abwägung aller betroffenen Interessen vorzunehmen. Wirtschaftliche Interessen einer illegal anwesenden Person sowie Interessen der Wirtschaft an der Beschäftigung von illegal anwesenden Personen müssen angesichts der politischen Situation in der Schweiz hinter das fremdenpolizeiliche Interesse des Staates und das Interesse an der Bekämpfung der Schwarzarbeit zurücktreten¹⁵¹. Auch das Risiko einer Wegweisung und die geringe Chance auf eine Härtefallbewilligung bei erst sehr kurzem illegalem Aufenthalt sind keine überwiegenden privaten Interessen. Der Gesetzgeber hat sich mit seiner restriktiven Ausländerpolitik dafür entschieden, Schwarzarbeit und illegalen Aufenthalt zu bekämpfen¹⁵². Diese politische Ausrichtung muss akzeptiert werden. Sind nicht die erwähnten speziellen Tatbestände erfüllt und liegt auch kein anderes überwiegendes privates Interesse vor, muss eine Behörde auf Anfrage oder von Amtes wegen Meldung erstatten.

¹⁴⁹ Art. 14 BV, Art. 12 EMRK, Art. 23 Abs. 2 UNO-Pakt II, Art. 109 Ziff. 1 UNO-Pakt I.

¹⁵⁰ Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK, Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II, Art. 16 Abs. 1 UNO-KRK.

¹⁵¹ Siehe bezüglich Interessen der Wirtschaft an der Schwarzarbeit: Spescha Asyl, S. 5

¹⁵² Siehe dazu Meyer, S. 147 und 148, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

VII. Auf Anfrage meldepflichtige Behörden

Wie unter V. 3.2.2. und 3.4. ausgeführt, können besondere Schweigepflichten und eine Interessenabwägung zu Gunsten eines höheren privaten oder öffentlichen Interesses einer Datenbekanntgabe nach Art. 97 AuG entgegenstehen. Nachfolgend wird aufgrund der Einzelgesetze, welche auf die entsprechenden Behörden anwendbar sind, geklärt, ob Bestimmungen daraus einer Meldepflicht nach Ausländergesetz entgegenstehen. Sind von Behörden aufgrund ihres gesetzlichen Auftrags spezielle Aspekte bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, erfolgen Ausführungen im entsprechenden Kapitel. Ansonsten wird auf die Kriterien für die Interessenabwägung verwiesen¹⁵³. Diese sind auch von Behörden zu beachten, die nachfolgend nicht erwähnt werden, aber mit Sans-Papiers in Berührung kommen können.

Ist eine Datenbekanntgabe nicht schon aufgrund einer besonderen Schweigepflicht unzulässig, darf nur Meldung erstattet werden, wenn das fremdenpolizeiliche Interesse überwiegt.

1. Die Sozialversicherungen

Das Sozialversicherungsrecht zählt zum öffentlichen Recht und wird im Wesentlichen durch Bundesrecht geregelt¹⁵⁴. Sozialversicherungen sind Teil des Sozialstaates und bezwecken den Schutz und die Unterstützung benachteiligter Gruppen¹⁵⁵. Die Unterstellung unter eine Sozialversicherung wird vom Wohnsitz und/oder Aufenthalt, welcher teilweise von einer gewissen Dauer sein muss, oder von einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz abhängig gemacht¹⁵⁶. Da eine illegal anwesende Person ihren Wohnsitz im Ausland aufgegeben hat, kommt Art. 24 Abs. 2 ZGB zur Anwendung und der gewöhnliche Aufenthaltsort gilt als Wohnort. Illegal anwesende Personen unterste-

¹⁵³ Kapitel VI.

¹⁵⁴ Die Familienzulagen und Prämienverbilligungen sind kantonale geregelt, wie auch einzelne spezielle Sozialleistungen, z.B. Mietzinsbeiträge. Ab 1.1.09 werden die Familienzulagen bundesrechtlich geregelt. Sie werden ebenfalls dem ATSG unterstellt. Es erfolgen daher keine Ausführungen mehr zu kantonalen Bestimmungen.

¹⁵⁵ Tschannen/Zimmerli § 3, RN 4 und 5.

¹⁵⁶ Vgl. bspw. Art. 1a Abs. 1 lit. a und b AHVG, Art. 4 ELG, Art. 1b IVG, Art. 3 KVG; zur KK insbesondere: Achermann Asyl 3/03;

hen daher ebenfalls den bundesrechtlichen Sozialversicherungen. Sind die Voraussetzungen für eine Leistung erfüllt, dann sind sie auch anspruchsberechtigt¹⁵⁷.

1.1. Bundesrechtliche Sozialversicherungen

1.1.1. Schweigepflicht

Das ATSG, welches die Bundessozialversicherungen, mit Ausnahme der beruflichen Vorsorge¹⁵⁸, koordiniert, statuiert in Art. 33 eine allgemeine Schweigepflicht der Personen, die an der Durchführung, Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind. Darunter fallen auch privatrechtlich organisierte Verbandsausgleichskassen und private Arbeitslosenkassen¹⁵⁹. Sie haben gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren¹⁶⁰. Die Schweigepflicht gilt, wenn das Einzelgesetz keine besonderen Datenbekanntgabebestimmungen enthält¹⁶¹. Dritte sind alle Stellen ausserhalb des entsprechenden Sozialversicherungszweiges, also auch andere Behörden¹⁶².

Die Schweigepflicht der Sozialversicherungen ist eine spezialgesetzliche, welche allgemeinen Meldepflichten vorgeht¹⁶³. Sehen die Bestimmungen in den einzelnen Gesetzen keine Datenbekanntgabe an die Migrationsämter vor, so ist eine Datenbekanntgabe unzulässig.

¹⁵⁷ Achermann Asyl 3/03, S. 8; Nicht anspruchsberechtigt sind „Sans-Papiers“ in der ALV: Zur Anspruchsberechtigung wird gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG Vermittlungsfähigkeit vorausgesetzt. Vermittlungsfähig ist u.a., wer berechtigt ist, eine Arbeit anzunehmen, also über eine Arbeitsbewilligung verfügt; siehe im Detail Heller, S. 104 - 130 mit Hinweisen zur früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung in den FN 340/341. Diese Rechtsprechung müsste seit BGE 125 V 76, 77 und 78 überholt sein, da eine Begründung des Wohnsitzes keine fremdenpolizeiliche Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung voraussetzt; Art. 26 UNO-KRK betr. Ansprüchen von Kindern auf Sozialversicherungsleistungen.

¹⁵⁸ In der beruflichen Vorsorge wird vielfach auf die Bestimmungen der IV und der AHV verwiesen. Das ATSG findet somit indirekt Anwendung; Kieser, Art. 2, RN 18 bis 20; Das DSG findet ebenfalls auf die beruflichen Vorsorge Anwendung; siehe VPB 60.11.

¹⁵⁹ Siehe Art. 49 AHVG und Art. 76 Abs. 1 AVIG; Auf die Verbandsausgleichskassen und die privaten Arbeitslosenkassen ist das Bundesdatenschutzgesetz ebenfalls anwendbar, da diese beim Vollzug der Gesetze öffentliche Aufgaben des Bundes wahrnehmen; siehe auch Botschaft DSG 1988, S. 440 bez. Zuordnung zu den Bundesorganen.

¹⁶⁰ Dies gilt auch für Kantone, die Vollzugsaufgaben wahrnehmen, siehe Achermann/Efionayi-Mäder, FN 94; Botschaft DSG Sozialversicherungen S. 263.

¹⁶¹ Botschaft Datenschutz Sozialversicherungen 1999, S. 12; Kieser Art. 33, RN 11 - 13 und 18, Parl. Initiative Sozialversicherungen 1999, S. 4591 und 4592. Die einzelgesetzlichen Bestimmungen zur Schweigepflicht wurden alle im Rahmen der Anpassung des ATSG per 1. Januar 2003 gestrichen (siehe Anhang ATSG); Die Schweigepflicht der beruflichen Vorsorge ist in Art. 86 BVG normiert.

¹⁶² Kieser, Art. 33, RN 9.

¹⁶³ VPB 61.72, Erw. B und C.

Die Versicherungspflicht von Krankenversicherern aufgrund des KVG-Obligatoriums sowie die Schweigepflicht der Krankenkassen gegenüber den Migrationsbehörden wurde in einer Weisung des BSV explizit bekräftigt¹⁶⁴.

1.1.2. Meldepflicht

Eine allgemeine Verpflichtung zur Amts- und Verwaltungshilfe für alle mit dem Vollzug des Sozialversicherungsrechts befassten Stellen ergibt sich aus Art. 32 ATSG. Alle Einzelgesetze enthalten umfassende Normen zur Amts- und Verwaltungshilfe und zur Datenbekanntgabe¹⁶⁵. Die Bestimmungen hierzu stimmen grösstenteils überein mit einzelnen Abweichungen, welche sich aus der Natur des entsprechenden Versicherungszweiges ergeben. Eine Datenbekanntgabe kann nur von Amtes wegen oder auf Antrag an die entsprechenden Stellen, welche im Gesetz aufgeführt sind, erfolgen¹⁶⁶. Per 1.1.2001 wurden die Datenbekanntgabebestimmungen in den Einzelgesetzen angepasst, um den Anforderungen des DSG, insbesondere derjenigen der formell-gesetzlichen Grundlage für die Bearbeitung besonders sensibler Daten, gerecht zu werden¹⁶⁷. In diesem Zusammenhang wurde BGE 124 III 170 ff. Rechnung getragen und eine Bestimmung zur Auskunftserteilung an die Steuerbehörden eingeführt¹⁶⁸. Weder bei der Anpassung an das DSG noch beim Erlass des AuG wurde eine Bestimmung z.G. der Fremdenpolizei eingeführt¹⁶⁹.

Das KVG enthält auch keine Datenbekanntgabebestimmung zu Gunsten der Fremdenpolizei¹⁷⁰. Eine Meldung von Krankenversicherern an die Fremdenpolizei ist unzulässig.

¹⁶⁴ Kreisschreiben BSV 2/10 und Achermann, Asyl 3/03

¹⁶⁵ Siehe Art. 82 und 84a KVG, Art. 50a AHVG, Art. 66a IVG, Art. 86a BVG, Art. 97 UVG, Art. 25 ELG, Art. 26 FLG.

¹⁶⁶ Siehe bspw. Art. 50a AHVG.

¹⁶⁷ Im Sozialversicherungsbereich handelt es sich um besonders sensitive Daten; Botschaft Datenschutz Sozialversicherungen 1999, S. 255 - 257.

¹⁶⁸ Botschaft Datenschutz Sozialversicherungen 1999, S. 261, 262 und S. 265; BGE 124 III 170; Jöhri/Studer, Art. 19 DSG, RN 82; Art. 19 Abs. 4 lit. a DSG; Im Rahmen des BGSA wurden ebenfalls Datenbekanntgabebestimmungen erlassen, siehe dazu IX.1.2.1.

¹⁶⁹ Trotz Kenntnis von BGE 124 III 170 und der gegenteiligen Auffassung des eidg. Datenschutzbeauftragten in VPB 61.72, Erw. D und F, wurden die Bestimmungen nicht angepasst.

¹⁷⁰ Siehe Art. 84a KVG; Auch enthalten AuG und BGSA keine Bestimmung zur Datenbekanntgabe.

1.1.3. Zwischenergebnis

Eine Datenbekanntgabe aufgrund von Art. 97 Abs. 2 AuG auf Anfrage eines Migrationsamtes ist, aufgrund der besonderen Schweigepflicht der Sozialversicherungen und weil die einzelnen Bestimmungen keine Datenbekanntgabe an die Fremdenpolizei regeln, unzulässig¹⁷¹.

1.2. Kantonale Sozialversicherungen

Gemäss Art. 65 KVG haben die Kantone Prämienverbilligungen an Versicherte in bescheidenen finanziellen Verhältnissen auszurichten. Sans-Papiers leben meist unter prekären finanziellen Bedingungen und sind daher auf diese Sozialleistungen angewiesen¹⁷². Prämienverbilligungen werden je nach Kanton entweder auf Anmeldung oder aufgrund einer definitiven Steuerveranlagung ausgerichtet¹⁷³.

Die besondere Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG gilt für die kantonalen Stellen bei der Ausrichtung von Prämienverbilligungen nicht¹⁷⁴. Die Schweigepflicht richtet sich somit nach kantonalem Recht. Es bestehen keine spezialgesetzlichen Regelungen zur Schweigepflicht beim Vollzug der Prämienverbilligungen¹⁷⁵. Die mit dem Vollzug beauftragten Stellen sind somit an das Amtsgeheimnis nach kantonalem Recht gebunden, welches grundsätzlich eine Datenbekanntgabe zulässt. Prämienverbilligungen und Krankenversicherungen stehen jedoch in einem engen Zusammenhang zueinander. Aufgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses am Gesundheitsschutz der gesamten Bevölkerung ist eine Meldung auf Anfrage zu verweigern¹⁷⁶.

¹⁷¹ Siehe hierzu auch Kreisschreiben des EDI.

¹⁷² Achermann/Efionayi-Mäder, S. 68.

¹⁷³ Achermann Asyl 3/03, S. 10; Im Kanton BL ist ein Anspruch abhängig von der Steuerveranlagung, § 3 PVV BL; Im Kanton BS wird der Anspruch aufgrund einer Anmeldung abgeklärt. Zudem muss die anspruchsberechtigte Personin in BS versichert sein, § 16 KVO BS.

¹⁷⁴ Art. 1 Abs. 2 lit. c KVG.

¹⁷⁵ Siehe PVV BL und KVO BS.

¹⁷⁶ Siehe Ausführungen weiter hinten, VII. 2.2.

2. Spitäler

Art. 12 BV garantiert ein Recht auf Nothilfe, welches ebenfalls die medizinische Notfallversorgung umfasst. Ausserhalb eines Notfalls ergibt sich ein Anspruch auf medizinische Grundversorgung aus dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz¹⁷⁷. Art. 12 UNO-Pakt I enthält ein Recht auf Gesundheit. Sans-Papiers, welche sich ebenfalls auf dieses Grund- und Menschenrecht berufen können, muss der Zugang zum Gesundheitssystem diskriminierungsfrei gewährt werden¹⁷⁸.

Die Sicherstellung der Gesundheitsversorgung liegt in der kantonalen Kompetenz¹⁷⁹. Die Kantone haben die Gesundheitsversorgung für die Einwohnerinnen und Einwohner zu gewähren¹⁸⁰. Öffentlich-rechtliche Spitäler wie auch subventionierte Privatspitäler unterliegen öffentlichem Recht¹⁸¹. Das kantonale DSG ist anwendbar¹⁸². Nehmen private Spitäler einen privatrechtlichen Auftrag wahr, so gilt das Bundesdatenschutzgesetz. Es sind die Bestimmungen zur Bearbeitung von Personendaten durch private Personen zu beachten. Der Datenschutz im privaten Bereich ist durch Bundesrecht abschliessend geregelt¹⁸³.

2.1. Ärztliche Schweigepflicht oder Patientengeheimnis

Ärzte und deren Hilfspersonen sind an das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB gebunden, welches gegenüber allen Aussenstehenden gilt. Das ärztliche Berufsgeheimnis betrifft öffentliche wie auch private Spitäler, unabhängig davon, ob ein öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Auftrag erfüllt wird¹⁸⁴. Hilfspersonen i.S. von

¹⁷⁷ Achermann/Efionayi, S. 32 mit Verweis auf BGE 121 I 367; Kiener/von Büren, S. 13 - 15; Art. 10 Abs. 2 BV.

¹⁷⁸ Kälin/Künzli, S. 355; Zur unterschiedlichen Praxis, siehe Achermann/Efionayi-Mäder, S. 65 - 67 und S. 80 - 83; Dies ergibt sich auch aus Art. 24 UNO-KRK für Kinder; siehe § 26 KV BS, §§ 110 und 111 KV BL.

¹⁷⁹ Poledna/Berger, RN 42.

¹⁸⁰ § 11 Spitalgesetz BL, § 10 Abs. 2 Spitalgesetz BS. Es muss wiederum der zivilrechtliche Wohnsitzbegriff nach Art. 24 Abs. 2 zur Anwendung gelangen.

¹⁸¹ Poledna/Berger, RN 105 - 111.

¹⁸² Baeriswyl, S. 56; siehe auch BGE 122 I 153, Erw. 2. bez. Abgrenzung kantonales DSG und DSG des Bundes sowie VPB 70.54 bez. Voraussetzungen für die Anwendung des kantonalen DSG bei privaten Organisationen.

¹⁸³ Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG ff. insb. i.V. mit Art. 12 und 13 DSG; Die Ansprüche aus Persönlichkeitsverletzung richten sich im Gegensatz zum öffentlichen Recht nach Art. 28 ff. ZGB; siehe dazu Poledna/Berger, RN 113 und 243.

¹⁸⁴ Vgl. dazu Poledna/Berger, RN 107.

Art. 321 StGB sind sämtliche Personen, die eine ärztliche Tätigkeit unmittelbar unterstützen¹⁸⁵. Das Patientengeheimnis gilt somit für das gesamte Spitalpersonal, welches in direktem Kontakt zu den Patientinnen und Patienten steht, also auch Empfangspersonal, das mit der Aufnahme der Patientendaten beauftragt ist. Eine allgemeine Meldepflicht, wie sie im AuG geregelt ist, genügt nicht für die Durchbrechung der Schweigepflicht¹⁸⁶. Aufgrund der umfassenden besonderen Schweigepflicht ist eine Meldung an die Ausländerbehörden auf deren Anfrage zu unterlassen. Wird ein Spital angefragt, welches einen privatrechtlichen Auftrag erfüllt, ist eine Meldung zu verweigern, da sich eine Meldepflicht nur an Behörden richtet.

Aufgrund des hierarchischen Aufbaus von öffentlichen Spitälern unterstehen diese der Aufsicht einer Direktion. Diese zählt ebenfalls zu den Aussenstehenden, gegenüber denen die ärztliche Schweigepflicht gilt¹⁸⁷.

2.2. Höherrangiges öffentliches Interesse

Das Funktionieren des Gesundheitswesens hängt massgeblich vom Vertrauen der Allgemeinheit in die Medizin ab. Der Schutz des Berufsgeheimnisses stellt ein Mittel dazu dar. Müssten Patienten befürchten, dass etwas Anvertrautes offenbart werden könnte, könnte dies zur Folge haben, dass eine medizinische Leistung gar nicht erst beansprucht wird. Dies liegt nicht im Interesse des Gesundheitsstaates.¹⁸⁸ Der Staat käme aber auch seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht nach, wenn das Recht auf Gesundheit aufgrund einer zu befürchtenden Meldung faktisch nicht mehr von allen wahrgenommen werden könnte. Das Recht auf Gesundheit ist zu elementar, um es wegen fremdenpolizeilichen Massnahmen zu gefährden.

2.3. Interessenabwägung

Erfährt eine Aufsichtsbehörde trotz spitalinterner Schweigepflicht von der Behandlung einer illegal anwesenden Person, muss diese aufgrund des überwiegenden öf-

¹⁸⁵ Keller, S. 105 und 107; Poledna/Berger, RN 245, FN 513; siehe auch § 15 Spitalgesetz BS und § 16 i. V. mit § 23 Spitalgesetz BL.

¹⁸⁶ dsb des Kantons Zürich.

¹⁸⁷ Keller, S. 125.

¹⁸⁸ Keller, S. 59 - 62; Filli S. 57 und 58.

fentlichen Interesses des Staates an der Gesundheitsversorgung seiner Bevölkerung eine Meldung auf Anfrage verweigern.

2.4. Besondere Anzeigerechte und -pflichten

Eine Pflicht zur Anzeige besteht nur dann, wenn das eidgenössische oder kantonale Recht sie ausdrücklich statuiert¹⁸⁹. Beispiele für gesetzlich geregelte Auskunftspflichten auf Bundesebene sind: Art. 119 Abs. 5 bei Schwangerschaftsunterbrechungen und Art. 34 ZstV bei Geburt. Die kantonalen Gesetze enthalten häufig eine Anzeigepflicht oder ein Anzeigerecht bei schweren Straftaten gegen Leib und Leben¹⁹⁰. Ein illegaler Aufenthalt alleine darf daher keine Anzeige zur Folge haben.

2.4.1. Bei Geburt

Gemäss ZStV sind Ärzte und Direktionen von Kliniken verpflichtet, Geburten an Zivilstandsämter zu melden¹⁹¹. Diese Meldung von Amtes wegen hat aufgrund des höherrangigen Interesses des neugeborenen Kindes zu erfolgen. Erst mit einer Eintragung in ein staatliches Geburtenregister ist die rechtliche Anerkennung seiner Rechtsfähigkeit gewährleistet. Dies ist ein fundamentaler Schritt zur Sicherung der Rechte des Kindes. Die Pflicht zur Eintragung ergibt sich auch aus Art. 7 UNO-KRK und aus anderen Menschenrechtsverträgen¹⁹².

2.4.2. Bei Schwangerschaftsunterbrechung

Ein Arzt macht sich nach Art. 120 Abs. 2 StGB einer Übertretung strafbar, wenn er einen Schwangerschaftsabbruch der zuständigen Gesundheitsbehörde nicht meldet. Die Meldung erfolgt anonymisiert und nur zu statistischen Zwecken¹⁹³. Die illegal anwesende Frau ist somit nicht identifizierbar.

¹⁸⁹ Stratenwerth/Bommer, § 59, RN 24.

¹⁹⁰ Filli, S. 75 bis 77; Spitalgesetz BS § 15 und VO § 22: Es besteht ein Anzeigerecht bei schweren Straftaten; § 17 GesG BL: Es besteht eine Anzeigepflicht, u.a. bei vermuteten strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben; siehe dazu auch Kurzen, S. 86 und FN 295.

¹⁹¹ Art. 34 lit. a und c ZStV; siehe zu den anderen Anzeigeverpflichteten lit. b, d bis f.

¹⁹² Göksu, S. 1256 und 1257; Art. 16 UNO-Pakt II.

¹⁹³ Schwarzenegger/Heimgartner, Art. 119 StGB, RN 18.

3. Spitalexterne Hilfe und Pflege

Die Hilfe und Pflege von Betagten und Behinderten zu Hause ist Sache der Kantone¹⁹⁴. Die Kantone können mit der Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe private Organisationen beauftragen¹⁹⁵. Die privaten Organisationen unterliegen ebenfalls dem kantonalen DSG und sind an die Grundrechte gebunden, da sie eine öffentliche Aufgabe erfüllen. Das Spitex-Personal untersteht zudem dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB oder nach Art. 35 DSG¹⁹⁶. In den gesetzlichen Bestimmungen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft ist die Schweigepflicht zudem verankert¹⁹⁷. Anzeigepflichten bestehen nur bei schweren Straftaten¹⁹⁸. Art. 97 Abs. 2 AuG genügt nicht als gesetzliche Grundlage für die Durchbrechung des Berufsgeheimnisses.

Bei Kenntnisnahme einer illegal anwesenden Person durch eine Aufsichtsbehörde oder eine die Spitex-Organisation subventionierende Stelle, ist eine Meldung auf Anfrage aufgrund des übergeordneten Interesses am Gesundheitsschutz zu verweigern.

4. Zivilstandsbehörden

4.1. Bei Geburt eines Kindes

Jede Geburt ist in ein Geburtsregister einzutragen, also auch diejenige von Kindern von illegal anwesenden Personen. Örtlich zuständig ist das Zivilstandsamt, in dessen Zivilstandskreis die Geburt stattgefunden hat¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Art. 112c BV; VPB 70.54, Erw. 2.

¹⁹⁵ § 26 Abs. 3 KV BS i. V. mit §§ 2 und 3 Spitexgesetz BS; § 111 Abs. 3 KV BL i. V. mit § 1 Abs. 1 und § 43 GesG BL.

¹⁹⁶ Das Personal einer Spitex-Organisation könnte Art. 321 StGB unterstellt werden, da es meist im Auftrag eines Arztes tätig wird und somit als Hilfsperson qualifiziert werden müsste. Ansonsten unterliegt es nach Poledna/Berger, FN 470, Art. 35 Abs. 1 DSG;.

¹⁹⁷ § 6 Abs. 2 Spitexgesetz BS und § 16 i. V. mit § 23 GesG BL.

¹⁹⁸ Der Kanton Basel-Stadt kennt keine Regelung für Spitex-Organisationen; Im Kanton BL dient das GesG als Grundlage für eine Anzeigepflicht: § 17 i. V. mit § 23 GesG BL; siehe Ausführungen zu VII.2.4.

¹⁹⁹ Jäger/Siegenthaler, S. 148; Art. 20 Abs. 1 ZstV; zur unterschiedlichen Praxis s. Göksu, S. 1252.

4.2. Interessenabwägung

Bei einer Geburt muss das fremdenpolizeiliche Interesse gegenüber dem Interesse des Kindes an der Anerkennung seiner Rechtsfähigkeit als übergeordnetes privates und auch öffentliches Interesse zurücktreten²⁰⁰. Durch eine Meldepflicht wird das Recht auf Registrierung, zu dessen Gewährung sich die Schweiz völkerrechtlich verpflichtet hat, faktisch verunmöglicht. Aus Angst vor einer Meldung könnte sich eine werdende Mutter veranlasst sehen, ihr Kind zu Hause zur Welt zu bringen und es nicht registrieren zu lassen. Eine Meldung hat daher zu unterbleiben, ansonsten ein Verstoss gegen Völkerrecht die Folge wäre.

5. Einwohnerkontrollen

Für die Anmeldung bei einer Einwohnerbehörde ist eine Aufenthaltsbewilligung Voraussetzung. Eine illegal anwesende Person kann und wird sich nicht anmelden.

Möglich ist, dass ein Einwohnerdienst von einer Person ohne Aufenthaltsrecht auf anderem Weg Kenntnis erhält. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Zivilstandsbehörde aufgrund ihrer Meldepflicht eine Geburt an eine Einwohnerbehörde meldet²⁰¹. Kantonale Einwohnerkontrollen oder Einwohnerkontrollen einer Gemeinde unterstehen dem Amtsgeheimnis und müssen das kantonale DSG beachten. Es ist somit ebenfalls eine Interessenabwägung vorzunehmen. Im Falle der Kenntnis einer Geburt über eine Zivilstandsbehörde ist gleiches zu beachten, wie bei einer Meldung durch ein Spital. Das Interesse des Kindes überwiegt²⁰².

6. Steuerbehörden

Die Steuerhoheit liegt für die Bundessteuern beim Bund, für die kantonalen Steuern und die Gemeindesteuern bei den Kantonen²⁰³. Zur Erhebung der direkten Bundessteuern hat der Bund das DBG erlassen²⁰⁴. Die Kantone haben dieses zu beachten, da sie mit dem Vollzug der Bundessteuern beauftragt sind. Mit dem Erlass des DBG

²⁰⁰ Siehe VII.2.4.1.

²⁰¹ Art. 49 Abs. 2 ZstV.

²⁰² Siehe VII.2.4.1.

²⁰³ Art. 128 BV i.V. mit Art. 3 BV.

²⁰⁴ Botschaft StHG und DBG, S. 154.

wurde das StHG eingeführt²⁰⁵. Das StHG ist ein Harmonisierungsgesetz, welches die Vereinheitlichung materiellrechtlicher, wie auch verfahrensrechtlicher Fragen unter den Kantonen anstrebt²⁰⁶. Es regelt direkt anwendbare Grundsätze, die von den Kantonen in ihre Gesetzgebung überführt werden mussten²⁰⁷. Die Frage der Leistung von Amtshilfe ist im StHG nur rudimentär geregelt, um den Kantonen die Eigenständigkeit in dieser Frage zu belassen²⁰⁸.

Gemäss Art. 3 DBG begründen Personen einen steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie sich mit der Absicht des dauernden Verbleibens in der Schweiz aufhalten oder wenn sie sich in der Schweiz mindestens 30 Tage mit Erwerbstätigkeit oder mindestens 90 Tage ohne Erwerbstätigkeit aufhalten²⁰⁹. In den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft wird die Erhebung einer Quellensteuer vom steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt in Verbindung mit einer Erwerbstätigkeit abhängig gemacht²¹⁰. Sans-Papiers, die diese Voraussetzungen erfüllen, unterliegen somit der Pflicht zur Leistung von Quellensteuern. Schuldner der steuerbaren Leistung ist die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber, wenn eine Person erwerbstätig ist²¹¹.

6.1. Bundesrechtliche Vorgaben

6.1.1. Schweigepflicht

Eine Geheimhaltungspflicht statuiert Art. 110 DBG. Über Tatsachen, die beim Vollzug des Gesetzes bekannt werden, muss Stillschweigen gegenüber Dritten bewahrt werden. Unter das Steuergeheimnis fallen sämtliche Tatsachen, die der Steuerbehörde in ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt geworden sind²¹². Die besondere Schweigepflicht gilt auch im amtsinternen Verhältnis²¹³. Das Steuergeheimnis ist ein qualifi-

²⁰⁵ Gestützt auf die Verfassungskompetenz von Art. 129 BV.

²⁰⁶ Art. 129 Abs. 2 BV.

²⁰⁷ Botschaft StHG und DBG, S. 83, Art. 1 StHG.

²⁰⁸ Botschaft StHG und DBG, S. 67, 68, 129 und 130; Art. 39 StHG. Dies betrifft insbesondere die Amtshilfe und das öffentliche Steuerregister; siehe auch Ratschlag Steuergesetz BS, S. 3.

²⁰⁹ Art. 3 Abs. 2 und 3 DBG; siehe auch Botschaft StHG und DBG, S. 124 und 125 und Art. 32 StHG.

²¹⁰ Art. 32 ff. StHG; § 90 ff. StG BS und § 68a ff. StG BL.

²¹¹ Locher, Einführung zu Art. 83 ff. DBG, RN 4; Da die meisten Sans-Papiers erwerbstätig sind, wird auf andere Situationen nicht eingegangen: Forschungsbericht gfs.bern, S. 3, S. 50, S. 58 und 59. Nicht erwerbstätige Sans-Papiers unterliegen der normalen Einkommens- und Vermögenssteuer.

²¹² Zweifel, Art. 110 DBG, RN 10; Zweife/Casanova, RN 2 und 3.

²¹³ Imboden/Rhinow, S. 1094.

ziertes Amtsgeheimnis, welches über die normale Schweigepflicht hinausreicht. Gestützt auf eine Auskunft-, Amtshilfe- oder Rechtshilfepflicht kann es jedoch durchbrochen werden²¹⁴.

6.1.2. Besondere Datenbekanntgabebestimmungen

Anspruch auf Auskunftserteilung gestützt auf das DBG haben andere Behörden nur, wenn eine gesetzliche Grundlage im Bundesrecht besteht²¹⁵. Für eine Bekanntgabe von Daten an die Ausländerbehörden bedarf es daher einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung zur Datenbekanntgabe. Das DBG enthält keine entsprechende Bestimmung. Da spezialgesetzliche Schweigepflichten Art. 97 Abs. 2 AuG vorgehen, genügt dieser allgemein gehaltene Amtshilfeartikel nicht, um die besondere Schweigepflicht der Steuerbehörden, die mit dem Vollzug des Bundessteuerrechts betraut sind, zu durchbrechen. Die Steuerbehörden sind gestützt auf das AuG weder meldeberechtigt noch -verpflichtet.

6.2. Kantonale Bestimmungen

Auch das Steuergeheimnis in den kantonalen Gesetzen ist ein qualifiziertes²¹⁶. Von den zur Bekanntgabe verpflichteten Behörden sind sowohl die auf sie anwendbaren Steuergesetze wie auch die kantonalen Datenschutzgesetze vor einer Bekanntgabe zu konsultieren. Das Steuergesetz des Kantons Basel-Stadt orientiert sich in wesentlichen Teilen am DBG²¹⁷. Eine Bekanntgabe von Steuerdaten an Verwaltungs- und Gerichtsbehörden des Kantons oder der Gemeinden ist im Gegensatz zum DBG auf Anfrage oder von Amtes wegen aber zulässig, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht, die Daten für die auskunftsberechtigte Stelle erforderlich sind und das Interesse der anfragenden Stelle vorrangig ist. Als gesetzliche Grundlage dient auch § 141 StG BS²¹⁸. Gestützt auf diese Bestimmung ist die Fremdenpolizei des Kantons Basel-Stadt berechtigt, Auskünfte über illegal anwesende Personen zu erhalten, wenn sie ein höheres Interesse geltend machen kann. Dem Bundesamt für Migration

²¹⁴ Zweifel, Art. 110 DBG, RN 3; Zweifel/Casanova, § 10, RN 1 - 8; Simon, S. 87, 94 und 95; Art. 110 Abs. 2 DBG; Botschaft DSG 1988, S. 470.

²¹⁵ Zweifel, Art. 110 DBG, RN 16 und 17; Imboden/Rhinow, S. 1094.

²¹⁶ Zweifel/Casanova, §10, RN 2 und 3.

²¹⁷ Ratschlag Steuergesetz BS, S. 3.

²¹⁸ §§ 138 und 141 StG BS; Ratschlag Steuergesetz BS, S. 69 und 70; Diese Bestimmung entspricht dem kantonalen DSG, welches ebenfalls zu beachten ist.

dürfen hingegen keine Auskünfte erteilt werden. Der Kanton Basel-Landschaft kennt eine ähnliche Bestimmung. Die Daten empfangende Stelle des eigenen Kantons hat ein berechtigtes Interesse nachzuweisen. Anderen Kantonen wird Auskunft erteilt, wenn diese Gegenrecht gewähren²¹⁹. Da die kantonalen Behörden zusätzlich ihre Datenschutzgesetze zu beachten haben, ist eine Bekanntgabe nur unter den üblichen Voraussetzungen zulässig²²⁰.

7. Schulbehörden

7.1. Recht auf Grundschulunterricht

Art. 12 BV, Art. 13 Abs. 2 UNO-Pakt I und Art. 28 UNO-KRK garantieren ein Recht auf unentgeltliche Bildung bzw. unentgeltlichen Grundschulunterricht²²¹. Auch ohne Aufenthaltsrecht hat ein Kind diesen Anspruch. Den Staat trifft die Pflicht, allen Kindern den Unterricht zu gewähren²²². Die Kantone haben dafür zu sorgen, dass der Grundschulunterricht allen Kindern offen steht, auch denjenigen, die sich nur kurze Zeit in der Schweiz aufhalten²²³. Schulort ist der Aufenthaltsort des Kindes²²⁴.

7.2. Schweigepflichten von Schulbehörden

Weder im Bildungsgesetz des Kantons Basel-Landschaft noch im Schulgesetz des Kantons Basel-Stadt ist eine Schweigepflicht für Lehrpersonen oder Behörden normiert. Auch enthalten diese Gesetze keine besonderen Datenbekanntgabebestimmungen. Schulbehörden und Lehrpersonen unterstehen somit der allgemeinen Amtsverschwiegenheit gemäss Personal- oder Gemeindegesetz. Daraus folgt, dass grundsätzlich eine Meldung auf Anfrage erfolgen kann, wenn eine Interessenabwägung dies zulässt.

²¹⁹ § 111 StG BL; bez. Auskunftserteilung in den anderen Kantonen, siehe Informationsstelle für Steuerfragen.

²²⁰ Vgl. § 11 Abs. 1 DSG-BL; DSB BL: Bekanntgabe von Personendaten an ausserkantonale Behörden und Weitergabe von Steuerdaten.

²²¹ Kälin/Künzli, S. 460.

²²² Marguerat et al., S. 10; Früh, S. 54, 59 und 60; Müller/Schefer, S. 786; Empfehlung EDK, S. 161 und 162.

²²³ Früh, S. 89; Hafner/Merz Feitknecht, RN 21.12, 21.19/20 und 21.40/41; Wintsch, S. 185.

²²⁴ Früh, S. 105 und FN 617 und S. 110.

7.3. Interessenabwägung

Das Recht auf Bildung ist ein elementares Grund- und Menschenrecht. Die Schweiz hat sich völkerrechtlich verpflichtet, den Zugang zur Bildung allen Kindern zu ermöglichen. Auch hier kommt die Schweiz ihrer völkerrechtlichen Verpflichtung nicht nach, wenn Eltern aus Angst vor einer Benachrichtigung der Ausländerbehörden ihr Kind nicht zur Schule schicken. Eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung einer Meldepflicht von Schulbehörden muss daher zum Ergebnis führen, dass das Interesse an der Bildung höher einzustufen ist. Eine Meldung hat zu unterbleiben²²⁵. Das vorrangige Interesse des Kindes lässt ebenfalls keinen anderen Schluss zu²²⁶.

Diese Ausführungen gelten ebenfalls für andere Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Schulbildung, wie bspw. schulpsychologische Abklärungen oder Tagesbetreuung über Mittag.

7.4. Privatschulen

Privatschulen übernehmen im Bereich des obligatorischen Schulunterrichts eine öffentliche Aufgabe²²⁷. Privatschulen sind somit ebenfalls an die Grundrechte gebunden und unterstehen dem kantonalen Datenschutzgesetz. Die Kantone sind verpflichtet, die Einhaltung der kantonalrechtlichen Vorgaben zu beaufsichtigen²²⁸. Die Privatschulen, wie auch die kantonalen Aufsichtsbehörden, haben bei der Interessenabwägung gleiches zu berücksichtigen wie staatliche Schulen. Eine Meldung ist zu verweigern.

8. Post

Das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis ist in Art. 13 Abs. 1 BV verankert. Den gleichen Schutz gewährleistet Art. 8 EMRK. Geschützt sind alle Personen, die sich für eine Kommunikation eines Übertragungsmediums bedienen. Unter den Grundrechtsschutz fallen nicht nur die Inhalte einer Kommunikation, sondern auch deren

²²⁵ Wintsch, S. 187 und 188; siehe zur Praxis im Kanton Basel-Stadt und zur Begründung dieser Praxis: Regierungsratsbeschluss; Mück, S. 86 und zur Kritik von Seiten der Fremdenpolizei BS, S. 90.

²²⁶ Hafner/Merz Feitknecht, RN 21.43; zum vorrangigen Kindsinteresse, siehe auch VI.2.

²²⁷ §§ 17 ff. KV BS und §§ 94 ff. KV BL.

²²⁸ Art. 62 Abs. 2 BV; Hafner/Merz Feitknecht, RN 21.33; § 132 Schulgesetz BS, § 19 Schulgesetz BL.

Randbedingungen, wie z.B. die Identität von Gesprächspartnern²²⁹. Art. 43 FMG enthält eine Konkretisierung des Post- und Fernmeldegeheimnisses²³⁰. Daran gebunden sind auch private Anbieter von Post- und Fernmeldediensten²³¹.

Das Post- und Fernmeldegeheimnis ist ein besonderes Geheimnis, welches nur durchbrochen werden kann, wenn eine spezielle Bestimmung des Bundesrechts dies vorsieht. Der Bund hat zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs das BÜPF erlassen. Eine Überwachung durch Strafverfolgungsorgane kann nur zur Verfolgung der in Art. 3 Abs. 2 BÜPF aufgeführten Straftaten angeordnet werden. Mit Erlass des AuG wurde der Katalog erweitert. Art. 115 AuG fällt nicht unter diese Bestimmung, weshalb bei illegalem Aufenthalt das Post- und Fernmeldegeheimnis gegenüber Strafverfolgungsorganen nicht aufgeweicht wird²³². Art. 97 Abs. 2 AuG dient ebenfalls nicht als gesetzliche Grundlage für die Durchbrechung dieser besonderen Schweigepflicht. Die Meldung eines illegalen Aufenthaltes ist daher unzulässig.

9. Zwischenergebnis

Sozialversicherungen sind aufgrund der spezialgesetzlichen Schweigepflicht auf Anfrage der Fremdenpolizei nach Art. 97 Abs. 2 AuG weder meldepflichtig noch meldeberechtigt.

Eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses ist aufgrund der besonderen Datenbekanntgabebestimmungen in den kantonalen Steuergesetzen gegenüber kantonsinternen Behörden möglich. An kantonale Migrationsbehörden sind deshalb Meldungen bei illegalem Aufenthalt unter den üblichen Voraussetzungen zulässig. Gestützt auf das DBG hingegen, sind Meldungen unzulässig.

Das gesamte Personal eines Spitals untersteht dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB. Eine Meldung aufgrund von Art. 97 Abs. 2 AuG ist eine Verletzung des Berufsgeheimnisses. Auch das Personal von Spitex-Organisationen ist an das

²²⁹ Müller/Schefer, S. 203 und 209.

²³⁰ Eine Konkretisierung der Schweigepflicht fehlt im PG.

²³¹ Eine Bindung an das Post- und Fernmeldegeheimnis von Privaten ergibt sich aus Art. 43 FMG, Art. 321^{ter} StGB sowie aus Art. 12, 14 und 15 BÜPF; siehe dazu Müller/Schefer, S. 208 und 209.

²³² Auch die Verletzung von Art. 68 AuG, Art. 121 Abs. 2 BV oder Art. 291 StGB fällt nicht unter das BÜPF.

Berufsgeheimnis gebunden. Eine den Spitälern oder Spitex-Organisationen übergeordnete Stelle hat das kantonale DSG zu beachten. Eine Meldung ist aufgrund des übergeordneten Interesses am Gesundheitsschutz zu verweigern.

Aufgrund des übergeordneten Interesses an der Schulbildung ist von Schulbehörden und allen Stellen, die im Schuldienst tätig sind, eine Meldung zu verweigern. Zivilstandsämter und Einwohnerkontrollen sind bei Geburt eines Kindes verpflichtet, dessen überwiegendes Interesse an der rechtlichen Anerkennung seiner Rechtsfähigkeit zu beachten und keine Meldung zu erstatten. Post- und Fernmeldedienste haben aufgrund der besonderen Schweigepflicht, die sich aus dem Post- und Fernmeldegeheimnis ergibt, eine Auskunft zu verweigern.

Alle Behörden²³³, die unter Art. 97 Abs. 2 AuG fallen, dürfen mangels gesetzlicher Grundlage keine Meldung ohne Aufforderung eines Migrationsamtes erstatten. Dies wäre ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze der Amtshilfe und das Legalitätsprinzip²³⁴.

Eine Meldepflicht aus Art. 97 AuG richtet sich lediglich an Behörden. Sind private Organisationen privatwirtschaftlich tätig (z.B. Spitäler oder Spitex-Organisationen), dürfen sie keine Meldung erstatten.

²³³ Mit Ausnahme des Zivilstandsamtes bei Tatbeständen nach Art. 97 Abs. 3 AuG und Art. 82 Abs. 2 VZAE; dazu VIII.2.

²³⁴ Zum Legalitätsprinzip, siehe Häfelin/Haller/Uhlmann, RN 368 ff.

VIII. Von Amtes wegen meldepflichtige Behörden

Art. 97 Abs. 3 AuG verpflichtet die erwähnten Behörden, den Ausländerbehörden ohne Anfrage von sich aus Meldung zu erstatten, wenn die Tatbestände gemäss Art. 82 VZAE erfüllt sind. Eine Meldung hat unter anderem bei rechtswidrigem Aufenthalt zu erfolgen.

1. Polizei-, Gerichts- und Strafuntersuchungsbehörden

Gemäss Art. 82 Abs. 1 VZAE melden Polizei-, Gerichts- und Strafuntersuchungsbehörden den Ausländerbehörden unaufgefordert, wenn sich eine kontrollierte Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält. Die betreffenden Behörden sind alle an das Amtsgeheimnis gebunden²³⁵. Beim Austausch von Daten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden handelt es sich ebenfalls um Amtshilfe²³⁶, weshalb die Gerichte die entsprechenden Datenschutzgesetze zu berücksichtigen haben. Auch wenn eine Meldepflicht von Amtes wegen statuiert ist, sind die Grundsätze des Datenschutzes einzuhalten²³⁷.

1.1. Polizei

Die zentrale Aufgabe der Polizei ist die Abwehr von Gefahren für die polizeilichen Schutzgüter, zu welchen Sicherheit, Ordnung, Ruhe, Gesundheit, Sittlichkeit und Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zählen. Die Kantone sind weitgehend zuständig für das Polizeiwesen. Unter dem Begriff des Polizeiwesens werden Institutionen verstanden, die die Aufgaben des materiellen Polizeirechts zu erfüllen haben. Zu diesen gehören nicht nur Sicherheits- und Kriminalpolizei, sondern auch Gesundheits-, Baupolizei und auch die Fremdenpolizei²³⁸. Die erwähnten Behörden bilden keine funktionelle Einheit und erfüllen nicht dieselben Aufgaben. Bei Weitergabe von Daten der Sicherheits- oder Kriminalpolizei an eine Ausländerbehörde erfolgt daher

²³⁵ Dies ergibt sich für die Polizei implizit aus: Schwegler, S. 131 und PolG BS und BL, die keine Spezialbestimmung kennen.

²³⁶ Hauser/Schweri/Hartmann, § 21, RN 16; VPB 65.98, Frage 3 und 4.

²³⁷ VPB 62.20, Erw. 3.2.; Schwegler, S. 123 und 127.

²³⁸ Schwegler, S. 11 - 13 und 30; Häfelin/Haller/Uhlmann, RN 2431 ff.

eine Zweckänderung²³⁹. Es sind ebenfalls die Grundsätze des Datenschutzes zu beachten.

Die Polizei hat an der Strafverfolgung von Amtes wegen mitzuwirken. Ihr obliegt daher eine Anzeigepflicht an die Strafverfolgungsorgane, wenn sie von einer Person mit illegalem Aufenthalt erfährt. Es ist anschliessend Sache der Strafverfolgungsorgane zu entscheiden, ob ein Delikt verfolgt wird²⁴⁰.

1.2. Strafuntersuchungsbehörden und Strafgerichte

Die Strafuntersuchungsbehörden sind bei einem Officialdelikt von Amtes wegen verpflichtet, eine Strafverfolgung aufzunehmen²⁴¹. Zuständig sind die Behörden am Ausführungs- und Erfolgsort²⁴². Sans-Papiers machen sich nach Art. 115 AuG des rechtswidrigen Aufenthaltes schuldig. Eine Strafuntersuchungsbehörde muss dieses Delikt verfolgen, wenn sie davon Kenntnis erhält. Es ist anschliessend eine Frage des Opportunitätsprinzips, ob eine Strafverfolgung aufgenommen oder eingestellt wird²⁴³.

1.3. Zivilgerichte

Art. 82 Abs. 2 VZAE führt Tatbestände auf, bei deren Vorliegen eine Meldung zu erfolgen hat. Die Gerichte sind jedoch bereits nach Art. 82 Abs. 1 VZAE gehalten, bei einem rechtswidrigen Aufenthalt eine Person zu melden, weshalb auf die aufgeführten Tatbestände nicht eingegangen wird.

Eine Person ohne Aufenthaltsbewilligung kann in der Schweiz beklagt werden und verklagen, wenn die Prozessvoraussetzungen und die Voraussetzungen für die Aktiv- oder Passivlegitimation erfüllt sind²⁴⁴. Dies ermöglicht ihr die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV. Die allgemeine Zuständigkeit befindet sich am Beklagtenwohn-

²³⁹ Schwegler, S. 122; Baeriswyl plädoyer S. 27.

²⁴⁰ BGE 109 IV 46 ff; Stratenwerth/Bommer, § 55, RN 11; siehe Kapitel X.

²⁴¹ Hauser/Schweri/Hartmann, § 47, RN 1.

²⁴² Hauser/Schweri/Hartmann, § 33, RN 7.

²⁴³ Hauser/Schweri/Hartmann, § 48, RN 1 ff.

²⁴⁴ Zu den Begriffen: Sutter-Somm, RN 983 und 501 sowie RN 491.

sitz²⁴⁵. Sind die Prozessvoraussetzungen erfüllt, muss ein Gericht seine Zuständigkeit bejahen und auf eine Klage eintreten.

1.4. Interessenabwägung

Erfahren Polizei- oder Strafverfolgungsorgane von einer illegal anwesenden Person, dann unterliegen beide einer Meldepflicht an die Ausländerbehörden. Eine Meldung sollte nur durch diejenige Behörde erfolgen, die den Sachverhalt umfassend abklärt und das Ausmass des Verschuldens und die sozialen Umstände abschliessend feststellen kann²⁴⁶. Wird ein Verfahren eingestellt, so hat die Strafuntersuchungsbehörde über eine Meldung zu entscheiden. Findet ein Gerichtsverfahren statt, so sollte dieser Entscheid dem Strafgericht überlassen werden. Dabei muss berücksichtigt werden, welche Rechtsgüter verletzt worden sind. Bei Delikten gegen Leib und Leben ist das Verschulden höher zu bewerten²⁴⁷. Betroffene Rechtsgüter beim illegalen Aufenthalt im Zusammenhang mit Schwarzarbeit sind der Schutz des Arbeitsmarktes und die Kontrolle der Einwanderung²⁴⁸. Sind diese Tatbestände erfüllt, kann eine Interessenabwägung zu Gunsten der betroffenen Person noch in Frage kommen, nicht aber bei schweren Delikten gegen Leib und Leben in Kombination mit illegalem Aufenthalt.

Wird eine illegal anwesende Person Opfer einer Straftat, ist der Opferschutz bei einer Interessenabwägung von Polizei und Gerichten zu berücksichtigen²⁴⁹. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Opferberatungsstellen unterliegen einer absoluten Schweigepflicht, die nur mit dem Einverständnis des Opfers durchbrochen werden kann²⁵⁰.

Muss vor Gericht eine Vaterschaftsklage eingereicht werden, überwiegt das Interesse des Kindes an der Feststellung des Kindsverhältnisses²⁵¹. Eine Meldung ist zu verweigern.

²⁴⁵ Art. 2 IPRG i.V. mit Art. 9 E-ZPO; Art. 2 LugÜ oder andere Staatsverträge.

²⁴⁶ VPB 62.20, Erw. 3.2.; Spescha, Art. 63 AuG, RN 5.

²⁴⁷ Spescha, Art. 63 AuG, RN 3 und 4; VPB 62.20, Erw. 3.1.

²⁴⁸ Heller, S. 30 und 37.

²⁴⁹ Opfer von Menschenhandel sind durch Art. 30 Abs. 1 lit. e und Art. 35 und 36 VZAE etwas besser geschützt.

²⁵⁰ Art. 4 OHG, Botschaft OHG, S. 980.

²⁵¹ Schwenzler, S. 820; Schefer, S. 36; Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 8 EMRK und Art. 7 Abs. 1 UNO-KRK; Zur Praxis bezüglich Kindsanerkennung, wenn eine Partei illegal anwesend ist: Göksu, S. 1261 und 1262.

2. Zivilstandsbehörden

Zivilstandsbehörden melden nach Art. 82 Abs. 2 VZAE unaufgefordert Verweigerung der Eheschliessung und Eheschliessungen. Bei Verdacht auf eine Umgehungshehe können Zivilstandsbeamten eine Eheschliessung verweigern²⁵². Sans-Papiers werden sich vermutlich eher dem Verdacht einer Umgehungshehe ausgesetzt sehen, da der illegale Aufenthalt ein Indiz darauf sein kann²⁵³. Dass eine Ehe zwischen Sans-Papiers geschlossen wird, wird angesichts der Tatsache, dass nach Möglichkeit behördlicher Kontakt vermieden wird, nicht angenommen. Sans-Papiers können sich jedoch ebenfalls auf die Ehefreiheit berufen²⁵⁴. Eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung der Meldebestimmung bei einer Eheschliessung zwischen illegal anwesenden Personen lässt wiederum keine Meldung zu. Die Ehefreiheit wird sonst ausgehöhlt.

3. Vormundschafts- und Sozialhilfebehörden

Für die Sozialhilfe und das Vormundschaftsrecht gilt in Bezug auf den gesetzlichen Auftrag ähnliches. Rechtsethischer Leitgedanke der gesetzlichen Sozialarbeit ist das Wohlergehen der hilfsbedürftigen Person sowie die Aufrechterhaltung der sozialen Integration. In der Sozialarbeit stehen die Klienten im Mittelpunkt und sind „anwaltlich“ zu beraten und zu betreuen. Grundlage der Zusammenarbeit bildet ein besonderes Vertrauensverhältnis. Dies ist zu berücksichtigen, wenn es um die Frage der Bekanntgabe von Daten geht²⁵⁵.

3.1. Schweigepflichten

Die Sozialhilfebehörden und die Funktionäre der Sozialdienste unterliegen einer allgemeinen Schweigepflicht, die in den Sozialhilfegesetzen einiger Kantone ausdrücklich verankert ist. Sie beinhaltet keine absolute Verschwiegenheitspflicht²⁵⁶.

²⁵² Art. 97a ZGB i. V. mit Art. 74a ZStV.

²⁵³ Siehe dazu Spescha, Art. 51, RN 2.

²⁵⁴ Art. 14 BV, Art. 12 EMRK und Art. 23 UNO-Pakt I; Müller/Schefer, S. 225 ff.

²⁵⁵ Elsener, S. 9, S. 127, S. 132, S. 134, S. 140, S. 141, S. 238; Rüegg/Rüegg, S. 21, 29 und S. 80.

²⁵⁶ Hess, S. 84; Breitschmid, S. 361; siehe auch BGE 2A.692/2006, Erw. 4.2.2.; § 28 SHG BS regelt die Schweigepflicht der Sozialhilfebehörden im Kanton Basel-Stadt. § 38 SHG BL regelt nur die Verschwiegenheitspflicht am Vollzug beteiligter Dritter.

Das geltende Vormundschaftsrecht enthält keine Bestimmung zur Schweigepflicht der Vormundschaftsbehörden. Im neuen Erwachsenenschutzrecht wird diese Lücke gefüllt²⁵⁷. Das Vormundschaftsgeheimnis gilt für die vormundschaftlichen Organe wie auch für private Mandatsträger. Es gilt aber nicht absolut²⁵⁸. Die Verschwiegenheitspflicht der vormundschaftlichen Behörden und Organe kann durchbrochen werden, wenn überwiegende Interessen der Allgemeinheit dies verlangen²⁵⁹. Das Vormundschaftsgeheimnis wie auch die Schweigepflicht der Sozialhilfebehörden gehen somit nicht weiter als das allgemeine Amtsgeheimnis. Datenbekanntgabebestimmungen sind aber aufgrund des speziellen Vertrauensverhältnisses restriktiv auszulegen. In jedem Fall hat eine Güterabwägung stattzufinden²⁶⁰.

3.2. Vormundschaftsbehörden

Zuständig für Massnahmen des Erwachsenenschutzes wie auch des Kindesschutzes ist die Behörde am Wohnort bzw. Aufenthaltsort²⁶¹. Sowohl Kindes- wie Erwachsenenschutzbehörde müssen sich mit einer Person mit illegalem Aufenthalt befassen.

3.2.1. Meldepflicht

Art. 82 Abs. 2 VZAE verpflichtet die Vormundschaftsbehörden zur Bekanntgabe von vormundschaftlichen Massnahmen bei Ausländerinnen und Ausländern. Der Begriff der vormundschaftlichen Massnahmen umfasst sowohl Massnahmen des Erwachsenenschutzes wie Massnahmen des Kindesschutzes²⁶². Vom Wortlaut der Bestimmung nicht gedeckt sind somit Abklärungsmassnahmen, die im Vorfeld einer vormundschaftlichen Massnahme stattfinden, wie auch freiwillige Massnahmen. Die Botschaft zum AuG enthält keine Anhaltspunkte über den Umfang der Bestimmung. Eine am Wortlaut ausgerichtete Auslegung ergibt, dass nur nach Errichtung einer

²⁵⁷ Botschaft Erwachsenenschutzrecht, S. 7089.

²⁵⁸ Rüegg/Rüegg, S. 81 und 82; Botschaft Erwachsenenschutzrecht, S. 7089; Elsener, S. 9, 10, 130 und 153, 193; Elsener zeigt auf S. 143 - 177 die verschiedenen Meinungen von Literatur und Rechtsprechung zum vormundschaftlichen Geheimnisschutz auf.

²⁵⁹ Botschaft Erwachsenenschutzrecht, S. 7089 und 7090; Elsener, S. 130; Affolter, S. 235 und 236.

²⁶⁰ Wolffers, S. 216; Elsener, S. 214 und 217.

²⁶¹ Art. 20 und 85 Abs. 2 IPRG i.V. mit Art. 1 MSA und Art. 442 E-ZBG-Erwachsenenschutzrecht im Erwachsenenschutz, Art. 1 MSA i.V. mit Art. 20 IPRG und Art. 315 ZGB im Kindesschutz; Cottier, S. 132 und 133.

²⁶² Art. 368 ff. ZGB für Erwachsenenschutzmassnahmen, Art. 307 - 311 ZGB für Kindesschutzmassnahmen; Nach neuem Erwachsenenschutzrecht gibt es nur noch verschiedene Abstufungen der Beistandschaft. Der Begriff der Vormundschaft wird abgeschafft; Rüegg/Rüegg, S. 26

Massnahme unaufgefordert Meldung zu erstatten ist. Dagegen sprechen auch nicht Zweck der Bestimmung und systematische Gründe. Abklärungen oder freiwillige Massnahmen fallen somit unter Art. 97 Abs. 2 AuG.

Nach geltendem Vormundschaftsrecht muss die Errichtung einer Vormundschaft publiziert werden. Im neuen Erwachsenenschutzrecht ist dies nicht mehr vorgesehen²⁶³.

3.2.2. Interessenabwägung

Im Erwachsenenschutzrecht hat das Mündelwohl grundsätzlich Vorrang vor anderen Interessen. Der Schutz der Persönlichkeit steht im Mittelpunkt der individuellen Fürsorge²⁶⁴. In die persönlichen Verhältnisse muss aufgrund der gesetzlichen Fürsorgepflicht eingegriffen werden, wenn jemand bspw. eine schwere Straftat begangen hat und damit eine ernsthafte Gefährdung der Allgemeinheit oder bestimmter Personen einhergeht²⁶⁵. Ein höheres anderes Interesse darf jedoch nicht leichthin angenommen werden²⁶⁶. Der illegale Aufenthalt alleine stellt keine derartige ernsthafte Gefährdung der Allgemeinheit dar. Das fremdenpolizeiliche Interesse ist daher gegenüber dem Mündelwohl als geringeres zu werten.

Sind Kinder von einer Kindesschutzmassnahme betroffen, muss aufgrund des vorrangigen Kindsinteresses auf eine Meldung verzichtet werden²⁶⁷.

3.3. Sozialhilfebehörden

Art. 12 BV garantiert Personen ein Recht auf Existenzsicherung. Art. 11 UNO-Pakt I beinhaltet das Recht auf Nahrung, Bekleidung und Unterkunft²⁶⁸. Gewährleistet ist

²⁶³ Botschaft Erwachsenenschutzrecht, S. 7018, 7090; Art. 375 ZGB.

²⁶⁴ Elsener, S. 8, S. 134 und S. 323; Botschaft Erwachsenenschutzrecht, S. 7042; Hegnauer Mündelwohl, S. 81 ff.

²⁶⁵ Elsener, S. 321 und S. 271.

²⁶⁶ Elsener, S. 217.

²⁶⁷ Siehe dazu VI.2.

²⁶⁸ Müller/Schefer, S. 765.

der Zugang zum staatlichen Unterstützungssystem. Das Recht auf Hilfe in Notlagen soll vor einer menschenunwürdigen Bettelexistenz bewahren²⁶⁹.

Auch bei diesem Grundrecht handelt es sich um ein Menschenrecht, auf welches sich jede Person, die sich auf schweizerischem Boden aufhält, berufen kann²⁷⁰. Anspruchsberechtigt sind ebenfalls Sans-Papiers²⁷¹. Der Anspruch auf Nothilfe besteht, wenn objektiv eine Notlage gegeben ist²⁷². Nothilfe kann nicht mit dem Argument verweigert werden, dass eine Rückkehr in das Heimatland zulässig, zumutbar und möglich ist²⁷³.

Die Sozialhilfegesetzgebung sowie deren Vollzug obliegen den Kantonen. Auf Bundesebene regelt das ZUG, welcher Kanton für eine Unterstützung zuständig ist. Es gilt ebenfalls das Wohnsitzprinzip. Zur Begründung eines Wohnsitzes ist eine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung nicht Voraussetzung²⁷⁴. In den meisten Kantonen sind die Gemeinden für die Ausrichtung von Sozialhilfe zuständig²⁷⁵. In welcher Höhe Sans-Papiers Anspruch auf Sozialhilfe haben, hängt vom kantonalen Recht ab. Die verfassungsrechtliche Mindestgarantie muss jedoch eingehalten sein²⁷⁶.

3.3.1. Meldepflicht

Art. 82 Abs. 5 VZAE verpflichtet die zuständigen Behörden, den kantonalen Ausländerbehörden den Bezug von Sozialhilfe durch Ausländerinnen und Ausländer von Amtes wegen zu melden. Die Bestimmung enthält nicht den Zusatz, dass bei einem illegalen Aufenthalt Meldung zu erstatten ist. Die kantonalen Behörden haben sowohl ihre Sozialhilfegesetzgebung wie auch ihr kantonales Datenschutzgesetz zu beachten, bevor sie der Meldepflicht nachkommen. Der Kanton Basel-Stadt sieht eine umfassende Auskunftspflicht an Amtsstellen in seiner Sozialhilfegesetzgebung vor, wäh-

²⁶⁹ Siehe auch Art. 26 und 27 UNO-KRK; Rüegg, S. 39; zur diskriminierenden Behandlung von abgewiesenen Asylbewerberinnen und Asylbewerbern, siehe Povlakic, S. 67 ff.

²⁷⁰ Müller, S. 166; Kieser Ausländerrecht, RN 3.68; BGE 121 I 367; Amstutz, S. 26 und 29.

²⁷¹ Amstutz, S. 17; Uebersax, S. 39; Müller/Schefer, S. 766; SKOS-Richtlinien G. 3 - 4.

²⁷² Müller/Schefer, S. 767 und 768.

²⁷³ Schertenleib, S. 82.

²⁷⁴ Thomet, RN 99 und 100; Art. 20 Abs. 1 ZUG.

²⁷⁵ Art. 115 BV und Art. 1 Abs. 1 ZUG; Thomet, RN 27, 32 und 33; Wolffers, S. 59.

²⁷⁶ Siehe dazu: BGE 131 I 166; zur Praxis bei abgewiesenen Asylbewerbern, siehe Povlakic, S. 61 - 63.

rend das Sozialhilfegesetz des Kantons Basel-Landschaft keine Regelung enthält²⁷⁷. Die Behörden beider Kantone unterstehen dem Amtsgeheimnis²⁷⁸, welches aufgrund einer Amtshilfebestimmung durchbrochen wird, wenn die weiteren Voraussetzungen des Datenschutzes erfüllt sind²⁷⁹. Bereits gestützt auf das AuG kann somit eine Meldung erfolgen.

3.3.2. Interessenabwägung

Eine Wegweisung aufgrund des Bezugs von Sozialhilfe kann auch legal anwesende Ausländerinnen und Ausländer treffen²⁸⁰. Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet es, Gleiches ungleich zu behandeln. Eine Meldepflicht müsste Sans-Papiers deshalb gleichermassen treffen. Andererseits muss Ungleiches auch ungleich behandelt werden²⁸¹. Sans-Papiers verfügen nicht wie legal anwesende ausländische Personen über eine Aufenthaltsbewilligung. Ein Widerruf oder eine Nichtverlängerung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, welche eine umfassende Verhältnismässigkeitsprüfung erfordert²⁸², ist bei illegalem Aufenthalt nicht Voraussetzung für eine Wegweisung. Die Erteilung einer Härtefallbewilligung unterliegt zwar ebenfalls einer Verhältnismässigkeitsprüfung, zusätzlich muss aber die Härtefalleigenschaft erfüllt sein. Es muss ein Ausnahmefall vorliegen²⁸³.

Damit das Recht auf Existenzsicherung nicht untergraben wird, sollte eine Meldung erst in Erwägung gezogen werden, wenn eine Person oder Familie über längere Zeit und in erheblichem Umfang unterstützt werden musste²⁸⁴. Dann erst tritt das fiskalische Interesse des Staates gegenüber dem grundrechtlichen Anspruch in den Vordergrund. Mit der gesetzlichen Verankerung im AuG hat der Gesetzgeber rechtliche Konsequenzen mit dem Bezug von Sozialhilfe auch bei legaler Anwesenheit verbunden, sodass bei einer andauernden und erheblichen Sozialhilfeunterstützung akzep-

²⁷⁷ § 28 SHG-BS.

²⁷⁸ § 28 Abs. 1 SHG BS, § 38 SHG BL, aus welchem sich dies implizit ergibt; siehe dazu auch DSB des Kantons BL Sozialhilfegeheimnis.

²⁷⁹ Siehe dazu Breitschmid, S. 360 - 365.

²⁸⁰ Art. 62 lit. e und 63 lit. c AuG i.V. mit Art. 66 Abs. 1 AuG.

²⁸¹ Art. 8 Abs. 1 BV; Müller/Schefer, S. 653 - 655; Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln wird auch als Gleichheitsgebot und Differenzierungsgebot bezeichnet.

²⁸² Botschaft AuG, S. 3809 und 3810.

²⁸³ z.B. BGE 130 II 39, Erw. 3; 128 II 200; Rundschreiben BFM 2007 und Weisung BFM 2008, S. 3, Ziff. 6.1.3.2.

²⁸⁴ Siehe dazu Spescha, Art. 62 AuG, RN 10 und BGE 2A.692/2006.

tiert werden muss, dass der grund- und menschenrechtliche Anspruch verletzt wird. Zusätzlich sind jedoch die Kriterien für die Interessenabwägung zu berücksichtigen, sodass sich eine Meldung auch bei langer und erheblicher Sozialhilfeabhängigkeit als unverhältnismässig erweisen kann.

3.3.3. Organisatorische Trennung

MÜLLER und SCHEFER machen darauf aufmerksam, dass es mit dem Grundrecht nicht vereinbar ist, diejenigen Behörden für die Ausrichtung von Not- oder Sozialhilfe einzusetzen, die auch für fremdenpolizeiliche Massnahmen zuständig sind. Ohne organisatorische Trennung wird nicht nur der verfassungsrechtliche Anspruch vereitelt, weil illegal Anwesende aus Angst vor einer Massnahme auf die Geltendmachung verzichten²⁸⁵. Es wird auch gegen die grundlegenden Bestimmungen des Datenschutzes verstossen, wenn zwei verschiedene staatliche Aufgaben einer Behörde zugewiesen werden, um damit ein einziges staatliches Ziel zu erreichen. Ist eine Person gezwungen, sich für finanzielle Hilfe an eine Fremdenpolizei zu wenden, werden Daten zweckentfremdet, wenn sie auch für fremdenpolizeiliche Ziele verwendet werden²⁸⁶. Eine Zweckentfremdung ist jedoch nur unter den dargestellten Voraussetzungen des Datenschutzes zulässig, weshalb eine organisatorische Trennung unabdingbar ist, um nicht gegen Völker- und Verfassungsrecht zu verstossen.

3.4. Heimplatzierungen und Kosten für medizinische Leistungen

Heimplatzierungen von Kindern oder Erwachsenen verursachen dem Gemeinwesen hohe Kosten. Je nach Art der Platzierung gehen die Kosten entweder zu Lasten des Kantons, der Gemeinden oder der Sozialhilfe²⁸⁷. Auch können Kosten entstehen, wenn eine Spitalbehandlung erfolgen muss und keine Grundversicherung vorhanden ist.

²⁸⁵ Müller/Schefer, S. 781.

²⁸⁶ Siehe dazu Baeriswyl plädoyer, S. 27.

²⁸⁷ Elsener, S. 274; Hegnauer, S. 42; z.B. § 8 ff. Kinderbetreuungsverordnung BS, insb. § 19 i.V. mit § 20 VBG, § 13 und § 28 ff. der Verordnung über die Kinder- und Jugendhilfe BL: Die Heimkosten für die Platzierung von Kindern gehen zu Lasten des Kantons, der Elternbeitrag zu Lasten der Sozialhilfe, wenn die Eltern diesen nicht bezahlen können; z.B. Art. 5 Abs. 1 ELG; § 10 und 11 GeBPA BL: Ungedekte Pflegeheimkosten gehen zu Lasten der Gemeinden.

Die Meldepflicht ohne Aufforderung bezieht sich gemäss Wortlaut nur auf den Bezug von Sozialhilfe. Beim Bezug von Kantons- oder Gemeindebeiträgen kommt daher Art. 97 Abs. 2 AuG zur Anwendung. Meldung darf nur auf Anfrage erfolgen. Vor der Auskunftserteilung ist wiederum die Verhältnismässigkeit zu beachten. Insbesondere Kinds- und Mündelwohl sollten auch von den zur Zahlung verpflichteten Behörden vorrangig berücksichtigt werden. Bei einer nur einmaligen Inanspruchnahme einer Spitalbehandlung, für welche die Sozialhilfe aufzukommen hat, sollten dem Grundrecht auf Existenzsicherung und dem Interesse an der Gesundheitsversorgung Vorrang gegeben werden.

4. Zusammenfassung

Gerichte, Polizei und Strafuntersuchungsorgane haben ebenfalls vor einer Meldung eine Interessenabwägung vorzunehmen. Sind Polizei wie auch Strafverfolgungsorgane involviert, sollte der Entscheid in Bezug auf eine Meldung der Strafverfolgung überlassen werden, da diese den Sachverhalt umfassend abklärt.

Bei Massnahmen des Erwachsenen- und des Kindsschutzes stehen das Mündel- oder das Kindeswohl im Vordergrund. Auf eine Meldung ist daher in der Regel zu verzichten. Meldung durch eine Sozialhilfebehörde sollte nur erfolgen, wenn eine illegal anwesende Person längerfristig und in hohem Umfang unterstützt werden musste. Auch ist die individuelle Situation der betroffenen Personen zu berücksichtigen. Entstehen der Sozialhilfe Kosten aufgrund von Heimplatzierungen, ist ebenfalls das Kinds- und Mündelwohl zu beachten.

IX. Das Schwarzarbeitergesetz und die Verordnung

Aus einem Bericht des Forschungsinstituts gfs.bern aus dem Jahr 2005 geht hervor, dass die Anzahl von illegal Anwesenden vom Arbeitsmarkt abhängt. Illegal Anwesende sind überwiegend arbeitstätig²⁸⁸.

Am 1.1.2008 traten das Schwarzarbeitergesetz und dessen Verordnung in Kraft. Das Schwarzarbeitergesetz wurde grundsätzlich von allen politischen Kreisen begrüsst. Mit dem Gesetz soll die Schwarzarbeit bekämpft werden. Schwarzarbeit hat grosse Einnahmeverluste, insbesondere bei Steuern und Sozialversicherungen, zur Folge. Zur Bekämpfung der Schwarzarbeit werden bessere Kontrollmöglichkeiten eingeführt und die Zusammenarbeit der Behörden, welche von der Schwarzarbeit betroffen sind, wird intensiviert. Auf kantonaler Ebene muss eine Koordinationsstelle eingeführt werden. Zudem ist der Datenaustausch zwischen Sozialversicherungen, Steuerbehörden und Ausländerbehörden formell-gesetzlich verankert²⁸⁹. Bei Verstössen gegen die betreffenden Gesetze sind verschärfte Sanktionen vorgesehen²⁹⁰. Die gesetzlichen Sanktionen aus dem Schwarzarbeitergesetz zielen gegen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schwarz beschäftigen. In den Einzelgesetzen finden sich diverse Bestimmungen, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sanktionieren²⁹¹.

Gemäss Botschaft des Bundesrates ist eine von mehreren Definitionen von Schwarzarbeit die Verletzung des Ausländerrechts durch versteckte Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern²⁹². Illegal anwesende Personen können aufgrund der fehlenden Aufenthaltsbewilligung keine Arbeitsbewilligung erhalten, da beide Bewilligungen voneinander abhängen. Schwarzarbeit ist somit die logische Folge des illegalen Aufenthaltes²⁹³. Eine illegal anwesende erwerbstätige Person macht sich sowohl der illegalen Anwesenheit wie auch der illegalen Erwerbstätigkeit schuldig. Bei der Sanktionierung dieser Kategorie von Schwarzarbeitenden werden zwei verschiedene öffentliche Interessen geschützt: Der Schutz

²⁸⁸ Forschungsbericht gfs.bern, S. 3, S. 50, S. 58 und 59.

²⁸⁹ Botschaft BGSA, S. 2632 - 2634.

²⁹⁰ Botschaft BGSA, S. 3638 - 3648.

²⁹¹ Z.B. Art. 87 und 88 AHVG.

²⁹² Zu den anderen Definitionen: Botschaft BGSA, S. 3608.

²⁹³ Efionayi-Mäder/Cattacin, S. 4.

des Arbeitsmarktes und dessen Kontrollierbarkeit und die „Überfremdungsabwehr“²⁹⁴.

1. Mitwirkungs- und Meldepflichten der Arbeitgebenden

Gemäss Art. 8 BGSA obliegen den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern Mitwirkungspflichten bei der Kontrolle ihres Betriebes durch ein kantonales Kontrollorgan. Sie haben ihnen alle erforderlichen Auskünfte und Unterlagen herauszugeben und freien Zutritt zu den Arbeitsplätzen und den dort tätigen Personen zu gewähren. Die Arbeitgebenden sind gegenüber ihren Arbeitnehmenden an das Bundesdatenschutzgesetz im privaten Bereich gebunden. Besteht eine gesetzliche Grundlage, ist die Bekanntgabe, dass eine illegal anwesende Person beschäftigt wird, zulässig. Es liegt dann keine Persönlichkeitsverletzung vor²⁹⁵. Als gesetzliche Grundlage dient das BGSA.

Meldepflichten der Arbeitgebenden ergeben sich aus den Einzelgesetzen. Relevant in der vorliegenden Fragestellung sind die Meldepflichten an die Sozialversicherungen und die Steuerbehörden²⁹⁶.

2. Anzeigepflichten

Im Gegensatz zum Erlass des AuG boten die vom Bundesrat vorgeschlagenen Meldevorschriften Anlass zu kontroversen Diskussionen im Nationalrat. Grundsätzlich wurde die Notwendigkeit von Meldevorschriften anerkannt, aber auch die Anwendung der Datenschutzvorschriften und das Verhältnismässigkeitsprinzip wurden betont. Aus linken Kreisen war zu vernehmen, dass der Schutz der Menschenrechte ein grosses Bedürfnis ist²⁹⁷.

²⁹⁴ Heller, S. 30 und 37.

²⁹⁵ Art. 2 Abs. 1 lit. a. DSG i. V. mit Art. 12 Abs. 2 lit. c. und Art. 13 Abs. 1 DSG; Anwendbar sind dann auch Art. 28 ff. ZGB; siehe hierzu Botschaft DSG 1988, S. 418, 419 und 485 - 460; Art. 17 ff. DSG für die Datenbekanntgabe finden keine Anwendung, da diese Bestimmungen nur für Bundesorgane gelten. Besteht eine gesetzliche Grundlage, muss keine Interessenabwägung durch private Personen erfolgen.

²⁹⁶ Vgl. bspw. Art. 88 DBG; Art. 14 ff. AHVG; Der Meldepflicht nach Art. 11 AuG, bzw. der Pflicht zur Einholung einer Arbeitsbewilligung kann ein Arbeitgeber jedoch bei einer illegal anwesenden Person nicht nachkommen, da eine illegal anwesende Person aufgrund der fehlenden Aufenthaltsbewilligung keine Arbeitsbewilligung erhält.

²⁹⁷ Siehe Wortprotokolle zu Geschäft Nr. 02.010, AB 2004 N 1184 ff.

2.1. Anzeigepflichten der Kontrollorgane

Der Kontrollgegenstand und die Kompetenzen der Kontrollorgane ergeben sich aus Art. 6 und 7 BGSA. Besteht bei einer Kontrolle von Betrieben und Arbeitsplätzen ein Verdacht auf Verstösse gegen Bestimmungen des Ausländer-, Sozialversicherungs- oder Steuerrecht, leiten die Kontrollorgane von Amtes wegen eine Kopie des Protokolls an die entsprechenden Stellen weiter, welche dann im Rahmen ihrer Kompetenzen die vorgesehenen Sanktionen anwenden²⁹⁸. Vor einer Weiterleitung von Daten durch die Kontrollbehörde muss aus Gründen des Datenschutzes jedoch gefordert werden, dass das Prinzip der Verhältnismässigkeit nicht nur bezüglich des genügenden Verdachts auf Schwarzarbeit gewahrt wird²⁹⁹, sondern auch in Bezug auf allfällige überwiegende andere Interessen.

2.2. Anzeigepflichten anderer Behörden

Die in Art. 11 und 12 BGSA enthaltenen Bestimmungen sehen Datenflüsse von den Kontrollorganen zu den betroffenen Organen und Behörden³⁰⁰ und umgekehrt, wie auch einseitige Datenflüsse von Polizei, Zivilstandsbehörden usw. an die betroffenen Behörden und die Kontrollorgane sowie den Datenfluss zwischen den betroffenen Organen vor. Die Meldungen erfolgen ohne Anfrage der anspruchsberechtigten Behörden.

2.2.1. Zusammenarbeit

Art. 11 Abs. 1 BGSA enthält Vorschriften über die Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Behörden. Mit dieser Bestimmung soll die Effizienz in der Bekämpfung der Schwarzarbeit gesteigert werden³⁰¹. Sie statuiert jedoch noch keine Datenweitergabe. Die Datenbekanntgabe von Behörden an die kantonalen Kontrollorgane ist in Absatz 2 normiert. Aufgrund des Wortlauts und der parlamentarischen Debatte handelt es sich auch bei dieser Bestimmung um eine Verpflichtung zur Datenbekanntgabe von Amtes wegen. Die formell-gesetzliche Grundlage ist zudem viel bestimmter, als diejenige des AuG. Es kann ihr entnommen werden, welche Behörden zu einer Meldung verpflichtet sind und dass diese nur erfolgen darf, wenn ein Verdacht auf

²⁹⁸ Art. 9 Abs. 3 lit. a BGSA i. V. mit Art. 10 BGSA, Botschaft BGSA, S. 3653 - 3655.

²⁹⁹ Botschaft BGSA, S. 3637.

³⁰⁰ Die allenfalls betroffenen Behörden sind: AHV, ALV, UV, Steuern, Asyl- und Ausländerbehörden.

³⁰¹ Botschaft BGSA, S. 3655.

Schwarzarbeit besteht. Gemäss Botschaft muss es sich dabei um einen ausreichenden Verdacht auf Schwarzarbeit handeln. Dieser Begriff ist auslegungsbedürftig. Ein illegaler Aufenthalt allein dürfte dieses Erfordernis nicht erfüllen, obwohl der Schluss auf das Vorliegen von Schwarzarbeit nahe liegt. Trotzdem müssten weitere Indizien vorliegen, bevor über eine Meldung entschieden wird. In der parlamentarischen Debatte gab es keine Wortmeldungen zu dieser Bestimmung. Da allgemein die Einhaltung des Datenschutzes im Parlament und in der Botschaft betont wurde, ist auch hier das Verhältnismässigkeitsprinzip einzuhalten³⁰². Zusätzlich zum ausreichenden Verdacht darf eine Meldung nur erfolgen, wenn nicht überwiegende andere öffentliche Interessen oder überwiegende private Interessen vorliegen.

2.2.2. Meldevorschriften

(1) Steuerbehörden

Art. 12 Abs. 1 BGSA verpflichtet die Steuerbehörden, den Sozialversicherungen, welche Beiträge aufgrund einer Erwerbstätigkeit erheben, Meldung zu erstatten, wenn sie feststellen, dass Einkommen überhaupt nicht deklariert wurde. Damit wird das absolute Steuergeheimnis gegenüber diesen Sozialversicherungen durchbrochen. Ob die Verpflichtung zur Meldung an die Sozialversicherungen ohne Einschränkung besteht, kann weder der Norm noch den Materialien entnommen werden. Aufgrund des engen Zusammenhangs mit Absatz 2 muss angenommen werden, dass keine Interessenabwägung zulässig ist³⁰³.

Steuerbehörden zählen zu den allenfalls betroffenen Behörden nach Art. 12 Abs. 4 BGSA. Diese sind nicht verpflichtet, anderen betroffenen Behörden Meldung zu erstatten³⁰⁴. Das BGSA dient daher nicht als gesetzliche Grundlage für die Durchbrechung der besonderen Schweigepflicht im Steuerbereich gegenüber der Ausländerbehörde. Eine Datenbekanntgabe an die Ausländerbehörden aufgrund des BGSA ist unzulässig³⁰⁵. Das Steuergeheimnis wird jedoch indirekt aufgeweicht, da eine Meldepflicht gegenüber den Sozialversicherungen nach Absatz 2 besteht und diese den Ausländerbehörden Meldung zu erstatten haben.

³⁰² Botschaft BGSA, S. 3637.

³⁰³ Siehe IX.1.2.2.

³⁰⁴ Übrige Behörden nach Art. 11 Abs. 1 BGSA i.V. mit Art. 12 Abs. 3 und 4 BGSA.

³⁰⁵ Kantonale Regelungen vorbehalten, siehe VII.6.2.

(2) Sozialversicherungen

ALV³⁰⁶, UV und AHV sind nach Art. 12 Abs. 2 BGSA zur Meldung an die Ausländerbehörden verpflichtet, wenn Sozialversicherungsbeiträge nicht entrichtet wurden und sich nicht sogleich ergibt, dass der Aufenthalt der betroffenen Person mit den geltenden ausländerrechtlichen Bestimmungen übereinstimmt. Die Tatbestandsmerkmale müssen kumulativ erfüllt sein. Die Linksparteien wollten den Entscheid über eine Meldung den Sozialversicherungen überlassen, während sich die Rechtsparteien für eine Meldepflicht einsetzten, auch wenn die Versicherungsbeiträge geleistet wurden. Die Endlösung ist ein Kompromiss zwischen diesen Parteien³⁰⁷.

Die bundesrechtlichen Sozialversicherungen unterstehen einer absoluten Schweigepflicht, welche nur mittels besonderer Datenbekanntgabevorschriften durchbrochen werden kann. Zusätzlich zu der Bestimmung im BGSA stützt sich eine zulässige Bekanntgabe auf die im Rahmen des Erlasses des BGSA erweiterten Datenbekanntgabevorschriften von ALV, UV und AHV³⁰⁸.

Fraglich ist, ob es sich bei Art. 12 Abs. 2 BGSA um eine Norm handelt, bei welcher der Gesetzgeber abschliessend die Interessenabwägung vorgenommen hat. Der Norm lassen sich der Zweck der Datenweitergabe und die Voraussetzungen entnehmen. Sie ist sehr bestimmt und lässt keine Zweifel offen, wann eine Datenweitergabe an die Fremdenpolizei erfolgt. Die Bestimmung wurde im Parlament eingehend behandelt. Die Endfassung ist ein Kompromiss zwischen den verschiedenen Meinungen. Gemäss NR Gysin, Mitglied der Kommission, müssen die Daten unter den gegebenen Voraussetzungen mitgeteilt werden. Die Bestimmung sei mit dem Datenschutzbeauftragten abgestimmt worden. Bei Kumulation dieser Tatbestandsmerkmale handle es sich um gravierende Verstösse³⁰⁹. Dies lässt darauf schliessen, dass für eine Interessenabwägung kein Raum mehr vorhanden ist. Hierfür spricht auch die systematische Einordnung der Datenbekanntgabebestimmung in den betreffenden Sozialversicherungen. Die Bestimmungen enthalten nicht den Zusatz, dass Daten nur bekannt gegeben werden dürfen, wenn nicht überwiegende Privatinteressen ent-

³⁰⁶ Die Meldung der ALV ist in diesem Zusammenhang nicht relevant, da Sans-Papiers keine Taggelder beziehen können und daher der Versicherung nicht bekannt sind.

³⁰⁷ Siehe bspw. Votum NR Baader, AB 2004 N 1205 und Votum NR Pelli, AB 2004 N 1206.

³⁰⁸ Siehe dazu Anhang zum BGSA, in diesem Zusammenhang relevante Änderungen bisherigen Rechts: Art. 50a Abs. 2 AHVG, Art. 97 Abs. 1bis UV.

³⁰⁹ Votum NR Gysin, AB 2004 N 1208.

gegenstehen³¹⁰. Aus all diesen Erwägungen muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber aufgrund der Schwere des Verstosses – Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen kumuliert mit illegalem Aufenthalt – das fremdenpolizeiliche Interesse als höherwertig erachtet hat als alle anderen Interessen. Bei Erfüllen der Voraussetzungen besteht somit eine Verpflichtung zur Datenbekanntgabe ohne weitere Interessenabwägung. Die Verpflichtung im BGSA hat zudem Vorrang vor einem Melderecht nach Sozialversicherungsrecht³¹¹. Aufgrund der historischen Auslegung hat eine Meldung zu unterbleiben, wenn eine Person sich zwar illegal in der Schweiz aufhält, jedoch die Sozialversicherungsbeiträge und Steuern geleistet wurden³¹².

(3) Andere Behörden

Kantonale Kontrollorgane, Polizei und Zivilstandsämter sind gemäss Art. 12 Abs. 3 BGSA verpflichtet, von sich aus Meldung an betroffene Behörden nach Absatz 4 zu erstatten, wenn sie im Rahmen ihrer Tätigkeiten Feststellungen machen, die Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit sind. Aus der Botschaft geht klar hervor, dass eine Verpflichtung zur Meldung besteht, aber die Grundsätze des Datenschutzes, insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip, einzuhalten sind. Im Parlament gab es, abgesehen von den allgemeinen Wortmeldungen zum Datenschutz, keinen Diskussionsbedarf zu dieser Bestimmung. Es liegt zudem im Ermessen dieser Behörden, welcher betroffenen Behörde sie Meldung erstattet. Die in Absatz 4 bezeichneten Behörden sind hingegen nicht verpflichtet, andere betroffene Behörden nach Absatz 4 zu benachrichtigen³¹³.

2.2.3. Verhältnismässigkeitsprüfung

Der Gesetzgeber hat den illegalen Aufenthalt, kombiniert mit der Nichtleistung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen, als gravierenden Verstoss gegen die Rechtsordnung gewertet. Geringer bewertet wird der alleinige Verstoss gegen ausländerrechtliche Bestimmungen.

³¹⁰ Vergleiche hierzu Art. 50a Abs. 1 und 2 AHVG.

³¹¹ Votum NR Gysin, AB 2004 N 1208.

³¹² Dies wird als Grauarbeit bezeichnet; siehe zum Begriff Achermann Asyl 3/03, S. 10 und Heller, S. 4; siehe auch Achermann/Efionayi-Mäder, S. 125.

³¹³ Botschaft BGSA, S. 3655 und 3656.

Eine an die betroffenen Behörden meldepflichtige Kontrollbehörde ist ebenfalls an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden. Bestehen bei der Kontrolle einer illegal anwesenden Person Zweifel, ob Sozialversicherungsbeiträge und Steuern geleistet wurden, sollte aus Gründen der Verhältnismässigkeit zunächst lediglich eine Meldung an die für Steuern und Sozialversicherungen zuständigen Behörden erfolgen, da nicht von vornherein feststeht, ob sowohl ein Verstoss gegen Aufenthaltsbestimmungen wie die Nichtleistung von Beiträgen vorliegt. Liegt nämlich nur ein Verstoss gegen ausländerrechtliche Bestimmungen vor, kann eine Interessenabwägung zu einem anderen Ergebnis führen.

Eine Behörde, die einer Meldepflicht nach Art. 12 Abs. 3 BGSA unterliegt, hat zunächst zu berücksichtigen, dass der illegale Aufenthalt alleine nicht bereits einen genügenden Verdacht auf Schwarzarbeit impliziert, obwohl dieser Schluss nahe liegt. Es liegt zwar im Ermessen dieser Behörden, welcher betroffenen Behörde nach Art. 12 Abs. 4 BGSA sie Meldung erstattet. Bei Meldung an die betroffenen Sozialversicherungen oder die Steuerbehörden wird dies jedoch zur Folge haben, dass eine Ausländerbehörde benachrichtigt wird, wenn Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge nicht geleistet wurden. Da der Datenschutz zu berücksichtigen ist, muss vor einer Meldung eine Interessenabwägung erfolgen. Lebt eine illegal anwesende Person schon lange in der Schweiz und sind Kinder von einer Meldung betroffen, ist dies zu berücksichtigen.

2.3. Zwischenergebnis

Botschaft und die parlamentarischen Wortprotokolle betonen die Notwendigkeit, dass der Datenschutz beachtet wird. Eine Datenbekanntgabe aufgrund von Art. 9 Abs. 3 lit. a, Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 3 BGSA hat zu unterbleiben, wenn überwiegende andere Interessen entgegenstehen. Dies ist gegenüber allen betroffenen Behörden zu beachten. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung sind dieselben Kriterien zu berücksichtigen, wie bei einer Meldepflicht nach AuG³¹⁴. Illegaler Aufenthalt kombiniert mit der Nicht-Leistung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen wird jedoch vom Gesetzgeber als gewichtiger Verstoss gegen die Rechtsordnung gewertet. Illegaler Aufenthalt alleine und kombiniert mit Schwarzarbeit werden als Interessen

³¹⁴ Siehe VI.

des Staates somit unterschiedlich gewichtet, was Einfluss auf die Verhältnismässigkeitprüfung haben kann.

NIEDERÖST bemerkt, dass das BGSA für illegal anwesende Personen zur Falle werden kann³¹⁵. Diese Aussage ist sehr zutreffend. Denn mit dem Vollzug des BGSA sind sehr viele Stellen betraut, die durch komplexe Meldevorschriften verflochten sind. Das Risiko einer Verletzung des Datenschutzes ist deshalb sehr gross. Eine Meldung ist zudem unumgänglich, wenn Sozialversicherungsbeiträge und Steuern nicht geleistet wurden. Sind nämlich die Tatbestände von Art. 12 Abs. 1 und 2 BGSA erfüllt, müssen die Behörden die gesetzlich vorgeschriebenen Meldungen ohne Interessenabwägungen vornehmen. Dies kann unter Umständen einen Verstoss gegen Völkerrecht zur Folge haben. Nach obiger Auslegung ist diese Norm einer verfassungs- oder völkerrechtskonformen Auslegung nicht mehr zugänglich. Um einen Verstoss gegen Völkerrecht zu vermeiden, hat die meldepflichtige Behörde nur noch die Möglichkeit, sich auf die Unanwendbarkeit der Norm zu berufen³¹⁶. Da die EMRK Vorrang genießt³¹⁷ und die UNO-KRK ein Verbot regressiver Massnahmen – Erlass von Normen des innerstaatlichen Gesetzgebers, die das nach Ratifikation bereits einmal erlangte Schutzniveau vermindern – enthält, ist auch ein bewusster Verstoss des Gesetzgebers gegen diese beiden Konventionen unbeachtlich³¹⁸. Es ist also trotzdem eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Wurden die Sozialversicherungsbeiträge bezahlt, darf aufgrund von Art. 12 Abs. 2 BGSA keine Meldung erfolgen. Den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern, die illegal anwesende Personen beschäftigen, ist daher anzuraten, in ihrem und im Interesse ihrer Angestellten, Steuern und Beiträge zu bezahlen, um das Risiko einer Meldung zu vermindern³¹⁹.

³¹⁵ Niederöst, RN 9.68.

³¹⁶ Art. 27 WVK; Häfelin/Haller/Uhlmann, RN 232; Peters S. 58.

³¹⁷ Kälin et al., S. 107 und 108.

³¹⁸ Marguerat et al. S. 19 und 29; siehe auch VI.2.

³¹⁹ Zur Bezahlung von Quellensteuern und Sozialversicherungsbeiträgen ist der Arbeitgeber verpflichtet; Locher, Einführung zu Art. 83 ff. DBG, RN 4; Art. 14 Abs. 1 AHVG.

X. Exkurs: Straftatbestand der Begünstigung

Wer jemanden der Strafverfolgung entzieht, wird nach Art. 305 StGB bestraft. Die Tütereigenschaft kann auch von Staatsangestellten erfüllt sein. Amtspersonen unterstehen einer Anzeigepflicht, wenn diese in der kantonalen StPO vorgesehen ist³²⁰. Der Tatbestand kann durch Unterlassen erfüllt sein, wenn keine Anzeige erstattet wird. Erforderlich ist, dass eine Garantenpflicht besteht³²¹. Diese kann sich aus einer gesetzlichen Anzeigepflicht (nicht aber aus einer Meldepflicht) ergeben. Eine Anzeigepflicht entfällt, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht³²². STRATENWERTH ist der Ansicht, dass eine Garantenstellung nur denjenigen Personen obliegt, die mit der Verfolgung und dem Vollzug von Straftaten kraft ihres Amtes beauftragt sind, denn es muss sich um eine qualifizierte Handlungspflicht handeln. Dies trifft auf Strafverfolgungsorgane und die Polizei zu. Eine blosser Anzeigepflicht von Staatsangestellten genügt hingegen nicht³²³.

Die Kantone regeln Anzeigepflichten von Amtspersonen unterschiedlich. Mit Erlass der eidgenössischen StPO bleibt die Regelung von Anzeigepflichten weiterhin den Kantonen überlassen³²⁴. Die Strafprozessordnungen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft sehen für ihre Staatsangestellten eine Anzeigepflicht vor, unter Ausschluss derjenigen Angestellten oder Behördenmitglieder, die in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu einer Straftäterin oder einem Straftäter stehen³²⁵.

Der rechtswidrige Aufenthalt ist gemäss Art. 115 AuG strafbar. Zudem kann der Tatbestand des Verweisungsbruchs bei Verletzung einer Ausweisung erfüllt sein³²⁶. Bei beiden Tatbeständen handelt es sich um ein Vergehen³²⁷. Besteht für jede Amtsperson eine Garantenpflicht, dann macht sie sich der Begünstigung strafbar, wenn sie nicht Anzeige erstattet. Ausgenommen davon sind nur Behördenmitglieder oder

³²⁰ Siehe Weber-Candrian, S. 134, der die verschiedenen kantonalen Anzeigepflichten und –rechte aufzeigt.

³²¹ BGE 123 IV 70, Erw. 2.

³²² Delnon/Rüdy, Art. 305, RN 7, 8 und 23; Affolter, S. 240 und 242.

³²³ Stratenwerth § 14 RN 13; Stratenwerth/Bommer, § 55, RN 11; Donatsch/Wohlers, S. 384; anderer Ansicht: Delnon/Rüdi, Art. 305, RN 23 und Weber-Candrian, S. 141.

³²⁴ Botschaft eidgenössische StPO, S. 1259.

³²⁵ § 121 StPO BL, § 99 StPO BS

³²⁶ Art. 68 AuG oder 121 BV i.V. mit Art. 291 StGB.

³²⁷ Zünd, Art. 115 Abs. 1 lit. a und d AuG, RN 1 und 2; siehe Art. 10 StGB.

Amtspersonen, die in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu einer illegal anwesenden Person stehen. Dies trifft auf Lehrpersonen, Sozialarbeitende und vormundschaftliche Mandatsträger zu und muss auch für die übergeordneten Behörden gelten. Die Befreiung von der Anzeigepflicht würde sonst ins Leere laufen. Von einer allgemeinen Anzeigepflicht ausgenommen sind zudem Behörden oder Amtspersonen, die einer qualifizierten Schweigepflicht unterliegen, es sei denn, es bestehen besondere Datenbekanntgabennormen³²⁸.

Folgt man hingegen der Meinung von STRATENWERTH und DONATSCH/WOHLERS, sind nur Polizei und Strafverfolgungsorgane anzeigepflichtig.

Besteht eine uneingeschränkte Anzeigepflicht, muss wie bei den Meldepflichten eine Interessenabwägung vorgenommen werden, da das Datenschutzgesetz auch hier zur Anwendung gelangt³²⁹. Die Interessenabwägung kann zu einem anderen Ergebnis führen. Das Interesse des Staates, welches mit einer Anzeigepflicht verfolgt wird, ist die Ahndung von Straftaten³³⁰.

Erstatten Amtspersonen oder Behörden Anzeige, dann liegt es an den Strafverfolgungsorganen, die entsprechende Interessenabwägung vorzunehmen und zu entscheiden, ob sie ihrer Meldepflicht aus Art. 97 Abs. 3 AuG nachkommen³³¹.

³²⁸ dsb ZH, Punkt B. 4; Ein Beispiel für eine besondere Datenbekanntgabennorm stellt Art. 50a AHVG dar. Verbrechen sind von Amtes wegen anzuzeigen, wenn lit. d. erfüllt ist. Verbrechen und Vergehen sind auf Antrag der Strafuntersuchungsbehörden zu melden, wenn lit e. erfüllt ist.

³²⁹ dsb Zürich, Punkt B. 1, 2 und 4 und 5.

³³⁰ Donatsch/Wohlens, S. 380.

³³¹ Dann gilt wieder Kapitel VI.

XI. Zusammenfassung

Nach Ausländer- und Schwarzarbeitergesetz sind Behörden gegenüber anderen Behörden auf Anfrage oder von Amtes wegen zur Datenbekanntgabe verpflichtet. Datenbekanntgaben sind nur zulässig, wenn sie die Grundsätze des Datenschutzes, welcher das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung konkretisiert, einhalten. Unterliegen die meldepflichtigen Behörden einer spezialgesetzlichen Schweigepflicht, so kann diese nur durchbrochen werden, wenn besondere Datenbekanntgabebestimmungen gesetzlich vorgesehen sind. Im Zusammenhang mit dem Schwarzarbeitergesetz wurden solche Bestimmungen bei Steuern und Sozialversicherungen eingeführt. Auch finden sich Datenbekanntgabebestimmungen in kantonalen Steuergesetzen. Die betroffenen Sozialversicherungen haben den Ausländerbehörden ohne Interessenabwägung Meldung zu erstatten, wenn der Tatbestand der Schwarzarbeit erfüllt ist, es sei denn, eine Meldung hätte einen Verstoss gegen Völkerrecht zur Folge. Aus anderen Gründen dürfen Behörden, die einer besonderen Schweigepflicht unterliegen, keine Meldung erstatten. Ärzte, Spitalpersonal und Angestellte von Spitex-Organisationen sind an das Berufsgeheimnis gebunden. Meldungen an Migrationsämter sind unzulässig.

Das allgemeine Amtsgeheimnis, welchem die meisten Behörden unterstehen, wird aufgrund einer Meldepflicht durchbrochen. Bevor diese Behörden jedoch Meldung erstatten, sind sie zu einer umfassenden Interessenabwägung verpflichtet. Geht es um den Gesundheitsschutz einer illegal anwesenden Person, die Registrierung eines Kindes bei dessen Geburt, eine Kindsanerkennung oder den Schulbesuch, dann gehen die betroffenen privaten oder öffentlichen Interessen als übergeordnete den Interessen der anfragenden Behörde vor. Mündel- und Kindswohl gehen bei vormundschaftlichen Massnahmen in der Regel vor. Sozialhilfebehörden sollten nur bei erheblicher und andauernder Sozialhilfeabhängigkeit Meldung erstatten und haben andere Interessen zu beachten. Alle anderen Behörden sind gehalten, die Interessen der betroffenen Personen sorgfältig zu überprüfen³³².

Erst wenn die öffentlichen Interessen, mit deren Erfüllung die Daten empfangende Behörde betraut ist, überwiegen, darf und muss Meldung erstattet werden.

³³² Siehe VI.

XII. Schlussbemerkung

Ausländerrechtliche Themen werden in der Schweiz kontrovers diskutiert. Dies zeigen die öffentlichen und parlamentarischen Debatten zum Ausländergesetz wie auch zum Schwarzarbeitergesetz. Die Schweiz ist nach wie vor von einer restriktiven Ausländerpolitik geprägt³³³. Der Stand von Sans-Papiers in der Schweiz ist daher nicht einfach. Wie jedoch aufgezeigt wurde, haben Personen ohne Aufenthaltsbewilligung ebenfalls Rechte. Bei der Anwendung von Meldebestimmungen sind diese Rechte zu beachten. Je mehr Stellen von einer illegal anwesenden Person Kenntnis haben, desto grösser ist die Gefahr einer Verletzung der Rechte aufgrund einer Meldung. Sans-Papiers sind mehr als andere Personen darauf angewiesen, dass Meldebestimmungen verfassungs- und völkerrechtskonform angewendet werden, denn sie werden sich gegen eine rechtswidrige Meldung, die unter Umständen schwerwiegende Konsequenzen haben kann, kaum zur Wehr setzen. Voraussetzung ist ein Bewusstsein in der Praxis der Behörden, dass Meldevorschriften nicht schrankenlos Folge zu leisten ist. Besteht dieses Bewusstsein, hängt eine Meldung immer noch davon ab, ob die aufgezeigten klar überwiegenden Interessen beachtet werden und wie Verfassungsrechte und Menschenrechte gewichtet werden. Klare Kriterien hierzu fehlen³³⁴. Immerhin kann gesagt werden, dass das Kindeswohl bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz in der Regel vorgeht. Will eine Behörde davon abweichen, muss sie dies begründen. Das Interesse des Staates an der Gesundheitsversorgung seiner Bevölkerung ist immer als überwiegendes zu qualifizieren, wenn nur ein Verstoss gegen migrationsrechtliche Bestimmungen vorliegt. Bei einem langjährigen illegalen Aufenthalt kann das Recht auf Privatleben überwiegen. Eine eingehende Prüfung des Sachverhalts müsste dann gefordert werden. Der zeitliche Aufwand, der mit einer umfassenden Abklärung der Situation verbunden ist, ist allerdings nicht zu unterschätzen. Ob und wie Schranken einer Meldepflicht berücksichtigt werden, bleibt also der Praxis überlassen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht bedenklich ist es, wenn verschiedene Verwaltungsaufgaben zur Erfüllung an eine einzige Stelle delegiert werden³³⁵. Eine organisatorische Trennung wäre hier zu fordern.

³³³ Spescha Asyl, S. 3.

³³⁴ Siehe hierzu Thym, S. 549.

³³⁵ Siehe dazu Baeriswyl plädoyer, S. 27.

Die Schweiz ist Mitglied im Europarat. Der Europarat hat am 1. Oktober 2007 eine Resolution erlassen, mit welcher er die Mitgliedstaaten auffordert, kollektive Regularisierungsprogramme für Sans-Papiers einzuführen³³⁶. Resolutionen sind rechtlich zwar nicht verbindlich, sie bringen aber einen Konsens der Staaten darüber zum Ausdruck, was im Bereich der Menschenrechte moralisch geboten ist³³⁷. Sie können auch zur Konkretisierung von verfassungs- und völkerrechtlichen Garantien herangezogen werden³³⁸. Auch die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entwickelt sich in die Richtung, im Einzelfall langjährig illegal anwesenden Personen einen aus dem Recht auf Privatleben fliessenden Anspruch auf eine Anwesenheitsbewilligung zuzugestehen³³⁹.

Die Schweiz wird sich dieser Entwicklung nicht verschliessen können. SPESCHA plädiert für eine Wertwärme im Alltag, solange sich die migrationspolitische Haltung nicht verändert hat und die Normativität des Faktischen von Rechtsordnung und Rechtsprechung noch nicht anerkannt ist. Übertragen auf diese Arbeit wäre eine derartige Grundhaltung von den meldepflichtigen Behörden in einem Abwägungsprozess wünschenswert, sodass bei einem Grenzfall das Pendel eher zu Gunsten der menschenrechtlichen Seite ausschlägt.

³³⁶ Europarat Resolution Nr. 1568

³³⁷ Kälin/Künzli, S. 86 - 88.

³³⁸ Kälin/Künzli, S. 87 und 88.

³³⁹ Siehe dazu Thym, S. 541 ff.

„Ich bezeuge mit meiner Unterschrift, dass meine Angaben über die bei der Abfassung meiner Arbeit benützten Hilfsmittel sowie über die mir zuteil gewordene Hilfe in jeder Hinsicht der Wahrheit entsprechen und vollständig sind. Ich habe § 27 der MLawO gelesen und bin mir der Konsequenzen eines solchen Handelns bewusst.“

Basel, 8. Dezember 2008