



Staatspolitische Kommission
des Nationalrates

6. Mai 2020 (RRB Nr. 477/2020)

Parlamentarische Initiative 17.423
betreffend Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit
bei Mobiltelefonen (Vernehmlassung)

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Frauen Nationalrätinnen und Herren Nationalräte

Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 haben Sie uns eingeladen, zu Änderungen des Asylgesetzes (SR 142.31) Stellung zu nehmen. Wir begrüssen, dass die Mitwirkungspflicht der asylsuchenden Personen auf die Herausgabe von elektronischen Datenträgern erweitert wird, wenn die Identität, die Nationalität oder der Reiseweg der betroffenen Person weder gestützt auf Identitätsausweise noch auf andere zumutbare Weise festgestellt werden kann.

Ohne die Möglichkeit, elektronische Datenträger auch zwangsweise abnehmen zu können, dürfte die neue Bestimmung aber weitgehend wirkungslos bleiben. Die Erfahrungen im Wegweisungsvollzug zeigen, dass die Betroffenen einer Abgabe der Datenträger zur Auswertung nicht zustimmen, wenn sie Nachteile, d. h. die Aufdeckung ihrer Identität und damit die Möglichkeit eines zwangsweisen Vollzugs, befürchten. Art. 8 und 47 E-AsylG sind deshalb insofern zu ergänzen, dass das Staatssekretariat für Migration (SEM) die Sicherstellung der elektronischen Datenträger anordnen kann, wenn die betroffene Person, deren Identität nicht feststeht, ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachkommt und wenn gültige Reisepapiere anderweitig nicht mit zumutbarem Aufwand beschafft werden können. Um den Wegweisungsvollzug, der für ein wirksames und glaubwürdiges Asylverfahren wichtig ist, zu verbessern, soll in Art. 47 E-AsylG auch den Kantonen unter denselben Voraussetzungen die Möglichkeit gegeben werden, Datenträger sicherzustellen. Die Auswertung soll jeweils durch das SEM erfolgen.

Zudem beantragen wir, auch Art. 70 Abs. 1 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (SR 142.20) in analoger Weise zu erweitern und damit eine klare gesetzliche Grundlage für die Sicherstellung von elektronischen Datenträgern durch die kantonalen Vollzugsbehörden auch für das Wegweisungsverfahren im Ausländerrecht zu schaffen. Die kantonale Behörde soll diese auch zwangsweise anordnen können, wenn die betroffene Person, deren Identität nicht feststeht, ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachkommt und wenn gültige Reisepapiere anderweitig nicht mit zumutbarem Aufwand beschafft werden können. Die Auswertung der Daten soll auch hier durch das SEM erfolgen.

Genehmigen Sie, sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Frauen Nationalrätinnen und Herren Nationalräte,
den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin:



Dr. Silvia Steiner

Die Staatsschreiberin:



Dr. Kathrin Arioli





Regierungsrat

Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8
info.regierungsrat@be.ch
www.be.ch/rr

Staatskanzlei, Postfach, 3000 Bern 8

Staatspolitische Kommission
des Nationalrats
3003 Bern

Per Mail: spk.cip@parl.admin.ch

Ihr Zeichen: 101-04/17.423n/SPK--CIP 27. Mai 2020
Unser Zeichen: 2020.SIDGS.187
RRB Nr.: 623/2020
Direktion: Sicherheitsdirektion
Klassifizierung: Nicht klassifiziert

**Vernehmlassung des Bundes: 17.423 n Pa.lv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen
Stellungnahme des Kantons Bern**

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Wir teilen die Auffassung, dass die Auswertung von mobilen Datenträgern eine effiziente Methode zum Erlangen von Informationen über die Identität einer Person ist. Positiv erachten wir insbesondere, dass die Massnahme während des ganzen Asylverfahrens bis und mit allfälligem Wegweisungsvollzug eingesetzt werden kann.

Wir begrüssen es, dass nach zwei Jahren ab Inkrafttreten der Gesetzesänderung ein Evaluationsbericht erstellt wird, um so die Eignung über eine längere Zeit hinaus überprüfen zu können.

Zusätzlich möchten wir darauf hinweisen, dass im Bericht der Umgang mit Daten von Dritten insofern erwähnt wird, als dass Personendaten von Drittpersonen nicht ausgewertet werden dürfen, jedoch das Thema nicht weitergehend behandelt wird, obwohl auf Mobilgeräten von Asylsuchenden regelmässig solche vorhanden sein dürften.

Seitens der kantonalen Datenschutzaufsichtsstelle ist an den Regierungsrat des Kantons Bern diesbezüglich folgendes Anliegen herangetragen worden: „Zur Klärung insbesondere des Umgangs mit Daten über die Beziehungen der asylsuchenden Person zu Dritten wird beantragt, das Thema der Drittdaten ausdrücklich im Gesetz zu regeln.“

Der Regierungsrat des Kantons Bern dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates



Christoph Ammann
Regierungspräsident



Christoph Auer
Staatsschreiber

Verteiler

- Datenschutzaufsichtsstelle
- Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion
- Sicherheitsdirektion



Gesundheits- und Sozialdepartement

Bahnhofstrasse 15
6002 Luzern
Telefon 041 228 60 84
gesundheit.soziales@lu.ch
www.lu.ch

per E-Mail
spk.cip@parl.admin.ch

Luzern, 26. Mai 2020

Protokoll-Nr.: 570

**Vernehmlassung der SPK-N zur Änderung des Asylgesetzes;
Mitwirkungspflicht im Asylverfahren; Überprüfungsmöglichkeit bei
Mobiltelefonen**

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Namen und Auftrag des Regierungsrates teile ich Ihnen mit, dass wir mit dem Entwurf zur Änderung des Asylgesetzes grundsätzlich einverstanden sind. Wir stellen fest, dass insbesondere bei der Rückführung von Personen, deren Asylgesuch abgewiesen wurde, die Beschaffung von Papieren in den entsprechenden Staaten mit einem sehr grossen Aufwand verbunden ist, wenn keine oder nur wenige Anhaltspunkte über die Identität vorhanden sind.

Zu einzelnen Bestimmungen

Art. 8 Abs. 1 Bst. g und Abs. 4 Asylgesetz

Die Bestimmung ist zwingend formuliert. Trotzdem bestehen keine Möglichkeiten, die Pflicht zur Mitwirkung zwangsweise durchzusetzen, wenn die betroffenen Personen die elektronischen Datenträger nicht freiwillig aushändigen wollen. Die Bestimmung wird dazu führen, dass nur diejenigen Personen den Datenträger übergeben, die aus den Informationen auf dem Datenträger für sich selber Vorteile erhoffen (Bestätigung der Asylgründe, Bestätigung der Asylroute usw.).

Es ist daher folgerichtig, wenn den betreffenden Personen wegen der Nichtübergabe der Datenträger im Asylverfahren bezüglich der Glaubwürdigkeitsprüfung Nachteile entstehen. Dies wäre den asylsuchenden Personen wohl vorgängig zu kommunizieren. Allenfalls müsste weiter eine zwangsweise Übergabe vorgesehen werden. Dies vor allem dann, wenn das Asylgesuch abgewiesen oder auf dieses nicht eingetreten werden soll. Gerade auch bei diesen Personen kann immer wieder festgestellt werden, dass sie mit Personen aus dem Heimatland Kontakt aufnehmen, woraus einige Schlüsse gezogen werden können (Kontakte mit Verwandten und Bekannten oder allenfalls auch den Schleusern).

Art. Ba Abs. 1 Asylgesetz

Neben dem SEM sollen auch die Kantone jederzeit das Aushändigen der elektronischen Datenträger verlangen können. Einerseits soll dies während des Asylverfahrens möglich sein und vor allem soll dies möglich sein, wenn die Kantone die Wegweisung der Personen aus der Schweiz organisieren. Es stellt sich die Frage, ob der Zweck der Analyse der Daten wirklich so eng zu ziehen ist. So könnte es durchaus sinnvoll sein, daraus auch Daten zu entnehmen, die im Rahmen der Familienzusammenführung entscheidend sein könnten oder die Hinweise geben, ob Ausschaffungshaftgründe vorliegen.

Art. Ba Abs. 2 Asylgesetz

Grundsätzlich soll auch auf Daten zurückgegriffen werden können, die von den Personen in einer virtuellen Ebene (z.B. Cloud) abgespeichert wurden. Die Aufzählung ist zu ergänzen.

Art. Ba Abs. 3-5 und Art. 47 Asylgesetz

Die Datenträger sollen mehrmals eingefordert werden können, insbesondere auch im Zusammenhang mit dem Vollzug der Wegweisung. In diesen Fällen sollen die Kantone selber handeln können. Dafür soll die Kompetenz zur Überprüfung im Auftrag der Migrationsämter an die kantonalen Polizeikörper übertragen werden können. Die Migrationsämter sollen danach die Auswertungen nutzen können. Damit lassen sich Veränderungen der Daten erkennen und daraus können Schlussfolgerungen auf die Herkunft, die Identität oder andere wichtige Elemente gezogen werden. Es stellt sich hier die Frage, ob etwa auch Hinweise auf Ausschaffungshaftgründe aus den Daten herausgefiltert werden dürfen. Deshalb ist es auch nicht zweckmässig, die Daten bereits so früh wieder zu löschen, jedenfalls nicht bereits nach der ersten Auswertung. Die Asyldossiers und die Personendaten sollen auch den Kantonen zur Verfügung gestellt werden.

Weitere Bestimmungen

Es fehlen entsprechende Strafbestimmungen für den Fall der Nichtkooperation der asylsuchenden Personen, welche die elektronischen Datenträger nicht zur Verfügung stellen.

Freundliche Grüsse

Guido Graf
Regierungsrat



Nationalrat
Staatspolitische Kommission
3003 Bern

Altdorf, 6. Mai 2020

17.423 n Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeiten bei Mobiltelefonen – Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 hat die Staatspolitische Kommission die Kantone eingeladen, eine Stellungnahme zur Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen. Dafür danken wir bestens.

Gerne nehmen wir von der Möglichkeit eine Stellungnahme abzugeben Gebrauch und teilen Ihnen mit, dass wir uns mit den geplanten Änderungen einverstanden erklären können.

Freundliche Grüsse

Gesundheits-, Sozial- und Umweltdirektion



Barbara Bär, Regierungsrätin

Regierungsrat des Kantons Schwyz



6431 Schwyz, Postfach 1260

per E-Mail

Staatspolitische Kommission
des Nationalrates

elektronisch an spk.cip@parl.admin.ch

Schwyz, 19. Mai 2020

Staatspolitische Kommission des Nationalrates: 17.423 n Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen

Vernehmlassung des Kantons Schwyz

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Kommissionsmitglieder

Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 hat die Staatspolitische Kommission des Nationalrats den Kantonsregierungen die Unterlagen betreffend «Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen» zur Vernehmlassung bis 4. Juni 2020 unterbreitet. Für die Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen.

Ausgangslage

Das kantonale Amt für Migration ist zuständig für den ausländer- und asylrechtlichen Wegweisungsvollzug. Das Staatssekretariat für Migration (SEM) ist zuständig für die Papierbeschaffung, sofern keine erforderlichen Reisepapiere vorhanden sind und die Mitwirkung des SEM erforderlich ist.

In Anbetracht der Tatsache, dass nur eine kleine Minderheit der Asylgesuchsteller bei der Einreise und während des Asylverfahrens ihre Identität sowie Herkunft belegen kann, ist die gesetzliche Anpassung zu begrüssen.

Zu Artikel 8a Abs. 3-5 AsylG

Die Formulierung «Personendaten von Drittpersonen dürfen nicht ausgewertet werden» erachten wir als ungenügend. Drittpersonen können auch Schlepper oder Reisegefährten sein. Es sollte sichergestellt werden, dass die Personendaten Dritter, welche Teil der illegalen Reise oder zur Klärung der Herkunft und/oder Identität sind, verwendet werden können (Adressen Dritter können beispielsweise eine erfolgreiche Botschaftsabklärung ermöglichen).

Zu Artikel 47 Abs. 2 AsylG:

Es ist nicht schlüssig, weshalb die Norm den Zugriff auf die digitalen Datenträger nur dem SEM ermöglichen will. Der Vollzug ist Sache der Kantone und es wäre sinnvoller, wenn nach Rechtskraft der Wegweisung auch die Kantonspolizei die relevanten Daten sicherstellen könnte. In diesem Sinne müsste die Kantonspolizei der für den Vollzug zuständigen kantonalen Behörde die relevanten Daten weiterleiten, welche diese wiederum dem SEM bzw. der Abteilung Rückkehr zur Auswertung weiterleitet.

Zu beiden oben erwähnten Artikeln

Nicht nachvollziehbar erscheint, dass bei Weigerung des Betroffenen, seine digitalen Datenträger, insbesondere Mobiltelefone, auszuhändigen, kein Einzug gegen den Willen des Eigentümers vorgesehen ist. Insbesondere nach der Rechtskraft der Wegweisung sollte dies möglich sein. Der Einzug der Datenträger sollte als Zwangsmassnahme bei Verweigerung der Mitwirkungspflicht möglich sein.

Ebenso sollte es rechtlich möglich sein, eine Person, die sich dem Vollzug der Wegweisung durch Untertauchen entzieht, den allfälligen Aufenthaltsort mittels Tracking / GPS-Kontrolle ermitteln zu können.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens, und versichern Ihnen, sehr geehrter Herr Kommissionspräsident, unsere vorzügliche Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates:



Kaspar Michel
Landammann



Dr. Mathias E. Brun
Staatsschreiber



CH-6061 Sarnen, Postfach 1561, SJD

Per E-Mail an:

Staatspolitische Kommission
Nationalrat
3003 Bern

spk.cip@parl.admin.ch

Referenz/Aktenzeichen: OSTK.3711
Unser Zeichen: fu

Sarnen, 3. Juni 2020

17.423 n Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeiten bei Mobiltelefonen; Stellungnahme.

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung zur Mitwirkungspflicht im Asylverfahren – Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen.

Die vorliegenden Gesetzesänderungen werden im Grundsatz begrüsst. Zur Durchsetzung der Schweizerischen Rechtsordnung braucht es ein griffiges Instrumentarium, welches die Umgehung der geltenden Regeln einschränkt oder verunmöglicht. Auf der anderen Seite sind die Einschränkungen der Grundrechte möglichst zu beschränken.

Bei folgenden Punkten beantragen wir Anpassungen im Entwurf:

Es sollte die Möglichkeit vorgesehen werden, elektronische Geräte auch zwangsweise entziehen zu können. Während es in Art. 8 AsylG um die Anerkennung des Asyls geht und Gesuchsteller/innen damit einen Anreiz zur Mitwirkung haben, geht es in Art. 47 AsylG um den Wegweisungsvollzug. Hier ist seitens Gesuchsteller/innen wohl kein Anreiz vorhanden an der Feststellung ihrer Identität mitzuwirken. Der zwangsweise Entzug von mobilen Datenträgern (und Zugriff auf Cloudspeicher) soll deshalb zumindest für das Wegweisungsverfahren ins Gesetz aufgenommen werden.

Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre asylsuchender Personen dar. Es ist daher auf geeignete Weise sicherzustellen, dass die Anwendung der neuen Bestimmung grundrechtskonform erfolgt. Ebenso ist auf geeignete Weise sicherzustellen, dass bei der Anwendung von Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG der asylsuchenden Person immer zuerst die Möglichkeit eingeräumt wird, selber die erforderlichen Angaben zu machen, um so den schweren Eingriff in ihre Privatsphäre abwenden zu können. Diese Subsidiarität ist mit der Formulierung im Entwurf «...mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise festgestellt werden kann...» nicht garantiert und der Entwurf daher entsprechend zu präzisieren. Eingriffe in Grundrechte haben die Voraussetzungen von Art. 36 der Bundesverfassung zu erfüllen. Sie müssen insbesondere verhältnismässig sein, also geeignet und erforderlich, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Im erläuternden Bericht wird zwar auf die Erfahrungen aus dem Pilotprojekt verwiesen, jedoch ohne konkrete oder messbare Angaben zur Wirksamkeit («es konnten Hinweise Gefunden werden»). Die Geeignetheit von Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG kann somit im heutigen Zeitpunkt nicht ohne weiteres bejaht werden. Die Wirksamkeit der Auswertung elektronischer Datenträger ist daher nach einer bestimmten Dauer zu überprüfen und die Pflicht zur Überprüfung verbindlich festzulegen bzw. explizit festzuschreiben.

Der Artikel 8a Abs. 2 AsylG sollte um die "Cloud" und Art. 8 Abs. 1 Bst g um die "Zugangsdaten zur Cloud" ergänzt werden. Gerade Fotos oder andere Daten werden heute immer mehr auf der Cloud abgelegt und befinden sich nicht mehr auf den Geräten oder Datenträgern selber. Wenn die Daten von den Geräten gelöscht aber noch auf der Cloud verfügbar sind, wäre die Mitwirkung zwar erfüllt, aber ohne dass sich daraus brauchbare Hinweise ergeben und der Zweck wäre nicht erreicht.

Mit Art. 8a Abs. 1 E-AsylG wird die gesetzliche Grundlage geschaffen für die Bearbeitung von Personendaten und besonders schützenswerten Personendaten der betroffenen asylsuchenden Person. Bei der Aufnahme des zwangsweisen Entzugs schafft die Bestimmung keine gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung von Personendaten von Drittpersonen, welche bei Speicherung und Auswertung der elektronischen Datenträger unvermeidbar und ist in diesem Sinne zu ergänzen. Als Beispiel mag die analoge Regelung im Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 4 BÜPF) dienen. Nach dem Wortlaut von Art. 8a Abs. 3 E-AsylG können die Daten auf dem Server des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements gespeichert werden, es besteht nach dieser Formulierung jedoch keine Pflicht dazu. Im Hinblick auf die Sicherheit der Daten ist eine einheitliche und verbindliche Regelung zu schaffen, die den datenschutzrechtlichen Anforderungen (so unter anderem dem Grundsatz der Datensicherheit) gerecht wird.

Zu klären ist auch die Frage, wie eine hohe Datenmenge (teilweise eine hohe Anzahl Gigabytes Daten) im Beisein des betroffenen Geschwätenden auszuwerten ist und wie die Triage der Daten ohne Datenspeicherung erfolgen soll.

Besten Dank für die Berücksichtigung unserer Ausführungen.

Freundliche Grüsse



Christoph Amstad
Regierungsrat

Kopie an:

- Kantonale Mitglieder der Bundesversammlung
- Volkswirtschaftsdepartement
- Sozialamt
- Kantonspolizei
- Datenschutzbeauftragter der Kantone Schwyz, Obwalden und Nidwalden
- Staatskanzlei (Kommunikation)



CH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

PER E-MAIL

Nationalrat
Staatspolitische Kommission
3003 Bern

Telefon 041 618 79 02
staatskanzlei@nw.ch
Stans, 2. Juni 2020

17.423 n Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen. Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Kommissionsmitglieder

Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 haben Sie den Kanton Nidwalden in der erwähnten Angelegenheit zur Stellungnahme eingeladen. Für diese Möglichkeit zur Mitwirkung möchten wir uns herzlich bedanken.

Vorab möchten wir festhalten, dass der Kanton Nidwalden grundsätzlich die Stossrichtung der beabsichtigten Änderungen sehr begrüsst. Insbesondere teilen wir die Haltung, dass die Identitätsabklärung ein wichtiger Aspekt ist, um mögliche Missbräuche im Asylwesen zu verhindern. Die Auswertung von mobilen Daten kann eine effiziente Methode darstellen, um Informationen über die Identität einer Person zu erhalten. Es zeigt sich, dass in anderen Staaten, wie zum Beispiel Deutschland, Dänemark, Belgien, Finnland und in den Niederlanden, dieses Vorgehen bereits praktiziert wird.

Indessen stellt sich die Frage, ob die vorgeschlagene Erweiterung der Mitwirkungspflicht, namentlich den Behörden zu ermöglichen auf freiwilliger Basis auf die mobilen Datenträger zuzugreifen zu können, tatsächlich zum beabsichtigten Erfolg führt. Insbesondere der Umstand, dass keine zwangsweise Einsichtnahme in die elektronischen Geräte vorgesehen ist, könnte unter Umständen nicht zu den gewünschten Zielen führen. Es wird sich zeigen müssen, ob der Verweis auf die Mitwirkungspflichten und die vorgesehene Berücksichtigung im Asylverfahren im Rahmen der Glaubwürdigkeitsüberprüfung - bei einer Weigerung diesen Nachzukommen - hier genügend abschreckend wirkt. Weiter geben wir zu bedenken, dass die Kosten für die Auswertung von elektronischen Geräten nicht zu unterschätzen sein dürfte.

Zusammenfassend halten wir erneut fest, dass wir die Vorlage grundsätzlich klar unterstützen. Weiter wird ausdrücklich begrüsst, dass über die Umsetzung dieser Gesetzesänderung und deren Wirkung zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Vorlage ein Evaluationsbericht erstellt werden soll. Dies wird es ermöglichen, Aussagen über die Wirksamkeit des neuen Instruments - wie auch über dessen Aufwand und Ertrag - zu machen.

Aufgrund dieser Überlegungen befürworten wir die Vorlage. Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme bei Ihren weiteren Arbeiten.

Freundliche Grüsse
NAMENS DES REGIERUNGSRATES



Alfred Bossard
Landammann



lic. iur. Hugo Murer
Landschreiber-Stv.

Geht an:

- spk.cip@parl.admin.ch

Regierungsrat
Rathaus
8750 Glarus

Staatspolitische Kommission
3003 Bern

Glarus, 26. Mai 2020
Unsere Ref: 2020-43

Vernehmlassung i. S. 17.423 n Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren; Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen

Hochgeachteter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie gaben uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir und teilen Ihnen mit, dass wir mit der Vorlage einverstanden sind. Diese nimmt ein Regelungsdefizit auf, das insbesondere der Kanton Glarus anlässlich früherer Vernehmlassungen zuhanden des Bundes schon aufgeworfen hatte. Die vorgeschlagene Teilrevision setzt die richtigen Akzente, namentlich was die abschliessenden Zuständigkeiten im Bereich der Auswertung von elektronischen Datenträgern betrifft.

Genehmigen Sie, hochgeachteter Herr Kommissionspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Freundliche Grüsse

Für den Regierungsrat



Dr. Andrea Bettiga
Landammann



Hansjörg Dürst
Ratsschreiber

E-Mail an: spk.cip@part.admin.ch

versandt am: **26. Mai 2020**

Regierungsrat, Postfach, 6301 Zug

Nur per E-Mail

Staatspolitische Kommission des
Nationalrates
3003 Bern

Zug, 26. Mai 2020 sa

**17.423 n Pa.lv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen
Vernehmlassung des Kantons Zug**

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren Kommissionsmitglieder

Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 haben Sie uns in oben genannter Angelegenheit zur Vernehmlassung mit Frist bis und mit 4. Juni 2020 eingeladen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns gerne wie folgt:

Der Kanton Zug ist mit den vorgeschlagenen Anpassungen des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes grundsätzlich einverstanden. Insbesondere wird mit den vorgesehenen Änderungen den Interessen der am Asylverfahren Beteiligten angemessen Rechnung getragen.

Indes stellen wir folgende

I. Anträge

1. In Art. 8a Abs. 1 des Vorentwurfes des Asylgesetzes (VE-AsylG) sei zusätzlich eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, dass bei der Speicherung und Auswertung eines elektronischen Datenträgers einer asylsuchenden Person auch Personendaten von Drittpersonen bearbeitet werden können.
2. Es seien Art. 8 Abs. 1 lit. g und Art. 47 Abs. 2 VE-AsylG demgemäss zu ergänzen, dass die Mitarbeiter des Staatssekretariats für Migration (SEM) die betroffenen asylsuchenden Personen über allfällige strafrechtliche Konsequenzen der Herausgabe von elektronischen Datenträgern orientieren müssen.

II. Begründung

Zu Antrag 1:

Mit Art. 8a Abs. 1 VE-AsylG wird die gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung von Personendaten und besonders schützenswerten Personendaten der betroffenen asylsuchenden Person geschaffen. Indessen werden bei der Speicherung und Auswertung eines elektronischen Datenträgers einer asylsuchenden Person zwangsläufig auch Personendaten von Drittpersonen bearbeitet. Dass dies möglich sein soll, ist zwar dem erläuternden Bericht (Ziff. 5.7, S. 12) zu entnehmen, jedoch vom derzeitigen Wortlaut der Bestimmung nicht abgedeckt. Um unerwünschte Auslegungstreitigkeiten zu vermeiden, sollte Art. 8a Abs. 1 VE-AsylG entsprechend ergänzt respektive präzisiert werden.

Zu Antrag 2:

Dem erläuternden Bericht (Ziff. 5.7, S. 12) zufolge ist eine Bekanntgabe von ausgewerteten Personendaten an Dritte möglich, wenn dafür eine ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage besteht. Gemäss Art. 22a Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1) sind die Angestellten verpflichtet, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen oder Vergehen, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, den Strafverfolgungsbehörden, ihren Vorgesetzten oder der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) anzuzeigen. Als Bundesangestellte sind die Mitarbeiter des Staatssekretariats für Migration (SEM) verpflichtet, die im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellten Officialdelikte den Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen. Damit die entsprechenden Daten im Strafverfahren aufgrund strafprozessualer Vorschriften nicht einem allfälligen Verwertungsverbot unterliegen, sollten die Mitarbeiter des SEM die betroffenen asylsuchenden Personen nicht nur über die asylrechtlichen Folgen, sondern auch über allfällige strafrechtliche Konsequenzen der Herausgabe von elektronischen Datenträgern orientieren.

Wir bitten um Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Anträge.

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug



Stephan Schleiss
Landammann



Tobias Moser
Landschreiber

Seite 3/3

Kopie per E-Mail an:

- spk.cip@parl.admin.ch (PDF und Word)
- Zuger Mitglieder der Bundesversammlung
- Staatskanzlei
- Sicherheitsdirektion (info.sd@zg.ch)
- Datenschutzbeauftragte des Kantons Zug (datenschutz.zug@zg.ch)
- Direktion des Innern (info.dis@zg.ch)
- Kantonales Sozialamt (sozialamt@zg.ch)



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

Conseil national
Commission des institutions politiques
3003 Berne

Envoyé par courriel : spk.cip@parl.admin.ch

Fribourg, le 5 mai 2020

17.423 n Iv. aa. Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles

Madame, Monsieur,

Nous vous prions de trouver ci-dessous, la détermination du canton de Fribourg sur l'avant-projet cité en titre et mis en consultation par votre commission en date du 14 février 2020.

Nous soutenons le projet de modification de la loi sur l'asile visant à accorder au Secrétariat d'Etat aux migrations des compétences étendues en vue de procéder au contrôle des supports de données mobiles afin d'établir l'identité des requérants d'asile. En effet, leur identification constitue l'une des pierres angulaires d'une procédure d'asile crédible, tant au regard de la légitimité de la reconnaissance du statut de réfugié que de la faisabilité d'un renvoi de Suisse.

Il est aujourd'hui naturel que la nécessité de satisfaire ce besoin basique puisse tenir compte de l'évolution des moyens modernes de communication. La modification proposée permettra, en tant que moyen subsidiaire lorsque l'identification n'a pas pu être réalisée autrement, l'accès aux données figurant sur les supports électroniques en possession du requérant d'asile, en particulier le téléphone mobile. Selon nous, la mesure reste proportionnée, et l'effacement des données recueillies est légalement expressément prévu.

Nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

Au nom du Conseil d'Etat :

Anne-Claude Demierre, Présidente



AC Demierre

Anne-Claude Demierre
8.5.2020



Signature électronique qualifiée - Droit suisse
Signé sur Skribble.com

Danielle Gagnaux-Morel, Chancelière d'Etat

DG

Danielle Gagnaux-Morel
8.5.2020



Signature électronique qualifiée - Droit suisse
Signé sur Skribble.com

Regierungsrat

Rathaus / Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
so.ch

Staatspolitische Kommission
des Nationalrates (SPK-NR)
Parlamentsdienste
3003 Bern

26. Mai 2020

17.423 n Pa.IV. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen; Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 14. Februar 2020 haben Sie uns eingeladen, zur parlamentarischen Initiative «Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen» Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Meinungsäusserung und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

Vorbemerkungen

Wir begrüssen die parlamentarische Initiative. Auch Andere Länder machen längst von den technischen Möglichkeiten Gebrauch, um elementare Informationen für das Asylverfahren zu gewinnen. Wir unterstützen, dass dem Staatssekretariat für Migration (SEM) weitergehende Kompetenzen zur Überprüfung von mobilen Datenträgern bei der Identitäts- und Reisewegabklärung eingeräumt werden. Damit verbunden wird die Mitwirkungspflicht der asylsuchenden Personen ausgeweitet.

Ausführungen zur Problematik

In der Schweiz stellen Personen aus unterschiedlichen Gründen ein Asylgesuch. Etliche davon erhalten am Ende des Verfahrens einen abschlägigen Entscheid, sei es, weil ein anderer Staat im Rahmen des Dublin-Verfahrens für das Asyl- und Wegweisungsverfahren zuständig ist oder weil ihnen kein Schutz aufgrund des Asylgesetzes gewährt werden kann. Um die Sachverhalte überprüfen zu können, ist entscheidend, die Identität, die Herkunft und den Reiseweg der Betroffenen zu kennen. Kann dies nicht zweifelsfrei geklärt werden, können hohe Kosten für Abklärungen und langwierige Verfahren folgen. In der Praxis ist feststellbar, dass diese Informationen gerade von denjenigen Personen nicht offengelegt bzw. verschleiert werden, die nicht mit einem Bleiberecht rechnen können. Entsprechend erhoffen sie sich, mit Falschangaben bzw. Verschweigen wesentlicher Tatsachen einen längeren bzw. dauernden Aufenthalt in der Schweiz zu verschaffen. Auch wenn ein Asylgesuch abgelehnt und eine Wegweisung angeordnet wurde, kann deren Vollzug ohne Identitätsnachweis bzw. Vorliegen von Reisedokumenten kaum realisiert werden. Der Aufwand und die damit verbundene Zeit für eine Identitätsfeststellung (Herkunftsgespräche, Lingua-Gutachten, Botschafts- und Delegationsvorführungen) sind erheblich, zeitintensiv und generieren für die Kantone auf Dauer enorme Kosten. Bei vielen der sogenannten Langzeit-Nothilfefällen liegt genau diese Problematik vor. In diesem Kontext gilt es auch zu erwähnen, dass die Betroffenen von Schleppern oder Landsleuten über das Verfahren informiert werden. Bei der jetzigen Ausgestaltung der Bestimmungen könnten die Betroffenen

zu Beginn des Asylverfahrens entsprechend avisiert werden, dass sie später angeben, über keine mobilen Datenträger zu verfügen, um eine allfällige Auswertung zu umgehen.

Beantragte Neuregelung

Es ist durchaus nachvollziehbar und auch richtig, dass der asylsuchenden Person vorerst die Gelegenheit eingeräumt wird, um von sich aus Angaben zur Identität, Nationalität und Reiseweg zu machen. Damit können die Betroffenen einen Eingriff in die Privatsphäre verhindern. Dass dem SEM die Möglichkeit erst dann eingeräumt werden soll, Auswertungen von mobilen Datenträgern vorzunehmen, wenn die Identität, die Nationalität und der Reiseweg nicht mit einem zumutbaren Aufwand und auf einem anderen Weg festgestellt werden kann, erscheint gerechtfertigt.

Ob es ausreicht, das Ziel der parlamentarischen Initiative zu erreichen, indem eine Weigerung der Aushändigung im Rahmen der Glaubwürdigkeitsprüfung berücksichtigt wird und dies zu einer Ablehnung des Asylgesuchs führen kann, wird bezweifelt. Wir geben zu bedenken, dass die Identität der Betroffenen nach wie vor nicht gesichert wäre oder unter Umständen aufgrund fehlender Informationen zum Reiseweg ein nationales anstatt ein Dublin-Verfahren durchgeführt wird. Die Problematik des nicht möglichen Wegweisungsvollzuges resp. der Situation der eigentlich nicht vorgesehenen Langzeit-Nothilfe bleibt nach wie vor in vielen Fällen bestehen. Eine Sanktionierung wegen Verstosses gegen die Mitwirkungspflicht dürfte die Betroffenen aus Erfahrung kaum beeindrucken, zumal es sich bei der anzuwendenden Strafbestimmung von Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG lediglich um eine Übertretung handelt.

Begrüsst wird, dass die Auswertungen der Personendaten im Asyldossier abgelegt werden, um im Verlauf des Verfahrens darauf zurückgreifen zu können. Entsprechend spricht nichts gegen die Löschung der eigentlichen Personendaten. Ebenfalls begrüsst wird, dass in jedem Verfahrensstadium eine Auswertung der Daten möglich sein soll, da in Zukunft wohl aufgrund der Vorabinformationen von Schleppern und Landsleuten bei den betroffenen Personen erst später bzw. im Laufe des Verfahrens mobile Datenträger festgestellt werden können.

Die mit der Gesetzesänderung einhergehende Möglichkeit, aufgrund der Auswertungen weitere strafbare Handlungen aufzudecken und das Schlepperwesen zu bekämpfen, wird seitens des Kantons Solothurn ebenfalls befürwortet.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen bei der Weiterbehandlung des Geschäfts.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.
Brigit Wyss
Frau Landammann

sig.
Andreas Eng
Staatschreiber



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 80 54
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Staatspolitische Kommission
des Nationalrates

per EMail an:
spk.cip@parl.admin.ch

Basel, 3. Juni 2020

**Regierungsratsbeschluss vom 2. Juni 2020
Vernehmlassung zur Parlamentarischen Initiative 17.423; Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 von Herrn Andreas Glarner, Kommissionspräsident der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, wurden dem Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt Bericht und Vorentwurf zur Änderung des Asylgesetzes zur Mitwirkungspflicht im Asylverfahren; Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen, unterbreitet.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und teilen Ihnen mit, dass der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt die Änderung des Asylgesetzes begrüsst. In Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG regen wir an, die Subsidiarität, wonach der asylsuchenden Person immer zuerst die Möglichkeit eingeräumt wird, selber die erforderlichen Angaben zu machen, im Passus «noch mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise festgestellt werden kann» zu präzisieren. Zudem ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit die jeweilige Überprüfung finanziell und rechtlich verhältnismässig ist.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt

Elisabeth Ackermann
Präsidentin

Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin

Regierungsrat BL, Rathausstrasse 2, 4410 Liestal

Staatspolitische Kommission
des Nationalrats SPK-NR
Bern

spk.cip@parl.admin.ch

Liestal, 2. Juni 2020

Vernehmlassung

zur Parlamentarischen Initiative 17.423 «Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen»

Sehr geehrter Herr Präsident

Besten Dank für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Den Vorschlag, die gesetzliche Mitwirkungspflicht der asylsuchenden Personen auf die Einsichtnahme in ihre elektronischen Datenträger zu erweitern – sofern die Identität, die Nationalität oder der Reiseweg der betroffenen Person weder gestützt auf Identitätsausweise noch auf andere zumutbare Weise festgestellt werden kann –, erachten wir als zweckmässig. Dies wird in einzelnen Fällen ermöglichen, die Herkunft von asylsuchenden Personen einfacher und rascher festzustellen. Verschiedene andere europäische Länder machen bereits erfolgreich davon Gebrauch. In diesem Sinn können wir der vorgeschlagenen Anpassung der asylrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich zustimmen.

Wir bitten Sie aber im Interesse eines wirksamen und glaubwürdigen Asylverfahrens zu prüfen, ob den für den Wegweisungsvollzug zuständigen kantonalen Behörden mit Zustimmung des Bundesamts für Migration SEM nicht auch ermöglicht werden soll, unter denselben Voraussetzungen Datenträger von rechtskräftig weggewiesenen Personen zur Erfüllung ihrer bundesrechtlichen Aufgabe zu berücksichtigen, vorausgesetzt gültige Reisepapiere können mit zumutbarem Aufwand nicht auf anderem Weg beschafft werden. Auch hier soll die Auswertung der Daten durch das SEM erfolgen.

Freundliche Grüsse



Isaac Reber
Regierungspräsident



Elisabeth Heer Dietrich
Landschreiberin



Regierungsrat, 9102 Herisau

Staatspolitische Kommission
des Nationalrates
3003 Bern

Dr. iur. Roger Nobs
Ratschreiber
Tel. +41 71 353 63 51
roger.nobs@ar.ch

Herisau, 15. Mai 2020

Eidg. Vernehmlassung; 17.423 Parlamentarische Initiative. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen; Stellungnahme des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 11. Februar 2020 lud die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK) zur Vernehmlassung ein.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

1. Allgemeine Bemerkungen

Der Regierungsrat begrüsst die vorgeschlagene Anpassung des Asylgesetzes. Er sieht es für eine glaubwürdige Asylpolitik als wichtig an, dass bei der Identitätsabklärung der asylsuchenden Personen alle möglichen Mittel eingesetzt werden können. Gleichzeitig betont er jedoch, dass der mit der Aushändigung des mobilen Datenträgers verbundene Eingriff in die Privatsphäre der asylsuchenden Personen verfassungskonform sein muss und somit nur erfolgen darf, wenn die asylsuchende Person nicht selbst genügende Angaben macht.

2. Bemerkungen zu Art. 8 Abs. 1 lit. g AsylG

Der Regierungsrat erachtet es als richtig, dass dem SEM – auch zusätzlich durch die offenen Begriffe des „zumutbaren Aufwandes“ und der „anderen Weise“ – ein Ermessensspielraum eingeräumt wird. Er weist trotzdem darauf hin, dass dadurch auch die Gefahr besteht, dass in praktisch allen Fällen die Aushändigung der mobilen Datenträger verlangt werden kann und die Nichtbefolgung zu einer Abschreibung des Gesuchs infolge Verletzung der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG führen könnte. Die verfassungskonforme Umsetzung könnte dadurch in Frage gestellt sein. Um einer solchen Entwicklung vorzubeugen, fordert der Regierungsrat die Einrichtung eines Monitorings der Praxis zu dieser Bestimmung. Nach einer ersten Phase von zwei bis drei Jahren des Monitorings könnte über allfällige gesetzliche Anpassungen entschieden werden.



Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates

Roger Nobs, Ratschreiber



Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei
Marktgasse 2
9050 Appenzell
Telefon +41 71 788 93 11
info@rk.ai.ch
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Per E-Mail an
spk.cip@parl.admin.ch

Appenzell, 28. Mai 2020

Parlamentarische Initiative. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren, Überprüfungsmöglichkeiten bei Mobiltelefonen Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur parlamentarischen Initiative «Mitwirkungspflicht im Asylverfahren, Überprüfungsmöglichkeiten bei Mobiltelefonen» zukommen lassen.

Die Standeskommission hat die Unterlagen geprüft. Die Änderungen gemäss Vorlage werden unterstützt. Es soll aber darauf hingewirkt werden, dass bei verweigerter Mitwirkung der zwangsweise Einzug eines elektronischen Datenträgers erfolgen kann. Andernfalls dürfte die vorgeschlagene Ausdehnung der Mitwirkungspflicht für die Identitätsabklärung die erhoffte Wirkung verfehlen.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:



Markus Dörig

Zur Kenntnis an:

- Justiz-, Polizei- und Militärdepartement Appenzell I.Rh., Marktgasse 10d, 9050 Appenzell
- Ständerat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell
- Nationalrat Thomas Rechsteiner (thomas.rechsteiner@parl.ch)



Regierung des Kantons St.Gallen, Regierungsgebäude, 9001 St.Gallen

Staatspolitische Kommission
des Nationalrates
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen
Regierungsgebäude
9001 St.Gallen
T +41 58 229 32 60
F +41 58 229 38 96

St.Gallen, 28. Mai 2020

17.423 n Pa.IV. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen; Vernehmlassungsantwort

Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 laden Sie uns zur Vernehmlassung zum Vorentwurf der Änderung des eidgenössischen Asylgesetzes (SR 142.31) bis zum 4. Juni 2020 ein. Dieses soll dahingehend angepasst werden, dass dem Staatssekretariat für Migration weitergehende Kompetenzen zur Überprüfung von mobilen Datenträgern bei der Identitätsabklärung eingeräumt werden bzw. die Mitwirkungspflichten der Asylbewerbenden auf diesen Bereich ausgeweitet werden.

Davon ausgehend, dass die Datenschutzvorgaben eingehalten werden, haben wir keine Einwände gegen die unterbreitete Änderung.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

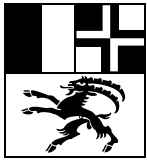
Im Namen der Regierung

Heidi Hanselmann
Präsidentin

Canisius Braun
Staatssekretär



Zustellung auch per E-Mail (pdf- und Word-Version) an:
spk.cip@parl.admin.ch



Sitzung vom

2. Juni 2020

Mitgeteilt den

2. Juni 2020

Protokoll Nr.

487

Staatspolitische Kommission
des Nationalrats
3003 Bern

Per E-Mail an: spk.cip@parl.admin.ch

17.423 n Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 haben Sie uns die Möglichkeit gegeben, zu oben erwähnter Parlamentarischen Initiative Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen bestens.

Die Regierung des Kantons Graubünden ist mit der Vorlage, mit der die Mitwirkungspflicht bei der Identitätsabklärung von Asylsuchenden durch die Möglichkeit der Überprüfung von mobilen Datenträger der Gesuchstellenden ergänzt werden soll, grundsätzlich einverstanden. Da die Auswertung der mobilen Datenträger erst erfolgt, wenn andere Mittel ausgeschöpft sind, die Dateneinsicht und -auswertung ausschliesslich dem SEM obliegt und auch nicht vorgesehen ist, dass mobile Datenträger gegen den Willen der Person entzogen werden, stellt die vorgesehene gesetzliche Regelung nach Ansicht der Regierung einen verhältnismässigen Eingriff in die Privatsphäre der Asylsuchenden dar. Gleichzeitig halten wir aber auch fest, dass wir gegenüber weiteren Eingriffen in die Privatsphäre mittels elektronischer Datenträger

von Asylsuchenden, wie bspw. einer Abnahme gegen den Willen der Betroffenen, grosse Bedenken haben und insbesondere einer systematischen Überprüfung von solchen Daten sehr kritisch gegenüberstehen.

Freundliche Grüsse



Namens der Regierung

Der Präsident:

Der Kanzleidirektor:

A handwritten signature in black ink, appearing to read "M. Cavigelli".

i.V. Dr. Mario Cavigelli

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Daniel Spadin".

Daniel Spadin

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

A-Post Plus
Staatspolitische Kommission
des Nationalrats
3003 Bern

20. Mai 2020

17.423 n Parlamentarische Initiative. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 wurden die Kantonsregierungen eingeladen, sich zum Vorentwurf der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen vernehmen zu lassen. Wir danken Ihnen dafür und nehmen die Gelegenheit gerne wahr.

1. Allgemeines

Mit der vorgeschlagenen Auswertungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern wie zum Beispiel Mobiltelefonen oder Tablets soll im Schweizer Recht nachvollzogen werden, was in anderen europäischen Staaten – unter anderem auch in Deutschland – bereits praktiziert wird. Es erscheint zweckmässig, die neuen Möglichkeiten zur Überprüfung von Identität, Herkunft und Reiseweg der Asylsuchenden zu nutzen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass eine Auswertung von Datenträgern nur dann wirkungsvoll ist, wenn sie durch Spezialisten mit forensischen Mitteln durchgeführt wird, was bei der Umsetzung entsprechend zu berücksichtigen sein wird.

Die vorgeschlagene Regelung wird grundsätzlich begrüsst. Dem erläuternden Bericht ist jedoch nicht zu entnehmen, welche konkreten Personendaten auf den elektronischen Datenträgern ausgewertet werden sollen. Denkbar wäre namentlich die Auswertung von Bildern, Bewegungsdaten, Kontaktdaten und Kommunikationsinhalten. Durch die fehlenden Angaben zu den geplanten Analysen wird die Überprüfung der Voraussetzungen zwecks Rechtfertigung eines solchen Grundrechtseingriffs in die Privatsphäre und insbesondere auch in die informationelle Selbstbestimmung (§ 15 Verfassung des Kantons Aargau, Art. 13 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft) der asylsuchenden Personen erschwert respektive gar verunmöglicht.

Aus dem erläuternden Bericht geht zudem nicht hervor, welche Umgehungsmöglichkeiten, Risiken sowie Konsequenzen für die Betroffenen durch eine solche Massnahme möglich sind.

2. Gesetzliche Grundlage

Der neue Art. 8a des Asylgesetzes (AsylG) stellt zwar eine hinreichend bestimmte gesetzliche Rechtsgrundlage für die zukünftige Bearbeitung von Personendaten der betroffenen Asylsuchenden auf elektronischen Datenträgern dar. Auf solchen Datenträgern befinden sich aber immer auch noch Personendaten Dritter (zum Beispiel Fotos und Chatverläufe, Randdaten von Telefongesprächen). Für deren Bearbeitung besteht keine genügende gesetzliche Grundlage, noch wird eine solche durch

den Entwurf geschaffen. Die Regelung in dieser Form genügt somit nicht den Voraussetzungen zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs, da bereits die Speicherung der Personendaten Dritter wie auch deren sofortige Löschung eine Bearbeitung von Personendaten darstellt. Der Gesetzestext lässt zudem darauf schliessen, dass sich ein einzuziehender Datenträger lediglich im Besitz der betreffenden Asylbewerbenden befinden muss, aber nicht unbedingt deren Eigentum darstellen muss. Es steht zu vermuten, dass Mobiltelefone zwischen den Asylbewerbenden auch ausgeliehen werden und die vorhandenen Daten daher auch Aufschluss über die Asylberechtigung anderer Personen geben können.

Diese Fragen müssten geklärt werden.

3. Verhältnismässigkeit

Der erläuternde Bericht hält zwar fest, dass für einen Eingriff in die Privatsphäre der Verhältnismässigkeitsgrundsatz eingehalten werden muss. Es wird aber nicht dargelegt, inwiefern der Eingriff tatsächlich geeignet ist. Das Staatssekretariat für Migration (SEM) hat während sieben Monaten (November 2017 bis Mai 2018) ein Pilotprojekt durchgeführt. Gemäss den in Ziffer 2.1 des erläuternden Berichts genannten Angaben konnten Hinweise zu Identität, Herkunft und Reiseweg gefunden werden. Die Identität und die Herkunft konnten dadurch aber ohne weitere Angaben offenbar nicht zweifelsfrei festgestellt werden. Die durch die Analyse gewonnenen Daten dienen somit lediglich der Plausibilisierung. Gemäss einem im Internet veröffentlichten Zeitungsbericht hätten die Auswertungen der Daten offenbar nur in 15 % der Fälle nützliche Hinweise zur Identität oder zum Reiseweg der betroffenen Flüchtlinge geliefert. Dies wurde vom Sprecher des SEM bestätigt. Der erläuternde Bericht sowie weitere Details wurden hingegen nicht bekannt gegeben. Die Geeignetheit der vorgesehenen Massnahme ist mangels vorhandener aber nicht bekanntgegebener Angaben zumindest in Zweifel zu ziehen.

Gemäss erläuterndem Bericht erfolgt die Auswertung der mobilen Datenträger erst, wenn andere Mittel ausgeschöpft sind. Dadurch kann die Massnahme als erforderlich betrachtet werden. Der Eingriff muss aber den Betroffenen auch zumutbar sein, damit der Eingriff als verhältnismässig eingestuft werden kann. Bezüglich dieses Kriteriums ist es von grosser Bedeutung, dass, wie im erläuternden Bericht dargelegt, die mobilen Datenträger nicht gegen den Willen der Personen entzogen werden. Es wird angeregt, gesetzgeberisch sicherzustellen, dass kein Zwang zur Aushändigung von elektronischen Datenträgern angewendet wird und es nicht nur bei einer entsprechenden Absichtserklärung in einem Bericht bleibt. Ansonsten sind die Voraussetzungen an die Zumutbarkeit nicht erfüllt und der Grundrechtseingriff ist als unverhältnismässig einzustufen.

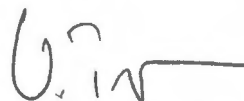
Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats



Dr. Markus Dieth
Landammann



Vincenza Trivigno
Staatsschreiberin

Kopie

- spk.cip@parl.admin.ch

Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld

Staatspolitische Kommission
des Nationalrates
Herr Andreas Glarner
Kommissionspräsident
3003 Bern

Frauenfeld, 19. Mai 2020

17.423 n Pa. Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen

Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Präsident

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zum Entwurf für eine Änderung des Asylgesetzes (AsylG; SR 142.31) und teilen Ihnen mit, dass wir mit der Vorlage grundsätzlich einverstanden sind. Bezüglich Art. 8a Abs. 2 lit. c des Entwurfs beantragen wir indessen die Aufnahme eines zusätzlichen Satzes mit folgendem Inhalt:

„Speichermedien gleichgestellt sind Clouddienste.“

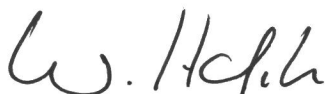
Die gängigen Android- und iOS-Smartphones oder Computer-Betriebssysteme verwenden standardmässig Clouddienste (z.B. Google Drive, iCloud, Microsoft OneDrive) oder nutzen solche von Drittanbieterinnen oder -anbietern (z.B. Dropbox, Box), um Daten zu sichern. Eine entsprechende Ergänzung wäre daher aus unserer Sicht sinnvoll.

Mit freundlichen Grüssen

Der Präsident des Regierungsrates



Der Staatsschreiber-Stellvertreter



2531

cl

0

20 maggio 2020

Repubblica e Cantone Ticino
Consiglio di Stato
Piazza Governo 6
Casella postale 2170
6501 Bellinzona
telefono +41 91 814 43 20
fax +41 91 814 44 35
e-mail can-sc@ti.ch

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Commissione delle istituzioni politiche
3003 Berna

anticipata per email: spk.cip@parl.admin.ch

17.423 n lv.pa. Obbligo di collaborare dei richiedenti l'asilo e possibilità di controllare i loro cellulari – Indizione della procedura di consultazione

Gentili signore,
Egregi signori,

abbiamo ricevuto la vostra lettera del 20 febbraio 2020 in merito alla summenzionata procedura di consultazione e, ringraziando per l'opportunità che ci viene offerta di esprimere il nostro giudizio, formuliamo le seguenti osservazioni.

1. Osservazioni di carattere generale

In generale come Esecutivo cantonale salutiamo favorevolmente la proposta di novella legislativa in parola, inerente all'ambito dell'obbligo per i richiedenti l'asilo di collaborare con le Autorità ai fini dell'accertamento della relativa fattispecie personale. In effetti con le nuove basi legali a disposizione delle Autorità inquirenti coinvolte, che permettono l'ispezione dei supporti elettronici personali di dati dei richiedenti l'asilo (RA), si dovrebbero facilitare gli accertamenti inerenti alla determinazione della reale identità e provenienza dei singoli richiedenti l'asilo.

Ciò comporterà degli indubbi vantaggi per le Autorità cantonali della migrazione nell'ambito della fase preparatoria che precede le procedure di allontanamento delle persone oggetto di un ordine d'allontanamento dalla Svizzera alla fine della procedura d'asilo. L'accesso ai supporti mobili di dati personali (cellulari, smartphone, tablet, ecc.) dovrebbe poter fornire un maggior numero di dati e d'indizi che contribuiranno alla determinazione dell'effettiva origine dei singoli RA, facilitare e accelerare in questo modo l'esame delle domande o l'eventuale allontanamento. Permetterebbe anche alla SEM di attribuire ai Cantoni un numero minore di richiedenti l'asilo in procedura ampliata, con il rischio che poi essi ricevano una decisione negativa quando già inseriti nel processo d'integrazione cantonale.

In effetti oggi, una delle maggiori criticità in quest'ambito è quella dei ritardi nell'esecuzione degli allontanamenti a causa del mancato/ritardato accertamento dell'effettiva provenienza dell'interessato, a causa della loro mancata o scarsa collaborazione. Infatti, attualmente per il 70/80% (!) delle richieste d'asilo l'identità del singolo richiedente è sconosciuta o non può essere accertata in modo inequivocabile (cfr. pto 2.1 del Rapporto esplicativo Commissione istituzioni politiche CN del 14 febbraio 2020, pag. 5). Ciò rende difficile l'attività delle Autorità nella determinazione del Paese d'origine con cui avviare gli scambi diplomatici ai fini dell'ottenimento dei documenti di viaggio necessari al rimpatrio. Oltre a dati utili per accertare l'identità, la nazionalità e l'itinerario di viaggio del richiedente l'asilo, l'analisi dei supporti mobili potrebbe inoltre fornire importanti informazioni utili agli organi di polizia e alle autorità di sicurezza per ottenere indicazioni volte ad individuare eventuali crimini di guerra e a lottare contro i passatori o altri reati.

L'estensione dell'obbligo di collaborare, nelle intenzioni del legislatore, non prevede però la possibilità di sequestrare i dispositivi in caso di rifiuto da parte del richiedente l'asilo. Per le persone in procedura d'asilo sarà possibile tenere conto di questo rifiuto nel momento dell'esame della credibilità: ciò potrebbe portare a un possibile stralcio della domanda d'asilo. Questa possibilità rappresenta senz'altro uno strumento efficace.

Per contro, nell'ambito delle procedure d'allontanamento, l'impossibilità di sequestrare i dispositivi avrebbe unicamente delle conseguenze relative alla disposizione di eventuali misure coercitive. Purtroppo spesso queste ultime non si rivelano uno strumento efficace, in quanto hanno una durata limitata e non hanno un effetto dissuasivo sulle persone intenzionate a non collaborare. Queste due non contemplazioni nelle nuove basi legali minano l'efficacia della misura.

La misura prospettata dal progetto di revisione della LAsi tocca però i diritti costituzionali del richiedente l'asilo e di terze persone, in particolare nel loro diritto alla sfera privata (art. 13 Cost.). Tuttavia, le norme di interesse generale volte a garantire l'identità dei richiedenti l'asilo e al fine di garantire una procedura efficace sono di prevalente interesse dell'autorità che pondera anche questi aspetti di tutela della sfera privata.

2. Osservazioni sui singoli punti

2.1 Legge federale sull'asilo (LAsi – R.S 142.31)

Ad art. 8 cpv. 1 lett. g) (Obbligo di collaborare) art. 8 (trattamento di dati personali grazie a supporti elettronici di dati) e art. 47 (Obbligo di collaborazione nel quadro della procedura d'allontanamento e luogo di soggiorno sconosciuto)

In merito al contenuto della proposta modifica dei disposti in oggetto, si osserva quanto segue. Dal lato degli accertamenti durante la procedura d'asilo e nella fase che precede l'organizzazione dell'allontanamento dei RA oggetto di una decisione di diniego dell'asilo, compito demandato ai Cantoni, in virtù dell'art. 46 cpv. 1 LAsi, la nuova base legale rappresenta un indubbio passo avanti nel processo di ottimizzazione dei rinvii, iniziato lo scorso 1. marzo 2019, con l'entrata in vigore della nuova LAsi.

In effetti la possibilità di aver accesso ai dati contenuti nei supporti elettronici personali in uso agli RA, permetterà di reperire utili ulteriori indizi ai fini della determinazione della reale provenienza degli stessi.

Ciò potrà comportare una riduzione del lasso di tempo che intercorre tra la crescita in giudicato della decisione negativa e la data dell'effettivo allontanamento degli interessati dal nostro Paese, con conseguenti massicci risparmi, sia a livello federale (minori costi

amministrativi, di alloggio e vitto (se il rinvio avviene prima dei 140 giorni ex art. 24 LAsi) e di rimpatrio) che in ambito cantonale (costi di aiuto d'urgenza se il rinvio avviene oltre i 140 giorni ex art. 24 LAsi, sorveglianza da parte delle Polizie cantonali, ecc.).

A nostro avviso sarebbe tuttavia opportuno prevedere dei criteri che rendano possibile l'accesso ai dati dei mezzi elettronici anche contro la volontà della persona interessata. Senza questa facoltà da parte delle Autorità la misura ci sembra perdere di efficacia, e poco utile soprattutto nei casi problematici concernenti persone poco collaborative.

3. Conclusioni

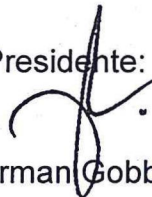
Dal lato finanziario rileviamo che i Cantoni non dovrebbero venir toccati in maniera rilevante poiché la proposta modifica legislativa non comporta aggravii per le Autorità cantonali coinvolte, anzi. In effetti, da un lato la consegna dei supporti elettronici di cui all'art. 47 LAsi e il conseguente esame informatico avverranno ad opera della SEM nei Centri federali d'asilo (CFA). D'altro canto, i controlli al fine del reperimento di questi apparecchi elettronici avverranno ad opera delle Polizie cantonali nell'ambito degli usuali controlli di routine già effettuati attualmente in collaborazione con la SEM.

Riteniamo opportuno che anche nell'ambito degli allontanamenti sulla scorta della legge sugli stranieri e della loro integrazione sia introdotta la possibilità di far capo ai dispositivi elettronici per riuscire ad accertare l'effettiva identità e nazionalità di una determinata persona, laddove questa non si dimostra cooperativa.

Vogliate gradire, gentili signore ed egregi signori, l'espressione della nostra stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente:



Norman Gobbi

Il Cancelliere:



Arnaldo Coduri

Copia per conoscenza a:

- Dipartimento delle istituzioni (di-dir@ti.ch);
- Dipartimento della sanità e della socialità (dss-dir@ti.ch);
- Incaricato cantonale della protezione dei dati (giordano.costa@ti.ch);
- Segreteria generale del Dipartimento delle istituzioni (di-sg.ap@ti.ch);
- Divisione della giustizia (di-dg@ti.ch);
- Sezione della popolazione (di-sp.direzione@ti.ch);
- Polizia cantonale (polizia-segr@polca.ti.ch);
- Deputazione ticinese alle Camere federali (can-relazioniesterne@ti.ch);
- Pubblicazione in Internet.

Réf. : CS/15026639

Lausanne, le 10 juin 2020

17.423 n lv. pa. Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles

Monsieur le Président,

Le Conseil d'Etat vous fait parvenir ci-dessous ses déterminations dans le cadre de la consultation citée en marge, sur laquelle il vous remercie de l'avoir invité à se prononcer.

Il relève d'abord que la finalité de l'avant-projet qui lui est soumis consiste à accorder au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), la compétence de saisir et d'analyser les supports électroniques de données des requérant-e-s d'asile (téléphones mobiles, tablettes, cartes SIM, etc.) durant la procédure d'examen de leur demande, en vue d'établir leur identité, leur nationalité et leur parcours migratoire. Le rapport explicatif précise cependant que la saisie de ces supports n'interviendrait qu'avec le consentement des personnes concernées et que les données contenues ne seraient consultées et évaluées qu'à la condition que les autres moyens aient été épuisés. Enfin, l'avant-projet de loi étend l'application des mesures précitées à l'encontre des personnes dont la demande d'asile a été rejetée et le renvoi de Suisse prononcé, dans le cadre des démarches en vue de l'exécution de celui-ci.

Si le Gouvernement vaudois reconnaît que l'identité d'une grande majorité des personnes qui déposent l'asile en Suisse est inconnue ou ne peut être déterminée avec certitude, il tient cependant à exprimer ses réserves sur la nécessité et la proportionnalité des moyens envisagés, en vue de leur application à l'ensemble des personnes requérant l'asile, dès le dépôt de leur demande de protection auprès des autorités fédérales (art. 8, al. 1 let. g et 8a LAsi).

Il regrette à ce sujet que le rapport explicatif ne fasse que mentionner le déroulement, entre novembre 2017 et mai 2018, d'un projet pilote réalisé par le SEM dans les centres d'enregistrement et de procédure de Vallorbe et de Chiasso sans apporter de plus amples informations sur les méthodes d'analyse utilisées ainsi que sur les résultats obtenus.

Il déplore de même que le rapport se borne à citer l'Allemagne parmi les Etats procédant à de telles évaluations, sans commenter le bilan qui en a été dressé, à l'occasion de la réponse du 25 mars 2019 du gouvernement de ce pays à une question de son parlement.¹

Le Conseil d'Etat peut entrer en matière sur un recours à l'évaluation de supports électroniques de données des personnes qui font l'objet d'une décision de renvoi entrée en force et qui refusent de s'y soumettre en s'opposant à leur identification, dans le cadre des démarches liées à leur départ de Suisse. Néanmoins, il convient de relever que l'obligation de collaborer, à laquelle est strictement soumise la personne en procédure d'asile ou déboutée, réduit fortement toute possibilité de consentir *librement* à la collecte et à l'utilisation de ses données personnelles. En effet, les manquements à l'obligation de collaborer de la personne concernée conduisent au rendu d'une décision négative sur la demande d'asile.

Dans ce contexte précis, il estime que l'intérêt public prépondérant réside dans l'obligation des autorités d'appliquer une décision finale, qui justifierait dès lors, à certaines conditions, l'ingérence de l'autorité publique dans la sphère privée de la personne concernée.

Il suggère toutefois que l'application d'une telle mesure ne soit pas limitée aux seules personnes déboutées de l'asile, mais également à celles frappées d'une décision de renvoi ou d'expulsion, en application de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI) et des articles 66a ou 66a^{bis} du Code pénal.

Il est d'avis par conséquent que la disposition légale intègre l'article 70 LEI plutôt que l'article 47 LAsi, dans la mesure où celui-là traite déjà de la perquisition d'un logement ou d'autres locaux dans lesquels l'autorité soupçonne que des documents de voyage et d'identité nécessaires à la procédure et à l'exécution du renvoi y sont cachés. Cet ancrage dans la LEI permettrait de surcroît d'attribuer la compétence d'ordonner les analyses de support des données à une autorité judiciaire, comme c'est déjà le cas pour les ordres de perquisition.

Le Conseil d'Etat propose d'ancrer également dans la LEI la possibilité pour l'autorité d'exécution des renvois de disposer des numéros de téléphone composés par une personne faisant l'objet d'une décision de renvoi ou d'expulsion durant une détention pénale. Cette mesure moins intrusive que l'accès à des données contenues dans un support électronique permettrait de fournir des indices dans le cadre des recherches en vue de déterminer la nationalité des intéressés.

Enfin, sur un plan plus formel, il relève la nécessité d'harmoniser la terminologie utilisée dans le rapport explicatif. En effet, tandis que l'avant-projet de loi fait référence à la notion de « *support électronique de données* », le rapport explicatif intitulé « *Possibilité de contrôler les téléphones mobiles* » se réfère à des terminologies diverses et variées qui ne couvrent pas forcément les mêmes réalités, telles que

¹ Deutscher Bundestag. 19. Wahlperiode. Drucksache 19/8701 – Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Dr. André Hahn, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion Die Linke. – Drucksache 19/7338 -

« support de données mobiles », « support de données électroniques », « support de données » ou « support électronique. »

Il en va de même pour l'article 47, al. 2 LAsi qui octroie la possibilité au SEM d'obliger une personne à lui remettre tout support électronique sitôt sa décision de renvoi entrée en force, alors que le commentaire de la disposition précise que la saisie du dispositif ne saurait intervenir sans le consentement de son titulaire.

En vous remerciant de l'attention portée à ses déterminations, le Conseil d'Etat vaudois vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de ses sentiments respectueux.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE

LE CHANCELIER



Nuria Gorrite



Vincent Grandjean

Copie

- OAE



2020.02068

P.P. CH-1951
Sion

Poste CH SA

Commission des institutions politiques du
Conseil national
Monsieur Andreas Glarner
Président
3003 Berne



Notre réf. FF/jdl
Votre réf. /

Date **13 MAI 2020**

Consultation 17.423 n lv. pa. Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles

Monsieur le Président,

Donnant suite à votre invitation du 11 février 2020, le Conseil d'Etat du canton du Valais vous communique, par la présente, sa détermination.

Nous avons pris connaissance de l'avant-projet et du rapport explicatif consécutifs à l'initiative parlementaire déposée en mars 2017 par le conseiller national Gregor Rutz.

Le Conseil d'Etat salue cette modification de la loi fédérale sur l'asile qui permettra d'améliorer, de manière proportionnée, l'établissement de l'identité des requérants. Aucune remarque particulière sur ce projet ne ressort de l'analyse faite par les instances cantonales. La proportionnalité de ces mesures est garantie et la solution retenue est tout à fait adéquate.

Le gouvernement valaisan vous remercie de l'avoir consulté et vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de sa parfaite considération.


Au nom du Conseil d'Etat

Le président


Christophe Darbellay



Le chancelier


Philipp Spörri

Copie à spk.cip@parl.admin.ch



LE CONSEIL D'ÉTAT

DE LA RÉPUBLIQUE ET
CANTON DE NEUCHÂTEL

Envoi par courrier électronique

Conseil national
Commission des institutions politiques
3003 Berne

spk.cip@parl.admin.ch

17.423 n lv. pa. Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles

Monsieur le président,

Le Conseil d'État de la République et Canton de Neuchâtel vous remercie de lui avoir fourni la possibilité de participer à la consultation citée en rubrique.

Les modifications de la loi sur l'asile (LAsi) prévoient d'accorder au Secrétariat d'État aux migrations (SEM) des compétences étendues pour procéder au contrôle des supports de données mobiles des requérant-e-s d'asile, en vue d'établir leur identité ainsi que de déterminer leur itinéraire et la crédibilité de leurs déclarations dans le cadre de la procédure d'asile ou sur des questions se rapportant à la sécurité et à la santé publiques, en élargissant leur obligation de collaborer.

Les données contenues dans les téléphones portables sont des données hautement sensibles qui appartiennent à l'individu et les téléphones portables peuvent aussi contenir, notamment, des données personnelles de tiers non impliqués faisant partie de l'entourage proche des requérant-e-s d'asile.

Nous doutons que l'extension de l'obligation de collaborer, proposée non seulement dans le cadre de la procédure d'asile, mais aussi dans celui de l'exécution des renvois, constitue une méthode subsidiaire efficace d'identification, proportionnée aux résultats attendus et à la charge de travail qu'elle implique et respecte les principes de la protection des données.

Il ressort du rapport explicatif que la mise en place de cette procédure dans deux centres fédéraux dans le cadre d'une phase pilote a entraîné un surcroît de travail, alors même que le nombre des demandes d'asile était faible.

Le SEM a examiné 565 appareils et leurs données, de novembre 2017 à mai 2018, sur une base volontaire de requérant-e-s d'asile arrivé-e-s dans les centres de Chiasso (TI) et de

Vallorbe (VD). Dans seulement 15% des cas, des informations utiles sur l'identité ou l'itinéraire ont été trouvées¹.

En Suisse ou en Allemagne, les résultats des examens des supports de données mobiles, pour lesquels les requérant-e-s d'asile ont fourni leur accord, ne sont pas convaincants et ne sont pas représentatifs puisqu'ils sont limités aux personnes qui collaborent, notamment parce que c'est un moyen de prouver leur identité et leurs motifs, et qu'elles y ont un intérêt. Nous estimons dès lors que les modifications envisagées portent atteinte de façon disproportionnée à la vie privée, sans pour autant permettre d'obtenir de nouvelles informations déterminantes pour la procédure.

Selon le rapport, les contrôles des supports de données mobiles au niveau national exigeront des ressources supplémentaires en personnel puisqu'ils seront effectués dans les six centres de procédure de la Confédération et pour l'exécution des renvois. Le SEM précise ne pas être en mesure à ce stade de chiffrer précisément la charge de personnel, mais espère pouvoir compenser à l'interne. Quant aux coûts supplémentaires pour l'acquisition, la mise en place et l'exploitation de nouveaux composants informatiques, ainsi que pour les prestations d'interprétariat supplémentaires et la participation de représentants juridiques, le SEM ne peut pas non plus pour l'heure en détailler les coûts.

Nous doutons dès lors qu'au vu des enseignements tirés lors du projet pilote du SEM et des expériences recueillies en Allemagne, cette extension du devoir de collaborer permette à terme de réaliser des économies, notamment en matière d'exécution des renvois, et que les mesures envisagées, devant simplifier l'établissement de l'identité des requérant-e-s d'asile, soient absolument proportionnées au travail et aux coûts qu'elles impliqueront.

L'inspection des supports de données mobiles des requérant-e-s d'asile constitue une atteinte à leur sphère privée. La protection de la sphère privée est un droit fondamental important qui doit être respecté dans la procédure d'asile.

Du point de vue de la protection des données, ce projet, tel qu'il est conçu, implique une intrusion invasive dans la vie privée des requérant-e-s d'asile sans restriction alors que le droit pénal régit de manière très restrictive la fouille des données des téléphones portables, ceux-ci ne pouvant être analysés qu'en cas de violations graves de la loi et de suspicion justifiée.

Si l'analyse se limite aux données personnelles, y compris aux données sensibles, il n'en demeure pas moins que le SEM aura accès à toutes les données sans limite, y compris aux données personnelles de tiers. Il ne suffit pas à cet égard que le Conseil fédéral fixe dans une ordonnance les modalités de ce tri.

Le rapport précise qu'il n'est pas prévu de saisir les supports de données mobiles des personnes concernées sans leur consentement. Toutefois, il est aussi relevé que la personne qui ne veut pas remettre ses supports électroniques de données ne remplit pas son obligation de collaborer et qu'il en sera tenu compte dans le cadre de l'appréciation de la crédibilité. Ce refus de collaborer peut conduire en dernier ressort au classement de la demande d'asile en application de l'art. 8, al. 3bis LAsi ou à son rejet en application de l'art. 31a, al. 4, LAsi. De plus, le refus de remettre les supports électroniques de données peut être assimilé à une violation de l'obligation de collaborer justifiant l'application de mesures de contraintes selon les art. 73 ss de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI).

¹ Les observateurs.ch, « Suisse. Asile: déterminer l'identité des réfugiés en contrôlant leur téléphone mobile », 11.08.2019

Nous sommes dès lors opposé aux modifications de la LAsi telle que proposées par ce projet.

En vous remerciant une nouvelle fois de nous avoir consulté, nous vous prions de croire, Monsieur le président, à l'expression de notre considération distinguée.

Neuchâtel, le 25 mai 2020

Au nom du Conseil d'État :

Le président,
A. RIBAUX

La chancelière,
S. DESPLAND



Two handwritten signatures in blue ink. The signature on the left is for A. Ribaux, and the signature on the right is for S. Despland.



Le Conseil d'Etat

2595-2020

Conseil national
Commission des Institutions politiques
Monsieur Andreas Glarner
Président
3003 Berne

Concerne : obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles (17.423 n. lv. Pa) - procédure de consultation fédérale

Monsieur le Président,

Notre Conseil a bien reçu votre lettre du 11 février 2020, par laquelle vous avez invité les Gouvernements cantonaux à se prononcer sur l'avant-projet de modification de la loi sur l'asile cité en marge, et il vous en remercie.

De manière générale, notre Conseil est favorable à cet avant-projet qui vise à octroyer davantage de compétences au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), afin de procéder à l'analyse des informations issues des supports électroniques de données en vue d'identifier les requérants d'asile (ci-dessous: requérants) et d'élargir l'obligation légale de collaborer qui est faite à ces derniers. Cette méthode peut constituer un instrument subsidiaire et efficace d'identification des personnes considérées.

Ainsi, une identification précise des requérants contribue notamment à la crédibilité de la procédure d'asile et peut éclaircir d'autres faits d'une grande importance pour la protection de l'intérêt public. En effet, l'absence de documents permettant d'établir l'identité des requérants rend très complexe ladite procédure et fait souvent échec à l'exécution des renvois ou des expulsions pénales, à la lutte contre les abus, les activités des passeurs et celles liées à la traite humaine, ainsi qu'à l'obtention d'informations déterminantes quant à l'élucidation de crimes de guerre ou à l'identification d'une menace grave pour la sécurité de la Suisse, que ce soit au niveau intérieur ou extérieur.

Comme l'expérience d'autres pays occidentaux le montre, l'examen des informations précitées peut s'avérer efficace pour obtenir des précisions sur la provenance, le parcours migratoire, et éventuellement pénal, la nationalité et l'identité d'une personne.

Toutefois, notre Conseil est d'avis que cette mesure, qui ne concerne pas le domaine des étrangers, aura dans le contexte genevois des résultats limités. En effet, l'expérience de l'office cantonal de la population et des migrations (OCPM) démontre clairement que les étrangers qui font l'objet de décisions de renvoi ou d'expulsion entrées en force, mais non exécutées en raison notamment des difficultés liées à leur identification, n'ont dans leur majorité jamais déposé de demandes d'asile en Suisse ou en Europe.

Comme il est relevé dans le rapport lié à la consultation, l'inspection d'informations issues des supports électroniques de données constitue une atteinte à la sphère privée du requérant et une entorse à ce droit fondamental n'est justifiée que lorsqu'une base légale et un intérêt public prépondérant existent, que l'atteinte est proportionnée et que l'essence même du droit fondamental est préservée. Dans ce cas d'espèce, notre Conseil est d'avis que ces conditions sont respectées pour autant que l'utilisation des données extraites demeure strictement limitée aux fins d'identification et qu'une telle mesure n'intervienne qu'en dernier recours avec le consentement du requérant et après que ce dernier a démontré qu'il refuse de collaborer. Par ailleurs, le Conseil d'Etat prend acte, avec satisfaction, que les informations analysées seront consignées dans le dossier d'asile et que le requérant pourra se prononcer sur cette analyse.

En vous remerciant de l'attention que vous aurez bien voulu prêter à nos observations, nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michèle Righetti

Le président :



Antonio Hodgers

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Conseil national
Commission des institutions politiques
Monsieur le Président de la commission
Andreas Glarner
3003 Berne

Par email : spk.cip@parl.admin.ch

Delémont, le 3 mars 2020

17.423 n lv. pa. Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles - ouverture de la procédure de consultation

Monsieur le Président de la commission,

Le Gouvernement de la République et Canton du Jura accuse réception de votre courrier relatif à la procédure de consultation notée sous rubrique et il vous remercie de l'avoir consulté.

Il n'a aucune remarque à formuler.

Tout en vous remerciant de prendre note de ce qui précède, le Gouvernement de la République et Canton du Jura vous présente, Monsieur le Président de la commission, ses salutations les plus respectueuses.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


Martial Courtes
Président




Gladys Winkler Docourt
Chancelière d'État

Bern, 3. Juni 2020

Vernehmlassung: Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns eingeladen, zur *Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen* Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens.

Allgemeine Bemerkungen

Die Identitätsabklärung ist in einem Asylverfahren ein zentraler Aspekt. Die CVP unterstützt die Vorlage der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, wonach für die Ermittlung der Identität von asylsuchenden Personen mobile Datenträger ausgewertet werden dürfen, sofern die Identität nicht auf einem anderen zumutbaren Weg festgestellt werden kann.

Der Schutz der Privatsphäre ist für die CVP ein wichtiges Grundrecht. Unserer Ansicht nach kann der Eingriff in die Privatsphäre in diesem Fall jedoch als verhältnismässig beurteilt werden, da Asylsuchende in einem Asylverfahren zur Mitwirkung verpflichtet sind. Die Feststellung der Identität von Asylsuchenden ist Voraussetzung für ein faires Verfahren. Der Rechtsschutz ist dabei selbstverständlich jederzeit zu gewährleisten. So ist auch keine zwangsweise Abnahme des elektronischen Datenträgers vorgesehen. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass die verweigerte Mitwirkung in diesem Bereich Auswirkungen auf ein entsprechendes laufendes Asylverfahren haben kann.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und verbleiben mit freundlichen Grüssen

CHRISTLICHDEMOKRATISCHE VOLKSPARTEI DER SCHWEIZ

Sig. Gerhard Pfister
Präsident der CVP Schweiz

Sig. Gianna Luzio
Generalsekretärin CVP Schweiz

Staatspolitische Kommission Nationalrat
CH-3003 Bern

Per Mail an: spk.cip@parl.admin.ch

Bern, 19. Mai 2020/ MB/YB
VL Überprüfung Handy

17.423 n Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen

Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen

Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Vernehmlassung oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Gerne geben wir Ihnen im Folgenden von unserer Position Kenntnis.

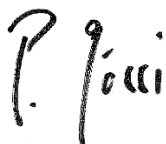
FDP.Die Liberalen befürwortet die vorliegende Gesetzesänderung. Mit dieser Vorlage werden die Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden respektive die Kompetenz der Migrationsbehörden dahingehend ausgeweitet, dass inskünftig Mobiltelefone und Tablets zur Abklärung der Identität der asylsuchenden Person ausgewertet werden können. Die Identität von Asylsuchenden ist ein zentrales Element im Asylverfahren. Das Verfahren kann nur korrekt durchlaufen werden, wenn die Identität der asylsuchenden Person zweifelsfrei feststeht. Die Möglichkeit, auf mobile Datenträger zuzugreifen, vereinfacht die Feststellung der Identität und stärkt damit die Qualität der Verfahren und letztlich die Glaubwürdigkeit des Asylwesens insgesamt.

Die Ausweitung der Mitwirkungspflicht bedeutet zwar einen Eingriff in die Privatsphäre. Aber dieser Eingriff ist aus unserer Sicht absolut vertretbar und verhältnismässig. Es versteht sich von selbst, dass die Identität derjenigen Menschen, die in der Schweiz um Schutz ersuchen, zweifelsfrei geklärt sein muss. Hier besteht eindeutig ein überwiegendes öffentliches Interesse, denn es geht um effiziente, korrekte und glaubwürdige Verfahren. Die Feststellung der Schutzwürdigkeit ist natürlicherweise untrennbar mit der Identität der Person verknüpft. Zudem werden Handydaten nur dann ausgewertet, wenn die Feststellung der Identität nicht auf eine andere, einfachere Weise möglich ist. Sie kommt konkret dann zum Einsatz, wenn etwa ein Reisepass fehlt oder die Feststellung der Identität einen unverhältnismässigen Aufwand verursachen würde.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse
FDP.Die Liberalen
Die Präsidentin

Der Generalsekretär



Petra Gössi
Nationalrätin

Samuel Lanz



T +41 31 3266607
E gaelle.lapique@gruene.ch

Staatspolitische Kommission
3003 Bern
spk.cjp@parl.admin.ch

8. Juni 2020

Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen; Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Zusammenhang mit der Vernehmlassung zur Pa. Iv. 17.423 «Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen» haben Sie die GRÜNEN zur Stellungnahme eingeladen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns zur Vorlage äussern zu dürfen.

Grundsätzliches

Die GRÜNEN lehnen die Vorlage der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (SPK-N) zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern ab. Diese Überprüfungsmöglichkeit ist unverhältnismässig und unnötig. Sie ist ein neuer Eingriff in die persönliche Freiheit von Asylsuchenden, deren Wirksamkeit bei weitem nicht garantiert ist – wie die Erfahrungen anderer europäischer Länder deutlich gezeigt haben (siehe Referenz in der Stellungnahme der Schweizerischen Flüchtlingshilfe).

Asylsuchende haben bereits heute eine gesetzliche Mitwirkungspflicht im Verfahren. Sie können dazu auch freiwillig Handy- und Computerdaten als Beweismittel geltend. Zudem nutzt das Staatssekretariat für Migration bereits jetzt niederschwelligere Prüfverfahren wie etwa die öffentlich zugänglichen Social-Media-Profile, die vollauf genügen und das Recht auf Privatsphäre nicht tangieren. **Anders gesagt: Die systematische Auswertung von elektronischen Datenträgern führt zu sehr hohen Kosten, welche in keinem Verhältnis zum beschränkten Nutzen stehen.**

Schwerer Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre

Diese Gesetzänderungen stellen einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre dar. Aus Sicht der GRÜNEN sind die Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff nicht erfüllt (Art. 36 BV: gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Schutz des Kerngehalts). Wie die SFH in ihrer Stellungnahme erklärt: Die Erfahrungswerte des Auslandes rechtfertigen keineswegs die zum Ausdruck gebrachte optimistische Haltung der SPK-N. Vielmehr müssen sie als Warnung angesehen werden, mit welchen Risiken die Einführung solch weitgehender Massnahmen verbunden ist.

Unnötige und unverhältnismässige Gesetzänderung

Für die GRÜNEN ist diese Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes auf verschiedene Ebenen höchst problematisch. Die Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff sind überhaupt nicht erfüllt:

- **Die gesetzliche Grundlage ist unzureichend:** Schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten erfordern ein Gesetz im formellen Sinn als Grundlage. Leider erfüllt den Vorentwurf diese Anforderungen nicht. So zum Beispiel sollen mehrere zentrale Aspekte erst auf Verordnungsstufe geregelt werden (wie der Triage der für die Identitätsabklärung relevanten Daten)

- Als **öffentliches Interesse** wird die Feststellung von Identität, Nationalität und Reiseweg von Asylsuchenden genannt. Für die GRÜNEN ist die nachträgliche Ausweitung auf den zusätzlichen Zweck «Reiseweg» sehr fragwürdig, zumal damit weitergehende Daten ausgelesen werden, deren Auswertung für den ursprünglichen Zweck der Identitätsklärung gar nicht erforderlich sind. Zudem drängt sich der Verdacht auf, dass der Zweck der Abklärung des Reisewegs mit Blick auf die Feststellung des zuständigen Dublin-Mitgliedstaates hinzugefügt wurde.

- **Verhältnismässigkeit:** Leider enthält der erläuternde Bericht der SPK-N nur sehr generelle Aussagen zum Pilotprojekt 2017-2018 in den Bundesasylzentren und keine quantitativen Aussagen dazu, in wie vielen Fällen nützliche Hinweise gefunden werden konnten und ob diese nicht auch mit anderen, mildereren Massnahmen hätten gewonnen werden können. Der behauptete Nutzen der Datenauswertung kann mangels Transparenz so weder überprüft werden noch ist er dadurch glaubhaft belegt. Aber die Erfahrungswerte in Deutschland stützen die Zweifel am behaupteten Nutzen – wie die SFH in ihrer Stellungnahme berichtet. Anders gesagt: der absehbare geringe Nutzen kann den schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre aus Sicht der GRÜNEN nicht rechtfertigen.

- Es fehlt eine **gerichtliche Kontrolle** der Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit, welche im Strafverfahren in Bezug auf Personen, die schwerer Straftaten verdächtigt werden, zwingend vorausgesetzt ist. Im Asylverfahren geht es nicht um potentielle Straftäter, sondern um Schutzsuchende. Umso stossender ist, dass Asylsuchende hier schlechter gestellt sein sollen.

Fehlende Kontrolle für unnötige und teure Überprüfungsmassnahmen

- **Datenschutz:** Die Ausführungen sind im erläuternden Bericht zum Datenschutz zu knapp, um die datenschutzrechtlichen Bedenken auszuräumen. Dazu bräuchte es eine detailliertere Analyse und Begründung. Aus Sicht der GRÜNEN, sollen – falls der Gesetzentwurf durchkäme – nur Regelungen eingeführt werden, die vom Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden. Und diese Regelungen sollen nur explizit die Verwendung und Auswertung jener Daten, die tatsächlich und ausschliesslich dem anvisierten Zweck der Identitätsklärung dienen, ermöglichen.

- Und *last but not least* führt die vorgeschlagene Massnahme zu sehr **hohen Kosten**, welche in keinem Verhältnis zum beschränkten Nutzen stehen.

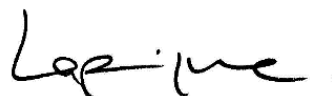
Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und bitten Sie, die Vorlage entsprechend anzupassen. Für Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Regula Rytz

Präsidentin



Gaëlle Lapique

Stv. Generalsekretärin

grüne / les verts / i verdi

waisenhausplatz 21 . 3011 bern . schweiz

Staatspolitische Kommission des Nationalrats

Elektronisch (pdf und Word) an:
spk.cip@parl.admin.ch

Bern, 3. Juni 2020

17.423 n Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen – Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen Volkspartei (SVP)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen im Rahmen der genannten Vernehmlassung Stellung zur Vorlage. Wir äussern uns dazu wie folgt:

Aus Sicht der SVP ist es längst überfällig, dass die Behörden elektronische Datenträger auswerten können, um die Identität von asylsuchenden Personen festzustellen bzw. deren Angaben zu verifizieren. Die SVP begrüsst daher die Vorlage, verlangt jedoch, dass auch der zwangsweise Einzug von Mobiltelefonen, Laptops sowie dergleichen ausdrücklich ermöglicht wird. Lediglich die Mitwirkungspflichten der Asylsuchenden zu erweitern, ist nach Auffassung der SVP unzureichend.

Wer in der Schweiz um Asyl sucht und somit das Gastrecht und die Fürsorge unseres Staates in Anspruch nehmen möchte, muss zur Klärung des Sachverhalts Eingriffe in die Privatsphäre in Kauf nehmen. Dazu soll auch gehören, dass die Schweizer Behörden im Rahmen des Verfahrens das Mobiltelefon und andere elektronische Datenträger untersuchen können. Die derzeitige Rechtslage hinkt der Praxis hoffnungslos hinterher. Denn viele Asylsuchende verfügen offiziell zwar über keine Ausweispapiere, jedoch sehr wohl über Mobiltelefone, die aber gemäss geltendem Recht nicht untersucht werden dürfen. In diesem Sinne begrüsst die SVP ausdrücklich, dass die Untersuchung elektronischer Datenträger mit der Umsetzung der Pa.Iv. Rutz nun endlich ermöglicht werden soll.

Nicht nachvollziehbar ist für die SVP jedoch, dass die Untersuchung elektronischer Datenträger lediglich im Sinne einer Mitwirkungspflicht verankert wird. Asylbewerber können sich so immer noch weigern, den Behörden ein Mobiltelefon oder ein Notebook auszuhändigen. Hier ist unbedingt die Möglichkeit zu schaffen, dass die Behörden das Recht erhalten, Asylbewerbern elektronische Datenträger auch gegen den Willen abzunehmen, und zwar unmittelbar nach deren Eintreffen bei den Behörden oder deren Aufgreifung. Die Pa.Iv. Rutz spricht ja konkret von «Sicherstellungskompetenzen». Es darf nicht sein, dass allfällige Missbrauchsversuche unseres Asylsystems aufgrund zu nachlässiger Gesetzgebung im Dunkeln bleiben können.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI

Der Parteipräsident

Der Generalsekretär



Albert Rösti
Nationalrat



Emanuel Waeber

Bern, 4. Juni 2020



Per E-Mail

Staatspolitische Kommission des Nationalrates

3003 Bern

spk.cip@parl.admin.ch

Vernehmlassungsantwort zur Umsetzung der Parlamentarischen Initiative 17.423 Rutz Mitwirkungspflicht im Asylverfahren Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme, die wir gerne wahrnehmen:

1 Grundsätzliche Bemerkungen

Die SP Schweiz lehnt die vorliegende Vorlage vollumfänglich ab. Eine zwangsweise Durchsuchung von elektronischen Geräten zur Feststellung der Identität von Asylsuchenden ist datenschutzpolitisch unverhältnismässig und verfehlt: Eine zwangsweise Durchsuchung von elektronischen Geräten mag zur Aufdeckung einer Straftat Sinn machen, für die Identitätsfeststellung von Asylsuchenden geht sie allerdings zu weit.¹ Deshalb ist es verfehlt, wenn in einem administrativen Asylverfahren die Hürden für einen Zugriff auf elektronische Daten tiefer sind als bei der Aufklärung einer Straftat. Zudem ist das Recht auf Asyl international garantiert und Asylbewerber/innen dürfen bei der Wahrnehmung dieses Rechts nicht zu Bittsteller/innen degradiert werden. Zudem ist es unwürdig, Menschen zur Offenlegung ihrer Handydaten zu zwingen, die aus achtenswerten Beweggründen ihre Identität nicht preisgeben möchten. Weiter befinden sich auf Mobiltelefonen meist heikle, private Daten, deren Schutz nicht aufgeweicht werden darf. Die vorliegende Vorlage würde deshalb zu einem datenschutzpolitischen Dammbrech führen. Und schliesslich würde diese Vorlage eine Verkomplizierung und Verlängerung der Asylverfahren zur Folge haben, was dem Ziel der Asylgesetzrevision von 2015 widerspricht. Sollte die SPK-N dennoch an der Weiterverfolgung dieser Vorlage festhalten, so ist es für uns insbesondere wichtig, dass auf eine Zwischenspeicherung der aus diese Durchsuchung erlangten Daten verzichtet (siehe nachfolgend unter Ziff. 2.2.) wird und die Frist zur Aufbewahrung dieser Daten verkürzt wird (vgl. unten stehend Ziff. 2.3).

¹ Vgl. Artikel Blick „Auf Mobiltelefonen befinden sich zudem heikle, meist private Daten, deren Schutz nicht aufgeweicht werden darf“, 20.2.2020.

2 Kommentar zu den wichtigsten Bestimmungen

2.1. Abschliessende Aufzählung von zu durchsuchenden elektronischen Datenträgern (Art. 8a Abs. 2 VE-AsylG)

Die allfällige Umsetzung dieser Parlamentarischen Initiative muss aus Sicht der SP Schweiz möglichst massvoll und verhältnismässig ausgestaltet werden. Dafür ist es notwendig, dass die Aufzählung der möglichen elektronischen Geräte der Asylbewerber/innen, welche durchsucht werden können² abschliessend ist. Damit Rechtssicherheit für Asylsuchende und Behörden darüber hergestellt werden, welche elektronischen Geräte (Datenträger) ausgewertet werden dürfen.

Die SP Schweiz fordert deshalb, Art. 8a Abs. 2 VE-AsylG folgendermassen abzuändern:

2 Elektronische Datenträger sind insbesondere:

- a. Mobiltelefone, Smartphones und -watches, SIM-Karten;**
- b. Computer, Laptops, Notebooks, Tablets;**
- c. Speichermedien wie USB-Sticks, SD-Speicherkarten, DVD und CD-ROM.**

2.2. Zwischenspeicherung der Daten (Art. 8a Abs. 3 VE-AsylG)

Wie oben ausgeführt (siehe unter Ziff. 1) werden durch entsprechende Durchsuchungen von elektronischen Datenträgern oft aus Sicht des Datenschutzes sensitive Daten erlangt. Auf eine entsprechende Zwischenspeicherung ist deshalb aus Gründen der Verhältnismässigkeit und Datensicherheit zu verzichten. Weiter haben Erfahrungen aus anderen Ländern gezeigt, dass das Interesse der Behörden besteht, diese Daten auch anderweitig zu nutzen. Dies kann nur mit einem Verzicht auf die Zwischenspeicherung verhindert werden.

Die SP Schweiz fordert deshalb, Art. 8a Abs. 3 VE-AsylG ersatzlos zu streichen.

² Vgl. Erläuternder Bericht, S. 6.

2.3. Fristen zur Aufbewahrung der Daten (Art. 8a Abs. 5 VE-AsylIG)

Für eine datenschutzrechtlich möglichst massvolle Umsetzung dieser Vorlage ist es notwendig, dass die aus diesen Durchsuchungen gewonnenen Daten so rasch wie möglich gelöscht werden. Die von der Mehrheit der SPK-N vorgeschlagene maximale Aufbewahrungsdauer von einem Jahr erscheint uns insbesondere auch mit Blick auf die kurzen Fristen im neuen Asylverfahren als viel zu lang.³ Zudem widerspricht eine offensichtlich überlange Aufbewahrungsfrist auch dem Grundsatz der verhältnismässigen Datenbearbeitung gemäss Art. 4 Abs. 2 Datenschutzgesetz. Eine maximale Aufbewahrungsfrist von 6 Monaten erscheint uns hingegen angemessen.

Die SP Schweiz fordert deshalb, Art. 8a Abs. 5 VE-AsylIG folgendermassen abzuändern:

5 Nach der Auswertung werden die Personendaten gelöscht. Alle Personendaten werden spätestens nach 6 Monaten seit der Speicherung automatisch gelöscht. Der Bundesrat legt fest, welche Daten nach Absatz 1 erhoben werden, und regelt den Zugriff sowie die Einzelheiten der Auswertung der Personendaten.

Wir bitten Sie um Berücksichtigung unserer Anliegen bei der Bearbeitung dieser Vorlage.

Mit freundlichen Grüssen

SOZIALDEMOKRATISCHE PARTEI DER SCHWEIZ



Christian Levrat, Präsident



Claudio Marti, Politischer
Fachsekretär

³ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 8.

Staatspolitische Kommission des Nationalrates
Parlamentsdienste
Parlamentsgebäude
3003 Bern

spk.cip@parl.admin.ch

Bern, 29. Mai 2020 sgv-KI/ds

Vernehmlassungsantwort: 17.423 n Pa. Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99.8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit dem Schreiben vom 11. Februar 2020 lädt die Staatspolitische Kommission des Nationalrates ein, sich zur parlamentarischen Initiative 17.423 Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen zu äussern. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Mit der parlamentarischen Initiative wird vorgeschlagen, das Asylgesetz dahingehend anzupassen, dass dem Staatssekretariat für Migration (SEM) bei der Identitätsabklärung weitergehende Kompetenzen zur Überprüfung von mobilen Datenträgern eingeräumt werden. Die Mitwirkungspflicht der asylsuchenden Person wird ausgeweitet.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt die Vorlage.

Der sgv hat bereits im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens zur vorläufigen Unterstützung das Anliegen unterstützt. Eine grosse Zahl Asylsuchender reist ohne Papiere in die Schweiz ein. Kann die Identität einer asylsuchenden Person wegen fehlender Dokumente oder Informationen nicht ermittelt werden, verlängert sich das Asylverfahren. Die erschwerenden Umstände haben beim Staat einen Mehraufwand zur Folge. Die Auswertung von mobilen Daten (z. B. Tablets, USB-Sticks, Handy etc.) durch das SEM, die nach geltendem Recht verboten ist, kann eine effiziente Möglichkeit sein, fehlende Angaben über die Identität der betreffenden Person rasch in Erfahrung zu bringen.

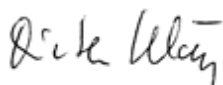
Wir danken für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgV



Hans-Ulrich Bigler
Direktor



Dieter Kläy
Ressortleiter

Staatspolitische Kommission
des Nationalrats SPK-N
3003 Bern

Elektronischer Versand an:
spk.cip@parl.admin.ch

Bern, 2. Juni 2020

Vernehmlassung zu 17.423 n Pa. Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfung bei Mobiltelefonen

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Möglichkeit, uns an der oben erwähnten Vernehmlassung beteiligen zu können.

Mit der parlamentarischen Initiative 17.423 «Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfung bei Mobiltelefonen» wird vorgeschlagen, das Asylgesetz so anzupassen, dass das SEM mobile Datenträger zur Identitäts- und Herkunftsabklärung von Asylsuchenden überprüfen kann. Diese Möglichkeiten soll gemäss Vorentwurf auch zur Abklärung der Reiseroute sowie im Wegweisungsverfahren zur Anwendung kommen. Der Vorentwurf der Kommission geht somit über den Inhalt der Parlamentarischen Initiative hinaus: Die Abklärung des Reisewegs dient nicht mehr dem ursprünglich festgehaltenen Zweck der Identitätsfeststellung, sondern weitet diesen aus. Auch die Übertragung der Überprüfung von Datenträgern auf Wegweisungsverfahren geht über die Absicht der Pa. Iv. hinaus, die diese ausschliesslich für Asylverfahren vorsehen will. Gemäss erläuterndem Bericht soll kein Zwang angewendet werden, ein Verweigern der Einsicht in Mobiltelefone und andere mobile Datenträger hätte jedoch negative Auswirkungen auf das Asylverfahren und kann im Wegweisungsverfahren die Wahrscheinlichkeit von Zwangsmassnahmen erhöhen.

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund SGB weist sowohl die Parlamentarische Initiative 17.423 als auch den Vorentwurf der Kommission entschieden zurück. Die Überprüfung mobiler Datenträger stellt einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre dar. Die Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff sind nicht erfüllt: Weder besteht ein genügendes öffentliches Interesse noch sind die Massnahmen verhältnismässig. Die Vorlage geht zudem über die Parlamentarische Initiative hinaus, indem sie den Zweck auf die Abklärung des Reisewegs ausdehnt und die Mitwirkungspflicht auf das Wegweisungsverfahren erweitert.

Sowohl aufgrund des Bundes-Pilotprojekts als auch aufgrund der Erfahrungen in Ländern, die die Möglichkeit zur Überprüfung von elektronischen Datenträgern schon haben, muss der Nutzen dieses Instruments in Zweifel gezogen werden: Der Aufwand und die Kosten sind hoch, die tatsächlichen Erkenntnisse hinsichtlich Identität von Asylsuchenden dagegen minimal. Sie rechtfertigen mitnichten den weitgehenden Eingriff in die Privatsphäre.

Gemäss Art. 8a Abs. 1 AsylG des Vorentwurfs beinhalten die Daten, die das SEM bearbeiten darf, auch besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSGVO. Es handelt sich um Informationen über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten; die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit; Massnahmen der sozialen Hilfe; administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern solche Daten für die Feststellung der Identität, der Nationalität oder des Reiseweges benötigt werden. Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Suche nach Informationen bezüglich Identität und Nationalität auch weitere besonders schützenswerte Daten zu Tage treten, auch wenn nicht explizit nach diesen gesucht wird. Wie mit solchen «Zufallsfunden» umgegangen werden soll, ist unklar. Dies zeigt aus Sicht des SGB gerade auf, wie heikel das Vorhaben ist, und wie (unnötig) stark es in die Privatsphäre eingreift. Es ist fraglich, ob damit der Kerngehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre respektiert werden kann i.S.v. Art. 36 Abs. 4 BV.

Die Behauptung, dass die Aushändigung mobiler Datenträger mit privaten und intimen Inhalten für Asylsuchende freiwillig ist resp. nicht unter Zwang geschehen soll, ist zynisch: Die Weigerung, Einsicht in persönliche Daten zu gewähren, zieht Sanktionen bis hin zur Ablehnung des Asylgesuchs nach sich, resp. im Rahmen des Wegweisungsverfahrens eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass Zwangsmassnahmen angeordnet werden. Von Freiwilligkeit kann unter diesen Bedingungen keine Rede sein.

Weiter fehlt eine gerichtliche Kontrolle der Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit, die bei Strafverfahren von Personen, die schwerer Straftaten verdächtigt werden, zwingend vorausgesetzt ist. Im Asylverfahren geht es nicht um potenzielle StraftäterInnen, sondern um Schutzsuchende. Umso stossender ist, dass für sie nicht dieselben verfahrensrechtlichen Garantien gelten sollen.

Alles in allem scheint uns diese Vorlage grundrechtswidrig und menschenfeindlich und wir bitten Sie, die Arbeiten dazu abzubrechen.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Rückmeldungen und stehen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND



Pierre-Yves Maillard
Präsident



Regula Bühlmann
Zentralsekretärin

**AMNESTY
INTERNATIONAL**



VERNEHMLASSUNG ZUR PARLAMENTARISCHEN INITIATIVE 17.423 (MITWIRKUNGSPFLICHT IM ASYLVERFAHREN / ÜBERPRÜFUNGSMÖGLICHKEIT BEI MOBILTELEFONEN / VORENTWURF UND ERLÄUTERNDER BERICHT DER STAATSPOLITISCHEN KOMMISSION DES NATIONALRATES VOM 14. FEBRUAR 2020):

Stellungnahme der Schweizer Sektion von Amnesty International

Die Schweizer Sektion von Amnesty International (AICH) erachtet die Überprüfungsmöglichkeit von Smartphones und anderen elektronischen Datenträgern als einen **schweren Eingriff in das Grund- und Menschenrecht auf Schutz der Privatsphäre**. Durch die Trennung von den Familienangehörigen und dem Freundeskreis spielen Mobiltelefone im Leben asylsuchender Menschen oft eine zentrale Rolle. Angesichts der umfangreichen, oft sehr intimen Daten, die auf Smartphones gespeichert sind, könnte die Untersuchung dieser Datenträger die Privatsphäre einer besonders vulnerablen Personengruppe in schwerwiegender Weise verletzen. **Die Menschenrechtsorganisation lehnt die vorgesehenen Änderungen deshalb entschieden ab.**

Probleme stellen sich insbesondere mit Blick auf den fundamentalen **Grundsatz der Verhältnismässigkeit**. Bereits heute unterstehen Asylsuchende einer gesetzlichen Mitwirkungspflicht im Verfahren. Sie haben die Möglichkeit, ihre Smartphones oder andere Datenträger freiwillig als Beweismittel einzureichen. Zudem hat eine Studie aus Deutschland aufgezeigt, dass die Auslesung von Smartphones sehr fehleranfällig ist. Die Überprüfung scheiterte in etwa einem Viertel der Fälle bereits an technischen Problemen und mehr als die Hälfte der erfolgten Datenträgerauswertungen erwiesen sich als unbrauchbar. Nur in 1-2 % der verwertbaren Auswertungen fanden sich Widersprüche zu den von den Asylsuchenden gemachten Angaben. Der Nutzen ist also insgesamt sehr beschränkt. Weil die Überprüfung von mobilen Datenträgern zudem vergleichsweise kostspielig ist, ist die Verhältnismässigkeit der vorgeschlagenen Massnahmen nicht gegeben.

Ferner ist die **gesetzliche Grundlage** für eine systematische Auswertung der elektronischen Datenträger von Asylsuchenden im Vorentwurf unzureichend, denn der Vorentwurf sieht vor, dass zentrale Aspekte lediglich auf Verordnungsstufe geregelt werden sollen.

Besonders stossend ist auch, dass die Asylsuchenden weniger Verfahrensgarantien erhalten sollen als Beschuldigte in einem Strafverfahren. Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs von Personen im Strafverfahren ist zumindest einer **gerichtlichen Kontrolle der Rechtmässigkeit und der Verhältnismässigkeit** unterstellt. Die Asylsuchenden hingegen hätten praktisch keine Möglichkeit, sich gegen diesen Eingriff zu wehren. Eine gerichtliche Überprüfung der Auswertung elektronischer Datenträger muss in jedem Fall vorgesehen werden.

Für die detaillierte Kritik an den Vorschlägen zu den angesprochenen Änderungen im AsylG und den konkreten Anträgen betr. die einzelnen Gesetzesartikel verweist AICH auf die [Vernehmlassungsschrift der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH](#); diese ist als integraler Bestandteil der Stellungnahme von AICH zu betrachten.

AsyLex
Gotthardstrasse 52
8002 Zürich
info@asylex.ch

Nationalrat
Staatspolitische Kommission
CH-3003 Bern
spk.cip@parl.admin.ch

Zürich, den 30. Mai 2020

Vernehmlassung zur parlamentarischen Initiative 17.423 «Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen »

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident Glarner
Sehr geehrte Damen und Herren

Im Namen des Vereins AsyLex bedanken wir uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur parlamentarischen Initiative betreffend der Mitwirkungspflicht im Asylverfahren, Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen und des Vorentwurfs der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates. Nachfolgend finden Sie unsere Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen



Vito Fässler
Rechtsberater AsyLex



Gil Boesch
Rechtsberaterin AsyLex

1. Das Wichtigste in Kürze

- AsyLex **lehnt die Vorlage** der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes **ab** (*siehe Ziffer 2*).
- Die Notwendigkeit für eine Gesetzesanpassung ist für AsyLex nicht ersichtlich. Zudem erweist sich der **erhoffte Nutzen** der Datenauswertung bei einem Ländervergleich (insb. mit Deutschland) als äusserst **gering** (*siehe Ziffer 3*).
- Die **Verweigerung der Datenherausgabe** von Asylsuchenden hat für die Betroffenen äusserst einschneidende Konsequenzen, bis hin zu einem negativen Asylentscheid. Es kann **nicht von Freiwilligkeit** gesprochen werden (*siehe Ziffer 4.1*).
- Schliesslich ist fraglich, wie das **SEM tatsächlich in der Lage** sein soll, die so erlangten **Daten auszuwerten** – heute sind die Behörden bereits mit der Einreichung von Daten per CD / USB Stick überfordert und nehmen i.d.R. lediglich auf Papier ausgeruckte Daten entgegen (*siehe Ziffer 4.1*).
- Die Vorlage tangiert das Grundrecht Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II) schwer. Die elektronischen Datenträger werden nicht abschliessend genannt. Diese ungenaue Regelung widerspricht dem Legalitätsprinzip. Die für einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff nach Art. 36 BV **erforderliche Bestimmtheit ist nicht gegeben** (*siehe Ziffer 4.2*).
- Der **Grundrechtseingriff ist nicht verhältnismässig**. Das Ziel der Vorlage könnte durch eine mildere Massnahme erreicht werden und ist somit nicht erforderlich (*siehe Ziffer 4.3*).
- Zudem geht die Regelung ebenfalls weit über das hinaus, was im **Verwaltungsverfahren für eine solche Massnahme üblich** ist. Insbesondere fehlen die genauen **Voraussetzungen**, unter welchen ein Entzug rechtmässig wäre (*siehe Ziffer 4.4*).
- Die vorgesehene Regelung geht **weit über die Kompetenzen der Behörden im Strafverfahren** hinaus, obwohl vorliegend schutzsuchende Menschen und nicht einer Straftat verdächtige Personen betroffen sind. Insbesondere fehlen die **gerichtliche Überprüfung** und die Möglichkeit der **Siegelung**. Auch ein **Schutz des Anwaltsgeheimnisses** fehlt in der Regelung gänzlich. Ein solcher müsste zwingend ergänzt werden (*siehe Ziffer 4.5 und Ziffer 4.7*).

- Die Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden widerspricht dem verfassungsmässigen Grundsatz *nemo tenetur* (siehe Ziffer 4.6).
- Es werden auch besonders schützenswerte Daten ausgewertet (u.a. religiöse, politische Überzeugungen) (Art. 3 lit. c DSG). Diese werden nicht vom Zweck der Identitätsabklärung gedeckt, was wiederum **gegen den Grundsatz der Zweckbindung im Datenschutzrecht verstösst**. Auch ist unklar, wie mit Daten von Dritten umgegangen wird (siehe Ziffer 4.8).
- Die Rekonstruktion des **Reisewegs deckt sich nicht mit der Identitätsfeststellung**, wie in der parlamentarischen Initiative vorgesehen (siehe Ziffer 4.9).
- Der Zusatzaufwand sowie die zusätzlichen rechtlichen Kompetenzen i.S. Datenschutz und die dazugehörige Ausbildung müssten im Rahmen der **pauschalen Entschädigung für die Rechtsvertreter angepasst** werden. Dies wird in der Kostenabschätzung ausser Acht gelassen (siehe Ziffer 4.10).
- Es ist fraglich, **wie lange** die elektronischen Datenträger im Besitz des SEM bleiben. Dies führt dazu, dass **Asylsuchende während dieser Zeit ohne ihre Geräte auskommen** müssen und nicht erreichbar sind, was die Kommunikation unter anderem mit Anwälten, Familienangehörigen und Behörden erheblich erschwert (siehe Ziffer 4.11).
- Das Entwenden des elektronischen Geräts führt zu einem **Vertrauensbruch** zwischen den Asylsuchenden und den Behörden. Das Vertrauen ist jedoch für die Beurteilung eines Asylgesuches essentiell (siehe Ziffer 4.12).

2. Einleitung

AsyLex lehnt die Vorlage der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes ab. Die Vorlage stellt einen schwerwiegenden Eingriff in das verfassungsmässig geschützte Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre von Asylsuchenden dar. Die Voraussetzungen für einen Grundrechtseingriff nach Art. 36 BV sind nicht erfüllt.

3. Vorbemerkung zur Notwendigkeit der Gesetzesänderung

Eine wiederkehrende Begründung für die Vorlage ist, dass durch die Identitätsabklärung die **Glaubwürdigkeit des Asylverfahrens** erhöht werden kann. Dies wurde in zwei Medienmitteilungen (22.06.2018 und 20.02.2020) der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates geäussert. Es ist jedoch völlig unklar, inwiefern diesbezüglich Handlungsbedarf bestehen sollte: Die schweizerischen Stimmbürger haben die Abstimmung über das «neue Asylverfahren» mit einer überaus deutlichen Mehrheit von 66.8% im Sommer 2016 angenommen. Das Vertrauen in das neue Asylverfahren ist damit überaus gross. Im Jahr 2019 ist dieses Asylverfahren schweizweit umgesetzt worden. Der Sorgenbarometer der repräsentativen Umfrage der Credit Suisse¹ deutet zudem nicht darauf hin, dass ein bedeutender Teil der Schweizer Bevölkerung 'Flüchtlinge/Asyl' als eines der grössten Probleme auffassen. Im Vergleich zum Jahr 2018 ist der Anteil der besorgten Schweizerinnen und Schweizer von 31 % gar um 11% gesunken. Diese Zahlen sprechen für sich. Die schweizerischen Stimmberechtigten sehen einen sehr geringen bis keinen Handlungsbedarf in Bezug auf das Asylwesen. Vor diesem Hintergrund entsteht der Eindruck, es würde sich bei der Vorlage um die Behandlung eines nicht wirklich existierenden Problems handeln. Insbesondere fehlt jegliche datengestützte Aussage dazu, dass die Identitätsabklärung (bzw. die Rekonstruktion des Reisewegs) in letzter Zeit vermehrt zu Problem geführt hätte. Dazu kommt, dass heute bereits funktionierende Massnahmen zur Identitätsklärung ohne Identitätsdokumente bestehen (siehe LINGUA-Gutachten).

Weiter wird vorgebracht, dass **verschiedene europäische Länder** eine solche Identitätsabklärung **«erfolgreich»** eingeführt haben. Namentlich sind es Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, die Niederlande und letztlich Polen, wobei Letzteres im Gegensatz zu den anderen Ländern über keine gesetzliche Grundlage verfügt.² Der Bericht der Staatspolitischen Kommission verpasst es, darauf hinzuweisen, dass in der Mehrzahl der genannten Länder diese Datenauswertung äusserst kontrovers ist und sich insbesondere der Nutzen als äusserst gering erwiesen hat. So wurde beispielsweise in Deutschland festgestellt, dass bei den ausgewerteten Datenträgern in 33% der Fälle die Identität belegt und nur in gerade mal 2% der Fälle die Identität widerlegt werden konnte.³ In der Schweiz wurden beim freiwilligen Pilotprojekt des SEM in nur 15% der Fälle «wichtige Informationen» gefunden.⁴ Überdies ist darauf

¹ Credit Suisse Sorgenbarometer 2019, <https://www.credit-suisse.com/about-us-news/de/articles/media-releases/2019-credit-suisse-worry-barometer--retirement-provision-remains-201912.html>

² SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 1.3, S. 4.-Z

³ <https://www.sueddeutsche.de/politik/deutschland-asyl-handlydaten-bamf-1.4333183> (vom 16.02.2019).

⁴ <https://www.nzz.ch/schweiz/der-bund-hat-in-einem-umstrittenen-pilotprojekt-handly-und-laptopdaten-von-fluechtlingen-ausgewertet-ld.1501078> (vom 10.08.2019).

hinzuweisen, dass die Regelungen in den erwähnten Ländern keineswegs derart weitgreifend sind, wie sie nun in der Schweiz zur Diskussion stehen. Insbesondere in zeitlicher Hinsicht ist die Auslesung auf den Zeitpunkt des Asylantrags bzw. der Anhörung beschränkt, und in sachlicher Hinsicht auf einen spezifischen Zweck (z.B. Deutschland, wo ausschliesslich Hinweise zur Identität, nicht aber zum Reiseweg verwendet werden dürfen). Schliesslich wurden die Auswertungen stets von diversen Seiten als kritisch beurteilt und der Zusatznutzen beispielsweise in Deutschland lediglich in jedem fünfzigsten Fall bestätigt. Zu guter Letzt ist anzumerken, dass die Handydaten-Auswertung momentan in Deutschland gerichtlich angefochten wird, insb. mit der Begründung des übermässigen Grundrechtseingriffes.⁵ Vor diesem Hintergrund kann keinesfalls von einer ausländischen Erfolgsgeschichte gesprochen werden, vielmehr ist die **Auswertung im Ausland** mit **enormen finanziellen Aufwendungen** und **juristischen Hürden** verbunden, welche sodann auch auf die Schweiz zukämen.

Zusammenfassend ist folglich **unergründlich**, inwiefern die **Notwendigkeit für eine Gesetzesanpassung** bestehen sollte. Weder ist in der Schweiz gegenwärtig ein fehlendes Vertrauen der Bevölkerung in Sachen Asylwesen auszumachen, noch gäbe es erfolgreiche «Best Practices» im Ausland, welchen zwingend gefolgt werden müssten.

4. Beurteilung der vorgeschlagenen Massnahmen

Selbst wenn aber – entgegen den obenstehenden Ausführungen – eine Notwendigkeit für eine Änderung gegeben wäre, so ist aus den nachfolgenden Gründen von den vorgeschlagenen Massnahmen abzusehen.

4.1. Mitwirkungspflicht

Gemäss Wortlaut des Berichts sind die Daten nur dann auszuwerten, wenn keine Identitätsdokumente vorhanden sind und Identität, Nationalität und der Reiseweg auf keine andere zumutbare Weise festgestellt werden kann. Die Auswertung soll also subsidiär erfolgen. Zusätzlich dazu muss das Einverständnis der asylsuchenden Person vorliegen.

Einleitend gilt es kritisch anzumerken, dass aus unserer Erfahrung regelmässig zwar Identitätspapiere eingereicht werden, diese aber von den Behörden ohne stichhaltige Begründung nicht berücksichtigt werden, da im entsprechenden Herkunftsland solche Dokumente angeblich leicht gefälscht werden könnten. Die Gesetzesvorlage geht mit keinem Wort auf diese Konstellation ein, welche in einem grossen Teil der Fälle auftritt. In diesen Fällen kommt die asylsuchende Person ihrer Mitwirkungspflicht nämlich nach und wird von den Behörden dennoch als unglaubwürdig dargestellt. Nach dem vorgeschlagenen Wortlaut der neuen Bestimmungen ist unklar, wie in einem solchen Fall

⁵ <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-05/fluechtlinge-klage-bundesamt-fuer-migration-handy-auswertung> (vom 05.05.2020).

vorzugehen wäre – faktisch müsste aber in einem ähnlich gelagerten Fall die Auswertung der Handydaten unzulässig sein. Überdies wird nicht dargelegt, wie der Reiseweg im Rahmen der Mitwirkungspflicht prioritär belegt werden soll, wie also diesbezüglich eine Handydatenauswertung durch Mitwirkung verhindert werden könnte. Die angeblich «mildereren» Massnahmen, welche vor der *Ultima Ratio* der Handydaten-Auswertung greifen, sind somit ungenügend bzw. realitätsfremd dargestellt, womit das Verhältnismässigkeitsprinzip bereits auf Gesetzesebene missachtet wird.

Die Mitwirkungspflicht ist anerkanntermassen ein Grundprinzip des Asylverfahrens. Bei der Weigerung der Mitwirkung kann dies für die asylsuchende Person fatale Folgen nach sich ziehen, bis hin zur Abweisung des Asylgesuchs. Laut dem Bericht der Staatspolitischen Kommission wird die Glaubwürdigkeit durch die Verweigerung der Aushändigung der mobilen Datenträger gemindert. Die Erläuterung zu Art. 8 Abs. 1 lit. g AsylG sieht sogar explizit vor, dass ein Gesuch aufgrund der Verweigerung abgelehnt werden kann.⁶ Die Asylsuchenden haben somit **de facto keine andere Wahl als der Auswertung zuzustimmen**, sofern sie ihre Chance auf eine positive Beurteilung nicht zunichte machen wollen. Von einer **Freiwilligkeit kann** in diesem Fall folglich **nicht mehr gesprochen werden**, insbesondere in Anbetracht des Machtgefälles.

Was heute allerdings tatsächlich **Schwierigkeiten** bereitet, ist die **Eingabe von elektronischen Datenträgern als Beweismittel** im Rahmen des Asylverfahrens. Regelmässig werden Asylsuchende darauf hingewiesen, dass ihre Beweise, welche sie beispielsweise als USB-Stick eingeben möchten, so nicht abgenommen werden können und sie werden dazu angehalten, die Dateien (insb. Videos) als ausgedruckte Screenshots einzureichen. Oft möchten unsere Klienten der befragenden Person während der Anhörung auf dem Handy etwas zeigen, und werden sodann angewiesen, dies als Papierausdruck nachzureichen. Eine diesbezügliche Praxisänderung, welche eine einfache elektronische Beweiseingabe ermöglichen würde, wäre durchaus zu begrüssen und dies alleine dürfte zweifelsohne bereits dazu führen, dass den Behörden weitere zielführende Beweise vorliegen. Die Einführung einer Datenauswertung unter faktischem Zwang geht aber weit über die ordentliche Mitwirkungspflicht, welche für die Zwecke des Asylverfahrens stets vollkommen ausreichend war und auch weiterhin ist, hinaus und ist daher entschieden abzulehnen.

4.2. Elektronische Datenträger – was fällt darunter?

Die in dem neuen Art. 8a Abs. 2 AsylG vorgesehene Aufzählung enthält das Wort «insbesondere». Nach gängiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet dies,

⁶ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g, S. 7.

dass es sich um eine **nicht abschliessende Aufzählung** handelt.⁷ Diese nicht abschliessende Regelung lässt die Möglichkeiten offen, die Auswertung auf weitere Datenträger auszuweiten. In Anbetracht des **schwerwiegenden Eingriffes** in das Grundrecht Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II) sollten die aufgezählten Datenträger abschliessend zu nennen sein. Die Bestimmungen der EMRK und des UNO-Pakt II sind für die Schweiz *self-executing*⁸, weshalb auch die vorgelegte Vorlage dieses Grundrecht wahren muss. Ein Grundrechtseingriff **nach Art. 36 BV muss gesetzlich** – weil es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt – **genügend präzise/detailliert geregelt werden**.⁹ Diese Bestimmtheit sieht auch das in Art. 5 BV geregelte Legalitätsprinzip vor. Im vorliegenden Fall ist mit einer nicht-abschliessenden Regelung diese Bestimmtheit nicht gegeben. Es darf daher für einen solch gravierenden Grundrechtseingriff kein Handlungs- sowie Interpretationsspielraum auf zukünftige technische Entwicklungen offengelassen werden.

4.3. Verhältnismässigkeit

Ein Grundrechtseingriff muss verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Der Eingriff muss zumutbar, geeignet und erforderlich sein¹⁰, wobei hier im Besonderen die **Erforderlichkeit** von Bedeutung ist. So hat eine Massnahme zu unterbleiben, wenn in sachlicher, zeitlicher, persönlicher oder räumlicher Hinsicht ein **milderer Eingriff möglich** wäre.¹¹ Das Ziel der Vorlage ist es insbesondere, die Identität der asylsuchenden Person festzustellen. In erster Linie heisst es, direkt verwertbare Hinweise aus elektronischen Datenträgern zu ziehen, um die Identität feststellen zu können (z.B. durch Fotografie eines Identitätsausweises).¹² Genau dieses in der Vorlage genannte Ziel kann aber durch einen sachlich milderen Eingriff erreicht werden. So können die Personen aufgefordert werden, ihr Handy selbst nach einem Foto von einem Identitätsausweis zu durchforsten und dieses den Behörden zuzusenden. Damit wird der Eingriff in die Privatsphäre auf zulässige Art und Weise minimiert und dasselbe Ziel erreicht. Die vorgesehene Regelung der Staatspolitischen Kommission ist nicht erforderlich und im Endeffekt somit nicht verhältnismässig.

Weiter werden Asylsuchende, welche keine heimatlichen Papiere vorlegen können, unter Generalverdacht gestellt. Es handelt sich beim “Nicht-vorlegen-können” keineswegs um eine schwerwiegende Straftat, welche einen solchen Eingriff rechtfertigen

⁷ BGE 141 III 155, 159 E. 4.4.

⁸ Botschaft des Bundesrates betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 vom 30. Januar 1991, BBl 1991 I (1189) 1202 f.; BGE 120 Ia 247 E. 5.

⁹ Basler-Kommentar, Art. 36 BV, N 35.

¹⁰ Basler Kommentar, Art. 36 BV, N 55 ff.

¹¹ Basler Kommentar, Art. 36 BV, N 56.

¹² Zum Ganzen: SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g, S. 6 f.

könnte. Oftmals hatten die betroffenen Personen bereits im Herkunftsland keine Papiere oder sie wurden ihnen von Schleppern entwendet.¹³ Der **Generalverdacht**, dass eine **asylsuchende Person** ihre Identität absichtlich verschweigt, um dadurch unrechtmässig an Vorteile zu gelangen, kommt einer Vorverurteilung gleich und wird überdies der Realität nicht gerecht. Vielmehr ist an dieser Stelle nochmals anzumerken, dass die schweizerischen Behörden regelmässig eingereichte Dokumente grundsätzlich nicht anerkennen, da in einem bestimmten Herkunftsland angeblich Dokumente einfach gefälscht werden könnten. Die betroffenen Asylsuchenden haben so schlicht **keine Möglichkeit, überhaupt (andere) Beweisstücke** einzureichen, weil sie einzig aufgrund ihrer Herkunft als «Fälscher» dargestellt werden. Es ist davon auszugehen, dass alle diese Fälle in den Statistiken als solche erscheinen, welche «undokumentiert» sind – wenngleich sie durchaus Papiere haben. Allenfalls wäre daher ein vernünftigerer Ansatzpunkt, dass die bei schweizerischen Behörden eingereichten Dokumenten – unter Anwendung vernünftiger Prüfmechanismen – grundsätzlich anerkennen und nicht sämtliche Dokumente aus spezifischen Ländern *per se* in Frage stellen.

4.4. Überlegungen aus dem Verwaltungsverfahren: Ausgestaltung ähnlicher Verfahren vor anderen Verwaltungsbehörden

Aus Bereichen des Verwaltungsrechts wird ersichtlich, dass für andere Massnahmen, welche ähnlich streng und in die Privatsphäre eingreifend sind wie ein Entzug von persönlichen Gegenständen, stets ein sehr detailliertes Verfahren angeordnet werden muss. Dies ist beispielsweise bei Massnahmen der FINMA (Finanzmarktrecht) und bei der WEKO (Wettbewerbsrecht) der Fall. Sowohl bei der FINMA als auch bei der WEKO sind die Regelungen der Einziehungsverfahren an die Grundsätze im Strafverfahren angelehnt und sehr ausführlich geregelt.¹⁴

Um dies genauer zu erläutern, verweisen wir diesbezüglich auf die Praxis der WEKO bei Hausdurchsuchungen und das dazugehörige Merkblatt.¹⁵ Da Hausdurchsuchungen, so wie der Entzug des Mobiltelefons/Laptops auch, einen schweren Grundrechtseingriff darstellen, braucht es eine sehr spezifische gesetzliche Grundlage, welchen diese Massnahme genau umschreibt. Zudem müssen bei WEKO Untersuchungen folgende Voraussetzungen gegeben sein: Die Anordnung der Hausdurchsuchung muss

¹³ <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/warum-fluechtlinge-ohne-ausweispapiere-kommen,68wk2dhp70r30e9r70w3ac9m60u3g> (vom 16.03.2017)

¹⁴ Merkblatt des Sekretariats der WEKO, Ausgewählte Ermittlungsinstrumente, 6. Januar 2016; FINMA, Enforcementverfahren gegen Bewilligungsträger, <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/bewilligungstraeger/verfahren/>.

¹⁵ Merkblatt des Sekretariats der WEKO, Ausgewählte Ermittlungsinstrumente, 6. Januar 2016.

durch ein Präsidiumsmitglied erfolgen, es muss ein **hinreichender Tatverdacht** bestehen, sowie die Wahrscheinlichkeit, Beweismittel zu finden, die Anordnung muss verhältnismässig sein und bei der Beschlagnahmung von Beweismitteln muss die potenzielle Beweiseignung gegeben sein.¹⁶ Wie demnach aufgezeigt, gelten für eine Hausdurchsuchung und Beschlagnahme sehr strenge Regeln und Voraussetzungen, mindestens dieselben müssten bei der vorliegend geplanten Massnahme ebenfalls gelten. Insbesondere eine klare und bestimmte Regelung in einem formellen Gesetz ist vorliegend nicht gegeben, ebenso wenig eine klare Regelung des Verfahrens und eine Definition der Personen, welche die Massnahme («freiwillig») anordnen und schlussendlich auch durchführen dürfen.

Im Strafverfahren und im besonderen Fall der Überwachung des Fernmeldeverkehrs ist eine gerichtliche Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht notwendig (Art. 272 Abs. 1 StPO). Nach Art. 269 StPO ist hierfür ein dringender Tatverdacht notwendig und es muss sich um ein schwerwiegendes Delikt handeln, das eine solche Massnahme rechtfertigt. Mit der Vorlage der Staatspolitischen Kommission sind die Voraussetzungen, welche im Strafrecht für eine solche Massnahme zwingend sind, nicht einmal annähernd erfüllt. Es ist eine Behörde (SEM), welche die Möglichkeit hat, eine Datenauswertung zu verlangen. Eine gerichtliche Überprüfung ist nicht vorgesehen.

Weiter werden alle Asylsuchende unter Generalverdacht gestellt, weil sie keine Identitätsausweise vorlegen können. Der **Generalverdacht**, dass die asylsuchenden Personen ihre Identität absichtlich verschweigen, **kommt einer Vorverurteilung gleich**. Dieser *Generalverdacht* kann keinesfalls der Anforderungen eines dringenden Tatverdachts genügen.

Es kann nicht angehen, dass in anderen Verwaltungs- und Strafverfahren Massnahmen ähnlicher oder gleicher Art wie die vorliegende stark reguliert werden und im vorliegenden Fall kaum eine ausreichende gesetzliche Vorlage besteht. Sollte die Vorlage trotz ihrer gravierenden rechtsstaatlichen Mängel angenommen werden, ist mindestens diesen Anforderungen einer genügenden gesetzlichen Grundlage mit genau umschriebenen Voraussetzungen und Verfahren Rechnung zu tragen.

4.5. Anwaltsgeheimnis: Insb. Siegelung von Akten / Daten

Zudem ist festzuhalten, dass, falls Datenträger eingezogen werden sollten, das Anwaltsgeheimnis zu beachten ist. Das **Anwaltsgeheimnis** gilt absolut in sämtlichen

¹⁶ Merkblatt des Sekretariats der WEKO, Ausgewählte Ermittlungsinstrumente, 6. Januar 2016.

Verfahren und ist **auch von den Behörden zu beachten** und respektieren. Im Regelfall hat die betroffene Person in einem Straf- oder Verwaltungsverfahren die Möglichkeit, Akten oder Daten, welche (potenziell) dem Anwaltsgeheimnis unterliegen, siegeln zu lassen, das heisst der Durchsuchung durch die Behörden zumindest vorübergehend zu entziehen. Die Behörden müssen sodann ein Entsiegelungsverfahren anstrengen, wenn sie die Akten bzw. Daten dennoch als relevant erachten und einsehen möchten.

Das Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbot in Zusammenhang mit dem Anwaltsgeheimnis wird für Verwaltungs(straf)verfahren in Art. 46 Abs. 3 VStrR wie folgt konkretisiert: „Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr einer Person mit ihrem Anwalt dürfen nicht beschlagnahmt werden, sofern dieser nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt ist.“¹⁷ Obgleich die vorliegende Massnahme nicht zum Verwaltungsstrafrecht gehört, ist diese Bestimmung in diesem Bereich analog anzuwenden. Dies ergibt sich aus der Schwere des Grundrechtseingriffs und zudem auch daraus, dass das Anwaltsgeheimnis auch ohne explizite Festlegung in einem Gesetz in allen Rechtsbereichen Geltung erlangen muss.¹⁸ Falls die rechtstaatlich nicht haltbare Regelung in Kraft treten würde, müsste demnach mindestens eine **analoge Anwendung von Art. 46 Abs. 3 VStrR** erfolgen und die Daten bzgl. Anwaltsgeheimnis (d.h. insbesondere jede Kommunikation mit einer Rechtsvertretung, sei dies im In- oder Ausland) versiegelt werden, wobei das **Siegelungs- bzw. Entsiegelungsverfahren genau geregelt** werden müsste. Dazu müssten überdies auch die notwendigen technischen Vorkehrungen getroffen werden, sodass die zuständigen Mitarbeitenden des SEM entsprechende Siegelungsanträge umgehend umsetzen können und sodann keinesfalls Einsicht in die betroffenen Daten erhalten, es sei denn, diese seien in einem klar definierten Verfahren wieder entsiegelt worden. Alles andere müsste die absolute Unverwertbarkeit der Daten zur Folge haben.

4.6. Zur Weiterleitung an die Strafverfolgungsbehörden: *Nemo tenetur*

Laut dem Bericht der Staatspolitischen Kommission können die Daten nur aufgrund von einer formell-gesetzlichen Grundlage an andere Behörden weitergeleitet werden.¹⁹ Für Bundesangestellte besteht im Falle von Hinweisen auf Verbrechen und Ver-

¹⁷ Merkblatt des Sekretariats der WEKO, Ausgewählte Ermittlungsinstrumente, 6. Januar 2016.

¹⁸ Franz Hoffet, Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes, Anwaltsrevue 5/2012, S. 224 ff.

¹⁹ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8a AsylG, zu Abs. 3 bis 5, S. 8.

gehen eine Pflicht, die Daten herauszugeben. Die formell-gesetzliche Grundlage hierfür ist Art. 22a BPG. Gemäss dem Bericht wurden bereits im Pilotprojekt wichtige Informationen an die Polizei weitergeleitet.²⁰

Hier stellt sich jedoch ein Problem, welches von der Staatspolitischen Kommission nicht erwähnt wurde: Im Strafrecht gilt der rechtsstaatlich bedeutende Grundsatz *nemo tenetur se ipse accusare* (dt.: **Niemand ist dazu gezwungen, sich selbst zu belasten**). Der EGMR leitet diesen Grundsatz aus Art. 6 Ziff. 1 und 2 EMRK ab. Das Bundesgericht hat die Rechtsgrundlage für den Grundsatz offengelassen, leitet ihn aus den *self-executing*²¹ Bestimmungen von Art. 6 EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II ab.²² Der Grundsatz *nemo tenetur se ipse accusare* heisst in der schweizerischen Strafprozessordnung konkretisiert, dass die beschuldigte Person die Mitwirkung verweigern darf und überdies auch auf dieses Recht hingewiesen werden muss (Art. 113 Abs. 1 StPO). Insbesondere müssen keine Beweisstücke herausgegeben werden.²³ Zudem darf der Person aus diesem Verhalten kein Nachteil erwachsen.²⁴

Für die **Vorlage** der Staatspolitischen Kommission bedeutet dies, dass die Mitwirkungspflicht nach AsylG mit dem Recht auf Verweigerung der Mitwirkung, ohne dass daraus Nachteile entstehen, aus **internationalem** (und **nationalem Recht**) **kollidiert**. Selbst wenn die Herausgabe auf dem Papier als «freiwillig» qualifiziert werden soll, so ist sie dies in Realität nicht, wie bereits ausgeführt wurde. Überdies erfolgt die Herausgabe naturgemäss nicht unter Hinweis auf die spezifischen Rechte im Strafverfahren. Demzufolge ist darauf hinzuweisen, dass eine Verwendung der so erlangten Informationen in einem allfällig nachfolgenden Strafverfahren ohnehin nicht möglich ist, da die Daten aufgrund der fehlenden Einhaltung der strafprozessualen Grundsätze dem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Demzufolge kann die angeblich freiwillige Datenherausgabe auch keinen Beitrag zur Sicherheit in der Schweiz leisten, da die Daten im Zweifelsfalle schlicht nicht verwendet werden dürfen.

4.7. Notwendigkeit der gerichtlichen Überprüfung

Grundsätzlich handelt es sich bei einer Durchsuchung von Datenträger um eine Zwangsmassnahme, so insbesondere im Strafrecht²⁵ und in anderen verwaltungsrechtlichen Bereichen (Finanzmarktrecht, Kartellrecht). Im besonderen Fall der Überwachung des Fernmeldeverkehrs ist eine **gerichtliche Genehmigung** durch das **Zwangsmassnahmengericht** notwendig (Art. 272 Abs. 1 StPO). Nach Art. 269 StPO

²⁰ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1, S. 5.

²¹ Siehe Fussnote 6.

²² BGE 131 I 272 E. 3.2.3.2; BGE 130 I 126 E. 2.1.

²³ Basler Kommentar, Art. 113 StPO, N 5.

²⁴ BGE 131 IV 36, 40 E. 3.1.

²⁵ Basler Kommentar, Art. 246 StPO, N 4.

ist hierfür ein dringender Tatverdacht notwendig und es muss sich um ein schwerwiegendes Delikt handeln, das eine solche Massnahme rechtfertigt. Ähnliche bzw. noch strengere Vorgaben sehen die erwähnten Verwaltungsverfahren vor.

Mit der **Vorlage** der Staatspolitischen Kommission sind die Voraussetzungen, welche im Strafrecht für eine solche Massnahme zwingend sind, nicht einmal annähernd erfüllt. Die vorliegende Vorlage sieht vor, dass eine **Behörde** (SEM) *jederzeit* die Möglichkeit erhält, eine Datenauswertung zu verlangen. Dabei ist **eine gerichtliche Überprüfung nicht vorgesehen**. Diese unterschiedliche Handhabung ist nicht nachvollziehbar und keinesfalls gerechtfertigt: Während die Überwachung von Schwerverbrechern einer gerichtlichen Anordnung bedarf, sollen Geräte von schutzsuchenden Personen ohne jeglichen Rechtsschutz und ohne Vorgaben bzgl. des Anordnungsverfahrens jederzeit und vollumfänglich ausgewertet werden dürfen.

Eine Auswertung von Daten sollte daher (wenn überhaupt im Rahmen des Verwaltungsverfahrens) nun in spezifischen Fällen durch klar definierte Personen in der Verwaltung angeordnet und durchgeführt werden können, wobei in jedem Fall eine gerichtliche Überprüfung der Anordnung zwingend ist. Alles andere kann im Vergleich zum Straf- und anderen Verwaltungsverfahren einzig als diskriminierend, willkürlich und unverhältnismässig eingestuft werden.

4.8. Datenschutz

Das Ziel der Vorlage ist es, die Identität und den Reiseweg einer asylsuchenden Person festzustellen. Namentlich sollen der Reiseweg und Fotos von Identitätsdokumenten verfügbar gemacht werden. Unter dem Abschnitt zum Datenschutz des Berichts der Staatspolitischen Kommission wird jedoch explizit erwähnt,²⁶ dass auch **schützenswerte Daten** nach Art. 3 lit. c DSG ausgewertet werden können. Diese umfassen u.a. religiöse, weltanschauliche, politische oder gewerkschaftliche Ansichten oder Tätigkeiten, die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit.

Bei diesen genannten Daten handelt es sich keineswegs mehr um Identitätsdaten, geschweige denn um den Reiseweg. Es handelt sich um hoch-intime Daten, welche einen besonderen Schutz bedürfen. Es ist fraglich, ob mit einer flächendeckenden Auswertung der Geräte eines jeden Asylsuchenden der Kerngehalt des Grundrechts (Art. 36 Abs. 4 BV) auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) überhaupt noch gewährleistet ist. Es entsteht der Eindruck, dass mit der Vorlage ein "gläserner Bürger" geschaffen wird, oder in diesem Fall wohl eher ein "gläserner Asylsuchender". Auf die Tendenz zur «Durchleuchtung» von Asylsuchenden haben wir bereits in zwei Stellungnahmen²⁷

²⁶ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 5.7, S. 13.

²⁷ Vgl. «Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der Verordnungen (EU) 2019/818 zur Interoperabilität (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes)»

hingewiesen. An dieser Stelle möchten wir uns nochmals vehement gegen eine solche Tendenz aussprechen.

Weiter ist durch die Auswertung dieser schützenswerten Daten ein grundlegendes Prinzip im Datenschutzrecht verletzt. **Der Grundsatz der Zweckbindung** (Art. 4 Abs. 3 DSGVO), im vorliegenden Fall "Identitätsfeststellung", ist durch die Auswertung von schützenswerten Daten, wie z.B. Daten betreffend die Gesundheit, eindeutig **verletzt**.

Die Datenauswertung kann überdies auch unbeteiligte Dritte erfassen. So ist zwar die Auswertung deren Daten nicht explizit vorgesehen,²⁸ fraglich ist aber, wie die Trennung dieser Daten bei der enormen Menge an Daten sichergestellt werden soll. Die Vorlage macht hierzu keine weiteren Ausführungen. Eine Umsetzung erscheint in der Praxis als schwierig. Es ist äusserst fraglich, ob die Datenschutzrechte Dritter wirklich gewährt werden können. Insbesondere sind bei Dritten an Informationen über Familienangehörige, und die Korrespondenz mit Ärzten und Anwälten (vgl. dazu oben Ziffer 4.5) zu denken.

4.9. Rekonstruktion des Reisewegs

Es ist darauf hinzuweisen, dass in der Parlamentarischen Initiative 17.423, welche die Basis für diese Vorlage ist, der Reiseweg nicht enthalten war. In der Initiative ging es darum, die Identität des Gesuchstellers festzustellen. Die **Abklärung des Reisewegs deckt sich nicht mit der Identitätsfeststellung**, wie in der parlamentarischen Initiative vorgesehen. Auch ist diesbezüglich nicht ersichtlich und völlig unklar, inwiefern eine Kaskade (i.S.v. «freiwillige» Herausgabe erst dann, wenn keine Originaldokumente vorliegen) möglich sein soll – ohne derartige Kaskadenoption kann das Verhältnismässigkeitsprinzip schlicht nicht gewahrt werden. Dies zeigt sich auch darin, dass die anderen europäischen Staaten, welche im Bericht erwähnt werden und als Vorbild dienen sollen, keine Datenauswertung zu diesem Zweck vornehmen – vermutlich eben gerade aus dem Grund, dass hierfür die Verhältnismässigkeit schlicht nicht gegeben ist.

4.10. Kosten Rechtsvertreter

Die Entschädigung der Rechtsvertretung erfolgt heute pauschal pro Vertretung eines Asylsuchenden, also für das gesamte Verfahren. Gemäss Vorlage kann die Auswertung der Datenträger im Beisein der Rechtsvertreter erfolgen, sofern dies gewünscht wird (vgl. Art 102j Abs. 2 AsylG)²⁹. Dies bedeutet, dass es zu einer Ergänzung der

vom 9. Januar 2020 und «Vernehmlassung: Genehmigung und Umsetzung des mit der Europäischen Union geschlossenen Abkommens über die Prümer Zusammenarbeit, des Eurodac-Protokolls und des mit den Vereinigten Staaten von Amerika geschlossenen Abkommens über die Zusammenarbeit zu der Prävention und Bekämpfung schwerer Straftaten» vom 30. März 2020.

²⁸ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8a Abs. 3 bis 5, S. 8.

²⁹ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8a Zu Abs. 3 bis 5, S. 8 f.

bestehenden Tätigkeiten der Rechtsvertretung kommt. In Art. 102k AsylG werden die **Entschädigungen** für die Rechtsvertretung namentlich genannt. Durch die Vorlage wird Art. 102k AsylG jedoch **nicht verändert**, d.h. eine namentliche **Ergänzung** der neuen, **zusätzlichen Tätigkeit der Rechtsvertreter ist fälschlicherweise nicht vorgesehen**.

Eine “namentliche” Aufzählung ist zwar nicht abschliessend zu verstehen,³⁰ eine solche kann also theoretisch trotz fehlender Nennung ausgesprochen werden. Da die Entscheidung über die Pauschale alleine dem SEM obliegt und dies weder auf Gesetzes- noch auf Verordnungsstufe geregelt ist, sei dahingestellt, ob eine Erhöhung der Pauschale wirklich erfolgen wird. Wenn eine Erhöhung zugesprochen werden sollte, ist unklar, wie hoch diese ausfällt. Der Bericht der Staatspolitischen Kommission nennt zwar die Kosten für die Rechtsvertretung kurz als zusätzliche Kosten, dies jedoch nicht detailliert, mit der Begründung, die Kosten können zum heutigen Zeitpunkt nicht beziffert werden.³¹

Fakt ist, dass die Rechtsvertreter schon heute unter enormem Zeitdruck stehen.³² Wenn zusätzliche Aufgaben für die gleiche Pauschale hinzukommen, ist klar, dass die Rechtsvertreter (da die Teilnahme bei der Auswertung der Daten auf Freiwilligkeit basiert), dieses Recht nicht wahrnehmen können. Dies widerspräche dem Grundgedanken des neuen Asylverfahrens diametral (welches mit komfortabler Mehrheit an der Urne angenommen wurde) und wäre überdies auch aus rechtsstaatlicher Sicht kritisch. Demnach ist, sollte die in Frage stehende Datenauswertung tatsächlich eingeführt werden, zwingend erforderlich, dass die betroffenen Personen hierfür ihre Rechtsvertretung an ihrer Seite haben und diese sie auch faktisch, inkl. Rechtsweg, unterstützen kann – was zwingend mit erhöhten Mehrausgaben für den Bund verbunden wäre.

4.11. Dauer und Zeitpunkt der Datenerhebung

Für die Datenbeschaffung und -auswertung müssen die Datenträger vom SEM eingezogen werden. Es ist nicht festgelegt, wie lange das SEM die Datenträger hierfür in seinem Besitz behalten wird. Überdies ist **nicht geregelt, in welchem Zeitpunkt die Geräte durchsucht werden** sollen – vielmehr kann dies faktisch irgendwann zu einem beliebigen Zeitpunkt im Asylverfahren erfolgen. Dies öffnet Tür und Tor für Willkür, Diskriminierung und Einschüchterung und wird überdies dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht gerecht. Demnach müsste – falls die Datenauswertung tatsächlich im Gesetz vorgesehen werden soll – auch spezifisch festgelegt werden, in welchem Zeitpunkt dies geschehen würde und für welche Dauer die Geräte hierfür maximal entzogen würden.

³⁰ BGE 141 III 155, 159, E. 4.4.

³¹ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 4.1, S. 11.

³² <https://www.woz.ch/-98e4> (vom 11.4.2019).

4.12. Vertrauensbildung

Weiter ist es zu befürchten, dass es vermehrt zu **Misstrauen gegenüber den Behörden** kommt. Viele Asylsuchende haben aufgrund der Erfahrungen im Herkunftsland ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis zu Behörden. In der heutigen Zeit sind elektronische Datenträger unsere ständigen Begleiter, sie sind gefüllt mit intimen Daten, mit Nachrichten und Fotoaufnahmen. Sie sind Speicher für höchst persönlichen Daten, die man nur ungern den Behörden übergibt. Wenn Asylsuchenden ihre mobilen Geräte abgenommen werden, kann dies zu einer grundlegenden Verunsicherung gegenüber dem SEM führen. Für eine objektive und **erfolgreiche Evaluierung eines Asylgesuches** ist jedoch das **Verhältnis zwischen dem SEM und dem Asylsuchenden essentiell**. In den Anhörungen, die zentral zur Fällung des Asylentscheids beitragen, müssen oft sehr traumatische, persönliche und intime Geschichten erzählt werden. Verlieren Asylsuchende schon zu Beginn das Vertrauen in unser Asylsystem, wäre dies für das weitere Verfahren fatal. Es ist demzufolge aus unserer Sicht alles zu unterlassen, was es den Asylsuchenden erschwert, ein gewisses Vertrauen in die schweizerischen Behörden zu fassen.

Hugo Fasel
Direktor
Adligewilerstrasse 15
6002 Luzern

Herrn Kommissionspräsident
Andreas Glarner
Staatspolitische Kommission des
Nationalrats
Spk.cip@parl.admin.ch

Luzern, 3. Juni 2020

**Parlamentarische Initiative 17.423 Mitwirkungspflicht im Asylverfahren.
Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen – Eröffnung des
Vernehmlassungsverfahrens**

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident

Wir bedanken uns für die Einladung zur Vernehmlassung. Aufgrund unserer grossen Erfahrung in der Zusammenarbeit mit Asylsuchenden in den Bereichen Unterkunft, Rechtsberatung und Integration nehmen wir wie folgt Stellung zur parlamentarischen Initiative zur Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Wir heben einige Aspekte besonders hervor und unterstützen im Weiteren alle Punkte der ausführlichen Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen Flüchtlingshilfe, bei der Caritas aktives Mitglied ist.

Schwerwiegender Eingriff in die Privatsphäre

Aus Sicht der Caritas stellt die Auswertung von elektronischen Datenträgern im Asylverfahren ein schwerwiegender Eingriff in die Privatsphäre dar. Gerade auf den Handys der Asylsuchenden sind zahlreiche persönliche und teils höchst sensible Daten gespeichert. Durch die behördliche Auswertung können auch unbeteiligte Dritte erfasst werden. Mit dem Auslesen der Daten erhielten die Behörden etwa Zugriff auf Daten von Familienmitgliedern und Unterstützern oder auf die Korrespondenz zwischen Schutzsuchenden und Anwälten oder Ärzten – ohne dass diese Dritten vorab eine persönliche Zustimmung erteilt haben. Zwar dürfen Personendaten von Drittpersonen gemäss erläuterndem Bericht nicht ausgewertet werden. Angesichts der Fülle von möglichen auszuwertenden Daten inklusive Korrespondenz scheint diese Abgrenzung in der Praxis jedoch schwierig. Im erläuternden Bericht wird nicht dargelegt, wie dies sichergestellt werden soll.

Besonders schützenswerte persönliche Daten

Gemäss Art. 8a Abs. 1 AsylG des Vorentwurfs beinhalten die Daten, welche das SEM bearbeiten darf, auch besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Buchstabe c des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG). Diese Daten beinhalten Informationen über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten: die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit; Massnahmen der sozialen Hilfe; administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Es ist nicht ersichtlich, warum solche Daten für die Feststellung der Identität, der Nationalität oder des Reiseweges benötigt werden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Suche nach Informationen zur Identität und Nationalität auch besonders schützenswerte Daten zu Tage treten, auch wenn nicht explizit nach diesen gesucht wird. Wie mit solchen «Zufallsfunden» umgegangen werden soll, ist nicht geklärt. Es besteht die grosse Gefahr, dass damit der Kerngehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre nicht respektiert werden kann (Art. 36 Abs. 4 der Bundesverfassung).

Fehlende Verhältnismässigkeit

Jede Massnahme, die in ein Grundrecht eingreift, muss geeignet und erforderlich sein. Asylsuchende haben bereits heute eine allgemeine gesetzliche Mitwirkungspflicht im Verfahren. Sie können dazu auch freiwillig Handy- und Computerdaten als Beweismittel geltend machen – etwa Fotos, die ihre Flucht dokumentieren, oder Korrespondenzen. Zudem nutzt das Staatssekretariat für Migration bereits jetzt niederschwelligere Prüfverfahren wie etwa die öffentlich zugänglichen Social-Media-Profile, die vollauf genügen und das Recht auf Privatsphäre nicht tangieren. Eine LINGUA-Analyse würde ebenfalls einen geringeren Eingriff darstellen. Der genannte Zweck, die Abklärung von Identität und Nationalität, kann somit auch mit weniger einschneidenden Massnahmen ausreichend erfüllt werden.

Die Freiwilligkeit ist nicht gegeben

Die SPK-N hält den Vorschlag für verhältnismässig und begründet dies unter anderem damit, dass die Auswertung nur mit Einverständnis der Asylsuchenden geschehe; diese könnten daher selbst über die Verwertung ihrer Daten bestimmen, indem sie die Aushändigung verweigern. Eine Verweigerung der Herausgabe von elektronischen Datenträgern würde aber eine Verletzung der Mitwirkungspflicht darstellen. Eine solche hat gravierende verfahrensrechtliche Konsequenzen und wirkt sich auf die Glaubwürdigkeitsprüfung negativ aus. Angesichts dieser Konsequenzen kann nicht von einer «freiwilligen» Herausgabe von Datenträgern beziehungsweise Mitwirkung bei der Bearbeitung von Personendaten gesprochen werden.

Die Anwesenheit der asylsuchenden Person bei der Auswertung bzw. die Gewährung des rechtlichen Gehörs kann die Schwere des Eingriffs nicht ausreichend abmildern. Gemäss dem Datenschutzgesetz Art. 4 Abs. 5 DSG ist eine Einwilligung der betroffenen Person in die Bearbeitung von Personendaten (wo diese erforderlich ist) erst gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolgt. Bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erfolgen. Angesichts der Komplexität der Vorgänge – Auslesen von Daten, Zwischenspeicherung, Auswertung und Verwendung der Daten, Auswahl, welche Behörden Zugriff auf welche Daten erhalten – ist schwer vorstellbar, dass die Asylsuchenden im Zeitpunkt der Aushändigung der Datenträger ausreichend aufgeklärt sind, um in die Massnahme überhaupt informiert und damit gültig einwilligen zu können. Auch vor diesem Hintergrund kann nicht von Freiwilligkeit gesprochen werden.

Asylbereich noch viel restriktiver als das Strafprozessrecht bei schweren Delikten

Im Strafprozessrecht ist die Auswertung von Handydaten sehr restriktiv geregelt. Smartphones von mutmasslichen Straftätern dürfen nur bei dringendem Tatverdacht auf schwere Delikte überwacht und analysiert werden. Bei Asylsuchenden jedoch soll nun bereits der blosser Zweifel an deren Aussagen zum Auslesen der Handy- und Computerdaten genügen. Der Vorstoss stellt damit die Asylsuchenden unter Generalverdacht. Einem Flüchtling ohne Pass wird unterstellt, seine Identität absichtlich zu verschleiern und an der Identitätsklärung nicht mitwirken zu wollen. Es gibt jedoch vielfältige Gründe, warum Betroffene keinen Pass besitzen – oft nur schon deshalb, weil sie bereits im Herkunftsland keine Papiere hatten.

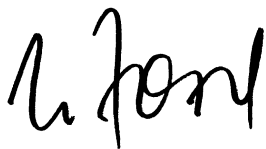
Im Strafverfahren braucht es zudem für eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs eine gerichtliche Genehmigung. Die Rechtmässigkeit der Überwachung (darunter die Verhältnismässigkeit) muss innert 24 Stunden durch ein Gericht geprüft werden. Eine solche gerichtliche Kontrolle fehlt im vorliegenden Vorschlag bezüglich Mitwirkungspflicht im Asylverfahren gänzlich. Mängel könnten höchstens nachträglich im Beschwerdestadium vor dem Bundesverwaltungsgericht geltend gemacht werden; dies wäre jedoch zu spät, da dann die Auswertung der Daten bereits vorgenommen wurde. Asylsuchende sind keine straftatverdächtigen Personen. Dass eine breite Auswertung ihrer Datenträger ermöglicht werden soll ohne mindestens dieselben grundlegenden Verfahrensgarantien wie für Strafverdächtige, ist nicht haltbar. Die Anwesenheit bzw. der Einbezug der Rechtsvertretung der Asylsuchenden sowie die Gewährung des rechtlichen Gehörs vermögen diesen gravierenden Mangel nicht zu beheben. Es müsste darum dringendst eine gerichtliche Überprüfung vorgesehen werden.

Caritas spricht sich gegen die unverhältnismässige Anpassung der Regelung der Mitwirkungspflicht im Asylverfahren aus, da bereits andere Mittel zur Verfügung stehen. Die Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen stellt einen allzu schweren Eingriff in das Grundrecht auf den Schutz der Privatsphäre dar.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen und verbleiben mit

freundlichen Grüssen

Caritas Schweiz



Hugo Fasel
Direktor



Marianne Hochuli
Leiterin Bereich Grundlagen

via Mail zugestellt

Herr Kommissionspräsident
Andreas Glarner
SPK-N, Staatspolitische Kommission
des Nationalrates
spk.cip@parl.admin.ch

Zürich, 3. Juni 2020

Vernehmlassungsantwort zur Parlamentarischen Initiative 17.423 über die Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen.

Sehr geehrter Herr Glarner,
Sehr geehrte Damen und Herren

HEKS, das Hilfswerk der Evangelischen Kirchen Schweiz, bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Für HEKS sind Vorlagen in den Themenfeldern Asyl, Migration und Integration von grosser Bedeutung. Als erfahrener Partner in diesen Bereichen trägt HEKS seit mehreren Jahrzehnten gesellschaftliche Verantwortung.

HEKS lehnt die Vorlage der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (SPK-N) zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern ab. Sie stellt einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre dar. Aus Sicht des HEKS sind die Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff nicht erfüllt (Art. 36 BV: gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Schutz des Kerngehalts).

Die SPK-N begründet die Einführung einer entsprechenden Rechtsgrundlage in der Schweiz unter anderem damit, dass andere europäische Länder ebenfalls entsprechende Regelungen kennen.¹ Sie stellt die Praxis in den betreffenden Ländern im erläuternden Bericht jedoch nur sehr knapp und einseitig dar. In keiner Weise erwähnt werden die kontroversen Diskussionen, die problematischen Aspekte und der äusserst beschränkte Nutzen. Tatsächlich zeigen aber die nicht erwähnten Erfahrungen in Deutschland und anderen europäischen Ländern, die in den letzten Jahren ähnliche Regelungen eingeführt haben, wie komplex die Thematik ist. Sie machen deutlich, welche zahlreichen noch ungeklärten Fragen und Probleme sich stellen mit Blick auf fundamentale Grundsätze wie Rechtsstaatlichkeit, Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, Verhältnismässigkeit und Datenschutz. Die Erfahrungen insbesondere aus Deutschland dokumentieren

¹ 17.423 Parlamentarische Initiative, Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 14. Februar 2020 (SPK-N, Erläuternder Bericht), Ziff. 1.3.

HILFSWERK DER EVANGELISCHEN KIRCHEN SCHWEIZ

Hauptsitz
Seminarstrasse 28
Postfach
8042 Zürich

Tel. 044 360 88 00
info@heks.ch
www.heks.ch
PC 80-1115-1



zudem, dass solche Massnahmen sehr hohe Kosten generieren, aber nur ein kleiner Teil der Auswertungen zu einem nennenswerten Nutzen führt.² Von einer «effizienten Methode», von der die SPK-N in ihrem erläuternden Bericht spricht, kann also keine Rede sein.³ Die Erfahrungswerte des Auslandes rechtfertigen aus Sicht des HEKS denn auch nicht die zu Ausdruck gebrachte optimistische Haltung der SPK-N. Vielmehr müssen sie als Warnung angesehen werden, mit welchen Risiken die Einführung solch weitgehender Massnahmen verbunden ist.

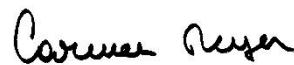
Aus Sicht des HEKS darf keine entsprechende Rechtsgrundlage eingeführt werden, weil sie nicht mit den rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Garantien vereinbar ist. Eine hinreichende Risiko- und Folgenabschätzung wurde augenscheinlich nicht vorgenommen. Für den geplanten schweren Grundrechtseingriff wären indes detaillierte, vertiefte Abklärungen und Erläuterungen zwingend, um überzeugend darlegen zu können, wie den verschiedenen Problemen und Fragen hinsichtlich Rechtsstaatlichkeit, Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, Verhältnismässigkeit und Datenschutz tatsächlich Rechnung getragen werden soll. Solche Ausführungen fehlen in der Vernehmlassungsvorlage jedoch gänzlich.

In der Beilage finden Sie unsere Bemerkungen, Forderungen und Kommentare.

Freundliche Grüsse



Peter Merz
Direktor



Carmen Meyer
Leitung HEKS Inland

² Siehe unten Ziff. 5.1 mit Verweis auf: Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf. Die Studie enthält ausführliche Informationen zur Rechtslage und Praxis in Deutschland, sowie einen kurzen Überblick über die Rechtslage und Praxis in Dänemark, Norwegen, Belgien, Österreich und Grossbritannien.

³ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 1.2.

Parlamentarische Initiative 17.423: Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen. Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 14. Februar 2020

Vernehmlassungsantwort des
HEKS, Hilfswerk der Evangelischen Kirchen Schweiz,
Zürich, 3. Juni 2020

Inhaltsverzeichnis

1	Das Wichtigste in Kürze	2
2	Gesetzliche Grundlage	3
3	Öffentliches Interesse	4
3.1	Feststellung von Identität, Nationalität und Reiseweg	4
3.2	Schlepperwesen und Kriegsverbrechen	4
4	Verhältnismässigkeit	5
4.1	Fragliche Eignung: geringer Nutzen	5
4.2	Erforderlichkeit und Verhältnis Zweck-Wirkung	6
4.3	Besonders schützenswerte Daten	7
4.4	Keine Freiwilligkeit	8
5	Vergleich zum Strafprozessrecht	9
6	Mitwirkungspflicht im Wegweisungsvollzugsverfahren	9
7	Datenschutz	10
8	Kosten	12

1 Das Wichtigste in Kürze

HEKS lehnt die Vorlage der SPK-N zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern ab. Die Massnahme stellt einen schweren Eingriff in das Recht auf Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK) dar, wobei die Voraussetzungen für einen solchen Eingriff nicht erfüllt sind:

- Die **gesetzliche Grundlage** ist unzureichend: Schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten erfordern ein Gesetz im formellen Sinn als Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Gemäss Vorentwurf sollen zentrale Aspekte jedoch erst auf Verordnungsstufe geregelt werden (Triage der für die Identitätsabklärung relevanten Daten, Definition, welche Daten erhoben werden, Regelung des Zugriffs). Zudem ist die Grundlage nicht genügend bestimmt, indem sie mögliche Datenträger gemäss künftigen technischen Entwicklungen umfasst.
- **Verhältnismässigkeit:** HEKS hält die Pflicht von Asylsuchenden, zwecks Identitätsfeststellung elektronische **Datenträger** auszuhändigen, und das entsprechende Überprüfungsrecht des SEM für unverhältnismässig.
 - Die Massnahme ist nicht erforderlich, weil der Zweck auch mit Massnahmen, die weniger stark in Grundrechte eingreifen, erreicht werden kann. Zudem fehlt im Vorentwurf der Vorbehalt der *ultima ratio*.
 - Der beschränkte Nutzen steht in keinem Verhältnis zum schweren Eingriff in die Privatsphäre.
 - Angesichts der schweren verfahrensrechtlichen Folgen einer Verletzung der Mitwirkungspflicht kann nicht von einer «freiwilligen» Herausgabe der Datenträger gesprochen werden.
- Es fehlt eine **gerichtliche Kontrolle** der Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit, welche im Strafverfahren in Bezug auf Personen, die schwerer Straftaten verdächtigt werden, zwingend vorausgesetzt ist. Im Asylverfahren geht es nicht um potenzielle Straftäter, sondern um Schutzsuchende. Umso stossender ist, dass für sie nicht einmal dieselben verfahrensrechtlichen Garantien gelten sollen.
- **Datenschutz:** Im Asylverfahren sind sensible Daten betroffen. Bei allen Verfahrensschritten sind der Datenschutz der Betroffenen sowie die Verhältnismässigkeit zu wahren. Es sollen nur Regelungen eingeführt werden, die vom Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden. In anderen europäischen Ländern wurde in der Diskussion um die Einführung ähnlicher Regelungen von verschiedenen Seiten gewichtige datenschutzrechtliche Probleme angeführt.
- **Kosten:** Die vorgeschlagene Massnahme führt zu sehr hohen Kosten, welche in keinem Verhältnis zum beschränkten Nutzen stehen.
- Die Vorlage geht über den in der Parlamentarischen Initiative geforderten **Zweck** hinaus, indem sie den Zweck auf die Abklärung des Reisewegs ausdehnt, und die Mitwirkungspflicht auf das Wegweisungsverfahren erweitert.

2 Gesetzliche Grundlage

Die geplante Gesetzesänderung stellt einen Eingriff in den Schutz der Privatsphäre dar (Art. 13 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK), genauer in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dies stellt auch die SPK-N in ihrem erläuternden Bericht fest und bezeichnet den Schutz der Privatsphäre als «wichtiges Grundrecht, das selbstverständlich auch im Asylverfahren gewährt werden muss.»¹ Aus Sicht des HEKS stellt die Auswertung von elektronischen Datenträgern im Asylverfahren einen **schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre** dar. Gerade auf den Handys der Asylsuchenden ist eine Vielzahl persönlicher und teils höchst sensibler Daten gespeichert. Aber auch unbeteiligte Dritte würden durch die behördliche Auswertung erfasst. Mit dem Auslesen der Daten erhielten die Behörden auch etwa Zugriff auf Daten von Familienmitgliedern und Unterstützern oder auf die Korrespondenz zwischen Schutzsuchenden und AnwältInnen oder ÄrztInnen – ohne dass diese Dritten vorab eine persönliche Zustimmung erteilt haben. Zwar dürfen Personendaten von Drittpersonen gemäss erläuterndem Bericht nicht ausgewertet werden.² Angesichts der Fülle von möglichen auszuwertenden Daten inklusive Korrespondenz scheint diese Abgrenzung in der Praxis jedoch schwierig. Im erläuternden Bericht fehlen Ausführungen dazu, wie dies sichergestellt werden soll.

Auch das SEM bezeichnete die Massnahme anlässlich einer Medienanfrage nach der Auswertung des Pilotprojekts 2019 als «schweren Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung».³ Die Gesellschaft für Freiheitsrechte in Deutschland hält in ihrer Studie zur Praxis in Deutschland fest: «Die Auswertung von Smartphones, in welchen sich eine Vielzahl sensibler Daten aus unterschiedlichsten Lebensbereichen bündeln, stellt unzweifelhaft einen gravierenden Grundrechtseingriff dar.»⁴

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV muss ein schwerer Eingriff in das Recht auf Privatsphäre in einem **Gesetz im formellen Sinn** geregelt sein. Aus Sicht des HEKS erfüllt die Vorlage diese Anforderungen nicht. Zwar sollen die grundsätzlichen Punkte – Pflicht zur Aushändigung der Datenträger sowie Bearbeitungsrecht des SEM – im Asylgesetz geregelt werden. Mehrere zentrale Aspekte sollen hingegen erst auf Verordnungsstufe geregelt werden (Triage der für die Identitätsabklärung relevanten Daten, Definition welche Daten erhoben werden, Regelung des Zugriffs, nArt. 8a Abs. 5 AsylG). Auch die Ausführungen im erläuternden Bericht sind zu vage bezüglich der Frage, welche Daten genau erhoben werden sollen. Zudem fehlen in der Vorlage klare Informationen und konkrete Vorgaben zum Ablauf bezüglich Auslesen der Daten, Zwischenspeicherung und Auswertung. Diese relevanten Aspekte müssten aus Sicht des HEKS im Gesetz selbst enthalten sein.⁵

Die gesetzliche Grundlage muss zudem hinreichend bestimmt sein. Die im Vorentwurf vorgeschlagene Liste von Datenträgern (nArt. 8a Abs. 2 AsylG) soll gemäss erläuterndem Bericht nicht abschliessend sein, um künftigen technischen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Angesichts der noch völlig unbekannt Dimensionen, welche künftige technische Entwicklungen annehmen könnten, ist diese Bestimmung als gesetzliche Grundlage **zu unbestimmt**, um einen so weitgehenden Eingriff in die Privatsphäre zu erlauben. Auch in dieser Hinsicht sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nicht erfüllt.

¹ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.

² SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8a Abs. 3 bis 5.

³ Der Bund, Handys von Asylsuchenden geprüft – und fündig geworden, 09.08.2019,

<https://www.derbund.ch/schweiz/standard/bund-kontrolliert-handys-von-asylsuchenden/story/29531805>.

⁴ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf, S. 9.

⁵ Auch aus datenschutzrechtlichen Gründen müssten die Grundzüge der Materie in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein, siehe unten Ziff. 8.

3 Öffentliches Interesse

3.1 Feststellung von Identität, Nationalität und Reiseweg

Als öffentliches Interesse (Zweck) wird die Feststellung von Identität, Nationalität und Reiseweg von Asylsuchenden genannt. HEKS weist darauf hin, dass der Zweck der Feststellung des Reisewegs in der Parlamentarischen Initiative 17.423, welche die Grundlage für diese Vorlage darstellt, nicht enthalten war. Die Parlamentarische Initiative forderte explizit eine Auswertung von Datenträgern nur zwecks Abklärung der *Identität*. **Die Abklärung des Reisewegs ist jedoch ein ganz anderer Zweck.** Aus Sicht des HEKS ist die nachträgliche Ausweitung auf diesen zusätzlichen Zweck daher fragwürdig, zumal damit weitergehende Daten ausgelesen werden, deren Auswertung für den ursprünglichen Zweck der Identitätsklärung gar nicht erforderlich sind.

In **Deutschland** bezieht sich die Regelung **nur auf die Abklärung von Identität und Staatsangehörigkeit**⁶, nicht auf den Reiseweg. Pro Asyl befürchtete bei der Einführung dennoch eine Ausdehnung auf den Reiseweg in der Praxis und wies auf die Unterschiede der beiden Zielsetzungen hin: «Die Überprüfung des Reisewegs ist aber ein ganz anderer Zweck als die Überprüfung der Identität. Hier zeigt sich besonders, dass das Gebot der Zweckbindung nicht beachtet werden wird. Es steht zu befürchten, dass das Bundesamt in der Praxis die Daten der Betroffenen zweckentfremden wird. Insbesondere drängt sich die Vermutung auf, dass die Daten genutzt werden, um den Reiseweg nachvollziehen zu können, um darüber einen nach der Dublin-III-Verordnung zuständigen Mitgliedstaat zu ermitteln und den Antragsteller dahin rückzuüberstellen.»⁷ Auch in Bezug auf die Einführung einer entsprechenden Regelung in der Schweiz drängt sich der Verdacht auf, dass der Zweck der Abklärung des Reisewegs primär mit Blick auf die Feststellung des zuständigen Dublin-Mitgliedstaates hinzugefügt wurde. Denn durch die Auswertung von Datenträgern könnte allenfalls das Ersteinreiseland im Dublin-Raum ermittelt werden. Die Dublin-III-VO listet aber bereits zahlreiche Möglichkeiten (Beweismittel und Indizien) auf, die zur Abklärung des zuständigen Staates hinzugezogen werden können. Für diese Abklärung ist somit eine Auswertung von Datenträgern nicht notwendig und angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs nicht gerechtfertigt.

3.2 Schlepperwesen und Kriegsverbrechen

Sekundär genannt wird im erläuternden Bericht, dass mit der Auswertung von elektronischen Datenträgern zudem ein Beitrag zur Bekämpfung des Schlepperwesens und zur Aufdeckung von Kriegsverbrechen geleistet werden könne. Es scheint fraglich, ob mit den vorgeschlagenen Änderungen tatsächlich ein Beitrag zur Bekämpfung des Schlepperwesens und zur Aufdeckung von Kriegsverbrechen geleistet werden kann. Höchstens in vereinzelt Ausnahmefällen würden wohl entsprechende Hinweise durch das SEM ermittelt werden.⁸ Diese Ziele werden im erläuternden Bericht denn auch nur beiläufig erwähnt. Zur Begründung und Rechtfertigung des geplanten schweren Grundrechtseingriffs reicht deren blosser Erwähnung aber nicht. Zudem dürfen Schutzsuchende nicht als potenzielle Kriegsverbrecher oder Schlepper(helfer) pauschal kriminalisiert werden.

⁶ §15 Abs. 2 Nr. 6 und §15a [deutsches Asylgesetz](#).

⁷ Sachverständigen-Stellungnahme von PRO ASYL für die öffentliche Anhörung am 27. März 2017 vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BR-Drucksache 179/17, 22.03.2017, <https://www.bundestag.de/resource/blob/500016/c93c5454d698d8b0e8f08117cefae473/18-4-825-A-data.pdf>, S. 20.

⁸ Im Pilotprojekt in den Bundesasylzentren Chiasso und Vallorbe von November 2017 – Mai 2018 (auf freiwilliger Basis) wurden in 5 von 565 Fällen Informationen an die Polizei- und Sicherheitsbehörden weitergeleitet wegen Verdachts auf Straftaten: Der Bund, Handys von Asylsuchenden geprüft – und fündig geworden, 09.08.2019, <https://www.derbund.ch/schweiz/standard/bund-kontrolliert-handys-von-asylsuchenden/story/29531805>.

4 Verhältnismässigkeit

Jede Massnahme, die in ein Grundrecht eingreift, muss geeignet und erforderlich (*ultima ratio*, keine milderen Massnahmen) sein. Zudem müssen Zweck und Wirkung des Grundrechtseingriffs im Verhältnis stehen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Aus Sicht des HEKS sind diese Voraussetzungen bei der vorgeschlagenen Pflicht von Asylsuchenden, elektronische Datenträger auszuhändigen, und dem entsprechenden Überprüfungsrecht des SEM, nicht erfüllt.

4.1 Fragliche Eignung: geringer Nutzen

Im Pilotprojekt in den Bundesasylzentren Chiasso und Vallorbe von November 2017 bis Mai 2018, bei welchem Asylsuchende auf freiwilliger Basis mobile Datenträger einreichen konnten, wurden gemäss Medienberichten aufgrund der Auswertung nur in 11 Prozent der Fälle (total wurden 565 Datenträger ausgewertet) «nützliche Hinweise» zur Identität und zur Herkunft gefunden.⁹ Befremdend ist angesichts der Tragweite des Pilotprojekts und des grossen öffentlichen Interesses, dass weder der Schlussbericht noch die konkreten Resultate des Projekts durch das SEM publiziert wurden, sondern deren Bekanntwerden allein den Medien zu verdanken ist. Auch der erläuternde Bericht der SPK-N schafft die erforderliche Transparenz nicht. Er enthält nur sehr generelle Aussagen zum Pilotprojekt, und keine quantitativen Aussagen dazu, in wie vielen Fällen nützliche Hinweise gefunden werden konnten. Offen bleibt somit aber insbesondere, auf welchen Daten welche Hinweise konkret beruhen, wonach deren Nützlichkeit beurteilt wird, welche Konsequenzen diese in jeweils wie vielen Fällen hatten (Bestätigung oder Widerlegung der gemachten Angaben der Asylsuchenden) und ob diese Hinweise nicht auch mit anderen, milderen Massnahmen hätten gewonnen werden können. Kurzum: Der behauptete Nutzen der Datenauswertung kann mangels Transparenz so weder überprüft werden noch ist er dadurch glaubhaft belegt.

Die Erfahrungswerte in Deutschland stützen die Zweifel am behaupteten Nutzen: Die Gesellschaft für Freiheitsrechte hält in ihrer Studie vom Dezember 2019 gestützt auf Antworten der deutschen Bundesregierung auf Anfragen von Abgeordneten fest: «In etwa einem Viertel der Fälle scheitern die Datenträgerauslesungen bereits technisch. Von Januar 2018 bis Juni 2019 wurden insgesamt etwa 17.000 Datenträger erfolgreich ausgelesen. Seit Beginn der Datenträgerauswertungen waren diese durchschnittlich nur in weniger als der Hälfte der Fälle brauchbar und nur in ein bis zwei Prozent der Fälle ergab sich aus der Auswertung ein Widerspruch zu gemachten Angaben. In allen übrigen Fällen bestätigte der Test das, was Asylsuchende vorgetragen hatten.»¹⁰

Zudem gestand die deutsche Bundesregierung ein, dass der anvisierte angebliche Nutzen empirisch schlicht nicht belegbar ist: «Da neben der Auswertung von Datenträgern auch viele andere Aspekte in die Bewertung einfließen, lässt sich statistisch nicht ermitteln, in welchem Umfang die Auswertung von Datenträgern Asylsuchender durch das BAMF bislang dazu geführt oder massgeblich dazu beigetragen hat, Angaben der Asylsuchenden zu ihrer Herkunft / Identität / Staatsangehörigkeit zu widerlegen bzw. zu bestätigen. Auch wenn die ausgelesenen Daten gegen die angegebene Herkunft

⁹ Der Bund, Handys von Asylsuchenden geprüft – und fündig geworden, 09.08.2019, <https://www.derbund.ch/schweiz/standard/bund-kontrolliert-handys-von-asylsuchenden/story/29531805>. Im Pilotprojekt wurden auch bereits systematisch Daten zum Reiseweg erhoben, obwohl dieser zusätzliche Zweck im Auftrag der Parlamentarischen Initiative 17.423 gar nicht vorgesehen war (siehe dazu oben Kap. 4.1). In 4 Prozent der Fälle fanden sich laut SEM dazu «nützliche Hinweise».

¹⁰ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf, S. 5.

sprechen, kann es im Einzelfall sein, dass es andere Erkenntnisse gibt, die letztlich zu einer Bestätigung der Herkunftsangabe führen.»¹¹

Gemäss der Gesellschaft für Freiheitsrechte in Deutschland birgt die automatische Auswertung von Daten, u.a. die Analyse von Sprachen und Dialekten aufgrund von Sprach- oder Chatnachrichten, zudem ein grosses Fehlerpotenzial. Dies kann zu einer Diskriminierung von Asylsuchenden aus bestimmten Herkunftsländern führen. Aufgrund fehlender Daten zur Zuverlässigkeit der Spracherkennung seien Behördenmitarbeitende sowie Gerichte nicht in der Lage, den Beweiswert der automatischen Prüfung sachgerecht einzuschätzen, was rechtsstaatlich problematisch sei.¹² In der Vernehmlassungsvorlage bleibt die Auswertungsmethode unklar. Fest steht: Würden bei der Auswertung gemäss Vorentwurf automatische Mechanismen eingesetzt, gelten die erwähnten rechtsstaatlichen Bedenken auch hierzulande. Sollte die Auswertung hingegen rein manuell durch Mitarbeitende des SEM vorgenommen werden, würde dies zu enormen Aufwand- und damit Kostensteigerungen führen.

Angesichts dieser Erfahrungswerte ist mehr als fraglich, ob die Abgabepflicht und Auswertung elektronischer Datenträger überhaupt geeignet ist für den anvisierten Zweck. Jedenfalls kann der absehbare geringe Nutzen den schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre aus Sicht des HEKS nicht rechtfertigen, weshalb die Massnahme unverhältnismässig ist.

4.2 Erforderlichkeit und Verhältnis Zweck-Wirkung

Damit eine grundrechtsbeschränkende Massnahme verhältnismässig ist, muss sie erforderlich sein. Das ist nur der Fall, wenn derselbe Zweck nicht mit mildereren Massnahmen erreicht werden kann, welche weniger stark in das Grundrecht eingreifen. Dieses Prinzip ist aus Sicht des HEKS in der Vorlage der SPK-N nicht erfüllt: Die Formulierung in nArt. 8 Abs. 1 Bst. g AsylG des Entwurfs «wenn ihre Identität, die Nationalität oder der Reiseweg weder gestützt auf Identitätsausweise noch mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise» festgestellt werden kann, ist zu unbestimmt. Es fehlt eine Präzisierung, dass eine solche Massnahme nur als *ultima ratio* eingesetzt werden darf, also nur, wenn die Identität, die Nationalität oder der Reiseweg **nicht mit einem geringeren Eingriff in die Privatsphäre** festgestellt werden kann. Diese zentrale Voraussetzung fehlt auch im erläuternden Bericht. Die Feststellung, dass «der asylsuchenden Person immer zuerst die Gelegenheit eingeräumt werden muss, von sich aus Angaben zur Nationalität oder zum Reiseweg zu machen»¹³, sollte selbstverständlich sein. Weiter hält der erläuternde Bericht fest: «Eine Feststellung der Identität auf 'andere Weise' ist in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips immer dann zuerst angezeigt, wenn diese mit einem im Vergleich zur elektronischen Datenauswertung geringeren Aufwand möglich ist.»¹⁴ Die Durchführung einer LINGUA-Analyse sei aber nicht vor einer Auswertung eines elektronischen Datenträgers ins Auge zu fassen, «da ein solches Verfahren mit einem grossen zeitlichen und organisatorischen Aufwand verbunden» sei.¹⁵ Dieser Argumentation kann aus Sicht des HEKS nicht gefolgt werden, denn ausschlaggebend für die Verhältnismässigkeit *des Grundrechtseingriffs* ist nicht

¹¹ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Dr. André Hahn, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Drucksache 19/2186, Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das erste Quartal des Jahres 2018, Drucksache 19/3148, 03.07.2018, Ziff. 8, S. 26, <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/031/1903148.pdf>.

¹² Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf, S. 20.

¹³ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g.

¹⁴ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g.

¹⁵ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g.

der (in erster Linie beim Staat anfallenden) Aufwand, sondern das *Ausmass des Grundrechtseingriffs*. Im deutschen Asylgesetz findet sich die entsprechende Voraussetzung: Die Auswertung eines Datenträgers ist nur zulässig, wenn dies zur Feststellung von Identität und Staatsangehörigkeit notwendig ist, und der Zweck der Massnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann.¹⁶

Asylsuchende haben bereits heute eine allgemeine gesetzliche Mitwirkungspflicht im Verfahren. Sie können dazu auch freiwillig Handy- und Computerdaten als Beweismittel geltend machen – etwa Fotos, die ihre Flucht dokumentieren, oder Korrespondenzen. Zudem nutzt das Staatssekretariat für Migration bereits jetzt niederschwelligere Prüfverfahren wie etwa die öffentlich zugänglichen Social-Media-Profile, die vollauf genügen und das Recht auf Privatsphäre nicht tangieren. Eine LINGUA-Analyse würde ebenfalls einen geringeren Eingriff darstellen. Der genannte Zweck, die Abklärung von Identität und Nationalität, kann somit auch mit weniger einschneidenden Massnahmen ausreichend erfüllt werden, weshalb die **Voraussetzung der Erforderlichkeit nicht erfüllt** ist.

Da die Auswertung der Datenträger bereits zu Beginn des Verfahrens, gemäss erläuterndem Bericht in der Regel in der Vorbereitungsphase, vorgenommen werden soll und angesichts der beschränkten Zeit im beschleunigten Verfahren, scheint zweifelhaft, ob tatsächlich gewährleistet ist, dass zuerst weniger einschneidende Massnahmen ausgeschöpft werden. Daher muss diese **Kaskade – die Ausschöpfung von Massnahmen, die weniger stark in die Grundrechte der Asylsuchenden eingreifen – verbindlich im Gesetz festgeschrieben** werden.

Der Deutsche Anwaltverein hielt die Einführung einer ähnlichen Regelung in Deutschland ebenfalls für klar unverhältnismässig: «Die vorgesehene Mitwirkungspflicht des Asylbewerbers, die daran anknüpfende Durchsuchungsbefugnis und die Auswertungsbefugnis gehen zu weit. Sie erfassen nämlich sämtliche Datenträger – neben Mobiltelefonen und Smartphones z. B. Tablets, Notebooks, sonstige Computer, externe Festplatten und USB-Sticks) und vor allem sämtliche darauf enthaltene Daten des Betroffenen – von Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind, einmal abgesehen. Dies geht im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit des Eingriffs zu weit. Auch in tatsächlicher Hinsicht besteht kein Bedarf an einer Speicherung und Verwendung dieses Datenumfangs zur Feststellung von Identität und/oder Staatsangehörigkeit des Betroffenen. Es dürfen viel mehr Daten gespeichert und durchgesehen werden, als es für den verfolgten Zweck der Feststellung von Identität und/oder Staatsangehörigkeit erforderlich ist.»¹⁷

4.3 Besonders schützenswerte Daten

Gemäss nArt. 8a Abs. 1 AsylG des Vorentwurfs beinhalten die Daten, welche das SEM bearbeiten darf, auch besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSGVO. Das sind Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten; die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit; Massnahmen der sozialen Hilfe; administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Es ist nicht ersichtlich, warum solche Daten für die Feststellung der Identität, der Nationalität oder des Reiseweges benötigt werden.¹⁸ Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Suche nach Informationen bezüglich Identität und Nationalität auch besonders schützenswerte Daten zu Tage treten, auch wenn nicht explizit nach diesen gesucht wird. Wie mit solchen «Zufallsfunden» umgegangen werden soll, ist

¹⁶ § 15a [deutsches Asylgesetz](#).

¹⁷ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht (BT-Drs. 18/11546), Mai 2017, https://dav-migrationsrecht.de/files/page/0_86660500_1497055889s.pdf, S. 3f.

¹⁸ Bezüglich Datenschutz in diesem Zusammenhang siehe unten Ziff. 8.

unklar. Dies zeigt aus Sicht des HEKS gerade auf, wie heikel das Vorhaben ist, und wie (unnötig) stark es in den Schutz der Privatsphäre eingreift. Es ist fraglich, ob damit der Kerngehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre respektiert werden kann i.S.v. Art. 36 Abs. 4 BV.

Pro Asyl hat dazu in der Debatte in Deutschland festgehalten: «Gerade Smartphones fungieren als Speicher absolut privater Daten, seien es private Fotos oder intime Konversationen. Praktisch wird es für das Bundesamt kaum möglich sein eine Überprüfung der technischen Geräte vorzunehmen, ohne direkt auf höchstpersönliche Daten aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zu stossen.»¹⁹ Pro Asyl kam zum Schluss: «Mit dem systematischen Auslesen der Handydaten schafft der Gesetzentwurf den «gläsernen Flüchtling», es gibt keine Grenze zum grundgesetzlich geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung. Damit erfolgt ein Ausspähen, das verfassungswidrig ist.»²⁰

4.4 Keine Freiwilligkeit

Die SPK-N hält den Vorschlag für verhältnismässig, und begründet dies u.a. damit, dass die Auswertung nur mit Einverständnis der Asylsuchenden geschehe; diese könnten daher selber über die Verwertung ihrer Daten bestimmen, indem sie die Aushändigung verweigern. Eine Verweigerung der Herausgabe von elektronischen Datenträgern würde aber eine **Verletzung der Mitwirkungspflicht** darstellen. Eine solche hat **gravierende verfahrensrechtliche Konsequenzen**:

- Negativer Einfluss auf die Glaubwürdigkeitsprüfung
- Formlose Abschreibung (Art. 8 Abs. 3bis AsylG)
- Ablehnung ohne Anhörung (nur mit rechtl. Gehör) bei schuldhafter grober Verletzung der Mitwirkungspflicht (Art. 36 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 31a Abs. 4 AsylG)
- Allenfalls Administrativhaft bei Verletzung der Mitwirkungspflicht im Wegweisungsverfahren (nArt. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 AIG)²¹

Angesichts dieser Konsequenzen kann nicht von einer «freiwilligen» Herausgabe von Datenträgern bzw. Mitwirkung bei der Bearbeitung von Personendaten gesprochen werden. Das Argument der SPK-N, dass aufgrund des «fehlenden Zwangs» die Verhältnismässigkeit gegeben sei, ist deshalb aus Sicht des HEKS nicht haltbar.

Die Anwesenheit der asylsuchenden Person bei der Auswertung bzw. die Gewährung des rechtlichen Gehörs kann die Schwere des Eingriffs nicht ausreichend abmildern. Nach Art. 4 Abs. 5 DSGVO²² ist eine Einwilligung der betroffenen Person in die Bearbeitung von Personendaten (wo diese erforderlich ist) erst gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolgt. Bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erfolgen. Angesichts der Komplexität der Vorgänge – Auslesen von Daten, Zwischenspeicherung, Auswertung und Verwendung der Daten, welche Behörden erhalten Zugriff auf welche Daten – ist schwer vorstellbar, dass die Asylsuchenden im Zeitpunkt der Aushändigung der Datenträger ausreichend aufgeklärt sind, um in die Massnahme überhaupt informiert und damit gültig einwilligen zu können. Auch vor diesem Hintergrund kann nicht von Freiwilligkeit gesprochen werden. Zudem fällt auf, dass das Einverständnis nur im erläuternden Bericht, nicht aber im Vorentwurf selber erwähnt wird.

¹⁹ Pro Asyl, Sachverständigen-Stellungnahme, 22.03.2017, S. 20.

²⁰ Pro Asyl, Sachverständigen-Stellungnahme, 22.03.2017, S. 4.

²¹ Aus Sicht des HEKS wäre Administrativhaft aus diesem Grund zwar nicht zulässig, siehe unten Ziff. 7, aber die SPK-N erwähnt die Möglichkeit der Zwangsmassnahmen im erläuternden Bericht, Ziff. 3.1, Art. 47 Abs. 2 und 3.

²² Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.1

5 Vergleich zum Strafprozessrecht

Im Strafprozessrecht ist die Auswertung von Handydaten sehr restriktiv geregelt. Smartphones von mutmasslichen Straftätern dürfen nur bei **dringendem Tatverdacht auf schwere Delikte** überwacht und analysiert werden.²³ Bei Asylsuchenden jedoch soll nun bereits der blosse Zweifel an deren Aussagen zum Auslesen der Handy- und Computerdaten genügen. Der Vorstoss stellt sie unter Generalverdacht. Faktisch findet eine Vorverurteilung statt: Einem Flüchtling ohne Pass wird unterstellt, seine Identität absichtlich zu verschleiern und an der Identitätsklärung nicht mitwirken zu wollen. Es gibt jedoch vielfältige Gründe, warum Betroffene keinen Pass besitzen – oft nur schon deshalb, weil sie bereits im Herkunftsland keine Papiere hatten.

Zudem braucht es im Strafverfahren für eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs eine **gerichtliche Genehmigung**.²⁴ D.h. die Rechtmässigkeit der Überwachung (darunter die Verhältnismässigkeit) muss innert 24h durch ein Gericht geprüft werden. Eine Durchsuchung elektronischer Datenträger kann neben dem Gericht zwar auch die Staatsanwaltschaft anordnen, der Durchsuchungsbefehl muss aber auf jeden Fall (abgesehen von dringlichen Ausnahmefällen) schriftlich erfolgen.²⁵ Eine systematische und präventive Durchsuchung ist ausgeschlossen.²⁶ Entsprechende Voraussetzungen wie im Strafprozessrecht, insbesondere eine gerichtliche Kontrolle, fehlen im vorliegenden Vorschlag bezüglich Mitwirkungspflicht im Asylverfahren gänzlich. Mängel könnten höchstens nachträglich im Beschwerdestadium vor dem Bundesverwaltungsgericht geltend gemacht werden; dies wäre jedoch zu spät, da dann die Auswertung der Daten bereits vorgenommen wurde. **Asylsuchende sind keine straftatverdächtigen Personen**. Dass eine breite Auswertung ihrer Datenträger ermöglicht werden soll ohne **(mindestens) dieselben grundlegenden Verfahrensgarantien** wie für Strafverdächtige, ist nicht haltbar. Die Anwesenheit bzw. der Einbezug der Rechtsvertretung der Asylsuchenden sowie die Gewährung des rechtlichen Gehörs vermögen diesen gravierenden Mangel nicht zu beheben. Es ist daher eine gerichtliche Überprüfung vorzusehen.

Mit Blick auf die Einführung der Regelung in Deutschland hat Pro Asyl gestützt auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts ebenfalls festgehalten, dass für den Zugriff auf Verbindungsdaten in Strafverfahren ein richterlicher Beschluss notwendig sei. Und: «Die Klärung der Identität ist auch nicht ansatzweise mit der Situation bei Ermittlungen wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung vergleichbar. Wenn schon dort der Richter sprechen muss, gilt dies erst recht bei unschuldigen, keiner Straftat verdächtigten und bloß ausweislosen Flüchtlingen.»²⁷

6 Mitwirkungspflicht im Wegweisungsvollzugsverfahren

Weiter ist aus Sicht des HEKS problematisch, dass die Vorlage in einem weiteren Punkt über die Forderungen der Parlamentarischen Initiative 17.423 hinausgeht, indem sie die Mitwirkungspflicht auf das Wegweisungsvollzugsverfahren ausdehnt (nArt. 47 Abs. 2-3 AsylG). Bereits heute besteht eine Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere nach Vorliegen eines vollziehbaren Wegweisungsentscheids (heute in Art. 8 Abs. 4 AsylG, dieser soll gemäss Vorentwurf

²³ Vgl. Art. 269ff Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0), dabei anwendbar sind zudem die Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1).

²⁴ Genehmigungspflicht: Art. 272 Abs. 1 StPO, Genehmigungsverfahren: Art. 274 StPO.

²⁵ Art. 198 StPO und Art. 241 Abs. 1 StPO.

²⁶ BGer, Urteil 6B_998/2017 vom 20.04.2018, E. 2.1.1.

²⁷ Sachverständigen-Stellungnahme von PRO ASYL für die öffentliche Anhörung am 27. März 2017 vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BR-Drucksache 179/17, 22.03.2017, <https://www.bundestag.de/resource/blob/500016/c93c5454d698d8b0e8f08117cefae473/18-4-825-A-data.pdf>, S. 21.

neu in nArt. 47 Abs. 1 AsylG verschoben werden). Zudem wurde die Identität, die Nationalität und der Reiseweg bereits zu Beginn des Asylverfahrens abgeklärt. Angesichts des schweren Eingriffs in die Privatsphäre ist es daher unverhältnismässig, die Person im Wegweisungsverfahren (erneut) zu verpflichten, elektronische Datenträger auszuhändigen, und diese durch das SEM auswerten zu lassen. Zudem sollen nach nArt. 47 Abs. 3 AsylG «die für den Vollzug der Wegweisung notwendigen Personendaten» an die kantonalen Behörden weitergeleitet werden können. Damit kommt im Wegweisungsverfahren noch ein zusätzlicher Akteur ins Spiel, was weitere datenschutzrechtliche Fragen aufwirft.

Aus Sicht des HEKS darf eine Verweigerung der Mitwirkungspflicht bezüglich elektronischer Datenträger im Wegweisungsverfahren jedenfalls nicht zu Administrativhaft führen. Dies ist auch nicht explizit so vorgesehen: Der vorgeschlagene nArt. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 AIG enthält keine inhaltliche Änderung (kein Verweis auf nArt. 47 Abs. 2-3 AsylG, sondern nur eine Anpassung des Verweises auf die Bestimmung zur Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren (nArt. 47 Abs. 1 AsylG statt Art. 8 Abs. 4 AsylG)). Aus der expliziten Auflistung, welche Mitwirkungspflichtverletzungen als Haftgründe gelten (Art. 90 AIG, Art. 8 Abs. 1 Bst. a, Art. 47 Abs. 1 AsylG), ergibt sich *e contrario*, dass eine Verweigerung der Herausgabe von Datenträgern *kein* Haftgrund ist. Aber je nach Auslegung der offenen Formulierung des Haftgrundes «insbesondere», bzw. der Auslegung der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AIG, ist aus Sicht des HEKS nicht ausgeschlossen, dass eine Verweigerung der Mitwirkungspflicht bezüglich der Herausgabe elektronischer Datenträger in Einzelfällen im Ergebnis doch zu Ausschaffungshaft führen könnte.²⁸ Dies wäre unverhältnismässig.

Sollte bei einer Verweigerung der Herausgabe von Datenträgern im Wegweisungsverfahren tatsächlich Administrativhaft drohen, kann – wie bereits unter Ziff. 5.4 betont – nicht von einer *freiwilligen* Massnahme die Rede sein.

7 Datenschutz

Im Asylverfahren sind sensible Daten betroffen. Bei allen Verfahrensschritten sind der Datenschutz der Betroffenen sowie die Verhältnismässigkeit zu wahren. Es sollen nur Regelungen eingeführt werden, die vom Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden.

Im Hinblick auf die Einführung einer ähnlichen Regelung in Deutschland äusserte die deutsche Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken.²⁹ Aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte steht die Datenverarbeitung durch das BAMF «im Widerspruch zu diversen datenschutzrechtlichen Grundsätzen, insbesondere der Datenminimierung und der Zweckangemessenheit der Massnahmen, aber auch der Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Datenverarbeitung.»³⁰ In drei Fällen haben Asylsuchende gegen die

²⁸ Die SPK-N verweist im erläuternden Bericht denn auch auf die Möglichkeit von Zwangsmassnahmen im erläuternden Bericht, Ziff. 3.1, Art. 47 Abs. 2 und 3.

²⁹ Andrea Vosshoff, Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Schreiben an den Innenausschuss des Bundestages betreffend Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, 23.03.2017, <https://www.bundestag.de/resource/blob/500024/bf72784c6e0f00bc5d801ccd5aee690b/18-4-831-data.pdf>.

³⁰ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf, S. 6.

Auswertung ihrer Mobiltelefone Beschwerde eingereicht, diese sind noch hängig.³¹ In Österreich wurde die entsprechende gesetzliche Grundlage bisher unter anderem aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht angewendet.³² In Belgien wurde eine ähnliche gesetzliche Grundlage entgegen der Stellungnahme der Datenschutzbehörde³³ eingeführt. Verschiedene Organisationen haben eine Beschwerde gegen die Regelung eingereicht,³⁴ die beim belgischen Verfassungsgerichtshof hängig ist. Gemäss den beschwerdeführenden Organisationen wurde die Regelung bisher nicht umgesetzt.

Der Vorentwurf wirft bezüglich Datenschutz verschiedene Fragen auf, etwa mit Blick auf die Information und Einwilligung der betroffenen Person³⁵, die vorgesehene Zwischenspeicherung (nArt. 8a Abs. 3 AsylG), die Weiterleitung an andere Behörden (Sicherheitsbehörden gemäss Art. 22a BPG / Art. 20 Abs. 3 und 4 NDG; kantonale Behörden, nArt. 47 Abs. 3 AsylG), den Einbezug von Dritten für den Einzug von Datenträgern (Art. 26 Abs. 5 AsylG), sowie die Tangierung von Daten von Drittpersonen. Demgegenüber sind die Ausführungen im erläuternden Bericht zum Datenschutz zu knapp, um die datenschutzrechtlichen Bedenken auszuräumen. Dazu bräuchte es eine detailliertere Analyse und Begründung.

Gemäss nArt. 8a Abs. 1 AsylG des Vorentwurfs beinhalten die Daten, die das SEM bearbeiten darf, auch besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSG. Das sind Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten; die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit; Massnahmen der sozialen Hilfe; administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Die Bearbeitung und Verwendung dieser Daten geht weit über das Ziel der Identitätsklärung hinaus und untergräbt damit eines der zentralen Datenschutzprinzipien: den Grundsatz der Zweckbindung – und dies ausgerechnet in einem Bereich, in dem ein besonderes Bedürfnis nach Datenschutz besteht.³⁶ HEKS fordert daher eine explizite Beschränkung der Verwendung und Auswertung jener Daten, die tatsächlich und ausschliesslich dem anvisierten Zweck der Identitätsklärung dienen.

Der Vorentwurf (nArt. 8a Abs. 5 AsylG) sieht vor, dass der Bundesrat festlegt, welche Daten erhoben werden und den Zugriff sowie die Einzelheiten der Auswertung der Personendaten regelt. Er bestimmt insbesondere die verschiedenen elektronischen Daten, die ausgewertet werden können. Die Delegation der Rechtsetzungsbefugnisse hinsichtlich Datensicherheit und Datenschutz an den Bundesrat ist aus Sicht des HEKS ungenügend, da die Anforderungen an die Normdichte bei Datenbearbeitungsvorgängen mit einem derart grossen Gefährdungspotenzial wie im vorliegenden Fall besonders hoch sind. Nach Ansicht des HEKS sollten daher die Grundzüge der Materie ins Gesetz aufgenommen werden.

³¹ <https://www.infomigrants.net/en/post/24574/migrants-sue-german-state-over-mobile-phone-searches>. Der Beitrag veranschaulicht, was eine solche Massnahme für Betroffene bedeutet, so sagt einer der beschwerdeführenden Asylsuchenden: «It felt like I was handing over my whole life.»

³² Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf, S. 44.

³³ Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 57/2017 du 11 octobre 2017,

https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_57_2017_0.pdf.

³⁴ Vgl. Ciré, Recours contre la réforme « Mammouth », <https://www.cire.be/recours-contre-la-reforme-mammouth/>.

³⁵ Siehe dazu oben Ziff. 5.4.

³⁶ Vgl. Peter Uebersax: Zur Revision des Ausländergesetzes gemäss der Botschaft des Bundesrates vom März 2018, in: Jusletter 9.7.2018; Caroline Gloor Scheidegger, Adrian Lobsiger: Rechtliche Fragen bei der Bearbeitung von Migrationsdaten, in: Stephan Breitenmoser, Otto Lagodny, Peter Uebersax (Hrsg.): Schengen und Dublin in der Praxis – aktuelle Herausforderungen, Zürich 2018, S. 317-338.

8 Kosten

Der erläuternde Bericht der SPK-N enthält nur vage Angaben bezüglich der zu erwartenden Kosten. Der Personalaufwand sowie die Kosten für Beschaffung, Einrichtung und Betrieb neuer Informatikkomponenten sowie Dolmetschende und Einbezug der Rechtsvertretung können demnach noch nicht beziffert werden. Gemäss «informeller Anfragen des SEM an verschiedene Anbieter von in Frage kommender «Auswertungssoftware» würden sich die entsprechenden Anschaffungskosten in einem Bereich zwischen 100'000 und 200'000 Franken bewegen».³⁷ Es ist fraglich, ob aufgrund dieser ungenauen Angaben eine verlässliche Kostenprognose erstellt werden kann.

Zum Vergleich: In Deutschland fielen die Kosten für die notwendige Hard- und Software sowie die Analyse der Daten bisher deutlich höher aus als geplant: von 2017 bis April 2018 waren die Kosten mit 7.6 Millionen Euro mehr doppelt so hoch wie ursprünglich veranschlagt.³⁸ Die Gesellschaft für Freiheitsrechte führt weiter aus: «Laut Angaben des Bundesinnenministerium aus dem Dezember 2018 sind für das System bis Ende des Jahres 2019 Gesamtkosten in Höhe von 11,2 Millionen Euro vorgesehen. Die Gesamtkosten werden weiter steigen, für Support ist mit jährlich etwa 2,1 Millionen Euro zu rechnen. Ausserdem wurden entsprechend der Gesetzesbegründung 300.000 Euro pro Jahr für Lizenzen erwartet.»³⁹ Die Gesellschaft für Freiheitsrechte zieht den Schluss: «Es profitieren damit in erster Linie die Hersteller von Überwachungstechnologie, die mit ihren Angeboten gut verdienen.»⁴⁰

Die voraussichtlich hohen Kosten sind mit Blick auf den erwartungsgemäss beschränkten Nutzen⁴¹ nicht gerechtfertigt. Auch aus diesem Grund ist die vorgeschlagene Änderung aus Sicht des HEKS unverhältnismässig und unnötig.

³⁷ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 4.1.

³⁸ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf, S. 34.

³⁹ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf, S. 35.

⁴⁰ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf, S. 47.

⁴¹ Siehe dazu oben Ziff. 5.1.



Schweizerischer Anwaltsverband
Fédération Suisse des Avocats
Federazione Svizzera degli Avvocati
Swiss Bar Association

Per E-Mail an:
spk.cip@parl.admin.ch
Staatspolitische Kommission des
Nationalrats
3003 Bern

RR/Im

312

Bern, den 4. Juni 2020

17.423 n Pa.IV. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen – Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident

Sehr geehrte Damen und Herren Kommissionsmitglieder

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme im eingangs erwähnten Vernehmlassungsverfahren.

Der SAV vertritt die Anliegen der Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz. Als Rechtsvertreter leisten Anwältinnen und Anwälte einen wichtigen Beitrag zum Funktionieren des Asylverfahrens unter Wahrung der Verfahrensrechte der asylsuchenden Personen.

Die Auswertung von Daten aus Mobiltelefonen, Tablets oder anderen elektronischen Datenträgern kann ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Überprüfung der Identität der asylsuchenden Person sein. Die Durchsuchung der Datenträger wird indes regelmässig auch Informationen zutage fördern, welche die Privat- oder Intimsphäre der asylsuchenden Person oder anderer Personen betreffen. Im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit gilt es, die Durchsuchung der Datenträger und Auswertung der darauf gespeicherten Informationen möglichst schonend zu gestalten, sodass der Eingriff in die **Persönlichkeitsrechte** möglichst gering bleibt. Zusätzlich ist sicherzustellen, dass Informationen, die aus dem Verkehr der Anwältin oder des Anwalts mit der asylsuchenden Person stammen und dem **Anwaltsgeheimnis** unterliegen, unberücksichtigt bleiben.

Der SAV begrüsst das auf Seite 8 des erläuternden Berichts zum Vorentwurf (Art. 8a Abs. 4) skizzierte Triage-Verfahren, empfiehlt aber, dieses zumindest in den Grundzügen im Gesetz festzulegen und die Verordnungskompetenz des Bundesrats in diesem Zusammenhang nicht auf die Regelung der Auswertung von (nur) Personendaten (Art. 8a Abs. 5) zu beschränken.

Nur so wird die auf Seite 8 des erläutern Berichts skizzierte **Triage** zur verbindlichen Vorgabe für den Verordnungsgeber: Die Auswertung Daten aus elektronischen Datenträgern soll stets mit einer automatischen, softwaregestützten Suche beginnen und irrelevante oder vom Anwaltsgeheimnis erfassten Informationen sollen bereits auf diesem Weg aus dem durchsuchten Datensatz **ausgesondert** werden. Für die anschliessende manuelle Eingrenzung auf für die Identitätsaufklärung relevante Informationen sollte das SEM im Sinne der Verfahrensfairness und zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte der asylsuchenden Person Mitarbeiter einsetzen, die nicht Teil des Case-Teams für den relevanten Asylantrag sind. **Der Rechtsvertreterin oder dem Rechtsvertreter soll die Möglichkeit offen stehen, als Begleitung oder in Vertretung der asylsuchenden Person an der Triage mitzuwirken.**

Entsprechend schlägt der SAV vor, **Art. 8a E-AsylG wie folgt zu ergänzen** (vgl. die unterstrichenen Teile).

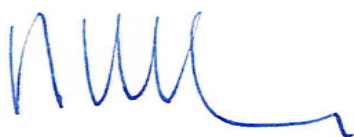
- (4) Die Auswertung erfolgt grundsätzlich während der Vorbereitungsphase (Art. 26) durch Mitarbeitende des SEM in Anwesenheit der asylsuchenden Person, ausser diese verzichtet auf die Anwesenheit bei der Auswertung oder weigert sich, bei der Auswertung anwesend zu sein. Die asylsuchende Person ist berechtigt, sich von ihrer Rechtsvertreterin oder ihrem Rechtsvertreter begleiten oder vertreten zu lassen. Die Auswertung wird in einem Protokoll festgehalten. Sie erfolgt auf der Grundlage der nach Absatz 3 zwischengespeicherten Daten und falls nötig anhand der Prüfung des elektronischen Datenträgers. Die Prüfung von elektronischen Datenträgern oder Auswertung der zwischengespeicherten Daten beginnt mit der Eingrenzung der Informationen auf für die Identitätsprüfung notwendige Informationen. Sie erfolgt zunächst automatisiert unter Verwendung von Informatikmitteln (Software) des SEM und anschliessend manuell. Vom Anwaltsgeheimnis erfasste oder für die Identitätsprüfung irrelevante Informationen sind auszusondern und vom zwischengespeicherten Datensatz zu löschen. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten der Durchsuchung des elektronischen Datenträgers und der Auswertung der gemäss Absatz 3 zwischengespeicherten Daten.

Wir danken Ihnen für die Prüfung unseres Vorschlags. Bei Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen für den SAV

SAV Präsident

Albert Nussbaumer



SAV Generalsekretär

René Rall





observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers
schweizerische beobachtungsstelle für asyl- und ausländerrecht
osservatorio svizzero sul diritto d'asilo e degli stranieri

Schweizerische Beobachtungsstelle
für Asyl- und Ausländerrecht
Hallerstrasse 58
3012 Bern
031 381 45 40
info@beobachtungsstelle.ch

Nationalrat
Staatspolitische Kommission
CH-3003 Bern
Per Mail an:
spk.cip@parl.admin.ch

Bern, 2. Juni 2020

Vernehmlassung: 17.423 Parlamentarische Initiative – Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident Glarner
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht (SBAA) bedankt sich für die Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung. Wird zu bestimmten Punkten nicht Stellung genommen, ist dies nicht als Zustimmung zu deuten.

Die von Nationalrat Gregor Rutz eingereichte parlamentarische Initiative 17.423 verlangt eine Anpassung der rechtlichen Grundlagen, damit im Asylverfahren mobile Datenträger wie Mobiltelefone oder Tablets ausgewertet werden können. Wenn die Identität der gesuchstellenden Person nicht anders festgestellt werden kann, soll die Mitwirkungspflicht der asylsuchenden Person die Pflicht umfassen, die entsprechenden Geräte herauszugeben bzw. die Kompetenzen der Behörden das Recht umfassen, die mobilen Datenträger zu prüfen.

Schwerer Eingriff in die Privatsphäre

Die SBAA kritisiert die geplanten Gesetzesänderungen scharf und lehnt die Vorlage der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (SPK-N) klar ab. Sie stellt einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre dar (Art. 13 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK). Aus Sicht der SBAA sind die Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff aus folgenden Gründen nicht erfüllt (Art. 36 BV).

Schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV). Im vorliegenden Fall sollen jedoch zentrale Aspekte erst auf Verordnungsstufe geregelt werden, was insgesamt als unzureichende gesetzliche Grundlage zu erachten ist. Zudem soll laut SPK-N die Liste der elektronischen Datenträger nicht abschliessend sein, weshalb die SBAA die gesetzliche Grundlage als ungenügend bestimmt einstuft. Die vorgesehenen Einschränkungen müssen zudem verhältnismässig sein (Art. 36

Abs. 3 BV). Diese Voraussetzung erachtet die SBAA als nicht gegeben: Die Massnahme ist nicht erforderlich, denn der Zweck kann auch mit weniger in die Grundrechte eingreifenden Massnahmen erreicht werden. Im Vorentwurf fehlt zudem der Vorbehalt der *ultima ratio*. Der beschränkte Nutzen steht in keinem Verhältnis zum schweren Eingriff in die Privatsphäre.

Es ist zwar vorgesehen, dass mobile Datenträger nicht gegen den Willen der Person entzogen werden können. Von einer freiwilligen Herausgabe der Daten kann jedoch keine Rede sein. Schliesslich wird die betroffene Person auf ihre Mitwirkungspflicht im Asylverfahren hingewiesen. Weigert sie sich, ihr Handy oder Laptop herauszugeben, kann diese verweiger- te Mitwirkung dazu führen, dass ihr Asylgesuch abgeschrieben oder abgelehnt wird (Art. 31a Abs. 4 AsylG i.V.m. Art. 36 Abs. 1 lit. c AsylG). Zudem haben die asylsuchenden Personen bereits heute eine allgemeine Mitwirkungspflicht und können auch freiwillig Handy- und Computerdaten als Beweismittel einreichen. Ausserdem ist zu bedenken, dass asylsuchende Personen oftmals ein gewisses Misstrauen gegenüber den Behörden haben. Viele sind ge- flüchtet, weil sie in ihrem Heimatland mit willkürlicher Staatsgewalt konfrontiert wurden und die Erfahrung gemacht haben, dass sie staatlichen Behörden nicht vertrauen können.

Darüber hinaus stellt die SBAA fest, dass die Vorlage über den Zweck der parlamentarischen Initiative hinausgeht. Erstens wurde die Datenauswertung auf die Abklärung des Reisewegs ausgedehnt und zweitens wurde die Mitwirkungspflicht auf das Wegweisungsvollzugsverfah- ren erweitert. Dies ist für die SBAA nicht haltbar.

Fehlende Transparenz

In ihrem Bericht begründet die SPK-N die Einführung der neuen Regelung in der Schweiz u.a. damit, dass dies bereits in anderen europäischen Staaten wie Deutschland praktiziert wird. Nicht erwähnt werden aber die kontroversen Diskussionen, die problematischen As- pekte und der äusserst beschränkte Nutzen. Die SBAA verweist an dieser Stelle auf die Stel- lungnahme zur vorliegenden Vernehmlassung der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH), welche die Komplexität der Thematik in Deutschland detailliert aufzeigt. Wie die SFH aus- führt, machen die Erfahrungen in Deutschland und anderen europäischen Ländern deutlich, dass sich bzgl. fundamentaler Grundsätze wie der Rechtsstaatlichkeit und der Verhältnis- mässigkeit noch zahlreiche ungeklärte Fragen stellen. Die Erfahrungen aus Deutschland dokumentieren zudem, dass solche Massnahmen sehr hohe Kosten generieren, aber nur ein kleiner Teil der Auswertungen zu einem nennenswerten Nutzen führt. Da sich in der Schweiz zahlreiche ähnliche Fragen stellen, ist das Verhältnis von Aufwand / Kosten und Nutzen äus- serst kritisch zu begutachten, insb. da die SPK-N in ihrem Bericht nur sehr vage Angaben zu den zu erwartenden Kosten macht.

Das Staatssekretariat für Migration (SEM) hat in den Bundesasylzentren Chiasso und Vallor- be von November 2017 bis Mai 2018 ein Pilotprojekt durchgeführt, in dem die asylsuchenden Personen auf freiwilliger Basis mobile Datenträger einreichen konnten. Die SBAA kritisiert, dass weder der Schlussbericht noch die konkreten Resultate des Pilotprojekts durch das SEM publiziert wurden, sondern die Hauptkenntnisse nur durch Medien bekannt wurden. Laut Medienberichten wurden nur in 11 Prozent der Fälle „nützliche Hinweise“ zur Identität und zur Herkunft gefunden.¹ Die SBAA teilt die Kritik der SFH, dass auch im erläuternden Bericht der SPK-N nur generelle Aussagen und keine quantitativen Aussagen zum Pilotpro- jekt gemacht werden. Der behauptete Nutzen der Datenauswertung kann deshalb mangels Transparenz weder überprüft werden noch ist er dadurch glaubhaft belegt.

¹ Der Bund vom 09.08.2019 „Handys von Asylsuchenden geprüft – und fündig geworden“
<https://www.derbund.ch/schweiz/standard/bund-kontrolliert-handys-von-asylsuchenden/story/29531805>

Umgang mit sensiblen Daten

Im Asylverfahren geht es um sensible Daten der gesuchstellenden Personen. Der Datenschutz der Betroffenen ist in allen Verfahrensschritten zu wahren. Die SBAA fordert, dass nur Regelungen eingeführt werden, die vom Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden. Verschiedene Fragen sind noch offen, u.a. bzgl. Zwischenspeicherung der Daten und Weiterleitung an andere Behörden. Weiter stellt sich die Frage, was mit den ausgewerteten Daten von Drittpersonen passiert.

Gemäss dem Vorentwurf beinhalten die Daten, die das SEM bearbeiten darf, auch besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSG. Dies beinhaltet u.a. Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten; die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit oder Massnahmen der sozialen Hilfe. Weshalb solche Daten für die Feststellung der Identität benötigt werden, ist höchst fraglich. Dadurch wird zudem eines der zentralen Datenschutzprinzipien untergraben: der Grundsatz der Zweckbindung.

Aufgrund der obenstehenden Ausführungen lehnt die SBAA die Vorlage der SPK-N klar ab. Wir bedanken uns für die Kenntnisnahme und bitten Sie, unsere Anliegen zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse



Noémi Weber
Geschäftsleiterin SBAA

Staatspolitische Kommission des
Nationalrates
spk.cip@parl.admin.ch

Bern, 31. Mai 2020

**Parlamentarische Initiative 17.423: Mitwirkungspflicht im Asylverfahren.
Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen. Vorentwurf und erläuternder Bericht der
Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 14. Februar 2020**

Sehr geehrte Damen und Herren

Die SFH bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen dieser Vernehmlassung. In der Beilage lassen wir Ihnen unsere Vernehmlassungsantwort zukommen. Gerne möchten wir an dieser Stelle auf die wichtigsten Punkte hinweisen:

Die SFH lehnt die Vorlage der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern ab. Sie stellt einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre dar. Aus Sicht der SFH sind die Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff nicht erfüllt (Art. 36 BV: gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Schutz des Kerngehalts).

Die Erfahrungen insbesondere in Deutschland zeigen auf, wie komplex die Thematik ist, und bestätigen die Bedenken der SFH hinsichtlich Rechtsstaatlichkeit, Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, Verhältnismässigkeit und Datenschutz. In der Vernehmlassungsvorlage fehlen die notwendigen Erläuterungen, um überzeugend darlegen zu können, wie diesen Fragen tatsächlich Rechnung getragen werden soll. Zudem sind gemäss Erfahrungswerten in Deutschland hohe Kosten zu erwarten, bei verhältnismässig geringem Nutzen.

Unsere detaillierte Stellungnahme finden Sie im Anhang. Für Fragen steht Ihnen Frau Seraina Nufer, Co-Bereichsleiterin Recht, gerne zur Verfügung (Tel. 031 370 75 34).

Freundliche Grüsse



Miriam Behrens
Direktorin



Seraina Nufer
Co-Bereichsleiterin Recht

Parlamentarische Initiative 17.423: Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen. Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 14. Februar 2020

Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen
Flüchtlingshilfe

Bern, 27. Mai 2020

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	3
2	Das Wichtigste in Kürze	4
3	Gesetzliche Grundlage	5
4	Öffentliches Interesse	6
4.1	Feststellung von Identität, Nationalität und Reiseweg	6
4.2	Schlepperwesen und Kriegsverbrechen	7
5	Verhältnismässigkeit	7
5.1	Fragliche Eignung: geringer Nutzen	7
5.2	Erforderlichkeit und Verhältnis Zweck-Wirkung	9
5.3	Besonders schützenswerte Daten	10
5.4	Keine Freiwilligkeit	11
6	Vergleich zum Strafprozessrecht	11
7	Mitwirkungspflicht im Wegweisungsvollzugsverfahren	12
8	Datenschutz	13
9	Kosten	15

1 Einleitung

Die SFH bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussert sich im Folgenden zu den für sie wichtigsten Punkten. Wenn zu einem Punkt keine Stellung bezogen wird, ist dies nicht als Zustimmung zu werten.

Die SFH lehnt die Vorlage der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (SPK-N) zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern ab. Sie stellt einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre dar. Aus Sicht der SFH sind die Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff nicht erfüllt (Art. 36 BV: gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Schutz des Kerngehalts).

Die SPK-N begründet die Einführung einer entsprechenden Rechtsgrundlage in der Schweiz unter anderem damit, dass andere europäische Länder ebenfalls entsprechende Regelungen kennen.¹ Sie stellt die Praxis in den betreffenden Ländern im erläuternden Bericht jedoch nur sehr knapp und einseitig dar. In keiner Weise erwähnt werden die kontroversen Diskussionen, die problematischen Aspekte und der äusserst beschränkte Nutzen. Tatsächlich zeigen aber die nicht erwähnten Erfahrungen in Deutschland und anderen europäischen Ländern, die in den letzten Jahren ähnliche Regelungen eingeführt haben, wie komplex die Thematik ist. Sie machen deutlich, welche zahlreichen noch ungeklärten Fragen und Probleme sich stellen mit Blick auf fundamentale Grundsätze wie Rechtsstaatlichkeit, Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, Verhältnismässigkeit und Datenschutz. Die Erfahrungen insbesondere aus Deutschland dokumentieren zudem, dass solche Massnahmen sehr hohe Kosten generieren, aber nur ein kleiner Teil der Auswertungen zu einem nennenswerten Nutzen führt.² Von einer «effizienten Methode», von der die SPK-N in ihrem erläuternden Bericht spricht, kann also keine Rede sein.³ Die Erfahrungswerte des Auslandes rechtfertigen aus Sicht der SFH denn auch nicht die zu Ausdruck gebrachte optimistische Haltung der SPK-N. Vielmehr müssen sie als Warnung angesehen werden, mit welchen Risiken die Einführung solch weitgehender Massnahmen verbunden ist.

Aus Sicht der SFH darf keine entsprechende Rechtsgrundlage eingeführt werden, weil sie nicht mit den rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Garantien vereinbar ist. Eine hinreichende Risiko- und Folgenabschätzung wurde augenscheinlich nicht vorgenommen. Für den geplanten schweren Grundrechtseingriff wären indes detaillierte, vertiefte Abklärungen und Erläuterungen zwingend, um überzeugend darlegen zu können, wie den verschiedenen Problemen und Fragen hinsichtlich Rechtsstaatlichkeit, Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, Verhältnismässigkeit und Datenschutz tatsächlich Rechnung getragen werden soll. Solche Ausführungen fehlen in der Vernehmlassungsvorlage jedoch gänzlich.

¹ 17.423 Parlamentarische Initiative, Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 14. Februar 2020 (SPK-N, Erläuternder Bericht), Ziff. 1.3.

² Siehe unten Ziff. 5.1 mit Verweis auf: Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf. Die Studie enthält ausführliche Informationen zur Rechtslage und Praxis in Deutschland, sowie einen kurzen Überblick über die Rechtslage und Praxis in Dänemark, Norwegen, Belgien, Österreich und Grossbritannien.

³ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 1.2.

2 Das Wichtigste in Kürze

Die SFH lehnt die Vorlage der SPK-N zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern ab. Die Massnahme stellt einen schweren Eingriff in das Recht auf Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK) dar, wobei die Voraussetzungen für einen solchen Eingriff nicht erfüllt sind:

- Die **gesetzliche Grundlage** ist unzureichend: Schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten erfordern ein Gesetz im formellen Sinn als Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Gemäss Vorentwurf sollen zentrale Aspekte jedoch erst auf Verordnungsstufe geregelt werden sollen (Triage der für die Identitätsabklärung relevanten Daten, Definition, welche Daten erhoben werden, Regelung des Zugriffs). Zudem ist die Grundlage nicht genügend bestimmt, indem sie mögliche Datenträger gemäss künftigen technischen Entwicklungen umfasst.
- **Verhältnismässigkeit**: Die SFH hält die Pflicht von Asylsuchenden, zwecks Identitätsfeststellung elektronische Datenträger auszuhändigen, und das entsprechende Überprüfungsrecht des SEM für unverhältnismässig.
 - o Die Massnahme ist nicht erforderlich, weil der Zweck auch mit Massnahmen, die weniger stark in Grundrechte eingreifen, erreicht werden kann. Zudem fehlt im Vorentwurf der Vorbehalt der *ultima ratio*.
 - o Der beschränkte Nutzen steht in keinem Verhältnis zum schweren Eingriff in die Privatsphäre.
 - o Angesichts der schweren verfahrensrechtlichen Folgen einer Verletzung der Mitwirkungspflicht kann nicht von einer «freiwilligen» Herausgabe der Datenträger gesprochen werden.
- Es fehlt eine **gerichtliche Kontrolle** der Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit, welche im Strafverfahren in Bezug auf Personen, die schwerer Straftaten verdächtigt werden, zwingend vorausgesetzt ist. Im Asylverfahren geht es nicht um potenzielle Straftäter, sondern um Schutzsuchende. Umso stossender ist, dass für sie nicht einmal dieselben verfahrensrechtlichen Garantien gelten sollen.
- **Datenschutz**: Im Asylverfahren sind sensible Daten betroffen. Bei allen Verfahrensschritten sind der Datenschutz der Betroffenen sowie die Verhältnismässigkeit zu wahren. Es sollen nur Regelungen eingeführt werden, die vom Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden. In anderen europäischen Ländern wurde in der Diskussion um die Einführung ähnlicher Regelungen von verschiedenen Seiten gewichtige datenschutzrechtliche Probleme angeführt.
- **Kosten**: Die vorgeschlagene Massnahme führt zu sehr hohen Kosten, welche in keinem Verhältnis zum beschränkten Nutzen stehen.
- Die Vorlage geht über den in der Parlamentarischen Initiative geforderten Zweck hinaus, indem sie den Zweck auf die Abklärung des Reisewegs ausdehnt, und die Mitwirkungspflicht auf das Wegweisungsvollzugsverfahren erweitert.

3 Gesetzliche Grundlage

Die geplante Gesetzesänderung stellt einen Eingriff in den Schutz der Privatsphäre dar (Art. 13 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK), genauer in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dies stellt auch die SPK-N in ihrem erläuternden Bericht fest und bezeichnet den Schutz der Privatsphäre als «wichtiges Grundrecht, das selbstverständlich auch im Asylverfahren gewährt werden muss.»⁴ Aus Sicht der SFH stellt die Auswertung von elektronischen Datenträgern im Asylverfahren einen **schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre** dar. Gerade auf den Handys der Asylsuchenden ist eine Vielzahl persönlicher und teils höchst sensibler Daten gespeichert. Aber auch unbeteiligte Dritte würden durch die behördliche Auswertung erfasst. Mit dem Auslesen der Daten erhielten die Behörden auch etwa Zugriff auf Daten von Familienmitgliedern und Unterstützern oder auf die Korrespondenz zwischen Schutzsuchenden und Anwälten oder Ärzten – ohne dass diese Dritten vorab eine persönliche Zustimmung erteilt haben. Zwar dürfen Personendaten von Drittpersonen gemäss erläuterndem Bericht nicht ausgewertet werden.⁵ Angesichts der Fülle von möglichen auszuwertenden Daten inklusive Korrespondenz scheint diese Abgrenzung in der Praxis jedoch schwierig. Im erläuternden Bericht fehlen Erläuterungen dazu, wie dies sichergestellt werden soll.

Auch das SEM bezeichnete die Massnahme anlässlich einer Medienanfrage nach der Auswertung des Pilotprojekts 2019 als «schweren Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung».⁶ Die Gesellschaft für Freiheitsrechte in Deutschland hält in ihrer Studie zur Praxis in Deutschland fest: «Die Auswertung von Smartphones, in welchen sich eine Vielzahl sensibler Daten aus unterschiedlichsten Lebensbereichen bündeln, stellt unzweifelhaft einen gravierenden Grundrechtseingriff dar.»⁷

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV muss ein schwerer Eingriff in das Recht auf Privatsphäre in einem **Gesetz im formellen Sinn** geregelt sein. Aus Sicht der SFH erfüllt die Vorlage diese Anforderungen nicht. Zwar sollen die grundsätzlichen Punkte – Pflicht zur Aushändigung der Datenträger sowie Bearbeitungsrecht des SEM – im Asylgesetz geregelt werden. Mehrere zentrale Aspekte sollen hingegen erst auf Verordnungsstufe geregelt werden (Triage der für die Identitätsabklärung relevanten Daten, Definition welche Daten erhoben werden, Regelung des Zugriffs, nArt. 8a Abs. 5 AsylG). Auch die Ausführungen im erläuternden Bericht sind zu vage bezüglich der Frage, welche Daten genau erhoben werden sollen. Zudem fehlen in der Vorlage klare Informationen und konkrete Vorgaben zum Ablauf bezüglich Auslesen der Daten, Zwischenspeicherung und Auswertung. Diese relevanten Aspekte müssten aus Sicht der SFH im Gesetz selbst enthalten sein.⁸

Die gesetzliche Grundlage muss zudem hinreichend bestimmt sein. Die im Vorentwurf vorgeschlagene Liste von Datenträgern (nArt. 8a Abs. 2 AsylG) soll gemäss erläuterndem Bericht

⁴ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.

⁵ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8a Abs. 3 bis 5.

⁶ Der Bund, Handys von Asylsuchenden geprüft – und fündig geworden, 09.08.2019, <https://www.der-bund.ch/schweiz/standard/bund-kontrolliert-handys-von-asylsuchenden/story/29531805>.

⁷ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf, S. 9.

⁸ Auch aus datenschutzrechtlichen Gründen müssten die Grundzüge der Materie in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein, siehe unten Ziff. 8.

nicht abschliessend sein, um künftigen technischen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Angesichts der noch völlig unbekannt Dimensionen, welche künftige technische Entwicklungen annehmen könnten, ist diese Bestimmung als gesetzliche Grundlage **zu unbestimmt**, um einen so weitgehenden Eingriff in die Privatsphäre zu erlauben. Auch in dieser Hinsicht sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nicht erfüllt.

4 Öffentliches Interesse

4.1 Feststellung von Identität, Nationalität und Reiseweg

Als öffentliches Interesse (Zweck) wird die Feststellung von Identität, Nationalität und Reiseweg von Asylsuchenden genannt. Die SFH weist darauf hin, dass der Zweck der Feststellung des Reisewegs in der Parlamentarischen Initiative 17.423, welche die Grundlage für diese Vorlage darstellt, nicht enthalten war. Die Parlamentarische Initiative forderte explizit eine Auswertung von Datenträgern nur zwecks Abklärung der *Identität*. **Die Abklärung des Reisewegs ist jedoch ein ganz anderer Zweck**. Aus Sicht der SFH ist die nachträgliche Auswertung auf diesen zusätzlichen Zweck daher fragwürdig, zumal damit weitergehende Daten ausgelesen werden, deren Auswertung für den ursprünglichen Zweck der Identitätsklärung gar nicht erforderlich sind.

In **Deutschland** bezieht sich die Regelung **nur auf die Abklärung von Identität und Staatsangehörigkeit**⁹, nicht auf den Reiseweg. Pro Asyl befürchtete bei der Einführung dennoch eine Ausdehnung auf den Reiseweg in der Praxis und wies auf die Unterschiede der beiden Zielsetzungen hin: «Die Überprüfung des Reisewegs ist aber ein ganz anderer Zweck, als die Überprüfung der Identität. Hier zeigt sich besonders, dass das Gebot der Zweckbindung nicht beachtet werden wird. Es steht zu befürchten, dass das Bundesamt in der Praxis die Daten der Betroffenen zweckentfremden wird. Insbesondere drängt sich die Vermutung auf, dass die Daten genutzt werden, um den Reiseweg nachvollziehen zu können, um darüber einen nach der Dublin-III-Verordnung zuständigen Mitgliedstaat zu ermitteln und den Antragsteller dahin rückzuüberstellen.»¹⁰ Auch in Bezug auf die Einführung einer entsprechenden Regelung in der Schweiz drängt sich der Verdacht auf, dass der Zweck der Abklärung des Reisewegs primär mit Blick auf die Feststellung des zuständigen Dublin-Mitgliedstaates hinzugefügt wurde. Denn durch die Auswertung von Datenträgern könnte allenfalls das Ersteinreiseland im Dublin-Raum ermittelt werden. Die Dublin-III-VO listet aber bereits zahlreiche Möglichkeiten (Beweismittel und Indizien) auf, die zur Abklärung des zuständigen Staates hinzugezogen werden können. Für diese Abklärung ist somit eine Auswertung von Datenträgern nicht notwendig und angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs nicht gerechtfertigt.

⁹ §15 Abs. 2 Nr. 6 und §15a [deutsches Asylgesetz](#).

¹⁰ Sachverständigen-Stellungnahme von PRO ASYL für die öffentliche Anhörung am 27. März 2017 vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BR-Drucksache 179/17, 22.03.2017, <https://www.bundestag.de/resource/blob/500016/c93c5454d698d8b0e8f08117cefae473/18-4-825-A-data.pdf>, S. 20.

4.2 Schlepperwesen und Kriegsverbrechen

Sekundär genannt wird im erläuternden Bericht, dass mit der Auswertung von elektronischen Datenträgern zudem ein Beitrag zur Bekämpfung des Schlepperwesens und zur Aufdeckung von Kriegsverbrechen geleistet werden könne. Es scheint fraglich, ob mit den vorgeschlagenen Änderungen tatsächlich ein Beitrag zur Bekämpfung des Schlepperwesens und zur Aufdeckung von Kriegsverbrechen geleistet werden kann. Höchstens in vereinzelt Ausnahmefällen würden wohl entsprechende Hinweise durch das SEM ermittelt werden.¹¹ Diese Ziele werden im erläuternden Bericht denn auch nur beiläufig erwähnt. Zur Begründung und Rechtfertigung des geplanten schweren Grundrechtseingriffs reicht deren blosser Erwähnung aber nicht. Zudem dürfen Schutzsuchende nicht als potenzielle Kriegsverbrecher oder Schlepper(helfer) pauschal kriminalisiert werden.

5 Verhältnismässigkeit

Jede Massnahme, die in ein Grundrecht eingreift, muss geeignet und erforderlich (*ultima ratio*, keine mildereren Massnahmen) sein. Zudem müssen Zweck und Wirkung des Grundrechtseingriffs im Verhältnis stehen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Aus Sicht der SFH sind diese Voraussetzungen bei der vorgeschlagenen Pflicht von Asylsuchenden, elektronische Datenträger auszuhändigen, und dem entsprechenden Überprüfungsrecht des SEM, nicht erfüllt.

5.1 Fragliche Eignung: geringer Nutzen

Im Pilotprojekt in den Bundesasylzentren Chiasso und Vallorbe von November 2017 bis Mai 2018, bei welcher Asylsuchende auf freiwilliger Basis mobile Datenträger einreichen konnten, wurden gemäss Medienberichten aufgrund der Auswertung nur in 11 Prozent der Fälle (total wurden 565 Datenträger ausgewertet) «nützliche Hinweise» zur Identität und zur Herkunft gefunden.¹² Befremdend ist angesichts der Tragweite des Pilotprojekts und des grossen öffentlichen Interesses, dass weder der Schlussbericht noch die konkreten Resultate des Projekts durch das SEM publiziert wurden, sondern deren Bekanntwerden allein den Medien zu verdanken ist. Auch der erläuternde Bericht der SPK-N schafft die erforderliche Transparenz nicht. Er enthält nur sehr generelle Aussagen zum Pilotprojekt, und keine quantitativen Aussagen dazu, in wie vielen Fällen nützliche Hinweise gefunden werden konnten. Offen bleibt somit aber insbesondere, auf welchen Daten welche Hinweise konkret beruhen, wonach deren Nützlichkeit beurteilt wird, welche Konsequenzen diese in jeweils wie vielen Fällen hatten (Bestätigung oder Widerlegung der gemachten Angaben der Asylsuchenden) und ob diese

¹¹ Im Pilotprojekt in den Bundesasylzentren Chiasso und Vallorbe von November 2017 – Mai 2018 (auf freiwilliger Basis) wurden in 5 von 565 Fällen Informationen an die Polizei- und Sicherheitsbehörden weitergeleitet wegen Verdachts auf Straftaten: Der Bund, Handys von Asylsuchenden geprüft – und fündig geworden, 09.08.2019, <https://www.derbund.ch/schweiz/standard/bund-kontrolliert-handys-von-asylsuchenden/story/29531805>.

¹² Der Bund, Handys von Asylsuchenden geprüft – und fündig geworden, 09.08.2019, <https://www.derbund.ch/schweiz/standard/bund-kontrolliert-handys-von-asylsuchenden/story/29531805>. Im Pilotprojekt wurden auch bereits systematisch Daten zum Reiseweg erhoben, obwohl dieser zusätzliche Zweck im Auftrag der Parlamentarischen Initiative 17.423 gar nicht vorgesehen war (siehe dazu oben Kap. 4.1). In 4 Prozent der Fälle fanden sich laut SEM dazu «nützliche Hinweise».

Hinweise nicht auch mit anderen, mildernden Massnahmen hätten gewonnen werden können. Kurzum: Der behauptete Nutzen der Datenauswertung kann mangels Transparenz so weder überprüft werden noch ist er dadurch glaubhaft belegt.

Die Erfahrungswerte in Deutschland stützen die Zweifel am behaupteten Nutzen: Die Gesellschaft für Freiheitsrechte hält in ihrer Studie vom Dezember 2019 gestützt auf Antworten der deutschen Bundesregierung auf Anfragen von Abgeordneten fest: «In etwa einem Viertel der Fälle scheitern die Datenträgerauslesungen bereits technisch. Von Januar 2018 bis Juni 2019 wurden insgesamt etwa 17.000 Datenträger erfolgreich ausgelesen. Seit Beginn der Datenträgerauswertungen waren diese durchschnittlich nur in weniger als der Hälfte der Fälle brauchbar und nur in ein bis zwei Prozent der Fälle ergab sich aus der Auswertung ein Widerspruch zu gemachten Angaben. In allen übrigen Fällen bestätigte der Test das, was Asylsuchende vorgetragen hatten.»¹³

Zudem gestand die deutsche Bundesregierung ein, dass der anvisierte angebliche Nutzen empirisch schlicht nicht belegbar ist: «Da neben der Auswertung von Datenträgern auch viele andere Aspekte in die Bewertung einfließen, lässt sich statistisch nicht ermitteln, in welchem Umfang die Auswertung von Datenträgern Asylsuchender durch das BAMF bislang dazu geführt oder massgeblich dazu beigetragen hat, Angaben der Asylsuchenden zu ihrer Herkunft / Identität / Staatsangehörigkeit zu widerlegen bzw. zu bestätigen. Auch wenn die ausgelesenen Daten gegen die angegebene Herkunft sprechen, kann es im Einzelfall sein, dass es andere Erkenntnisse gibt, die letztlich zu einer Bestätigung der Herkunftsangabe führen.»¹⁴

Gemäss der Gesellschaft für Freiheitsrechte in Deutschland birgt die automatische Auswertung von Daten, u.a. die Analyse von Sprachen und Dialekten aufgrund von Sprach- oder Chatnachrichten, zudem ein grosses Fehlerpotenzial. Dies kann zu einer Diskriminierung von Asylsuchenden aus bestimmten Herkunftsländern führen. Aufgrund fehlender Daten zur Zuverlässigkeit der Spracherkennung seien Behördenmitarbeitende sowie Gerichte nicht in der Lage, den Beweiswert der automatischen Prüfung sachgerecht einzuschätzen, was rechtsstaatlich problematisch sei.¹⁵ In der Vernehmlassungsvorlage bleibt die Auswertungsmethode unklar. Fest steht: Würden bei der Auswertung gemäss Vorentwurf automatische Mechanismen eingesetzt, gelten die erwähnten rechtsstaatlichen Bedenken auch hierzulande. Sollte die Auswertung hingegen rein manuell durch Mitarbeitende des SEM vorgenommen werden, würde dies zu enormen Aufwand- und damit Kostensteigerungen führen.

Angesichts dieser Erfahrungswerte ist mehr als fraglich, ob die Abgabepflicht und Auswertung elektronischer Datenträger überhaupt geeignet ist für den anvisierten Zweck. Jedenfalls kann der absehbare geringe Nutzen den schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre aus Sicht der SFH nicht rechtfertigen, weshalb die Massnahme unverhältnismässig ist.

¹³ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie-Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf>, S. 5.

¹⁴ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Dr. André Hahn, Gökyay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Drucksache 19/2186, Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das erste Quartal des Jahres 2018, Drucksache 19/3148, 03.07.2018, Ziff. 8, S. 26, <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/031/1903148.pdf>.

¹⁵ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie-Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf>, S. 20.

5.2 Erforderlichkeit und Verhältnis Zweck-Wirkung

Damit eine grundrechtsbeschränkende Massnahme verhältnismässig ist, muss sie erforderlich sein. Das ist nur der Fall, wenn derselbe Zweck nicht mit mildereren Massnahmen erreicht werden kann, welche weniger stark in das Grundrecht eingreifen. Dieses Prinzip ist aus Sicht der SFH in der Vorlage der SPK-N nicht erfüllt: Die Formulierung in nArt. 8 Abs. 1 Bst. g AsylG des Entwurfs «wenn ihre Identität, die Nationalität oder der Reiseweg weder gestützt auf Identitätsausweise noch mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise» festgestellt werden kann, ist zu unbestimmt. Es fehlt eine Präzisierung, dass eine solche Massnahme nur als *ultima ratio* eingesetzt werden darf, also nur, wenn die Identität, die Nationalität oder der Reiseweg **nicht mit einem geringeren Eingriff in die Privatsphäre** festgestellt werden kann. Diese zentrale Voraussetzung fehlt auch im erläuternden Bericht. Die Feststellung, dass «der asylsuchenden Person immer zuerst die Gelegenheit eingeräumt werden muss, von sich aus Angaben zur Nationalität oder zum Reiseweg zu machen»¹⁶, sollte selbstverständlich sein. Weiter hält der erläuternde Bericht fest: «Eine Feststellung der Identität auf 'andere Weise' ist in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips immer dann zuerst angezeigt, wenn diese mit einem im Vergleich zur elektronischen Datenauswertung geringeren Aufwand möglich ist.»¹⁷ Die Durchführung einer LINGUA-Analyse sei aber nicht vor einer Auswertung eines elektronischen Datenträgers ins Auge zu fassen, «da ein solches Verfahren mit einem grossen zeitlichen und organisatorischen Aufwand verbunden» sei.¹⁸ Dieser Argumentation kann aus Sicht der SFH nicht gefolgt werden, denn ausschlaggebend für die Verhältnismässigkeit *des Grundrechtseingriffs* ist nicht der (in erster Linie beim Staat anfallenden) Aufwand, sondern das *Ausmass des Grundrechtseingriffs*. Im deutschen Asylgesetz findet sich die entsprechende Voraussetzung: Die Auswertung eines Datenträgers ist nur zulässig, wenn dies zur Feststellung von Identität und Staatsangehörigkeit notwendig ist, und der Zweck der Massnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann.¹⁹

Asylsuchende haben bereits heute eine allgemeine gesetzliche Mitwirkungspflicht im Verfahren. Sie können dazu auch freiwillig Handy- und Computerdaten als Beweismittel geltend machen – etwa Fotos, die ihre Flucht dokumentieren, oder Korrespondenzen. Zudem nutzt das Staatssekretariat für Migration bereits jetzt niederschwelligere Prüfverfahren wie etwa die öffentlich zugänglichen Social-Media-Profile, die vollauf genügen und das Recht auf Privatsphäre nicht tangieren. Eine LINGUA-Analyse würde ebenfalls einen geringeren Eingriff darstellen. Der genannte Zweck, die Abklärung von Identität und Nationalität, kann somit auch mit weniger einschneidenden Massnahmen ausreichend erfüllt werden, weshalb die **Voraussetzung der Erforderlichkeit nicht erfüllt** ist.

Da die Auswertung der Datenträger bereits zu Beginn des Verfahrens, gemäss erläuterndem Bericht in der Regel in der Vorbereitungsphase, vorgenommen werden soll, und angesichts der beschränkten Zeit im beschleunigten Verfahren, scheint zweifelhaft, ob tatsächlich gewährleistet ist, dass zuerst weniger einschneidende Massnahmen ausgeschöpft werden. Daher muss diese **Kaskade – die Ausschöpfung von Massnahmen, die weniger stark in die**

¹⁶ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g.

¹⁷ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g.

¹⁸ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g.

¹⁹ § 15a [deutsches Asylgesetz](#).

Grundrechte der Asylsuchenden eingreifen – verbindlich im Gesetz festgeschrieben werden.

Der deutsche Anwaltverein hielt die Einführung einer ähnlichen Regelung in Deutschland ebenfalls für klar unverhältnismässig: «Die vorgesehene Mitwirkungspflicht des Asylbewerbers, die daran anknüpfende Durchsuchungsbefugnis und die Auswertungsbefugnis gehen zu weit. Sie erfassen nämlich sämtliche Datenträger – neben Mobiltelefonen und Smartphones z. B. Tablets, Notebooks, sonstige Computer, externe Festplatten und USB-Sticks) und vor allem sämtliche darauf enthaltene Daten des Betroffenen – von Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind, einmal abgesehen. Dies geht im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit des Eingriffs zu weit. Auch in tatsächlicher Hinsicht besteht kein Bedarf an einer Speicherung und Verwendung dieses Datenumfangs zur Feststellung von Identität und/oder Staatsangehörigkeit des Betroffenen. Es dürfen viel mehr Daten gespeichert und durchgesehen werden, als es für den verfolgten Zweck der Feststellung von Identität und/oder Staatsangehörigkeit erforderlich ist.»²⁰

5.3 Besonders schützenswerte Daten

Gemäss nArt. 8a Abs. 1 AsylG des Vorentwurfs beinhalten die Daten, welche das SEM bearbeiten darf, auch besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSGVO. Das sind Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten; die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit; Massnahmen der sozialen Hilfe; administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Es ist nicht ersichtlich, warum solche Daten für die Feststellung der Identität, der Nationalität oder des Reiseweges benötigt werden.²¹ Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Suche nach Informationen bezüglich Identität und Nationalität auch besonders schützenswerte Daten zu Tage treten, auch wenn nicht explizit nach diesen gesucht wird. Wie mit solchen «Zufallsfunden» umgegangen werden soll, ist unklar. Dies zeigt aus Sicht der SFH gerade auf, wie heikel das Vorhaben ist, und wie (unnötig) stark es in den Schutz der Privatsphäre eingreift. Es ist fraglich, ob damit der Kerngehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre respektiert werden kann i.S.v. Art. 36 Abs. 4 BV.

Pro Asyl hat dazu in der Debatte in Deutschland festgehalten: «Gerade Smartphones fungieren als Speicher absolut privater Daten, seien es private Fotos oder intime Konversationen. Praktisch wird es für das Bundesamt kaum möglich sein eine Überprüfung der technischen Geräte vorzunehmen, ohne direkt auf höchstpersönliche Daten aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zu stossen.»²² Pro Asyl kam zum Schluss: «Mit dem systematischen Auslesen der Handydaten schafft der Gesetzentwurf den «gläsernen Flüchtling», es gibt keine Grenze zum grundgesetzlich geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung. Damit erfolgt ein Ausspähen, das verfassungswidrig ist.»²³

²⁰ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht (BT-Drs. 18/11546), Mai 2017, https://dav-migrationsrecht.de/files/page/0_86660500_1497055889s.pdf, S. 3f.

²¹ Bezüglich Datenschutz in diesem Zusammenhang siehe unten Ziff. 8.

²² Pro Asyl, Sachverständigen-Stellungnahme, 22.03.2017, S. 20.

²³ Pro Asyl, Sachverständigen-Stellungnahme, 22.03.2017, S. 4.

5.4 Keine Freiwilligkeit

Die SPK-N hält den Vorschlag für verhältnismässig, und begründet dies u.a. damit, dass die Auswertung nur mit Einverständnis der Asylsuchenden geschehe; diese könnten daher selber über die Verwertung ihrer Daten bestimmen, indem sie die Aushändigung verweigern. Eine Verweigerung der Herausgabe von elektronischen Datenträgern würde aber eine **Verletzung der Mitwirkungspflicht** darstellen. Eine solche hat **gravierende verfahrensrechtliche Konsequenzen**:

- Negativer Einfluss auf die Glaubwürdigkeitsprüfung
- Formlose Abschreibung (Art. 8 Abs. 3bis AsylG)
- Ablehnung ohne Anhörung (nur mit rechtl. Gehör) bei schuldhafter grober Verletzung der Mitwirkungspflicht (Art. 36 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 31a Abs. 4 AsylG)
- Allenfalls Administrativhaft bei Verletzung der Mitwirkungspflicht im Wegweisungsverfahren (nArt. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 AIG)²⁴

Angesichts dieser Konsequenzen kann nicht von einer «freiwilligen» Herausgabe von Datenträgern bzw. Mitwirkung bei der Bearbeitung von Personendaten gesprochen werden. Das Argument der SPK-N, dass aufgrund des «fehlenden Zwangs» die Verhältnismässigkeit gegeben sei, ist deshalb aus Sicht der SFH nicht haltbar.

Die Anwesenheit der asylsuchenden Person bei der Auswertung bzw. die Gewährung des rechtlichen Gehörs kann die Schwere des Eingriffs nicht ausreichend abmildern. Nach Art. 4 Abs. 5 DSG²⁵ ist eine Einwilligung der betroffenen Person in die Bearbeitung von Personendaten (wo diese erforderlich ist) erst gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolgt. Bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erfolgen. Angesichts der Komplexität der Vorgänge – Auslesen von Daten, Zwischenspeicherung, Auswertung und Verwendung der Daten, welche Behörden erhalten Zugriff auf welche Daten – ist schwer vorstellbar, dass die Asylsuchenden im Zeitpunkt der Aushändigung der Datenträger ausreichend aufgeklärt sind, um in die Massnahme überhaupt informiert und damit gültig einwilligen zu können. Auch vor diesem Hintergrund kann nicht von Freiwilligkeit gesprochen werden. Zudem fällt auf, dass das Einverständnis nur im erläuternden Bericht, nicht aber im Vorentwurf selber erwähnt wird.

6 Vergleich zum Strafprozessrecht

Im Strafprozessrecht ist die Auswertung von Handydaten sehr restriktiv geregelt. Smartphones von mutmasslichen Straftätern dürfen nur bei **dringendem Tatverdacht auf schwere Delikte** überwacht und analysiert werden.²⁶ Bei Asylsuchenden jedoch soll nun bereits der blosse Zweifel an deren Aussagen zum Auslesen der Handy- und Computerdaten genügen.

²⁴ Aus Sicht der SFH wäre Administrativhaft aus diesem Grund zwar nicht zulässig, siehe unten Ziff. 7, aber die SPK-N erwähnt die Möglichkeit der Zwangsmassnahmen im erläuternden Bericht, Ziff. 3.1, Art. 47 Abs. 2 und 3.

²⁵ Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.1

²⁶ Vgl. Art. 269ff Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0), dabei anwendbar sind zudem die Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1).

Der Vorstoss stellt sie unter Generalverdacht. Faktisch findet eine Vorverurteilung statt: Einem Flüchtling ohne Pass wird unterstellt, seine Identität absichtlich zu verschleiern und an der Identitätsklärung nicht mitwirken zu wollen. Es gibt jedoch vielfältige Gründe, warum Betroffene keinen Pass besitzen – oft nur schon deshalb, weil sie bereits im Herkunftsland keine Papiere hatten.

Zudem braucht es im Strafverfahren für eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs eine **gerichtliche Genehmigung**.²⁷ D.h. die Rechtmässigkeit der Überwachung (darunter die Verhältnismässigkeit) muss innert 24h durch ein Gericht geprüft werden. Eine Durchsuchung elektronischer Datenträger kann neben dem Gericht zwar auch die Staatsanwaltschaft anordnen, der Durchsuchungsbefehl muss aber auf jeden Fall (abgesehen von dringlichen Ausnahmefällen) schriftlich erfolgen.²⁸ Eine systematische und präventive Durchsuchung ist ausgeschlossen.²⁹ Entsprechende Voraussetzungen wie im Strafprozessrecht, insbesondere eine gerichtliche Kontrolle, fehlen im vorliegenden Vorschlag bezüglich Mitwirkungspflicht im Asylverfahren gänzlich. Mängel könnten höchstens nachträglich im Beschwerdestadium vor dem Bundesverwaltungsgericht geltend gemacht werden; dies wäre jedoch zu spät, da dann die Auswertung der Daten bereits vorgenommen wurde. **Asylsuchende sind keine straftatverdächtigen Personen**. Dass eine breite Auswertung ihrer Datenträger ermöglicht werden soll ohne **(mindestens) dieselben grundlegenden Verfahrensgarantien** wie für Strafverdächtige, ist nicht haltbar. Die Anwesenheit bzw. der Einbezug der Rechtsvertretung der Asylsuchenden sowie die Gewährung des rechtlichen Gehörs vermögen diesen gravierenden Mangel nicht zu beheben. Es ist daher eine gerichtliche Überprüfung vorzusehen.

Mit Blick auf die Einführung der Regelung in Deutschland hat Pro Asyl gestützt auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts ebenfalls festgehalten, dass für den Zugriff auf Verbindungsdaten in Strafverfahren ein richterlicher Beschluss notwendig sei. Und: «Die Klärung der Identität ist auch nicht ansatzweise mit der Situation bei Ermittlungen wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung vergleichbar. Wenn schon dort der Richter sprechen muss, gilt dies erst Recht bei unschuldigen, keiner Straftat verdächtigten und bloß ausweislosen Flüchtlingen.»³⁰

7 Mitwirkungspflicht im Wegweisungsvollzugsverfahren

Weiter ist aus Sicht der SFH problematisch, dass die Vorlage in einem weiteren Punkt über die Forderungen der Parlamentarischen Initiative 17.423 hinausgeht, indem sie die Mitwirkungspflicht auf das Wegweisungsvollzugsverfahren ausdehnt (nArt. 47 Abs. 2-3 AsylG). Bereits heute besteht eine Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere nach Vorliegen eines vollziehbaren Wegweisungsentscheids (heute in Art. 8 Abs. 4 AsylG, dieser soll gemäss Vorentwurf neu in nArt. 47 Abs. 1 AsylG verschoben werden).

²⁷ Genehmigungspflicht: Art. 272 Abs. 1 StPO, Genehmigungsverfahren: Art. 274 StPO.

²⁸ Art. 198 StPO und Art. 241 Abs. 1 StPO.

²⁹ BGer, Urteil 6B_998/2017 vom 20.04.2018, E. 2.1.1.

³⁰ Sachverständigen-Stellungnahme von PRO ASYL für die öffentliche Anhörung am 27. März 2017 vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BR-Drucksache 179/17, 22.03.2017, <https://www.bundestag.de/resource/blob/500016/c93c5454d698d8b0e8f08117cefae473/18-4-825-A-data.pdf>, S. 21.

Zudem wurde die Identität, die Nationalität und der Reiseweg bereits zu Beginn des Asylverfahrens abgeklärt. Angesichts des schweren Eingriffs in die Privatsphäre ist es daher unverhältnismässig, die Person im Wegweisungsverfahren (erneut) zu verpflichten, elektronische Datenträger auszuhändigen, und diese durch das SEM auswerten zu lassen. Zudem sollen nach nArt. 47 Abs. 3 AsylG «die für den Vollzug der Wegweisung notwendigen Personendaten» an die kantonalen Behörden weitergeleitet werden können. Damit kommt im Wegweisungsverfahren noch ein zusätzlicher Akteur ins Spiel, was weitere datenschutzrechtliche Fragen aufwirft.

Aus Sicht der SFH darf eine Verweigerung der Mitwirkungspflicht bezüglich elektronischer Datenträger im Wegweisungsverfahren jedenfalls nicht zu Administrativhaft führen. Dies ist auch nicht explizit so vorgesehen: Der vorgeschlagene nArt. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 AIG enthält keine inhaltliche Änderung (kein Verweis auf nArt. 47 Abs. 2-3 AsylG, sondern nur eine Anpassung des Verweises auf die Bestimmung zur Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren (nArt. 47 Abs. 1 AsylG statt Art. 8 Abs. 4 AsylG)). Aus der expliziten Auflistung, welche Mitwirkungspflichtverletzungen als Haftgründe gelten (Art. 90 AIG, Art. 8 Abs. 1 Bst. a, Art. 47 Abs. 1 AsylG), ergibt sich *e contrario*, dass eine Verweigerung der Herausgabe von Datenträgern *kein* Haftgrund ist. Aber je nach Auslegung der offenen Formulierung des Haftgrundes «insbesondere», bzw. der Auslegung der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AIG, ist aus Sicht der SFH nicht ausgeschlossen, dass eine Verweigerung der Mitwirkungspflicht bezüglich der Herausgabe elektronischer Datenträger in Einzelfällen im Ergebnis doch zu Ausschaffungshaft führen könnte.³¹ Dies wäre unverhältnismässig.

Sollte bei einer Verweigerung der Herausgabe von Datenträgern im Wegweisungsverfahren tatsächlich Administrativhaft drohen, kann – wie bereits unter Ziff. 5.4 betont – nicht von einer *freiwilligen* Massnahme die Rede sein.

8 Datenschutz

Im Asylverfahren sind sensible Daten betroffen. Bei allen Verfahrensschritten sind der Datenschutz der Betroffenen sowie die Verhältnismässigkeit zu wahren. Es sollen nur Regelungen eingeführt werden, die vom Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden.

Im Hinblick auf die Einführung einer ähnlichen Regelung in Deutschland äusserte die deutsche Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken.³² Aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte steht die Datenverarbeitung durch das BAMF «im Widerspruch zu diversen datenschutzrechtlichen

³¹ Die SPK-N verweist im erläuternden Bericht denn auch auf die Möglichkeit von Zwangsmassnahmen im erläuternden Bericht, Ziff. 3.1, Art. 47 Abs. 2 und 3.

³² Andrea Vossstoff, Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Schreiben an den Innenausschuss des Bundestages betreffend Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, 23.03.2017, <https://www.bundestag.de/resource/blob/500024/bf72784c6e0f00bc5d801ccd5aee690b/18-4-831-data.pdf>.

Grundsätzen, insbesondere der Datenminimierung und der Zweckangemessenheit der Massnahmen, aber auch der Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Datenverarbeitung.»³³ In Deutschland haben in drei Fällen Asylsuchende gegen die Auswertung ihrer Mobiltelefone Beschwerde eingereicht, diese sind noch hängig.³⁴ In Österreich wurde die entsprechende gesetzliche Grundlage bisher unter anderem aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht angewendet.³⁵ In Belgien wurde eine ähnliche gesetzliche Grundlage entgegen der Stellungnahme der Datenschutzbehörde³⁶ eingeführt. Verschiedene Organisationen haben eine Beschwerde gegen die Regelung eingereicht,³⁷ die beim belgischen Verfassungsgerichtshof hängig ist. Gemäss den beschwerdeführenden Organisationen wurde die Regelung bisher nicht umgesetzt.

Der Vorentwurf wirft bezüglich Datenschutz verschiedene Fragen auf, etwa mit Blick auf die Information und Einwilligung der betroffenen Person³⁸, die vorgesehene Zwischenspeicherung (nArt. 8a Abs. 3 AsylG), die Weiterleitung an andere Behörden (Sicherheitsbehörden gemäss Art. 22a BPG / Art. 20 Abs. 3 und 4 NDG; kantonale Behörden, nArt. 47 Abs. 3 AsylG), den Einbezug von Dritten für den Einzug von Datenträgern (Art. 26 Abs. 5 AsylG), sowie die Tangierung von Daten von Drittpersonen. Demgegenüber sind die Ausführungen im erläuternden Bericht zum Datenschutz zu knapp, um die datenschutzrechtlichen Bedenken auszuräumen. Dazu bräuchte es eine detailliertere Analyse und Begründung.

Gemäss nArt. 8a Abs. 1 AsylG des Vorentwurfs beinhalten die Daten, die das SEM bearbeiten darf, auch besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSGVO. Das sind Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten; die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit; Massnahmen der sozialen Hilfe; administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Die Bearbeitung und Verwendung dieser Daten geht weit über das Ziel der Identitätsklärung hinaus und untergräbt damit eines der zentralen Datenschutzprinzipien: den Grundsatz der Zweckbindung – und dies ausgerechnet in einem Bereich, in dem ein besonderes Bedürfnis nach Datenschutz besteht.³⁹ Die SFH fordert daher eine explizite Beschränkung der Verwendung und Auswertung jener Daten, die tatsächlich und ausschliesslich dem anvisierten Zweck der Identitätsklärung dienen.

³³ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie-Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf>, S. 6.

³⁴ <https://www.infomigrants.net/en/post/24574/migrants-sue-german-state-over-mobile-phone-searches>. Der Beitrag veranschaulicht, was eine solche Massnahme für Betroffene bedeutet, so sagt einer der beschwerdeführenden Asylsuchenden: «It felt like I was handing over my whole life.»

³⁵ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie-Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf>, S. 44.

³⁶ Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 57/2017 du 11 octobre 2017, https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_57_2017_0.pdf.

³⁷ Vgl. Ciré, Recours contre la réforme « Mammouth », <https://www.cire.be/recours-contre-la-reforme-mammouth/>.

³⁸ Siehe dazu oben Ziff. 5.4.

³⁹ Vgl. Peter Uebersax: Zur Revision des Ausländergesetzes gemäss der Botschaft des Bundesrates vom März 2018, in: Jusletter 9.7.2018; Caroline Gloor Scheidegger, Adrian Lobsiger: Rechtliche Fragen bei der Bearbeitung von Migrationsdaten, in: Stephan Breitenmoser, Otto Lagodny, Peter Uebersax (Hrsg.): Schengen und Dublin in der Praxis – aktuelle Herausforderungen, Zürich 2018, S. 317-338.

Der Vorentwurf (nArt. 8a Abs. 5 AsylG) sieht vor, dass der Bundesrat festlegt, welche Daten erhoben werden und den Zugriff sowie die Einzelheiten der Auswertung der Personendaten regelt. Er bestimmt insbesondere die verschiedenen elektronischen Daten, die ausgewertet werden können. Die Delegation der Rechtsetzungsbefugnisse hinsichtlich Datensicherheit und Datenschutz an den Bundesrat ist aus Sicht der SFH ungenügend, da die Anforderungen an die Normdichte bei Datenbearbeitungsvorgängen mit einem derart grossen Gefährdungspotenzial wie im vorliegenden Fall besonders hoch sind. Nach Ansicht der SFH sollten daher die Grundzüge der Materie ins Gesetz aufgenommen werden.

9 Kosten

Der erläuternde Bericht der SPK-N enthält nur vage Angaben bezüglich der zu erwartenden Kosten. Der Personalaufwand sowie die Kosten für Beschaffung, Einrichtung und Betrieb neuer Informatikkomponenten sowie Dolmetscher und Einbezug der Rechtsvertretung können demnach noch nicht beziffert werden. Gemäss «informeller Anfragen des SEM an verschiedene Anbieter von in Frage kommender «Auswertungssoftware» würden sich die entsprechenden Anschaffungskosten in einem Bereich zwischen 100'000 und 200'000 Franken bewegen». ⁴⁰ Es ist fraglich, ob aufgrund dieser ungenauen Angaben eine verlässliche Kostenprognose erstellt werden kann.

Zum Vergleich: In Deutschland fielen die Kosten für die notwendige Hard- und Software sowie die Analyse der Daten bisher deutlich höher aus als geplant: von 2017 bis April 2018 waren die Kosten mit 7.6 Millionen Euro mehr doppelt so hoch wie ursprünglich veranschlagt. ⁴¹ Die Gesellschaft für Freiheitsrechte führt weiter aus: «Laut Angaben des Bundesinnenministerium aus dem Dezember 2018 sind für das System bis Ende des Jahres 2019 Gesamtkosten in Höhe von 11,2 Millionen Euro vorgesehen. Die Gesamtkosten werden weiter steigen, für Support ist mit jährlich etwa 2,1 Millionen Euro zu rechnen. Ausserdem wurden entsprechend der Gesetzesbegründung 300.000 Euro pro Jahr für Lizenzen erwartet.» ⁴² Die Gesellschaft für Freiheitsrechte zieht den Schluss: «Es profitieren damit in erster Linie die Hersteller von Überwachungstechnologie, die mit ihren Angeboten gut verdienen.» ⁴³

Die voraussichtlich hohen Kosten sind mit Blick auf den erwartungsgemäss beschränkten Nutzen ⁴⁴ nicht gerechtfertigt. Auch aus diesem Grund ist die vorgeschlagene Änderung aus Sicht der SFH unverhältnismässig und unnötig.

⁴⁰ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 4.1.

⁴¹ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie-Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf>, S. 34.

⁴² Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie-Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf>, S. 35.

⁴³ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie-Digitalisierung-von-Migrationskontrolle.pdf>, S. 47.

⁴⁴ Siehe dazu oben Ziff. 5.1.



Stellungnahme der Geschäftsstelle SRK

Wabern, 14. Mai 2020

Parlamentarische Initiative 17.423: Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen. Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 14. Februar 2020

Sehr geehrter Herr Nationalrat Glarner
Sehr geehrte Damen und Herren Nationalrätinnen und Nationalräte

Die Geschäftsstelle des Schweizerischen Roten Kreuzes (im Folgenden SRK) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Sie äussert sich im Folgenden zu den für sie wichtigsten Punkten.

Ausgangslage

Die Parlamentarische Initiative 17.423, der im Februar 2018 von der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats (SPK-N) Folge geleistet wurde, stellt fest, dass die Identität von asylsuchenden Personen mangels fehlender Dokumente nicht ermittelt werden könne und das Asylverfahren dadurch verlängert und erschwert werde. Die SPK-N sieht in der Auswertung von mobilen Datenträgern wie Mobiltelefone oder Tablets eine effiziente Methode, um Informationen über die Identität einer Person zu erhalten. Dieses Mittel zur Identitätsfeststellung werde in anderen Staaten bereits praktiziert. Es sei nicht einsichtig, weshalb diese Methode nicht auch in der Schweiz angewendet werden solle. Die SPK des Nationalrats schlägt daher vor, die Rechtsgrundlage, d.h. das Asylgesetz dahingehend anzupassen, dass dem Staatssekretariat für Migration (SEM) weitergehende Kompetenzen zur Überprüfung von mobilen Datenträgern bei der Identitätsabklärung erteilt werden. Die Mitwirkungspflicht der asylsuchenden Personen wird somit auch auf diesen Bereich ausgedehnt.

Zusammenfassung der wichtigsten Bedenken des SRK

Das SRK lehnt den Vorentwurf der SPK-N zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Einführung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von mobilen elektronischen Datenträgern grundsätzlich ab. Die vorgesehenen Massnahmen bedeuten im Grundsatz einen schwerwiegenden Eingriff in das Recht auf Privatsphäre (Art. 13BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK). Zudem sind die Voraussetzungen für einen solchen Eingriff nicht erfüllt.

Gesetzliche Grundlage: Schwere Einschränkungen von Grundrechten erfordern ein Gesetz im formellen Sinn als Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Gemäss Vorentwurf der SPK-N ist jedoch geplant, zentrale Aspekte erst auf Verordnungsstufe zu regeln (z.B. die Triage der für die Identitätsabklärung relevanten Daten, die Definition, welche Daten erhoben werden, die Regelung des Zugriffs). Zudem ist die Grundlage unzureichend definiert, indem sie «mögliche Datenträger gemäss künftigen technischen Entwicklungen» umfasst.

Verhältnismässigkeit: Das SRK erachtet die Pflicht von asylsuchenden Personen, zwecks Identitätsfeststellung elektronische Datenträger auszuhändigen, sowie das entsprechende Überprüfungsrecht des SEM für unverhältnismässig.

- Der Zweck der Massnahme könnte auch mit Massnahmen erreicht werden, die weniger stark in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen.
- Der beschränkte Nutzen der Massnahme rechtfertigt den schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre Asylsuchender nicht.
- Es handelt sich nicht um eine «freiwilligen» Herausgabe» der Datenträger angesichts der unverhältnismässigen und schweren verfahrensrechtlichen Folgen bei einer Verletzung der Mitwirkungspflicht.

Fehlende Kontrolle durch ein Gericht: Es fehlt eine gerichtliche Kontrolle der Rechts- und Verhältnismässigkeit, die in einem Strafverfahren bezüglich Personen, die schwerer Straftaten verdächtigt werden, zwingend vorausgesetzt wird. Im Asylverfahren geht es hingegen nicht um potenzielle Straftäter, sondern vielmehr um Schutzsuchende. Umso störender ist es, dass für sie nicht dieselben verfahrensrechtlichen Garantien gelten sollen.

Datenschutz: Im Asylverfahren stehen äusserst sensible persönliche Daten im Fokus. Deshalb sind bei allen Verfahrensschritten der Datenschutz betroffener Personen und die Verhältnismässigkeit zu wahren. Wenn neue Regelungen eingeführt werden, sind diese zwingend durch den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) zu prüfen, zu beurteilen und gutzuheissen.

Ausweitung der Zielsetzung der parlamentarischen Initiative auf das Wegweisungsvollzugsverfahren: Die Vorlage der SPK-N reicht über den in der parlamentarischen Initiative geforderten Zweck hinaus, indem sie den Zweck der Identitätsabklärung auf die Abklärung des Reisewegs ausweitet, und die Pflicht zur Mitwirkung für Asylsuchende auch auf das Wegweisungsvollzugsverfahren erweitert.

Haltung SRK zu einzelnen Aspekten

Grundsätzlich lehnt das SRK den Vorschlag der SPK-N ab, wonach das Asylgesetz dahingehend geändert werden soll, dass dem SEM weiterreichende Kompetenzen zur Überprüfung mobiler Datenträger asylsuchender Menschen erteilt werden können, mit dem Zweck, deren Identität und Reiseweg festzustellen. Dies bedeutet eine problematische Erweiterung der Mitwirkungspflicht Asylsuchender, welche zudem zusätzlich auf das Wegweisungsvollzugsverfahren ausgeweitet werden soll. Auch das wird vom SRK abgelehnt. Für den Fall, dass das Asylgesetz dennoch entsprechend angepasst werden sollte, erläutern wir im Folgenden auch unsere Überlegungen zu einzelnen Aspekten im Sinne von minimalen verfahrensrechtlichen Garantien für die Betroffenen, die aus unserer Sicht zwingend gegeben sein müssen.



Gesetzliche Grundlage

Bei der geplanten Gesetzesänderung handelt es sich um einen schwerwiegenden Eingriff in den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK), konkreter in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dies bestätigt die SPK-N selber in ihrem erläuternden Bericht und bezeichnet den Schutz der Privatsphäre als «wichtiges Grundrecht, das selbstverständlich auch im Asylverfahren gewährt werden muss.»¹ Das SRK gibt zu bedenken, dass die Auswertung von elektronischen Datenträgern im Asylverfahren ganz grundsätzlich einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre darstellt. Gerade auf den Mobiltelefonen von asylsuchenden Personen ist eine Vielzahl persönlicher und häufig sehr sensibler Daten gespeichert. Aber auch unbeteiligte Dritte würden durch die behördliche Auswertung erfasst. Mit dem Auslesen der Daten erhielten die Behörden z.B. auch Zugriff auf Daten von Familienangehörigen und unterstützende dritte Personen oder auf die Korrespondenz zwischen Schutzsuchenden und Anwältinnen oder Ärzten – ohne dass diese Dritten vorab eine persönliche Zustimmung erteilt haben. Zwar dürfen Personendaten von Drittpersonen gemäss erläuterndem Bericht nicht ausgewertet werden.² Angesichts des Umfangs möglicher auszuwertender Daten inklusive Korrespondenz ist diese Abgrenzung in der Praxis aber schwierig. Im erläuternden Bericht fehlen Angaben, wie dies sichergestellt werden soll. Aus diesen Gründen ist die geplante Auswertung von elektronischen Datenträgern im Asylverfahren ein zu grosser Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Personen sowie unbeteiligter Dritter, bei welchem die Verhältnismässigkeit in keiner Weise gegeben ist. Daher vermag aus Sicht des SRK auch eine Gesetzesgrundlage diesen Eingriff nicht zu rechtfertigen.

Verhältnismässigkeit

Damit eine grundrechtsbeschränkende Massnahme verhältnismässig ist, muss sie zwingend erforderlich sein. Das ist nur dann der Fall, wenn - im Sinne einer ultima ratio - derselbe Zweck nicht mit mildereren Massnahmen erreicht werden kann, welche weniger stark in das Grundrecht eingreifen. Zweck und Wirkung eines Grundrechtseingriffs müssen im Verhältnis stehen. Diese Voraussetzung ist bei der vorgesehenen Pflicht von Asylsuchenden, den Behörden ihre mobilen elektronischen Datenträger auszuhändigen, und dem entsprechenden Überprüfungsrecht des SEM, nicht erfüllt.

Die SPK-N hält den Vorschlag der Parlamentarischen Initiative 17.423 für verhältnismässig. Sie begründet dies u.a. damit, dass die Datenauswertung nur mit Einverständnis der Asylsuchenden geschehe. Diese könnten somit selber über die Verwertung ihrer Daten bestimmen, indem sie z.B. deren Aushändigung auch verweigern könnten. Das Prinzip der Freiwilligkeit ist hingegen nach Ansicht des SRK mitnichten gegeben, da eine Verweigerung der Herausgabe elektronischer Datenträger die Mitwirkungspflicht verletzen und für asylsuchende Personen gravierende verfahrensrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen würde.

Zum Beispiel

- einen negativen Einfluss auf die Glaubwürdigkeitsprüfung
- eine formlose Abschreibung (Art. 8 Abs. 3bis AsylG)
- eine Ablehnung des Asylgesuchs ohne Anhörung (nur mit rechtlichem Gehör) bei schuldhafter grober Verletzung der Mitwirkungspflicht (Art. 36 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 31a Abs. 4 AsylG)
- eine allfällige Administrativhaft bei Verletzung der Mitwirkungspflicht im Wegweisungsverfahren (nArt. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 AIG)²⁴

¹ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.

² SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1., Art. 8a Abs. 3 bis 5.



Angesichts solch drohender Folgen kann in keiner Weise von einer «freiwilligen» Herausgabe von Datenträgern bzw. von einer Mitwirkung bei der Bearbeitung von Personendaten gesprochen werden. Das SRK kann sich dem Argument der SPK-N, dass aufgrund des «fehlenden Zwangs» die Verhältnismässigkeit gegeben sei, nicht anschliessen.

Die Anwesenheit der asylsuchenden Person bei der Datenauswertung bzw. die Gewährung des rechtlichen Gehörs vermögen die Schwere des Eingriffs nicht abzuschwächen. Die Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH hält in ihrer Stellungnahme fest, dass nach Art. 4 Abs. 5 DSG²⁵ eine Einwilligung der betroffenen Person in die Bearbeitung von Personendaten (wo diese erforderlich ist) erst gültig sei, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolge. Bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen müsse die Einwilligung zudem ausdrücklich erfolgen. Angesichts der Komplexität der Vorgänge – Datenauswahl, Zwischenspeicherung, Auswertung und Verwendung der Daten, Entscheid, welche Behörden Zugriff erhalten auf welche Daten – ist es auch für das SRK schwer vorstellbar, dass die Asylsuchenden im Zeitpunkt der Aushändigung der Datenträger tatsächlich genügend aufgeklärt sind, um in diese Massnahme überhaupt informiert und damit gültig einwilligen zu können.

Die Formulierung in nArt. 8 Abs. 1 Bst. g AsylG des Entwurfs «wenn ihre Identität, die Nationalität oder der Reiseweg weder gestützt auf Identitätsausweise noch mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise» festgestellt werden kann, ist zu unbestimmt. Es fehlt eine Präzisierung, dass eine solche Massnahme nur als *ultima ratio* eingesetzt werden darf, also nur, wenn die Identität, die Nationalität oder der Reiseweg nicht mit einem geringeren Eingriff in die Privatsphäre festgestellt werden kann. Diese zentrale Voraussetzung fehlt auch im erläuternden Bericht. Die Feststellung, dass «der asylsuchenden Person immer zuerst die Gelegenheit eingeräumt werden muss, von sich aus Angaben zur Nationalität oder zum Reiseweg zu machen»³, sollte selbstverständlich sein. Weiter hält der erläuternde Bericht fest: «Eine Feststellung der Identität auf 'andere Weise' ist in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips immer dann zuerst angezeigt, wenn diese mit einem im Vergleich zur elektronischen Datenauswertung geringeren Aufwand möglich ist.»⁴ Die Durchführung einer LINGUA-Analyse sei aber nicht vor einer Auswertung eines elektronischen Datenträgers ins Auge zu fassen, «da ein solches Verfahren mit einem grossen zeitlichen und organisatorischen Aufwand verbunden» sei.⁵ Das SRK ist jedoch der Ansicht, dass ausschlaggebend für die Verhältnismässigkeit *des Grundrechtseingriffs* nicht der (in erster Linie beim Staat anfallende) Aufwand ist, sondern das *Ausmass des Grundrechtseingriffs*.

Asylsuchende unterstehen bereits heute einer allgemeinen gesetzlichen Mitwirkungspflicht im Verfahren. Sie können dazu auch freiwillig Mobiltelefon- und Computerdaten als Beweismittel geltend machen, etwa Fotos, die ihre Flucht dokumentieren, oder elektronische Korrespondenz. Zudem nutzt das SEM bereits jetzt niederschwelligere Prüfverfahren wie etwa die öffentlich zugänglichen Social-Media-Profile, die ausreichen und das Recht auf Privatsphäre nicht verletzen. Eine LINGUA-Analyse würde ebenfalls einen geringeren Eingriff darstellen. Der genannte Zweck, die Abklärung von Identität und Nationalität, kann somit auch mit weniger einschneidenden Massnahmen ausreichend erfüllt werden. Somit sieht das SRK die Voraussetzung der Erforderlichkeit nicht als erfüllt an.

Die Auswertung der Datenträger soll gemäss erläuterndem Bericht bereits zu Verfahrensbeginn, d.h. in der Regel in der Vorbereitungsphase, vorgenommen werden. Es bleibt somit

³ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g.

⁴ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g.

⁵ SPK-N, Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1, Art. 8 Abs. 1 Bst. g.



fraglich, ob so tatsächlich zunächst der Einsatz weniger einschneidender Massnahmen versucht wird. Das SRK empfiehlt daher, die Ausschöpfung von Massnahmen, die weniger stark in die Grundrechte der Asylsuchenden eingreifen, verbindlich ins Gesetz aufzunehmen.

Fehlende Kontrolle durch ein Gericht

Im Strafprozessrecht ist die Auswertung von Mobiltelefonaten restriktiv geregelt. Smartphones von mutmasslichen Straftätern dürfen nur bei dringendem Tatverdacht auf schwere Delikte überwacht und analysiert werden. Bei Asylsuchenden soll nun aber bereits der blosser Zweifel an deren Aussagen zur Überprüfung der Mobiltelefon- und Computerdaten berechtigen. Damit werden sie de facto unter Generalverdacht gestellt, mit der Tendenz zur Vorverurteilung. So kann z.B. ein Flüchtling ohne Pass verdächtigt werden, seine Identität absichtlich zu verschleiern und die Mitwirkung an der Identitätsklärung zu verweigern. Das SRK, das über langjährige Erfahrung in der Beratung und Begleitung asylsuchender Personen verfügt, kennt jedoch vielfältige Gründe, warum Betroffene keinen Pass besitzen, z.B. weil sie bereits im Herkunftsland keine Papiere hatten.

Im Strafverfahren benötigt es für eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs zudem eine gerichtliche Genehmigung. D.h. die Rechtmässigkeit der Überwachung (darunter die Verhältnismässigkeit) muss innert 24 Stunden durch ein Gericht geprüft werden. Eine solche gerichtliche Kontrolle ist im vorliegenden Vorschlag der SPK-N bezüglich Mitwirkungspflicht im Asylverfahren nicht vorgesehen. Mängel könnten höchstens nachträglich im Beschwerdestadium vor dem Bundesverwaltungsgericht geltend gemacht werden. Dies ist jedoch zu spät, weil zu diesem Zeitpunkt die Datenauswertung bereits stattgefunden hätte. Asylsuchende sind keine straftatverdächtigen Personen. Eine breite Auswertung ihrer mobilen elektronischen Datenträger, ohne dass ihnen (mindestens) dieselben grundlegenden Verfahrensgarantien wie für Strafverdächtige zugesichert werden, ist nicht vertretbar. Die Anwesenheit bzw. der Einbezug der Rechtsvertretung von asylsuchenden Personen sowie die Gewährung des rechtlichen Gehörs vermögen diesen gravierenden Mangel nicht auszugleichen. Für das SRK ist es äusserst störend, dass für Asylsuchende nicht einmal dieselben verfahrensrechtlichen Garantien gelten wie für Straftäter. Es bemängelt die fehlende gerichtliche Kontrolle der Rechts- und Verhältnismässigkeit im Falle des behördlichen Vorgehens bei asylsuchenden Personen.

Datenschutz

Im Asylverfahren sind äusserst sensible persönliche Daten betroffen. Bei allen Verfahrensschritten sind stets der Datenschutz der Betroffenen sowie die Verhältnismässigkeit zu wahren. So sollen denn grundsätzlich nur Regelungen eingeführt werden, die vom Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden.

Der Vorentwurf der SPK-N weist bezüglich Datenschutz verschiedene Verletzungen auf, z.B. hinsichtlich der Information und Einwilligung der betroffenen asylsuchenden Person, der vorgesehenen Zwischenspeicherung der Daten (nArt. 8a Abs. 3 AsylG), der Weiterleitung an andere Behörden (Sicherheitsbehörden gemäss Art. 22a BPG / Art. 20 Abs. 3 und 4 NDG); kantonale Behörden (nArt. 47 Abs. 3 AsylG), des Einbezugs von Dritten für den Einzug von Datenträgern (Art. 26 Abs. 5 AsylG), sowie der Tangierung von Daten von Drittpersonen. Die Ausführungen im erläuternden Bericht zum Datenschutz sind zu knapp, um die datenschutzrechtlichen Bedenken des SRK auszuräumen.

Gemäss nArt. 8a Abs. 1 AsylG des Vorentwurfs der SPK-N beinhalten die Daten, die das SEM bearbeiten kann, auch besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c



DSG. Das sind Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten; die Gesundheit, die Intimsphäre oder die ethnische Zugehörigkeit; Massnahmen der sozialen Hilfe; administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Die Bearbeitung und Verwendung dieser Daten reicht weit über das Ziel der Identitätsklärung hinaus und verletzt damit eines der zentralen Datenschutzprinzipien: den Grundsatz der Zweckbindung – und dies in einem Bereich, in dem ein besonderes Bedürfnis nach Datenschutz besteht. Es überzeugt zudem nicht, dass solche Daten für die Feststellung der Identität, der Nationalität oder des Reiseweges benötigt werden. Es kann im Weiteren nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Suche nach Informationen zu Identität und Nationalität auch besonders schützenswerte Daten gefunden werden. Dies auch, wenn nicht explizit nach ihnen gesucht wird. Der Umgang mit solchen «Zufallsfunden» ist nicht geregelt. Das SRK erachtet dies als höchst problematisch und weist darauf hin, wie heikel das Vorhaben ist, und wie (unnötig) stark es in den Schutz der Privatsphäre eingreift. Die genannten Punkte zeigen deutlich, dass damit der Kerngehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre nicht respektiert werden könnte i.S.v. Art. 36 Abs. 4 BV.

Als öffentliches Interesse (Zweck) wird in der Vorlage der SPK-N die Feststellung von Identität, Nationalität und Reiseweg von asylsuchenden Personen definiert. Das SRK weist darauf hin, dass der Zweck der «Feststellung des Reisewegs» in der Parlamentarischen Initiative 17.423, welche die Grundlage für diese Vorlage darstellt, noch nicht enthalten war. Die Abklärung des Reisewegs ist somit ein neu eingeführtes Ziel. Das SRK hält die nachträgliche Ausweitung auf diesen zusätzlichen Zweck für fragwürdig, zumal damit weitergehende Daten ausgewählt würden, deren Auswertung für den ursprünglichen Zweck der Identitätsklärung gar nicht erforderlich wären. Das SRK weist auf die Gefahr hin, damit einen willkürlichen Handlungsspielraum zu schaffen, der eine Zweckentfremdung der Daten Betroffener prinzipiell ermöglichen würde. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Daten auch dazu genutzt werden könnten, den Reiseweg nachzuvollziehen, um darüber einen nach der Dublin-III-Verordnung zuständigen Mitgliedstaat zu ermitteln und die Asylsuchenden dorthin zurückzuweisen.

Ein Quervergleich zur Rechtspraxis in Deutschland zeigt, dass sich dort die Regelung ausschliesslich auf die Abklärung von Identität und Staatsangehörigkeit bezieht und nicht auf die Identifizierung des Reisewegs. Auch in Bezug auf die Einführung einer entsprechenden Regelung in der Schweiz lässt sich die Vermutung nicht von der Hand weisen, dass der Zweck der Abklärung des Reisewegs primär hinsichtlich Feststellung des zuständigen Dublin-Mitgliedstaates ergänzt wurde. Die Dublin-III-VO listet aber ihrerseits bereits zahlreiche Möglichkeiten (Beweismittel und Indizien) auf, die zur Abklärung des zuständigen Staates hinzugezogen werden können. Für diese Abklärung ist somit eine Auswertung von Datenträgern nicht nötig und angesichts des Ausmasses des Grundrechtseingriffs nicht gerechtfertigt.

Das SRK weist darauf hin, dass es grundsätzlich gegen eine Anpassung des Asylgesetzes zwecks Ermöglichung der vorgesehenen Datenauswertung ist. Sollte eine entsprechende Gesetzesänderung dennoch stattfinden, plädiert das SRK im Sinne einer Minimalgarantie für eine explizite Beschränkung der Verwendung und Auswertung jener Daten, die tatsächlich und ausschliesslich dem angestrebten Ziel der Identitätsklärung dienen und nicht zusätzlich der Rekonstruktion des Reisewegs oder der Ermittlung weiterer persönlicher Informationen über die Betroffenen.



Ausweitung der Mitwirkungspflicht auf das Wegweisungsverfahren

Das SRK hält es für höchst problematisch, dass die Vorlage der SPK-N in einem weiteren Punkt über die Forderungen der Parlamentarischen Initiative 17.423 hinausreicht. Sie dehnt nämlich die Mitwirkungspflicht Asylsuchender auf das Wegweisungsverfahren aus (nArt. 47 Abs. 2-3 AsylG). Bereits heute besteht jedoch die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere nach Vorliegen eines vollziehbaren Wegweisungsentscheids (heute in Art. 8 Abs. 4 AsylG). Dieser soll gemäss Vorentwurf neu in nArt. 47 Abs. 1 AsylG verschoben werden. Zudem werden Identität, Nationalität und Reiseweg bereits zu Beginn des Asylverfahrens abgeklärt. Es ist daher in Anbetracht des schweren Eingriffs in die Privatsphäre unverhältnismässig, die asylsuchende Person im Wegweisungsverfahren (erneut) zu verpflichten, ihre elektronischen Datenträger abzugeben und diese durch das SEM auswerten zu lassen. Im Weiteren sollen nach nArt. 47 Abs. 3 AsylG «die für den Vollzug der Wegweisung notwendigen Personendaten» an die kantonalen Behörden weitergeleitet werden können. Damit kommt im Wegweisungsverfahren neu noch ein zusätzlicher Akteur ins Spiel, was weitere datenschutzrechtliche Probleme aufwirft. Sollte bei einer Verweigerung der Aushändigung von Datenträgern im Wegweisungsverfahren für asylsuchende Personen zudem Administrativhaft drohen, kann definitiv nicht mehr von einer freiwilligen Massnahme die Rede sein.

Aufgrund all der in unserer Stellungnahme erwähnten problematischen Punkte lehnt das SRK den Vorentwurf der SPK-N zur Änderung des Asylgesetzes zwecks Auswertung von Daten auf elektronischen Mobilgeräten asylsuchender Personen für die Feststellung ihrer Identität; Nationalität und ihres Reisewegs sowie die Ausweitung der Mitwirkungspflicht auf das Wegweisungsverfahren entschieden ab.

Wir danken Ihnen bestens für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen

Schweizerisches Rotes Kreuz
Geschäftsstelle

Markus Mader
Direktor

Nationalrat
Staatspolitische Kommission
3003 Bern

Vernehmlassungsverfahren Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 14. Februar 2020

Mitwirkungspflicht im Asylverfahren und der
Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen von
Asylsuchenden Personen

Stellungnahme von Solidarité sans frontières,
AvenirSocial und Demokratische Jurist_innen Schweiz



**Solidarité
sans
frontières**

AvenirSocial

Berufsverband Soziale Arbeit Schweiz
Association professionnelle suisse du travail social
Associazione professionale lavoro sociale Svizzera
Associazion professiunala svizra da la lavur sociala

**DJS
JDS
GDS**

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, uns zu den Vorschlägen der SPK-N zur Änderung des Asyl- (AsylG) und des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG) zu äussern.

Solidarité sans frontières, AvenirSocial und die Demokratische Jurist_innen Schweiz lehnen die Überführung dieser Vorschläge in die einschlägigen Gesetze ab und ersuchen die eidgenössischen Räte, auf diese parlamentarische Initiative nicht einzutreten bzw. sie abzulehnen.

Während heute im ganzen Land über die flächendeckende und obligatorische Einführung einer Corona-Tracking-App diskutiert wird, findet die geplante Durchsuchung und Auswertung von Handys von Asylsuchenden und deren mitgeführte Datenträger keinen Widerhall in der Öffentlichkeit. Die geplanten, neuen Eingriffe in die persönliche Freiheit von Asylsuchenden sind allerdings schwerwiegend und müssen im Kontext der geltenden asylrechtlichen Bestimmungen gesehen werden.

Die geplanten Erweiterungen der asylrechtlichen und ausländerrechtlichen Mitwirkungspflicht greifen massiv in das informationelle Selbstbestimmungsrecht von asylsuchenden Personen ein.

Zwar wird durch die Vorlage die für einen Eingriff in ein Grundrecht erforderliche gesetzliche Grundlage geschaffen.

Ein solcher Eingriff muss allerdings einen legitimen Zweck verfolgen oder anders gesagt ein gewichtiges öffentliches Interesse verfolgen und zweitens verhältnismässig sein, somit sinnvoll, geeignet und erforderlich.

Die SPK-NR hält die Auswertung von mobilen Daten für eine effiziente Methode, um Informationen über die Identität einer Person zu erhalten. In anderen Staaten, wie zum Beispiel Deutschland, werde dieses Vorgehen bereits praktiziert. Zudem könne durch eine sorgfältige Abklärung der Identität von Asylsuchenden durch den Staat auch das Vertrauen der Bevölkerung in das Asylverfahren gestärkt werden. In den letzten Jahren hätten monatlich zwischen rund 1000 und 1500 Personen in der Schweiz ein Asylgesuch eingereicht. Bei 70 – 80% dieser Personen sei die Identität nicht bekannt oder sie könne nicht zweifelsfrei geklärt werden. Mit den geplanten Gesetzesänderungen könne ein Beitrag geleistet werden, das Schlepperwesen zu bekämpfen und Hinweise für die Aufdeckung von Kriegsverbrechen zu erhalten.

Unsere Argumente:

Der geplante Grundrechtseingriff ist schwerwiegend. Wir können demgegenüber aufgrund unserer eigenen Erfahrung nicht nachvollziehen, dass die Identität von 70 – 80% der Asylsuchenden nicht bekannt sei oder nicht zweifelsfrei geklärt werden könne. Diese Zahl mag sich auf jene Personen beziehen, die am Anfang des Asylverfahren stehen. Bereits im Vorbereitungsgespräch gem. Art. 26 AsylG werden sie darauf hingewiesen, dass sie ihre Identität offenlegen müssen. In aller Regel besorgen dann Asylsuchende im Lauf von wenigen

Tagen ihre Identitätsdokumente und legen diese dem SEM vor, zumal ansonsten eine Abweisung des Asylgesuchs droht.

Angesichts des schwer wiegenden Grundrechtseingriffs ist es unverhältnismässig und damit rechtswidrig, schon zu Beginn des Verfahrens zu verlangen, dass Asylsuchende ihre Handys und Datenträger offenlegen müssen.

Weiter erscheint es fraglich, ob die geplanten Massnahmen überhaupt Wirkung entfalten können.

- Erstens stellt sich die Frage, ob Handys und Datenträger überhaupt für die Identität, die Nationalität und den Reiseweg taugliche Informationen enthalten.
- Zweitens dürfte sich unter Asylsuchenden schnell herumsprechen, dass die Schweizer Behörden Handys und Datenträgersicherstellen und auswerten dürfen. Wer etwas zu verstecken hat, wird deshalb Gegenmassnahmen ergreifen, Handyspeicher löschen und überschreiben oder vernichten.
- Drittens verlangt ein zuverlässiges und sicheres Durchsuchen, Zwischenspeichern und Auswerten von Handys und Datenträger spezifische Kenntnisse und Erfahrung. Es braucht dafür IT-Forensiker. Diese sind rar und deshalb teuer. Es scheint fraglich, ob in jedem Bundeszentrum solche Fachleute angestellt werden können.

Der beleuchtende Bericht sieht keine Kostenwirkung der Gesetzesänderung, was zu hinterfragen ist. Zu erwarten sind hohe Kosten und wenig Erkenntnisgewinn.

Es erscheint auch uns völlig unwahrscheinlich, dass auf diesem Weg ein Beitrag geleistet werden kann, um das Schlepperwesen zu bekämpfen und Hinweise für die Aufdeckung von Kriegsverbrechen zu erhalten.

Die vorliegenden Zahlen aus Deutschland, wo seit Juli 2017 entsprechende Regelungen im Asyl- sowie im Aufenthaltsgesetz in Kraft sind, sind ein deutlicher Beleg für die Ineffizienz und damit die Unsinnigkeit solcher Massnahmen. In der Antwort auf eine Kleine Anfrage «Ergänzende Informationen zur Asylstatistik» (Deutscher Bundestag, Drucksache 19/18498 vom 2.4.2020, Antwort zu Frage 9, S. 33) teilt die deutsche Bundesregierung mit, dass im vergangenen Jahr 10 116 Smartphones und andere Datenträger ausgelesen wurden. In 4 582 Fällen stellten die Entscheider des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge Anträge auf Auswertung der ausgelesenen Daten. Bis Ende März 2020 hatten die zuständigen Juristen des Amtes 3 436 Auswertungen freigegeben.

Als Resultat der tatsächlich durchgeführten Auswertungen hält die Bundesregierung fest: «Im Gesamtjahr 2019 führte die Ergebnisdokumentation der Datenträger von persönlichen Erstantragstellern ohne Pass/Passersatz ab 14 Jahren dazu, dass bei ungefähr 40 Prozent die Identität der Antragsteller bestätigt und bei ungefähr zwei Prozent die Identität widerlegt werden konnte. In ca. 58 Prozent der Fälle konnten keine verwertbaren Erkenntnisse aus der Ergebnisdokumentation gewonnen werden.» Bleibt hinzuzufügen, dass der Anteil der Fälle, in denen die Angaben der Asylsuchenden durch die Auswertung widerlegt worden sind, bisher nie über zwei Prozent der Auswertungen gelegen hat. Da die Zahl der Fälle, in denen Datenträger ausgelesen werden, erheblich höher ist (2019 rund dreimal so hoch), und da zudem nicht bei allen Asylsuchenden ohne Identitätspapiere überhaupt Datenträger ausgelesen werden (können), sind die Zahlen aufgedeckter falscher Angaben nicht der Rede

wert. Der tiefe Eingriff in die Grundrechte ist also definitiv unverhältnismässig und hat deshalb zu unterbleiben.

Bern, 4. Juni 2020

Peter Frei

Handwritten signature of Peter Frei in black ink, consisting of a stylized 'P' and 'F' above the letters 'Frei'.

Vorstand

Solidarité sans frontières

Stéphane Beuchat

Handwritten signature of Stéphane Beuchat in black ink, featuring a cursive 'S' and 'B' followed by 'Beuchat'.

Co-Geschäftsleiter

AvenirSocial

Melanie Aebli

Handwritten signature of Melanie Aebli in black ink, with a large 'M' and 'A' followed by 'Aebli'.

Geschäftsführerin

Demokratische Juristinnen und Juristen Schweiz

UNHCR-Stellungnahme

**Zur Parlamentarischen Initiative 17.423:
Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Über-
prüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen.
Vorentwurf und erläuternder Bericht der
Staatspolitischen Kommission des Natio-
nalrates vom 14. Februar 2020**

Juni 2020

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
1. Einleitung	3
2. Vorentwurf SPK-N	4
3. Völkerrechtliche Vorgaben	5
4. Kommentare zum Vorentwurf SPK-N	6
5. Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)	12
6. Zusammenfassung der Empfehlungen	13

1. Einleitung

UNHCR bedankt sich für die Möglichkeit zum Vorentwurf der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (SPK-N) zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes Stellung nehmen zu können. Ziel des Vorentwurfs ist die Umsetzung der Parlamentarischen Initiative 17.423 zur «Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen».¹

Vorgeschlagen wird, die Mitwirkungspflicht von Asylsuchenden durch die Verpflichtung zur Aushändigung von elektronischen Datenträgern zu erweitern, wenn deren Identität, Nationalität oder Reiseweg weder gestützt auf Identitätspapiere noch mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise festgestellt werden kann. Gleichzeitig wird das SEM ermächtigt, zum Zweck der Abklärung von Identität, Nationalität oder Reiseweg die Daten, einschliesslich solcher, die nach dem Datenschutzgesetz als besonders sensibel eingestuft sind, auszuwerten.

UNHCR anerkennt grundsätzlich das legitime Interesse von Staaten, Personen auf ihrem Hoheitsgebiet zu identifizieren und sicherzustellen, dass bei Entscheidungen über Schutzersuchen auf umfassende und aktuelle Informationen zurückgegriffen werden kann. Der Zugriff auf persönliche Daten stellt jedoch ein wesentliches Element des Rechts auf Privatsphäre dar und ist ein weitreichender Eingriff in dieses völker- und verfassungsrechtlich geschützte Recht (sowie in andere Menschen- und Grundrechte), der nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist. UNHCR hält es für grundsätzlich möglich, einen Zugriff so auszugestalten, dass er die völker- und verfassungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt. Der vorliegende Gesetzesentwurf erfüllt diese Voraussetzungen jedoch noch nicht ausreichend. UNHCR erachtet es für unerlässlich, dass in einem formellen Gesetz präzise Rahmenbedingungen für die Möglichkeit der Bearbeitung persönlicher Daten geschaffen werden, welche den übergeordneten Grundsätzen der Rechtmässigkeit, der Notwendigkeit und der Verhältnismässigkeit - beziehungsweise den entsprechend in der Schweizer Bundesverfassung genannten Einschränkungsvoraussetzungen von Grundrechten - genügen.

UNHCR legt daher – auf Grundlage seines völkerrechtlichen Mandats² – die folgenden ausgewählten und nicht abschliessenden Empfehlungen zum vorliegenden Vorentwurf vor.

¹ 17.423 *Parlamentarische Initiative, Mitwirkungspflicht im Asylverfahren, Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates*, 14. Februar 2020, abrufbar unter: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3111/AsylG_Mitwirkungspflicht_Bericht_de.pdf [zuletzt besucht am 21.05.2020].

² Siehe insbesondere Art. 35 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (GFK); Art. II Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967, S. 1, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10> (2.5.2018); Satzung des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge, Resolution 428 (V) der UN-Generalversammlung, Annex, UN Doc. A/1775, 1950.

UNHCR hofft, dass diese im weiteren Prozess berücksichtigt werden und steht für Rückfragen gerne zur Verfügung.

2. Vorentwurf SPK-N

Die Vorlage der SPK-N ermächtigt die Behörden gemäss erläuterndem Bericht den Zugriff auf mobile Datenträger zwecks Auswertung von Personendaten, wenn die Identität, die Nationalität oder der Reiseweg der Schutzsuchenden weder aufgrund von Identitätspapieren noch mit zumutbarem Aufwand auf anderem Weg festgestellt werden kann. Damit soll «sichergestellt werden, dass das Recht auf Asyl jenen Menschen erteilt wird, die diesen Schutz auch wirklich benötigen.»³ Der Zugriff soll durch eine entsprechende Erweiterung der in Art. 8 Asylgesetz geregelten Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden erfolgen.

Dabei sind folgende Massnahmen vorgesehen:

- Verpflichtung der Asylsuchenden, elektronische Datenträger (Mobiltelefone, Computer, Speichermedien wie USB-Sticks etc.) auszuhändigen (nArt. 8 Abs. 1 lit. g AsylG);
- Ermächtigung des SEM diese während der Dauer des Asylverfahrens zu bearbeiten. Dies schliesst ein: Auslesen von Daten; Zwischenspeicherung; Auswertung und Verwendung der Daten; Ablegen der ausgewerteten Daten im Asylossier (nArt. 8a Abs. 1 – 6 AsylG).

Im Rahmen des Wegweisungsverfahrens sind zudem folgende Massnahmen vorgesehen:

- Aushändigung elektronischer Datenträger und Auswertung der Personendaten sinngemäss zu nArt. 8a AsylG, sofern die Identität nicht feststeht und gültige Reisepapiere nicht mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise beschafft werden können (nArt. 47 AsylG).

Für die Bearbeitung von Personendaten verweist der Vorentwurf (nArt. 8a AsylG) auf das Bundesgesetz über den Datenschutz⁴. Demnach versteht man unter «Bearbeiten» «jeden Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten». «Personendaten» werden definiert als «alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen», «besonders schützenswerte Personendaten» sind Daten über «die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten, die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit, Massnahmen der sozialen Hilfe, administrative oder

³ Erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, 14. Februar 2020 (Fussnote 1), S. 5.

⁴ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG, SR 235.1).

strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen» und «Persönlichkeitsprofile» sind eine «Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlauben».⁵

3. Völkerrechtliche Vorgaben

UNHCR erkennt an, dass Staaten ein berechtigtes Interesse haben, die Identität von Personen auf ihrem Staatsgebiet festzustellen und Asylentscheidungen auf der Grundlage der umfassendsten und genauesten verfügbaren Informationen zu treffen. Dies kann einen Zugriff auf personenbezogene Daten rechtfertigen.⁶ Gleichzeitig erachtet UNHCR die vorgeschlagene Ermächtigung, Datenträger von Asylsuchenden zur Feststellung der Identität, Nationalität oder Reiseroute sicherstellen und auswerten zu können, in dieser Form als bedenklich. Die Auswertung von Datenträgern wirft wichtige menschenrechtliche Fragen, wie etwa im Zusammenhang mit dem Recht auf Privatsphäre, auf. Eine Auswertung muss daher im Einzelfall jedenfalls notwendig und verhältnismässig sein. UNHCR vermisst in diesem Zusammenhang wichtige Schutzvorkehrungen in der vorgeschlagenen gesetzlichen Ausgestaltung. Zudem ist es wichtig festzuhalten, dass auf Mobilgeräten gespeicherte elektronische Daten in der Regel eine Reihe persönlicher und sensibler Informationen enthalten, die grossteils für die Feststellung der genannten Zwecke keine Relevanz haben. Eine ungezielte und willkürliche Auslesung von Daten würde somit über das Ziel einer Identitäts-, Nationalitäts- oder Reiseroutenfeststellung hinausgehen. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass verschiedene Datenträger, wie etwa Mobiltelefone, im Rahmen einer Flucht oft von verschiedenen Personen (inklusive Schleppern) verwendet werden, was eine Zuordnung der Daten zum jeweiligen Asylsuchenden erschweren und somit die Zuverlässigkeit der ausgewerteten Daten beeinträchtigen kann.⁷

Weiter ist auch erforderlich, vorzusehen wie vor einer ungerechtfertigten Beschlagnahme und Durchsuchung persönlicher elektronischer Geräte geschützt werden kann. Solche eingreifenden Massnahmen sollten auch nicht zu einem routinemässigen Bestandteil des Asylverfahrens werden, sondern nur dann genutzt werden, wenn sie für die Prüfung des Schutzantrags erforderlich sind.⁸

Die Beschlagnahme und Durchsuchung elektronischer Datenträger greifen in Grund- und

⁵ Zu den Definitionen, siehe Art. 3 lit. a, c, d und e DSGVO.

⁶ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers*, 4 August 2017, S. 1, verfügbar unter: <https://www.refworld.org/docid/59a5231b4.html> [zuletzt besucht am 21.05.2020].

⁷ UNHCR *Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers*, 4 August 2017 (Fussnote 6), S. 1 und 2. Siehe auch UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR-Analyse des Entwurfs für das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018*, 9. Mai 2018, verfügbar unter: <https://www.refworld.org/docid/5afae4a64.html> [zuletzt besucht am 02.06.2020].

⁸ UNHCR *Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers*, 4 August 2017 (Fussnote 6), S. 1.

Menschenrechte ein. Hierzu gehören unter anderem, das Recht auf Menschenwürde⁹, das Recht auf Privat- und Familienleben¹⁰ und das Recht auf Besitz, Nutzung und Verfügung über sein rechtmässiges Eigentum^{11, 12}. Zudem können auch andere Rechte beeinträchtigt sein, die zunehmend über digitale Medien ausgeübt werden.¹³

Im Folgenden wird jedoch lediglich auf das in erster Linie betroffene Recht auf Privatsphäre¹⁴ Bezug genommen, welches auch den Schutz persönlicher Daten miteinschliesst.¹⁵

4. Kommentare zum Vorentwurf SPK-N

Das Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Menschenrechte stellte klar, dass jegliches Erfassen von Kommunikationsdaten, einschliesslich des Speicherns und Sammelns einen Eingriff in das Recht auf Privatsphäre darstellen kann.¹⁶

Der Gesetzesvorentwurf ermöglicht den Behörden Zugang zu Daten, die sehr sensible, private und teilweise intimste Bereiche der Lebensgestaltung von Asylsuchenden betreffen

⁹ Vgl. *Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III) (UDHR), Article 1*, verfügbar unter: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html>, *International Covenant on Civil and Political Rights (16 December 1966) 999 UNTS 171 (ICCPR), Article 10*, abrufbar unter: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> (in der Folge wird die in der Schweiz übliche Abkürzung «UNO-Pakt II» verwendet).

¹⁰ Vgl. *Art. 17 UNO-Pakt II und European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMRK), as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5, Article 8*, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html>.

¹¹ Vgl. *Art. 12 UDHR, Art. 17 UNO-Pakt II*.

¹² Vgl. zum Ganzen *UNHCR Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers, 4 August 2017 (Fussnote 6)*, S. 2.

¹³ Dazu gehört beispielsweise das Recht auf Meinungsfreiheit und freie Meinungsäusserung, das Recht, sich Informationen zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben, das Recht, sich friedlich zu versammeln und zu Vereinigungen zusammenzuschliessen; siehe Bericht des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte zum Recht auf Privatheit im digitalen Zeitalter, *A/HRC/27/37*, 30. Juni 2014, S. 5f., abrufbar unter: <https://www.un.org/depts/german/menschenrechte/a-hrc-27-37.pdf> [zuletzt besucht am 21.05.2020].

¹⁴ Da in diesem Zusammenhang oft der Begriff «Recht auf Privatsphäre» benutzt wird, wird in der Folge dieser Begriff verwendet (vgl. Bericht des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte zum Recht auf Privatheit im digitalen Zeitalter, 30. Juni 2014 (Fussnote 13), S. 5f. Die folgende Analyse des Rechts auf Privatsphäre erfolgt auf der Grundlage von Art. 17 UNO-Pakt II. Angesichts des vergleichbaren Schutzbereichs von Art. 8 EMRK würde eine Analyse dieser Norm zum gleichen Ergebnis führen. Zum vergleichbaren Schutzbereich siehe Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2005*, art 2, p. 385, para 16.

¹⁵ Bericht des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte zum Recht auf Privatheit im digitalen Zeitalter, 30. Juni 2014 (Fussnote 13), S. 7.

¹⁶ Bericht des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte zum Recht auf Privatheit im digitalen Zeitalter, 30. Juni 2014 (Fussnote 13), S. 7. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat bestätigt, dass persönliche Daten ein wesentliches Element des Rechts auf Privatsphäre (Art. 8 EMRK) sind (vgl. Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), *Das Recht auf Privatsphäre im digitalen Zeitalter, Staatliche Schutzpflichten bei Aktivitäten von Unternehmen*, 22. September 2016, S. 25, abrufbar unter: https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160922_SKMR-Studie_Privatsphaere.pdf [zuletzt besucht am 22.05.2020]).

und in ihrer Gesamtheit genaue Schlüsse auf das Privatleben sowie auf wesentliche Aspekte der Persönlichkeit erlauben. Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Massnahmen stellen daher einen schwerwiegenden Eingriff in das Recht auf Privatsphäre dar.¹⁷

4.1 Rechtmässigkeit

Ein solcher Eingriff muss gesetzlich vorgesehen und genügend detailliert sein, um Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit zu schaffen.

Der Vorentwurf sieht hingegen vor, dass der Bundesrat erst auf Verordnungsebene festlegt, welche Daten erhoben werden dürfen, wie der Zugriff durch Mitarbeitende des SEM zu regeln ist sowie wie allfällige weitere Einzelheiten der Auswertung zu regeln sind. Zudem werden die in Frage kommenden Datenträger im Gesetz nicht abschliessend genannt, um laut Erläuterungen der SPK-N «künftigen technischen Entwicklungen Rechnung» tragen zu können.¹⁸

Es bestehen daher Bedenken, dass der Gesetzesvorschlag nicht die notwendige Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit schafft. UNHCR erachtet es für wichtig, dass im Gesetz selbst unter anderem definiert wird, welche Daten erhoben werden dürfen beziehungsweise welche Daten für den definierten Zweck erforderlich sind. Dies ist insbesondere wichtig, da Datenträger ein breites Spektrum an Daten enthalten können, welche Grossteils nicht für den vorgesehenen Zweck relevant und notwendig sind. Aus diesem Grund muss eine präzise Triage der relevanten Daten vorgenommen werden, auch um eine ausufernde und damit willkürliche Auslesung von Personendaten und um den Zugriff auf Daten von Drittpersonen auf verlässliche Weise zu verhindern. Zudem ist im Gesetz zu regeln, wie der Zugriff durch SEM Mitarbeitende erfolgen soll, welche Daten bearbeitet werden dürfen, wie und für wie lange sie angeordnet werden können, welche Verfahren auf die Nutzung und Speicherung der gesammelten Daten zur Anwendung kommen, welche Datenträger für wie lange eingezogen werden können und wie die Rückgabe geregelt ist.¹⁹

Informationsverpflichtung und Einzelfallprüfung

Schutzsuchende müssen zudem umfassend über den Zweck der Einforderung eines Datenträgers und über die Bearbeitung ihrer persönlichen Daten informiert werden, wie beispielsweise über den Zweck der Bearbeitung, wie die Daten genutzt werden und welches

¹⁷ Dies wird auch vom Staatssekretariat für Migration SEM so gesehen, vgl. *Der Bund, Handys von Asylsuchenden geprüft - und fündig geworden*, 9. August 2019, abrufbar unter: <https://www.derbund.ch/schweiz/standard/bund-kontrolliert-handys-von-asylsuchenden/story/29531805> [zuletzt besucht am 21.05.2020].

¹⁸ Vgl. nArt. 8a Abs. 5 AsylG sowie *Erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates*, 14. Februar 2020 (Fussnote 1), S. 5.

¹⁹ Vgl. dazu ausführlich UNHCR *Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers*, 4 August 2017 (Fussnote 6), S. 3.

Verfahren dafür vorgesehen ist, wie die Speicherung erfolgt und wo eine Bearbeitung angefochten werden kann, damit sie auf dieser Grundlage eine freie und informierte Zustimmung zur genannten Massnahme abgeben können.²⁰

Der Vorentwurf sieht keine solche Informationspflicht vor. Eine freie und informierte Zustimmung der betroffenen Person zur geplanten Massnahme kann daher nicht erfolgen. UNHCR empfiehlt deshalb eine umfassende Informationsverpflichtung in das formelle Gesetz aufzunehmen.

Ohne Einwilligung ist solch eine eingreifende Massnahme wie sie im Vorentwurf vorgeschlagen wird, nur dann gerechtfertigt, wenn in einer sorgfältigen Einzelfallprüfung abgeklärt wird, ob die Aushändigung von elektronischen Datenträgern und die Bearbeitung personenbezogener Daten im jeweiligen Einzelfallkontext notwendig und verhältnismässig sind. Eine routinemässige Anordnung dieser Massnahmen würde diesem Erfordernis nicht entsprechen. Die Prüfung ist dabei von zuständigen Personen durchzuführen, die über das entsprechende Fachwissen verfügen.²¹

UNHCR empfiehlt daher, das Erfordernis der Durchführung einer Einzelfallprüfung zur Bestimmung der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit durch die kompetente Behörde in das Gesetz aufzunehmen.

Wirksame und unabhängige Aufsichtsgremien

Eine genügende Rechtsgrundlage bei Überwachungspraktiken erfordert wirksame und unabhängige Aufsichtsgremien, welche die Massnahmen genehmigen und deren völker- und verfassungsrechtliche Konformität sicherstellen.²²

Im Vorentwurf ist weder ein Aufsichtsgremium noch eine Genehmigungspflicht für die Einforderung von Datenträgern oder für die Bearbeitung von personenbezogenen Daten vorgesehen. Dagegen ist die Auswertung von Mobiltelefonaten im Strafverfahren sehr restriktiv geregelt und nur bei dringendem Tatverdacht auf schwere Delikte zulässig. Zudem unterliegt sie in der Regel der Genehmigung durch ein Gericht.²³

UNHCR empfiehlt daher, die Einforderung eines Datenträgers zwecks Bearbeitung von Personendaten einer Genehmigungspflicht zu unterstellen und dafür ein unabhängiges

²⁰ Vgl. dazu ausführlich UNHCR Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers, 4 August 2017 (Fussnote 6), S. 2.

²¹ Vgl. dazu ausführlich UNHCR Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers, 4 August 2017 (Fussnote 6), S. 2f.

²² UNHCR Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers, 4 August 2017, (Fussnote 6), S. 3 und Bericht des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte zum Recht auf Privatheit im digitalen Zeitalter, 30. Juni 2014 (Fussnote 13), S. 13f, 18.

²³ Vgl. Art. 198 und Art. 241 Abs. 1 Schweizerische Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0). Eine Durchsuchung elektronischer Datenträger kann zwar auch die Staatsanwaltschaft anordnen, der Durchsuchungsbefehl muss aber in jedem Fall schriftlich erfolgen. Eine systematische und präventive Durchsuchung ist ausgeschlossen (siehe BGer, Urteil 6B_998/2017 vom 20.04.2018, E. 2.1.1.).

Aufsichtsgremium einzusetzen. Dieses hätte die Aufgabe, die völker- und verfassungsrechtliche Konformität der Anwendung der Massnahmen im Einzelfall zu überprüfen und nur bei Erfüllung der Voraussetzungen der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit eine Genehmigung zu erteilen.

Recht auf wirksamen Rechtsschutz

Asylsuchende, deren Geräte beschlagnahmt und deren persönlichkeitsnahe Daten bearbeitet wurden, müssen Zugang zu einem wirksamen Rechtsbehelf haben, um die Rechtmässigkeit der Beschlagnahme und Bearbeitung anzufechten und die Rückgabe der eingezogenen Geräte sicherzustellen.²⁴ Damit dieser Rechtsschutz Wirksamkeit entfaltet, beinhaltet dieser eine umgehende, gründliche und unparteiliche Untersuchung der geltend gemachten Verletzungen.²⁵

Der Vorentwurf enthält keine Ausführungen zur richterlichen Überprüfung geltend gemachter Verletzungen. Es wird lediglich vorgesehen, dass alle ausgewerteten Personendaten im Asyldossier abzulegen sind und die asylsuchende Person sich dazu äussern kann (vgl. nArt. 8a Abs. 6 AsylG). Es bleibt jedoch unklar, was dies bedeutet und wie Asylsuchende eine Richtigstellung, Löschung usw. verlangen können.

Der Logik des Asylverfahrens zufolge müssten daher solche Einwände zusammen mit einer Verfügung des SEM vor dem Bundesverwaltungsgericht geltend gemacht werden. Damit ist jedoch eine «umgehende» Untersuchung unter Umständen nicht gewährleistet, da die Anordnung der Einforderung beziehungsweise Bearbeitung von Personendaten und eine erstinstanzliche Verfügung des SEM zeitlich auseinanderfallen können.

UNHCR empfiehlt deshalb, die umgehende Überprüfbarkeit erfolgter Einforderung eines Datenträgers und der Bearbeitung von Personendaten entweder im Sinne einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung vor dem Bundesverwaltungsgericht im formellen Gesetz zu verankern. Alternativ bestünde die Möglichkeit, die Genehmigung des Aufsichtsgremiums als anfechtbare Entscheidung auszugestalten.

4.2 Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit

Die Massnahmen müssen zur Erreichung eines legitimen Ziels notwendig und in Bezug auf das Ziel, der Feststellung der Identität, Nationalität und Reisewegs, tauglich und verhältnismässig sein sowie den mildesten Eingriff darstellen.

²⁴ UNHCR Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers, 4 August 2017 (Fussnote 6), S. 3.

²⁵ Bericht des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte zum Recht auf Privatheit im digitalen Zeitalter, 30. Juni 2014 (Fussnote 13), S. 14.

Zwecktauglichkeit und Verhältnismässigkeit

Es ist zu bedenken, dass Mobiltelefone bei einer Flucht über einen langen Zeitraum manchmal von mehreren Personen, inklusive von Schleppern, verwendet werden. Dies kann eine Zuordnung der Mobiltelefonaten oder der Daten anderer elektronischer Datenträger wie SIM-Karten zu den entsprechenden Asylsuchenden erschweren und damit die Zuverlässigkeit der bearbeiteten Daten beeinträchtigen. Es kommt zwar vor, dass Asylsuchende ihre Identität verheimlichen. Andererseits vermeiden Asylsuchende es oft, ihre korrekten Namen auf sozialen Medienplattformen zu verwenden, auch um sich der Überwachung und möglichen Verfolgung oder einer möglichen Schädigung ihrer Familien im Herkunftsland zu entziehen. Ferner können digitale und elektronische Beweismittel in bestimmten Fällen nur eine begrenzte Zuverlässigkeit oder Genauigkeit aufweisen oder leicht verändert werden. Der Beweiswert elektronischer Datenträger, sollten sie zum Einsatz kommen, ist daher mit grosser Sorgfalt zu prüfen.²⁶

Der Vorentwurf sieht auch die Bearbeitungsmöglichkeit sehr privater, sensibler Daten vor. Dies wirft die Frage auf, ob die Bearbeitungsmöglichkeit solcher Daten nicht bereits den Kerngehalt des Rechts auf Privatsphäre berührt und somit das Recht für die betroffenen Asylsuchenden seinen Wesensgehalt verliert.²⁷ Zudem befinden sich auf den im Vorentwurf genannten Datenträgern (nArt. 8a Abs. 2 AsylG) eine Vielzahl von Daten, welche nicht dem Zweck dienen.

UNHCR ist besorgt, dass die vorgesehene Gesetzesänderung nicht genügend zweckgebunden und verhältnismässig ist und daher die Gefahr einer ungezielten und willkürlichen Einforderung, Auslesung und Bearbeitung von Daten entstehen kann.²⁸ Daher wird nahegelegt, den Vorentwurf auf diese Aspekte hin sorgsam zu überprüfen.

Evaluationen einer solchen Datennutzung in Deutschland haben zudem gezeigt, dass der Nutzen im Verhältnis zum hohen Aufwand solcher Datenauswertungen eher gering war.²⁹ Auch die in den Bundesasylzentren Chiasso und Vallorbe durchgeführten Pilotprojekte, auf

²⁶ UNHCR Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers, 4 August 2017 (Fussnote 6), S. 2.

²⁷ Bericht des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte zum Recht auf Privatsphäre im digitalen Zeitalter, 30. Juni 2014 (Fussnote 13), S. 9.

²⁸ Vgl. dazu ausführlich UNHCR Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers, 4 August 2017 (Fussnote 6), S. 3.

²⁹ Vgl. hierzu die Diskussion in Deutschland: Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Dr. André Hahn, Gökyay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. – Drucksache 19/5697, 19. Dezember 2018, S. 1f., abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/19/056/1905697.pdf>. Demnach wurden von Januar bis Juli 2018 knapp 7'000 Datenträger von Asylsuchenden ab 14 Jahren ohne Pass ausgelesen. In rund 2'000 Fällen wurden die ausgelesenen Daten auch ausgewertet. In 64 Prozent der Fälle gab es keine verwertbaren Ergebnisse, in 34 Prozent konnten die Angaben der Betroffenen bestätigt werden, und nur in zwei Prozent der Fälle wurden sie widerlegt. Trotz der Zweifel an der Verhältnismässigkeit der Massnahme will die Bundesregierung an der umstrittenen Handyauswertung festhalten (vgl. Bundestagsdrucksache 19/4961, S. 31ff).

welche der erläuternde Bericht der SPK-N³⁰ Bezug nimmt, in denen Asylsuchende auf freiwilliger Basis mobile Datenträger einreichen konnten, wiesen wenige nützliche Hinweise auf die Identität und Herkunft auf. Der Nutzen dieser Massnahme wurde deshalb bezweifelt.³¹

UNHCR unterstützt daher den Vorschlag der SPK-N, die Wirksamkeit der Einforderung von Datenträgern beziehungsweise die Bearbeitung von Personendaten von Asylsuchenden zwei Jahre nach einem allfälligen Inkrafttreten der Vorlage in einem Evaluationsbericht³² zu überprüfen. Wichtig wird dabei sein, quantitative Aussagen über die Anzahl Fälle machen zu können, in welchen zweckrelevante Hinweise gefunden werden konnten; zu belegen, welchen Daten zweckrelevante Hinweise lieferten; sowie das Verhältnis von Aufwand (personell und finanziell) und Ertrag aufzuzeigen. Weiter empfiehlt sich, die Auswertung nach dem jeweiligen Zweck (Feststellung der Identität, Nationalität und Reisewegs) zu unterscheiden, um so präzisere Rückschlüsse ziehen zu können.

Einzug und Bearbeitung als *ultima ratio*

Damit der Einzelne vor ungerechtfertigter Beschlagnahme und Durchsuchung elektronischer Geräte geschützt ist, braucht es die dafür notwendigen rechtlichen Schutzvorkehrungen, deren Standards weder eingeschränkt noch verweigert werden dürfen.³³ Solche Schutzvorkehrungen sehen vor, dass wenn weniger einschneidende Massnahmen oder Techniken zur Verfügung stehen, um den Zweck zu erfüllen, diese stattdessen angewendet werden sollten.³⁴

Der Vorentwurf sieht vor, dass dem SEM elektronische Datenträger auszuhändigen sind, wenn die Identität, die Nationalität oder der Reiseweg weder gestützt auf Identitätspapiere noch auf andere zumutbare Weise festgestellt werden können. Zu diesem Zweck soll laut erläuterndem Bericht den Asylsuchenden zuerst die Gelegenheit eingeräumt werden, von sich aus Angaben zur Nationalität, zur Identität oder zum Reiseweg zu machen.³⁵ Unter einer Feststellung «auf andere zumutbare Weise» versteht die SPK-N Massnahmen, welche im Vergleich zur elektronischen Datenauswertung mit geringerem Aufwand möglich sind. Dazu werden Angaben der Person selbst gerechnet oder auch andere Dokumente,

³⁰ Erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, 14. Februar 2020 (Fussnote 1), S. 5.

³¹ Swissinfo.ch, SEM-Pilotprojekt wertet Handy- und Laptopdaten von Flüchtlingen aus, 10. August 2019, abrufbar unter: <https://www.swissinfo.ch/ger/alle-news-in-kuerze/sem-pilotprojekt-wertet-handy--und-laptopdaten-von-fluechtlingen-aus/45152994> [zuletzt besucht am 21.05.2020].

³² Erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, 14. Februar 2020 (Fussnote 1), S. 6.

³³ UNHCR Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers, 4 August 2017 (Fussnote 6), S. 1.

³⁴ UNHCR Preliminary Legal Observations on the Seizure and Search of Electronic Devices of Asylum-Seekers, 4 August 2017 (Fussnote 6), S. 3.

³⁵ Erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, 14. Februar 2020 (Fussnote 1), S. 6.

die eindeutige Rückschlüsse auf die Identität zulassen. Ein Lingua-Gutachten wird jedoch in Bezug auf eine Auswertung elektronischer Daten nicht bevorzugt, da ein solches Verfahren mit einem grossen zeitlichen und organisatorischen Aufwand verbunden sei.³⁶

UNHCR teilt die Ansicht, dass die Angaben der Person selbst einer Bearbeitung elektronischer Daten vorgehen soll, da dies eine deutlich mildere Massnahme darstellt. Dies bedingt jedoch, dass zuerst eine Anhörung (oder Gewährung des rechtlichen Gehörs) durchgeführt wird, denn erst dort besteht die Möglichkeit ausführliche Informationen zu Identität, Nationalität und Reiseweg geben zu können. Es ist deshalb aber nicht ersichtlich, weshalb die SPK-N eine Bearbeitung von Personendaten grundsätzlich bereits in der Vorbereitungsphase vorsehen will (vgl. auch nArt. 8a Abs. 4 AsylG), welche zeitlich jedoch vor der Anhörung endet.

UNHCR empfiehlt deshalb, den Anwendungsvorrang von Massnahmen mit geringerer Eingriffsintensität im Asylgesetz selbst zu verankern und festzulegen, dass diese zuerst ausgeschöpft werden müssen, bevor zur nächsten einschneidenderen Massnahme gegriffen werden darf. Der vorgesehene Zugriff auf elektronische Datenträger stellt daher die *ultima ratio* dar.

UNHCR empfiehlt ebenfalls, auf Gesetzesebene explizit und abschliessend die Daten aufzulisten, die vom SEM oder anderen Behörden als *ultima ratio* bearbeitet werden dürfen. Bei dieser Auflistung ist darauf zu achten, dass ausschliesslich Daten für den im Gesetz aufgeführten Zweck Feststellung der Identität, der Nationalität oder des Reisewegs aufgeführt werden und dass die Bearbeitung von Daten, die in den Kernbereich der Privatsphäre eingreifen könnten, ausgeschlossen werden.

5. Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)

UNHCR erachtet es für sinnvoll, den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) in die Ausarbeitung der Vorlage einzubeziehen. Dies würde erheblich dazu beitragen, datenschutzrechtliche Bedenken, welche die Vorlage aufwirft, detailliert zu analysieren und den Vorentwurf in Einklang mit datenschutzrechtlichen Garantien zu bringen. Zu denken ist dabei an verschiedene weitere Fragen, welche die Vorlage aus datenschutzrechtlichen Gründen aufwirft, wie die vorgesehene Zwischenspeicherung (nArt. 8a Abs. 3 AsylG), die Weiterleitung an andere Behörden (Sicherheitsbehörden gemäss Art. 22a BPG / Art. 20 Abs. 3 und 4 NDG; kantonale Behörden, nArt. 47 Abs. 3 AsylG), den Einbezug von Dritten für den Einzug von Datenträgern (Art. 26 Abs. 5 AsylG), wie auch die Frage der Involvierung von geschützten Daten von Drittpersonen.

³⁶ Erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, 14. Februar 2020 (Fussnote 1), S. 6.

6. Zusammenfassung der Empfehlungen

Auch wenn die genannten Ziele der Vorlage legitime Interessen zum Ausdruck bringen, erachtet UNHCR es für sinnvoll, den Vorentwurf im laufenden Verfahren einer umfassenden Prüfung der völker- und verfassungsrechtlichen Konformität zu unterziehen. Um diese Aufgabe zu unterstützen, sind die Empfehlungen von UNHCR untenstehend zusammengefasst.

UNHCR empfiehlt für das laufende Gesetzgebungsverfahren:

- **Umfassende Prüfung der völker- und verfassungsrechtlichen Konformität des Vorentwurfes;**
- **Einbezug des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) in die Ausarbeitung der Vorlage.**

UNHCR empfiehlt in Hinblick auf den Vorentwurf die Rahmenbedingungen der Einforderung von Datenträgern und die Bearbeitung von Personendaten detailliert, umfassend und klar in einem Gesetz im formellen Sinn zu verankern. Diese beinhalten:

- **Verankerung der Erforderlichkeit einer Einzelfallprüfung zur Bestimmung der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit durch die dafür kompetente Behörde;**
- **Verankerung des Anwendungsvorrangs von Massnahmen mit geringerer Eingriffsintensität in Art. 8 Abs. 1 AsylG sowie des *ultima ratio*-Charakters der vorgesehenen Massnahmen;**
- **Abschliessende Regelung, welche elektronischen Datenträger eingezo-gen werden dürfen sowie eine klare Regelung der Dauer und der Rückgabe elektronischer Datenträger;**
- **Klare Triage und Definition, welche Personendaten für den erforderli-chen Zweck erhoben werden dürfen unter Ausschluss nicht zwecknot-wendiger Daten, sowie Daten von Drittpersonen;**
- **Klare Regelung des Zugriffs auf elektronische Datenträger und die Be-arbeitung von Personendaten durch SEM Mitarbeitende; Ermächtigung ausschliesslich für dafür geschulte Mitarbeitende des SEM;**

- **Klare Regelung der Abläufe der Datenerhebung, Zwischenspeicherung und Auswertung;**
- **Umfassende Informationsverpflichtung über die Einforderung von Datenträgern und die Bearbeitung von Personendaten;**
- **Genehmigungspflicht für die Einforderung von Datenträgern und die Bearbeitung von Personendaten durch ein unabhängiges Aufsichtsgremium in der Einzelfallanwendung;**
- **Richterliche oder zumindest administrative Überprüfbarkeit erfolgter Einforderung von Datenträgern und die Datenbearbeitung als selbständigen Anfechtungsgrund;**
- **Verankerung der Pflicht zur Evaluation der Geeignetheit der Einziehung von Datenträgern bzw. Bearbeitung von Personendaten zwei Jahre nach einem allfälligen Inkrafttreten der Vorlage und Aufnahme der relevanten Parameter.**

UNHCR Büro für die Schweiz und Liechtenstein

Juni 2020



VKM | ASM I

Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden
Association des services cantonaux de migration
Associazione dei servizi cantonali di migrazione

Geschäftsstelle
Migrationsdienst des Kantons Bern
Corinne Karli
Ostermundigenstrasse 99B
CH-3006 Bern

Telefon +41 31 633 42 99
Fax +41 31 633 55 86
info@vkm-asm.ch
www.vkm-asm.ch

Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden,
Ostermundigenstrasse 99B, 3006 Bern

Per E-Mail
Nationalrat
Staatspolitische Kommission
Andreas Glarner, Kommissionspräsident

(per E-Mail: spk.cip@parl.admin.ch)

Ihr Zeichen
Ihre Mitteilung vom
Unser Zeichen
Zuständig

11.02.2020
MS
Corinne Karli

Bern, 4. Juni 2020

17.423 n Pa.Iv. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen – Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM) dankt Ihnen für die Möglichkeit, zum Vorentwurf und zum erläuternden Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative (17.423) "Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen" Stellung nehmen zu können. Alle unsere Mitglieder begrüßen die geplanten Änderungen. Der vorliegende Gesetzesentwurf erweitert die Mitwirkungspflicht der asylsuchenden Personen bzw. die Kompetenzen des Staatssekretariats für Migration (SEM), im Rahmen der Identitätsabklärung auf mobile Datenträger der gesuchstellenden Person zugreifen zu können, wenn deren Identität nicht auf anderem Weg festgestellt werden kann. Die Idee, die der Vorlage zugrunde liegt, ist aus der Sicht der VKM richtig. Mit den zusätzlich vorgesehenen Massnahmen kann voraussichtlich in einzelnen Fällen die Herkunft und Identität von asylsuchenden Personen effektiver und rascher festgestellt werden. Eine analoge, entsprechende Praxis kennt man offenbar auch in diversen anderen europäischen Staaten, wo sie bereits erfolgreich zur Anwendung kommt. Wir erachten es als sinnvoll, dass die Prüfung der elektronischen Datenträger in erster Linie gleich zu Beginn des Asylverfahrens durch das SEM erfolgen soll, da so wertvolle Informationen für die Fällung des Asylentscheides gewonnen werden können. Gleichzeitig muss es aber zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens, also auch während des Wegweisungsvollzugs, möglich sein, derartige Prüfungen vorzunehmen (wie das offenbar in den Niederlanden auch der Fall ist).

Eine wesentliche Schwachstelle der Vorlage erkennen wir darin, dass es keinerlei Zwang zu einer vorübergehenden Aushändigung elektronischer Datenträger zwecks Auswertung gibt. Wohl handelt die betroffene Person bei einer Weigerung entgegen ihrer Mitwirkungspflicht und dieses Verhalten wird dann konsequenterweise auch in den Asyl-Entscheidprozess Eingang finden. Damit ist aber gerade für den Wegweisungsvollzug nichts gewonnen. In Art. 47 E-AsylG wird eine Grundlage für die Aushändigung und Auswertung im Bereich des Vollzugs von Wegweisungen im Asylbereich geschaffen. Eine zwangsweise Abnahme der elektronischen Datenträger ist jedoch nicht vorgesehen. Damit besteht die berechtigte Gefahr, dass die neue Bestimmung wirkungslos bleiben

wird. Die Erfahrungen unserer Mitglieder im Wegweisungsvollzug zeigen, dass die Betroffenen einer Abgabe der Datenträger zur Auswertung nicht zustimmen, wenn sie Nachteile, d.h. die Aufdeckung ihrer wahren Identität zu befürchten haben. Art. 47 E-AsylG ist deshalb insofern zu ergänzen, dass das SEM die Sicherstellung der elektronischen Datenträger anordnen kann, wenn die betroffene Person, deren Identität nicht feststeht, ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachkommt und wenn gültige Reisepapiere anderweitig nicht mit zumutbarem Aufwand beschafft werden können. Nach unserem Verständnis des Teilrevisionsvorschlags soll gerade bei unkooperativen Personen eine zusätzliche Möglichkeit für die Abklärung von Identität und Herkunft geschaffen werden, um damit die Voraussetzungen zu schaffen, dass die Kantone ihren Vollzugsauftrag wahrnehmen können. Erfahrungsgemäss ist die Kooperationsbereitschaft im Zeitpunkt des Wegweisungsvollzugs auf dem tiefsten Niveau. Es ist somit absehbar, dass diese neue Bestimmung in dieser Phase der Identitätsabklärung bzw. Papierbeschaffung keinerlei Verbesserungen gegenüber der heutigen Situation bringen wird. Denn eine Weigerung der betroffenen Person hat – wie auch im erläuternden Bericht treffend ausgeführt wird – keine Auswirkungen mehr auf das Verfahren. Vielmehr kann die ausreisepflichtige (und somit illegal anwesende) Person mit ihrer Weigerung den Zustand der fehlenden Vollzugsmöglichkeit weiterhin aufrechterhalten und den Wegweisungsvollzug verhindern. Der erläuternde Bericht weist zwar darauf hin, dass die Verletzung der Mitwirkungspflicht im Rahmen der Anordnung von Zwangsmassnahmen berücksichtigt werden kann. Damit wird explizit darauf verwiesen, dass in diesem Fall freiheitsbeschränkende wie auch freiheitsentziehende Massnahmen wie Rayonaufgaben und Administrativhaft angeordnet werden können. Gerade die ausländerrechtliche Administrativhaft wird jedoch als stärkstes und im Rahmen der Verhältnismässigkeit als letztes anzuwendendes Mittel angesehen, um den Wegweisungsvollzug sicherzustellen. Unseres Erachtens wäre die Möglichkeit einer zwangsweisen Abnahme von elektronischen Datenträgern ein deutlich kleinerer Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen und wäre somit weit aus verhältnismässiger als die Anordnung von freiheitsbeschränkenden und freiheitsentziehenden Massnahmen. Zudem dürfte die Chance, Angaben zur Identität und Herkunft zu erhalten, mit einer zwangsweisen Auswertung von elektronischen Datenträgern deutlich grösser sein als allein mit dem Druckmittel der ausländerrechtlichen Administrativhaft.

Kritisch erachten wir weiter, dass im gesamten Verfahren lediglich die zuständigen Mitarbeitenden des SEM Auswertungen von Mobiltelefonen und anderen Datenträgern vornehmen können sollen. Es wird dabei übersehen, dass der Vollzug der Wegweisung nach wie vor Sache der Kantone ist. Um den Wegweisungsvollzug, der für ein wirksames und glaubwürdiges Asylverfahren wichtig ist, zu verbessern, ist es deshalb zwingend notwendig, dass auch den Kantonen, die für den Wegweisungsvollzug zuständig sind, die Kompetenz zusteht, Datenträger einzufordern und auszuwerten. Wir regen deshalb mit Nachdruck an, Art. 70 Abs. 1 AIG in analoger Weise zu Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 8a E-AsylG zu erweitern. Damit bestünde für die kantonalen Vollzugsbehörden eine ausreichende und klare gesetzliche Grundlage für die Sicherstellung und Auswertung von elektronischen Datenträgern. Dabei ist ebenfalls erforderlich, dass die kantonale Behörde die Beschlagnahme zwangsweise anordnen kann, wenn die betroffene Person, deren Identität nicht feststeht, ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachkommt und wenn gültige Reisepapiere anderweitig nicht mit zumutbarem Aufwand beschafft werden können. Eine Anpassung von Art. 70 AIG ist äusserst wichtig, da damit auch Wegweisungsverfahren aus dem Ausländerrecht und nicht nur diejenigen aus dem Asylrecht abgedeckt wären.

Zudem stellt sich für uns die Frage, ob der Zweck der Analyse der Daten wirklich so eng gezogen werden soll. So könnte es nämlich durchaus sinnvoll sein, daraus auch Daten zu entnehmen, die im Rahmen der Familienzusammenführung entscheidend sein könnten oder die Hinweise geben,

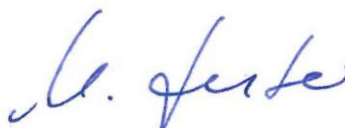
ob Ausschaffungshaftgründe vorliegen. Wir beantragen deshalb, den Zweck der Analyse der Daten zu prüfen. Damit könnten allenfalls auch Daten verwendet werden, um ein Gesuch um Familienzusammenführung zu prüfen oder um Haftgründe für eine Ausschaffungshaft zu begründen.

In technischer Hinsicht muss unseres Erachtens auch auf Daten zurückgegriffen werden können, die von der Person in einer virtuelle Ebene abgespeichert wurden. Dies sollte auch aus der Aufzählung ersichtlich sein. Wir beantragen, dass eine entsprechende Ergänzung vorgenommen wird, damit ein Rückgriff auf Daten in einem virtuellen Umfeld (z.B. Cloud-Lösungen) möglich ist. Ergänzend weisen wir darauf hin, dass eine Auswertung von Datenträgern nur dann wirkungsvoll ist, wenn sie durch Spezialisten mit den geeigneten forensischen Mitteln durchgeführt wird, was bei der Umsetzung entsprechend zu berücksichtigen sein wird.

Abschliessend weisen wir darauf hin, dass entgegen den Ausführungen im Bericht den Kantonen je nach praktischer Ausgestaltung durchaus Aufwendungen und damit Kosten entstehen. Zwar wird wohl die Anzahl der kantonalen Anträge auf Auswertung von Datenträgern im Rahmen der Vollzugsunterstützung überschaubar bleiben, ein Aufwand entsteht aber trotzdem. Und sollten die Bestimmungen auf Zwangsmöglichkeiten der Auswertung ausgedehnt und auch den Kantonen entsprechende Kompetenzen zugestanden werden, wird dies nicht unerhebliche Kosten mit sich bringen. Diese Kosten würden sich indes rechnen, zumal bei der Feststellung asylrelevanter Sachverhalte und/oder der Papierbeschaffung wiederum Zeit und Ressourcen eingespart werden könnten.

Fazit: Insgesamt stimmen wir der geplanten Anpassung der asylrechtlichen Bestimmungen zu. Wir beantragen allerdings, den Entwurf im Sinne unserer Ausführungen anzupassen. Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen und bitten Sie höflich, diese im Rahmen der weiteren Arbeiten entsprechend zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse



Marcel Suter
Präsident

Kopie

– Mitglieder VKM

per E-Mail an: spk.cip@parl.admin.ch

Nationalrat
Staatspolitische Kommission
3003 Bern

Basel, 4. Juni 2020

17.423 n Pa.IV. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zum Vernehmlassungsentwurf in oben genannter Angelegenheit Stellung nehmen zu können. Gerne äussern wir uns wie folgt dazu.

Grundsätzlich

Wir unterstützen grundsätzlich die Stellungnahme des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten und bringen zusätzlich die folgenden Bemerkungen an:

Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG

Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG ist dahingehend zu präzisieren, dass die elektronischen Datenträger nur *vorübergehend* auszuhändigen sind. Eine eigentliche Sicherstellung oder Einziehung der Datenträger ist gemäss Ziff. 3.1 des erläuternden Berichts nicht vorgesehen, was auch im Gesetzestext zum Ausdruck kommen soll.

Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre asylsuchender Personen dar. Es ist daher auf geeignete Weise sicherzustellen, dass die Anwendung der neuen Bestimmung grundrechtskonform erfolgt. Dazu darf die Aushändigung der elektronischen Datenträger nicht unter Zwang erfolgen und die Weigerung einer asylsuchenden Person darf tatsächlich «nur» im Rahmen der Glaubwürdigkeitsprüfung berücksichtigt werden, wie dies im erläuternden Bericht (Ziff. 3.1 zweiter Absatz) festgehalten ist.

Ebenso ist auf geeignete Weise sicherzustellen, dass bei der Anwendung von Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG der asylsuchenden Person immer zuerst die Möglichkeit eingeräumt wird, selber die erforderlichen Angaben zu machen, um so den schweren Eingriff in ihre Privatsphäre abwenden zu können. Diese Subsidiarität ist mit der Formulierung im Entwurf «...mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise festgestellt werden kann...» nicht garantiert und der Entwurf daher entsprechend zu präzisieren.

Eingriffe in Grundrechte haben die Voraussetzungen von Art. 36 BV zu erfüllen. Sie müssen insbesondere verhältnismässig sein, also geeignet und erforderlich, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Im erläuternden Bericht wird zwar auf die Erfahrungen aus dem Pilotprojekt verwiesen, jedoch ohne konkrete oder messbare Angaben zur Wirksamkeit («es konnten Hinweise gefunden werden»). Die Geeignetheit von Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG kann somit im heutigen Zeitpunkt nicht ohne weiteres bejaht werden. Die Wirksamkeit der Auswertung elektronischer Datenträger ist daher nach einer bestimmten Dauer zu überprüfen und die Pflicht zur Überprüfung verbindlich festzuschreiben.

Art. 8a E-AsylG

Mit Art. 8a Abs. 1 E-AsylG wird die gesetzliche Grundlage geschaffen für die Bearbeitung von Personendaten und besonders schützenswerten Personendaten *der betroffenen asylsuchenden Person*. Die Bestimmung schafft hingegen keine gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung von Personendaten von Drittpersonen, welche bei Speicherung und Auswertung der elektronischen Datenträger unvermeidbar ist. Art. 8a Abs. 1 E-AsylG genügt daher den rechtlichen Anforderungen nicht und ist in diesem Sinne zu ergänzen. Als Beispiel mag die Regelung im BÜPF (Art. 4 BÜPF) dienen.

Nach dem Wortlaut von Art. 8a Abs. 3 E-AsylG *können* die Daten auf dem Server des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements gespeichert werden, es besteht nach dieser Formulierung jedoch keine Pflicht dazu. Im Hinblick auf die Sicherheit der Daten ist eine einheitliche und verbindliche Regelung zu schaffen, die den datenschutzrechtlichen Anforderungen gerecht wird.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Beat Rudin
Präsident privatim



Kantonaler Datenschutzbeauftragter

Bahnhofstrasse 15
6002 Luzern
Telefon 041 228 66 06
matthias.schoenbaechler@lu.ch
www.lu.ch

An die Staatspolitische Kommission
(SPK) des Nationalrates
CH-3003 Bern

via E-Mail an:
spk.cip@parl.admin.ch

Luzern, 29. Mai 2020 scm

17.423 n Pa.IV. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen – Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Kommissionspräsident Glarner
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne äussere ich mich in Absprache mit *privatim*, der Konferenz der schweizerischen Datenschutzbeauftragten, zum Erlassentwurf zur Änderung des Asylgesetzes wie folgt.

1 Allgemeines

Das Ziel der Änderung, wie im Vorentwurf und erläuternden Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates ausgeführt, ist die Verbesserung der Identitätsfeststellung von Asylsuchenden durch eine Auswertung von mobilen Datenträgern wie Mobiltelefone oder Tablets. Dazu ist eine Anpassung der rechtlichen Grundlagen notwendig, damit die Mitwirkungspflichten der Asylsuchenden bzw. die Kompetenzen der Behörden auch das Recht umfassen, mobile Datenträger zu prüfen, wenn die Identität der gesuchstellenden Person nicht auf andere Weise festgestellt werden kann. Die Auswertung von mobilen Daten könne eine effiziente Methode darstellen, um Informationen über die Identität einer Person zu erhalten, denn bei Mehrheit von den Asylsuchender sei die Identität nicht bekannt oder könne nicht zweifelsfrei geklärt werden. Dies würde das Asylverfahren verzögern und erschweren. Oftmals würden diese Personen jedoch mobile Datenträger wie Mobiltelefone oder Tablets mit sich führen, welche eine Vielzahl von Daten enthalten, die für die Identitätsklärung von Nutzen sein könnten.

Gerade deshalb, weil die mobilen Datenträger eine umfangreiche Menge an Daten – vor allem personenbezogenen Daten und besonders schützenswerten Personendaten – enthalten, stellen die vorgeschlagene Änderungen einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre asylsuchender Personen dar. Aus diesem Grund sollten die neuen Bestimmungen hinreichend die datenschutzrechtlichen Aspekte berücksichtigen, um die Privatsphäre der Asylsuchende und Drittpersonen zu schützen. Insbesondere sollten die folgenden Anpassungen in Betracht gezogen werden.

2 Einzelne Bestimmungen

2.1 Aushändigung der elektronischen Datenträger (Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG)

Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre asylsuchender Personen dar. Es ist daher auf geeignete Weise sicherzustellen, dass die Anwendung der neuen Bestimmung grundrechtskonform erfolgt und geeignet, erforderlich sowie verhältnismässig ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen.

Die Aushändigung der elektronischen Datenträger darf nicht unter Zwang erfolgen und die Weigerung einer asylsuchenden Person darf nur im Rahmen der Glaubwürdigkeitsprüfung berücksichtigt werden, wie dies im erläuternden Bericht festgehalten ist. Ebenso ist auf geeignete Weise sicherzustellen, dass bei der Anwendung von dieser Bestimmung der asylsuchenden Person immer zuerst die Möglichkeit hat, selber die erforderlichen Angaben zu machen, um den schweren Eingriff in ihre Privatsphäre vermeiden zu können. Die Subsidiarität ist mit der Formulierung «mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise festgestellt werden kann» nicht garantiert und der Entwurf ist entsprechend zu präzisieren.

Darüber hinaus sollte Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG so präzisiert werden, dass die elektronischen Datenträger nur vorübergehend auszuhändigen sind. Eine eigentliche Sicherstellung oder Einziehung der Datenträger ist gemäss dem erläuternden Bericht nicht vorgesehen, was auch im Gesetzestext zum Ausdruck kommen soll.

2.2 Grundlage für die Bearbeitung von Personendaten von Drittpersonen (Art. 8 Abs. 1 lit. g E-AsylG)

Art. 8a Abs. 1 E-AsylG erfasst nur die Bearbeitung von Personendaten der betroffenen asylsuchenden Person und setzt daher nur für diese das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage um. Die Bestimmung schafft hingegen keine gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung von Personendaten von Drittpersonen (zum Beispiel Kontaktdaten), welche bei Speicherung und Auswertung der elektronischen Datenträger betroffen sein werden. Deswegen ist die Rechtsgrundlage in Art. 8a Abs. 1 E-AsylG nicht hinreichend und ist in Bezug auf Daten der Drittpersonen und ihrem Schutz zu ergänzen.

2.3 Die Sicherheit der Datenspeicherung (Art. 8a Abs. 3)

Gemäss art. 8a Abs. 3 E-AsylG können die Daten auf dem Server des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements gespeichert werden, aber es besteht keine Pflicht zur einheitlichen Datenspeicherung. Im Hinblick auf die Datensicherheit ist eine einheitliche und verbindliche Regelung zu schaffen, die den datenschutzrechtlichen Anforderungen gerecht wird. Die Einzelheiten der Datenspeicherung und der zusammenhängenden Sicherheitsmassnahmen sollten ebenso von dem Bundesrat festgelegt werden und Art. 8a Abs. 5 entsprechend präzisiert werden.

2.4 Aufbewahrungsdauer (Art. 8a Abs. 5)

Gemäss Art. 8a Abs. 5 werden die Personendaten nach der Auswertung gelöscht und spätestens nach einem Jahr seit der Speicherung sollen alle Personendaten automatisch gelöscht werden. In Anbetracht der Verhältnismässigkeit und den Verfahrensfristen im Artikel 37 AsylG kann die Aufbewahrungsdauer von ein Jahr nicht als angemessen betrachtet werden. Stattdessen sollten alle Personendaten spätestens nach sechs Monaten seit der Speicherung automatisch gelöscht werden. Mit der Revision des Asylgesetzes, die seit dem 1. März 2019 in

Kraft ist, werden die meisten Asylverfahren innerhalb von 140 Tagen durchgeführt und abgeschlossen. Angesichts dieser beschleunigten Verfahren folgen scheint eine längere Aufbewahrung unverhältnismässig.

2.5 Erhobene Daten (Art. 8a Abs. 5)

Die mobilen Datenträger enthalten eine sehr umfangreiche Menge an Personendaten und teilweise besonders schützenswerte Personendaten. Entsprechend stellt die Anforderung zur Aushändigung der Datenträger einen schweren Eingriff in die Privatsphäre der asylsuchenden Person dar.

Laut dem Erlassentwurf legt der Bundesrat fest, welche Daten nach Absatz 1 erhoben werden, und regelt den Zugriff sowie die Einzelheiten der Auswertung der Personendaten. Im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit muss es berücksichtigt werden, dass nur solche Personendaten erhoben werden sollen, welche erforderlich sind, die Identität der oder des Asylsuchenden festzustellen. Die Auflistung der erhobenen Daten, zumindest die Datenkategorien, die erhoben werden können, sollten aufgrund der Eingriffsschwere auf Gesetzstufe festgelegt werden. Die Einzelheiten der Personendaten oder Datenkategorien dagegen könnten von dem Bundesrat festgelegt werden.

Ich danke Ihnen für die Berücksichtigung meiner Anliegen. Für Rückfragen stehe ich Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Matthias R. Schönbächler
MLaw Rechtsanwalt
Datenschutzbeauftragter

**Parlamentarische Initiative 17.423:
Mitwirkungspflicht im Asylverfahren.
Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen.
Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staats-
politischen Kommission des Nationalrates vom
14. Februar 2020**

Vernehmlassungsantwort
vom Schweizerischen Arbeiterhilfswerk (SAH)

Bern, 3. Juni 2020

1 Einleitung

Das SAH bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussert sich im Folgenden nur kurz zu den wichtigsten Punkten.

Das SAH lehnt die Vorlage der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (SPK-N) zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern ab. Sie stellt einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre dar. Aus Sicht des SAHs sind die Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff nicht erfüllt.

Die SPK-N begründet die Einführung einer entsprechenden Rechtsgrundlage in der Schweiz unter anderem damit, dass andere europäische Länder ebenfalls entsprechende Regelungen kennen. Sie stellt die Praxis in den betreffenden Ländern im erläuternden Bericht jedoch nur sehr knapp und einseitig dar. In keiner Weise erwähnt werden die kontroversen Diskussionen, die problematischen Aspekte und der äusserst beschränkte Nutzen. Tatsächlich machen die nicht erwähnten Erfahrungen in Deutschland und anderen europäischen Ländern deutlich, welche zahlreichen noch ungeklärten Fragen und Probleme sich stellen mit Blick auf fundamentale Grundsätze wie Rechtsstaatlichkeit, Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, Verhältnismässigkeit und Datenschutz. Die Erfahrungen insbesondere aus Deutschland dokumentieren zudem, dass solche Massnahmen sehr hohe Kosten generieren, aber nur ein kleiner Teil der Auswertungen zu einem nennenswerten Nutzen führt. Von einer «effizienten Methode», von der die SPK-N in ihrem erläuternden Bericht spricht, kann also keine Rede sein.

Aus Sicht des SAHs darf keine entsprechende Rechtsgrundlage eingeführt werden, weil sie nicht mit den rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Garantien vereinbar ist. Eine hinreichende Risiko- und Folgenabschätzung wurde augenscheinlich nicht vorgenommen. Für den geplanten schweren Grundrechtseingriff wären indes detaillierte, vertiefte Abklärungen und Erläuterungen zwingend, um überzeugend darlegen zu können, wie den verschiedenen Problemen und Fragen hinsichtlich Rechtsstaatlichkeit, Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, Verhältnismässigkeit und Datenschutz tatsächlich Rechnung getragen werden soll. Solche Ausführungen fehlen in der Vernehmlassungsvorlage jedoch gänzlich.

2 Stellungnahme des Schweizerischen Arbeiterhilfswerks (SAH)

Die gesetzliche Grundlage ist unzureichend

Schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten erfordern ein Gesetz im formellen Sinn als Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Gemäss Vorentwurf sollen zentrale Aspekte jedoch erst auf Verordnungsstufe geregelt werden sollen (Triage der für die Identitätsabklärung relevanten Daten, Definition, welche Daten erhoben werden, Regelung des Zugriffs). Zudem ist die Grundlage nicht genügend bestimmt, indem sie mögliche Datenträger gemäss künftigen technischen Entwicklungen umfasst.

Das SAH lehnt die Vorlage der SPK-N zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern ab. Die Massnahme stellt einen schweren Eingriff in das Recht auf Privatsphäre dar, wobei die gesetzliche Grundlage für einen solchen Eingriff nicht erfüllt ist.

Die Vorlage ist unverhältnismässig

Das SAH hält die Pflicht von Asylsuchenden, zwecks Identitätsfeststellung elektronische Datenträger auszuhändigen und das entsprechende Überprüfungsrecht des SEM für unverhältnismässig.

Die Massnahme ist nicht erforderlich, weil der Zweck auch mit Massnahmen, die weniger stark in Grundrechte eingreifen, erreicht werden kann. Der beschränkte Nutzen steht in keinem Verhältnis zum schweren Eingriff in die Privatsphäre.

Angesichts der gravierenden verfahrensrechtlichen Folgen einer Verletzung der Mitwirkungspflicht kann nicht von einer «freiwilligen» Herausgabe der Datenträger gesprochen werden.

Die Massnahme gemäss Vorlage der SPK-N ist nicht erforderlich, weil die Identität festgestellt werden kann, ohne dass die elektronischen Datenträger ausgehändigt werden müssen. Der Eingriff in die Privatsphäre steht in keinem Verhältnis zum Nutzen der Massnahme.

Fehlende gerichtliche Kontrolle der Rechtmässigkeit

Es fehlt eine gerichtliche Kontrolle der Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit, welche im Strafverfahren in Bezug auf Personen, die schwerer Straftaten verdächtigt werden, zwingend vorausgesetzt ist. Im Asylverfahren geht es nicht um potenzielle Straftäter, sondern um Schutzsuchende. Umso stossender ist, dass für sie nicht einmal dieselben verfahrensrechtlichen Garantien gelten sollen.

Das SAH lehnt die Vorlage der SPK-N wegen fehlenden verfahrensrechtlichen Garantien ab.

Der Datenschutz ist nicht gewährleistet

Im Asylverfahren sind sensible Daten betroffen. Bei allen Verfahrensschritten sind der Datenschutz der Betroffenen sowie die Verhältnismässigkeit zu wahren. Es sollen nur Regelungen eingeführt werden, die vom Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden. In anderen europäischen Ländern wurde in der Diskussion um die Einführung ähnlicher Regelungen von verschiedenen Seiten gewichtige datenschutzrechtliche Probleme angeführt.

Die Massnahme gemäss Vorlage der SPK-N gefährdet den Datenschutz der Betroffenen. Die Einsicht in sensible Daten wird möglich, wodurch der Datenschutz nicht mehr gewährleistet werden kann.

Die Massnahme ist teuer und ineffizient

Die vorgeschlagene Massnahme führt zu sehr hohen Kosten, die noch schwer zu vorauszusehen sind. Erfahrungen aus Deutschland zeigen, dass die geplanten Hard- und Software-Kosten um ein vielfaches höher ausfielen als ursprünglich geplant.

Die voraussichtlich hohen Kosten sind mit Blick auf den erwartungsgemäss beschränkten Nutzen¹ nicht gerechtfertigt. Auch aus diesem Grund ist die vorgeschlagene Änderung aus Sicht des SAHs unverhältnismässig und unnötig.

¹ Siehe dazu oben Ziff. 5.1.

3 Dank

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen.

Schweizerisches Arbeiterhilfswerk



Mattea Meyer
Präsidentin



Caroline Morel
Leiterin Nationales Sekretariat



Plattform «Zivilgesellschaft
in Asyl-Bundeszentren»

Plateforme «Société civile dans
les centres fédéraux d'asile»

Piattaforma «Società civile nei centri della
Confederazione per richiedenti l'asilo»

Nationalrat
Staatspolitische Kommission
CH-3003 Bern
Per Mail eingereicht:
spk.cip@parl.admin.ch

Bern, 3. Juni 2020

Vernehmlassungsantwort der Plattform ZiAB Parlamentarischen Initiative 17.423: Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen.

Die Plattform ZiAB bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die ZiAB steht schweizweit mit Freiwilligengruppen in und um Bundesasylzentren in regelmässigem Kontakt und setzt sich seit der Gründung im Jahr 2015 für eine konstruktive und vertrauensbildende Zusammenarbeit zwischen Behörden, Betreiberorganisationen, Zivilgesellschaft und Asylsuchenden ein.

Die Vorlage der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern lehnt die ZiAB ab.

Die Abgabe des Mobiltelefons stellt einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre dar. Aus Sicht der ZiAB sind die Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff nicht erfüllt (Art. 36 BV).

Zusätzlich berichten engagierte Freiwillige rund um Bundesasylzentren regelmässig, dass die Bewohner*innen der Zentren unter dem Verlust der Privatsphäre stark leiden. Einerseits gibt es in den Kollektivunterkünften kaum Möglichkeiten des Rückzugs. Andererseits stehen asylsuchende Personen unter Druck, bei den Anhörungen ihre persönlichen Fluchtgründe fremden Menschen zu erzählen.

Es ist für ein rechtstaatliches Asylverfahren elementar, dass bei den Anhörungen Räume des Vertrauens geschaffen werden, damit Asylsuchende ihre Geschichte möglichst offen erzählen können. Je nach Herkunft der asylsuchenden Personen ist das Misstrauen gegenüber

Behörden im Vorhinein gross. Werden Asylsuchende im Rahmen der Mitwirkungspflicht dazu genötigt, ihr Mobiltelefon – den privatesten Gegenstand überhaupt – abzugeben, so wirkt sich dies nach Einschätzung der ZiAB klar negativ auf das Vertrauen der asylsuchenden Personen in die Behörden aus.

Die ZiAB bewertet die vorgeschlagene Abgabe der Mobiltelefone zusammenfassend als:

- unverhältnismässigen und somit nicht gesetzeskonformen Eingriff in die Privatsphäre der asylsuchenden Personen;
- schädigend für das Vertrauensverhältnis der asylsuchenden Personen in die Behörden und somit als kontraproduktiv für das Asylverfahren.

In der vorliegenden Stellungnahme nicht aufgegriffene Punkte sollen nicht als Zustimmung verstanden werden. Die Plattform ZiAB unterstützt die Position der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH vollumfänglich.

Mit freundlichen Grüssen



Dr. Ruth-Gaby Vermot
(ehem. Nationalrätin &
Mitglied der ZiAB-Steuergruppe)



Laura Tommila
(Geschäftsleitung ZiAB)



Prise de position des Centres sociaux protestants relative à l'avant projet « Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles »

Résumé de l'avant-projet

L'avant-projet discuté ici provient à l'origine d'une initiative parlementaire du Conseiller national UDC zurichois Gregor Rutz. Ce texte a été adopté par la Commission des institutions politiques du Conseil national qui le présente désormais sous la forme d'un avant-projet visant à modifier la loi sur l'asile (LAsi).

Cet avant-projet a pour but de permettre au Secrétariat d'État aux Migrations (SEM) d'analyser les différentes données électroniques qu'un requérant d'asile transporte avec lui. Cela concerne avant tout le téléphone portable, mais s'applique aussi aux tablettes, ordinateurs portables, clés USB, etc.

L'objectif principal est de permettre au SEM de déterminer l'identité du requérant d'asile, son origine, et l'itinéraire qu'il a emprunté pour venir en Suisse, quand ces points n'ont pas pu être établis « sur la base de papiers d'identité ou d'une manière raisonnable » (Art. 8, al. 1, let. g AP-LAsi).

La fouille du téléphone portable peut avoir lieu lors de la phase préparatoire précédant la procédure d'asile proprement dite, lors de l'audition sur les motifs d'asile, ou ultérieurement lors de la phase d'exécution du renvoi. Elle a lieu en présence du requérant d'asile et de son représentant juridique. Un procès-verbal est établi.

Selon le rapport explicatif, le SEM ne peut pas saisir les appareils et les données du requérant d'asile sans son "consentement". Toutefois, son refus engendre une violation de son obligation de collaborer. Celle-ci peut avoir pour conséquence un classement de sa demande d'asile sans décision formelle (art. 8 al. 3bis LAsi), une décision négative (art. 31a al. 4 LAsi) ou, si ce refus se produit au moment de l'exécution du renvoi, l'application de mesures de contrainte (art. 76 al. 1 let. b ch. 3 AP-LEI).

Quelles données exactement seront relevées sur les supports mobiles ? L'avant-projet ne

le précise pas, expliquant que cette compétence reviendra, dans une phase ultérieure à l'adoption de la loi, au Conseil fédéral. Ce flou complique la prise de position.

Analyse de la proportionnalité

Le respect de la vie privée est un droit fondamental. Il est garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) ainsi que par l'article 13 de la Constitution fédérale. Les informations contenues dans un téléphone portable touchent au coeur de l'intimité de son détenteur. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, « le droit à la vie privée inclut la confidentialité des communications, y compris celle des échanges par courrier, téléphone, messagerie électronique et par d'autres moyens de communication, ainsi que la confidentialité des informations, y compris celles en ligne » (Copland c. Royaume-Uni).

Si dans le cadre d'une demande d'asile le demandeur peut être amené à dévoiler une part importante de son intimité, notamment en raison des motifs qu'il invoque, l'administration reste cependant tenue à une certaine réserve et l'ingérence qu'elle estime nécessaire à son travail d'évaluation doit rester proportionnée. Un téléphone portable contient les échanges personnels du requérant ou de la requérante, ses photographies, ses vidéos, la liste de ses contacts, ses données de géolocalisation, et d'autres données. La consultation de son téléphone peut dévoiler des éléments de sa vie privée qu'il a le droit de garder pour lui, de manière absolue et à plus forte raison si ces éléments ne concernent pas ses motifs d'asile. Il peut s'agir, par exemple, de ses liens les plus intimes, de son orientation sexuelle, de ses faits et gestes les plus personnels, etc. L'empiètement de la présente mesure sur le droit fondamental à la vie privée est donc conséquente.

Pour être proportionnelle, une mesure doit répondre à une nécessité. L'autorité dispose de différents moyens pour établir les faits (auditions, moyens de preuve, rapports médicaux, expertises). La nécessité de recourir à la fouille du téléphone portable ne va pas de soi. Un bilan de l'assemblée parlementaire allemande, après dix-huit mois de mise en oeuvre de cette mesure, établit que la fouille des téléphones portables n'a permis de réfuter l'identité des requérants d'asile que dans 2% des cas¹. Ce ne sont donc que dans des cas bien précis que cette mesure s'avérerait utile. Néanmoins, si le SEM est autorisé à se saisir des téléphones portables et à les fouiller, il est évident qu'il sera tenté de recourir assez systématiquement pour "faire parler" les données personnelles des demandeurs d'asile, en violation de leur droit à maintenir le respect de leur vie privée. C'est d'autant plus vrai que la procédure se déroule désormais à un rythme accéléré et que les fonctionnaires du SEM ne disposeront pas du temps nécessaire pour procéder en deux étapes, c'est-à-dire dans un premier temps chercher à établir les faits par les moyens les moins intrusifs, puis seulement dans certains cas fouiller le téléphone portable. Le risque que la fouille du téléphone portable, et donc l'atteinte à la vie privée, deviennent systématiques, est bien réel.

Vu son caractère extrêmement intrusif, la fouille du téléphone portable, si elle venait à être

¹ <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/087/1908701.pdf>, p. 28-29.

adoptée, devrait à tout le moins être utilisée en dernier recours uniquement. L'avant-projet précise qu'elle serait effectuée en amont d'une analyse lingua (une expertise des connaissances linguistiques et des connaissances sur le pays d'origine du demandeur d'asile). Même si l'analyse lingua peut aussi être imprécise et conduit à des résultats souvent discutables, elle devrait être menée avant la fouille du téléphone portable car elle empiète moins sur le droit à la vie privée.

Par ailleurs, l'avant-projet mentionne que la fouille du téléphone portable et autres données électroniques du requérant ne peut avoir lieu sans son consentement. Notons tout d'abord que le terme de consentement n'apparaît pas dans l'avant-projet de loi, mais uniquement dans le rapport explicatif. La loi utilise des termes plus impérieux, comme "le SEM peut obliger la personne à lui remettre tout support électronique de données" (art. 47 al. 2 AP-LAsi).

Si le rapport explicatif prend la précaution de mentionner la question du consentement, c'est que celui-ci est impératif pour éviter toute violation du droit fondamental à la vie privée. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le principe est que l'article 8 CEDH protège les informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées ou utilisées sans son consentement (Flinkkilä et autres c. Finlande).

Ici, toutefois, le terme de consentement est fallacieux: le consentement implique que celui ou celle qui le donne manifeste "une volonté libre, spécifique, éclairée et univoque" (art. 7 du Règlement européen n° 2016/679 général sur la protection des données). S'il risque de voir sa demande d'asile est classée sans décision formelle, rejetée par une décision négative, ou de se retrouver en détention administrative, on peut difficilement admettre que le demandeur d'asile fournira son consentement « librement ».

En résumé, les CSP sont d'avis que la fouille des téléphones portables et autres supports de données électroniques ne respecte pas le principe de proportionnalité, ce qui entraînera des violations du droit fondamental à la vie privée.

Interdiction de la discrimination

Comme le droit à la vie privée est fondamental, toute atteinte est, dans d'autres domaines, strictement encadrée par différentes garanties. Ainsi, en droit pénal:

« La fouille d'un iPhone ou d'un carnet d'adresses constitue une perquisition de documents et d'enregistrements au sens de l'art. 246 CPP (ATF 139 IV 128 consid. 1.3 p. 132).

Sur le fond, pour ordonner une fouille, il faut qu'il existe des soupçons suffisants laissant présumer l'existence d'une infraction (art. 197 al. 1 let. b et 249 CPP). La présomption est suffisante lorsqu'une infraction a été commise et que des soupçons se portent de manière directe ou indirecte sur la personne déterminée. Une fouille systématique et préventive est exclue (GUENIAT/HAINARD, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 1 ad art. 249

CPP).

La compétence pour ordonner une fouille de personnes et d'objets est réglée par les art. 198 et 241 CPP. Les perquisitions, fouilles et examens sont, en règle générale, ordonnés par le ministère public (art. 198 CPP) et font l'objet d'un mandat écrit (art. 241 al. 1 CPP). En cas d'urgence, ils peuvent être ordonnés par oral, mais doivent être confirmés par écrit (art. 241 al. 1 in fine CPP). Les cas urgents sont notamment énumérés à l'art. 241 al. 3 et 4 CPP. Il doit s'agir de situations d'urgence objective pour lesquelles le report de la mesure ne peut être envisagé sans que cela ne compromette le but visé par celle-ci (CATHERINE CHIRAZI, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 27 ad art. 241 CPP). »²

Cet extrait de la jurisprudence du Tribunal fédéral montre qu'en droit pénal une fouille de téléphone portable est strictement encadrée par la loi. Une présomption doit être établie, par écrit, par le ministère public. Partant, l'avant-projet porte atteinte de manière plus grave au droit à la vie privée de personnes qui ont demandé à l'asile à la Suisse qu'à des personnes présumées criminelles. Cette disposition serait donc contraire à l'interdiction de la discrimination de non-discrimination garanti par l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale.

Dans les autres pays

Le fait que d'autres pays pratiquent ou pratiqueraient déjà la fouille des téléphones portables semble constituer un argument déterminant pour justifier la présente réforme.

En Belgique, la réforme a certes été adoptée au niveau législatif en 2017, contre l'avis de la Commission de la protection de la vie privée³. Elle a ensuite été contestée par un recours devant la Cour constitutionnelle belge par un collectif de neuf associations⁴. Le recours est toujours pendant à ce jour (mai 2020), l'arrêté d'exécution de la loi n'a pas été adopté et la mesure n'est pas appliquée⁵.

Il en va de même en Autriche: la législation a été adoptée mais elle n'a pas été mise en pratique, en raison des problèmes qu'elle pose par rapport à la protection des données⁶.

En Allemagne, la fouille des téléphones portables a été adoptée fin 2017. En mars 2019, après 18 mois d'application, l'assemblée parlementaire allemande dresse un bilan: les analyses des supports de données n'ont apporté aucune information utilisable dans 64% des situations. Elles ont permis de confirmer l'identité des personnes dans 34% des cas et de la réfuter dans 2% des cas seulement. Ainsi, l'inspection des téléphones et autres

² Tribunal fédéral, arrêt 6B_998/2017 du 20 avril 2017.

³ Avis n°57/2017 du 11 octobre 2017, Commission de la protection de la vie privée.

⁴ <https://www.cire.be/recours-contre-la-reforme-mammouth/>

⁵ Information recueillie auprès des associations qui ont déposé le recours devant la Cour constitutionnelle.

⁶ Gesellschaft für Freiheitsrechte, *Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa*, décembre 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle

appareils électroniques n'a eu de réel impact que sur une minorité des demandes d'asile. Pour la grande majorité, l'effet a été nul⁷.

Partant de ces deux exemples, il y a lieu de s'interroger: la fouille des téléphones portables est-elle vraiment pratiquée dans les quatre autres pays? Si oui, quelle en est l'efficacité et quels en sont les coûts? Qu'en est-il des autres pays exactement?

Pour les CSP la fouille des téléphones portables est une fausse bonne-idée. Elle n'est pas appliquée en Belgique et son efficacité est remise en question en Allemagne.

Impact sur la durée des procédures

L'explication de cette étape de la procédure au requérant d'asile, l'explication des enjeux liés à son consentement, l'extraction des données, l'analyse du SEM et la formalisation de cette analyse dans un procès-verbal auront nécessairement comme impact de prendre du temps et d'absorber les ressources de l'administration.

L'analyse que rendra le SEM sur les données trouvées sur des supports électroniques donnera en outre lieu à l'exercice du droit d'être entendu: le requérant d'asile, le plus souvent par l'intermédiaire de son représentant juridique, aura droit de se prononcer sur cette analyse et, cas échéant, de la contester. Or, la procédure d'asile dite accélérée est aujourd'hui déjà menée à une cadence très élevée et dans des délais très courts. Les CSP ont critiqué le délai de 24 heures au minimum dont dispose le représentant juridique pour se prononcer sur le projet de décision du SEM. Avec le nouveau pan de discussion qui s'ouvre autour de l'analyse des données électroniques, il paraît évident que ce délai ne suffit plus et doit être prolongé.

Par ailleurs, les routes migratoires pour arriver en Suisse sont toujours plus longues et de nombreux demandeurs d'asile passent régulièrement plusieurs mois voire années en chemin. Lors de ce parcours, en raison de leurs moyens économiques limités, ils achètent des téléphones portables de seconde main. Ainsi les données que le SEM pourrait trouver sur leurs téléphones pourraient ne même pas leur appartenir, ce qu'il appartiendra au requérant d'asile et à son représentant juridique de démontrer. Une analyse basée sur ces données risquent donc de prolonger encore l'instruction des demandes.

La fouille des téléphones portables ne peut que ralentir l'instruction des procédures d'asile. De plus, en raison de la complexité d'exercer le droit d'être entendu sur l'analyse des données électroniques, les CSP demandent la prolongation du délai de 24 heures, mentionné à l'article 52d OA1, dont dispose le représentant juridique d'un requérant d'asile pour prendre position sur le projet de décision du SEM. Une durée minimale de trois jours doit être adoptée.

⁷ [Rapport du Deutscher Bundestag: Deutscher Bundestag – Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das Jahr 2018 – Drucksache 19/8701](#), 25 mars 2019

Protection des données

L'avant-projet soulève de nombreuses questions relatives à la protection des données. Dans d'autres pays, l'adoption de ces mesures ont été critiquées par les instances chargées de la protection des données. Il conviendrait donc, avant toute adoption du présent avant-projet, de connaître l'avis du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence.

Quelles données sont recueillies exactement? Comment sont-elles sauvegardées et pour combien de temps? Comment sont-elles transmises à d'autres autorités (cantonales) et sous quelles conditions relatives à la protection des données? Que faire des données qui touchent à la vie privée de tiers autres que le requérant d'asile? (Potentiellement, toutes les personnes avec lesquelles le requérant d'asile est entré en contact).

L'avant-projet est flou sur toutes ces questions éminemment sensibles et doit être précisé. La seule délégation au Conseil fédéral ne suffit pas dès lors qu'une atteinte à un droit fondamental est en jeu.

De même, les échanges avec le représentant juridique ou des médecins pourraient se trouver parmi ses données. Dès lors que le requérant ou ses interlocuteurs savent que leurs échanges seront lus par le SEM, le rapport de confidentialité est altéré, la teneur des échanges est modifiée. Cette atteinte à la confidentialité porte atteinte tant au droit à une assistance juridique qu'au droit à la santé des requérants d'asile.

Impact sur les coûts de la procédure d'asile

Même s'il reconnaît que la fouille des téléphones portables et autres supports "alourdira la charge de travail du SEM", le rapport explicatif ne dit rien des coûts supplémentaires. "Le SEM n'est pas en mesure à ce stade de chiffrer précisément les charges de personnel à prévoir. Cet élément sera examiné en détail lors de la définition des dispositions d'exécution (...)".

La légèreté de cette analyse a de quoi surprendre. Il est certain qu'extraire des données depuis différents supports électroniques et les analyser forcera, d'une part, les fonctionnaires du SEM à consacrer du temps à cette tâche. D'autre part, il est tout aussi sûr que ces compétences étendues des fonctionnaires nécessitera soit de la formation, soit le recrutement de spécialistes. Il y aura donc sans aucun doute des coûts supplémentaires et ceux-ci n'ont pas été évalués.

Conclusion

Pour toutes les raisons évoquées ci-dessus, les CSP invitent au rejet de l'avant-projet.

Si celui-ci devait tout de même être adopté, la fouille du téléphone portable et autres supports de données doit remplir les conditions suivantes:

1. utilisation lorsque la nécessité de conduire une telle fouille a été établie par écrit, comme dans le droit pénal
2. utilisation de la fouille après qu'une analyse lingua ait été menée et qu'un doute subsiste, puisque l'analyse lingua porte moins atteinte à la vie privée
3. prolongation du délai pour que le représentant juridique se prononce sur le projet de décision du SEM à minimum trois jours, afin de préserver le droit d'être entendu du requérant d'asile

Centres sociaux protestants (www.csp.ch), 4 juin 2020.

Digitale Gesellschaft, CH-4000 Basel

Staatspolitische Kommission
3003 Bern

per E-Mail an: spk.cip@parl.admin.ch

4. Juni 2020

Stellungnahme zur Mitwirkungspflicht im Asylverfahren: Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen (17.423n Pa.Iv.)

Sehr geehrter Herr Nationalrat Glarner, sehr geehrte Damen und Herren

Am 11. Februar 2020 hat die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK) das Vernehmlassungsverfahren zur Mitwirkungspflicht im Asylverfahren (Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen; (17.423n Pa.Iv.)) eröffnet.

Die Digitale Gesellschaft ist eine gemeinnützige Organisation, die sich für Grund- und Menschenrechte, eine offene Wissenskultur sowie weitreichende Transparenz und Beteiligungsmöglichkeiten an gesellschaftlichen Entscheidungsprozessen einsetzt. Die Tätigkeit orientiert sich an den Bedürfnissen der Bürgerinnen und Konsumenten in der Schweiz und international. Das Ziel ist die Erhaltung und die Förderung einer freien, offenen und nachhaltigen Gesellschaft vor dem Hintergrund der Persönlichkeits- und Menschenrechte.

Wir bedanken uns für diese Möglichkeit zur Meinungsäusserung und möchten wie folgt Stellung beziehen.

Die Digitale Gesellschaft lehnt die Vorlage der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (SPK-N) zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern ab. Sie stellt einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre dar. Aus Sicht der Digitalen Gesellschaft sind die Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff nicht erfüllt (Art. 36 BV: gesetzliche Grundlage, Verhältnismässigkeit, Schutz des Kerngehalts).

Die SPK-N begründet die Einführung einer entsprechenden Rechtsgrundlage in der Schweiz unter anderem damit, dass andere europäische Länder ebenfalls entsprechende Regelungen kennen. Im erläuternden Bericht stellt sie die Praxis in den betreffenden Ländern jedoch nur sehr knapp und einseitig dar. In keiner Weise werden die kontroversen Diskussionen, die problematischen Aspekte und der äusserst beschränkte Nutzen erwähnt. Tatsächlich zeigen aber die nicht erwähnten Erfahrungen in Deutschland und anderen europäischen Ländern, die in den letzten Jahren ähnliche Regelungen eingeführt haben, wie komplex die Thematik ist. Sie machen deutlich, welche zahlreichen, noch ungeklärten Fragen und Probleme sich stellen bei fundamentalen Grundsätzen wie Rechtsstaatlichkeit, Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, Verhältnismässigkeit und Datenschutz. Die Erfahrungen insbesondere aus Deutschland dokumentieren, dass solche Massnahmen sehr hohe Kosten generieren, jedoch nur ein kleiner Teil der Auswertungen zu einem nennenswerten Nutzen führt. Von einer «effizienten Methode», von der die SPK-N in ihrem erläuternden Bericht spricht, kann somit keine Rede sein. Die Erfahrungswerte des Auslandes rechtfertigen aus Sicht der Digitalen Gesellschaft auch nicht die optimistische Haltung der SPK-N. Vielmehr müssen sie als Warnung angesehen werden, mit welchen Risiken die Einführung solch weitgehender Massnahmen verbunden ist.

Aus Sicht der Digitalen Gesellschaft darf keine entsprechende Rechtsgrundlage eingeführt werden, weil sie nicht mit den rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Garantien vereinbar ist. Eine hinreichende Risiko- und Folgenabschätzung wurde augenscheinlich nicht vorgenommen. Für den geplanten schweren Grundrechtseingriff wären indes detaillierte, vertiefte Abklärungen und Erläuterungen zwingend, um überzeugend darlegen zu können, wie den verschiedenen Problemen und Fragen hinsichtlich Rechtsstaatlichkeit, Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, Verhältnismässigkeit und Datenschutz tatsächlich Rechnung getragen werden muss. Solche Ausführungen fehlen jedoch in der Vernehmlassungsvorlage.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen und Vorschläge.

Mit freundlichen Grüssen

Erik Schönenberger
Geschäftsleiter

Das Wichtigste in Kürze

Die Digitale Gesellschaft lehnt die Vorlage der SPK-N zur Änderung des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes zur Ergänzung der Mitwirkungspflicht und Überprüfungsmöglichkeit von elektronischen Datenträgern ab. Die Massnahme stellt einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK) dar, und die Voraussetzungen für einen solchen Eingriff sind nicht erfüllt:

- Die **gesetzliche Grundlage** ist unzureichend: Schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten erfordern ein Gesetz im formellen Sinn als Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Gemäss Vorentwurf sollen zentrale Aspekte, wie Triage der für die Identitätsabklärung relevanten Daten, Definition, welche Daten erhoben werden, Regelung des Zugriffs, jedoch erst auf Verordnungsstufe geregelt werden. Zudem ist die Grundlage nicht genügend bestimmt, denn sie umfasst mögliche Datenträger gemäss künftigen technischen Entwicklungen.
- **Verhältnismässigkeit:** Die Digitale Gesellschaft hält die Pflicht, von Asylsuchenden zwecks Identitätsfeststellung elektronische Datenträger auszuhändigen, für unverhältnismässig. Dasselbe gilt für das entsprechende Überprüfungsrecht des SEM.
 - Die Massnahme ist nicht erforderlich, weil der Zweck auch mit Massnahmen, die weniger stark in Grundrechte eingreifen, erreicht werden kann. Zudem fehlt im Vorentwurf der Vorbehalt der *ultima ratio*.
 - Der beschränkte Nutzen steht in keinem Verhältnis zum schweren Eingriff in die Privatsphäre.
 - Angesichts der schweren verfahrensrechtlichen Folgen einer Verletzung der Mitwirkungspflicht kann nicht von einer «freiwilligen» Herausgabe der Datenträger gesprochen werden.
- Es fehlt eine **gerichtliche Kontrolle** der Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit, welche im Strafverfahren gegen Personen, die schwerer Straftaten verdächtigt werden, zwingend vorausgesetzt ist. Im Asylverfahren geht es nicht um potenzielle Straftäter, sondern um Schutzsuchende. Umso stossender ist, dass für sie nicht einmal dieselben verfahrensrechtlichen Garantien gelten sollen.
- **Datenschutz:** Im Asylverfahren sind sensible Daten betroffen. Bei allen Verfahrensschritten sind der Datenschutz der Betroffenen sowie die Verhältnismässigkeit zu wahren. Es sollen nur Regelungen eingeführt werden, die vom Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden. In anderen europäischen Ländern wurde in der Diskussion um die Einführung ähnlicher Regelungen von verschiedenen Seiten gewichtige datenschutzrechtliche Probleme angeführt.

- **Kosten:** Die vorgeschlagene Massnahme führt zu sehr hohen Kosten, welche in keinem Verhältnis zum beschränkten Nutzen stehen.
- Die Vorlage geht über den in der Parlamentarischen Initiative geforderten Zweck hinaus, indem sie den Zweck auf die Abklärung des Reisewegs ausdehnt, und die Mitwirkungspflicht auf das Wegweisungsvollzugsverfahren erweitert.

Gesetzliche Grundlage

Die geplante Gesetzesänderung stellt einen Eingriff in den Schutz der Privatsphäre dar (Art. 13 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK), genauer in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dies stellt auch die SPK-N in ihrem erläuternden Bericht fest. Darin bezeichnet den Schutz der Privatsphäre als «wichtiges Grundrecht, das selbstverständlich auch im Asylverfahren gewährt werden muss». Aus Sicht der Digitalen Gesellschaft stellt die Auswertung von elektronischen Datenträgern im Asylverfahren einen **schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre** dar. Gerade auf den Handys der Asylsuchenden sind eine Vielzahl persönlicher und teils höchst sensibler Daten gespeichert. Aber auch unbeteiligte Dritte würden durch die behördliche Auswertung erfasst. Mit dem Auslesen der Daten erhielten die Behörden Zugriff auf Daten von Familienmitgliedern und Unterstützern oder auf die Korrespondenz zwischen Schutzsuchenden und Anwältinnen oder Ärzten. Dies alles, ohne dass davon betroffene Dritten vorab eine persönliche Zustimmung dazu erteilt haben. Zwar dürfen Personendaten von Drittpersonen gemäss erläuterndem Bericht nicht ausgewertet werden. Angesichts der Fülle von möglichen auszuwertenden Daten, inklusive Korrespondenz, ist diese Abgrenzung in der Praxis jedoch schwierig. Im erläuternden Bericht wird nicht dargelegt, wie dies sichergestellt werden soll.

Auch das SEM [bezeichnete](#) die Massnahme anlässlich einer Medienanfrage nach der Auswertung des Pilotprojekts 2019 als «schweren Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung». Die Gesellschaft für Freiheitsrechte in Deutschland hält in ihrer [Studie zur Praxis in Deutschland](#) fest (Seite 9): «Die Auswertung von Smartphones, in welchen sich eine Vielzahl sensibler Daten aus unterschiedlichsten Lebensbereichen bündeln, stellt unzweifelhaft einen gravierenden Grundrechtseingriff dar.»

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV muss ein schwerer Eingriff in das Recht auf Privatsphäre in einem **Gesetz im formellen Sinn** geregelt sein. Aus Sicht der Digitalen Gesellschaft erfüllt die Vorlage diese Anforderungen nicht. Zwar sollen die grundsätzlichen Punkte – Pflicht zur Aushändigung der Datenträger sowie Bearbeitungsrecht des SEM – im Asylgesetz geregelt werden. Mehrere zentrale Aspekte sollen hingegen erst auf Verordnungsstufe geregelt werden (Triage der für die Identitätsabklärung relevanten Daten, Definition welche Daten erhoben werden, Regelung des Zugriffs, nArt. 8a Abs.

5 AsylG). Auch die Ausführungen im erläuternden Bericht sind zu vage bezüglich der Frage, welche Daten genau erhoben werden sollen. Zudem fehlen in der Vorlage klare Informationen und konkrete Vorgaben zum Ablauf bezüglich Auslesen der Daten, Zwischenspeicherung und Auswertung. Diese relevanten Aspekte müssten aus Sicht der Digitalen Gesellschaft im Gesetz selbst enthalten sein.

Die gesetzliche Grundlage muss zudem hinreichend bestimmt sein. Die im Vorentwurf vorgeschlagene Liste von Datenträgern (nArt. 8a Abs. 2 AsylG) soll gemäss erläuterndem Bericht nicht abschliessend sein, um künftigen technischen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Angesichts der noch völlig unbekannt Dimensionen, welche künftige technische Entwicklungen annehmen könnten, ist diese Bestimmung als gesetzliche Grundlage **zu unbestimmt**, um einen so weitgehenden Eingriff in die Privatsphäre zu erlauben. Auch in dieser Hinsicht sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nicht erfüllt.

Verhältnismässigkeit

Jede Massnahme, die in ein Grundrecht eingreift, muss geeignet und erforderlich (*ultima ratio*, keine milderen Massnahmen) sein. Zudem müssen Zweck und Wirkung des Grundrechtseingriffs im Verhältnis stehen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Aus Sicht der Digitalen Gesellschaft sind diese Voraussetzungen bei der vorgeschlagenen Pflicht von Asylsuchenden, elektronische Datenträger auszuhändigen, und dem entsprechenden Überprüfungsrecht des SEM, nicht erfüllt.

Fragliche Eignung: geringer Nutzen

Im Pilotprojekt in den Bundesasylzentren Chiasso und Vallorbe von November 2017 bis Mai 2018, bei welcher Asylsuchende auf freiwilliger Basis mobile Datenträger einreichen konnten, wurden gemäss [Medienberichten](#) aufgrund der Auswertung nur in 11 Prozent der Fälle (total wurden 565 Datenträger ausgewertet) «nützliche Hinweise» zur Identität und zur Herkunft gefunden. In 4 Prozent der Fälle fanden sich laut SEM dazu «nützliche Hinweise». Befremdend ist angesichts der Tragweite des Pilotprojekts und des grossen öffentlichen Interesses, dass weder der Schlussbericht noch die konkreten Resultate des Projekts durch das SEM publiziert wurden, sondern deren Bekanntwerden allein den Medien zu verdanken ist. Auch der erläuternde Bericht der SPK-N schafft die erforderliche Transparenz nicht. Er enthält nur sehr generelle Aussagen zum Pilotprojekt, und keine quantitativen Aussagen dazu, in wie vielen Fällen nützliche Hinweise gefunden werden konnten. Offen bleibt somit, auf welchen Daten welche Hinweise konkret beruhen, wonach deren Nützlichkeit beurteilt wird, welche Konsequenzen diese in jeweils wie vielen Fällen hatten (Bestätigung oder Widerlegung der gemachten Angaben der Asylsuchenden) und ob diese Hinweise nicht auch mit anderen, milderen Massnahmen hätten gewonnen werden können.

Kurzum: Der behauptete Nutzen der Datenauswertung kann mangels Transparenz weder überprüft werden noch ist er dadurch glaubhaft belegt.

Die Erfahrungswerte in Deutschland stützen die Zweifel am behaupteten Nutzen: Die Gesellschaft für Freiheitsrechte hält in ihrer [Studie](#) vom Dezember 2019 gestützt auf Antworten der deutschen Bundesregierung auf Anfragen von Abgeordneten fest (Seite 5): «In etwa einem Viertel der Fälle scheitern die Datenträgerauslesungen bereits technisch. Von Januar 2018 bis Juni 2019 wurden insgesamt etwa 17.000 Datenträger erfolgreich ausgelesen. Seit Beginn der Datenträgerauswertungen waren diese durchschnittlich nur in weniger als der Hälfte der Fälle brauchbar und nur in ein bis zwei Prozent der Fälle ergab sich aus der Auswertung ein Widerspruch zu gemachten Angaben. In allen übrigen Fällen bestätigte der Test das, was Asylsuchende vorgetragen hatten.»

Zudem gestand die deutsche Bundesregierung in der [Antwort auf eine Kleine Anfrage](#) ein, dass der anvisierte angebliche Nutzen empirisch schlicht nicht belegbar ist (Seite 26): «Da neben der Auswertung von Datenträgern auch viele andere Aspekte in die Bewertung einfließen, lässt sich statistisch nicht ermitteln, in welchem Umfang die Auswertung von Datenträgern Asylsuchender durch das BAMF bislang dazu geführt oder massgeblich dazu beigetragen hat, Angaben der Asylsuchenden zu ihrer Herkunft / Identität / Staatsangehörigkeit zu widerlegen bzw. zu bestätigen. Auch wenn die ausgelesenen Daten gegen die angegebene Herkunft sprechen, kann es im Einzelfall sein, dass es andere Erkenntnisse gibt, die letztlich zu einer Bestätigung der Herkunftsangabe führen.»

Gemäss der [Studie](#) der Gesellschaft für Freiheitsrechte in Deutschland birgt die automatische Auswertung von Daten, u.a. die Analyse von Sprachen und Dialekten aufgrund von Sprach- oder Chatnachrichten, zudem ein grosses Fehlerpotenzial. Dies kann zu einer Diskriminierung von Asylsuchenden aus bestimmten Herkunftsländern führen. Aufgrund fehlender Daten zur Zuverlässigkeit der Spracherkennung seien Behördenmitarbeitende sowie Gerichte nicht in der Lage, den Beweiswert der automatischen Prüfung sachgerecht einzuschätzen, was rechtsstaatlich problematisch sei (Seite 20). In der Vernehmlassungsvorlage bleibt die Auswertungsmethode unklar. Fest steht: Würden bei der Auswertung gemäss Vorentwurf automatische Mechanismen eingesetzt, gelten die erwähnten rechtsstaatlichen Bedenken auch hierzulande. Sollte die Auswertung hingegen rein manuell durch Mitarbeitende des SEM vorgenommen werden, würde dies zu enormen Aufwand - und damit Kostensteigerungen - führen.

Angesichts dieser Erfahrungswerte ist mehr als fraglich, ob die Abgabepflicht und Auswertung elektronischer Datenträger überhaupt geeignet ist für den anvisierten Zweck. Jedenfalls kann der absehbare geringe Nutzen den schwerwiegenden Eingriff

in die Privatsphäre aus Sicht der Digitalen Gesellschaft nicht rechtfertigen, weshalb die Massnahme unverhältnismässig ist.

Erforderlichkeit und Verhältnis Zweck-Wirkung

Damit eine grundrechtsbeschränkende Massnahme verhältnismässig ist, muss sie erforderlich sein. Das ist nur der Fall, wenn derselbe Zweck nicht mit mildereren Massnahmen erreicht werden kann, welche weniger stark in das Grundrecht eingreifen. Dieses Prinzip ist aus Sicht der Digitalen Gesellschaft in der Vorlage der SPK-N nicht erfüllt: Die Formulierung in nArt. 8 Abs. 1 Bst. g AsylG des Entwurfs «wenn ihre Identität, die Nationalität oder der Reiseweg weder gestützt auf Identitätsausweise noch mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise» festgestellt werden kann, ist zu unbestimmt. Es fehlt eine Präzisierung, dass eine solche Massnahme nur als *ultima ratio* eingesetzt werden darf, also nur, wenn die Identität, die Nationalität oder der Reiseweg **nicht mit einem geringeren Eingriff in die Privatsphäre** festgestellt werden kann. Diese zentrale Voraussetzung fehlt auch im erläuternden Bericht. Die Feststellung, dass «der asylsuchenden Person immer zuerst die Gelegenheit eingeräumt werden muss, von sich aus Angaben zur Nationalität oder zum Reiseweg zu machen», sollte selbstverständlich sein. Weiter hält der erläuternde Bericht fest: «Eine Feststellung der Identität auf 'andere Weise' ist in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips immer dann zuerst angezeigt, wenn diese mit einem im Vergleich zur elektronischen Datenauswertung geringeren Aufwand möglich ist.» Die Durchführung einer LINGUA-Analyse sei aber nicht vor einer Auswertung eines elektronischen Datenträgers ins Auge zu fassen, «da ein solches Verfahren mit einem grossen zeitlichen und organisatorischen Aufwand verbunden» sei. Dieser Argumentation kann aus Sicht der Digitalen Gesellschaft nicht gefolgt werden, denn ausschlaggebend für die Verhältnismässigkeit *des Grundrechtseingriffs* ist nicht der (in erster Linie beim Staat anfallenden) Aufwand, sondern das *Ausmass des Grundrechtseingriffs*. Im deutschen Asylgesetz findet sich die entsprechende Voraussetzung: Die Auswertung eines Datenträgers ist nur zulässig, wenn dies zur Feststellung von Identität und Staatsangehörigkeit notwendig ist, und der Zweck der Massnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann (§ 15a [deutsches Asylgesetz](#)).

Asylsuchende haben bereits heute eine allgemeine gesetzliche Mitwirkungspflicht im Verfahren. Sie können dazu auch freiwillig Handy- und Computerdaten als Beweismittel geltend machen – etwa Fotos, die ihre Flucht dokumentieren, oder Korrespondenzen. Zudem nutzt das Staatssekretariat für Migration bereits jetzt niederschwelligere Prüfverfahren wie etwa die öffentlich zugänglichen Social-Media-Profile, die vollauf genügen und das Recht auf Privatsphäre weniger stark tangieren. Eine LINGUA-Analyse würde ebenfalls einen geringeren Eingriff darstellen. Der

genannte Zweck, die Abklärung von Identität und Nationalität, kann somit auch mit weniger einschneidenden Massnahmen ausreichend erfüllt werden, weshalb die **Voraussetzung der Erforderlichkeit nicht erfüllt** ist.

Da die Auswertung der Datenträger bereits zu Beginn des Verfahrens, gemäss erläuterndem Bericht in der Regel in der Vorbereitungsphase, vorgenommen werden soll, und angesichts der beschränkten Zeit im beschleunigten Verfahren, scheint zweifelhaft, ob tatsächlich gewährleistet ist, dass zuerst weniger einschneidende Massnahmen ausgeschöpft werden. Daher muss diese **Kaskade – die Ausschöpfung von Massnahmen, die weniger stark in die Grundrechte der Asylsuchenden eingreifen – verbindlich im Gesetz festgeschrieben** werden.

Der deutsche Anwaltverein hielt in seiner [Stellungnahme](#) die Einführung einer ähnlichen Regelung in Deutschland ebenfalls für klar unverhältnismässig (Seite 3f): «Die vorgesehene Mitwirkungspflicht des Asylbewerbers, die daran anknüpfende Durchsuchungsbefugnis und die Auswertungsbefugnis gehen zu weit. Sie erfassen nämlich sämtliche Datenträger – neben Mobiltelefonen und Smartphones z. B. Tablets, Notebooks, sonstige Computer, externe Festplatten oder USB-Sticks, und vor allem sämtliche darauf enthaltene Daten des Betroffenen – von Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind, einmal abgesehen. Dies geht im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit des Eingriffs zu weit. Auch in tatsächlicher Hinsicht besteht kein Bedarf an einer Speicherung und Verwendung dieses Datenumfanges zur Feststellung von Identität und/oder Staatsangehörigkeit des Betroffenen. Es dürfen viel mehr Daten gespeichert und durchgesehen werden, als es für den verfolgten Zweck der Feststellung von Identität und/oder Staatsangehörigkeit erforderlich ist.»

Besonders schützenswerte Daten

Gemäss nArt. 8a Abs. 1 AsylG des Vorentwurfs beinhalten die Daten, welche das SEM bearbeiten darf, auch besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSGVO. Das sind Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten; die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit; Massnahmen der sozialen Hilfe; administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Es ist nicht ersichtlich, warum solche Daten für die Feststellung der Identität, der Nationalität oder des Reiseweges benötigt werden. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Suche nach Informationen bezüglich Identität und Nationalität auch besonders schützenswerte Daten zu Tage treten, auch wenn nicht explizit nach diesen gesucht wird. Wie mit solchen «Zufallsfunden» umgegangen werden soll, ist unklar. Dies zeigt aus Sicht der Digitalen Gesellschaft gerade auf, wie heikel das Vorhaben ist, und wie unnötig stark es in den Schutz der Privatsphäre eingreift. Es ist fraglich, ob damit der Kerngehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre respektiert werden kann i.S.v. Art. 36 Abs. 4

BV.

Pro Asyl hat dazu in der Debatte in Deutschland [festgehalten](#) (Seite 20): «Gerade Smartphones fungieren als Speicher absolut privater Daten, seien es private Fotos oder intime Konversationen. Praktisch wird es für das Bundesamt kaum möglich sein eine Überprüfung der technischen Geräte vorzunehmen, ohne direkt auf höchstpersönliche Daten aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zu stossen.» Pro Asyl kam zum Schluss (Seite 4): «Mit dem systematischen Auslesen der Handydaten schafft der Gesetzentwurf den «gläsernen Flüchtling», es gibt keine Grenze zum grundgesetzlich geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung. Damit erfolgt ein Ausspähen, das verfassungswidrig ist.»

Eine Bewertung der höchst sensiblen Personendaten auf informationstechnischen Systemen hat auch das Bundesverfassungsgericht in Deutschland bereits 2008 im Urteil gegen das Verfassungsschutzgesetz in Nordrhein-Westfalen [vorgenommen](#): «Jedoch trägt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung den Persönlichkeitsgefährdungen nicht vollständig Rechnung, die sich daraus ergeben, dass der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung informationstechnischer Systeme angewiesen ist und dabei dem System persönliche Daten anvertraut oder schon allein durch dessen Nutzung zwangsläufig liefert. Ein Dritter, der auf ein solches System zugreift, kann sich einen potentiell äußerst großen und aussagekräftigen Datenbestand verschaffen, ohne noch auf weitere Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsmaßnahmen angewiesen zu sein. Ein solcher Zugriff geht in seinem Gewicht für die Persönlichkeit des Betroffenen über einzelne Datenerhebungen, vor denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt, weit hinaus.»

Das Bundesverfassungsgericht von Deutschland hat mit seinem Urteil ein neues **Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme** etabliert. Seit dem Richterspruch 2008 ist der Umfang der persönlichen Daten sowie der besonders schützenswerten Personendaten, die sich auf Computern, Datenträgern und Handys befinden und einen tiefen Einblick in die Privat- und Intimsphäre ermöglichen, durch die technische Entwicklung und die fortschreitende Digitalisierung und Vernetzung weiter dramatisch gewachsen.

Keine Freiwilligkeit

Die SPK-N hält den Vorschlag für verhältnismässig, und begründet dies u.a. damit, dass die Auswertung nur mit Einverständnis der Asylsuchenden geschehe. Diese könnten daher selber über die Verwertung ihrer Daten bestimmen, indem sie die Aushändigung verweigern. Eine Verweigerung der Herausgabe von elektronischen Datenträgern würde aber eine **Verletzung der Mitwirkungspflicht** darstellen. Eine

solche hat **gravierende verfahrensrechtliche Konsequenzen**:

- Negativer Einfluss auf die Glaubwürdigkeitsprüfung
- Formlose Abschreibung (Art. 8 Abs. 3bis AsylG)
- Ablehnung ohne Anhörung, somit nur mit rechtlichem Gehör, bei schuldhafter grober Verletzung der Mitwirkungspflicht (Art. 36 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 31a Abs. 4 AsylG)
- Allenfalls Administrativhaft bei Verletzung der Mitwirkungspflicht im Wegweisungsverfahren (nArt. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 AIG; wie im erläuternden Bericht erwähnt)

Angesichts dieser Konsequenzen kann nicht von einer «freiwilligen» Herausgabe von Datenträgern bzw. Mitwirkung bei der Bearbeitung von Personendaten gesprochen werden. Das Argument der SPK-N, dass aufgrund des «fehlenden Zwangs» die Verhältnismässigkeit gegeben sei, ist deshalb aus Sicht der Digitalen Gesellschaft nicht haltbar.

Die Anwesenheit der asylsuchenden Person bei der Auswertung bzw. die Gewährung des rechtlichen Gehörs kann die Schwere des Eingriffs nicht ausreichend abmildern. Nach Art. 4 Abs. 5 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) ist eine Einwilligung der betroffenen Person in die Bearbeitung von Personendaten (wo diese erforderlich ist) erst gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolgt. Bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erfolgen. Angesichts der Komplexität der Vorgänge – Auslesen von Daten, Zwischenspeicherung, Auswertung und Verwendung der Daten, welche Behörden erhalten Zugriff auf welche Daten – ist schwer vorstellbar, dass die Asylsuchenden im Zeitpunkt der Aushändigung der Datenträger ausreichend aufgeklärt sind, um in die Massnahme überhaupt informiert und damit gültig einwilligen zu können. Auch vor diesem Hintergrund kann nicht von Freiwilligkeit gesprochen werden. Zudem fällt auf, dass das Einverständnis nur im erläuternden Bericht, nicht aber im Vorentwurf selber erwähnt wird.

Vergleich zum Strafprozessrecht

Im Strafprozessrecht ist die Auswertung von Handydaten sehr restriktiv geregelt. Smartphones von mutmasslichen Straftätern dürfen nur bei **dringendem Tatverdacht auf schwere Delikte** überwacht und analysiert werden (Vgl. Art. 269ff Strafprozessordnung StPO sowie Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs BÜPF). Bei Asylsuchenden jedoch soll nun bereits der blosser Zweifel an deren Aussagen zum Auslesen der Handy- und Computerdaten genügen. Der Vorstoss stellt sie unter Generalverdacht. Faktisch findet eine Vorverurteilung statt: Einem Flüchtling ohne Pass wird unterstellt, seine Identität

absichtlich zu verschleiern und an der Identitätsklärung nicht mitwirken zu wollen. Es gibt jedoch vielfältige Gründe, warum Betroffene keinen Pass besitzen – oft nur schon deshalb, weil sie bereits im Herkunftsland keine Papiere hatten.

Zudem braucht es im Strafverfahren für eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs eine **gerichtliche Genehmigung** (Genehmigungspflicht: Art. 272 Abs. 1 StPO, Genehmigungsverfahren: Art. 274 StPO). D.h. die Rechtmässigkeit der Überwachung (darunter die Verhältnismässigkeit) muss innert 24h durch ein Gericht geprüft werden. Eine Durchsuchung elektronischer Datenträger kann neben dem Gericht zwar auch die Staatsanwaltschaft anordnen, der Durchsuchungsbefehl muss aber auf jeden Fall (abgesehen von dringlichen Ausnahmefällen) schriftlich erfolgen (Art. 198 StPO und Art. 241 Abs. 1 StPO). Eine systematische und präventive Durchsuchung ist ausgeschlossen (BGer, Urteil 6B_998/2017 vom 20.04.2018, E. 2.1.1.). Entsprechende Voraussetzungen wie im Strafprozessrecht, insbesondere eine gerichtliche Kontrolle, fehlen im vorliegenden Vorschlag bezüglich Mitwirkungspflicht im Asylverfahren gänzlich. Mängel könnten höchstens nachträglich im Beschwerdestadium vor dem Bundesverwaltungsgericht geltend gemacht werden; dies wäre jedoch zu spät, da dann die Auswertung der Daten bereits vorgenommen wurde. **Asylsuchende sind keine straftatverdächtigen Personen.** Dass eine breite Auswertung ihrer Datenträger ermöglicht werden soll ohne **(mindestens) dieselben grundlegenden Verfahrensgarantien** wie für Strafverdächtige, ist nicht haltbar. Die Anwesenheit bzw. der Einbezug der Rechtsvertretung der Asylsuchenden sowie die Gewährung des rechtlichen Gehörs vermögen diesen gravierenden Mangel nicht zu beheben. Es ist daher eine gerichtliche Überprüfung vorzusehen.

Mit Blick auf die Einführung der Regelung in Deutschland hat Pro Asyl gestützt auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts ebenfalls [festgehalten](#), dass für den Zugriff auf Verbindungsdaten in Strafverfahren ein richterlicher Beschluss notwendig sei. Und (Seite 21): «Die Klärung der Identität ist auch nicht ansatzweise mit der Situation bei Ermittlungen wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung vergleichbar. Wenn schon dort der Richter sprechen muss, gilt dies erst Recht bei unschuldigen, keiner Straftat verdächtigten und bloß ausweislosen Flüchtlingen.»

Datenschutz

Im Asylverfahren sind sensible Daten betroffen. Bei allen Verfahrensschritten sind der Datenschutz der Betroffenen sowie die Verhältnismässigkeit zu wahren. Es sollen nur Regelungen eingeführt werden, die vom Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden.

Im Hinblick auf die Einführung einer ähnlichen Regelung in Deutschland [äusserte](#) die deutsche Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken. Aus [Sicht](#) der Gesellschaft für Freiheitsrechte steht die Datenverarbeitung durch das BAMF (Seite 6) «im Widerspruch zu diversen datenschutzrechtlichen Grundsätzen, insbesondere der Datenminimierung und der Zweckangemessenheit der Massnahmen, aber auch der Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Datenverarbeitung.» In drei Fällen haben Asylsuchende gegen die Auswertung ihrer Mobiltelefone [Beschwerde](#) eingereicht, diese sind noch hängig. In Österreich wurde die entsprechende gesetzliche Grundlage bisher unter anderem aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht angewendet (Seite 44). In Belgien wurde eine ähnliche [gesetzliche Grundlage](#) entgegen der Stellungnahme der Datenschutzbehörde eingeführt. Verschiedene Organisationen haben eine [Beschwerde](#) gegen die Regelung eingereicht, die beim belgischen Verfassungsgerichtshof hängig ist. Gemäss den beschwerdeführenden Organisationen wurde die Regelung bisher nicht umgesetzt.

Der Vorentwurf wirft bezüglich Datenschutz verschiedene Fragen auf, etwa mit Blick auf die Information und Einwilligung der betroffenen Person (siehe dazu oben), die vorgesehene Zwischenspeicherung (nArt. 8a Abs. 3 AsylG), die Weiterleitung an andere Behörden (Sicherheitsbehörden gemäss Art. 22a BPG / Art. 20 Abs. 3 und 4 NDG; kantonale Behörden, nArt. 47 Abs. 3 AsylG), den Einbezug von Dritten für den Einzug von Datenträgern (Art. 26 Abs. 5 AsylG), sowie die Tangierung von Daten von Drittpersonen. Demgegenüber sind die Ausführungen im erläuternden Bericht zum Datenschutz zu knapp, um die datenschutzrechtlichen Bedenken auszuräumen. Dazu bräuchte es eine detailliertere Analyse und Begründung.

Gemäss nArt. 8a Abs. 1 AsylG des Vorentwurfs beinhalten die Daten, die das SEM bearbeiten darf, auch besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSGVO. Das sind Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten; die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit; Massnahmen der sozialen Hilfe; administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Die Bearbeitung und Verwendung dieser Daten geht weit über das Ziel der Identitätsklärung hinaus und untergräbt damit eines der zentralen Datenschutzprinzipien: den Grundsatz der Zweckbindung. Dies ausgerechnet in einem Bereich, in dem ein besonderes Bedürfnis nach Datenschutz besteht (Vgl. Peter Uebersax: Zur Revision des Ausländergesetzes gemäss der Botschaft des Bundesrates vom März 2018, in: Jusletter 9.7.2018; Caroline Gloor Scheidegger, Adrian Lobsiger: Rechtliche Fragen bei der Bearbeitung von Migrationsdaten, in: Stephan Breitenmoser, Otto Lagodny, Peter Uebersax (Hrsg.): Schengen und Dublin in der Praxis – aktuelle Herausforderungen, Zürich 2018, S. 317-338). Die Digitale Gesellschaft fordert daher eine explizite Beschränkung der Verwendung und Auswertung jener Daten, die tatsächlich und ausschliesslich dem anvisierten Zweck der Identitätsklärung dienen.

Der Vorentwurf (nArt. 8a Abs. 5 AsylG) sieht vor, dass der Bundesrat festlegt, welche Daten erhoben werden und den Zugriff sowie die Einzelheiten der Auswertung der Personendaten regelt. Er bestimmt insbesondere die verschiedenen elektronischen Daten, die ausgewertet werden können. Die Delegation der Rechtsetzungsbefugnisse hinsichtlich Datensicherheit und Datenschutz an den Bundesrat ist aus Sicht der Digitalen Gesellschaft ungenügend, da die Anforderungen an die Normdichte bei Datenbearbeitungsvorgängen mit einem derart grossen Gefährdungspotenzial wie im vorliegenden Fall besonders hoch sind. Nach Ansicht der Digitalen Gesellschaft sollten daher die Grundzüge der Materie ins Gesetz aufgenommen werden.

Kosten

Der erläuternde Bericht der SPK-N enthält nur vage Angaben bezüglich der zu erwartenden Kosten. Der Personalaufwand sowie die Kosten für Beschaffung, Einrichtung und Betrieb neuer Informatikkomponenten sowie Dolmetscher und Einbezug der Rechtsvertretung können demnach noch nicht beziffert werden. Gemäss informeller Anfragen des SEM an verschiedene Anbieter von in Frage kommender «Auswertungssoftware» würden sich die entsprechenden Anschaffungskosten in einem Bereich zwischen 100'000 und 200'000 Franken bewegen. Es ist fraglich, ob aufgrund dieser ungenauen Angaben eine verlässliche Kostenprognose erstellt werden kann.

Zum Vergleich: In Deutschland fielen die Kosten für die notwendige Hard- und Software sowie die Analyse der Daten bisher deutlich höher aus als [geplant](#) (Seite 34): von 2017 bis April 2018 waren die Kosten mit 7.6 Millionen Euro mehr als doppelt so hoch wie ursprünglich veranschlagt. Die Gesellschaft für Freiheitsrechte führt weiter aus (Seite 35): «Laut Angaben des Bundesinnenministerium aus dem Dezember 2018 sind für das System bis Ende des Jahres 2019 Gesamtkosten in Höhe von 11,2 Millionen Euro vorgesehen. Die Gesamtkosten werden weiter steigen, für Support ist mit jährlich etwa 2,1 Millionen Euro zu rechnen. Ausserdem wurden entsprechend der Gesetzesbegründung 300.000 Euro pro Jahr für Lizenzen erwartet.» Die Gesellschaft für Freiheitsrechte zieht den Schluss (Seite 47): «Es profitieren damit in erster Linie die Hersteller von Überwachungstechnologie, die mit ihren Angeboten gut verdienen.»

Die voraussichtlich hohen Kosten sind mit Blick auf den erwartungsgemäss beschränkten Nutzen nicht gerechtfertigt. Siehe dazu oben «Fragliche Eignung: geringer Nutzen. Auch aus diesem Grund ist die vorgeschlagene Änderung aus Sicht der Digitalen Gesellschaft unverhältnismässig und unnötig.



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EDÖB

Der Beauftragte

CH-3003 Bern, EDÖB, EDÖB-A-9B3C3401/5

per E-Mail

Nationalrat
Staatspolitische Kommission
CH-3003 Bern

elektronisch (PDF und Word) an:
spk.cip@parl.admin.ch

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: EDÖB-A-9B3C3401/5

Sachbearbeiter/in: Sabine Trolliet

Bern, den 4. Juni 2020

17.423 n Pa.IV. Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen – Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wie unsere kantonalen Amtskollegen von PRIVATIM möchten wir im Rahmen des vorliegenden Vernehmlassungsverfahrens zu den datenschutzrechtlichen Aspekten wie folgt Stellung nehmen.

I. Grundsätzliche Bemerkungen

Wie wir bereits gegenüber dem Staatssekretariat für Migration (SEM) zum Ausdruck brachten, halten wir es für unumgänglich, dass die von der Vorlage vorgesehene Auswertung sensibler Personendaten von Asylbewerberinnen und –bewerbern vom Erlass formell-gesetzlicher Grundlagen durch den Gesetzgeber abhängig gemacht wird. Die vorgesehene Ausweitung der asylrechtlichen Mitwirkungspflichten auf die Auswertung elektronischer Datenträger ist mit schweren Eingriffen in die Privatsphäre der Betroffenen verbunden, gegen die der eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) Bedenken grundsätzlicher Natur vorbringt:

- Obgleich die zwangsweise Wegnahme der elektronischen Datenträger sowie die Durchsuchung nach entsprechenden Geräten begrüssenswerter Weise ausgeschlossen bleiben, stellt die Vorlage die Datenauswertung in das freie Ermessen der Migrationsbehörde. Gemäss erläuterndem Bericht kann Letztere u.a. Hinweise auf Reiseweg oder Kontaktdaten nach Belieben auswerten. Unter dem Blickwinkel der Einheit der Rechtsordnung stehen diese Verwaltungsbefugnisse in einem sonderbar anmutenden Spannungsverhältnis zum Strafprozessrecht, das die Auswertung elektronischer Datenträger von richterlich Verfahren mit Siegelungsrechten und Rechtsmitteln für die Betroffenen abhängig macht, wie sie das AsylG nicht kennt. Für den EDÖB ist somit fraglich, ob sich die vorgeschlagene Änderung des AsylG mit Blick auf die in den Art. 8 und 36 der Bundesverfassung verankerten Grundsätze der Gleichheit und Verhältnismässig grundrechtskonform vollziehen lässt.



- Der EDÖB hegt des Weiteren Zweifel, ob die vorgeschlagenen Massnahmen geeignet sind, die gewünschte Wirkung zu erzielen. Mangels Geeignetheit einer Datenbearbeitung muss auch die Verhältnismässigkeit der damit verbundenen Eingriffe in die Privatsphäre verneint werden. Der Beauftragte befürchtet, dass es für jene Asylsuchenden, die sich ihrer Mitwirkungspflicht durch Unterdrückung von Ausweispapieren zu entziehen suchen, ein Leichtes sein dürfte, mit defekten oder zu Zwecken der Irreführung der Behörden präparierten Geräten vorzusprechen oder sich schlicht auf den Verlust oder das Fehlen entsprechender Geräte zu berufen. Dies hätte zur Folge, dass die schweren Routineeingriffe in die Privatsphäre, welche die Massnahme vorsieht, vor allem diejenigen treffen würde, die ohnehin willens sind, wahrheitsgemäss am Asylverfahren mitzuwirken. Mitwirkungswillige Personen haben indessen bereits heute die Möglichkeit, aus eigenen Stücken elektronische Daten vorzulegen, soweit sie dies zur Untermauerung ihrer Vorbringen für hilfreich erachten.

II. Detailbemerkungen

- Die Wirksamkeit einer solchen Massnahme muss nachgewiesen sein und regelmässig überprüft werden.
- Die Verpflichtung zur Herausgabe elektronischer Datenträger darf nur als letztes Mittel eingesetzt werden, wenn andere, weniger in die Privatsphäre eingreifende Mittel nicht möglich sind.
- Eine solche Massnahme darf nur für den Zweck in Betracht gezogen werden, der in der Rechtsgrundlage vorgesehen ist, nämlich die betroffene Person zu identifizieren. Es dürfen nur die zu diesem Zweck notwendigen Daten erhoben und bearbeitet werden.
- Dazu darf die Aushändigung der elektronischen Datenträger nicht unter Zwang erfolgen und die Weigerung einer asylsuchenden Person darf tatsächlich nur bei der Glaubwürdigkeitsprüfung berücksichtigt werden (Ziff. 3.1 zweiter Absatz des erläuternden Berichts).
- Ferner muss der asylsuchenden Person zuerst die Möglichkeit gegeben werden, die notwendigen Informationen selbst zur Verfügung zu stellen, damit ein schwerwiegender Eingriff in deren Privatsphäre vermieden werden kann.
- Es ist wichtig, dass die Rechte der betroffenen Person in jeder Phase des Verfahrens gewährleistet sind, auch bei der Analyse ihrer eigenen Daten.
- Der E-AsylG sollte ferner auch eine klare rechtliche Grundlage für die Bearbeitung personenbezogener Daten von Drittpersonen enthalten, z.B. wenn elektronische Datenträger gespeichert und ausgewertet werden.
- Bei sensiblen Personendaten muss die Datensicherheit durch die Umsetzung geeigneter organisatorischer und technischer Massnahmen gewährleistet werden.

Genehmigen Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.


Adrian Lobsiger

**Par e-mail uniquement
spk.cip@parl.admin.ch**

Commission des institutions politiques
du Conseil national
A l'att. de Monsieur Andreas GLARNER
Président

Genève, le 4 juin 2020

**Procédure de consultation relative à l'obligation de collaborer à la procédure d'asile
Possibilité de contrôler les téléphones mobiles Initiative parlementaire 17.423**

Mesdames, Messieurs,

La présente fait suite à l'ouverture de la procédure de consultation du 11 février 2020 concernant le projet de révision de la loi sur l'asile (LAsi) ainsi qu'à l'avant-projet et rapport explicatif de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 14 février 2020 (ci-après : l'Avant-projet, respectivement le Rapport explicatif) visant à mettre en œuvre l'Initiative parlementaire 17.423 Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles (ci-après : l'Initiative parlementaire).

Dans le délai imparti au 4 juin 2020, l'Ordre des avocats de Genève (ci-après : l'ODAGE) souhaite vous soumettre ses observations et préoccupations quant à la conformité du projet considéré avec les droits fondamentaux, la Constitution fédérale ainsi que les obligations internationales de la Suisse.

I- Notion de consentement

Le Rapport explicatif précise que : « *La confiscation par le SEM de supports de données, c'est-à-dire la saisie de dispositifs sans le consentement de leur détenteur, n'est pas prévue* » (Rapport explicatif, p. 7).

L'Avant-projet précise néanmoins que le refus du requérant de laisser inspecter son téléphone mobile ou son ordinateur portable sera pris en compte dans le cadre de l'appréciation de sa crédibilité et pourra conduire en dernier ressort au classement de la demande d'asile en application de l'article 8 al. 3^{bis} LAsi ou à son rejet en application de l'article 31a al. 4 LAsi, à teneur duquel la demande d'asile est rejetée si la qualité de réfugié n'est ni prouvée ni rendue vraisemblable ou s'il existe un motif d'exclusion au sens des art. 53 et 54 LAsi, en relation avec l'article 36 al. 1 lit. c LAsi.

Si la jurisprudence associe régulièrement le terme *consentement* des épithètes *libre et éclairé*, ce pléonisme ne doit pas être attribué à une maladresse mais bien plutôt compris comme une mise en exergue de ces deux caractéristiques fondamentales du consentement.

A l'instar du Tribunal fédéral, nous rappelons que l'absence de liberté de choix exclut le consentement. En particulier, un accord donné sous la contrainte du non-examen de la demande d'asile ou de son rejet ne peut être tenu pour valable, respectivement consenti.

Ainsi, une loi excluant qu'une mesure non consentie puisse être exécutée tout en sanctionnant sévèrement le refus prévoit en réalité une mesure de contrainte. D'une part, le principe de la bonne foi qui lie l'autorité dicte qu'une telle mesure doit être présentée comme telle à l'administré. D'autre part, lorsqu'il y est soumis, l'administré doit bénéficier des garanties constitutionnelles et conventionnelles qui encadrent toute restriction de leurs droits fondamentaux.

II- Proportionnalité de la mesure au regard du respect de la vie privée

Notre Constitution prévoit que : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications. Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent.* » (art. 13 Cst.).

Le droit fondamental au respect de la vie privée est également protégé par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales prévoyant que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » (art. 8 § 1 CEDH).

Le droit au respect de la sphère privée au sens de l'article 13 al. 1 Cst., dont le champ d'application matériel concorde largement avec celui de l'article 8 CEDH, garantit notamment le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale ; il protège l'identité, les relations sociales et les comportements intimes de chaque personne physique, l'honneur et la réputation (ATF 135 I 198, consid. 3.1 ; 126 II 377 consid. 7). L'article 13 al. 2 Cst. détaille l'une des composantes de ce droit ([ATF 128 II 259](#) consid. 3.2); il prémunit l'individu contre l'emploi abusif de données qui le concernent et qui ne sont pas accessibles au public, en particulier les informations relatives à des procédures judiciaires qui porteraient atteinte à sa considération sociale ([ATF 135 I 198](#) consid. 3.1).

Les garanties de l'article 13 al. 2 Cst. sont concrétisées par la législation applicable en matière de protection des données (cf. ATF 137 I 167, consid. 3.2 ; [ATF 131 II 413](#) consid. 2.6; art. 1 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données [LPD; RS 235.1]; FF 2002 1915, p. 1962).

L'analyse du téléphone portable d'un administré ou de tout support électronique en sa possession permet d'obtenir « *toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée au sens de L'article 3, let. a, LPD ainsi que toutes les données sensibles au sens de L'article 3, let. c, LPD ; il s'agit notamment des opinions ou activités religieuses ou politiques, de la santé ou encore de l'appartenance à une race* » (Rapport explicatif, p. 12).

Elle constitue donc une restriction de son droit fondamental au respect de la vie privée, en particulier dans ses composantes détaillées à l'article 13 al. 2 Cst.

Le respect du principe de proportionnalité encadre strictement toute restriction des droits fondamentaux. En particulier, une restriction n'est licite que si elle est proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst. et 8 § 2 CEDH). Le principe de proportionnalité consacré à l'article 36 al. 3 Cst. exige ainsi qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts) (ATF 143 I 403, consid. 5.6.3 ; ATF 142 I 76 consid. 3.5.1; ATF 138 I 331 consid. 7.4.3.1; arrêt du TF 8C_781/2015 du 8 août 2016 consid. 10.2).

a. Aptitude des mesures

Selon le Rapport explicatif, la mesure vise à établir l'identité des requérants d'asile.

D'emblée, on perçoit mal en quoi la fouille d'un téléphone portable permettrait d'établir l'identité d'un individu.

A ce titre, le rapport de l'assemblée parlementaire allemande établi après 18 mois d'application d'une telle mesure, conclut que, dans 64% des cas, les informations se sont révélées inutilisables et que, dans 34% des

cas, elles se sont bornées à confirmer les déclarations du requérant (Deutscher Bundestag - Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das Jahr 2018 - Drucksache 19/8701, 25 mars 2019).

L'exemple allemand démontre que l'on peut fortement douter de l'aptitude de la mesure proposée à atteindre le but visé.

b. Nécessité

Sous l'angle de la nécessité, l'autorité doit, lorsqu'elle entend décider d'une mesure constituant une restriction d'une liberté fondamentale, démontrer que la mesure restrictive est apte à produire le résultat escompté, mais doit également prouver qu'il s'agit de la seule mesure à-même de le faire, c'est-à-dire qu'il n'y en a pas d'autres, plus respectueuses des libertés, qui soient aussi efficaces (AUER/MALINVERNI/ HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, Berne 2006).

Selon le Communiqué de presse relatif à la mise en consultation de l'Avant-projet, « *les téléphones mobiles des requérants d'asile doivent pouvoir être analysés à des fins d'identification lorsque l'identité de ces derniers ne peut être établie faute de documents appropriés. Cette possibilité doit aussi s'appliquer à l'exécution des renvois dans le domaine de l'asile.* ».

Le but ainsi visé suppose une défiance de principe à l'endroit des déclarations des requérants d'asile. L'expérience allemande démontre que cette défiance est injustifiée puisque seules 2% des informations communiquées par les requérants d'asile ont été réfutés par l'analyse de supports électroniques (Deutscher Bundestag - Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das Jahr 2018 - Drucksache 19/8701, 25 mars 2019), ce qui signifie que dans 98% des cas une telle mesure n'était pas nécessaire.

Le rapport explicatif trahit en outre l'absence de nécessité de la mesure en vantant ses avantages ou inconviénient pratiques pour justifier qu'elle soit préférée à une autre mesure ou l'inverse :

- « *La CIP-N est convaincue que cette mesure simplifiant l'établissement de l'identité des requérants est absolument proportionnée au travail qu'elle implique* » ;
- « *En vertu du principe de proportionnalité, on commencera toujours par établir l'identité « par d'autres moyens » dès lors que cette manière de faire implique une charge de travail moindre qu'une analyse de données électroniques* » ;
- « *[...] une analyse de provenance ne doit pas être envisagée avant l'analyse de données électroniques car cette procédure requiert beaucoup de temps et de préparatif* » (Rapport explicatif, p. 6).

c. Proportionnalité au sens étroit

Le respect du principe de proportionnalité requiert en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public - proportionnalité au sens étroit - (arrêt du TF 2C_721/2012, consid. 6.2 ; ATF 137 I 167 consid. 3.6 ; 138 I 331 consid. 7.4.3.1). Il convient d'examiner le rapport raisonnable entre le but visé et les intérêts compromis. Il s'agit de trouver un équilibre entre le respect de la sphère privée (ATF 140 I 381, consid. 4.5.3) et le contrôle de la migration.

Accéder au téléphone portable ou à tout autre support électronique d'une personne constitue une mesure particulièrement intrusive en ce qu'elle donne accès à tout type de données privées, y compris des données sensibles. Pour les requérants d'asile en particulier, le téléphone portable ou tout autre support électronique constitue le dernier lien avec leurs proches (époux, épouse ou enfants) restés au pays. Une fouille effectuée sur le téléphone portable ou tout autre support électronique d'un requérant équivaut ainsi à une intrusion forcée par des inconnus dans son dernier îlot d'intimité. Cette mesure entame ainsi le cœur du droit fondamental protégé par les articles 13 Cst. et 8 CEDH.

En parallèle, comme discuté ci-avant, l'intérêt public n'est pas préservé par la mesure visée.

Dès lors, la fouille des téléphones portables ou tout autre support électronique ne respecte pas le principe de la proportionnalité au sens étroit.

◆◆◆

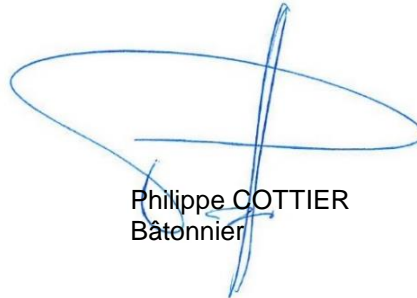
Compte tenu des éléments qui précèdent, l'ODAGE considère que l'Initiative et l'Avant-projet contreviennent aux droits fondamentaux tels que garantis par la Constitution et la CEDH et recommande le rejet clair et ferme de l'Initiative.

Nous restons bien entendu à la disposition de la Commission pour développer les éléments de la présente prise de position.

En vous remerciant pour l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre considération distinguée.



Sandrine GIROUD
Présidente de la Commission
des droits de l'Homme



Philippe COTTIER
Bâtonnier