

Änderung der Asylverordnung 3 und der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen – Auswertung elektronischer Datenträger von Asylsuchenden

UNHCR-Empfehlungen

Juni 2023

INHALTSVERZEICHNIS

Einführung	3	
1	Zu Art. 10a E-AsylV3 – Auswertung von Personendaten	4
2	Zu Art. 10b E-AsylV3 – Zugriffsrechte auf Personendaten	6
3	Zu Art. 10c E-AsylV3 – Prüfung der Verhältnismässigkeit	7
4	Zu Art. 10d E-AsylV3 – Einsatz von Software	10
5	Zu Art. 10e E-AsylV3 – Zwischenspeicherung	12
6	Zu Art. 10f E-AsylV3 – Direkte Sichtung und Auswertung	13
7	Zu Art. 10g E-AsylV3 – Auswertung in Abwesenheit	15
8	Zu Art. 10h E-AsylV3 – Information	16
9	Zu Art. 10i E-AsylV3 – Rechtsschutz	18
10	Zu Art. 3 Abs. 3 E-VVWAL – Auswertung im Wegweisungsvollzugsverfahren	19

Einführung

UNHCR bedankt sich für die Möglichkeit, im Rahmen des am 10. März 2023 eröffneten Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung der Asylverordnung 3 und der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen (Auswertung elektronischer Datenträger von Asylsuchenden), Stellung zu nehmen.

Die Auswertung von Personendaten aus elektronischen Datenträgern stellt einen intensiven Eingriff in verschiedene Menschenrechte dar, darunter insbesondere das Recht auf Privatsphäre. Zwar erkennt UNHCR das legitime Interesse von Staaten an der Identifizierung von Personen an, die sich auf ihrem Hoheitsgebiet befinden, hat aber bereits in der Kommentierung auf Gesetzesebene darauf hingewiesen, dass die entsprechenden Regeln aufgrund der Intensität des Eingriffs präzise und detailliert ausfallen müssen.

Der vorliegende Verordnungstext ist in vielen Aspekten zu wenig bestimmt. Unter anderem fehlen klare Vorgaben zu den auszuwertenden Personendaten und es ist kein zeitlicher Rahmen für die einzelnen Verfahrensschritte definiert. Auf der Grundlage seines völkerrechtlichen Mandats¹ möchte UNHCR daher folgende Empfehlungen unterbreiten und hofft, dass diese im weiteren Gesetzgebungsverfahren Beachtung finden.

Ergänzt werden diese durch die Empfehlungen der UNHCR-Stellungnahme² sowie UNHCR-Position³ zur Parlamentarischen Initiative 17.423 zur „Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen“. Für Fragen und Konkretisierungen steht UNHCR gerne zur Verfügung.

¹ Siehe insbesondere Art. 35 Abkommen von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention, GFK); Art. II Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967; Satzung des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge, Resolution 428 (V) der UN-Generalversammlung, Annex, UN Doc. A/1775, 1950.

² UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), UNHCR-Stellungnahme zur Parlamentarischen Initiative 17.423: Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen. Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 14. Februar 2020, Juni 2020 (im Folgenden: UNHCR-Stellungnahme zur Parlamentarischen Initiative 17.423), verfügbar unter: <http://www.refworld.org/docid/5ede11174.html>.

³ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), UNHCR-Position: Überprüfungsmöglichkeit von Mobiltelefonen von Asylsuchenden – Vorschläge der SPK-N zur Parlamentarischen Initiative 17.423 vom 24. März 2021 (im Folgenden: UNHCR-Position zur Parlamentarischen Initiative 17.423), verfügbar unter: [20210320_17.423-Überprüfungsmöglichkeit-Mobiltelefone_Stellungnahme-BRat_Empfehlungen-UNHCR-1.pdf](https://www.unhcr.org/refworld/docid/20210320_17.423-Überprüfungsmöglichkeit-Mobiltelefone_Stellungnahme-BRat_Empfehlungen-UNHCR-1.pdf).

1 Zu Art. 10a E-AsylV3 – Auswertung von Personendaten

Der neu geschaffene Art. 10a E-AsylV3 ermöglicht die Auswertung von Personendaten aus elektronischen Datenträgern von Asylsuchenden. Dies beinhaltet Daten zur Identität und Nationalität der betroffenen Personen sowie Informationen über ihren Reiseweg. Darüber hinaus können auch besonders schützenswerte Personendaten gemäss Art. 3 Bst. c DSG⁴ ausgewertet werden.

Wie bereits in der UNHCR-Stellungnahme zur Parlamentarischen Initiative 17.423 festgehalten, sollten jegliche Eingriffe in die Privatsphäre von Asylsuchenden klar definiert und ausreichend detailliert sein, um Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit zu gewährleisten.⁵ Der Verordnungstext erfüllt diese Anforderungen noch nicht vollständig. Im Hinblick auf die Auswertung besonders schützenswerter Personendaten und Daten von Dritten scheint es im Einklang mit dem im Datenschutzgesetz verankerten Prinzip der Datenminimierung⁶ daher erforderlich, Art. 10a E-AsylV3 präziser zu gestalten. Damit soll sichergestellt werden, dass die Datenauswertung streng auf die für die Feststellung der Identität, Nationalität und des Reisewegs der Asylsuchenden relevanten und notwendigen Daten beschränkt bleibt.

Art. 10a Abs. a und b E-AsylV3 zählt beispielsweise nur demonstrativ Datensätze auf, die auf die zu erhebenden Personendaten hinweisen können. Es sollte jedoch konkret dargestellt werden, welche Personendaten ausgewertet werden dürfen. Die pauschale Befugnis zur Auswertung besonders schützenswerter Daten könnte zudem zu einer unverhältnismässigen Sammlung und Nutzung von Personendaten führen. Besonders schützenswerte Personendaten, wie sie in Art. 5 Bst. c nDSG⁷, das ab dem 1. September 2023 in Kraft tritt, definiert sind, umfassen eine Vielzahl von Daten, beispielsweise über religiöse, weltanschauliche, politische Ansichten sowie Daten über die Gesundheit und Intimsphäre. Es ist nicht immer klar, inwiefern all diese Daten benötigt werden, um Identität, Nationalität und Reiseweg von Asylsuchenden zu bestimmen. Eine Begrenzung auf jene Kategorien von Daten, die für die Erfüllung der Aufgabe unverzichtbar sind, könnte eine Lösung sein.

Auch die Handhabung der erhobenen Daten, insbesondere in Bezug auf ihre Verarbeitung und Speicherung, sollte weiter spezifiziert werden. Es wäre insbesondere hilfreich, wenn klargestellt würde, wie sichergestellt wird, dass ausschliesslich Daten zur Identität, Nationalität und zum Reiseweg erfasst werden, und wie mit Zufallsfunden umgegangen wird. Diese Verbesserungen könnten zu einer effizienteren Anwendung des Art. 10a E-AsylV3 beitragen.

⁴ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), 235.1.

⁵ Vgl. UNHCR-Stellungnahme zur Parlamentarischen Initiative 17.423, S. 7.

⁶ Das Prinzip der Datenminimierung ist implizit in Art. 4 und 5 DSG verankert, welche Verhältnismässigkeit und Zweckmässigkeit der Datenerhebung und -bearbeitung fordern.

⁷ Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG), 235.1.

UNHCR empfiehlt

- in Art. 10a E-AsylV3 auf das neue Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (nDSG) zu verweisen, das am 1. September 2023 in Kraft tritt;
- klar zu definieren, welche Datensätze, die Rückschlüsse auf die Identität, Nationalität oder den Reiseweg geben, ausgewertet werden dürfen;
- die Auswertung besonders schützenswerter Personendaten gemäss Art. 5 Bst. c nDSG auf jene Ziffern der Bestimmung zu beschränken, die zur Ermittlung von Identität, Nationalität und Reiseweg notwendig sind;
- das Verfahren zur Verarbeitung, Speicherung und Löschung der erhobenen Daten zu konkretisieren.

2 Zu Art. 10b E-AsylV3 – Zugriffsrechte auf Personendaten

Art. 10b E-AsylV3 regelt den Zugriff auf personenbezogene Daten aus elektronischen Datenträgern von Asylsuchenden durch verschiedene Gruppen von Mitarbeitenden des Staatssekretariats für Migration (SEM).

Die Bestimmung des Zugriffs erfolgt demnach primär in Bezug auf die spezifischen Aufgaben der Mitarbeitenden, die sich auf die Klärung von Identität und Nationalität von Asylsuchenden, die Durchführung des Asylverfahrens und die Unterstützung der Kantone beim Vollzug von Wegweisungen beziehen. Der Begriff „Aufgaben“ kann jedoch ein breites Spektrum von Zuständigkeiten und Funktionen abdecken. Eine genauere Definition und Abgrenzung der betroffenen SEM-Mitarbeitenden, die berechtigt sind, auf die personenbezogenen Daten zuzugreifen, könnte hier für mehr Klarheit sorgen. Dies wäre auch im Einklang mit dem datenschutzrechtlichen Prinzip des „Need-to-Know“, welches besagt, dass der Zugriff auf Daten nur dann gewährt werden soll, wenn er für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe unbedingt notwendig ist.

Die derzeitige Formulierung des Art. 10b E-AsylV3 erweckt zudem den Eindruck, dass allen darin angeführten Mitarbeitenden Zugriff zu sämtlichen nach Art. 10a E-AsylV3 erhobenen Daten gewährt wird, ohne eine spezifische Beschränkung auf die für ihre jeweiligen Aufgaben wirklich relevanten Daten. Es besteht demnach ein Bedarf an einer klaren Präzisierung, welche spezifischen Daten für die jeweiligen Aufgaben der Mitarbeitenden notwendig sind. Dies würde sicherstellen, dass den einzelnen Mitarbeitenden nicht mehr Daten zugänglich sind als unbedingt erforderlich und damit den Datenschutz besser gewährleisten.

UNHCR empfiehlt

- **klar zu definieren, welche SEM-Mitarbeitenden dazu berechtigt sind, auf die nach Art. 10a E-AsylV3 erhobenen personenbezogenen Daten zuzugreifen;**
- **klar zu definieren, welche konkreten Daten für die spezifischen Aufgaben der SEM-Mitarbeitenden erforderlich sind.**

3 Zu Art. 10c E-AsylV3 – Prüfung der Verhältnismässigkeit

Art. 10c E-AsylV3 verankert die Verhältnismässigkeitsprüfung als entscheidenden Schritt vor der Auswertung von Personendaten. Dabei werden Informationen und Äusserungen der betroffenen Person sowie amtliche Dokumente wie Geburtsurkunden oder Führerscheine berücksichtigt, die eindeutige Rückschlüsse auf die Identität, Nationalität oder den Reiseweg ermöglichen. Des Weiteren prüft das SEM die Anwendbarkeit anderer geeigneter Massnahmen, insbesondere solche gemäss Art. 26 Abs. 2 oder Abs. 3 AsylG⁸, bevor eine Datenauswertung in Betracht gezogen wird.

Es ist grundsätzlich zu begrüssen, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung ausdrücklich in der Verordnung verankert werden soll. Diese stellt einen wichtigen Schutzmechanismus für die Rechte der Asylsuchenden dar. Allerdings könnten eine klarere Formulierung für Art. 10c E-AsylV3 sowie konkrete Kriterien und Standards zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit noch zusätzliche Klarheit schaffen.

Beispielsweise lässt die aktuelle Formulierung von Art. 10c Abs. 1 E-AsylV3 offen, ob die Verhältnismässigkeitsprüfung vor allen Arten der Datenbearbeitung gemäss Art. 10d bis Art. 10f E-AsylV3 durchzuführen ist. Im erläuternden Bericht wird in Bezug auf die Zwischenspeicherung von Personendaten gemäss Art. 10e E-AsylV3 auf die vorgängige Notwendigkeit einer Prüfung der Verhältnismässigkeit verwiesen.⁹ In Bezug auf den Einsatz von Software nach Art. 10d E-AsylV3 und die direkte Sichtung und Auswertung der Personendaten gemäss Art. 10f E-AsylV3 fehlt es an einer solchen Klarstellung. Eine explizite Festlegung, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung vor jeglicher Datenbearbeitung aus einem Datenträger durchzuführen ist, ist daher empfehlenswert. Dies gewährleistet Rechtssicherheit und stellt sicher, dass die Bearbeitung und Auswertung von Personendaten aus Datenträgern nur erfolgt, wenn dies notwendig ist.

Weiters wird im vorliegenden Verordnungstext festgelegt, dass das SEM prüfen soll, „ob andere geeignete Massnahmen [...] vor einer Auswertung in Frage kommen“. Es sollte präzisiert werden, welche alternativen Massnahmen, ausgenommen von Art. 26 Abs. 2 oder Abs. 3 AsylG, das SEM gemäss der derzeitigen Verordnung prüfen soll, bevor eine Datenauswertung in Betracht gezogen wird. Zudem sollte deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, dass die Auswertung von Datenträgern wegen ihrer Eingriffsintensität in die Privatsphäre von Asylsuchenden als ultima ratio zu betrachten ist. Die Wichtigkeit, die Auswertung von Datenträgern als ultima ratio zu betrachten, wurde unlängst durch eine Entscheidung des deutschen Bundesverwaltungsgerichts bestätigt, das betonte, dass die Auswertung digitaler Datenträger zur Ermittlung der Identität erst zulässig ist, wenn der Zweck der Massnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann.¹⁰

⁸ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG), 142.31.

⁹ Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Änderung der Asylverordnung 3 und der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen - Auswertung elektronischer Datenträger von Asylsuchenden, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 10. März 2023 (im Folgenden: EJPD, Erläuternder Bericht), verfügbar unter: [fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-2022-86-cons_1-doc_5-de-pdf-a.pdf](#), Art. 10e, S. 6.

¹⁰ Vgl. Bundesverwaltungsgericht Deutschland, Urteil vom 16. Februar 2023 – 1 C 19.21, verfügbar unter: [BVerwG 1 C 19.21, Urteil vom 16. Februar 2023 | Bundesverwaltungsgericht](#).

Darüber hinaus sollte bereits auf Verordnungsstufe der Umfang der „geeigneten Massnahmen“ präzise definiert werden, um klare Rahmenbedingungen für eine einheitliche und rechtskonforme Entscheidungsfindung zu schaffen.

In der UNHCR-Stellungnahme zur parlamentarischen Initiative 17.423 wurde unter Verweis auf die restriktive Handhabung der Auswertung von Mobiltelefonen in Strafverfahren empfohlen, die Einforderung eines Datenträgers zwecks Bearbeitung von Personendaten einer Genehmigungspflicht zu unterstellen.¹¹ Diese Empfehlung wurde auf Gesetzesstufe nicht umgesetzt, es würde sich nun zumindest auf Verordnungsstufe die Gelegenheit dazu bieten. Laut erläuterndem Bericht zu Änderung der vorliegenden Verordnung entscheidet die zuständige Verfahrenssektion des SEM abschliessend mittels Entscheids, ob die Auswertung eines oder mehrerer Datenträger als verhältnismässig einzustufen ist.¹² Es sollte in Betracht gezogen werden, diesen Entscheid über die Verhältnismässigkeit der asylsuchenden Person zu eröffnen. Eine solche Massnahme würde die Möglichkeit bieten, eine Stellungnahme der asylsuchenden Person zur Frage der Verhältnismässigkeit vor einer potenziellen Bearbeitung und Auswertung des Datenträgers einzuholen und zu berücksichtigen. Im Rahmen dessen könnten beispielsweise Argumente zum Schutz eines Amts- oder Berufsgeheimnisses oder zur Sicherheit Dritter vorgebracht werden. Zudem könnte im Falle eines gesetzlich berechtigten Geheimhaltungsinteresses die Möglichkeit eines Siegelungsantrags (analog zu Art. 248 StPO¹³) vorgesehen werden, über dessen Entsiegelung das Gericht entscheidet. Dies würde zur Transparenz des Verfahrens beitragen und das Recht auf Privatsphäre besser wahren.

¹¹ Vgl. UNHCR-Stellungnahme zur Parlamentarischen Initiative 17.423, S. 8f.

¹² Vgl. EJPd, Erläuternder Bericht, Art. 10c, S. 4.

¹³ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007, AS 2010 1881.

UNHCR empfiehlt

- klare Leitlinien und Kriterien für die Verhältnismässigkeitsprüfung im Verordnungstext zu formulieren;
- im Verordnungstext zu verankern, dass die Prüfung der Verhältnismässigkeit vor jeder Bearbeitung von Personendaten aus Datenträgern zu erfolgen hat;
- zu konkretisieren, welche „anderen geeigneten Massnahmen“ vor einer Auswertung von Datenträgern in Betracht gezogen werden sollen;
- im Verordnungstext zu verankern, dass die Auswertung von Datenträgern nur als ultima ratio eingesetzt werden darf;
- den Umfang der „geeigneten Massnahmen“ bereits auf Verordnungsstufe zu regeln
- die Möglichkeit vorzusehen, dass Asylsuchende sich analog zu Art. 10g Abs. 2 E-AsylV3 zum Entscheid über die Verhältnismässigkeit äussern und bei Vorliegen eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses einen Siegelungsantrag stellen können.

4 Zu Art. 10d E-AsylV3 – Einsatz von Software

Art. 10d E-AsylV3 befasst sich mit dem Einsatz von Software zur Erhebung von Personendaten aus elektronischen Datenträgern. Hierbei werden mehrere Aspekte behandelt, von der Einhaltung eines forensischen Standards durch die genutzte Software bis hin zur Rückgabe der Datenträger an die betroffene Person.

Der erläuternde Bericht zur Bestimmung erläutert, dass die Verwendung von Software eine Vortriage von Daten aufgrund objektiver Kriterien ermöglicht, deren Ergebnis in einem Kurzbericht festgehalten wird.¹⁴ Der Verordnungstext selbst gibt keine Auskunft darüber, anhand welcher objektiven Kriterien die Durchsuchung erfolgen soll. Dies sollte entsprechend ergänzt werden.

Art. 10d Abs. 1 E-AsylV3 sieht zudem vor, dass das SEM zur Vorbereitung der Datenauswertung eine Software einsetzen kann, die einem forensischen Standard entspricht. Dies ist eine positive Entwicklung, da der Begriff „forensischer Standard“ eine sorgfältige und professionelle Behandlung von Daten impliziert. Dennoch könnte eine detailliertere Definition oder Auflistung spezifischer forensischer Standards, die eingehalten werden müssen, zusätzliche Klarheit schaffen und sicherstellen, dass relevante Datenschutzstandards eingehalten werden.

Art. 10d Abs. 2 E-AsylV3 behandelt den Fall, in dem der Einsatz einer Software vorgesehen ist, und fordert die betroffene Person auf, ihre Datenträger für die Dauer des Softwareeinsatzes auszuhändigen. Die Formulierung „Ist der Einsatz von Software vorgesehen“ in Art. 10d Abs. 2 E-AsylV3 lässt Raum für Interpretationen, wann genau der Einsatz einer Software als „vorgesehen“ betrachtet wird. Zudem ist das Verhältnis dieser Bestimmung zur Zwischenspeicherung der Personendaten gemäss Art. 10e E-AsylV3 sowie zur direkten Sichtung und Auswertung gemäss Art. 10f E-AsylV3 nicht vollständig klar. Eine präzisere Formulierung könnte helfen, klare Kriterien dafür zu definieren, unter welchen Bedingungen eine Software zur Datenerhebung eingesetzt wird.

Im Rahmen von Art. 10d Abs. 2 E-AsylV3 wird zudem geregelt, dass Asylsuchende aufgefordert werden können, ihre Datenträger dem SEM für die Dauer der Auswertung auszuhändigen. Hierbei stellt sich die Frage, wie mit einem potenziellen Passwortschutz umgegangen wird, der durch Passwörter, Fingerabdrücke oder Gesichtserkennung gesichert ist. Während Art. 8 Abs. 1 Bst. g nAsylG und der aktuelle Verordnungstext ausdrücklich nur die Aushändigung des Datenträgers verlangen, ist nicht klar definiert, ob und in welcher Form die betroffene Person verpflichtet ist, Passwortschutzinformationen preiszugeben, um den Zugriff auf gespeicherte Daten zu ermöglichen und ob eine Verweigerung Konsequenzen gemäss Art. 9 Abs. 3^{bis} AsylG zur Folge hat. Eine genauere Regelung dieses potenziellen Graubereichs würde zur Klarheit und Rechtssicherheit beitragen.

¹⁴ Vgl. EJPD, Erläuternder Bericht, Art. 10d, S. 5.

Ausserdem wäre es wünschenswert, einen maximalen Zeitrahmen für die Dauer der Auswertung festzulegen, um die Rechte der Asylsuchenden weiter zu stärken.

UNHCR empfiehlt

- **klare Kriterien zu definieren, unter welchen Bedingungen eine Software zur Datenerhebung eingesetzt werden kann;**
- **zu konkretisieren, anhand welcher objektiven Kriterien die Erhebung von Daten mithilfe von Software erfolgt;**
- **genauer zu definieren, welche spezifischen forensischen Standards zu befolgen sind;**
- **klarzustellen, wie mit Passwortschutz, Fingerabdruck- oder Gesichtserkennungssicherungen umzugehen ist;**
- **einen maximalen Zeitrahmen für die Dauer der Datenauswertung festzulegen.**

5 Zu Art. 10e E-AsylV3 – Zwischenspeicherung

Art. 10e E-AsylV3 sieht die Möglichkeit einer Zwischenspeicherung von Personendaten bis zu ihrer späteren Auswertung vor.

In Bezug auf diese Bestimmung ergeben sich prinzipiell ähnliche Fragen und Herausforderungen wie bereits zu Art. 10d E-AsylV3, auf dessen Kommentierung hier verwiesen wird.

Die aktuelle Formulierung von Art. 10e E-AsylV3 lässt nicht ausreichend klar hervorgehen, unter welchen Umständen eine Zwischenspeicherung von Personendaten erfolgen darf und welche Daten konkret zwischengespeichert werden sollen. Darüber hinaus bleibt auch hier offen, ob die Aushändigung elektronischer Datenträger die Bekanntgabe eines Passwortschutzes einschliesst. Es wäre von Vorteil, diese Aspekte genauer im Verordnungstext zu spezifizieren.

Des Weiteren könnte die Bestimmung ebenfalls von einem maximalen Zeitrahmen für die Durchführung der Zwischenspeicherung profitieren.

UNHCR empfiehlt

- **klare Kriterien zu definieren, unter welchen Bedingungen eine Zwischenspeicherung von Personendaten zulässig ist;**
- **klarzustellen, wie mit Passwortschutz, Fingerabdruck- oder Gesichtserkennungssicherungen umzugehen ist;**
- **einen maximalen Zeitrahmen für die Dauer der Zwischenspeicherung festzulegen.**

6 Zu Art. 10f E-AsylV3 – Direkte Sichtung und Auswertung

Nach Art. 10f E-AsylV3 können personenbezogene Daten direkt vom elektronischen Datenträger der betroffenen Person ausgelesen werden, sofern keine Zwischenspeicherung der Personendaten erfolgt und keine Software zum Einsatz kommt.

Im erläuternden Bericht werden Beispiele angeführt, in welchen Fällen dies zutreffen kann.¹⁵ Der Verordnungstext selbst lässt jedoch nicht ausreichend klar erkennen, wann die direkte Sichtung und Auswertung zur Anwendung kommt. Eine Präzisierung in diesem Bereich wäre wünschenswert.

Darüber hinaus ist dem erläuternden Bericht zu entnehmen, dass für die direkte Sichtung und Auswertung kein zwangsweiser Entzug oder die vorübergehende Aushändigung eines Datenträgers i. S. v. Art. 8 Abs. 1 Bst. g nAsylG vorgesehen ist.¹⁶ Es ist nicht eindeutig, ob damit die Aushändigung von Datenträgern zur direkten Sichtung und Auswertung nur auf freiwilliger Basis erfolgen darf. Dies sollte klargestellt und allenfalls im Verordnungstext ergänzt werden.

Schliesslich ist zu beachten, dass die nach Art. 8a Abs. 3 nAsylG¹⁷ einer Datenauswertung unterliegenden Datenträger eine Fülle von Informationen enthalten können, darunter auch Daten Dritter und solche, die für den Zweck der Auswertung nicht relevant sind. Wenn Mitarbeitende des SEM direkt durch die Daten, beispielsweise eines Mobiltelefons, navigieren, kann kaum ausgeschlossen werden, dass dabei auch Daten der betroffenen Person und Dritter eingesehen und ausgewertet werden, die nicht zur Feststellung von Identität, Nationalität oder Reiseroute erforderlich sind. Die gegenwärtige Bestimmung enthält keine Vorschriften oder Mechanismen, die den Zugriff auf irrelevante Daten oder Daten Dritter (gemäss Art. 8a Abs. 2 nAsylG) verhindern und eine strikte Beschränkung auf relevante Daten sicherstellen. Dies sollte nachgeholt werden.

¹⁵ Vgl. EJPD, Erläuternder Bericht, Art. 10f, S. 6.

¹⁶ Vgl. EJPD, Erläuternder Bericht, Art. 10f, S. 7.

¹⁷ Asylgesetz (AsylG), BBl 2021 2317.

UNHCR empfiehlt

- klare Kriterien zu definieren, unter welchen Bedingungen eine direkte Sichtung und Auswertung von Personendaten erfolgen kann;
- im Verordnungstext zu verankern, dass die Aushändigung von Datenträgern zur direkten Sichtung und Auswertung auf freiwilliger Basis erfolgt;
- genauer zu definieren, welche spezifischen forensischen Standards zu befolgen sind;
- klarzustellen, ob die direkte Sichtung und Auswertung nur auf freiwilliger Basis erfolgen darf;
- klare Richtlinien und Mechanismen zu verankern, die den Zugriff auf Daten verhindern, die nicht der Ermittlung von Identität, Nationalität und Reiseweg dienen.

7 Zu Art. 10g E-AsylV3 – Auswertung in Abwesenheit

Die Bestimmung des Art. 10g E-AsylV3 sieht vor, dass die Auswertung von Personendaten aus elektronischen Datenträgern nur dann in Abwesenheit der betroffenen Person erfolgen darf, wenn diese vorgängig eine schriftliche Verzichtserklärung abgibt oder ihre Teilnahme verweigert hat.

Die schriftliche Verzichtserklärung, die als Voraussetzung für eine solche Auswertung genannt wird, bedarf jedoch einer klareren Definition hinsichtlich ihrer Form und ihres Inhalts. Es muss gewährleistet sein, dass die betroffenen Personen die Tragweite einer solchen Verzichtserklärung verstehen und dass diese Entscheidung freiwillig getroffen wird.

Die „Verweigerung der Teilnahme“ als Alternative zur schriftlichen Verzichtserklärung bedarf ebenfalls einer genaueren Klarstellung. Aktuell ist unklar, ob beispielsweise auch das verspätete Erscheinen oder das blosse Fernbleiben vom Auswertungstermin als Verweigerung zu qualifizieren sind. Um Rechtssicherheit zu gewährleisten, sollte daher ebenfalls konkretisiert werden, wann von einer Verweigerung der Teilnahme auszugehen ist.

Schliesslich bedarf es einer genauen Regelung zur Äusserungsmöglichkeit der betroffenen Person nach der Datenauswertung. Hier wäre es angebracht, festzulegen, ob die Äusserung schriftlich oder mündlich und innerhalb welcher Frist zu erfolgen hat. Zudem sollte die betroffene Person explizit über diese Möglichkeit sowie die damit verbundenen Rechte informiert werden.

UNHCR empfiehlt

- **klar zu definieren, in welcher Form, mit welchem Inhalt und innerhalb welcher Frist die Verzichtserklärung zu erfolgen hat;**
- **den Begriff der „Verweigerung der Teilnahme“ näher zu definieren;**
- **klar zu definieren, in welcher Form und innerhalb welcher Frist sich die betroffene Person nach der Datenauswertung äussern kann.**

8 Zu Art. 10h E-AsylV3 – Information

Art. 10h E-AsylV3 etabliert wichtige Informationspflichten des SEM gegenüber der von einer Datenauswertung betroffenen Person. Dieser Artikel zeichnet sich durch eine detaillierte und umfassende Auflistung der Informationen aus, die an die betroffene Person übermittelt werden müssen.

Die umfassenden Informationspflichten, die in diesem Artikel dargelegt sind, bilden einen begrüssenswerten Schritt zur Sicherstellung von Transparenz. Dennoch besteht Raum für Weiterentwicklung und Präzisierung in einigen Bereichen.

Es wäre hilfreich, die Art und Weise der Präsentation dieser Informationen zu konkretisieren, um sicherzustellen, dass die betroffenen Personen, insbesondere unter Berücksichtigung möglicher Sprachbarrieren, die ihnen zur Verfügung gestellten Informationen vollständig verstehen. In diesem Sinne könnte es vorteilhaft sein, explizit in der Verordnung festzulegen, dass die Informationsübermittlung in einer der betroffenen Person verständlichen Sprache erfolgen soll.

Darüber hinaus wäre es von Nutzen, die Bereitsstellung der Informationen zu dokumentieren. Durch die Unterzeichnung einer entsprechenden Bestätigung durch die betroffene Person könnte im Streitfall nachgewiesen werden, dass die Informationspflicht ordnungsgemäss erfüllt wurde.

Es wäre zudem empfehlenswert, eine Erweiterung der Informationspflichten in Erwägung zu ziehen, um den Informationsumfang für die betroffene Person zu optimieren. In Art. 10h Abs. 2 Bst. j E-AsylV3 sollte ergänzt werden, dass die betroffene Person auch über das Recht auf Anwesenheit ihrer Rechtsvertretung aufgeklärt wird. Zusätzlich wäre es sinnvoll, explizit eine Information über die Voraussetzungen für eine Auswertung in Abwesenheit gemäss Art. 10g Abs. 1 E-AsylV3 sowie über das Recht auf Äusserung gemäss Art. 10g Abs. 2 vorzusehen. Diese Erweiterungen würden dazu beitragen, dass die betroffenen Personen ihre Rechte vollständig wahrnehmen können und sich ihrer Möglichkeiten bewusst sind. Sofern sich die Datenauswertung ausserdem auf Daten Dritter bezieht, sollte auch eine Informationspflicht der dritten Person i. S. v. Art. 19 nDSG verankert werden.

Bei der Umsetzung der in dieser Stellungnahme gemachten Empfehlungen ergibt sich allenfalls die Notwendigkeit, weitere Informationspflichten vorzusehen. Dies kann unter anderem Informationen zur Freiwilligkeit der direkten Sichtung und Auswertung gemäss Art. 10f E-AsylV3, zur Möglichkeit, sich zum Entscheid über die Verhältnismässigkeit zu äussern und einen Siegelungsantrag zu stellen, sowie eine Klarstellung hinsichtlich des Umgangs mit dem Passwortschutz von Datenträgern zu betreffen.

UNHCR empfiehlt

- **im Verordnungstext zu verankern, dass die Informationsbereitstellung in einer für die betroffenen Person verständlichen Sprache erfolgen soll;**
- **die erfolgte Informationsbereitstellung schriftlich zu dokumentieren;**
- **die Informationspflichten zu erweitern:**
 - **um das Recht auf Anwesenheit der Rechtsvertretung gemäss Art. 10i E-AsylV3;**
 - **um die Voraussetzungen für eine Auswertung in Abwesenheit gemäss Art. 10g E-AsylV3;**
 - **um das Äusserungsrecht gemäss Art. 10g Abs. 2 E-AsylV3;**
 - **um eine Informationspflicht von Dritten i. S. v Art. 19 nDSG, sofern deren Daten von der Auswertung mitumfasst sind;**
 - **um allfällige weitere Informationspflichten, die sich bei der Umsetzung der gemachten Empfehlungen ergeben.**

9 Zu Art. 10i E-AsylV3 – Rechtsschutz

Gemäss der Bestimmung des Art. 10i E-AsylV3 ist das SEM dazu verpflichtet, den Leistungserbringern oder der Rechtsvertretung Informationen über die beabsichtigte Auswertung der elektronischen Datenträger sowie alle relevanten Termine zur Verfügung zu stellen. Zusätzlich wird der Rechtsvertretung die Möglichkeit eingeräumt, bei der Erhebung und Auswertung der Personendaten anwesend zu sein.

Die Informationspflicht des SEM über die geplante Auswertung der Datenträger und die Bereitstellung der Termine sind erfreulich. Sie dienen der Transparenz und ermöglichen den Betroffenen eine bessere Wahrnehmung ihrer Rechte.

Es bleibt jedoch weiterhin empfehlenswert, eine richterliche oder zumindest administrative Überprüfbarkeit der erfolgten Einforderung von Datenträgern sowie der Datenbearbeitung einzuführen, wie dies in den UNHCR-Stellungnahmen zur Parlamentarischen Initiative 17.423¹⁸ vorgeschlagen wurde. Dies würde eine zusätzliche Ebene der Kontrolle und Sicherheit für die betroffenen Personen darstellen.

UNHCR empfiehlt

- **die Möglichkeit einer richterlichen oder administrativen Überprüfbarkeit in Bezug auf die Einforderung von Datenträgern und die Datenebearbeitung zu schaffen.**

¹⁸ Vgl. UNHCR-Stellungnahme zur Parlamentarischen Initiative 17.423, S. 8; UNHCR-Position zur Parlamentarischen Initiative 17.423, S. 3.

10 Zu Art. 3 Abs. 3 E-VVWAL – Auswertung im Wegweisungsvollzugsverfahren

Gemäss Art. 3 Abs. 3 E-VVWAL ist das SEM befugt, im Falle einer rechtskräftigen Wegweisungsverfügung Personendaten von elektronischen Datenträgern zu analysieren. Die diesbezüglichen Verfahrensweisen sind gemäss Art. 47 Abs. 3 in Verbindung mit den Art. 10a bis 10i E-AsylV3 geregelt.

Für Einzelheiten zu den Artikeln der E-AsylV3 wird auf die entsprechenden Erläuterungen verwiesen. Zudem soll an dieser Stelle nochmals unterstrichen werden, dass auch im Wegweisungsvollzugsverfahren jede Datenauswertung als ultima ratio betrachtet und stets die Verhältnismässigkeit gewahrt werden soll.

Die Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 E-VVWAL leitet sich aus Art. 47 nAsylG ab. Abs. 2 dieses Artikels bestimmt, dass das SEM das Recht hat, die Aushändigung elektronischer Datenträger zu fordern, wenn die Identität der betroffenen Person nicht feststeht und Reisedokumente nicht mit zumutbarem Aufwand auf anderen Wegen beschafft werden können. Die Auswertung von Personendaten dient sohin primär der Identitätsfeststellung. Im Kontext der Verordnung sollte daher präzisiert werden, dass das SEM ausschliesslich zur Ermittlung der Identität (Angaben zur Person) Personendaten von elektronischen Datenträgern auswerten darf. Ferner sollte der Verordnungstext Klarheit schaffen, was unter „zumutbarem Aufwand“ zu verstehen ist und welche Schritte vor einer Datenauswertung unternommen werden müssen.

UNHCR empfiehlt

- **zu präzisieren, dass das SEM ausschliesslich zur Identitätsfeststellung (Angaben zur Person) Personendaten aus elektronischen Datenträgern auswerten darf;**
- **im Verordnungstext zu verankern, was unter „zumutbarem Aufwand“ i. S. v. Art. 47 Abs. 2 nAsylG zu verstehen ist und welche Massnahmen vor einer Datenauswertung zu treffen sind.**

UNHCR Büro für die Schweiz und Liechtenstein
Juni 2023