

Digitale Gesellschaft, CH-4000 Basel

Frau Bundesrätin Baume-Schneider
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

per E-Mail an: vernehmlassungSBRE@sem.admin.ch

9. Juni 2023

Stellungnahme zur Änderung der Asylverordnung 3 und der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen (Auswertung elektronischer Datenträger)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Baume-Schneider

Am 10. März 2023 eröffnete das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) die Vernehmlassung 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). Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Die Digitale Gesellschaft ist eine gemeinnützige Organisation, die sich für Grund- und Menschenrechte, eine offene Wissenskultur, weitreichende Transparenz sowie 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.

Die Digitale Gesellschaft hat die Auswertung von elektronischen Datenträgern von Asylsuchenden bereits in ihrer [Stellungnahme](#) vom 4. Juni 2020 im Rahmen der Vernehmlassung auf Gesetzesstufe ausdrücklich abgelehnt. Die Auswertung stellt einen unverhältnismässigen Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre dar. Daher lehnt die Digitale Gesellschaft auch den Vorentwurf zu den Änderungen auf Verordnungsstufe ab. Die Bestimmungen in der vorgelegten Fassung reichen aus Sicht

der Digitalen Gesellschaft nicht aus für eine grundrechts- und datenschutzkonforme Umsetzung. Nach wie vor fehlen ausreichende Abklärungen und Erläuterungen sowie eine hinreichende Risiko- und Folgenabschätzung, wie den verschiedenen Problemen und Fragen hinsichtlich Rechtsstaatlichkeit, Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, Verhältnismässigkeit und Datenschutz tatsächlich Rechnung getragen werden soll. Aus Sicht der Digitalen Gesellschaft sind daher aufgrund der gravierenden Lücken substantielle Verbesserungen am Vorentwurf erforderlich, die mit der vorliegenden Stellungnahme vorgeschlagen werden. Diese sind nicht als Zustimmung zum Vorentwurf zu werten.

Wir beschränken uns in dieser Stellungnahme auf unsere Kernanliegen. Der Verzicht auf umfassende allgemeine Anmerkungen oder auf Anmerkungen zu einzelnen Artikeln bedeutet keine Zustimmung der Digitalen Gesellschaft.

Gerne nehmen wir zum Entwurf wie folgt Stellung:

Das Wichtigste in Kürze

- Die Digitale Gesellschaft lehnt die vorgeschlagenen Änderungen auf Verordnungsstufe ab.
- Die Digitale Gesellschaft hat die Auswertung von Datenträgern bereits im Rahmen der Vernehmlassung auf Gesetzesstufe entschieden abgelehnt, da es sich um einen unverhältnismässigen Eingriff in die Privatsphäre handelt.
- Die Verhältnismässigkeit muss in jedem Einzelfall zwingend gewährleistet sein. Das heisst, wenn eine weniger einschneidende Massnahme verfügbar ist, darf keine Auswertung von Datenträgern vorgenommen werden. Das muss im Verordnungstext noch klarer zum Ausdruck kommen.
- Die Umsetzungsbestimmungen auf Verordnungsstufe reichen nicht aus, um die grund- und datenschutzrechtlichen Bedenken der Digitalen Gesellschaft auszuräumen.
- Die Ausführungen darüber, welche Daten ausgewertet werden dürfen und welche auf keinen Fall, bleiben zu vage.
- Es bleibt unklar, wie die Daten ausgewertet werden dürfen.

Auszuwertende Daten (Art. 10a E-AsylV3)

Die Definition gemäss Vorentwurf der Verordnungsbestimmung führt aus Sicht der Digitalen Gesellschaft **nach wie vor ungenügend** aus, welche Personendaten konkret ausgewertet werden dürfen. Die Bandbreite ist zu breit und vage, die Liste lediglich «beispielhaft». Dies ist umso problematischer, als **besonders schützenswerte Daten, Ton- und Bilddateien sowie Daten von Drittpersonen** (z.B. in Fotos oder Nachrichtenverläufen) betroffen sind. Es muss daher sichergestellt werden, dass für das Asylverfahren irrelevante Daten effektiv ausgeschlossen werden. Zwar dürfen gemäss Art. 8a Abs. 2 E-AsylG Daten von Drittpersonen nur bearbeitet werden, wenn die Bearbeitung der Personendaten nicht ausreicht, um das Ziel (Abklärung von Identität, Nationalität, Reiseweg) zu erreichen. Es ist jedoch unklar, wie das in der Praxis sichergestellt werden soll. Zudem stellt bereits die Vortriage mittels Software eine Bearbeitung von Personendaten dar. Gemäss Datenschutzrecht braucht es eine gesetzliche Grundlage zur Bearbeitung von Drittpersonendaten – Art. 10a E-AsylV3 liefert keine solche. Art. 8a Abs. 2 E-AsylG bietet nur eine Grundlage für den Fall, dass zuvor die Personendaten der asylsuchenden Person selber bearbeitet und als unzureichend eingestuft wurden.

Die vorgeschlagene Regelung erfüllt auch weitere Anforderungen des neuen **Datenschutzgesetzes** (nDSG) [1] nicht. Nach Art. 8 nDSG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Bst. a nDSV [2] müssen Bundesbehörden bei der automatisierten Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten [3] zwingend ein Bearbeitungsreglement erstellen. Dieses Reglement muss vor der Vornahme der ersten Auswertung vorliegen. Da bei der Auswertung elektronischer Datenträger von Asylsuchenden auch besonders schützenswerte Daten betroffen sein können, ist auch vom Staatssekretariat für Migration (SEM) ein **Bearbeitungsreglement** zu erstellen. Dieses dient als Anweisung, wie mit den automatisiert ausgewerteten Daten umzugehen ist.

Bei Bilddateien ist zudem der Beweiswert heutzutage fraglich, da diese elektronisch verändert werden können. Weiter ist davon auszugehen, dass ein sehr grosser Anteil der **Bild- und Tondateien** auf einem elektronischen Datenträger **nicht relevant** sein werden für das Asylverfahren. Es ist daher unverhältnismässig, diese auszuwerten. Die Digitale Gesellschaft schlägt daher vor, diese von der Liste der auszuwertenden Daten zu **streichen**.

Zudem regt die Digitale Gesellschaft an, im Einleitungssatz auf das revidierte Datenschutzgesetz (statt auf das geltende DSG) zu verweisen, da dieses bereits am 1. September 2023 in Kraft treten wird.

Vorschlag:

Art. 10a E-AsylV3:

Die folgenden Personendaten einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten nach Artikel 3 Buchstabe c des Bundesgesetzes vom ~~19. Juni 1992~~ **25. September 2020** über den Datenschutz (DSG) aus elektronischen Datenträgern dürfen ausgewertet werden:

- a. Angaben zur Person und ihrer Nationalität; ~~dazu zählen insbesondere Adressen, Telefonnummern, Ton- und Bildaufnahmen sowie Urkunden;~~
- b. Angaben zum Reiseweg; ~~dazu zählen insbesondere Navigationsdaten sowie Ton- und Bildaufnahmen sowie Urkunden.~~

Zugriffsrecht (Art. 10b E-AsylV3)

Die Regelung im Vorentwurf, welcher Personenkreis beim SEM Zugriff hat auf die Daten der Asylsuchenden, ist viel zu breit: Der Artikel umfasst Mitarbeitende von drei Direktionsbereichen des SEM mit sehr allgemein formulierten Tätigkeitsbeschrieben. Angesichts der Fülle von Daten, mit einem voraussichtlich grossen Anteil nicht verfahrensrelevanten Informationen, reicht dieser Beschrieb nicht aus. Mit Blick auf den Zweck der Massnahme ist nicht notwendig, dass sämtliche dieser Personen Zugriff auf sämtliche Daten haben. Angesichts der Schwere des Eingriffs in das Grundrecht auf Privatsphäre ist eine **Regelung auf Weisungsstufe**, wie sie im erläuternden Bericht in Aussicht gestellt wird [4], **nicht ausreichend**.

Aus Sicht der Digitalen Gesellschaft ist daher unerlässlich, zwecks präziser Regelung auf Verordnungsstufe eingehend zu prüfen: Wer braucht wann effektiv Zugriff auf welche Daten? Wie kann dies organisiert werden, so dass der Eingriff in die Privatsphäre der Asylsuchenden möglichst gering bleibt? Es ist auch technisch sicherzustellen, dass der Zugriff von Mitarbeitenden des SEM zeitlich beschränkt wird auf die Dauer der Auswertung; danach muss der Zugriff auf die relevanten Daten beschränkt sein, die ins Asyldossier aufgenommen werden.

Verhältnismässigkeit (Art. 10c E-AsylV3)

Die Digitale Gesellschaft hält an ihrer Einschätzung fest, dass die Auswertung von Datenträgern einen **unverhältnismässigen Eingriff in das Grundrecht auf Privatsphäre** darstellt. Art. 8 Abs. 1 Bst. g E-AsylG sieht vor, dass Asylsuchende nur zur Aushändigung ihrer elektronischen Datenträger verpflichtet sind, «wenn ihre Identität,

die Nationalität oder der Reiseweg weder gestützt auf Identitätsausweise noch auf andere Weise festgestellt werden kann». Gemäss Art. 8 Abs. 4 E-AsylG analysiert das SEM für jeden Einzelfall vorgängig die Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit.

Die Digitale Gesellschaft begrüsst grundsätzlich, dass im AsylG explizit eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall vorgesehen ist. Aber die Umsetzung in der Praxis bleibt völlig offen: Obwohl im finalen Gesetzestext der Passus gemäss Vorentwurf «mit zumutbarem Aufwand» (bezüglich der vorgängig auszuschöpfenden anderen Massnahmen) gestrichen wurde, verweist der aktuelle erläuternde Bericht wieder auf die Erwähnung im SPK-N-Bericht von Massnahmen, die «mit geringerem Aufwand» vorgenommen werden können [5]. Welche Massnahmen vorher vorgenommen werden müssten, soll nicht im Verordnungstext, sondern erst **auf Weisungsstufe** geregelt werden. Dies ist aus Sicht der Digitalen Gesellschaft **unzureichend**. Es fehlen transparente Kriterien, anhand derer entschieden wird, wann eine Auswertung erforderlich ist. Es ist zentral, dass die Auswertung von Datenträgern klar als **ultima ratio** in Bezug auf den Grundrechtseingriff bezeichnet wird – also **wenn nachweislich keine anderen für die asylsuchende Person weniger einschneidenden Massnahmen ausreichen (und nicht für die Behörde weniger aufwändige Massnahmen)**.

In Deutschland hat das deutsche Bundesverwaltungsgericht dieses Grundprinzip vor Kurzem bestätigt anhand des Falls einer afghanischen Asylsuchenden: «Die bei Fehlen von Pässen oder Passersatzpapieren regelmäßig erfolgende Auswertung digitaler Datenträger (u.a. Mobiltelefone) durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Bundesamt) bei der Registrierung von Asylantragstellern ist ohne hinreichende Berücksichtigung sonstiger vorliegender Erkenntnisse und Dokumente nicht rechtmässig. [...] Im Fall der Klägerin standen [...] mildere und damit vom Bundesamt vorrangig heranzuziehende Mittel – hier: Tazkira, Heiratsurkunde, Registerabgleiche und Nachfrage beim Sprachmittler zu sprachlichen Auffälligkeiten – zur Gewinnung weiterer Indizien zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit zur Verfügung.» Das Gericht erachtete folglich die Auswertung des Mobiltelefons als rechtswidrig [6].

Die Natur der **ultima ratio** mit Blick auf die Schwere des Grundrechtseingriffs sollte aus Sicht der Digitalen Gesellschaft auch **im Verordnungstext unmissverständlich zum Ausdruck** kommen.

Vorschlag:

Art. 10c E-AsylV3

¹ ~~Bei der Prüfung~~ **Zwecks Wahrung** der Verhältnismässigkeit sind **vor Erwägung einer Auswertung von Datenträgern** Informationen und Äusserungen der betroffenen Person sowie amtliche Dokumente wie Geburtsurkunden oder Führerscheine zu berücksichtigen, welche eindeutige Rückschlüsse auf die Identität, die Nationalität oder den Reiseweg zulassen. Das SEM ~~prüft, ob~~ **schöpft** andere geeignete Massnahmen insbesondere Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 2 oder Absatz 3 AsylG, vor einer Auswertung **aus** ~~in Frage kommen~~.

² **Die geeigneten Massnahmen erfolgen, soweit sie einen geringeren Eingriff in die Grundrechte der asylsuchenden Person darstellen.** Das SEM regelt **die Einzelheiten des Vorgehens** in einer Weisung, ~~in welchem Umfang die geeigneten Massnahmen erfolgen~~.

Auswertungsverfahren

Allgemeine Bedenken

Aus dem Vorentwurf und dem erläuternden Bericht geht nicht hervor, wie die Daten ausgewertet werden und wie das Verfahren konkret ablaufen soll. Insgesamt ist für die Digitale Gesellschaft nicht ersichtlich, wie die Vortriage und Auswertung in der Praxis unter Wahrung der Grundrechte und des Datenschutzes realistischweise durchgeführt werden kann.

Art. 10d E-AsylV3 regelt ausdrücklich, dass die Software nur für die Vorbereitung der Auswertung eingesetzt werden darf. Wie die Auswertung selbst erfolgen soll, wird in der Verordnung nicht geregelt. Dabei ist auch unklar, ob bei der Datenauswertung eine automatisierte Analyse von Daten (wie Bilder oder Töne aus dem Datenträger, z.B. die Analyse der Stimme, um Dialekt und Herkunft zu bestimmen) beabsichtigt ist. Der Vorentwurf bietet keine genügende gesetzliche Grundlage dafür. Die automatisierte Analyse der Daten muss unterlassen werden und ist ausdrücklich zu untersagen.

Die Digitale Gesellschaft hat bereits in der [Stellungnahme](#) zur Vernehmlassung zur Änderung des Asylgesetzes zur Parlamentarischen Initiative «Mitwirkungspflicht im Asylverfahren» klar aufgezeigt, dass die Auswertung von Datenträgern ungeeignet ist, da bei einer automatischen Auswertung die Fehlerquote hoch und bei einer manuellen Auswertung der Aufwand gross ist. Dem steht ein sehr geringer Nutzen gegenüber, wie die Resultate des Pilotprojekts in Chiasso und Vallorbe zeigen: Dort waren in 37%

der Fälle keine auswertbaren Geräte vorhanden. Von den ausgewerteten Geräten ergaben nur 15% nützliche Resultate [7]. Auch der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) zweifelte in der Vernehmlassung auf Gesetzesstufe an der Wirksamkeit der Massnahme in der Praxis und erachtete es als fraglich, ob die Vorschläge grundrechtskonform umgesetzt werden können [8]. Aus Sicht der Digitalen Gesellschaft sollen nur Regelungen eingeführt werden, die vom EDÖB geprüft, beurteilt und gutgeheissen wurden.

Bei der Einführung der Auswertung von Datenträgern im AsylG wurde wiederholt damit argumentiert, dass diese drastische Massnahme auch in anderen Ländern angewendet werde. Die **Erfahrung aus diesen Ländern** wird dabei jedoch nur knapp und **einseitig dargelegt**; nicht erwähnt werden die kontroversen Diskussionen, problematischen Aspekte und der äusserst beschränkte Nutzen. In Deutschland etwa setzt sich die Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) gegen die Auswertung von Datenträgern im Asylverfahren ein. Sie hat 2019 eine Studie dazu herausgegeben, begleitet strategische Gerichtsverfahren (unter anderem den Fall im erwähnten BVerwGer-Urteil vom 16. Februar 2023) und hat eine zurzeit noch hängige Beschwerde beim Bundesdatenschutzbeauftragten eingereicht. Die GFF zeigt dabei die Risiken und den **beschränkten Nutzen** anschaulich auf: «Die Handyauslesung ist extrem fehleranfällig. 58 bis 64% der Ergebnisse sind unbrauchbar. So ist etwa bei neuen Handys der Datensatz zu klein, alte Handymodelle werden von dem BAMF-Programm nicht unterstützt und es kommt zu widersprüchlichen Ergebnissen, wenn ein Handy von mehreren Personen genutzt wurde. Die Handyauslesung birgt auch darüber hinaus ein Missbrauchsrisiko. Für Mitarbeitende des BAMF ist es schwierig, die Brauchbarkeit der Ergebnisse einzuschätzen. Auch unbrauchbare Testergebnisse können sie bei der Entscheidung im Asylverfahren beeinflussen und fälschlicherweise Misstrauen wecken.»[9] Die Fehleranfälligkeit von Software birgt auch die Gefahr einer Ungleichbehandlung, wenn sie Daten in unterschiedlichen Sprachen unterschiedlich zuverlässig auswerten kann.

Insgesamt ist zu prüfen und berücksichtigen, **wie sich die Massnahme in das beschleunigte Verfahren einfügt und welche Auswirkungen** sie in der Praxis auf die Durchführung des beschleunigten Verfahrens haben wird, insbesondere in Zeiten hoher Asylgesuchszahlen. Bereits der Bericht zum Pilotprojekt stellte in Bezug auf Chiasso Verzögerungen durch das Auswertungsverfahren fest [10]. Das Pilotprojekt wurde noch im alten Asylverfahren durchgeführt. Inwiefern dessen Erkenntnisse dennoch eine tragfähige Grundlage bilden können für die Einführung einer solchen Massnahme unter ganz anderen Bedingungen im Kontext des neustrukturierten

Asylverfahrens, müsste aus Sicht der Digitalen Gesellschaft eingehend geprüft und belegt werden. Eine solche Prüfung fehlt allerdings vorliegend.

Einsatz von Software zum Erheben der Personendaten (Art. 10d E-AsylV3)

Gemäss erläuterndem Bericht soll gestützt auf die Erfahrung aus den Niederlanden und Deutschland Software eingesetzt werden, die Datensätze anhand objektiver Kriterien durchsucht und eine Vortriage von reise- und identitätsrelevanten Daten vornimmt. Das Ergebnis der Vortriage wird in einem Kurzbericht festgehalten, der dann die Grundlage für die Auswertung der Daten bildet. Sowohl die Vortriage mittels Software als auch die Auswertung soll in Anwesenheit der asylsuchenden Person stattfinden. Die eingesetzte Software soll die Anforderungen an einen Einsatz in gerichtlichen und strafprozessualen Verfahren erfüllen [11].

Über die technische Abwicklung (verwendete Software, Selektionskatalog der auszuwertenden Daten, anzuwendende Filter etc.) **fehlen präzise Vorgaben** auch auf Verordnungsstufe. Es bleibt aufgrund des Vorentwurfs und des erläuternden Berichts weiterhin völlig unklar, welche konkreten Vorgaben für den Einsatz welcher Software gemacht werden sollen, wonach diese suchen soll, damit sie nach relevanten Informationen filtern kann – Fragen stellen sich hier insbesondere in Bezug auf Bild- und Tondateien. Es besteht ein grosses Risiko, dass zu viele (nicht relevante) Daten bearbeitet werden. Es ist ausserdem zu wenig klar, was die Einhaltung eines «forensischen Standards» konkret bedeutet. Aus Sicht der Digitalen Gesellschaft braucht es zumindest eine **Zertifizierung** der verwendeten Software durch eine unabhängige Zertifizierungsstelle nach Art. 13 nDSG. Die Digitale Gesellschaft schlägt zudem vor, dass das SEM dem EDÖB einen **Verhaltenskodex** nach Art. 11 nDSG zur Prüfung und Stellungnahme vorlegt.

Die **Anwesenheit** der Person während der Vortriage mittels Software ist aus Sicht der Digitalen Gesellschaft wichtig. Die Anwesenheit wiegt die Risiken allerdings nicht auf, da die betroffene Person die Vorgänge und Implikationen einer elektronischen Auswertung durch eine für sie nicht transparente Software auch bei Anwesenheit kaum nachvollziehen kann. Auch für eine anwesende Rechtsvertretung sind die technischen Vorgänge nicht oder nur sehr beschränkt transparent. Dennoch sollte diese zumindest auch anwesend sein, um die asylsuchende Person zu begleiten und zu unterstützen bei allfälligen zu klärenden Fragen (siehe Vorschlag zu Art. 10i E-AsylV3 unter Ziff. 8).

Zwischenspeicherung der Personendaten (Art. 10e E-AsylV3)

Das AsylG sieht die Möglichkeit vor, eine Zwischenspeicherung der auszuwertenden Daten vorzunehmen für die Dauer bis zur Auswertung der Daten. Vor einer solchen Zwischenspeicherung muss zwingend eine Verhältnismässigkeitsprüfung erfolgen. Die Zwischenspeicherung soll in Anwesenheit der asylsuchenden Person erfolgen [12].

Weder der Vorentwurf noch der erläuternde Bericht legen hinreichend dar, welche Daten konkret von einer Zwischenspeicherung betroffen sind und wie sich diese zur Vortriage mittels Software verhält: Werden nur Daten zwischengespeichert, die bereits durch die Software selektiert wurden? Jeder Umgang mit Daten, also auch bereits das Speichern von Daten, stellt gemäss Datenschutzgesetz eine Datenbearbeitung dar. Daher dürfen **höchstens Daten gemäss Art. 10a E-AsylV3 zwischengespeichert** werden. Auch ist nicht klar, wie sich die Zwischenspeicherung in der Praxis in den Ablauf des beschleunigten Asylverfahrens einfügt, da sie einerseits relativ am Anfang des Verfahrens stattfindet («bis zur Auswertung»), andererseits vorher aber bereits andere mildere Massnahmen geprüft werden müssen.

Die **Anwesenheit** der asylsuchenden Person während der Zwischenspeicherung ist aus Sicht der Digitalen Gesellschaft wichtig. Die Anwesenheit bewirkt allerdings (wie bei der Vortriage mittels Software) kaum Transparenz, da die betroffene Person kaum nachvollziehen kann, welche Daten effektiv gespeichert werden und wie danach damit umgegangen wird. Auch für eine anwesende Rechtsvertretung sind die technischen Vorgänge nicht oder nur sehr beschränkt transparent. Dennoch sollte diese zumindest auch anwesend sein, um die asylsuchende Person zu begleiten und zu unterstützen bei allfälligen zu klärenden Fragen (siehe Vorschlag zu Art. 10i E-AsylV3).

Schliesslich muss die Zwischenspeicherung zeitlich auf das absolut notwendige Minimum beschränkt sein: Die Daten sind nach der Auswertung sofort zu löschen. Die Löschung muss belegt und der asylsuchenden Person sofort mitgeteilt werden.

Direkte Sichtung und Auswertung (Art. 10f Abs. 1 E-AsylV3)

Gemäss erläuterndem Bericht ist eine direkte Auswertung der Daten in Anwesenheit der asylsuchenden Person möglich, falls «keine Zwischenspeicherung der Personendaten und/oder der Einsatz einer Softwarelösung zum Erheben von Personendaten möglich oder vorgesehen ist». Dies sei beispielsweise der Fall, wenn aus technischen Gründen kein Einsatz der Software oder keine Zwischenspeicherung möglich ist. Das Verfahren richtet sich nach dem bereits erwähnten Pilotprojekt in Chiasso und Vallorbe von November 2017 bis Mai 2018, in dem auf freiwilliger Basis elektronische Datenträger ausgewertet wurden [13].

Aus Sicht der Digitalen Gesellschaft wird im Verordnungstext **nicht genügend klar, in welchen Fällen** die Software und Zwischenspeicherung eingesetzt werden, und in welchen eine direkte Auswertung erfolgen soll. Ist beispielsweise eine direkte Auswertung vorgesehen bei Datentypen, die nicht durch eine Software automatisch triagiert werden können? Zudem ist **unklar, wie** bei der direkten Auswertung **sichergestellt** werden soll, dass **nur relevante Daten** angeschaut werden. Wenn eine Person Bilder oder Tondateien durchgeht, ist dies mit Blick auf die Privatsphäre der Person, betroffene Daten Dritter und den voraussichtlichen Anteil an nicht verfahrensrelevanten Daten äusserst problematisch. Zudem würde dies einen enormen Zeitaufwand bedeuten, der sich nicht realistisch mit dem getakteten beschleunigten Asylverfahren vereinbaren lässt. Daraus ergibt sich ein eklatanter Widerspruch zum behaupteten Effizienzgewinn durch die Anwendung der Auswertungsmassnahme.

Im Bericht des SEM zum Pilotprojekt wird auf die Bedeutung der Anwesenheit einer **dolmetschenden Person** hingewiesen. Ohne Übersetzung sei kaum eine Auswertung von Textelementen möglich, die Auswertung bleibe dann weitgehend auf Foto- oder Videodateien beschränkt [14]. Gemäss erläuterndem Bericht ist die Anwesenheit einer dolmetschenden Person (sowie auch einer Rechtsvertretung) auch künftig vorgesehen, da die Auswertung im Rahmen einer Befragung oder Anhörung stattfinden soll [15]. Die Digitale Gesellschaft schlägt vor, die Anwesenheit dieser Verfahrensbeteiligten in der Verordnung zu verankern. In der Praxis zu bedenken ist allerdings, dass die Übersetzung eine gewisse Black Box darstellt, deren Korrektheit von den anderen Verfahrensbeteiligten nicht überprüft werden kann. Dies gilt sowohl bei einer persönlichen Übersetzung als auch bei einer automatischen Sprachanalyse von Daten. Zudem kann die Anwesenheit einer weiteren Person bei der Sichtung sehr persönlicher Daten wie z.B. Bild- oder Tondateien für die asylsuchende Person auch unangenehm oder zusätzlich belastend sein. Wie damit in der Praxis umgegangen werden soll, ist sorgfältig zu prüfen.

Vorschlag:

Art. 10f Abs. 2 E-AsylV3:

² Die direkte Sichtung und Auswertung von Personendaten aus Datenträgern erfolgt in Anwesenheit der betroffenen Person, **einer dolmetschenden Person sowie der Rechtsvertretung.**

Auswertung in Abwesenheit (Art. 10g E-AsylV3)

Gemäss erläuterndem Bericht ist ausnahmsweise eine Auswertung in Abwesenheit möglich, wenn die Person eine schriftliche Verzichtserklärung unterschrieben hat oder sich weigert, an der Auswertung teilzunehmen. Die Gründe für die Abwesenheit seien durch das SEM lückenlos zu dokumentieren [16]. Die Digitale Gesellschaft schlägt entsprechend vor, die schriftliche Dokumentation der Verweigerung zur Teilnahme im Verordnungstext festzuhalten. Zudem soll die Rechtsvertretung anwesend sein können, wenn die asylsuchende Person dies möchte.

Vorschlag:

Art. 10g Abs. 1 E-AsylV3:

¹ Eine Auswertung der Personendaten nach einer Zwischenspeicherung der Personendaten oder dem Einsatz von Software ohne die Anwesenheit der betroffenen Person setzt voraus, dass diese vorgängig eine schriftliche Verzichtserklärung abgegeben oder eine Teilnahme verweigert hat. **Das SEM dokumentiert die Verweigerung der Teilnahme und deren Gründe schriftlich.**

Information der Asylsuchenden (Art. 10h E-AsylV3)

Eine nachvollziehbare Information der Asylsuchenden zur vorgesehenen Massnahme ist für die Digitale Gesellschaft zentral. Der Vorentwurf der Verordnung listet zwar transparent und detailliert auf, über welche Schritte die Asylsuchenden informiert werden müssen. Die Liste macht aber gleichzeitig die Komplexität der Vorgänge deutlich. Hinzu kommen Sprachbarrieren. Die Form der Information bleibt im vorgeschlagenen Verordnungstext offen – der erläuternde Bericht nennt einen Informationsfilm und eine schriftliche Information in einer der asylsuchenden Person verständlichen Sprache als Möglichkeiten [17]. Angesichts der Komplexität der Vorgänge ist aus Sicht der Digitalen Gesellschaft nicht realistisch, mit diesen Mitteln in der Praxis sämtlichen Asylsuchenden ein ausreichendes Verständnis darüber zu vermitteln. Es bräuchte zumindest eine **begleitende mündliche Information, Erklärung bzw. Möglichkeit für Rückfragen unter Einsatz von Dolmetschenden.**

Bei der Einführung der Auswertung elektronischer Datenträger auf Gesetzesstufe wurde stets die «Freiwilligkeit» der Massnahme betont: Die Auswertung erfolge im Einverständnis der Asylsuchenden, es sei keine zwangsweise Einziehung vorgesehen. Die Massnahme ist aber als integraler Teil der Mitwirkungspflicht im Asylverfahren

ausgestaltet. Die möglichen Konsequenzen einer Verweigerung der Mitwirkung sind gravierend: möglicher negativer Einfluss auf die Glaubhaftigkeitsprüfung, formlose Abschreibung, Ablehnung ohne Anhörung oder Administrativhaft aufgrund Verletzung der Mitwirkungspflicht. Entsprechend kann aus Sicht der Digitalen Gesellschaft keinesfalls von einer freiwilligen Einwilligung die Rede sein.

Wichtig ist, dass **aus der Verweigerung der Auswertung elektronischer Daten nicht automatisch der Schluss über potenziell nachteilige Informationen abgeleitet wird**. Vielmehr können unzählige legitime Gründe zu einer Weigerung führen (z.B. Furcht vor Gefährdung Dritter; Schutz der Persönlichkeitsrechte Dritter; Wahrung des eigenen Persönlichkeitsrechte bei intimen Daten). Die Begründung einer allfälligen Verweigerung sollte daher ausdrücklich geprüft und angemessen berücksichtigt werden, um eine willkürliche Interpretation zu verhindern. Den Asylsuchenden ist dies mitzuteilen und gegebenenfalls zu erläutern. Keinesfalls darf eine Weigerung der Aushändigung elektronischer Datenträger automatisch nachteilige Konsequenzen für die Asylsuchenden haben.

Von der Auswertung sind auch potenziell zahlreiche Daten von unbeteiligten **Drittpersonen** betroffen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht müssten diesbezüglich auch die betroffenen Drittpersonen **über die Bearbeitung ihrer Daten informiert** werden. Diese Informationspflicht gilt auch, wenn die Daten nicht bei der betreffenden Drittperson selber beschafft werden (Art. 19 Abs. 1 nDSG). Es ist unvorstellbar, wie dies in der Praxis gewährleistet werden soll.

Vorschlag:

Art. 10h Abs. 2 Einleitungssatz, neuer Abs. 3 E-AsylV3:

² Zusammen mit der Aufforderung zur Aushändigung ihrer Datenträger wird die betroffene Person **unter Einbezug einer dolmetschenden Person** ausführlich informiert über:

[...]

³ **Weigert sich die asylsuchende Person, ihre Datenträger auszuhändigen, sind die Gründe der Verweigerung ausdrücklich zu prüfen und angemessen zu berücksichtigen.**

Rechtsschutz (Art. 10i E-AsylV3)

Damit die Asylsuchenden im Verfahren ausreichend begleitet und unterstützt werden, ist die Anwesenheit der Rechtsvertretung bei der Auswertung der Daten zentral. Diese sollte daher zwingend sein, **nicht nur eine «Kann-Bestimmung»**. Um die Anwesenheit der Rechtsvertretung zu ermöglichen, braucht diese allerdings die erforderlichen **Kapazitäten**. Diese müssen **zusätzlich geschaffen** werden, da der Rechtsschutz im stark getakteten beschleunigten Verfahren bereits voll ausgelastet ist. Entsprechende Termine betreffend die Auswertung von Datenträgern müssen mit ausreichend Vorlaufzeit angekündigt werden. Zudem erfordert die Auswertung elektronischer Daten Knowhow in einem neuen Gebiet, das bisher nicht im Kompetenzbereich des Rechtsschutzes lag. Auch um sich diesbezüglich das notwendige Knowhow anzueignen, braucht der Rechtsschutz Ressourcen. **Es müssen daher zumindest die notwendigen finanziellen sowie zeitlichen Ressourcen bereitgestellt werden, damit der Rechtsschutz seine Rolle in Bezug auf die Auswertung der Datenträger in der Praxis effektiv wahrnehmen kann.** Insgesamt kann die Rolle der Rechtsvertretung die hohen Risiken der Massnahme nicht ausgleichen oder rechtfertigen.

Vorschlag:

Art. 10i E-AsylV3:

Das SEM informiert den Leistungserbringer oder die Rechtsvertretung über die vorgesehene Auswertung der elektronischen Datenträger und alle Termine. Die Rechtsvertretung **ist** ~~kann~~ bei der Erhebung der Personendaten und der Auswertung der Personendaten anwesend sein.

Auswertung im Wegweisungsvollzugsverfahren (Art. 3 Abs. 3 E-VVWAL)

Die Digitale Gesellschaft lehnt die Auswertung im Wegweisungsvollzugsverfahren ab. Da die Identität, die Nationalität und der Reiseweg **bereits im Asylverfahren abgeklärt** wurden, dürfen aus Sicht der Digitalen Gesellschaft dieselben Daten im Rahmen des Wegweisungsvollzugsverfahrens nicht nochmals ausgewertet werden. Es ist sicherzustellen, dass eine Auswertung elektronischer Datenträger nur als absolute **ultima ratio** und ausschliesslich zweckgebunden erfolgt, soweit die notwendigen Informationen nicht aufgrund des Asylverfahrens bereits erhoben wurden oder durch mildere Massnahmen erhoben werden können. Diese Verhältnismässigkeitsprüfung hat auch in dieser Konstellation im Einzelfall vorgängig zu erfolgen. Auch muss aus Sicht der Digitalen Gesellschaft geklärt werden, in welchem Stadium des

Wegweisungsvollzugsverfahrens die Massnahme erfolgen soll und wie die Anwesenheit der asylsuchenden Person, der Rechtsvertretung sowie der dolmetschenden Person organisiert wird. Auch im Wegweisungsvollzugsverfahren muss eine ausreichende **Information** und das **rechtliche Gehör** gewährleistet sein.

Fazit

Angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs, der nach wie vor zahlreichen datenschutzrechtlichen Bedenken und der zu vagen Ausführungsbestimmungen lehnt die Digitale Gesellschaft die im Vorentwurf vorgeschlagenen Änderungen und die Umsetzung ab.

Freundliche Grüsse

Erik Schönenberger
Geschäftsleiter

Verweise und Fussnoten:

[1] Neues Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG), SR 235.1 (tritt am 1. September 2023 in Kraft).

[2] Neue Verordnung über den Datenschutz (Datenschutzverordnung, DSV), SR 235.11 (tritt am 1. September 2023 in Kraft).

[3] Gemäss Art. 5 Bst. c nDSG sind besonders schützenswerte Personendaten: Daten über religiöse, weltanschauliche, politische oder gewerkschaftliche Ansichten oder Tätigkeiten; Daten über die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Zugehörigkeit zu einer Rasse oder Ethnie; genetische Daten; biometrische Daten, die eine natürliche Person eindeutig identifizieren; Daten über verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen; Daten über Massnahmen der sozialen Hilfe.

[4] 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 (im Folgenden: EJPD, Erläuternder Bericht), [fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-2022-86-cons_1-doc_5-de-pdf-a.pdf](https://www.admin.ch/dam/eli-dl-proj-2022-86-cons_1-doc_5-de-pdf-a.pdf), S. 4.

[5] EJPD, Erläuternder Bericht, S. 4.

[6] Bundesverwaltungsgericht Deutschland, 1 C 19.21, Urteil vom 16. Februar 2023, [Pressemitteilung Nr. 13/2023 | Bundesverwaltungsgericht \(bverwg.de\)](https://www.bverwg.de/Pressemitteilung-Nr-13-2023).

[7] SEM, Projet-pilote : Saisie et évaluation des supports de données électroniques avec consentement des requérants d'asile., 27. Juli 2018, <https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/publiservice/berichte/ber-evaluation-daten-f.pdf.download.pdf/ber-evaluation-daten-f.pdf>, S. 6.

[8] EJPD, Änderung des Asylgesetzes, 17.423 Parlamentarische Initiative Mitwirkungspflicht im Asylverfahren. Überprüfungsmöglichkeit bei Mobiltelefonen, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, August 2020, [1865_WRQXwDv.pdf \(storage.googleapis.com\)](https://www.admin.ch/dam/eli-dl-proj-2020-1865-wr-qxw-dv.pdf), S. 12.

[9] GFF, BAMF-Handydaten-Auswertungen, [BAMF-Handydatenauswertungen - GFF - Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.](https://www.gff.ch/de/gesellschaft-fuer-freiheitsrechte) Siehe auch: Gesellschaft für Freiheitsrechte, Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa, Dezember 2019, https://freiheitsrechte.org/uploads/publications/Digital/Studie_Digitalisierung_von_Migrationskontrolle-Gesellschaft_fuer_Freiheitsrechte-2019_Digitale_Rechte.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.

[10] SEM, Projet-pilote: Saisie et évaluation des supports de données électroniques avec consentement des requérants d'asile., 27. Juli 2018, <https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/publiservice/berichte/ber-evaluation-daten-f.pdf.download.pdf/ber-evaluation-daten-f.pdf>, S. 9.

[11] EJPD, Erläuternder Bericht, S. 5.

[12] EJPD, Erläuternder Bericht, S. 6.

[13] EJPD, Erläuternder Bericht, S. 6.

[14] SEM, Projet-pilote: Saisie et évaluation des supports de données électroniques avec consentement des requérants d'asile., 27. Juli 2018, <https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/publiservice/berichte/ber-evaluation-daten-f.pdf.download.pdf/ber-evaluation-daten-f.pdf>, S. 8.

[15] EJPD, Erläuternder Bericht, S. 7.

[16] EJPD, Erläuternder Bericht, S. 7.

[17] EJPD, Erläuternder Bericht, S. 7.