Humanistische Union

Ineffektiv aber nicht ohne Wirkung

Der staatliche Zugriff auf Mobiltelefone von Geflüchteten

In: vorgänge Nr. 227 (3/2019), S. 123-133

Mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht hat der Deutsche Bundestag die Möglichkeit geschaffen, dass das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) von Asylbewerbern, die über keinen gültigen Pass oder Passersatz verfügen, alle Datenträger herausverlangen und auswerten darf. Diese Vorschrift wirft eine Reihe von Problemen auf, die der Autor eingehend untersucht. Am Ende stellt sich für ihn die Frage nach dem eigentlichen Sinn der Maßnahmen.

Auch wenn der historische Abstand noch kurz ist, so kann man doch sagen, es ist das Bild dieses letztlich kurzen Sommers der offiziellen Willkommenskultur im Jahre 2015: Bundeskanzlerin Angela Merkel, auch wenn sie sich offensichtlich nicht ganz wohl in ihrer Haut fühlt, posiert doch recht bereitwillig mit einem Flüchtling zum Handy-Selfie. Es ist daher nicht frei von Ironie, dass der Bundestag nicht mal zwei Jahre später auf Vorschlag der Bundesregierung eine Änderung des Asylgesetzes beschlossen hat, mit der jenes Selfie mit der Kanzlerin, würde es (was wenig wahrscheinlich wäre) heute aufgenommen werden, staatlicherseits erfasst werden könnte: Mit einiger Wahrscheinlichkeit könnte es nämlich nunmehr – zusammen mit allen anderen Daten, die auf dem Smartphone gespeichert sind – auf einem Server des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) landen.

Bestimmung von Herkunft und Identität mit IT-Assistenzsystemen

Mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht [1] wurde nämlich eine Regelung geschaffen, welche die für das Asylverfahren zuständige Bundesbehörde (BAMF) dazu ermächtigt, von Asylsuchenden, die über keinen gültigen Pass oder Passersatz verfügen, alle Datenträger herauszuverlangen und auszuwerten. Dies umfasst insbesondere Smartphones (einschließlich SIM-Karten), aber auch Tablets, Laptops, USB-Sticks, externe Festplatten etc. Die Regelung knüpft an die zwei Jahre zuvor im allgemeinen Aufenthaltsrecht geschaffenen Normen an, die der Klärung der Staatsangehörigkeit und Identität im Hinblick auf Ausweisungen und Abschiebungen dienen sollen. [2] Diese Regelung war mit der "*Anpassung […] der Identitätsklärung an die technischen Entwicklungen*" begründet worden. [3]

Die Möglichkeit, auf die mobilen Endgeräte von Geflüchteten zuzugreifen, gehört zu einer Reihe von sogenannten IT-Assistenzsystemen, die das BAMF im Rahmen des Asylverfahrens vornehmlich dazu einsetzt, um die Herkunft und Identität von Asylsuchenden zu bestimmen, die entweder über keinen Pass o.ä. Nachweise verfügen oder bei denen sich sonst Zweifel an den Angaben zur Herkunft ergeben. Dazu gehören neben der Auswertung von Mobiltelefonen etc. Lichtbildabgleiche, Namensanalysen und Dialekterkennungssoftware. [4]

Die Bestimmung des Herkunftslandes ist im Asylverfahren regelmäßig von zentraler Bedeutung dafür, ob in Deutschland Flüchtlingsschutz vor Verfolgung oder zumindest Schutz vor Abschiebung wegen zielstaatsbezogener Abschiebungshindernisse gewährt wird. Mit der neuen Regelung im Asylgesetz soll also z.B. geklärt werden können, ob Asylsuchende tatsächlich aus Syrien stammen oder dies nur angeben, um in Deutschland eine bessere Bleibeperspektive zu erhalten. Bei der hard- und softwaregestützten Auswertung der Mobiltelefone wird nach Angaben der Bundesregierung geprüft, in welche Länder und in welchen

Sprachen kommuniziert worden ist, aus welchen Ländern Kontakte gespeichert sind, in welchen Ländern Browser aufgerufen wurden und welche Geodaten der Datenträger enthält. [5]

Der staatliche Zugriff auf persönliche Datenträger wie insbesondere das Smartphone löst auch bei datenschutzrechtlich nicht übermäßig Sensitiven ein erhebliches Unbehagen aus. Und beim Zugriff auf das Smartphone o.ä. von Geflüchteten gibt es dafür besondere Gründe. In seiner Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf brachte der Deutsche Anwaltverein die Bedeutung, die das Smartphone für Geflüchtete hat, auf den einprägsamen Begriff des "digitalen Hausstands". [6] Um die volle Bedeutung zu erfassen, die das Gerät und damit auch der Zugriff darauf in diesen Fällen hat, ist zu ergänzen, dass es sich meist um den einzigen diesen Menschen verbliebenen Hausstand handelt. Ein Stück digitales Zuhause, wo beispielsweise ihre Erinnerungen in Form von Fotografien abgelegt sind sowie Kopien geretteter Unterlagen, der privateste und intimste Austausch mit Partnerinnen und Partnern, Kindern, Eltern, Großeltern, Freundinnen und Freunden etc. [7]

Es ist daher zur Recht betont worden, dass die Zugriffsermächtigung für das BAMF ein "*ausgesprochen grundrechtssensibler Eingriff*" sei. [8] Eine andere Frage ist freilich, ob der Gesetzgeber bei der in Rede stehenden Regelung hinreichend grundrechtssensibel vorgegangen ist. Die Regelung enthält zwar verschiedene Bestimmungen, die offensichtlich darauf abzielen sollen, verfassungsrechtliche Bedenken zu zerstreuen. [9] Es handelt sich hierbei aber, wie immer häufiger im Gefahrenabwehrrecht, allerdings eher um die kaum verhohlene Simulation rechtsstaatlicher Absicherungen, als um tatsächlich wirksamen Grundrechtsschutz. Diese Simulationen sollen wohl allenfalls dazu dienen, im parlamentarischen Verfahren oder der öffentlichen Debatte kritische Nachfragen kontern zu können. Spätestens in der Wirklichkeit des Verwaltungsvollzuges wird dann häufig von derselben Administration, die das Scheinrecht in die Gesetzesentwürfe hineinformuliert und in der "amtlichen Begründung" wortreich zu wichtigen Verfahrenssicherungen für die Betroffenen aufgebläht hat, die vorgeblich rechtsstaatliche Luft rausgelassen. Das zeigen insbesondere die Antworten auf parlamentarische Fragen zur Umsetzung der Gesetzesänderung.

Erforderlichkeit nicht erforderlich

Ausdrücklich regelt § 15a Abs. 1 Satz 1 Asylgesetz, dass die Auswertung von Datenträgern nur zulässig ist, "*soweit dies für die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers […] erforderlich ist und der Zweck der Maßnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann.*" Das klingt zunächst nach rechtsstaatlicher Einhegung. Die Zweckbindung, nach der die Datenträger nur zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit ausgewertet werden dürfen, und nicht etwa, um Reiserouten oder sonstige Angaben zur politischen Verfolgungssituation nachzuvollziehen, ergibt sich aber schon aus einer vorherigen Bestimmung (§ 15 Abs. 2 Nr. 6 Asylgesetz). Daher drängt sich die Frage auf, ob die Regelung mehr soll, als die Notwendigkeit einer Erforderlichkeitsprüfung zu benennen – die bei einer belastenden Maßnahme der Verwaltung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ohnehin vorzunehmen ist. Und tatsächlich gibt die Bundesregierung – freilich nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens – die Auskunft: "*Der Hinweis auf die milderen Mittel ist Ausdruck des ohnehin zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.*" [10]

Das ist schon deshalb besonders bemerkenswert, weil es dabei nicht bloß um eine juristische Spitzfindigkeit geht. Letztlich geht es um die Frage, in welchen und vor allem auch in wie vielen Fällen es zum Zugriff auf das Mobiltelefon von Geflüchteten kommt. Insoweit ergibt sich die jetzige Praxis des BAMF nämlich nicht ohne weiteres aus der gesetzlichen Regelung. Wie bereits erwähnt, knüpft das Asylgesetz hier an eine bereits bestehende Regelung im (allgemeinen) Aufenthaltsrecht an. Im Gegensatz zu der Regelung im Asylgesetz zielt die Regelung im Aufenthaltsgesetz jedoch erkennbar auf wenige begründete Einzelfälle ab: Nach dieser Vorschrift sind die Ausländerbehörden ermächtigt, auf Datenträger zuzugreifen, wenn Ausweisungs- und Abschiebungsverfahren laufen und Betroffene bei der Beschaffung von Papieren, die für eine Rückführung erforderlich sind, nicht kooperieren. [11] Der Zugriff auf Datenträger soll dann dazu beitragen, das

Herkunftsland einer möglichen Rückführung zu bestimmen. Die Praxis im Asylverfahren hat demgegenüber eine völlig andere Dimension, was auch erklärt, warum erst diese eine gewisse öffentliche Aufmerksamkeit erfahren hat. [12] Die Auswertung der Datenträger erfolgt praktisch in einem dreistufigen Verfahren [13]:

1. Stufe: *Alle* Geflüchteten, die keinen gültigen Pass oder Passersatz haben, werden bei ihrer Registrierung beim BAMF verpflichtet, ihre Datenträger auszuhändigen (was mit Verwaltungszwang durchgesetzt werden kann). [14]

2. Stufe: Soweit das BAMF Datenträger erhält, werden diese ausgelesen. Das heißt, der komplette Datensatz, der auf dem Datenträger vorhanden ist, wird mittels spezieller Geräte ausgelesen und dafür entwickelter Software vom BAMF zu einem Ergebnisreport zusammengefasst und "unausgewertet" in einem "Datentresor" gespeichert. [15]

3. Stufe: Eine Auswertung der Daten findet erst nach einer gesonderten Entscheidung des BAMF unter Prüfung der – verfassungsrechtlich vorgegebenen – Erforderlichkeit statt.

Weder die 1. noch die 2. Stufe, die aus dem Zugriff auf das Mobiltelefon ein Routineverfahren für Asylsuchende ohne Pass oder Passersatz machen, ergeben sich so unmittelbar aus dem Gesetz. Ergänzt werden nämlich hier lediglich die allgemeinen Mitwirkungspflichten von Asylsuchenden. Im "*Falle des Nichtbesitzes eines gültigen Passes oder Passersatzes*" ist ein Asylsuchender verpflichtet, "*auf Verlangen alle Datenträger, die für die Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit von Bedeutung sein können […] vorzulegen, auszuhändigen und zu überlassen*" (§ 15 Abs. 2 Nr. 6a Asylgesetz). Dass der fehlende Pass bereits bei der Registrierung, also dem Erstkontakt mit der Asylbehörde, automatisch dazu führt, dass die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter das Mobiltelefon und allen anderen Datenträger herausverlangen, folgt jedenfalls nicht zwingend aus der Formulierung "auf Verlangen" und war so auch nicht in der entsprechenden Einzelbegründung beschrieben worden. Die Formulierung "auf Verlangen" legt eigentlich eine Ermessensentscheidung im Einzelfall und damit gerade keinen Automatismus nahe.

Das *Auslesen*, also die 2. Stufe, ist im Gesetz überhaupt nicht geregelt. [16] Dabei stellen das Auslesen und anschließende Speichern aller Daten ohne weiteres eigenständige Grundrechtseingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme dar. Und es fragt sich durchaus, ob die Ermächtigung zur späteren Auswertung auch eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für diese Form einer umfassenden und daher besonders grundrechtsintensiven Form der *Vorratsdatenspeicherung* ist, also des längerfristigen Vorhaltens der gesamten Daten. [17] Der Grundsatz der bestimmten und normenklaren bereichsspezifischen Regelung für datenschutzrechtliche Eingriffe, der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etabliert ist, spricht deutlich dafür, dass es einer eigenständigen Regelung bedarf. [18]

Dass die Bundesregierung von Beginn an plante, den Zugriff auf die Datenträger zum normalen Bestandteil von Asylverfahren zu machen, lässt sich, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, nur an etwas versteckter Stelle in der Begründung des Gesetzesentwurfs entnehmen. Unter der Rubrik "Erfüllungsaufwand", in der die voraussichtlich mit der Umsetzung des Gesetzes entstehenden Kosten für die Verwaltung beschrieben werden, ließ die Bundesregierung erkennen, dass sie mit ganz erheblichen Fallzahlen kalkulierte. Ausweislich dieser Darstellung rechnete die Bundesregierung damit, dass eine "Auswertung" (gemeint war hier wohl die Auslesung) der Datenträger bei bis zu 50-60 % der Antragsteller in Betracht kommen könnte. Aufgrund dessen ging sie von 3,2 Millionen Euro Anschaffungskosten für Hard- und Software sowie laufenden Lizenzkosten von jährlich 300.000 Euro aus (inzwischen geht man für 2017 – 2019 von ca. 10 Millionen Euro aus) [19]: "*Aus dieser Annahme leiten sich rund 150.000 Personen her, bei denen ein Auslesen eines oder mehrerer Datenträger rein theoretisch in Betracht kommt. Die Neuregelung zum Auslesen gespeicherter Daten setzt eine Einzelfallentscheidung voraus. […] Zeitpunkt des Auslesens der Datenträger ist, sofern sich die Maßnahme als erforderlich erweist, regelmäßig die Registrierung als Asylsuchender.*" [20]

Hier zeigt sich zum einen, dass die Begriffe Auswerten und Auslesen nicht sauber abgegrenzt werden und es

daher im Gesetzgebungsverfahren schwierig war, die geplante Praxis genau zu verstehen. Wie die Bundesregierung die inzwischen etablierte Praxis darstellt, erhellt jedoch, dass – anders als in der zitierten Passage der Begründung noch angedeutet – bei der Entscheidung über die Auslesung eben keine Prüfung der Erforderlichkeit im Einzelfall erfolgt. Sämtliche Datenträger werden vielmehr automatisch dann herausverlangt (und dann auch ausgelesen), wenn kein Pass vorgelegt wird. [21] Es erfolgt danach offenbar kein Gespräch mit dem Asylsuchenden, mit dem im Sinne der Erforderlichkeit geprüft würde, ob überhaupt Zweifel an den Angaben zum Herkunftsland bestehen oder ob nicht andere Nachweise zur Herkunft vorhanden sind. Festzuhalten bleibt danach: Der Gesetzgeber hat bezüglich der Auswertung der Datenträger eine bestenfalls rein rhetorisch wirksame Regelung der Erforderlichkeit geschaffen. Das vorgelagerte Auslesen der Datenträger regelt das Gesetz hingegen überhaupt nicht. Und das BAMF hat – im Grunde etwas unter dem Radar des Gesetzes – eine Praxis etabliert, die gerade keinen Raum für eine Prüfung der Erforderlichkeit im Einzelfall vorsieht. [22] Im Ergebnis ist zu konstatieren, dass entgegen der Rhetorik des Gesetzes an einer besonders grundrechtssensiblen Stelle – dem Auslesen beim Registrieren der Geflüchteten – eine Prüfung der Erforderlichkeit in der Praxis komplett ausfällt.

Absolut nicht geschützter Kernbereich privater Lebensgestaltung

Dass das Auslesen der Mobiltelefone einer eigenen spezifischen Ermächtigungsgrundlage bedarf, ergibt sich nicht nur aus dem Erfordernis bereichsspezifischer normenklarer und bestimmter Regelungen. Wie eingangs erwähnt, ist gerade das Mobiltelefon Geflüchteter häufig ein Speicherort für Höchstpersönliches und sogar Intimstes. Hier wird oftmals der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sein. In diesen Bereich darf die Polizei etwa bei einer akustischen Wohnraumüberwachung (großer Lauschangriff) weder zur Strafverfolgung noch zur Gefahrenabwehr eingreifen. Hier gilt ein absoluter Schutz. [23] *An sich*. In der Praxis, auch in der der Gesetzgebung, lässt sich das nicht immer sinnvoll durchhalten. Und so gerät der Kernbereichsschutz mitunter zur "heißen Kartoffel" des Sicherheitsrechts. Etwa wenn der Gesetzgeber z.B. beim großen Lauschangriff Urteilspassagen in Gesetzesform gießt und damit letztlich das Problem, wie trotz Abhörmaßnahmen der Kernbereich ausgespart wird, bloß an die Praxis weiterreicht. [24]

Im Aufenthaltsgesetz und dem folgend auch im Asylgesetz wurde nun aber eine geradezu zynisch anmutende Lösung für das Theorie/Praxis-Problem des Kernbereichsschutzes gefunden. Die hierfür relevante Regelung lautet: "*Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch die Auswertung von Datenträgern allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig.*" [25] Dieser Vorbehalt gilt wohlgemerkt nur für die Auswertung und noch nicht für das Auslesen – obgleich auch darin bereits ein Eingriff liegt. Ob sich hier Vorwirkungen im Sinne eines Verbots der Auslesung von Kernbereichsdaten ergeben könnten, ist aber ohnehin eine müßige Frage. Denn der Fall, dass ein Mobiltelefon oder ein Tablet allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung enthält, dürfte praktisch ausgeschlossen sein. Schon ein Telefonverzeichnis oder Daten über getätigte Anrufe (Verbindungsdaten) gehören nicht zum Kernbereichsschutz. [26] Dass das Gesetz davon ausgeht, dass auch Daten aus dem Kernbereich zunächst erfasst werden können, ergibt sich schon daraus, dass die Verwendung solcher Daten für unzulässig erklärt und eine "unverzügliche" Löschung entsprechender Aufzeichnungen angeordnet wird. [27]

Auch hier bleibt eine Diskrepanz zwischen gesetzgeberischer Rhetorik und realem Regelungsgehalt zu konstatieren. Statt nach Regelungen zu suchen, die den Zugriff auf solche Daten beschränkt hätten, die für die Herkunftslandbestimmung besonders aussagekräftig sind und jedenfalls meist nicht in den Kernbereichsschutz fallen, wie insbesondere Telefonverbindungsdaten und Geodaten, [28] wird eine offensichtlich überflüssige Scheinregelung zum Kernbereichsschutz gewissermaßen als verfassungsrechtlicher Tätigkeitsnachweis aufgenommen.

Der Volljuristenvorbehalt: Nur simulierter Grundrechtsschutz durch Verfahren

Und noch bei einer weiteren Bestimmung entsteht das ungute Gefühl, dass hier Grundrechtsschutz mehr simuliert, denn praktiziert werden soll. Offensichtlich in Anlehnung an den wohlbekannten Richtervorbehalt dürfen nach dem Gesetz die Datenträger "*nur von einem Bediensteten ausgewertet werden, der die Befähigung zum Richteramt hat.*" [29] Befähigt zum Richteramt ist, wer zwei juristische Staatsexamina vorweisen kann (§ 5 Abs. 1 Deutsches Richtergesetz). Trotz der Anspielung auf das Richteramt handelt es sich bei diesem "Volljuristenvorbehalt" aber eben nicht einmal um die kleine Münze des Richtervorbehalts. Denn auch der bedienstete Volljurist bleibt voll in die Weisungshierarchie der Behörde, hier des BAMF, eingebunden – und kann daher nicht ansatzweise die grundrechtssichernde Funktion erfüllen, die mit dem Richtervorbehalt verbunden ist. [30] Denn der Richtervorbehalt, so formuliert es das Bundesverfassungsgericht, zielt auf eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Das Gericht hebt die grundrechtsschützende Bedeutung dieser Verfahrensausgestaltung noch dadurch hervor, dass es betont, dass der strikt nur dem Gesetz unterworfene Richter durch seine persönliche und sachliche Unabhängigkeit die Rechte von Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren könne. [31] Es kommt also beim Richtervorbehalt auf dessen Unabhängigkeit, nicht auf die juristische Fachkunde an. Und gerade an dieser Unabhängigkeit fehlt es aber dem Bediensteten, der zwar die formale Befähigung zum Richter hat, aber eben kein (unabhängiges) Richteramt ausübt.

Schon bei der Verabschiedung der Regelung zur Auswertung der Datenträger im Aufenthaltsgesetz im Jahre 2015 hatte sich der Bundesrat dafür ausgesprochen, den "Volljuristenvorbehalt" durch einen echten Richtervorbehalt zu ersetzen. [32] Darüber, ob es eine verfassungsrechtliche Pflicht für einen Richtervorbehalt bei der Auswertung von Mobiltelefonen und anderen Datenträgern gibt, mag man durchaus im Detail fachlich diskutieren. [33] Für die gesetzliche Einführung eines Richtervorbehalts sprechen in der hier dargelegten Konstellation aber gleich eine ganze Reihe von Gründen: Die mit der vollen Speicherung des Inhalts der Datenträger und ihrer – abgesehen vom Kernbereichsvorbehalt – inhaltlich nicht weiter beschränkten Auswertungsermächtigung, die erhebliche Streubreite der Maßnahme (große Zahl der Betroffenen und die Betroffenheit der Daten Unbeteiligter, die mitgespeichert und ausgewertet werden) sowie die regelmäßig schwierigen Lage, in der sich Geflüchtete gerade zu Beginn ihres Asylverfahrens befinden.

Dass es bislang in der Strafprozessordnung keinen etablierten Richtervorbehalt speziell für das Auslesen und Auswerten von Mobiltelefonen gibt, spricht dabei nicht gegen das Erfordernis eines Richtervorbehalts für die Auswertung von Datenträgern von Geflüchteten. Denn im Rahmen der Strafprozessordnung kommt es zu einer Auswertung von Mobiltelefonen und anderen Datenträgern regelmäßig nur im Rahmen bzw. im Anschluss von Durchsuchungen und Beschlagnahmen nach §§ 94 ff, 102 ff. StPO, die jeweils unter Richtervorbehalt stehen und nur bei Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten vorgenommen werden dürfen. [34] Das Besondere an den Regelungen im Aufenthalts- und Asylgesetz ist es indes, dass sie zu einer Auswertung von Mobiltelefonen ermächtigen, ohne dass ein Verdacht einer Straftat oder auch nur Ordnungswidrigkeit im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen aufgrund möglicher Mobiltelefonnutzung besteht – was ansonsten in der Rechtsordnung die üblichen Voraussetzungen für den Zugriff auf Mobiltelefone sind.

Faktisch liegt damit eine Ungleichbehandlung und Schlechterstellung vor. Bei Geflüchteten, die nicht einmal im Verdacht einer Ordnungswidrigkeit stehen, kann ohne Richtervorbehalt das gesamte elektronische Privatleben durchforstet werden, wohingegen selbst bei einem bloßen Verstoß gegen Ordnungswidrigkeitsvorschriften im Straßenverkehr das Auslesen nur der Daten, die Aufschluss darüber geben, ob das Gerät am Steuer genutzt wurde, aufgrund der damit verbundenen Beschlagnahme unter Richtervorbehalt stehen.

Nun wird man aufgrund der Unterschiedlichkeit der Sachverhalte einen verfassungsrechtlich relevanten

Gleichheitsverstoß hier nicht ohne Weiteres annehmen können. Das gilt, obwohl das Bundesverfassungsgericht die Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit in den vergangenen Jahren immer weiter den verbotenen Diskriminierungen (Art. 3 Abs. 3 GG) angenähert hat. [35] Aber auch wenn diese Formen von sachverhaltsübergreifender Ungleichbehandlung in verfassungsrechtlicher und verfassunsgerichtlicher Weise kaum bearbeitbar sind, bedeutet das jedoch nicht, dass sie verfassungspolitisch irrelevant wären. Das Gegenteil ist der Fall. Der jetzt verordnete amtliche Blick in den gesamten digitalen Hausstand hat durchaus das Potential, sich wie die Gesundheitsuntersuchungen der frühen Gastarbeiter noch lange nachwirkend ins Gedächtnis der Migrationsgesellschaft einzuschreiben. Noch Jahrzehnte später wirken die Bilder von den als demütigend empfundenen Untersuchungen nach, die deutsche Ärzte in den 1950er und 1960er Jahren im Rahmen von bilateralen Anwerbeabkommen mit Italien, Griechenland, Spanien, Portugal, Jugoslawien und der Türkei durchführten. Beim ärztlichen Blick in Hals, Ohren etc., so berichteten es später die Betroffenen, fühlten sie sich mitunter wie auf dem Viehmarkt. [36] Der Umgang mit Geflüchteten in Verwaltungsverfahren hat stets auch eine in die Gesellschaft hineinreichende expressiv-symbolische Dimension im Hinblick auf ihre personale Anerkennung als Rechtssubjekt und als Gleiche. Wie sich Geflüchtete heute fühlen, wenn sie gleich bei der Registrierung Einblick in ihre vielleicht intimste Kommunikation und Fotoalben gewähren müssen, kann man nur dunkel erahnen.

Die Disziplinierung Geflüchteter

Aber selbst wenn man diesen primär expressiv-symbolischen Gehalt der Auswertung von Mobiltelefonen und anderer persönlicher Datenträger Geflüchteter und die negative Ausstrahlung in die Tiefenstruktur von Integrationsbemühungen von Ankommenden und Gesellschaft gleichermaßen beiseite schiebt: Es stellt sich angesichts der bezifferbaren Ergebnisse ganz augenfällig die Frage nach dem Sinn dieser Maßnahmen. Wie die Bundesregierung selbst einräumt, können die ausgewerteten Daten die Staatsangehörigkeit oder gar die Identität der Geflüchteten ohnehin nicht belegen. Die Daten liefern allenfalls Erkenntnisse darüber, ob die Angaben der Geflüchteten zutreffen können oder ob sich diesbezüglich Zweifel ergeben. [37]

Doch auch diesen Zweck erfüllt diese Maßnahme nach den bislang veröffentlichten Zahlen offenbar so gut wie nicht messbar: So wurden von Januar bis Oktober 2018 insgesamt 9.710 Datenträger von Geflüchteten ohne Pass ausgelesen. In 4.696 Fällen wurde ein Antrag auf Auswertung (bei einem Bediensteten mit Befähigung zum Richteramt) gestellt. Davon wurden nach Angaben der Bundesregierung 2.845 Auswertungen "freigegeben". In ca. 65 Prozent der Fälle haben dabei keine sachdienlichen Erkenntnisse gewonnen werden können. Bei ca. 32 Prozent der Fälle habe sich die Identität bestätigt und in lediglich ca. 2 Prozent der Fälle hätten sich belastbare Zweifel an den Angaben zur Herkunft und Identität ergeben. [38] Das bedeutet zusammenfassend: Es wurden fast 10.000 Datenträger ausgelesen und komplett gespeichert, aber bei weniger als 60 der 2.845 durchgeführten Auswertungen kam es letztlich zu Ansätzen, um die Angaben von Asylsuchenden zu widerlegen. Angesichts dessen, dass die Auswertung von Datenträgern, wie bereits erwähnt, längst nicht die einzige Möglichkeit für das BAMF ist, um Angaben zu Herkunft und Identität zu überprüfen und den durchaus relevanten Kosten – für 2017 bis 2019 werden diese mittlerweile noch über den ursprünglichen Planungen mit 10 Millionen Euro veranschlagt – drängt sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit des Unterfangens nochmal stärker auf.

Auffallend an den Zahlen ist aber noch etwas anderes. Die Bundesregierung hatte, wie erwähnt, bei etwa 50 bis 60 Prozent der Geflüchteten damit gerechnet, dass diese ohne Pass oder Passersatz nach Deutschland kommen und in etwa genauso vielen Fällen Datenträger zumindest ausgelesen würden. In dem Zeitraum Januar bis Oktober 2018 gaben aber nur 35 Prozent der Antragsteller ohne Pass oder Passersatz an, dass sie über einen Datenträger verfügen, wobei die Zahl der ausgelesenen Datenträger nochmals geringer ist, da nur 74 Prozent davon technisch ausgelesen werden konnten. Zwangsmaßnahmen zur Überlassung der Datenträger waren dabei nicht erforderlich. [39] Auch wenn es natürlich keine belastbaren Zahlen darüber gibt, wie sich die im Vergleich zur der offiziellen Erwartung (ca. 150.000) doch recht geringe Zahl an

Datenträgern, die überhaupt dem BAMF zum Auslesen ausgehändigt wurden (ca. 10.000), erklärt, liegt es doch nahe, dass es hier zumindest in einem relevanten Umfang zu Ausweichverhalten gekommen ist.

Dass durch die Befugnis des BAMF, Mobiltelefone und andere Datenträger auszuwerten, "*qualitativ hochwertigere Entscheidungen über die Zulässigkeit einer Abschiebung ermöglicht werden*", wie es ein Sachverständiger in der entsprechenden Anhörung formulierte, [40] lässt sich jedenfalls angesichts der ersten Praxisberichte nicht aufrechterhalten. Vielmehr fragt sich aufgrund der Zahlen erneut, ob die Maßnahme nicht unverhältnismäßig ist. Denn bei Strafverfolgungsmaßnahmen wie der Durchsuchung ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass deren wahrscheinliche Erfolglosigkeit, etwa wegen der naheliegenden Möglichkeit zur Spurenbeseitigung, die Maßnahme unverhältnismäßig und damit unzulässig macht. [41]

Allzu viel Hoffnung sollte man allerdings nicht haben, dass der Zahlenbefund zu einem baldigen Umdenken führen wird. [42] Denn wirklich überraschend kommt der Befund nicht. Sehr überraschend wäre vielmehr, wenn die Bundesregierung diese Ausweichbewegungen nicht auch antizipiert hätte. Und so drängt sich vielmehr auf, dass hier von Anbeginn an die öffentliche Wirkung einer schneidigen Maßnahme gegenüber sogenanntem "Asylbetrug" im Vordergrund stand – und nicht die praktische Wirksamkeit eines Mittels zur Herkunfts- und Identitätsklärung. Es wäre aber verfehlt, diese Form von Symbolpolitik für wirkungslos zu halten, weil sie die ausdrücklich erklärten Ziele so offensichtlich nicht erreicht. Die Botschaft, die mit diesem massiven Grundrechtseingriff [43] einhergeht, kommt, so ist zu fürchten, bei den Betroffenen so oder so an. Schon das Wissen, dass das vollständige gesamte digitale Ich auf einem Server des BAMF gespeichert ist oder auch nur gespeichert werden könnte – eine zeitgemäßere Form Foucault‘scher Disziplinierung lässt sich kaum ersinnen.

DR. TARIK TABBARA, *LL.M. (MCGILL) ist seit 2018 Professor für öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Sicherheitsrecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin. Von 2002 bis 2008 war er Referent im Arbeitsstab der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration. Anschließend arbeitete er im Bundesumweltministerium und im Bundestag. Er interessiert sich u.a. für Gerechtigkeitsfragen im Migrations- und Staatsangehörigkeitsrecht sowie im Religionsverfassungsrecht.*

Anmerkungen:

1 BGBl. I 2017 S. 2780. Die relevanten Bestimmungen finden sich in §§ 15 Abs. 2 Nr. 6 und Abs. 4, 15a Asylgesetz (AsylG).

2 §§ 48 Abs. 3a, 48a Aufenthaltsgesetz (AufenthG).

3 BT-Drs. 18/4097, 25.02.2015, S. 23.

4 Einen Überblick über die Praxis bietet die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke: "Einsatz von IT-Assistenzsystemen im Bundesamt für Migration und Flüchtlinge", BT-Drs. 19/6647, 19.12.2018.

5 Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das zweiteQuartal, BT-Drs. 19/4961, 12.10.2018, Antwort auf Frage 13 b.

6 Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, SN 39/17, Mai 2017, S. 10, abrufbar unter: https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-39-17-gesetz-zur-besseren-durchsetzung-der-ausreisepflicht-60305?page_n27=146.

7 Vgl. Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Aufl. 2018, § 15a AsylG Rn. 2, der davon spricht, dass die Geflüchteten im Smartphone ihr "Leben und ihre Heimat" mit sich führen.

8 Bergmann, ebd.

9 Bergmann, a.a.O. Rn. 4, attestiert dem Gesetzgeber freilich, dass die Auswertung der Datenträger als "ultima ratio" ausgestaltet wurde und dass versucht worden sei, die "*menschen- u. verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit*" herzustellen. Unkritisch die "Beschränkungen" referierend Kluth, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK Ausländerrecht, Stand 1.11.2018, § 15a AsylG Rn. 2.

10 Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das erste Quartal, BT-Drs. 19/3148, 03.07.2018, Antwort auf Frage 9.

11 Vgl. Weichert/Stoppa, in: Huber (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 19.

12 Pro Asyl, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, Ausschussdrucksache 18(4)825 A, 22.03.2017, S. 18.

13 Siehe die Darstellung bei Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das zweite Quartal, BT-Drs. 19/4961, 12.10.2018, Antwort auf Frage 12.

14 § 15 Abs. 4 AsylG ermächtigt das BAMF ergänzend dazu, die Betroffenen und ihre Sachen zu durchsuchen.

15 Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das erste Quartal des Jahres 2018, BT-Drs. 19/3148, 03.07.2018, Antwort auf Frage 9.

16 Funke-Kaiser, in: Gemeinschaftskommentar Asylgesetz, 115. Ergänzungslieferung März 2018, § 15a AsylG Rn. 10, verweist zwar auf die Löschungsvorschrift (§ 48 Abs. 3a Satz 8), aus der sich ergebe, dass die Auswertung die Auslesung und Speicherung der Daten voraussetze. Eine eigenständige Regelung des Auslesens und Speicherns der Daten ist das aber gerade nicht. Erst recht, soweit das Auslesen erfolgt, bevor überhaupt eine Entscheidung über die Auswertung getroffen wurde.

17 So auch Deutscher Anwaltverein (o. Anm. 6), S. 17 f.

18 S. nur BVerfGE 141, 220 (265).

19 Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, Einsatz von IT-Assistenzsystemen im Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, BT-Drs. 19/6647, 19.12.2018, Antwort auf Frage 15.

20 BR-Drucksache 179/17, 23.02.17, S. 11.

21 Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke (o. Anm. 15).

22 Einen Verstoß gegen die Erforderlichkeit sieht daher zu Recht Die Beauftrage für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, Ausschussdrucksache 18(4)831, 23.03.2017, S. 7.

23 Siehe BVerfGE 141, 220 (276 ff.).

24 Siehe z.B. die Regelung zum großen Lauschangriff, § 25 Abs. 4a ASOG Berlin.Siehe z.B. die Regelung zum großen Lauschangriff, § 25 Abs. 4a ASOG Berlin.

25 § 15a Abs. 1 Satz 2 AsylG i.V.m. § 48 Abs. 3a Satz 2 AufenthG.

26 Vgl. Weichert/Stoppa (o. Anm. 11), Rn. 22.

27 § 15a Abs. 1 Satz 2 AsylG i.V.m. § 48 Abs. 3a Satz 5 und 6 AufenthG.

28 Einen Vorschlag in diese Richtung gemacht hat der Deutscher Anwaltverein (o. Anm. 6), S. 21.

29 § 15a Abs. 1 Satz 2 AsylG i.V.m. § 48 Abs. 3a Satz 4 AufenthG.

30 Möller, in: Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 48 AufenthG Rn. 49.

31 Siehe BVerfG, Urt. vom 24.07.2018 - 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16, Rn. 96.

32 BT-Drs. 18/4097, 25.02.2015, S. 81; der Rechtsausschuss des Bundesrates hat diesen Vorstoß auch bei der entsprechenden Änderung des AsylG erneuert: BR-Drs. 179/1/17, 02.03.2017, S. 6 ff.

33 Für ausdrücklich nicht verfassungsrechtlich geboten halten den Richtervorbehalt Weichert/Stoppa (o. Anm. 11), Rn. 26. Funke-Kaiser (o. Anm. 16), Rn. 14, zweifelt zumindest an der "*notwendigen Distanz zum Verfahrensgegenstand*" bei den Bediensteten mit der Befähigung zum Richteramt.

34 Eingehende Darstellung der Rechtslage bei: Ternig/Lellmann, Die rechtliche Zulässigkeit der Sicherstellung und des Auslesens von Mobiltelefonen zwecks Beweisführung bei Verkehrsordnungswidrigkeiten, NZV 2016, 454, 456 ff.

35 Siehe die Darstellung bei Nußberger, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 257c.

36 Vgl. z.B. die Schilderung von Akyol, Zuhause in Almanya – 50 Jahre türkische Einwanderung in Deutschland, in: Heinrich Böll Stiftung (Hrsg.), Zuhause in Almanya, 2011, S. 6.

37 Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das zweite Quartal, BT-Drs. 19/4961, 12.10.2018, Antwort auf Frage 13 d.

38 Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das dritte Quartal, BT-Drs. 19/6786, 02.01.2019, Antwort auf Frage 9.

39 Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das dritte Quartal des Jahres 2018, BT-Drs. 19/6786, 02.01.2019, Antwort auf Frage 9 a.

40 Daniel Thym, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, Ausschussdrucksache 18(4)825 C, 23.03.2017, S. 10.

41 BVerfGE 115, 166 (203).

42 Die GFF plant im Rahmen einer strategischen Prozessführung rechtliche Schritte gegen die Auslesung der Mobilfunkgeräte etc. von Asylsuchenden durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) vor: https://freiheitsrechte.org/refugee-daten/ (zuletzt aufgerufen am 14.08.2019).

43 Die Beauftrage für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (o. Anm. 22), S. 6.

---

https://www.humanistische-union.de/publikationen/vorgaenge/227/publikation/ineffektiv-aber-nicht-ohne-wirkung-1/
Abgerufen am: 25.04.2024