



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement EJPD

Änderung des Ausländergesetzes

Finanzierung von Administrativhaftplätzen, Sorgfalts- und Meldepflichtverletzungen durch Luftverkehrsunternehmen sowie das PassagierInformationssystem (API-System)

Erläuternder Bericht

**Bundesamt für Migration
Bern, Mai 2012**

Inhaltsverzeichnis

1 Grundzüge der Vorlage	3
1.1 Ausgangslage	3
1.2 Notwendigkeit der Gesetzesänderung	6
1.2.1 Im Bereich der Sanktionen gegenüber Transportunternehmen („Carrier Sanctions“) und des Passagier-Informationssystems (API-System)	6
1.2.2 Im Bereich der Administrativhaftplatzfinanzierung	7
1.3 Die beantragte Neuregelung	8
1.3.1 Im Bereich der „Carrier Sanctions“ und des API-Systems	8
1.3.2 Im Bereich der Administrativhaftplatzfinanzierung	10
2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln	10
2.1 Erläuterungen zu den Änderungen des Ausländergesetz (AuG)	10
2.1.1 Ersatz des Ausdrucks Reisepapiere durch Reisedokumente	10
2.1.2 10. Kapitel: Beendigung des Aufenthalts, 5. Abschnitt: Zwangsmassnahmen	10
2.1.3 12. Kapitel: Pflichten, 2. Abschnitt: Pflichten der Transportunternehmen	12
2.1.4 14. Kapitel: Datenschutz	15
2.1.5 16. Kapitel: Strafbestimmungen und administrative Sanktionen, 1. Abschnitt: Strafbestimmungen	24
2.1.6 16. Kapitel: Strafbestimmungen und administrative Sanktionen, 2. Abschnitt: Administrative Sanktionen	25
2.2 Erläuterungen zu den Änderungen des Asylgesetzes (AsylG)	31
2.3 Erläuterungen zu den Änderungen des Bundesgesetzes über das Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich (BGIAA)	32
2.4 Erläuterungen zu den Änderungen des Bundesgesetzes über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI)	34
3 Finanzielle und personelle Auswirkungen	35
3.1 Auswirkungen auf den Bund	35
3.2 Auswirkungen auf die Kantone	36
4 Rechtliche Aspekte	37
4.1 Verfassungsmässigkeit	37
4.2 Vereinbarkeit mit dem internationalen Recht	37

Ausländergesetz (*Vorentwurf*)

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

„Carrier Sanctions“ und Übermittlung von Passagierdaten. Das Schengen-Assoziierungsabkommen (SAA)¹ trat am 1. März 2008 in Kraft. Die Inkraftsetzung des Schengen-Besitzstands und die damit zusammenhängenden Änderungen des Asylgesetzes (AsylG)² und des Ausländergesetzes (AuG)³ erfolgten auf den 12. Dezember 2008. Im Rahmen dieser Gesetzesanpassungen wurden auch die Grundlagen geschaffen, um von Fluggesellschaften die Übermittlung von Passagierdaten verlangen und Transportunternehmen bei Sorgfalts- und Meldepflichtverletzungen sanktionieren zu können (Art. 92-95, 104 und 120a-120d AuG; vgl. BBl 2007 7937). Mit der Schaffung dieser Grundlagen wurden die Vorgaben von Artikel 26 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ)⁴, der das SDÜ ergänzenden Richtlinie 2001/51/EG⁵ sowie der Richtlinie 2004/82/EG⁶ umgesetzt.

Das Bundesamt für Migration (BFM) kann von Fluggesellschaften für ausgewählte Non-Schengen-Flüge vor dem Abflug die Übermittlung von Passagierdaten (Advance Passenger Information; API-Daten) verlangen (u.a. Personalien, Angaben zum Reisedokument und zum Flug). Das BFM hat gestützt auf eine Risikoanalyse die Meldepflicht für ausgewählte Abflugdestinationen angeordnet. Damit soll ein Beitrag zur Verbesserung der Grenzkontrolle und zur Bekämpfung der illegalen Migration geleistet werden. Um solche Passagierdaten empfangen und den Grenzkontrollbehörden zur Verfügung stellen zu können, wurde ein entsprechendes Informatiksystem entwickelt. Es hat sich jedoch gezeigt, dass die bestehenden Rechtsgrundlagen nicht genügen, um das System wie geplant einzuführen. Der Funktionsumfang des Systems musste daher im Sinne einer Übergangslösung reduziert bzw. angepasst werden. Um die ursprünglich geplante Lösung einführen zu können und damit die Sicherheit und Effizienz des Systems zu erhöhen, braucht es eine Gesetzesanpassung.

¹ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, SR 0.362.31

² SR 142.31

³ SR 142.20

⁴ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, ABl. L 239 vom 22. 9.2000, S. 19.

⁵ Richtlinie 2001/51/EG des Rates vom 28. Juni 2001 zur Ergänzung der Regelungen nach Artikel 26 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985, ABl. L 187 vom 10. 7.2001, S. 45.

⁶ Richtlinie 2004/82/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Verpflichtung von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln, ABl. L 261 vom 6. 8.2004, S. 24.

Nach geltendem Recht können Transportunternehmen (in der Praxis Luftverkehrsunternehmen) durch das BFM grundsätzlich mit Bussen bis zu einer Million Franken bestraft werden, wenn sie ihre Sorgfaltspflichten nach Artikel 92 Absatz 1 AuG verletzen (Art. 120a Abs. 1 AuG).

Luftverkehrsunternehmen, die ihre Meldepflicht nach Artikel 104 AuG schuldhaft verletzen, können mit Bussen bis zu einer Million Franken bestraft werden (Art. 120b Abs. 1 AuG). Bereits im Rahmen der Eröffnung der ersten Verfahren gegen Luftverkehrsunternehmen, die ihre Sorgfaltspflichten verletzt hatten, hat sich jedoch gezeigt, dass die geltenden Rechtsgrundlagen in diesem Bereich nicht ausreichend sind, um die damit verbundenen Ziele zu erreichen, das heisst, die Luftverkehrsunternehmen zu verpflichten, ihre Kontrollfunktionen lückenlos wahrzunehmen.

Nationales Visumsystem. Im Dezember 2009 hat das Parlament im Rahmen der Einführung des zentralen Schengener Visa-Informationssystems die Schaffung eines neuen nationalen Visumsystems genehmigt (Art. 109b AuG)⁷. Das zentrale System wurde am 11. Oktober 2011 in Betrieb genommen. Das neue nationale System sollte Anfang 2014 in Betrieb genommen werden. Bei der Entwicklung der Informatik hat sich herausgestellt, dass die vom Parlament bereits genehmigten aber noch nicht in Kraft getretenen Gesetzesgrundlagen in bestimmten Punkten angepasst werden müssen.

Überstellung von Personen in die Schweiz im Rahmen der Dublin-Assoziierungsabkommen. Mit den Dublin-Assoziierungsabkommen⁸ hat sich der Bund namentlich verpflichtet, die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003⁹ des Rates (Dublin-II-Verordnung) und der Verordnung (EG) Nr. 1560/2003¹⁰ der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zur Dublin-II-Verordnung umzusetzen. In der Verordnung der Kommission ist insbesondere vorgesehen, dass der Mitgliedstaat, der die Überstellung einer Person in den zuständigen Staat vornimmt, nicht für die mit einer Beförderung über den Ankunftspunkt hinaus verbundenen Kosten aufkommen muss (Art. 8 Abs. 1). Daher kann die Schweiz die Kosten für die Aufnahme einer Person, für die sie zuständig ist, nicht auf den Staat überwälzen, der um eine Überstellung ersucht hat.

⁷ Bundesbeschluss vom 11. Dezember 2009 über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung und des Beschlusses über das Visa-Informationssystem (VIS), AS **2010** 2063, **2011** 4449.

⁸ Die Abkommen sind in Anhang 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 aufgeführt (SR **142.31**).

⁹ Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. L 50 vom 25.2.2003, S. 1.

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2. September 2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. L 222 vom 5.9.2003, S. 3.

Das Verfahren zur Überstellung in die Schweiz (In-Verfahren) betrifft zurzeit rund 500 Personen pro Jahr und führt zu administrativen Kosten für die Kantone. So sind die schweizerischen Flughafenbehörden dafür verantwortlich, den Empfang der Personen zu organisieren, das BFM über deren Ankunft zu informieren, die Sicherheitskontrollen vorzunehmen und die Beförderung in den Zuweisungskanton zu koordinieren und organisieren. Der Bund übernimmt die Kosten in Zusammenhang mit diesem Empfang über das BFM in Form von Beiträgen an die Kantone. Die Kosten belaufen sich auf 150 000 Franken pro Jahr und werden dem Kredit für die Vollzugskosten belastet.

Bei vor Kurzem durchgeführten Arbeiten zur Revision der Asylverordnung 2 vom 11. August 1999¹¹ über Finanzierungsfragen (AsylV 2) hat sich gezeigt, dass es für die Übernahme dieser Kosten durch den Bund keine formelle Gesetzesgrundlage gibt. Diese Gesetzeslücke muss geschlossen werden.

Finanzielle Beteiligung des Bundes am Bau von Administrativhaftplätzen. In den geltenden gesetzlichen Grundlagen sehen weder das AuG noch die Verordnung vom 11. August 1999¹² über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (VVWA) eine finanzielle Beteiligung des Bundes am Bau und an der Einrichtung kantonaler Haftanstalten vor, die ausschliesslich dem Vollzug der Administrativhaft dienen.

Das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), welches bis zum 31. Dezember 2007 in Kraft gewesen war, sah in Art. 14e Absatz 1 ANAG vor, dass der Bund den Bau und die Einrichtung kantonaler Haftanstalten, die ausschliesslich dem Vollzug der Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft dienen, ganz oder teilweise finanzieren kann. Diese Bestimmung wurde nicht in das AuG aufgenommen, da für eine solche Initialhilfe nach damaliger Einschätzung keine Notwendigkeit mehr bestand. Mit der Einführung der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht im Jahr 1995 wurde ein Bedarf von rund 290 Haftplätzen ausgewiesen. Heute zeigt sich, dass diese Bedarfszahl damals zu tief angesetzt wurde (vgl. Botenschaft zum AuG, Beteiligung mittels Tagespauschale an den Betriebskosten, BBl 2002 S. 3818).

Der Bericht des EJPD über die Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom 31. März 2011 zeigt verschiedene Varianten auf, wie die durchschnittlich zu lange Gesamtdauer des Asylverfahrens verkürzt werden kann. Zum Asylprozess gehört neben dem ordentlichen Asylverfahren auch die Phase der Rückkehr nach Abschluss des Asylverfahrens. Damit der Asylprozess insgesamt beschleunigt werden kann, muss die Rückkehrverpflichtung auch durchgesetzt werden können. Dies bedingt unter anderem, dass die Kantone, die für den Vollzug der Wegweisungen im Asyl- und Auslän-

¹¹ SR 142.312

¹² SR 142.281

derbereich zuständig sind, über genügend Haftplätze für die Administrativhaft verfügen. Das ist indessen nicht in allen Kantonen der Fall.

1.2 Notwendigkeit der Gesetzesänderung

1.2.1 Im Bereich der Sanktionen gegenüber Transportunternehmen („Carrier Sanctions“) und des Passagier-Informationssystems (API-System)

Das Problem bei der Umsetzung von Artikel 104 AuG liegt darin, dass keine automatisierten Datenbankabfragen, die direkt durch das Passagier-Informationssystem (nachfolgend: API-System) ausgelöst werden, möglich sind. Die von den Fluggesellschaften übermittelten Passagierdaten sollen durch die vom BFM betriebene Applikation automatisch in relevanten Datenbanken (ZEMIS, RIPOL, SIS und ASF-SLTD¹³) abgefragt werden können. Eine Einsicht in die aus den Abfragen resultierenden Treffer erhalten nur die zuständigen Grenzkontrollbehörden. Aus rechtlicher Sicht kommen die durch das API-System ausgelösten Abfragen einem Zugriff des BFM gleich, das seinen Zugriff auf RIPOL und SIS nur für eingeschränkte Zwecke nutzen darf. Die automatisierten Datenbankabfragen müssen daher neu geregelt werden.

Ein weiteres Problem bei der Umsetzung von Artikel 104 AuG besteht darin, dass die Passagierdaten den Grenzkontrollbehörden nicht via das geschützte Portal des EJPD (EJPD-Portal¹⁴) zur Verfügung gestellt werden können, dies aber die Benutzerfreundlichkeit und die Sicherheit erhöhen würde. Im Sinne des Datenschutzgesetzes vom 19. Juni 1992¹⁵ (DSG) handelt es sich um ein sogenanntes Abrufverfahren, wenn nach dem Selbstbedienungsprinzip online auf die im API-System bearbeiteten Personendaten zugegriffen werden kann (Art. 19 Abs. 3 DSG). Daten dürfen nur via Abrufverfahren zugänglich gemacht werden, wenn dafür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht. Diese gesetzliche Grundlage soll nun geschaffen werden.

Bei der Ahndung von Sorgfaltspflichtsverletzungen durch Transportunternehmen liegt das Hauptproblem in der Ausgestaltung von Artikel 120a AuG. Ein Luftverkehrsunternehmen macht sich demnach nur strafbar, wenn es nicht alle "zumutbaren Vorkehrungen" trifft, "damit nur Personen befördert werden, die über die für die Durchreise, Einreise oder Ausreise erforderlichen Reisedokumente verfügen." (Art. 120a Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 92 Abs. 1 AuG). Dass es Personen befördert, die nicht über die für die Durchreise, Einreise und Ausreise erforderlichen Reisedokumente verfügen, ist also keineswegs Beweis, sondern bestenfalls ein Indiz dafür, dass die

¹³ Datenbank von Interpol über gestohlene und verlorene Reisedokumente.

¹⁴ Das EJPD-Portal (SSO-Portal, Single Sign On Portal) bildet die zentrale Sicherheitsarchitektur und -infrastruktur des ISC-EJPD. Alle Fachanwendungen des EJPD (z.B. ZEMIS, SIS, RIPOL, etc.) laufen hinter diesem Portal.

¹⁵ SR 235.1

zumutbaren Vorkehrungen nicht getroffen wurden. Für das Strafverfahren bedeutet dies, dass das BFM dem beschuldigten Luftverkehrsunternehmen nicht bloss den strafrechtlichen Erfolg (den Transport ungenügend dokumentierter Personen) nachweisen muss, sondern zusätzlich auch die konkrete Unterlassung einer zumutbaren Vorkehrung, die zu diesem Erfolg geführt hat.

Diesen Nachweis zu führen hiesse in aller Regel, an den betreffenden Abflughäfen den konkreten Sachverhalt zu ermitteln, die involvierten Mitarbeitenden zu identifizieren und einzuvernehmen und nötigenfalls Räumlichkeiten zu durchsuchen sowie Unterlagen zu beschlagnahmen, die auf das Unterlassen notwendiger Vorkehrungen hinweisen könnten. Da dies aus rechtlichen wie praktischen Gründen nicht oder nur mit unverhältnismässig hohem Aufwand möglich ist, kann der Nachweis der Sorgfaltspflichtverletzung in der Praxis nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Begründungsdichte geführt werden.

Selbst wenn versucht werden sollte, den Erfolg (den Transport ungenügend dokumentierter Personen) als ausreichenden Beweis der Unterlassung zumutbarer Vorkehrungen zu bewerten, wäre damit noch wenig gewonnen: Spätestens bei der Festsetzung der konkreten Sanktion ist auf das Verschulden im konkreten Einzelfall abzustellen, welches sich aber gerade nicht bzw. nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand ermitteln lässt.

Bei den Sorgfaltspflichtverletzungen von Luftverkehrsunternehmen handelt es sich zudem um ein Massendelikt. Allein im Jahre 2011 sind beim BFM rund 1000 (2010: knapp 1200) Anzeigen wegen Verletzungen der Sorgfaltspflicht eingegangen.

Was die Meldepflicht angeht, wurde das zu ihrer Erfüllung nötige API-System erst Ende 2011 in Betrieb genommen. Deshalb konnten noch keine Erfahrungen betreffend Bestrafung bei Meldepflichtverletzungen gesammelt werden. Es werden sich jedoch ähnliche Probleme wie bei einer Sorgfaltspflichtverletzung stellen, da die entsprechenden Bestimmungen ähnlich konzipiert sind.

Mit der vorgeschlagenen Gesetzesänderung werden die Schwächen des geltenden Rechts beseitigt und das bestehende Sanktionssystem wird durch ein praktikables, effektives und dem Schengen-Besitzstand weiterhin entsprechendes System ersetzt.

1.2.2 Im Bereich der Administrativhaftplatzfinanzierung

Die im Juli/August 2011 vom BFM – in Absprache mit der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) – bei den Kantonen durchgeführte Bestandesaufnahme im Bereich der Administrativhaft bestätigt, dass die bestehenden Haftplätze die neuen Bedürfnisse nicht zu decken vermögen. Insgesamt fehlen nach Angaben der Kantone schweizweit mittel- und langfristige gut 210 Administrativhaftplätze und

mehr als die Hälfte der Kantone gibt an, zusätzliche Haftplätze zu benötigen. Zudem ist festzuhalten, dass auch das BFM im Hinblick auf die häufigere Anordnung von Haft ab Empfangs- und Verfahrenszentren (EVZ) insb. bei Dublin-Fällen einen Bedarf an zusätzlichen Haftplätzen ausweist. Heute stehen dem BFM hierfür 12 Plätze zur Verfügung. Für den Vollzug von Wegweisungen ab Empfangs- und Verfahrenszentren benötigt das BFM insgesamt etwa 40 Administrativhaftplätze. Der ausgewiesene zusätzliche Bedarf ergibt sich aus der Umfrage bei den Kantonen. Konkrete Projekte zur Erweiterung der Kapazitäten für die Administrativhaft sind bislang nur in wenigen Kantonen geplant. Der Realisierungszeitpunkt der einzelnen Bauvorhaben kann mangels konkreter Gesuche noch nicht genau festgelegt werden. Der Bund geht daher davon aus, dass die 250 Administrativhaftplätze etappenweise realisiert werden. Die Auswirkungen der Ausschaffungsinitiative auf den Bedarf an zusätzlichen Administrativhaftplätzen kann aufgrund des aktuellen Standes der Umsetzungsarbeiten im jetzigen Zeitpunkt nicht beantwortet werden.

1.3 Die beantragte Neuregelung

1.3.1 Im Bereich der „Carrier Sanctions“ und des API-Systems

Die Schweiz ist als Schengen-Mitgliedstaat verpflichtet, Artikel 26 SDÜ sowie die Richtlinien 2001/51/EG und 2004/82/EG im nationalen Recht *wirksam* umzusetzen. Es besteht zudem ein grosses öffentliches Interesse an einer Norm, die sich in der Praxis als justiziabel und wirksam erweist und so dem materiellen Recht zur Durchsetzung verhilft. Um dies zu erreichen, sind – auch aufgrund der in der Praxis gewonnenen Erfahrungen – folgende Änderungen vorgesehen:

Regelung der automatisierten Datenbankabfragen: Mit der vorgeschlagenen Gesetzesänderung werden die rechtlichen Grundlagen geschaffen, damit die Passagierdaten gemäss Artikel 104 Absatz 3 AuG direkt durch das API-System automatisiert in den relevanten Datenbanken abgefragt werden können. Das BFM wird auch mit dieser Gesetzesänderung keine Einsicht in die aus den Abfragen resultierenden Treffer erhalten. Einsehbar werden die Treffer nur für die zuständigen Grenzkontrollbehörden sein, die bereits heute im Rahmen ihrer Grenzkontrolltätigkeit über die notwendigen Zugriffsrechte verfügen.

Abrufverfahren statt Weiterleitung: Weiter wird neu geregelt, dass das BFM für die Verarbeitung der Passagierdaten ein Informationssystem betreibt und die zuständigen Grenzkontrollbehörden sowie das BFM via Abrufverfahren auf die im System bearbeiteten Passagierdaten zugreifen können.

Verwaltungsverfahren statt Strafverfahren: Neu soll für das Verfahren zur Sanktionierung von Luftverkehrsunternehmen bei Sorgfalts- oder Meldepflichtverletzungen das Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember

1968¹⁶ (VwVG) zur Anwendung gelangen. Gleich wie im Straf- und Verwaltungsstrafverfahren gilt auch hier der Untersuchungsgrundsatz, das heisst, die Behörde klärt den Sachverhalt von Amtes wegen ab. Im Gegensatz zu einem Straf- oder Verwaltungsstrafverfahren trifft die Partei jedoch eine Mitwirkungspflicht, die den Untersuchungsgrundsatz relativiert. Weiter ist zu beachten, dass die Anforderungen an das Beweismass im Verwaltungsrecht geringer sind. Es genügt grundsätzlich, dass die Behörde vom Vorhandensein einer Tatsache überzeugt ist, auch wenn keine absolute Gewissheit herrscht.

Einführung einer gesetzlichen Vermutung: Neu wird bei einer Beförderung einer ungenügend dokumentierten Person (Vermutungsbasis) die Verletzung der Sorgfaltspflicht vermutet (Rechtsvermutung). Die Beweislast bleibt sich zunächst gleich für die Vermutungsbasis: Die Behörde hat die Beförderung einer ungenügend dokumentierten Person nachzuweisen. Ist die Vermutung bewiesen, bleibt dem Luftverkehrsunternehmen noch die Möglichkeit, den sog. Beweis des Gegenteils zu führen und damit die Rechtsvermutung zu entkräften. Diesen Beweis führt das Luftverkehrsunternehmen, indem es nachweist alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen zu haben, um die Beförderung von Personen zu verhindern, die nicht über die für die Einreise in den Schengen-Raum oder die Durchreise durch die internationalen Transitzone der Flughäfen erforderlichen Reisedokumente, Visa und Aufenthaltstitel verfügen. Zur Entlastung der Luftverkehrsunternehmen enthält der Änderungsentwurf zahlreiche Ausnahmen (Art. 122a Abs. 3 E-AuG; Art. 122b Abs. 2 E-AuG), bei denen die gesetzliche Vermutung nicht greift und kein Verfahren wegen einer Sorgfalts- oder Meldepflichtverletzung eröffnet oder keine Belastung gesprochen wird. Zudem sind die neuen Bestimmungen als Kann-Vorschrift formuliert. Dadurch kann das BFM bei leichten, vereinzelt auftretenden Fällen von einer Verfahrenseröffnung absehen und vorerst eine Mahnung aussprechen. Das Hauptziel der vorgeschlagenen Änderungen besteht darin, die Zahl der beförderten Personen, die ungenügend dokumentiert sind, in Zusammenarbeit mit den Luftverkehrsunternehmen zu senken bzw. zu erreichen, dass die Meldepflicht von den betroffenen Unternehmen effektiv eingehalten wird. Der präventive Gedanke steht dabei im Vordergrund. Entsprechend wird ein Luftverkehrsunternehmen nur belastet, wenn es wiederholt und in ähnlicher Weise oder in groben Einzelfällen die Sorgfalts- oder Meldepflicht verletzt (bspw. regelmässige Aufgriffe visumpflichtiger Personen ohne Visum auf einer bestimmten, durch dasselbe Luftverkehrsunternehmen betriebenen Flugstrecke).

Pauschalsanktionen statt Bussenrahmen: Die Sanktionen werden neu als Pauschalsanktion pro beförderte Person bzw. pro Flug ohne rechtzeitige, unvollständige oder falsche Datenübermittlung und nicht mehr als Sanktionsrahmen ausgestaltet. Die Pauschalierung trägt dem Umstand Rechnung, dass

¹⁶ SR 172.021

sich die zu sanktionierenden Pflichtverletzungen hinsichtlich der klassischen Bemessungskriterien des Täterschuldens und der Tatschwere nicht erheblich unterscheiden, bzw. dass derartige Unterschiede, wo sie bestehen sollten, auf Grund der eingangs erwähnten praktischen Schwierigkeiten ohnehin kaum nachweisen liessen.

1.3.2 Im Bereich der Administrativhaftplatzfinanzierung

Die heutige Regelung in Artikel 82 AuG sieht vor, dass der Bund sich an den *Betriebskosten* der Kantone für den Vollzug der Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft mit einer Tagespauschale beteiligt. Bei Anordnung einer Haft richtet das BFM ab einer Haftdauer von zwölf Stunden einen Pauschalbetrag von 140.- Franken pro Tag, basierend auf dem Stand des Landesindex der Konsumentenpreise vom 31.10.2007, aus. Diese Tagespauschale ist in Artikel 15 VVWA geregelt.

Ziel der neuen Regelung ist es, dass sich der Bund zusätzlich am Bau und der Einrichtung von kantonalen Administrativhaftplätzen finanziell beteiligt. Der Bund hat ein erhebliches Interesse daran, dass zusätzliche Administrativhaftplätze im Zeitraum von 3 - 10 Jahren gebaut werden können.

2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

2.1 Erläuterungen zu den Änderungen des Ausländergesetz (AuG)

2.1.1 Ersatz des Ausdrucks Reisepapiere durch Reisedokumente

Diese redaktionelle Anpassung betrifft ausschliesslich die deutsche Fassung, in der die Ausdrücke „*Reisepapiere*“ und „*Reisedokumente*“ für denselben Begriff verwendet werden. Im deutschen Wortlaut treten die beiden Ausdrücke bisweilen in derselben Bestimmung auf, was eine gewisse Rechtsunsicherheit zur Folge haben kann (siehe z. B. Art. 111 AuG). In der französischen und italienischen Fassung wird jeweils ein einziger Ausdruck verwendet („*documents de voyage*“, „*documenti di viaggio*“). Eine Anpassung der deutschen Fassung ist also dadurch gerechtfertigt, dass sich die drei Sprachversionen des Gesetzes entsprechen müssen. Der Ersatz des Ausdrucks „*Reisepapiere*“ im Gesetz lässt sich auch mit dem deutschen Titel der Verordnung vom 20. Januar 2010¹⁷ über die Ausstellung von Reisedokumenten für ausländische Personen (RDV) begründen.

2.1.2 10. Kapitel: Beendigung des Aufenthalts, 5. Abschnitt: Zwangsmassnahmen

¹⁷ SR 143.5

Abs. 1

Die finanzielle Beteiligung des Bundes am Bau und der Einrichtung von Administrativhaftplätzen kann über einmalige Beiträge im Sinne einer Anschubfinanzierung oder als Daueraufgabe erfolgen. Aufgrund der für die Realisierung solcher Einrichtungen zu erwartenden langen Zeitdauer (es wird von Realisierungszeiträumen bis 2018 oder länger gesprochen) sollte das Finanzierungsmodell der Daueraufgabe gewählt werden. Für die Bemessung der Baubeiträge kann unabhängig von der Finanzierungsmethode das Bundesgesetz vom 5. Oktober 1984¹⁸ über die Leistungen des Bundes im Straf- und Massnahmenvollzug (LSMG) und deren Verordnung vom 21. November 2007¹⁹ (LSMV) analog angewandt werden. Demnach beläuft sich der Bundesbeitrag auf 35% der anerkannten Baukosten (Art. 4 LSMG). Die anerkannten Baukosten werden in der Regel auf Grund von Pauschalen berechnet, können aber auch mittels der Schlussabrechnungsmethode ermittelt werden; dabei sind Grösse und Typ der Einrichtung zu berücksichtigen. Der Bund entrichtet den Kantonen die Baubeiträge, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 3 LSMG analog erfüllt sind. Er achtet insbesondere darauf, dass die beantragten Bauprojekte je eine Mindestgrösse von rund 100 Haftplätzen aufweisen und zentral gelegen sind.

Im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs hat sich die Platzkostenpauschale als Bemessungsmethode bewährt. Diese Pauschale berücksichtigt die Raumbedürfnisse einer inhaftierten Person. Ausgehend von den Raum- und Sicherheitsbedürfnissen ergibt sich letztlich die idealtypische Definition einer Modelleinrichtung. Für die Administrativhaft gibt es keine entsprechende Modellanstalt. Zur Festlegung eines approximativen Bundesbeitrags kann deshalb vorderhand auf die in der Platzkostenpauschale definierte "Modellanstalt Gefängnis" angereichert durch gewisse Elemente der "geschlossenen Modellanstalt" zurückgegriffen werden. Angereichert werden müssen die Modellwerte, weil die Ansprüche an den Vollzug der Ausschaffungshaft höher sind (mehr Freiheiten innerhalb der Anstalt bez. Freizeit, Besuchen, Aufenthalt, keine Arbeitspflicht usw.) als bei den Gefängnissen. Anhand dieser Schätzungen belaufen sich die anerkannten Kosten pro Haftplatz auf rund 500'000 Franken. Weil für die Subventionierung nicht alle Baukosten berücksichtigt werden können (z.B. Bauneben- und Landkosten, Vorbereitungsarbeiten usw.), dürften die tatsächlichen Gesamtkosten pro Haftplatz rund 15% höher liegen. Hochgerechnet auf 250 Haftplätze resultieren daraus anerkannte Baukosten von rund 125 Mio. Franken. Bei einer Beteiligung des Bundes an diesen anerkannten Baukosten von rund 35% müssen bundesseitig mindestens 45 Mio. Franken bereitgestellt werden.

Geht man von einer etappenweisen Realisierung der notwendigen 250 Administrativhaftplätze bis 2018 aus, sind ab 2014 beziehungsweise 2015

¹⁸ SR 341

¹⁹ SR 341.1

jährlich zirka 10 Mio. Franken einzustellen. Der Bund geht davon aus, dass der Bedarf an zusätzlichen Administrativhaftpätzen auch nach 2018 weiter bestehen wird.

Der Bund wird keine Vollfinanzierung sondern lediglich einen Teil der anfallenden Kosten bei Bau und Einrichtung kantonaler Haftanstalten übernehmen. Er priorisiert dabei grössere Haftanstalten, die vorzugsweise mindestens über mehr als 50 Plätze verfügen.

Abs. 2

Die Kostenbeteiligung des Bundes an die Betriebskosten entspricht dem heute geltenden Artikel 82 AuG und wurde unverändert in Absatz 2 übernommen.

2.1.3 12. Kapitel: Pflichten, 2. Abschnitt: Pflichten der Transportunternehmen

Art. 92 *Sorgfaltspflicht*

Die Zusammenarbeit und Unterstützung durch die Behörden, die heute in Absatz 3 geregelt ist, soll neu in einem eigenen Artikel geregelt werden (Art. 94 E-AuG). Die Artikelüberschrift wurde entsprechend angepasst und Absatz 3 aufgehoben.

Abs. 1

Der geltende Artikel 92 Absatz 1 AuG könnte gemäss Wortlaut dahingehend verstanden werden, dass die Sorgfaltspflicht der Luftverkehrsunternehmen auch für Flüge innerhalb des Schengen-Raums, also Flüge von einem anderen Schengen-Staat in die Schweiz, gilt. Dies wäre jedoch mit Artikel 26 SDÜ bzw. der Richtlinie 2001/51 nicht vereinbar. Deshalb wurde – was die Einreise betrifft – der Zusatz „*Einreise in den Schengen-Raum*“ hinzugefügt. Dabei gilt die Sorgfaltspflicht unabhängig davon, ob die Person im Anschluss an die Einreise in der Schweiz verbleiben oder in einen anderen Schengen-Staat weiterreisen will (z. B. Johannesburg – Zürich - Hamburg). Von der „*Einreise*“ zu unterscheiden ist die „*Durchreise*“, bei der die Personen lediglich „*durch die internationalen Transitzonen der Flughäfen*“ reisen, ohne in den Schengen-Raum einzureisen (z. B. bei einem Flug Johannesburg – Zürich - Moskau).

Für die Einreise in den Schengen-Raum via die Schweiz steht lediglich der Luftweg offen. Die bisher ebenfalls erwähnten anderen Verkehrsarten wurden deshalb gestrichen. Ebenso wurde der Teilsatz „*die im internationalen Linienverkehr Personen befördern*“ gestrichen. Diese Einschränkung bezieht

sich nach Artikel 26 Absatz 3 SDÜ einzig auf Carreisen, nicht auch auf den Luftverkehr.

Es besteht jedoch die Möglichkeit, weitere Transportunternehmen dieser Regelung zu unterstellen, wenn aufgrund neu entstandener Aussengrenzen (Austritt eines Nachbarstaates aus dem Schengenverbund) direkt aus Drittstaaten kommende Strassen-, Schienen- oder Schiffstransporte möglich werden (Art. 95 E-AuG).

Weder das SDÜ noch Anhang 9 des Übereinkommens vom 7. Dezember 1944²⁰ über die internationale Zivilluftfahrt (Chicagoer Abkommen) kennen eine Sanktionierung bei der Ausreise. Mangels entsprechenden Bedürfnisses in der Praxis wird darauf verzichtet.

Die Dokumente, die die Einreise in den Schengen-Raum oder die Durchreise durch die internationale Transitzone der Flughäfen ermöglichen, müssen im Gesetz genau festgehalten werden, damit kein Zweifel darüber besteht, für welche Dokumente die Sorgfaltspflicht der Transportunternehmen gilt. Daher ist es unerlässlich zu erwähnen, dass neben den Reisedokumenten auch die „*Visa und Aufenthaltstitel*“ überprüft werden müssen.

Abs. 2

Die bisher erwähnten Strassentransport- und Schifffahrtsunternehmen werden gestrichen (vgl. Ausführungen zu Abs. 1).

Art. 93 Abs. 1, 3 Einleitungssatz

Die bisher erwähnten Strassentransport-, Schifffahrts- und Eisenbahnunternehmen und der Ausdruck „im internationalen Linienverkehr“ werden gestrichen (vgl. Ausführungen zu Art. 92 E-AuG).

Abs. 1

In Analogie zu Artikel 92 Absatz 1 wird „die Einreise“ mit dem Zusatz „in den Schengen-Raum“ ergänzt (vgl. Ausführungen zu Art. 92 E-AuG).

Art. 94 (neu) Zusammenarbeit mit den Behörden

Die heute in Artikel 92 Absatz 3 AuG enthaltene Delegationsnorm erweist sich mit Blick auf den geltenden Artikel 26 Absatz 1 der Verordnung vom 22. Oktober 2008²¹ über die Einreise und die Visumerteilung (VEV) als zu eng, weshalb ein Teil der heutigen Verordnungsbestimmungen neu auf Gesetzesstufe gehoben wird.

Abs. 1

²⁰ SR 0.747.0

²¹ SR 142.204

Die bisher im Artikel 92 Absatz 3 erwähnten Strassentransport- und Schifffahrtsunternehmen werden gestrichen (vgl. Ausführungen zu Art. 92 Abs. 1 E-AuG).

Abs. 2

Der Wortlaut von Artikel 26 Absatz 1 VEV wird nur teilweise in den Gesetztext übernommen. Die nach den Buchstaben a-c und f von Artikel 26 Absatz 1 VEV möglichen Vereinbarungsinhalte sind als Aspekte der Zusammenarbeit zwischen den Luftverkehrsunternehmen und dem BFM bzw. den zuständigen Behörden der Kantone bereits in Artikel 94 Absatz 1 E-AuG enthalten.

Abs. 2 Bst. a

Das BFM kann mit den Luftverkehrsunternehmen zusätzliche Massnahmen für bestimmte Destinationen vereinbaren, die nötig sind, damit die Sorgfaltspflicht nach Artikel 92 AuG eingehalten wird. Die Zusammenarbeit besteht vornehmlich im Austausch von Lageinformationen und der Durchführung von Ausbildungen zu Gunsten der Luftverkehrsunternehmen. So kann es beispielsweise für eine Destination erforderlich sein, die Reisedokumente mit zusätzlichen Hilfsmitteln, z.B. einer Lupe, auf ihre Echtheit hin zu prüfen, weil eine erhöhte Anzahl Personen mit gefälschten Reisedokumenten von dieser Destination abreist. Oder aber es kann für eine Destination erforderlich sein, die Personenseite des Passes und allenfalls das Visum sämtlicher Passagierinnen und Passagiere beim Check-In zu kopieren, da vermehrt Passagierinnen und Passagiere ohne Dokumente von dieser Destination an der Aussengrenze auftauchen. Mit dieser Massnahme kann nachträglich verifiziert werden, ob die Person von der vermuteten Destination angereist ist und wer diese Person ist.

Abs. 3

Nach geltendem Recht ist die Reduktion der Belastung bei Vorliegen einer Vereinbarung in Artikel 120a Absatz 4 AuG geregelt. An diesem, auf einer Empfehlung des Anhangs 9 zum Übereinkommen über die internationalen Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944²² (Chicagoer Abkommen) beruhenden Mechanismus wird festhalten.

Mit der neuen Regelung wird klargestellt, dass nur *künftige* Sorgfaltspflichtverletzungen von einer Belastungsreduktion profitieren können. Der Umfang der Reduktion wird, je nach Ausgestaltung der Pflichten des Luftverkehrsunternehmens und unter Berücksichtigung des Rechtsgleichheitsgebotes, in jeder Vereinbarung als fester Prozentsatz definiert. Die Reduktion soll jedoch nicht mehr als 50% betragen.

²² SR 0.747.0

Art. 95 Weitere Transportunternehmen

Wie bis anhin kann der Bundesrat unter Berücksichtigung der Vorgaben von Artikel 26 SDÜ weitere kommerzielle Transportunternehmen (im Landverkehr oder Seeverkehr) den Bestimmungen der Artikel 92 bis 94 E-AuG unterstellen. Neu wird ausdrücklich klargestellt, dass die von Bundesrat bezeichneten Unternehmen nicht nur den Pflichten der Artikel 92 bis 94 E-AuG, sondern auch den Sanktionen der Artikel 122a und 122c E-AuG unterliegen.

Eine solche Unterstellung kann jedoch (wie bisher) nicht voraussetzungslos erfolgen, sondern ausschliesslich, wenn schweizerische Land- und Seegrenzen zu einer Schengen-Aussengrenze werden. Dies ist nur der Fall, wenn einer der Nachbarstaaten aus dem Schengenverbund austritt. Die Wiedereinführung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen nach Artikel 22 VEV ist kein Grund für eine solche Massnahme. Durch die Wiedereinführung der Grenzkontrolle an den Binnengrenzen werden diese nicht zu einer Aussen-grenze.

2.1.4 14. Kapitel: Datenschutz

Art. 104 Meldepflicht der Luftverkehrsunternehmen

Abs. 1

Der Teilsatz „*Einreisen in den Schengen-Raum und Durchreisen durch die internationalen Transitzonen der Flughäfen*“ wurde eingefügt, um zu präzisieren, dass nur Flüge von ausserhalb des Schengen-Raums von dieser Bestimmung erfasst werden (vgl. Ausführungen zu Art. 92 E-AuG).

Die Anpassung von „*unmittelbar nach Abschluss des Check-In*“ in „*unmittelbar nach dem Abflug*“ trägt dem Umstand Rechnung, dass es technisch nicht immer möglich ist, die Daten bereits unmittelbar nach dem Check-In zu melden, sondern in gewissen Fällen erst nach dem Abflug. Zudem ist die Passagierliste erst nach dem Boarding definitiv: Personen, die schon eingeecheckt sind, aber die Reise nicht antreten, werden nach Abschluss des Boarding von der Passagierliste gelöscht. Es ist folglich sinnvoll und praxisgerecht, dass die Daten erst nach dem Abflug übermittelt werden müssen.

Der Begriff „*unmittelbar*“ lässt bewusst einen Interpretationsspielraum offen. In der Praxis wird die Berechnung der Rechtzeitigkeit mittels einer Pufferzeit erfolgen.

Der im geltenden Artikel enthaltene explizite Hinweis, wonach eine Anordnung der Meldepflicht erst „*nach Anhörung der Luftverkehrsunternehmen*“ erfolgt, wird gestrichen, da er rein deklaratorischer Natur ist und mindestens die sog. Spezialadressaten (Unternehmen mit besonderer Betroffenheit) ohnehin in Anwendung von Artikel 30 VwVG angehört werden

Der letzte Satz des Absatzes wird ersatzlos gestrichen. Die Fluggesellschaften übermitteln die API-Daten direkt an das API-System. Die dafür notwendige Adresse wird den Fluggesellschaften in der Anordnung mitgeteilt.

Abs. 2

Der neue Absatz 2 fasst die verschiedenen Elemente der Anordnung zusammen, die bisher in verschiedenen Absätzen des Artikels zu finden waren. Das BFM legt fest, welche Abflugdestinationen oder -staaten der Meldepflicht unterliegen, welche Datenkategorien zu übermitteln sind und in welcher Form die Luftverkehrsunternehmen die Daten zu liefern haben. Entgegen dem Wortlaut im geltenden Absatz 4 wird die Form der Übermittlung in einem einseitigen und nicht in einem konsensualen Verfahren bestimmt.

Abs. 3

Meldepflichtig sind in erster Linie Daten zu den beförderten Personen. Die Aufzählung des Absatzes 3 orientiert sich dabei am geltenden Recht und umfasst insbesondere die in der Richtlinie 2004/82/EG genannten Datenkategorien. Darüber hinaus erlaubt es der neu formulierte Absatz, weitere für die Grenzkontrolle wichtige Daten zu verlangen, soweit diese dem Luftverkehrsunternehmen vorliegen. Die bereits heute der Meldepflicht unterliegenden Personendaten sind für eine automatisierte Verarbeitung der Daten unabdingbar und werden unverändert beibehalten. Ergänzt werden sie durch das *Ablaufdatum des mitgeführten Reisedokuments* (Bst. b.), welches von den Luftverkehrsunternehmen bereits heute zusammen mit den Personalien der beförderten Person aus der maschinenlesbaren Zone des Reisedokuments ausgelesen wird. Eine weitere Ergänzung betrifft *Nummer, Ausstellerstaat, Art und Ablaufdatum des mitgeführten Visums oder Aufenthaltstitels*, soweit das meldepflichtige Luftverkehrsunternehmen über diese Daten verfügt (Bst. c). Mit dieser Ergänzung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bereits heute konkrete Pläne bestehen, das für den Austausch von Passagierdaten im Luftverkehr gebräuchliche Datenformat so auszubauen, dass künftig auch solche Daten erfasst und bearbeitet werden können. Es ist damit zu rechnen, dass erste Luftverkehrsunternehmen in absehbarer Zeit in der Lage sein werden, diese für eine effektive und effiziente Grenzkontrolle wichtigen Daten zu liefern. Die Daten unterliegen aber nur dann der Meldepflicht, wenn sie dem Luftverkehrsunternehmen auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Dasselbe gilt für die *auf der Reise zum meldepflichtigen Abflugort genutzten Ein- und Umsteigeorte* (Bst. d). Auch diese unterliegen der Meldepflicht nur, soweit sie dem meldepflichtigen Luftverkehrsunternehmen bekannt sind. Dies ist dann der Fall, wenn eine Reise, die mindestens einen Umsteige Flughafen beinhaltet, als zusammenhängender Flug gebucht wurde. In diesem Fall ist nicht nur derjenige Abflugort zu melden, von dem aus die Person schliesslich in die Schweiz gelangt, sondern auch sämtliche Ein- und Umsteigeorte, da dieser Reiseweg ein wichtiges Element zur Risikoeinschätzung und damit zur Vorbereitung einer wirksamen Grenzkontrolle ist. Die letzte Ergänzung gegenüber dem geltenden Absatz 2 betrifft die Meldung

der *Abflugzeit* (Bst. h). Meldepflichtig ist die *geplante* Abflugzeit. Um Missverständnissen vorzubeugen, die sich aufgrund verschiedener Zeitzonen und über Nacht erfolgenden Flügen ergeben könnten, wird Buchstabe h dahingehend präzisiert, dass nicht nur Abflug- und Ankunftszeit sondern auch das Abflug- und Ankunftsdatum anzugeben ist. Da verspätet eingehende Meldungen eine gestützt auf Artikel 104 verfügte Meldepflicht verletzen und gemäss Art. 122b E-AuG sanktioniert werden können, besteht sowohl seitens der Behörde als auch seitens der meldepflichtigen Luftverkehrsunternehmen ein Interesse an der Meldung der *tatsächlichen* Abflugzeit. Diese wird benötigt, um bei Verspätungen gegenüber dem Flugplan die Rechtzeitigkeit des Meldungseingangs beurteilen zu können. Dem Luftverkehrsunternehmen steht es deshalb frei, die tatsächliche Abflugzeit den Behörden nachzumelden was auch so in der Verfügung zur Anordnung der Meldepflicht aufgenommen werden wird.

Abs. 4

In Absatz 4 wird ergänzt, dass die Fluggesellschaften die Passagiere auch über den Zweck und den Kreis der Empfänger der Daten gemäss Absatz 3 informieren müssen. Damit werden die Anforderungen von Artikel 18a DSGVO übernommen.

Abs. 5

Im geltenden Recht wird offen gelassen, in welcher Form die Anordnung zu erfolgen hat. Das BFM legt die Flüge, für welche die Meldepflicht eingeführt werden soll, aufgrund einer Risikoanalyse fest. Bei der Erarbeitung dieser Risikoanalyse wirken die Grenzkontrollorgane als Fachexperten und Benutzer des Systems mit. Die Anordnung der Meldepflicht ist konkreter, verpflichtender Natur und richtet sich jeweils an alle Luftverkehrsunternehmen, die von bestimmten Destinationen aus die Schweiz anfliegen und damit an einen bestimmbareren Adressatenkreis. Für Anordnungen dieser Art drängt sich die Form der Allgemeinverfügung auf. Da sich im Zeitpunkt der Anordnung nicht sagen lässt, welche Luftverkehrsunternehmen in Zukunft von der Anordnung betroffen sein werden, wird die Anordnung im Bundesblatt publiziert. Zusätzlich ist vorgesehen, die Anordnung den betroffenen Luftverkehrsunternehmen direkt zu eröffnen, sofern diese bekannt sind. Um die mit der Festlegung der Meldepflicht verfolgten Ziele nicht zu vereiteln, rechtfertigt es sich, einer allfälligen Beschwerde gegen diese Anordnung per Gesetz die aufschiebende Wirkung zu entziehen (vgl. auch Art. 55 Abs. 5 VwVG).

Abs. 6

Gemäss dem geltenden Absatz 5 sind die Luftverkehrsunternehmen wie nach Artikel 6 Ziffer 1 Absatz 4 der Richtlinie 2004/82/EG verpflichtet, die zu den Passagieren erfassten und an die Grenzkontrollbehörden übermittelten Personendaten innerhalb von 24 Stunden nach der Landung am Zielort des Flugs zu löschen. Durch diese Pflicht werden die Luftverkehrsunternehmen jedoch bei einem Verwaltungsverfahren wegen Verletzung der

Meldepflicht (siehe Art. 122b E-AuG) eines zukünftigen Beweismittels beraubt. Die Formulierung des neuen Absatzes 6 trägt der Verpflichtung der Luftverkehrsunternehmen zur Löschung der Personendaten Rechnung, berücksichtigt aber auch die Tatsache, dass sich die Unternehmen in einem Verwaltungsverfahren verteidigen können müssen. So werden in diesem Absatz die Fristen festgehalten, während deren die Daten aufbewahrt werden dürfen.

Die Pflicht zur Löschung der Daten entsteht zum Zeitpunkt ihrer Übermittlung (unmittelbar nach dem Abflug, Art. 104 Abs. 1 E-AuG); der Zeitpunkt der Erfüllung dieser Pflicht hängt jedoch von den Umständen ab. Hat das BFM nach den zwei Jahren gemäss Artikel 122c Absatz 2 E-AuG kein Verfahren wegen Verletzung der Meldepflicht eröffnet, so muss das Luftverkehrsunternehmen die Daten am Tag nach Ablauf dieser Frist löschen (Bst. a). Hat das BFM hingegen ein solches Verfahren eröffnet, so müssen die Daten am Tag nachdem die Verfügung des BFM in Rechtskraft erwachsen ist, gelöscht werden (Bst. b). Hierbei geht es darum, das Recht der Luftverkehrsunternehmen zu berücksichtigen, innerhalb von 30 Tagen nach Erlass der Verfügung des BFM Beschwerde zu erheben. Bei einer Beschwerde kann die Liste mit den erfassten und übermittelten Daten bis zum Abschluss des Verfahrens aufbewahrt werden.

Die Bestimmung des ursprünglichen Absatz 6 wird gestrichen bzw. befindet sich in geänderter Form im neuen Artikel 104a Absatz 4 E-AuG.

Art. 104a (neu) Passagier-Informationssystem

Abs. 1

Das BFM betreibt ein Passagier-Informationssystem (API-System), um seine Aufgaben gemäss Artikel 104 AuG erfüllen zu können. Gemäss Erwägung 12 der Richtlinie 2004/82/EG ist die Verarbeitung von Angaben über die beförderten Personen, die zur Durchführung von Grenzkontrollen übermittelt wurden, auch zum Zweck ihrer Nutzung als Beweismittel in Verfahren, die der Durchsetzung von Rechtsvorschriften und Regelungen im Bereich der Einreise und der Einwanderung einschliesslich der darin enthaltenen Bestimmungen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und der nationalen Sicherheit dienen, rechtmässig. Gemäss Artikel 6 der Richtlinie dürfen die Passagierdaten zudem auch zu Strafverfolgungszwecken verwendet werden. Die Verwendung dieser Daten erfolgt im Rahmen der Artikel 95 bis 98, 99 Absätze 2 und 3 und 100 Absatz 3 Buchstaben d und e des Schengener Durchführungsübereinkommens. Wichtig dabei ist festzuhalten, dass die Abfragen, die durch das API-System gemacht werden, nicht über die Abfragen hinausgehen, die im Rahmen der ordentlichen Grenzkontrolle ohnehin gemacht werden. Es geht einzig um eine vorzeitige Überprüfung der Passagiere, damit sich die Grenzkontrollbehörden besser auf die Grenzkontrolle vorbereiten können. Eine solche „Vorausprüfung“ bringt für die Grenzkontrollbehörden somit nur einen Mehrwert, wenn sie die gleichen

Kontrollen umfasst, wie sie zu einem späteren Zeitpunkt bei der ordentlichen Grenzkontrolle durchgeführt werden.

Bei den mit dem System bearbeiteten Daten gemäss Artikel 104 Absatz 3 handelt es sich grundsätzlich nicht um besonders schützenswerte Daten. Zusammen mit der Information, ob eine Person in einer polizeilichen Datenbank verzeichnet ist oder nicht, werden sie aber zu besonders schützenswerten Daten.

Abs. 2 und 2^{bis}

Der geltende Artikel 104 AuG sieht in Absatz 6 vor, dass die Daten an die Grenzkontrollbehörden weitergeleitet werden. Jede Grenzkontrollbehörde kann anschliessend die Daten in den für die Grenzkontrolle relevanten Datenbanken abfragen.

Artikel 104a Absatz 2 und 2^{bis} E-AuG sieht nur vor, dass die Daten den Grenzkontrollbehörden via das EJPD-Portal online zur Verfügung gestellt werden können. Im Sinne des Datenschutzgesetzes handelt es sich hierbei um ein sogenanntes Abrufverfahren, da die Mitarbeitenden der Grenzkontrollbehörden und (in beschränktem Umfang) des BFM nach dem Selbstbedienungsprinzip online Zugriff auf die im API-System bearbeiteten Personendaten erhalten. Macht ein Bundesorgan Personendaten durch ein Abrufverfahren zugänglich, ist stets eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Bei besonders schützenswerten Personendaten muss dies in einem formellen Gesetz ausdrücklich vorgesehen sein (Art. 19 Abs. 3 DSGVO).

Vorteil des Abrufverfahrens ist, dass die Daten direkt von den Grenzkontrollbehörden eingesehen werden können. Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass die Daten automatisch durch das System in den relevanten Datenbanken abgefragt werden können und so wertvolle Zeit eingespart werden kann. Dies ist umso wichtiger, als bei kürzerer Flugzeit nur wenig Zeit für die Überprüfung der Treffer vorhanden ist und es daher von zentraler Bedeutung ist, dass die ausgewerteten Daten so rasch als möglich zur Verfügung stehen. Das Abrufverfahren ist zudem benutzerfreundlich und effizient, da der umständliche Umweg der Datenweiterleitung (via ein gesichertes Mailsystem) entfällt. Ein wichtiger Vorteil aus Sicht der Systemarchitektur und der Sicherheit ist, dass die Daten nicht lokal zwischengespeichert werden. Der Zugriff der Benutzer auf die API-Daten erfolgt über das EJPD-Portal. Somit ist der Zugriff auf die API-Daten nur mit starker Authentisierung und entsprechenden Berechtigungen möglich. Die Verwendung des EJPD-Portals ist darum in der Software-Referenzarchitektur des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vorgesehen. Neben der Datensicherheit haben die zentrale Datenspeicherung und der Zugang mittels Abrufverfahren den Vorteil, dass die Kontrolle der Aufbewahrungsdauer und die Löschung der Daten nach ihrer Aufbewahrungsfrist gemäss Absatz 4 zentralisiert erfolgen kann. Zudem können Statistiken für die Erfolgskontrolle ohne das Abrufverfahren nicht sinnvoll erstellt werden.

In Absatz 2 und 2^{bis} wird definiert, welche Behörden mittels eines Abrufverfahrens auf die gemäss Artikel 104 Absatz 3 E-AuG im Informationssystem bearbeiteten Daten zugreifen können. Einen solchen Zugriff erhält einerseits das BFM, um die Einhaltung der Meldepflicht zu überwachen sowie Verletzungen der Meldepflicht gemäss Artikel 122b E-AuG nachzuweisen und nötigenfalls zu sanktionieren (vgl. Abs. 2).

Andererseits erhalten die mit den Personenkontrollen an den Schengen-Ausgangsgrenzen betrauten Behörden Zugriff auf die im System bearbeiteten Daten, damit sie die Passagierdaten inkl. Angaben, ob eine Person in einer Datenbank verzeichnet ist, überprüfen und sich so auf die Ankunft des entsprechenden Fluges vorbereiten sowie die notwendigen Massnahmen einleiten können (vgl. Abs. 2bis).

Der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) erhält gestützt auf Artikel 13 Absatz 1 Bst. c und Absatz 2 i.V.m. Artikel 11 des Bundesgesetzes vom 21. März 1997²³ über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Kopie der API-Daten für die Abflugorte, die in der vertraulichen Liste des Bundesrates aufgeführt sind. Die NDB erhält auch weiterhin keinen Zugriff mittels Abrufverfahren auf die im Informationssystem gespeicherten Daten. Im API-System werden einzig die Abflugorte erfasst, für die der NDB berechtigt ist, eine Kopie der Passagierdaten zu erhalten. Sobald die Passagierdaten der betreffenden Abflugorte eintreffen, werden diese bevor sie in den einzelnen Datenbanken abgefragt werden via ein gesichertes Mailsystem automatisch an den NDB weitergeleitet.

Abs. 3

Zielsetzung des API-System ist es, die gemäss Artikel 104 Absatz 3 E-AuG im Informationssystem gespeicherten Daten automatisiert mit ZEMIS, SIS, RIPOL und ASF-SLTD zwecks Migrationskontrolle und Fahndung abzugleichen und die Passagierdaten und die Ergebnisse der Abfragen den zuständigen Grenzkontrollbehörden zur Verfügung stellen zu können. Das BFM erhält keine Einsicht in die aus den Abfragen resultierenden Treffer.

Da verschiedene Grenzkontrollbehörden mit dem API-System arbeiten werden (Flughafenpolizei Zürich, GWK Flughafen Basel, GWK Flughafen Genf, Kantonspolizei Bern), macht es Sinn, die Abfragen zentral durch das BFM bzw. das API-System auszulösen und die Ergebnisse den Grenzkontrollbehörden zur Verfügung zu stellen. Für die Auswertung der Passagierdaten steht zudem meistens eine beschränkte Zeit zur Verfügung (z.B. Flugzeit Pristina – Zürich: 2Std. 15Min.). Werden die Abfragen direkt durch das API-System ausgelöst, kann wertvolle Zeit gewonnen werden.

Technisch wird dies wie folgt umgesetzt: Die von den Fluggesellschaften ans API-System übermittelten API-Daten (d.h. Flug- und Passagierdaten) werden in einem ersten Schritt validiert (wurden die Daten rechtzeitig, richtig und vollständig übermittelt). Anschliessend erfolgt die automatisierte

²³ SR 120

Überprüfung der Passagierliste gegenüber den Datenbanken RIPOL, ZEMIS, SIS und ASF-SLTD direkt via das API-System.. Abgefragt werden alle Passagiere unabhängig von ihrer Nationalität, um sicherzustellen, dass Passagiere die Kontrollen nicht mit gestohlenen Reisedokumenten umgehen können. Als Ergebnis der automatischen Überprüfung wird pro Datenbank und Passagier zurück gemeldet, ob der jeweilige Passagier in den angefragten Datenbanken verzeichnet ist oder nicht (Treffer / kein Treffer). Das Ergebnis dieser Prüfung (Treffer / kein Treffer) wird im API-System gespeichert. Es werden keine weiteren Daten aus den Datenbanken abgefragt oder gespeichert. Um auf die Passagierdaten und die Abfrageergebnisse zugreifen zu können, müssen die Mitarbeiter der Grenzkontrollbehörden das API-System verwenden. Der Zugriff auf das API-System erfolgt über das EJPD-Portal (starke Authentisierung, ausschliesslich persönliche Benutzer). Die Benutzer der Grenzkontrollbehörden können das Ergebnis der automatischen Prüfung (Treffer / kein Treffer) pro Flug in einer Passagierliste einsehen. Sie haben die Möglichkeit, eine Anfrage für einen bestimmten Passagier manuell auszulösen, um zu sehen, weshalb ein Passagier in einer Datenbank verzeichnet ist. Dazu werden die Abfragen „Client“ mit den Angaben des gewählten Passagiers in einem separaten Browserfenster geöffnet. Die Autorisierungsprüfung erfolgt dabei durch die entsprechende Benutzerverwaltung (d.h. nach denselben Regeln, wie wenn der Benutzer der Abfragen „Client“ normal über das EJPD Portal startet). Die Benutzer des BFM greifen ebenfalls via das EJPD-Portal auf die API-Daten zu. Sie können jedoch nur die Passagierliste ohne Trefferangaben einsehen. Die Steuerung, welcher Benutzer Einsicht in welche Daten hat, erfolgt wie bei anderen IT-Anwendungen des EJPD über verschiedene Benutzerprofile.

Aus rechtlicher Sicht handelt es sich bei den automatisierten Abfragen durch einen technischen Benutzer um einen Zugriff des BFM, auch wenn das BFM keine Einsicht in die aus den Abfragen resultierenden Treffer erhält. Das BFM hat zwar bereits heute Zugriff auf alle notwendigen Datenkategorien in SIS und RIPOL, die für die automatisierten Abfragen notwendig sind, der Zweck der Abfragen ist aber eingeschränkt. Das BFM würde als Datenherrin somit Abfragen verantworten, für die keine ausreichende Rechtsgrundlage besteht. Um eine solche zu schaffen, müssen die Artikel 15 und 16 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 2008²⁴ über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI) angepasst werden. Artikel 7 der Verordnung vom 7. Mai 2008²⁵ über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung) muss in der Folge dementsprechend auch angepasst werden. Die Verordnung vom 15. Oktober 2008²⁶ über das automatisierte Polizeifahndungssystem (RIPOL-Verordnung) hingegen muss nicht geändert werden. Dabei ist zu erwähnen, dass der genannte automatische Abgleich ausschliesslich all jene Daten der

²⁴ SR 361

²⁵ SR 362.0

²⁶ SR 361.0

Systeme RIPOL und SIS betrifft, auf die das BFM bereits heute Zugriff hat. Somit müssen die Tabellen mit den Zugriffen auf die beiden Systeme nicht angepasst werden (vgl. Anhang 2 der SIS-Verordnung und Anhang der N-SIS-Verordnung).

Eine Verbindung zwischen zwei Systemen, die in den jeweiligen Erlassen an sich eine genügende gesetzliche Grundlage haben, bedarf zusätzlich einer spezifischen gesetzlichen Grundlage (Art. 4 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 3 DSGVO). Aus diesem Grund wird neu in Absatz 3 festgehalten, dass die API-Daten via API automatisiert in RIPOL und SIS sowie die Interpol Datenbank ASF-SLTD abgefragt werden können. Das BFM benötigt den Zugriff ausschliesslich für die automatisierten Abfragen durch das API-System. Technisch ist sichergestellt, dass das BFM keine Einsicht in die Ergebnisse der Datenbankabfragen erhält. Die Treffer sind nur für die Grenzkontrollbehörden einsehbar, die über die notwendigen Zugriffsberechtigungen verfügen.

Abs. 4

Aufgrund der Systematik wird der geltende Artikel 104 Absatz 6 AuG zum neuen Artikel 104a Absatz 4 E-AuG. Der erste Satz des ursprünglichen Absatzes wird ersatzlos gestrichen, da die Weiterleitung der Daten aufgrund des in Absatz 2 und 2^{bis} vorgesehenen Abrufverfahrens entfällt. Die Frist zur Löschung der Daten wurde an die Fristen von Artikel 104 Absatz 6 AuG angepasst.

Art. 109b²⁷ Nationales Visumsystem

Abs. 2

Bst. e und f(neu)

Speicherung von Daten aus den Systemen SIS und RIPOL sowie der Interpol Datenbank für gestohlene und verlorene Dokumente (ASF-SLTD). Bei jüngst getroffenen technischen Vorbereitungen hat sich herausgestellt, dass die Speicherung zusätzlicher Daten im nationalen Visumsystem nötig wäre. Es geht darum, die Masken mit den Daten aus dem Schengener Informationssystem (SIS) der zweiten Generation und aus dem automatisierten Polizeifahndungssystem (RIPOL), die von den Visumbehörden abgefragt werden können, aufzubewahren. Es können ausschliesslich die Daten aufbewahrt werden, die tatsächlich der Visumgesuchstellerin oder dem Visumgesuchsteller entsprechen. Die Visumbehörden haben gestützt auf Artikel 7 Buchstaben f und g der Verordnung vom 7. Mai 2008²⁸ über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung) Zugriff auf SIS, insofern diese Speicherung Artikel 32 Absatz 1 der VO (EG) Nr. 1987/2006 berücksichtigt. Eine Speicherung von SIS II-Daten (Art. 96-Daten) in einen nationalen Datenbestand durch das BFM ist gemäss Artikel 32 Absatz 1 VO (EG) Nr. 1987/2006 nur zulässig,

²⁷ Dans la formulation du RO 2010 2063

²⁸ SR 362.0

wenn die Daten für eine befristete Zeitdauer gespeichert werden und wenn im Zusammenhang mit diesen SIS-Ausschreibungen Massnahmen im eigenen Hoheitsgebiet ergriffen. Als solche Massnahmen können gelten: Einreiseverweigerungen, Visaverweigerungen oder -annullierungen oder Entfernungsmassnahmen (Ausschaffungshaft, Ausweisung) sowie die Erteilung eines räumlich beschränkten Visums wegen Vorliegens einer Art. 96-Ausschreibung im SIS II. Es ist vorgesehen, dass bei jedem Eintrag in SIS II im Sinne einer Art. 96 SDÜ Ausschreibung, die Daten im nationalen Visa-Informationssystem gespeichert werden.

Die Zugriffsberechtigungen auf RIPOL bestehen nach Artikel 5 Buchstaben b, d und e der Verordnung vom 15. Oktober 2008²⁹ über das automatisierte Polizeifahndungssystem (RIPOL-Verordnung). Diese Daten sind für die Entscheide bei der Visumerteilung wichtig. Die so beschafften Informationen sind de facto eine wichtige Unterlage des Dossiers, die gegebenenfalls einem elektronischen Dossier beigefügt werden könnte. Bei der Erteilung eines Visums sind die schweizerischen Vertretungen im Ausland, das BFM sowie die kantonalen und kommunalen Behörden berechtigt, die Daten von Ripol einzusehen, sofern sie Aufgaben im Bereich des Ausländerrechts ausführen.

Das BFM möchte diese Daten im Rahmen des Einspracheverfahrens nach Artikel 6 AuG abfragen können. Bei negativen Entscheiden würden diese bis zum Inkrafttreten der ablehnenden Verfügung aufbewahrt, sei dies, weil noch keine Beschwerde eingereicht wurde, oder nach einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts. Zudem kann für das BFM der Anlass bestehen, ein bereits erteiltes Visum auf dessen Rechtmässigkeit zu überprüfen, namentlich wenn einer Person, die zwecks Einreiseverweigerung im SIS ausgeschrieben war, die Einreise genehmigt wurde. Im Fall einer Visumerteilung werden die Daten des SIS II und des RIPOL höchstens ein Jahr im nationalen Visumsystem aufbewahrt. Mit der Speicherung soll der Wissensstand der Behörden zum genauen Zeitpunkt der Visumerteilung festgehalten werden. Nach Artikel 109e Buchstabe f AuG, der vom Parlament bereits genehmigt wurde, ist der Bundesrat dafür zuständig, die Dauer der Speicherung und der Löschung der Daten des nationalen Visumsystems zu regeln. Diese Regelung wird in der obengenannten Verordnung erfolgen.

Der Zugriff auf die neu in Artikel 109b Absatz 2 Buchstabe e genannten Daten ist auf das BFM beschränkt. Dies deshalb, weil er ausschliesslich der Überwachung der Praxis bei der Visumerteilung und zur Stellungnahme im Rahmen von Einspracheverfahren nach Artikel 6 AuG dient. Die Zugriffsberechtigungen werden auf Verordnungsstufe geregelt (Art. 109e Bst. c AuG³⁰).

Abs. 2^{bis}

²⁹ SR 361.0

³⁰ Im Wortlaut gemäss AS 2010 2063.

Elektronische Dossiers. Das neue nationale Visumsystem sollte mittel- oder langfristig elektronische Dossiers enthalten. Dazu werden die Unterlagen des Visumgesuchdossiers und die entsprechenden Entscheide gehören, die entweder bereits elektronisch verfasst oder eingescannt wurden. Zu diesem Zweck wird in Artikel 109b AuG zum nationalen Visumsystem ein neuer Buchstabe Abs. 2^{bis} eingefügt.

Grundsätzlich haben die Visumbehörden Zugang zu den elektronischen Dossiers. Dabei handelt es sich um die Behörden nach den Buchstaben a, b, c und e des noch nicht in Kraft getretenen Artikels 109c AuG, also die schweizerischen Vertretungen im Ausland und die übrigen Behörden des EDA, das Grenzwachtkorps und die kantonalen Polizeibehörden an den Schengen-Aussengrenzen sowie die kantonalen Migrationsbehörden. Das Bundesverwaltungsgericht sollte ebenfalls Zugang zu den elektronischen Dossiers haben. In Anwendung von Artikel 109e Buchstabe c AuG ist der Bundesrat zuständig für die Bestimmung des Umfangs des Zugangs zum nationalen Visumsystem. Die Zugangsberechtigungen werden in der Verordnung festgelegt, in welcher die Zugangsberechtigungen zum zentralen Visa-Informationssystem sowie zum nationalen Visumsystem geregelt werden und die die aktuelle Verordnung vom 6. Juli 201131 über das zentrale Visa-Informationssystem (VISV) ersetzen wird.

2.1.5 16. Kapitel: Strafbestimmungen und administrative Sanktionen, 1. Abschnitt: Strafbestimmungen

Art. 120a (aufgehoben) Sorgfaltspflichtverletzungen der Luftverkehrsunternehmen

Die Bestimmung wird gestrichen bzw. befindet sich neu in Artikel 122a E-AuG im neuen Abschnitt über die administrativen Sanktionen.

Art. 120b (aufgehoben) Verletzung der Meldepflicht der Luftverkehrsunternehmen

Die Bestimmung wird gestrichen bzw. befindet sich neu in Artikel 122b E-AuG im neuen Abschnitt über die administrativen Sanktionen.

Art. 120c (aufgehoben) Gemeinsame Bestimmungen für die Bestrafung der Transportunternehmen

Die Bestimmung wird gestrichen bzw. befindet sich neu in Artikel 122c E-AuG im neuen Abschnitt über die administrativen Sanktionen.

³¹ SR 142.512

Art. 120e Abs. 2 (aufgehoben)

Für das Verfahren betreffend die Sanktionierung von Luftverkehrsunternehmen soll nicht mehr das Verwaltungsstrafrecht, sondern neu das Verwaltungsverfahren zur Anwendung gelangen. Deswegen wird Absatz 2 gestrichen. Die entsprechende Passage befindet sich neu in Artikel 122c Absatz 3 E-AuG im neuen Abschnitt über die administrativen Sanktionen.

2.1.6 16. Kapitel: Strafbestimmungen und administrative Sanktionen, 2. Abschnitt: Administrative Sanktionen

Art. 122 Sachüberschrift

Die Bestimmung befindet sich neu im Abschnitt über die administrativen Sanktionen. Darum wird die Sachüberschrift präzisiert.

Art. 122a (neu) Sorgfaltspflichtverletzungen der Luftverkehrsunternehmen

Die geltende Strafbestimmung zur Sanktionierung von Luftverkehrsunternehmen bei Sorgfaltspflichtverletzungen (Art. 120a AuG) erwies sich in der Praxis als nicht praktikabel. Als Strafverfolgungsbehörde musste das BFM dem beschuldigten Luftverkehrsunternehmen nicht bloss den strafrechtlichen Erfolg an der Aussengrenze nachweisen, sondern auch die konkrete Unterlassung einer zumutbaren Vorkehrung. Dieser Nachweis hätte nur aufgrund umfangreicher Abklärungen im Ausland geführt werden können, was sich in der Praxis als faktisch unmöglich erwies. Neu soll eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vermutet werden, wenn Personen befördert werden, die nicht über die für die Einreise in den Schengen-Raum oder die Durchreise durch die internationalen Transitzone der Flughäfen erforderlichen Reisedokumente, Visa und Aufenthaltstitel verfügen. Die Luftverkehrsunternehmen können diese Vermutung durch den Beweis des Gegenteils umstossen. Dieser Beweis gelingt, wenn sie nachweisen, dass sie alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen haben, um zu verhindern, dass ungenügend dokumentierte Personen befördert werden.

Abs. 1

Wie in Kapitel 1.3 bereits erwähnt, wird diese neue Bestimmung als Kannvorschrift ausgestaltet. Diese erlaubt es dem BFM, bei leichten, vereinzelt auftretenden Fällen von einer Verfahrenseröffnung abzusehen und so dem präventiven Hauptziel dieser Sanktionsnorm, nämlich in Zusammenarbeit mit den Luftverkehrsunternehmen die Zahl der undokumentiert beförderten Personen zu reduzieren, gerecht zu werden. Es sind insbesondere Angemessenheitsüberlegungen, welche den Verzicht auf eine Sanktion rechtfertigen,

soll doch die Sanktion, bzw. der Verzicht darauf in jedem Fall abschreckend, wirksam und angemessen sein.

Mit fixen Pauschalsanktionen pro ungenügend dokumentierte Person wird mehr Transparenz und Rechtssicherheit geschaffen. Gleichzeitig entfällt die in der Praxis unlösbare Schwierigkeit, die Busse aufgrund eines im Einzelfall kaum bestimmbar Verschuldens bemessen zu müssen. Wie schon im geltenden Recht orientieren sich auch die neu vorgesehenen Pauschalsanktionen an den Vorgaben der Richtlinie 2001/51/EG (Art. 4). Diese schreibt vor, dass die Sanktion abschreckend, wirksam und angemessen zu sein hat. Zudem sieht sie als Sanktion pro beförderte Person wahlweise einen Höchstbetrag von nicht weniger als 5000 Euro oder einen Mindestbetrag von nicht unter 3000 Euro oder pro Flug eine maximale Pauschale von nicht unter 500 000 Euro vor. Die Umrechnung der in Euro festgesetzten Mindestbeträge hat in Anwendung des im ABl. C 225 vom 10. August 2001, S. 1 publizierten Umrechnungssatzes von 1.5057 Franken je Euro zu erfolgen.

Im Gegensatz zum bisherigen System, das sich implizit an der Maximalsanktion pro Flug orientierte, richtet sich die Sanktion neu nach der Zahl der undokumentiert beförderten Personen. Mit 4000 Franken pro beförderte Person kann die Sanktion zwar als abschreckend, wirksam und angemessen im Sinne der Richtlinie 2001/51/EG qualifiziert werden. Da aber diese Sanktion leicht unter dem Mindestbetrag gemäss Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie (3000 Euro) liegt, muss das Sanktionssystem eine weitere Sanktion vorsehen, die nicht unter 5000 Euro pro undokumentiert beförderter Personen liegt und so der (alternativen) Bestimmung von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie genügt. Diese Schwelle darf auch dann nicht unterschritten werden, wenn das Luftverkehrsunternehmen aufgrund der vertraglichen Zusammenarbeit mit den Behörden im Sinne von Artikel 94 Absatz 3 E-AuG im Einzelfall von einer Reduktion der Belastung bis zu maximal der Hälfte profitieren kann. Um die Vorgaben der Richtlinie auch noch in diesem Fall einhalten zu können, muss die Maximalsanktion demnach von 5000 Euro auf 10 000 Euro (mindestens 15 057 Franken) erhöht werden. Eine Sanktion von 16 000 Franken für schwere Sorgfaltspflichtverletzungen entspricht diesen Anforderungen. Als schwer im Sinne dieser Bestimmung gelten namentlich wiederkehrende, gleichartige Sorgfaltspflichtverletzungen.

Im Vergleich zu einem System mit lediglich einer Sanktionspauschale bleiben mit dem vorgesehenen Sanktionssystem mit zwei nach Schweregrad abgestuften Pauschalen zwar gewisse Beweisschwierigkeiten bestehen – jedenfalls dort, wo die höhere Sanktion ausgesprochen und begründet werden soll. Diese Schwierigkeiten werden aber dadurch aufgewogen, dass das abgestufte System es erlaubt, für den Regelfall eine deutlich tiefere und damit verhältnismässige Sanktion festzusetzen, ohne damit die Richtlinie 2001/51/EG zu verletzen. Würde nur mit einer Sanktion operiert, so dürfte diese nicht unter den von der Richtlinie als Mindestsanktion pro Person festgelegten 3000 Euro liegen. Da diese Limite überdies auch bei einer

Reduktion der Sanktion aufgrund einer Vereinbarung im Sinne von Artikel 94 E-AuG nicht unterschritten werden dürfte, müsste die Sanktion noch verdoppelt werden und würde damit bei 6000 Euro bzw. bei mindestens 9034.2 Franken pro Passagierin oder Passagier zu liegen kommen, was – vor allem auch im europäischen Vergleich – eine unverhältnismässig hohe Belastung darstellen würde.

Abs. 2

Neu wird bei einer Beförderung einer ungenügend dokumentierten Person eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vermutet (siehe Kapitel 1.3). In Analogie zu Artikel 92 E-AuG wurde der Einschubsatz angepasst: „*Einreisen in den Schengen-Raum und Durchreisen durch die internationalen Transitzonen der Flughäfen*“.

Abs. 3

In gewissen Fällen soll auf die Eröffnung bzw. auf die Fortführung eines bereits eröffneten Verfahrens verzichtet werden. Dies einerseits in den Fällen, in denen das Gesetz bereits bis anhin von einer Sanktion absah. Andererseits wurde der Katalog durch weitere Fälle ergänzt, bei denen das Luftverkehrsunternehmen eine ungenügende Dokumentenlage erfahrungsgemäss kaum oder gar nicht erkennen kann (Bst. c und d). *Bst. a*

Eine Fälschung ist offensichtlich, wenn sie für eine entsprechend geschulte Person mit durchschnittlichem Sehvermögen von blossen Auge erkennbar ist.

Bst. b

Es soll nur ein Verfahren eröffnet werden, wenn eine entsprechend geschulte Person mit durchschnittlichem Sehvermögen von blossen Auge erkennen konnte, dass das Dokument nicht der Person, die es vorweist, zustehend ist (sogenannte Imposter).

Bst. c

Es soll verhindert werden, dass das Luftverkehrsunternehmen für Fälle belastet wird, in denen die Stempelung des Dokumentes keine Nachvollziehbarkeit der Anzahl Einreisen oder Aufenthaltstage innert nützlicher Zeit erlaubt.

Bst. d

Die Bestimmung entspricht dem geltenden Artikel 120a Absatz 2 Buchstabe c.

Bst. e

Das Luftverkehrsunternehmen kann die gesetzliche Vermutung nach Absatz 2 widerlegen, indem es beweist, dass es alle erforderlichen und zumutbaren

organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um zu verhindern, dass es Personen befördert, die nicht über die für die Einreise in den Schengen-Raum oder für die Durchreise durch die internationalen Transitzonen der Flughäfen erforderlichen Reisedokumente, Visa und Aufenthaltstitel verfügen. Zu den organisatorischen Massnahmen, die in jedem Fall getroffen werden müssen, zählen die drei *curae* (*in eligendo, instruendo et custodiendo*).

Cura in eligendo meint die Sorgfalt bei der Auswahl der Personen, die das Check-In und die Einsteigekontrolle durchführen. Dabei ist unerheblich, ob die Personen Angestellte des Luftverkehrsunternehmens sind oder ob sie in einem Auftragsverhältnis zu diesem stehen. Zu berücksichtigen sind namentlich Ausbildung, Sachverstand, Wissen, Zuverlässigkeit und Erfahrung dieser Personen. *Cura in instruendo* meint die Sorgfalt bei der Instruktion dieser Personen, das heisst die angemessene Einführung, Schulung und Information zu sachrelevanten Themen, z.B. Änderungen im Visumbereich, neue *modi operandi* etc. *Cura in custodiendo* schliesslich meint die Pflicht zur Überwachung dieser Personen durch ein Controllingssystem und einen konsequenten Follow-up bei Mängeln.

Werden nicht alle drei *curae* genügend wahrgenommen, scheidet das Luftverkehrsunternehmen in seinem Versuch zu beweisen, dass alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen worden sind. Umgekehrt lässt eine Wahrnehmung der drei *curae* allein noch nicht darauf schliessen, dass alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen wurden. So gehört etwa die Sorgfalt bei der Ausrüstung (technische Infrastruktur beim Check-In und bei der Einstiegskontrolle) nicht zu den erwähnten *curae*, wohl aber zu der Sorgfaltspflicht nach Artikel 92 E-AuG.

Abs. 4

Die Bestimmung entspricht dem geltenden Artikel 120a Absatz 2 Buchstabe e.

Art. 122b (neu) Verletzung der Meldepflicht der Luftverkehrsunternehmen

Abs. 1 und 1^{bis}

Verletzungen der Meldepflicht werden neu mit fixen Beträgen für jeden Flug, bei dem die Meldepflicht verletzt wurde, belastet. Damit wird mehr Transparenz und Rechtssicherheit geschaffen. Gleichzeitig entfällt die in der Praxis kaum lösbare Schwierigkeit, die Belastung aufgrund eines im Einzelfall nicht bestimmbar Verschuldens bemessen zu müssen. Die neu eingefügte Kann-Vorschrift ermöglicht es dem BFM, in gewissen Fällen von einer Verfahrenseröffnung abzusehen. Es sind insbesondere Angemessenheitsüberlegungen, welche den Verzicht auf eine Sanktion rechtfertigen, sollen doch die Sanktion, bzw. der Verzicht darauf in jedem Fall abschreckend, wirksam und angemessen sein. Dies beispielsweise bei kleineren, den Zweck

der Meldepflicht nicht wesentlich beeinträchtigenden Fehlern, etwa dem einmaligen Fehlen eines Geburtsdatums eines einzelnen Passagiers. Ziel der Norm ist nicht eine möglichst hohe Anzahl an Belastungen auszusprechen, sondern – in Zusammenarbeit mit den Luftverkehrsunternehmen – die Datenqualität der Meldungen zu verbessern. Der Betrag der Belastung orientiert sich an der Richtlinie 2004/82/EG (Art. 4). Diese sieht vor, dass entweder eine Mindestsanktion von nicht unter 3000 Euro oder eine Maximalsanktion von nicht unter 5000 Euro vorzusehen ist. Zur Umrechnung in Frankenbeträge ist auf den Umrechnungskurs gemäss ABl. C 223 vom 7. September 2004, S. 1 von 1.5337 Franken je Euro abzustellen.

Wie bereits bei Artikel 122a E-AuG wird für gewöhnliche Verstösse gegen die Meldepflicht eine Sanktion vorgeschlagen, die mit 4000 Franken leicht unter der Mindestsanktion von 3000 Euro gemäss Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b der massgebenden Richtlinie 2004/82/EG liegt. Um ihren Vorgaben dennoch gerecht zu werden, muss deshalb auch hier eine zweite, höhere Sanktion vorgesehen werden, die Buchstabe a der genannten Bestimmungen genügt, in dem sie über 5000 Euro liegt. Sie greift in schweren Fällen, namentlich bei wiederholt unvollständigen, verspätet oder gar nicht erfolgten Meldungen. Dort soll die Möglichkeit bestehen, die Belastung zu verdreifachen.

Im Gegensatz zum bestehenden Recht nennt die neue Sanktionsnorm das Verschulden nicht mehr als selbständiges Tatbestandselement, da sich die ein allfälliges Verschulden begründenden Handlungen oder Unterlassungen regelmässig im Ausland zutragen, wo sich diese gar nicht oder nur mit einem nicht zu leistenden Aufwand abklären lassen. Stattdessen sieht Absatz 2 neu eine abschliessende Aufzählung gesetzlicher Exkulpationstatbestände vor.

Absatz 2 des geltenden Artikel 120b wird nicht übernommen. Die darin enthaltenen Erscheinungsformen von Meldepflichtverletzungen waren rein deklaratorischer Natur und ergeben sich auch ohne explizite Erwähnung aus der gestützt auf Artikel 104 E-AuG erlassenen Verfügung.

Abs. 2

Das Luftverkehrsunternehmen kann sich exkulpieren, das heisst die vermutete Meldepflichtverletzung widerlegen, wenn technische Probleme – namentlich der Übermittlungssysteme oder des API-Systems – die Übermittlung der Meldung verunmöglichten oder wenn das Unternehmen nachweist, dass es alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine Verletzung der Meldepflicht zu verhindern. Bezüglich des Übermittlungssystems greift die Exkulpation nur, wenn das Luftverkehrsunternehmen die technischen Probleme nicht zu verantworten hat. Es handelt sich um eine Beweislastverschiebung. Zu den organisatorischen Massnahmen, die in jedem Fall getroffen sein müssen, zählen die drei *curae* (*in eligendo, instruendo et custodiendo*; vgl. Kommentar zu Artikel 122a Absatz 3 Buchstabe e E-AuG).

Absatz 4 des geltenden Artikel 120b, *welcher festhält, dass eine vereinbarten Zusammenarbeit zwischen Behörden und Luftverkehrsunternehmen bei der Festlegung der Busse berücksichtigt werde*, wird gestrichen bzw. nicht neu in Artikel 122b E-AuG übernommen. Die Meldung nach Artikel 104 ist ein überwiegend technischer Vorgang. Im Vergleich zu der Sorgfaltpflicht nach Artikel 92 ist sie weniger fehleranfällig, und bei technischen Problemen kommt Absatz 3 zur Anwendung. Deshalb soll im Gegensatz zur Sorgfaltpflichtverletzung (vgl. Art. 92a Abs. 3 E-AuG), wo das menschliche Element eine wichtigere Rolle spielt, eine allfällige Vereinbarung bei der Belastung nicht zusätzlich berücksichtigt werden.

Art. 122c (neu) Gemeinsame Bestimmungen für die Sanktionierung der Transportunternehmen

Das verwaltungsrechtliche Verfahren kann direkt gegen das Luftverkehrsunternehmen geführt werden, dieses muss sich nicht durch eine natürliche Person vertreten lassen.

Abs. 1

Die Verletzung der Sorgfalts- und Meldepflichten wird typischerweise am Abflugort im Ausland begangen. Der Absatz 1 unterstreicht diese Besonderheit und stellt die Verfolgung von Pflichtverletzungen im Ausland sicher.

Abs. 2

Im Sinne der Rechtssicherheit wird ein zeitlicher Rahmen definiert, innert dem ein Verfahren eingeleitet werden kann. Mit einer Frist von zwei Jahren wird ein realistischer Zeitraum zur Eröffnung eines Verfahrens geschaffen. Die Länge dieser Frist ergibt sich aus organisatorischen Gründen der mit der Festsetzung der Sanktionen beauftragten Behörde (BFM) sowie aus dem Bestreben, ihr bei wiederholten Verfehlungen die Möglichkeit zu lassen, den Schweregrad der Pflichtverletzung einzustufen (vgl. Art. 122a Abs. 1 und 122b Abs. 1 E-AuG). Da es sich bei den Bestimmungen zu den Sanktionen um Kann-Bestimmungen handelt, kann das BFM das Luftverkehrsunternehmen auch einfach verwarnen, ohne es direkt zu sanktionieren. Zur Berücksichtigung dieser Umstände muss also eine genügend lange Frist festgelegt werden.

Diese Änderung des Gesetzes erfolgt zugunsten der Luftverkehrsunternehmen, denn nach geltendem Recht verjährt die Strafverfolgung nach sieben und die Strafe nach fünf Jahren (vgl. Art. 120c Abs. 3).

Bei einer Verletzung der Sorgfaltpflicht läuft die Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt, an dem die Grenzkontrollbehörde feststellt, dass eine oder mehrere beförderte Personen nicht über die erforderlichen Reisedokumente, Visa und Aufenthaltstitel verfügen (vgl. Art. 92 E-AuG). Die Feststellung erfolgt anhand eines Grenzkontrollrapports. Die Frist beginnt ab dem Datum der Einreiseverweigerung zu laufen.

Bei einer Verletzung der Meldepflicht beginnt die Verjährungsfrist ab dem Datum des tatsächlichen Abflugs zu laufen (vgl. Art. 104 Abs. 1 E-AuG).

Abs. 3

Zur Berücksichtigung des verwaltungstechnischen Charakters des Verfahrens wird Artikel 120e Absatz 2 aufgehoben und in geänderter Form in Artikel 122c Absatz 3 E-AuG aufgenommen. Wie nach geltendem Recht bleibt das BFM zuständig für die Sanktionierung, geändert wird lediglich das anwendbare Verfahrensrecht. Neu untersteht das Sanktionsverfahren nicht mehr dem Verwaltungsstrafrecht, sondern dem Verwaltungsrecht.

Art. 126c (neu) Gemeinsame Bestimmungen zur Änderung vom ...des AuG

Mit der Novelle ist auf neue Verfahren wegen Verletzung der Sorgfalts- oder Meldepflicht neu nicht mehr das Verwaltungsstrafverfahren sondern das Verwaltungsverfahren anwendbar. Bereits eröffnete Verfahren dagegen sollen auch nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts bis zu ihrem rechtskräftigen Abschluss nach altem formellen und materiellen Recht fortgeführt werden, da ein Wechsel des anwendbaren materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im hängigen Verfahren diverse schwierig zu lösende Fragen aufwerfen würde.

2.2 Erläuterungen zu den Änderungen des Asylgesetzes (AsylG)³²

Art. 92 Kosten für die Ein- und Ausreise

Nach Artikel 92 AsylG kann der Bund die Kosten der Ein- und Ausreise von Flüchtlingen und Schutzbedürftigen übernehmen (Abs. 1). Er kann auch die Kosten für die Ausreise von Asylsuchenden übernehmen, sofern sie mittellos sind (Abs. 2). Gemäss Absatz 3 kann der Bund für Aufwendungen der Kantone, die mit der Organisation der Ausreise direkt in Zusammenhang stehen, Beiträge ausrichten.

Bei der Einführung der Dublin-Assoziierungsabkommen war nicht vorgesehen, dass die Kantone die Kosten für deren Umsetzung tragen müssen. Vielmehr musste der Bund diese Kosten übernehmen, da die Durchführung der Abkommen ihm selbst vorbehalten war. Der Gesetzgeber hat es jedoch unterlassen, die Modalitäten für die Finanzierung der Kosten zu regeln, die den Kantonen bei Verfahren zur Überstellung von Personen in die Schweiz (Dublin-in-Verfahren) entstehen. Diese Gesetzeslücke muss mit einer Ergänzung (Abs. 3^{bis}) geschlossen werden (siehe ebenfalls die Erläuterungen unter Ziff. 1.1).

Abs. 3^{bis} (neu)

³² SR 142.31

Die Kosten in Verbindung mit der Organisation der Einreise von Asylsuchenden in einem Dublin-in-Verfahren entsprechen mehr oder weniger jenen für die Ausreise. Artikel 92 Absatz 3^{bis} wird eingefügt, damit der Bund die Kosten in direktem Zusammenhang mit dem Empfang der Personen übernehmen kann.

Mit den Beiträgen an die Kantone müssen die Aufwendungen für die Organisation des Empfangs, die Information des BFM, die Sicherheitskontrolle, die Koordination und die Beförderung in den Zuweisungskanton gedeckt werden können. Der Bund übernimmt diese Kosten zurzeit, indem er sie dem Kredit für die Vollzugskosten belastet (siehe ebenfalls die Erläuterungen unter Ziff. 1.1). Bis zum Inkrafttreten der Änderung wird das BFM die Kosten in Zusammenhang mit den Dublin-in-Verfahren weiterhin übernehmen.

2.3 Erläuterungen zu den Änderungen des Bundesgesetzes über das Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich (BGIAA)³³

Art. 3 Zweck des Informationssystems

Abs. 2 Bst. k (neu)

Für den Verband der Schweizerischen Arbeitsmarktbehörden (VSAA) ist es notwendig im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben im Bereich Meldeverfahren gemäss dem Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, EntsG³⁴) weitere Zugriffsrechte zu erhalten. Beispielsweise sollen die Arbeitsmarktbehörden künftig Zugriffe auf eine Verwarnung wegen verspäteter Meldung vor Arbeitsbeginn oder auf eine Verfügung einer Busse wegen Meldung nach Arbeitsbeginn erhalten. Nach Artikel 17 DSG dürfen besonders schützenswerte Personendaten sowie Persönlichkeitsprofile nur bearbeitet werden, wenn ein Gesetz im formellen Sinn es ausdrücklich vorsieht. Da es sich bei den neuen Zugriffsrechten der Arbeitsmarktbehörden um besonders schützenswerte Personendaten nach Artikel 3 Bst. c Ziffer 4 DSG handelt, braucht es die vorgeschlagene Anpassung im BGIAA. In Art. 9 Absatz 1 Buchstabe a BGIAA ist bereits heute gesetzlich festgehalten, dass den kantonalen Arbeitsmarktbehörden der Zugriff auf ZEMIS gestattet ist.

³³ SR 142.51

³⁴ SR 823.20

Art. 9 Abrufverfahren

Abs. 1 Bst. k und Abs. 2 Bst. j (neu)

Zugang der Visumbehörden zu den Daten in ZEMIS. In Artikel 9 BGIAA wird der Zugang zum Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich (ZEMIS) geregelt. Bei der Umsetzung des nationalen Visumsystems wurde vorgesehen, bestimmte Zugangsberechtigungen der Visumbehörden aufgrund der Löschung der Daten zu den Visa in ZEMIS, genauer gesagt in dessen Subsystem EVA, aufzuheben. Im Rahmen der Umsetzung des neuen nationalen Visumsystems hat sich aber gezeigt, dass die für die Erteilung von Visa zuständigen Behörden (Art. 109c Bst. a, b, c und e AuG) neben den Daten zu den Visa auch Zugang zu weiteren Daten in ZEMIS haben sollten. Dabei geht es insbesondere um die Daten des Ausländerbereichs (Art. 9 Abs. 1 Bst. k), d. h. die Daten zu von der Schweiz verhängten Einreiseverboten sowie zu den Einreise- und Aufenthaltsbewilligungen, zum Aufenthalt in der Schweiz und gegebenenfalls zu mehreren Identitäten einer Person.

Im Asylbereich sollten die schweizerischen Vertretungen und Missionen im Ausland sowie die übrigen Behörden des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) oder die kantonalen Migrationsbehörden wissen, ob in ZEMIS Informationen zur Visumgesuchstellerin oder zum Visumgesuchsteller enthalten sind (Art. 9 Abs. 2 Bst. j). Das neue nationale Visa-Informationssystem sieht nach der Suche in den Umsystemen eine Trefferliste vor, in welcher eine Kurzinformation zum Grund des Treffers angegeben wird, bei einem Treffer im ZEMIS Asyl bspw. "Asyldaten vorhanden". Das heisst, die versetzbaren Mitarbeiter auf den Auslandvertretungen würden neu darüber informiert werden, wenn es einen Treffer im ZEMIS Asyl gibt, sofern das Asylgesuch nicht mehr als 5 Jahre zurück liegt. Der Zugriff auf weitere Informationen bleibt für die Auslandvertretungen allerdings weiterhin gesperrt. Heute ist es so, dass im EVA in diesen Fällen die Meldung "Dieser Fall liegt in der Zuständigkeit BFM" eingeblendet wird. Implizit wissen die Visamitarbeitenden aber bereits heute, dass in diesen Fällen vermutlich ein Treffer im ZEMIS Asyl vorliegt. Neu soll diese Information den versetzbaren Mitarbeitern auf den Auslandvertretungen gegeben werden, um Transparenz zu schaffen und unnötige Fragen zu vermeiden. Zudem sollen die Visumbehörden im Rahmen der Erteilung einer Einreisebewilligung zwecks Familienzusammenführung im Asylbereich (Familienmitglieder von anerkannten Flüchtlingen, von Personen mir vorläufiger Aufnahme und von Personen im laufenden Asylverfahren) Daten zur Einreisebewilligung und zur Person abrufen können (Art. 9 Abs. 2 Bst. j). Bei den Daten der Einreisebewilligung handelt es sich um die Bewilligung an sich (ZEMIS-Code) sowie das Datum der Einreisebewilligung. Bei den Personendaten handelt es sich um die ZEMIS-Nummer, Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Staatsangehörigkeit. Nebst dem BFM haben heute ausschliesslich das Grenzwachtkorps und die Grenzposten der kanto-

nalen Polizeibehörden zur Erteilung von Ausnahmevisa Zugang zu den Daten des Asylbereichs (Art. 9 Abs. 2 Bst. e BGIAA).

Der berechtigte Zugriff auf ZEMIS erfolgt bei der Prüfung eines Visumgesuchs automatisch über das neue nationale Visumsystem. Es werden ausschliesslich jene Mitarbeitenden Zugriff auf die Daten haben, die für die Behandlung der Gesuche zuständig sind. In der ZEMIS-Verordnung wird geregelt werden, auf welche Daten genau sie zugreifen können. Die Daten werden ausschliesslich für den Entscheid über die Erteilung oder Verweigerung des Visums verwendet und gelöscht, sobald die Behörde den Entscheid gefällt hat.

Damit die für die Erteilung oder Verweigerung des Visums zuständige Behörde sowie das BFM ihren Entscheid fällen können, werden ihnen die aus anderen Datenbanken beschafften Daten zu den Visumgesuchstellerinnen und Visumgesuchstellern im Allgemeinen während eines bestimmten Zeitraums im nationalen Visumsystem zugänglich sein. In den allermeisten Fällen wird ein Visumgesuch innerhalb von drei Tagen bearbeitet. In einigen Fällen, namentlich bei Visumgesuchen in Zusammenhang mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz, kann das Verfahren bis zu sechs Monate dauern. Sobald das Visum erteilt oder verweigert wurde, werden die betreffenden Daten automatisch gelöscht.

Zu unterstreichen ist hier, dass die im Rahmen der Umsetzung des zentralen Visa-Informationssystems vorgesehenen Aufhebungen in Zusammenhang mit Artikel 9 BGIAA35 erst bei Inkrafttreten der vorliegenden Anpassungen von Artikel 9 BGIAA wirksam werden. Dies zur Gewährleistung der Kontinuität der Zugriffe auf die Daten in ZEMIS.

2.4 Erläuterungen zu den Änderungen des Bundesgesetzes über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI)³⁶

Art. 7 Auskunftsrecht

Abs. 3

Redaktionelle Anpassung durch die Redaktionskommission der Bundeskanzlei.

Art. 15 Automatisiertes Polizeifahndungssystem

Abs. 1 Bst. d und d^{bis} (neu) sowie 3 Bst. f

³⁵ Bundesbeschluss vom 11. Dezember 2009 über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung und des Beschlusses über das Visa-Informationssystem (VIS), AS **2010** 2063.

³⁶ SR **361**

Die Artikel 15 und 16 BPI müssen aufgrund des Inhalts des neuen Artikels 104a AuG angepasst werden, der den automatischen Abgleich der API-Daten mit jenen der Systeme RIPOL und N-SIS vorsieht. Das BFM benötigt für den automatischen Abgleich keinen weiteren Zugriff auf die Datenbanken RIPOL und N-SIS als bisher. Es ändern sich lediglich die Aufgaben, was zu den Änderungen der Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe d und Abs. 3 Bst. f und 16 Absatz 2 Buchstabe i und Absatz 5 Buchstabe b^{bis} BPI sowie zu einem neuen Art. 15 Abs. 1 Bst. d^{bis} führt (siehe ebenfalls die Erläuterungen zu Art. 104a Abs. 3 AuG).

Art. 16 Nationaler Teil des Schengener Informationssystems

Abs. 2 Bst. i und Abs. 5 Bst. b^{bis} (neu)

Siehe die Erläuterungen zu Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe d BPI.

3 Finanzielle und personelle Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Beim Bund entstehen durch die Änderung des Ausländergesetzes in Bezug auf die Sorgfalts- und Meldepflichtverletzungen durch Luftverkehrsunternehmen keine Mehrkosten. Das Informationssystem API ist getestet worden und ist betriebsbereit. Im Rahmen der vorliegenden Gesetzesrevision sind keine zusätzlichen Kosten vorgesehen.

Durch die Gesetzesänderungen in Bezug auf die Umsetzung des neuen nationalen Visuminformationssystems sind finanziellen Auswirkungen zu erwarten. Das neue Visuminformationssystem N-VIS wird im Rahmen des Informatikkredits Schengen umgesetzt. Dabei sind durch die Änderungen des Ausländergesetzes bezüglich Speicherung der Treffer aus SIS und RIPOL (Art. 109b Abs. 2 Bst. e E-AuG) keine Mehrkosten zu erwarten. Die Gesetzesänderung bezüglich elektronisches Dossier (Art. 109b Abs. 2 Bst. d E-AuG) schafft die rechtliche Möglichkeit, Visumdossiers elektronisch anzulegen. Jedoch ist heute nicht abschliessend geklärt in welchem Umfang dieses Vorhaben umgesetzt werden soll. Dies wird zurzeit im Rahmen genereller Prozessoptimierungsüberlegungen im Visumverfahren geprüft. Daher lassen sich die finanziellen und personellen Auswirkungen noch nicht beziffern. Je nach Umsetzungsart dürften die Kosten für ein solches Projekt aber erheblich sein.

Die vorgeschlagene Änderung des Artikels 82 E-AuG führt beim Bund zu Investitionskosten. So ist bei der Realisierung von insgesamt 250 neuen Administrativhaftplätzen und einer Kostenbeteiligung des Bundes von 35% Prozent an den anerkannten Baukosten - analog der Leistungen des Bundes im Straf- und Massnahmenvollzug -, mit Mehrkosten von mindestens 45 Mio. Franken zu rechnen (siehe ebenfalls die Erläuterungen unter Ziff. 1.2.2).

Die in Artikel 82 Absatz 1 E-AuG vorgeschlagene Änderung soll längerfristig zu Einsparungen führen. Präzise Angaben zu den möglichen finanziellen Auswirkungen lassen sich jedoch derzeit nicht machen, da keine genaue Prognose über die künftige Entwicklung im Bereich der Zwangsmassnahmen möglich ist. Es darf indessen davon ausgegangen werden, dass die Kantone aufgrund der zusätzlichen Haftplätze die Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft gegen Personen, die nach einem rechtskräftigen Entscheid die Schweiz verlassen müssen, vermehrt und zu einem früheren Zeitpunkt anordnen werden als heute. Dadurch wird sich einerseits die Anzahl der zwangsweisen Ausreisen erhöhen und andererseits werden ausreisepflichtige Personen vermehrt freiwillig und zu einem früheren Zeitpunkt ausreisen. Insgesamt wird dadurch der Aufenthalt in der Schweiz verkürzt, was zu einer Reduktion bzw. zu einer Vermeidung eines Anstieges der Nothilfekosten der Kantone führt. Diese positiven Effekte und Einsparungen lassen sich indessen im heutigen Zeitpunkt nicht zahlenmässig beziffern.

Zudem muss für die Projektabwicklung im Rahmen der Administrativhaftplatzfinanzierung beim Bund mit einem zusätzlichen Personaleinsatz im Umfang von einer bis zwei Vollzeitstellen gerechnet werden.

3.2 Auswirkungen auf die Kantone

Die Errichtung und Ausstattung von Einrichtungen für die Administrativhaft verursacht Mehrkosten für die Kantone. Wenn man von insgesamt 250 neuen Haftplätzen und einer Baukostenbeteiligung des Bundes in der Höhe von ungefähr 35 % ausgeht, müssen die Kantone mit Mehrkosten von mindestens 80 Mio. Franken rechnen. Hinzu kommen Kosten für das Betreuungspersonal und den Betrieb der Einrichtungen. Zudem können die möglichen Auswirkungen der Ausschaffungsinitiative auf die Administrativhaftplätze beim jetzigen Stand der Arbeiten zur Umsetzung der Initiative noch nicht bestimmt werden.

Bei den Kantonen entstehen durch die Änderung des Ausländergesetzes in Bezug auf die Sorgfalts- und Meldepflichtverletzungen durch Luftverkehrsunternehmen sowie das API-System keine Mehrkosten.

Durch die Gesetzesänderungen in Bezug auf die Umsetzung des neuen nationalen Visuminformationssystems sind keine Mehrkosten zu erwarten. Die finanziellen und personellen Auswirkungen für die Kantone im Falle der unter Punkt 3.1 erwähnten Umsetzungen des elektronischen Dossiers lassen sich noch nicht beziffern.

4 Rechtliche Aspekte

4.1 Verfassungsmässigkeit

Der Entwurf zur Änderung des AuG und des AsylIG stützt sich auf Artikel 121 Absatz 1 der Bundesverfassung³⁷ (Gesetzgebungskompetenz des Bundes über die Gewährung von Asyl sowie Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern).

Der Bundesgesetzgeber kann demzufolge im Asyl- und Ausländerbereich eine gesetzliche Grundlage für die Ausrichtung von Abgeltungen an die Kantone schaffen, mit denen den Kantonen übertragene Aufgaben ganz oder teilweise finanziert werden.

4.2 Vereinbarkeit mit dem internationalen Recht

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen stehen im Einklang mit der Konvention vom 4. November 1950³⁸ zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten (EMRK) sowie mit dem Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1966³⁹ über die bürgerlichen und politischen Rechte (UNO-Pakt II).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in konstanter Rechtsprechung dafür ausgesprochen, es dem nationalen Gesetzgeber zu überlassen, wie er seine Rechtsordnung organisiert und welchem Verfahrensgesetz er die administrativen Sanktionen unterstellt. Denn die Garantien nach Artikel 6 EMRK gelten vollkommen unabhängig davon, welches Verfahren zur Anwendung kommen soll, sei es nun das Strafverfahren oder das Verwaltungsverfahren.

Hinsichtlich der Sorgfalts- und Meldepflichtverletzungen durch Luftverkehrsunternehmen ist zu betonen, dass mit der neuen Regelung nicht auf das Element der Schuld verzichtet wird: Einerseits obliegt es den Parteien zu beweisen, dass sie die Sorgfaltspflicht nicht verletzt haben, und andererseits sieht das Gesetz zahlreiche Sachverhaltskonstellationen vor, die aufgrund möglicher Zweifel am Verschulden von vornherein von einer Sanktion ausgenommen sind.

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen berücksichtigen die relevanten übergeordneten Rechtsnormen, namentlich Artikel 26 SDÜ und die ergänzenden Richtlinien 2001/51/EG sowie 2004/82/EG, welche die Schweiz im Rahmen der Schengener Zusammenarbeit übernommen hat.

³⁷ SR 101

³⁸ SR 0.101

³⁹ SR 0.103.2