



Universität St.Gallen

Prof. Dr. Benjamin Schindler
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität St.Gallen
Tigerbergstrasse 21
CH-9000 St. Gallen

Tel: +41 71 224 2160 (Ass.)
2163 (direkt)
Fax: +41 71 224 2162
benjamin.schindler@unisg.ch
www.unisg.ch

Kurzgutachten betreffend nationale Polizei-Abfrageplattform (POLAP)

zu Händen des

Bundesamtes für Polizei

verfasst von

Prof. Dr. Benjamin Schindler

Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

und

Dr. iur. Kaspar Ehrenzeller

Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

Inhalt

A. Auftrag.....	3
B. Allgemeine Bemerkungen	5
1. Mögliche Verfassungsgrundlagen für ein Bundesgesetz über eine nationale Abfrageplattform	5
2. Art. 57 BV in der Rechtsetzungspraxis des Bundesgesetzgebers.....	8
2.1. Hoogan-Datenbank.....	8
2.2. Nationaler Polizeiindex.....	9
2.3. Informationssystem der Zeugenschutzstellen	10
2.4. Zentralstellen zur Bekämpfung des organisierten und international tätigen Verbrechens.....	11
2.5. Datenindex Terrorismus	12
2.6. Zwischenfazit.....	13
3. Art. 57 BV in der Lehre	14
4. Präzisierende Stellungnahme zur Rechtsauffassung der Gutachter	16
C. Antworten zu den einzelnen Fragen.....	22
1. Frage 1	22
1.1. Frage A.....	22
1.2. Frage B	22
1.3. Frage C.....	23
1.4. Frage D.....	23
2. Frage 2	24
3. Frage 3	24
4. Frage 4	25
D. Zusammenfassende Würdigung und Ausblick.....	26

A. Auftrag

Lässt sich aus der Bundesverfassung eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes ableiten, die ihn ermächtigt, den Austausch polizeilicher Daten zwischen dem Bund und den Kantonen sowie unter den Kantonen auf Bundesebene zu regeln? So lautete die Fragestellung, mit der sich die Gutachter in einem Kurzgutachten zuhanden der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren befassen.¹ Die Kantone haben die Ausarbeitung eines Konkordats an die Hand genommen. Im Juli 2023 hat das Bundesamt für Polizei ein «Feuille de Route zur Umsetzung der Motion Eichenberger» (18.3592) ausgearbeitet. Darin wird ein Konkordat zur Umsetzung des horizontalen Datenaustauschs und eine Revision des Bundesgesetzes über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI²) zur Umsetzung der vertikalen Datenabfrage vorgeschlagen. Entscheiden sich die Kantone gegen ein Konkordat und schaffen die nötigen Grundlagen für eine horizontale Datenabfrage auch nicht im kantonalen Recht, soll durch eine Teilrevision der Bundesverfassung eine Bundeskompetenz zur Regelung des nationalen Austauschs polizeilicher Daten geschaffen werden.³ Das Bundesamt für Justiz⁴ und das Bundesamt für Polizei (fedpol)⁵ verfassten Argumentarien für eine Bundeslösung zuhanden der Sicherheitspolitischen Kommissionen des National- und Ständerats. Die sicherheitspolitische Kommission des Nationalrats hat den Bundesrat mittels Motion beauftragt, dem Parlament eine Revision der Bundesverfassung zu unterbreiten, mit welcher dem Bund die Kompetenz eingeräumt wird, die Abfrage polizeilicher Daten unter den Kantonen sowie zwischen dem Bund und den Kantonen zu regeln.⁶

Vor diesem Hintergrund beschloss das Bundesamt für Polizei, spezifische (Nach)fragen durch die Gutachter in einem zweiten Gutachten abklären zu lassen. Sie lauten wie folgt:

1. In Ihrem Kurzgutachten von 2021 schlagen Sie vor, unter vier Voraussetzungen eine auf Art. 57 Abs. 2 BV gestützte, «eng begrenzte und subsidiäre Koordinationskompetenz zu bejahen». Das Kurzgutachten äussert sich allerdings nicht ausdrücklich zur Reichweite dieser Bundeskompetenz. Es stellt sich die Frage, ob diese ausreicht, um die Motion Eichenberger vollständig umzusetzen. Wir bitten Sie deshalb um Stellungnahme zu folgenden Fragen:
 - a. Um eine vollständige Umsetzung der Motion Eichenberger mit Anbindung aller Kantone zu gewährleisten, müsste der Bundesgesetzgeber nicht nur die rechtlichen Grundlagen für eine POLAP schaffen und den Kantonen die Benutzung der Plattform ermöglichen, sondern die Kantone verpflichten, ihre polizeilichen Daten über die PO-

¹ Kurzgutachten zur polizeilichen Datenabfrage zu Handen der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und Direktoren vom 11. Mai 2021 (zit. Gutachten I), S. 3.

² Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI; SR 361).

³ Fedpol, Feuille de Route, Slide 2.

⁴ BJ, SIK-N vom 21. August 2023 und SIK-S vom 31. August 2023: Nationaler polizeilicher Datenaustausch (Motion Eichenberger) – Polizeiliche Abfrageplattform (POLAP), 636-4863/7/13, 18. August 2023 (zit. BJ, Argumentarium).

⁵ Direktion Fedpol, Bundeskompetenz für die Regelung des nationalen polizeilichen Datenaustausches, einschliesslich des interkantonalen Austausches polizeilicher Daten, Argumentarium für eine Bundeslösung vom 17. Mai 2023 (zit. Fedpol, Argumentarium).

⁶ Motion 23.4311 vom 10. Oktober 2023 «Schaffung einer Verfassungsgrundlage für eine Bundesregelung des nationalen polizeilichen Datenaustausches», Sicherheitspolitische Kommission des Nationalrats.

LAP dem Bund und anderen Kantonen bekannt zu geben. Würde die in Ihrem Kurzgutachten bejahte Bundeskompetenz eine Verpflichtung der Kantone zur Datenbekanntgabe abdecken, sodass auf eine Anpassung der Rechtsgrundlagen in den Kantonen vollständig verzichtet werden kann?

- b. Um die Motion Eichenberger vollständig umzusetzen, müssen die Kantone neben gerichtspolizeilichen Daten (deren Bearbeitung sich auf die Strafprozessordnung stützt) auch kriminalpolizeiliche Daten aus Vorermittlungen/Vorfeldermittlungen und sicherheitspolizeiliche Daten (deren Bearbeitung sich auf kantonale Polizeigesetze stützt) über die POLAP dem Bund und anderen Kantonen bekannt geben. Würde die in Ihrem Kurzgutachten bejahte Bundeskompetenz eine Verpflichtung der Kantone zur Bekanntgabe der auf kantonale Polizeigesetze gestützten Daten abdecken?
 - c. Um die Motion Eichenberger vollständig umzusetzen, müssen die Kantone die auf ihre kantonalen Polizeigesetze bearbeiteten Daten nicht nur vertikal (dem Bund bzw. dem Ausland), sondern auch horizontal (anderen Kantonen) bekannt geben. Würde die in Ihrem Kurzgutachten bejahte Bundeskompetenz eine Verpflichtung der Kantone zur Bekanntgabe ihrer Daten an andere Kantone abdecken?
 - d. Sehen Sie zumindest dann eine Bundeskompetenz, um den interkantonalen polizeilichen Datenaustausch (ausserhalb von Verfahren gemäss StPO) durch den Bund zu regeln, wenn die Regelungen des Bundes für die Kantone nur subsidiären Charakter hätten? Bzw. wenn die Bundesregelungen nur zur Anwendung gelangen würden, wenn der Kanton diese Bestimmungen gemäss kantonalem Recht für anwendbar erklärt? Ist es für die Frage einer Bundeskompetenz somit relevant, ob die Kantone durch eine Bundesregelung zum interkantonalen Austausch von polizeilichen Daten verpflichtet werden oder nicht?
2. Eine Abstützung auf die Koordinationspflicht von Art. 57 Abs. 2 BV erfordert nach der Praxis des Bundesgesetzgebers, dass der Bund im betreffenden Sachbereich über eine «nicht marginale» bundesrechtliche Sachzuständigkeit verfügt (Bericht Malama, BBl 2012 4486). Dies wird auch in Ihrem Kurzgutachten festgehalten (S. 24, Ziff. 6). Besteht in Bezug auf die polizeilichen Aufgaben der Kantone im Bereich der Sicherheitspolizei und der Vorermittlungen/Vorfeldermittlungen eine solche nicht marginale bundesrechtliche Sachzuständigkeit?
 3. Stützt die im Verfassungsrecht vorherrschende Lehre eine Bejahung der kompetenzbegründenden Wirkung von Art. 57 Abs. 2 BV ohne Vorliegen einer bundesrechtlichen Sachzuständigkeit?
 4. Ihr Kurzgutachten anerkennt einen «eminenten Revisionsbedarf» (S. 16) in Bezug auf die Sicherheitsverfassung und fordert «dringend [...] [eine] Lösung de constitutione ferenda» (S. 24). Das Gutachten bejaht zudem eine Bundeskompetenz spezifisch aus dem Grund, «um die staatliche Handlungsfähigkeit im Bereich der inneren Sicherheit aufrecht zu erhalten, bis die erforderliche Verfassungsgrundlage existiert» (S. 18). Das Ihnen im Anhang überlassene «feuille de route» zur Umsetzung der Motion Eichenberger vom Juli 2023 sieht zwei Varianten vor: Variante Konkordat und Variante Verfassungsrevision. Wie beurteilen Sie aus verfassungsrechtlicher Sicht die Variante, die Bundesverfassung um eine punktuelle Bundeskompetenz zur Regelung des polizeilichen Datenaustauschs zu ergänzen, um eine spezifische Verfassungsgrundlage für eine vollständige Umsetzung der Motion Eichenberger auf dem Weg der Bundesgesetzgebung zu schaffen, im Vergleich zu einer auf Art. 57 Abs. 2 BV gestützten Bundesregelung?

Das vorliegende Gutachten analysiert, inwieweit gestützt auf Art. 57 Abs. 2 BV ein Bundesgesetz über eine nationale Abfrageplattform für Polizeidaten erlassen werden könnte. Wie ein etwaiges Bundesgesetz konkret auszugestalten wäre, untersucht das vorliegende Gutachten ebenso wenig,

wie die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen für Abfrageplattformen aus dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips oder den Grundrechten.⁷

B. Allgemeine Bemerkungen

1. Mögliche Verfassungsgrundlagen für ein Bundesgesetz über eine nationale Abfrageplattform

Die nationale Abfrageplattform (POLAP) soll eine transnationale Abfrage von Polizeidaten zwischen der EU und der Schweiz, eine vertikale Datenabfrage zwischen dem Bund und den Kantonen sowie eine horizontale Datenabfrage zwischen Kantonen untereinander ermöglichen.⁸ Im Vordergrund stehen dabei Daten zur Erkennung und Verfolgung von Straftaten im polizeilichen Vorermittlungsverfahren gestützt auf das kantonale Polizeirecht und das Polizeirecht des Bundes (kriminalpolizeiliche Daten), Daten zur Verfolgung von Straftaten im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens gestützt auf die StPO⁹ (gerichtspolizeiliche Daten) sowie Daten zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung im öffentlichen Raum (sicherheitspolizeiliche Daten).¹⁰ Wie bereits im Gutachten I dargelegt, ist die bundesverfassungsrechtliche Kompetenzordnung im Sicherheitsbereich komplex. Die Polizeihochheit der Kantone wird durch verschiedene (fragmentarische) Bundeskompetenzen zurückgedrängt.¹¹ Die Kantone sind damit Träger einer durch Bundeskompetenzen vielfach eingeschränkten Polizeihochheit. Die fragmentarischen Bundeskompetenzen im Bereich der inneren Sicherheit werden neben weiteren spezifischeren Bundeskompetenzen wie etwa Art. 82 BV¹² (Strassenverkehr) oder Art. 121 BV (Ausländer- und Asylbereich) vor allem auf fünf Verfassungsgrundlagen abgestützt:¹³

Die *Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts* (Art. 123 BV) ermächtigt den Bund zum Erlass von Polizeirecht im Bereich seiner Strafverfolgungskompetenzen und damit zusammenhängenden Fragen.¹⁴ Nach Auffassung des Bundesamtes für Justiz¹⁵, des Bundesamtes

⁷ Vgl. dazu Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 8.

⁸ BJ, Argumentarium (Fn. 4), 3.

⁹ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312).

¹⁰ Die Terminologie zur Unterscheidung der Bereiche ist teilweise unterschiedlich. Vorliegend wird in Anschluss an den Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3. März 2010. Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen vom 2. März 2012, BBl 2012 4459 ff. (zit. Bericht Malama), 4567 ff. angeschlossen. S.a. BJ, Argumentarium (Fn. 4), 2; leicht anders Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 4.1 ff.

¹¹ Gutachten I (Fn. 1), 10 ff.; s.a. Bericht Malama (Fn. 10), BBl 2012 4459 ff., 4476 ff.; DIGGELMANN OLIVER/ALTWICKER TILLMAN, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel 2015 (zit. BSK-BV), Art. 57, Rz. 23 ff.; MÜLLER RETO PATRICK/MOHLER HANS FRANZ, in: Ehrenzeller/ Egli/ Hettich/ Hongler/ Schindler/ Schmid/ Schweizer (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK-BV), Art. 57, Rz. 31 ff.; TIEFENTHAL JÜRGEN MARCEL, Vielfalt in der Einheit am Ende? Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zürich 2021 (zit. Vielfalt), 51 ff.; zur Schwierigkeit der Abgrenzung jüngst Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 4.1.1.

¹² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹³ Zu weiteren Verfassungsgrundlagen statt vieler BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK-BV), Art. 57, Rz. 6.

¹⁴ BJ, Argumentarium (Fn. 4), 2, 4; s.a. Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 4.1.

¹⁵ BJ, Argumentarium (Fn. 4), 4 f.

für Polizei¹⁶ sowie Lehre¹⁷ und Praxis¹⁸ kann der Bundesgesetzgeber gestützt auf diese Verfassungsgrundlage die gerichtspolizeiliche Datenabfrage in seinem Zuständigkeitsbereich (Art. 23 ff. StPO) in einem Bundesgesetz regeln.¹⁹ «Die sicherheits- bzw. verwaltungsrechtliche Polizeitätigkeit und der strafprozessuale bzw. gerichtspolizeiliche Aufgabenbereich der Polizei können sich überschneiden oder fließend ineinander übergehen, etwa wenn die Polizei im Rahmen ihrer präventiven Kontrolltätigkeit eine strafbare Handlung feststellt und Massnahmen mit Blick auf die Strafverfolgung gemäss Art. 306 StPO vorkehrt».²⁰ «Diesfalls», so das Bundesgericht, nimmt «die Polizei [...] kriminal- bzw. gerichtspolizeiliche Aufgaben» wahr und ist «insofern an die strafprozessualen Regeln, namentlich an die Beweisverbotsregelungen der StPO, gebunden [...], auch wenn die Beweismittel im Rahmen der präventivpolizeilichen Tätigkeit erhoben worden sind».²¹

Implizite Bundeskompetenzen ermächtigen den Bund annexweise zum Erlass von Polizeirecht, wo dieses Voraussetzung für die Wahrnehmung ihm explizit zugewiesener Aufgaben ausserhalb des Sicherheitsbereichs sind.²² Im Zusammenhang mit der Schaffung einer Abfrageplattform für Polizeidaten stehen die Bundeskompetenzen für auswärtige Angelegenheiten (Art. 54 BV), sowie die implizite Bundeskompetenz zur Sammlung und Aufbereitung von Daten in anderen Aufgabenbereichen des Bundes im Vordergrund.²³ Das *Bundesamt für Justiz* geht – zumindest implizit – davon aus, dass die sich aus Art. 54 BV ergebende Bundeskompetenzen nicht ausreichen, um die Motion Eichenberger vollständig umzusetzen.²⁴ Nach dem *Bundesamt für Polizei* verschafft Art. 54 BV dem Bund eine Zuständigkeit für jeglichen transnationalen Austausch von Polizeidaten unabhängig ob es sich um Daten des Bundes oder der Kantone handelt.²⁵ Die *Lehre* qualifiziert die bundesgesetzliche Regelung transnationaler Aspekte im Sicherheitsbereich als verfassungsmässig,²⁶ aber aufgrund ihrer unitarisierenden Sogwirkung als bundesstaatlich nicht unproblematisch.²⁷

¹⁶ Fedpol, Argumentarium (Fn. 5), 8 f.

¹⁷ Statt vieler BIAGGINI, OFK-BV (Fn. 13), Art. 57, Rz. 3–4c.

¹⁸ Bericht Malama (Fn. 10), BBl 2012 4459 ff., 4570 f.

¹⁹ BJ, Argumentarium (Fn. 4), 4 f.; Fedpol, Argumentarium (Fn. 5), 8 f.; Bericht Malama (Fn. 10), BBl 2012 4459 ff., 4570 f.

²⁰ Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 4.1.1.

²¹ Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 4.1.1.; BGE 146 I 11, E. 4.1.

²² BJ, Argumentarium (Fn. 4), 5; TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Staatsrecht), Rz. 750; s.a. Gutachten I (Fn. 1), 11.

²³ So jüngst Botschaft zum Adressdienstgesetz vom 10. Mai 2023, BBl 2023 1370 ff., 50/1420; für die annexweise Abstützung auf Verfassungsgrundlagen für andere Bundesaufgaben s.a. Gutachten I (Fn. 1), 11.

²⁴ BJ, Argumentarium (Fn. 4), 4 f.

²⁵ Fedpol, Argumentarium (Fn. 5), 8; s.a. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Massnahmen gegen Gewaltpropaganda und gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen) vom 17. August 2005, BBl 2005 5613 ff., 5638.

²⁶ Vgl. EHRENZELLER BERNHARD/PORTMANN ROLAND, SGK-BV (Fn.11), Art. 54, Rz. 12 ff.; MÜLLER LUCIEN, SGK-BV (Fn.11), Vorbemerkung zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung, Rz. 34 ff.

²⁷ Vgl. dazu MÜLLER LUCIEN/SCHWEIZER RAINER J., SGK-BV (Fn.11), Art. 5a, Rz. 23; WALDMANN BERNHARD, Föderalismus in der Schweiz: Nur noch Folklore?, in: Hrbek/Gross Hüttmann (Hrsg.), Föderalismus – das Problem oder die Lösung, Baden-Baden 2016, 103 ff., 120.

Inhärente Bundeskompetenzen kraft föderativen Staatsaufbaus ermächtigen den Bund zum Erlass von Bundesgesetzen in Zuständigkeitsbereichen, «die im Bundesstaat vernünftigerweise nur dem Bund als Vertreter des Gesamtstaates zufallen können».²⁸ Der allgemeine «Schutz des Staates, seiner Organe, Behörden und Institutionen»²⁹, wie auch die «Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit»³⁰ der schweizerischen Eidgenossenschaft, sind zwei Beispiele für inhärente Bundeskompetenzen im Sicherheitsbereich. Das *Bundesamt für Justiz* verneint die Existenz von inhärenten Bundeskompetenzen, die zur Regelung einer nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten befugen, weil «Kriminalität [...] den Staat als solchen nicht derart [bedroht], dass eine inhärente Kompetenz einen Eingriff in die kantonale Polizeihochheit rechtfertigen würde».³¹ Laut dem *Bundesamt für Polizei* kann sich der Bund hinsichtlich der Regelung des interkantonalen Austausches von Polizeidaten in horizontaler Hinsicht zumindest insofern auf eine inhärente Bundeskompetenz stützen, «als es um den Austausch von Daten geht, die einen Bezug zur inneren Sicherheit haben und [als] mit dem interkantonalen Datenaustausch die Voraussetzungen geschaffen werden sollen, damit der Bund seine Aufgaben zur Wahrung der inneren Sicherheit möglichst effizient erfüllen kann und/oder damit die im Bundesrecht vorgesehen Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit wirksam werden».³² In der *Lehre* wird die Regelung der nationalen Abfrage von Polizeidaten gestützt auf eine inhärente Bundeskompetenz – soweit ersichtlich – nicht näher diskutiert.

Die *Koordinationspflichten des Bundes* im Sicherheitsbereich (Art. 57 Abs. 2 BV) ermächtigen den Bund nach einer kritisierten³³ Praxis des Bundesgesetzgebers zur Regelung von Sicherheitsbelangen, die mindestens teilweise in die Zuständigkeit des Bundes fallen (I), aus dessen Sicht eine Koordination unter Einbezug oder Leitung des Bundes erfordern (II) und bei welchen die Kompetenz des Bundes dabei nicht bloss eine marginale Bedeutung besitzen (III).³⁴ Das *Bundesamt für Justiz* (BJ) verneint eine sich aus Art. 57 Abs. 2 BV ergebende, über Art. 123 Abs. 1 BV hinausgehende Gesetzgebungskompetenzen des Bundes zur Regelung einer Abfrageplattform für Polizeidaten, «weil eine originäre Kernaufgabe der Kantone im Bereich der inneren Sicherheit betroffen ist» und die kompetenzbegründende Wirkung von Art. 57 Abs. 2 BV in der *Lehre* durchwegs abgelehnt werde.³⁵ Das *Bundesamt für Polizei* erachtet eine Regelung des horizontalen Austauschs von Polizeidaten zwischen den Kantonen gestützt auf Art. 57 Abs. 2 BV vor dem Hintergrund

²⁸ So TSCHANNEN, Staatsrecht (Fn. 22), Rz. 750; s.a. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (zit. Botschaft BV), BBl 1997 I 1 ff., 131.

²⁹ Hierzu etwa BJ, Argumentarium (Fn. 4), 5; s.a. BGE 117 Ia 202, E. 4.a.

³⁰ Hierzu etwa Fedpol, Argumentarium (Fn. 5), 5 ff.

³¹ BJ, Argumentarium (Fn. 4), 5.

³² Fedpol, Argumentarium (Fn. 5), 7 f.

³³ Vgl. Kapitel B.3.

³⁴ Bericht Malama (Fn. 10), BBl 2012 4459 ff., 4486 f.; s.a. BJ, Argumentarium (Fn. 4), 4.

³⁵ BJ, Argumentarium (Fn. 4), 4 f.

der bisherigen Praxis nicht zum Vornherein als ausgeschlossen – vor allem wenn «der interkantonale Datenaustausch mit der Erfüllung von Polizeiaufgaben des Bundes zusammenhängt».³⁶ Die *herrschende Lehre* verneint eine kompetenzbegründende Wirkung von Art. 57 Abs. 2 BV.³⁷

Aus dem Gesagten ergibt sich für die Schaffung einer nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten Folgendes: Eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung des transnationalen Datenabfrage ergibt sich auch für auf kantonales Polizeirecht erhobene Daten annexweise aus Art. 54 BV. Eine Bundeskompetenz zur Regelung der vertikalen (Bund-Kantone) und horizontalen (Kanton-Kanton) Abfrage von gerichtspolizeilichen Daten verschafft dem Bund Art. 123 Abs. 1 BV. In Frage steht vorliegend somit in erster Linie, ob sich aus der geltenden Bundesverfassung (*de constitutione lata*) eine genügende Kompetenzgrundlage ergibt, um den Austausch von kriminal- und sicherheitspolizeilichen Daten zwischen Bund und Kantonen (vertikale Ebene) sowie zwischen den Kantonen untereinander (horizontale Ebene) in einem Bundesgesetz zu regeln. Die Rechtsetzungspraxis des Bundesgesetzgebers und die Lehre beantworten diese Frage unterschiedlich.

2. Art. 57 BV in der Rechtsetzungspraxis des Bundesgesetzgebers

Der Bundesgesetzgeber hat sich im Zusammenhang mit der Schaffung von Informationssystemen im Bereich der inneren Sicherheit bereits mehrfach auf Art. 57 Abs. 2 BV als Verfassungsgrundlage gestützt.³⁸ Das zeigen die nachfolgenden fünf Fälle.

2.1. Hoogan-Datenbank

Nach Art. 24a BWIS³⁹ betreibt das fedpol ein elektronisches Informationssystem, in das Daten über Personen aufgenommen werden, die sich anlässlich von Sportveranstaltungen im In- und Ausland gewalttätig verhalten haben. Diese Datenbank «steht den für den Vollzug dieses Gesetzes zuständigen Stellen von fedpol sowie den Polizeibehörden der Kantone und dem BAZG über ein Abrufverfahren zur Verfügung» (Art. 24a Abs. 7 BWIS). «In das Informationssystem dürfen Informationen über Personen, gegen die Ausreisesperren, Massnahmen nach kantonalem Recht im Zusammenhang mit Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen oder andere Massnahmen wie Stadionverbote verhängt worden sind, aufgenommen werden» (Art. 24a Abs. 2 BWIS). Art. 4 VVMH⁴⁰ präzisiert auf Verordnungsstufe, was «gewalttätiges Verhalten» ist. Nach Art. 6 VVMH erstatten «die Kantone [...] fedpol unaufgefordert Meldung über Informationen und Erkenntnisse betreffend Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen». Und sie melden dem fedpol Verfügungen, Aufhebungen und Änderungen von Stadionverboten, Rayon-

³⁶ Fedpol, Argumentarium (Fn. 5), 13.

³⁷ Vgl. Kapitel B.3.

³⁸ Für weitere Beispiele siehe TIEFENTHAL, Vielfalt (Fn. 11), 57 ff.; BIAGGINI, OFK-BV (Fn. 13), Art. 57, Rz. 6.

³⁹ Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120).

⁴⁰ Verordnung des Bundesrates vom 4. Dezember 2009 über verwaltungspolizeiliche Massnahmen des Bundesamtes für Polizei und über das Informationssystem HOOGAN (VVMH; SR 120.52).

verboten, Meldeauflagen, Polizeigewahrsam (Art. 6 Abs. 2 VVMH). In Bezug auf die Verfassungsgrundlage zur Schaffung einer nationalen Datenbank zur Erfassung von Hooligans nach Art. 24 ff. BWIS⁴¹ hielt der Bundesrat fest:

«Eine zentrale, nach einheitlichen Kriterien erfolgende Erfassung der Daten ist dafür von entscheidender Bedeutung und erfordert einen hohen Koordinationsaufwand. Die dafür notwendige Bundeskompetenz kann aus Artikel 57 Absatz 2 BV abgeleitet werden. In dieser Bestimmung werden einerseits die Kantone angehalten, bei Bedarf ihre Aktivitäten zu koordinieren; andererseits wird dem Bund die Kompetenz zur Koordination zuerkannt, wenn sowohl Interessen des Bundes als auch solche der Kantone im Spiel sind. Stehen im Bereich der inneren Sicherheit spezifische Bundesinteressen oder koordinationsbedürftige gesamtschweizerische Interessen in Frage, so besteht eine auf Artikel 57 Absatz 2 BV gestützte Koordinationskompetenz des Bundes. Für die Schaffung der nationalen Datenbank nach Artikel 24a kann somit Artikel 57 Absatz 2 BV herangezogen werden.»⁴²

Im Ingress stützt sich das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit auf die Art. 54 Abs. 1, 57 Abs. 2, 123 Abs. 1 und 173 Abs. 2 der BV ab.⁴³ In der Hoogan-Datenbank werden auch gestützt auf [inter]kantonales Recht erhobene sicherheitspolizeiliche Daten abgefragt. Art. 57 Abs. 2 BV bildet hierfür alleinige Verfassungsgrundlage.

2.2. Nationaler Polizeiindex

Nach Art. 13 BPI betreibt das fedpol ein System «zur Unterstützung der Ermittlungen der Kantone im Bereich ihrer Strafverfolgungskompetenzen». «Das System enthält Daten, welche die Polizeidienste der Kantone im Rahmen von Vorermittlungen und gerichtspolizeilichen Ermittlungen im Bereich ihrer Strafverfolgungskompetenzen sammeln. Die Datenbearbeitung dieser Daten richtet sich nach kantonalem Recht» (Art. 13 Abs. 2 BPI). «Jeder Kanton kann für seine eigenen Daten den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Kantone, die im Rahmen ihrer Tätigkeiten mit dem betroffenen Kanton zusammenarbeiten, Zugang mittels Abrufverfahren gewähren» (Art. 13 Abs. 3 BPI). Die Plattform hierfür bildet der nationale Polizeiindex (Art. 17 BPI). Die Regelung dieser digital erleichterten Amts- und Rechtshilfe zwischen Bund und Kantonen lässt sich bloss hinsichtlich der gerichtspolizeilichen Daten auf Art. 123 Abs. 1 BV abstützen. Art. 44 Abs. 2 BV verpflichtet Bund und Kantone, «einander Amts- und Rechtshilfe» zu leisten, aber besitzt selbst keine kompetenzbegründende Wirkung und entfaltet seine Wirkung innerhalb der bestehenden Kompetenzordnung.⁴⁴ In Bezug auf die Verfassungsgrundlage des nationalen Polizeiindexes hielt der Bundesrat fest:

«Das BPI fasst bestehende gesetzliche Regelungen zusammen – etwa jene über das automatisierte Fahndungssystem RIPOL oder die Bestimmungen über die Zusammenarbeit mit Interpol. Es sieht im Übrigen die Schaffung eines Nationalen Polizeiindexes vor. Mit diesem Schritt erfüllt der Bund eine Aufgabe, die die Kantone alleine nicht in der Lage sind vollumfänglich zu erfüllen. Entsprechend stützt sich das BPI auf Artikel 57 Absatz 2 der Bundesverfassung, wonach der Bund dazu befugt ist, bei Fragen der inneren Sicherheit seine Anstrengungen mit den Kantonen zu koordinieren und auf die Befugnis der

⁴¹ Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120).

⁴² Botschaft Sportveranstaltungen (Fn. 25), BBl 2005 5613 ff., 5638.

⁴³ Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120).

⁴⁴ So EGLI PATRICIA, Die Bundestreue, eine rechtsvergleichende Untersuchung, Habil., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 994.

Bundesversammlung, Geschäfte zu behandeln, die in die Zuständigkeit des Bundes fallen und keiner anderen Behörde zugewiesen sind (Artikel 173 Absatz 2 der Bundesverfassung).»⁴⁵

Im Ingress stützt sich das Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes auf Art. 57 Abs. 2 und 173 Abs. 2 BV.⁴⁶ Allein auf Art. 57 Abs. 2 BV stützt sich der nationale Polizeiindex hinsichtlich der vertikalen und horizontalen Abfrage von Daten, welche die Polizeidienste der Kantone im Rahmen von Vorermittlungen sammeln.

2.3. Informationssystem der Zeugenschutzstellen

Die Zeugenschutzstelle betreibt ein Informationssystem (Art. 25 Abs. 1 ZeugSG⁴⁷). Die Bundeszuständigkeit für die Regelung der damit zusammenhängenden Datenbeschaffung (Art. 27 ZeugSG) ergeben sich aus Art. 123 Abs. 1 BV, Art. 54 BV und der inhärenten Bundeskompetenz zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit. In Bezug auf die Schaffung von Zeugenschutzprogrammen für Personen, die aufgrund ihrer Mitwirkung in einem Strafverfahren gefährdet sind, und eine Zeugenschutzstelle des Bundes hielt der Bundesrat fest:

«Die umfassende Kompetenz des Bundes zum Erlass von Bestimmungen auf dem Gebiet des Strafprozessrechts gemäss Artikel 123 BV stellt allein keine genügende Grundlage für die Regelung des ausserprozessualen Zeugenschutzes in Bundesstrafverfahren dar. Zwischen dem Strafprozessrecht und dem ausserprozessualen Zeugenschutz besteht zwar ein enger sachlicher Zusammenhang; bei den Bestimmungen zum ausserprozessualen Zeugenschutz handelt es sich aber vornehmlich um Bestimmungen materieller und nicht prozessualer Natur. Es erscheint aber aus verfassungsrechtlicher Sicht vertretbar, davon auszugehen, dass dem Bund eine implizite Kompetenz (implied power) zukommt, für seine eigenen Verfahren eine Regelung zum Schutz gefährdeter Personen zu treffen. Eine Bundeslösung im Sinne einer einheitlichen Regelung für kantonale und Bundesstrafverfahren ist verfassungsrechtlich zulässig, wenn die Ausgestaltung des ausserprozessualen Zeugenschutzes eine Dimension erreicht, die eine Koordination unter Einbezug des Bundes als unerlässlich erscheinen lässt (Art. 57 Abs. 2 BV). Eine solche ist bei wenig eingreifenden Massnahmen (Beratung, Bereitstellung von Hilfsmitteln, Personenschutz, vorübergehende sichere Unterbringung) noch nicht gegeben. Angesichts der kleinräumigen Verhältnisse in der Schweiz überschreiten zwar auch geringfügigere Aktionen zum Schutz gefährdeter Zeuginnen und Zeugen schnell einmal die Kantonsgrenzen. Auch auf dieser Ebene liegt aber die Sorge für die Koordination noch in erster Linie bei den Kantonen, da der Grundsatz der primären Verantwortung der Kantone für die innere Sicherheit auf ihrem Gebiet auch den Bereich der Koordination umfasst. Damit zusätzlich zu Artikel 123 BV aus der Koordinationskompetenz von Artikel 57 Absatz 2 BV eine Gesetzgebungsbefugnis des Bundes abgeleitet werden kann, müssen (weitere) Sachbereiche tangiert sein, die mindestens teilweise in die Zuständigkeit des Bundes fallen. Ein ausgebauter ausserprozessualer Zeugenschutz mit tiefgreifenden Schutzmassnahmen berührt mehrere Kompetenzbereiche des Bundes, die ihm eine umfassende Rechtsetzungskompetenz verleihen. Es können hierbei folgende Bestimmungen herangezogen werden: die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten gemäss Artikel 54 BV (z.B. für die vorübergehende oder dauernde Unterbringung von Zeugen im Ausland), im Ausweisrecht gemäss Artikel 38 Absatz 1 BV (z.B. in Bezug auf die Ausstellung von Tarnpapieren), im Bereich der Sozialversicherungen gemäss Artikel 111 Absatz 1, 116 Absätze 2 und 3 sowie Artikel 117 Absatz 1 (z.B. für die Konsequenzen bei einer neuen Identität), im Ausländerrecht

⁴⁵ Botschaft vom 24. Mai 2006 zum Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes, BBl 2006 5061 ff., 5090.

⁴⁶ Vgl. Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI; SR 361), Ingress.

⁴⁷ Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 über den ausserprozessualen Zeugenschutz (ZeugSG; SR 312.2).

gemäss Artikel 121 Absatz 1 (z.B. Aufenthaltsregelung für ausländische Zeuginnen und Zeugen) und im Zivilrecht gemäss Artikel 122 Absatz 1 (z.B. in Bezug auf die Datenbekanntgabesperre). Diese Bestimmungen können ebenfalls als kompetenzbegründende Verfassungsnormen herangezogen werden. Zusammen mit den beiden anderen Verfassungsbestimmungen – den Artikeln 123 und 57 Absatz 2 BV – ergibt sich für den Bund eine genügende Grundlage zum Erlass einer bundesweit verbindlichen Regelung des ausserprozessualen Zeugenschutzes.⁴⁸

Im Ingress stützt sich das Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz auf die Art. 38 Abs. 1, 54 Abs. 1, 57 Abs. 2, 122 Abs. 1 ab.⁴⁹ In diesem Fall erwähnt der Bundesgesetzgeber Art. 57 Abs. 2 BV demnach in erster Linie im Ingress, um die Abstützung des Bundesgesetzes auf inhärente und implizite Bundeskompetenz offenzulegen.⁵⁰

2.4. Zentralstellen zur Bekämpfung des organisierten und international tätigen Verbrechens

Im Rahmen der Revision des Bundesgesetzes über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes und gemeinsame Zentren für Polizei- und Zollzusammenarbeit mit anderen Staaten (ZentG)⁵¹ im Jahr 2014⁵² wurde eine Gesetzesgrundlage für «gemeinsame Zentren für Polizei- und Zollzusammenarbeit mit anderen Staaten» geschaffen. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. d ZentG kann sich «der Bund [...] zur Erfüllung seiner Aufgaben an Organisationen der Kantone beteiligen und mit den Kantonen gemeinsame Einrichtungen betreiben», unter anderem zur «Harmonisierung, Beschaffung, Betrieb und Weiterentwicklung von polizeilichen Einsatzmitteln, einschliesslich Informations- und Kommunikationsmitteln». Die vom Bund geführten Zentralstellen zur Bekämpfung des organisierten und international tätigen Verbrechens nach Art. 2 ZentG «bearbeiten die Informationen aus dem In- und Ausland in ihrem Zuständigkeitsbereich» (Art. 2a lit. a ZentG). Sie «koordinieren die interkantonalen und internationalen Ermittlungen» (Art. 2a lit. b ZentG). Und sie stellen «den nationalen und internationalen kriminalpolizeilichen Informationsaustausch sicher und wirken bei der Leistung der Rechtshilfe bei einem Ersuchen des Auslands mit» (Art. 2a lit. d ZentG). Zudem führen die Zentralstellen «kriminalpolizeiliche Ermittlungen im Vorfeld eines Strafverfahrens durch, wenn Bundesgerichtsbarkeit gegeben ist oder wenn die Zuständigkeit des Bundes oder eines Kantons noch nicht feststeht, insbesondere im Bereich der Cyberkriminalität» (Art. 2a lit. f ZentG). Nach Art. 4 ZentG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. b ZentV⁵³ sind «Organe der Sicherheits- und Verwaltungspolizei des Bundes und der Kantone» auf «Ersuchen der Bundeskriminalpolizei zur Zusammenarbeit und Erteilung von Auskünften [...] verpflichtet». Sodann werden den Kantonen Informationspflichten hinsichtlich Delikten nach Art. 24 StPO

⁴⁸ Botschaft vom 17. November 2010 zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Bekämpfung des Menschenhandels und zum Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz, BBl 2011 1 ff., 94 f.

⁴⁹ Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 über den ausserprozessualen Zeugenschutz (ZeugSG; SR 312.2), Ingress.

⁵⁰ Kritischer LINSI CHRISTIAN, Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht, LeGes 2008/3 (zit. Zuständigkeit), 465 ff., 478.

⁵¹ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1994 über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes und gemeinsame Zentren für Polizei- und Zollzusammenarbeit mit anderen Staaten (ZentG; SR 360).

⁵² AS 2014 2297; BBl 204 755 ff.

⁵³ Verordnung vom 30. November 2001 über die Wahrnehmung kriminalpolizeilicher Aufgaben im Bundesamt für Polizei (SR 360.1; i.d.F. vom 01.09.2023).

(Art. 8 ZentG) sowie bei einer wegen Widerhandlung gegen das BtMG⁵⁴ eingeleiteten Strafverfolgung (Art. 10 ZentG) auferlegt. In Bezug auf die Verfassungsgrundlagen zur Schaffung dieser bundesgesetzlichen Vorgaben hielt der Bundesrat fest:

«Der Bund übernimmt in den gemeinsamen Zentren für Polizei- und Zollzusammenarbeit, die in der Nähe der gemeinsamen Grenze auf dem Hoheitsgebiet einer der Vertragsstaaten liegen, gegenüber den Kantonen eine Leitungs- und Koordinationsaufgabe. Die hierzu notwendige Verfassungsgrundlage ergibt sich aus Artikel 57 Absatz 2 BV (Koordination im Bereich der inneren Sicherheit), der entsprechend neu in den Ingress aufgenommen wird. Aus dieser Verfassungsnorm kann der Bund Rechtsetzungskompetenzen ableiten, wenn Sicherheitsbelange zu regeln sind, die mindestens teilweise in die Zuständigkeit des Bundes fallen und die aus dessen Sicht eine Koordination unter Einbezug oder Leitung des Bundes erfordern. Die Zuständigkeit des Bundes darf dabei nicht bloss marginale Bedeutung haben.»⁵⁵

Im Ingress stützt sich das Bundesgesetz über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes und gemeinsame Zentren für Polizei- und Zollzusammenarbeit mit anderen Staaten seither neben Art. 123 Abs. 1 auch auf Art. 57 Abs. 2 und Art. 173 Abs. 2 BV. Auch der im ZentG geregelte Informationsaustausch zwischen Bund und Kantonen beschlägt zum Teil Daten, welche die Polizeidienste der Kantone im Rahmen von Vorermittlungen sammeln. Art. 57 Abs. 2 BV dient diesbezüglich als alleinige Verfassungsgrundlage zur Koordination des nationalen und interkantonalen Austauschs von kriminalpolizeilichen Daten mitsamt entsprechenden Pflichten für die Kantone.

2.5. *Datenindex Terrorismus*

Mit dem Mantelerlasses über die polizeilichen Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus wurde eine gesetzliche Grundlage für den Austausch von Personendaten zwischen den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden von Bund und Kantonen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten geschaffen (Art. 23h BWIS).⁵⁶ Zudem führt das fedpol nunmehr einen Datenindex Terrorismus (Art. 17a BPI). In Bezug auf dessen Verfassungsgrundlagen hielt der Bundesrat fest:

«Die inhärente Kompetenz des Bundes im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit schliesst auch Gesetzgebungskompetenzen mit ein. Die Stärkung des präventiv-polizeilichen Instrumentariums im Rahmen des BWIS ist durch die inhärente Kompetenz gedeckt. Mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a und 43a BV) hat der Bund von dieser Kompetenz jedoch schonend Gebrauch zu machen, zumal die Gewährleistung der inneren Sicherheit keine ausschliessliche Bundesaufgabe darstellt. Im Bereich der äusseren Sicherheit verfügt der Bund zudem über eine allgemeine Kompetenz, die umfassende Rechtsetzungsbefugnisse beinhaltet (Art. 54 Abs. 1 BV). Soweit – wie vorliegend – ein enger Bezug zu auswärtigen Angelegenheiten besteht, gilt Artikel 54 Absatz 1 BV auch für innerstaatliche Akte. Von Bedeutung ist sodann die Bestimmung von Artikel 123 Absatz 1 BV, welche dem Bund auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts Gesetzgebungskompetenzen zuweist. Diese Bestimmung stellt zunächst die Verfassungsgrundlage für die beabsichtigten Anpassungen im StGB (Einzelhaft im

⁵⁴ Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG; SR 812.121).

⁵⁵ Botschaft vom 9. Januar 2013 über die Genehmigung des Vertrags zwischen der Schweiz, Österreich und Liechtenstein über die grenzüberschreitende polizeiliche Zusammenarbeit, BBl 2013 755 ff., 784 unter Verweis auf den Bericht Malama (Fn. 10), BBl 2012 4459 ff., 4486 f.

⁵⁶ Vgl. Botschaft vom 22. Mai 2019 zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (zit. Botschaft PMT), BBl 2019 4751 ff., 4788 f.

Straf- und Massnahmenvollzug) dar, ist aber auch in anderer Hinsicht relevant: Artikel 123 Absatz 1 BV ist nicht nur kompetenzbegründend für polizeiliche Aufgaben des Bundes im Rahmen von Strafverfahren, sondern auch für polizeiliches Tätigwerden im Vorfeld von Strafverfahren, das der Verhinderung, Erkennung und Aufklärung von Straftaten dient. Der Bund ist gestützt auf Artikel 123 Absatz 1 BV befugt, auch Bestimmungen zur Erfüllung dieser polizeilichen Aufgaben zu erlassen, soweit sie mit der Strafverfolgung von Delikten eng verknüpft sind, die in seiner Strafverfolgungskompetenz liegen. Die der Strafverfolgung des Bundes unterstellten strafbaren Handlungen umfassen u.a. das Gebiet des organisierten Verbrechens und der Terrorismusbekämpfung. Die Vorlage enthält als Mantelerlass eine Reihe von Regelungen, die das geltende Polizeirecht des Bundes punktuell ergänzen. Es handelt sich dabei um Instrumente für die Erfüllung von kriminalpolizeilichen Aufgaben im Bereich des Terrorismus und des organisierten und international tätigen Verbrechens (z. B. neue Ermittlungsformen wie die verdeckte Fahndung im Internet und in elektronischen Medien, die Ausschreibung zur verdeckten Registrierung oder gezielten Kontrolle) einschliesslich der koordinierenden, analytischen und ermittlungstechnischen Informationsbearbeitung. Soweit diese Bestimmungen auch koordinierenden Charakter aufweisen, kann neben Artikel 123 Absatz 1 BV zusätzlich Artikel 57 Absatz 2 BV als Verfassungsgrundlage herangezogen werden. Im Weiteren sind im Ausländer- und Asylrecht zu verankernde Massnahmen zur Sicherstellung des Vollzugs der Weg- und Ausweisung sowie verschiedene weitere Anpassungen vorgesehen. Für den Bereich des Ausländerrechts verfügt der Bund mit Artikel 121 Absatz 1 BV über eine umfassende Rechtsetzungskompetenz, die es ihm erlaubt, sämtliche Rechtsfragen im betreffenden Bereich zu regeln.»⁵⁷

Die im BWIS umgesetzten Bestimmungen betreffend Massnahmen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten (Art. 23e–23r BWIS) zogen eine Anpassung des Ingresses des BWIS nach sich. Neu wird neben Art. 54 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 2 BV auch auf Art. 123 Abs. 1 und Art. 173 Abs. 2 BV Bezug genommen. Art. 123 Abs. 1 BV dient «als Verfassungsgrundlage für polizeiliche Massnahmen des Bundes, soweit diese mit der Strafverfolgung von Delikten, welche in der Strafverfolgungskompetenz des Bundes liegen, eng verknüpft sind».⁵⁸ Art. 173 Abs. 2 BV wird erwähnt, weil «nach aktueller Auffassung» die «verfassungsinhärente Kompetenz des Bundes zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit» darin enthalten sei.⁵⁹ Die Bundeszuständigkeit für die Regelung von Massnahmen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten ergeben sich primär aus Art. 54 BV und der inhärenten Bundeskompetenz zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit. Insofern dient hier Art. 57 Abs. 2 BV nicht als eigene, die Bundeszuständigkeit erweiternde Verfassungsgrundlage, sondern als Aufhänger für inhärente und implizite Bundeskompetenzen.

2.6. Zwischenfazit

Der Bundesgesetzgeber hat den Erlass von Normen zum nationalen Austausch von Polizeidaten mehrfach auf Art. 57 Abs. 2 BV abgestützt. Teils reichten die jeweiligen Sachkompetenzen des Bundes dafür aus, sodass ein expliziter Verweis auf Art. 57 Abs. 2 BV nicht zwingend notwendig gewesen wäre (Datenindex Terrorismus, Zeugenschutz). Teils ging der Bundesgesetzgeber aber auch über seine Sachkompetenzen zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit hinaus und stützte den Erlass von Normen zum nationalen Austausch von Polizeidaten allein auf Art. 57

⁵⁷ Botschaft PMT (Fn. 56), BBl 2019 4751 ff., 4846 f.

⁵⁸ So Botschaft PMT (Fn. 56), BBl 2019 4751 ff., 4782.

⁵⁹ So Botschaft PMT (Fn. 56), BBl 2019 4751 ff., 4782.

Abs. 2 BV ab (Hoogan-Datenbank, Polizeiliche Informationssysteme des Bundes; Zentralstellen zur Bekämpfung des organisierten und international tätigen Verbrechens).

Organe des Bundes und der Kantone werden bereits heute unter Berufung auf die Verfassungsgrundlage von Art. 57 Abs. 2 BV zum Austausch von gerichtspolizeilichen, aber auch kriminalpolizeilichen Daten (Art. 4 ZentG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. b ZentV) sowie sicherheitspolizeilichen Daten (Art. 6 VVMH) untereinander verpflichtet.

In den untersuchten Fällen bleibt unklar, ob der Bundesgesetzgeber Tätigkeiten im Bereich der inneren Sicherheit, die er auf inhärente Bundeskompetenzen stützt, neben Art. 173 Abs. 2 BV⁶⁰ auch durch Art. 57 Abs. 2 BV gedeckt sehen will, oder diese Verfassungsnorm als separater Aufhänger für eine Koordinationskompetenz des Bundes versteht.

3. Art. 57 BV in der Lehre

Art. 57 BV besitzt keine Vorgängernorm in der BV 1874. Der Artikel geht auf einen Vorschlag des Bundesrates im Rahmen der Totalrevision 1999 zurück.⁶¹ In seiner Botschaft hält dieser fest:

«An der Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit und der öffentlichen Ordnung hat der Bund ein eminentes eigenes Interesse; er ist es denn auch, der die verfassungsmässige Ordnung der Kantone schützt und der bei einer allfälligen Störung zum Eingreifen verpflichtet ist (Art. 43 Abs. 1 und 2 VE 96). Eine Kompetenz des Bundes auf dem Gebiet der inneren Sicherheit ist aus Gründen der Transparenz unentbehrlich und von der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt und in der Vernehmlassung auch gefordert worden. Hinzu kommt, dass es immer schwerer fällt, die innere von der äusseren Sicherheit zu trennen (organisiertes Verbrechen etc.), was den Trend zu kollektiven Massnahmen für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung nur noch verstärkt.

Absatz 1 geht vom Grundsatz der primären Verantwortung der Kantone für die innere Sicherheit auf ihrem Gebiet aus (Polizeihöhe) und bestimmt die Sorge für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung als gemeinsame Aufgabe von Bund und Kantonen im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten. Die gewählte Formulierung ist adäquater Ausdruck der Querschnittsfunktion sicherheitspolitischer Massnahmen; die Beschränkung auf die bestehenden verfassungsmässigen Zuständigkeiten von Bund und Kantonen stellt sicher, dass auf diesem Weg keine neue, umfassende Bundeskompetenz geschaffen wird, die in die Aufgabenbereiche der Kantone eingreifen würde. Absatz 2 stellt die Koordination der getroffenen Massnahmen in die Verantwortung von Bund und Kantonen; im Bund wird diese Verpflichtung vom Bundesrat wahrgenommen.»⁶²

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde Art. 57 BV nur am Rande diskutiert und unverändert zur Abstimmung gebracht.⁶³ Seit er wurde die Verfassungsbestimmung in der Praxis dynamisch interpretiert, wie die erörterte Rechtsetzungspraxis des Bundesgesetzgebers gezeigt hat. Die herrschende Lehre qualifiziert Art. 57 BV gestützt auf seine Entstehungsgeschichte und seinen Wortlaut («im Rahmen ihrer Zuständigkeiten») hingegen als allgemeiner Handlungsauftrag und reine Koordinationspflicht ohne kompetenzbegründende Wirkung, die an anderweitig

⁶⁰ So Botschaft PMT (Fn. 56), BBl 2019 4751 ff., 4782.

⁶¹ Art. 53 VE-BV.

⁶² Botschaft BV (Fn. 28), BBl 1997 I 1 ff., 236 f.

⁶³ AB N 1998, 277 f., 926 ff.; AB S 1998, 70; weiterführend LINSI, Zuständigkeit (Fn. 50), 475 ff.

begründete ausdrückliche oder stillschweigende Bundeskompetenzen anknüpft.⁶⁴ Eine nähere Analyse der Lehre offenbart jedoch nuancierte Unterschiede in den Auffassungen.

- Nach Auffassung der herrschenden Lehre kann der grundlegende Reformstau im Sicherheitsbereich nur auf dem Weg der formellen Verfassungsrevision behoben werden – und nicht gestützt auf Art. 57 BV.⁶⁵ Dem ist zuzustimmen. Es wäre eine Verkehrung des Zwecks von Art. 57 BV, wenn man dieser Bestimmung eine ähnliche Rolle für die Verfassungsentwicklung im Bereich der inneren Sicherheitsbereich zumessen würde, wie zum Beispiel Art. 4 aBV für die interpretative Entwicklung von Grundrechtsansprüchen.
- Die herrschende Lehre spricht Art. 57 BV jegliche kompetenzbegründende Wirkung ab.⁶⁶ Teilweise ist diese Kritik Ausdruck eines allgemeineren Vorbehalts gegenüber einer kompetenzbegründenden Wirkung jeglicher Koordinationspflichten⁶⁷ in der Bundesverfassung.⁶⁸
- Eine Mindermeinung qualifiziert Art. 57 BV unter Verweis auf die Botschaft des Bundesrates «auch [als] Kompetenznorm. Nur schafft [der Artikel] keine selbstständige neue Bundeskompetenz, die Kompetenzen der Kantone verdrängen würde».⁶⁹ Art. 57 Abs. 2 BV verleihe dem Bund eine «Koordinationskompetenz im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen», die «auf den Bereich der Gesetzgebung beschränkt» ist, aber den Bund nicht zum Erlass von Weisungen gegenüber den Kantonen in ihrem Kompetenzbereich ermächtige.⁷⁰ Für diese Auffassung spricht der Wortlaut der Materialien insofern, als er durchaus Raum für fragmentarische Bundeskompetenzen belässt. Denn gestützt auf Art. 57 BV soll bloss «keine neue, umfassende Bundeskompetenz geschaffen [werden], die in die Aufgabenbereiche der Kantone eingreifen würde».⁷¹
- Vereinzelt wird Art. 57 Abs. 2 BV als Aufhänger für implizite Bundeskompetenzen in der Verfassungspraxis beschrieben.⁷²

⁶⁴ TIEFENTHAL, Vielfalt (Fn. 11), Art. 57, Rz. 2, 10; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK-BV (Fn. 11), Art. 57, Rz. 23; BLEICKER OLIVIER, in: Martenet/Dubey (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire, Basel 2021 (CR-BV), Art. 57, Rz. 48, 56; MOECKLI DANIEL, Sicherheitsverfassung, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, Band III (zit. Sicherheitsverfassung, VIII.8, in: VdS 2020), Rz. 30; TIEFENTHAL JÜRGEN MARCEL, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. Polizeirecht), § 2 Rz. 23; MÜLLER RETO PATRICK, Innere Sicherheit Schweiz, Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848, Diss., Egg 2009 (zit. Innere Sicherheit), 419 f.; a.M. RUCH ALEXANDER, Äussere und innere Sicherheit, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. VdS 2001), § 56 Rz. 8 f.; LINSI, Zuständigkeit (Fn. 50), 472 ff. (in Bezug auf eine vertikale Koordinationskompetenz des Bundes) sowie 477.

⁶⁵ So MÜLLER/MOHLER, SGK-BV (Fn. 11), Art. 57, Rz. 36; s.a. TIEFENTHAL, Vielfalt (Fn. 11), 171 ff.

⁶⁶ Vgl. Fn. 64.

⁶⁷ Vgl. Art. 61a Abs. 1 BV; Art. 72 Abs. 2 BV; Art. 94 Abs. 2 BV; Art. 117a Abs. 1 BV.

⁶⁸ SCHWEIZER RAINER J., Verteilung von Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, Band I, III.7 (zit. Verteilung, in: VdS 2020, III.7), Rz. 15.

⁶⁹ RUCH, Innere Sicherheit, in: VdS 2001 (Fn. 64), § 56, Rz. 9.

⁷⁰ LINSI, Zuständigkeit (Fn. 50), 472, 474 unter Verweis auf die Antwort des Bundesrates auf die Motion 03.3262 (Tschuppert Karl) «Grossereignisse. Sicherheitspolitische Koordination».

⁷¹ Botschaft BV (Fn. 28), BBl 1997 I 1 ff., 237.

⁷² So MÜLLER/MOHLER, SGK-BV (Fn. 11), Art. 57, Rz. 33; s.a. LINSI, Zuständigkeit (Fn. 50), 477 f.

- Die Lehre stellt eine zunehmende Entfremdung zwischen Verfassungslehre und Verfassungspraxis fest, was die kompetenzbegründende Wirkung von Art. 57 Abs. 2 BV angeht:⁷³ Teils wird aus dieser Entfremdung eine Umstrittenheit der kompetenzbegründenden Wirkung von Art. 57 Abs. 2 BV abgeleitet.⁷⁴ Teils aktiv(er) eine Umkehr der Rechtsetzungspraxis gefordert.⁷⁵ Vereinzelt lässt sich auch eine gewisse Offenheit in der Lehre beobachten, sich der Praxis zu Art. 57 Abs. 2 BV anzunähern.⁷⁶

Zusammengefasst offenbaren sich bei näherer Betrachtung in der Lehre zur kompetenzbegründenden Wirkung von Art. 57 BV gewisse Spielräume. Einmal scheint die Lehre nicht abgeneigt gegenüber einer Anknüpfung von impliziten und inhärenten Bundeskompetenzen im Bereich der inneren Sicherheit an Art. 57 Abs. 2 BV. Diese Auffassung steht auch im Einklang mit den Materialien zu Art. 57 BV. Nach einer Mindermeinung können Koordinationskompetenzen des Bundes, die sich auf die Gesetzgebungsfunktion beschränken und über dessen Sachzuständigkeiten hinausgehen, auf Art. 57 Abs. 2 BV abgestützt werden. Der Umfang einer auf Art. 57 Abs. 2 BV abgestützten Bundeskompetenz wird in der Lehre – soweit ersichtlich – nicht diskutiert. Die Materialien sprechen sich gegen eine Begründung von umfassenden Bundeskompetenzen gestützt auf Art. 57 BV aus. Es erweist sich demnach mit der Entstehungsgeschichte und einer Minderheit der Lehre vereinbar, fragmentarische Bundeskompetenzen zur Schaffung einer nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten, deren Ausübung kein kantonales Recht verdrängen, auf Art. 57 BV abzustützen.

4. Präzisierende Stellungnahme zur Rechtsauffassung der Gutachter

Unklare Grenzverläufe der Kompetenzausscheidung. Die Bundesverfassung nimmt durch Art. 3 BV und verfassungsrechtliche Einzelermächtigungen des Bundes eine lückenlose, aber keine vollständige Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen vor.⁷⁷ In der *Verfassungspraxis* werden im Bereich der inneren Sicherheit die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen durch die Bundesverfassung selber nicht mit einer scharfen Trennlinie vermessen.⁷⁸ Oft grenzt auch der Bundesgesetzgeber die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen im Bereich der inneren Sicherheit nicht näher voneinander ab, wie das Bundesgericht in zwei jüngeren Entscheiden betonte: «Die sicherheits- bzw. verwaltungsrechtliche Polizeitätigkeit und der strafprozessuale bzw. ge-

⁷³ WILDHABER ISABELLE, Rechtliche Grundlagen für einen Katastrophenschutz durch den Bund, in: Sicherheit & Recht 2015, 170 ff. (zit. Katastrophenschutz), 172 f.; BLEICKER, in: CR-BV (Fn. 64), Art. 57, Rz. 54–62.

⁷⁴ Vgl. DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK-BV (Fn. 11), Art. 57, Rz. 23; wohl auch HENSLE BEAT, Sicherheitsarchitektur in der Schweiz aus der Sicht der Polizei, in: AJP 2011, 75 ff., 7; WILDHABER I., Katastrophenschutz (Fn. 73), 172 f.

⁷⁵ BIAGGINI, OFK-BV (Fn. 13), Art. 57, Rz. 2, 10; BLEICKER, in: CR-BV (Fn. 64), Art. 57, Rz. 48, 56; SCHWEIZER, Verteilung, in: VdS 2020, III.7 (Fn. 68), Rz. 15 ff.

⁷⁶ LINSI, Zuständigkeit (Fn. 50), 477; wohl auch RUCH, Innere Sicherheit, in: VdS 2001 (Fn. 64), § 56, Rz. 9.

⁷⁷ So BIAGGINI GIOVANNI, Der schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen, in: ZSR 2023/II (zit. Bundesstaat), 5 ff., 126.

⁷⁸ Gutachten I (Fn. 1), 10 ff.; s.a. Bericht Malama (Fn. 10), BBl 2012 4459 ff., 4476 ff.; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK-BV (Fn. 11), Art. 57, Rz. 23 ff.; MÜLLER/MOHLER, SGK-BV (Fn. 11), Art. 57, Rz. 31 ff.

richtspolizeiliche Aufgabenbereich der Polizei können sich überschneiden oder fließend ineinander übergehen».⁷⁹ Im Bereich der inneren Sicherheit besteht demnach zwischen der kantonalen Polizeihochheit und fragmentarischen Bundeskompetenzen ein föderaler Zwischenraum ohne generell-abstrakt vorgegebene Grenzlinien belassen. Die detaillierte Ausmessung des Grenzverlaufs bleibt dort den Organen des Bundes und der Kantone auf der Handlungsebene überlassen. Mit dem Inkrafttreten der StPO sind die Unklarheiten über den Grenzverlauf in diesem föderalen Zwischenraum grösser geworden. In der *Rechtsdogmatik* werden Unklarheiten über den Grenzverlauf in föderalen Zwischenräumen regelmässig eindimensional entweder von der subsidiären Generalzuständigkeit der Kantone nach Art. 3 BV⁸⁰ her oder von der sicherheitsrechtlichen Letztverantwortung des Bundes auf dem Gebiet der Schweiz zu bereinigen versucht.⁸¹ Im fraglichen Sachbereich geschieht Letzteres nicht selten im Windschatten eines umfassenden Sicherheitsbegriffs. Beide Ansatzpunkte haben sich jedoch als zu grobmaschig für die detaillierte Abgrenzung der Zuständigkeiten von Bund und Kantonen in Bezug auf die Regelung des nationalen Austauschs von kriminal- und sicherheitspolizeilichen Daten erwiesen. Zusätzliche Konturen gewinnt die Ausmessung des Grenzverlaufs im fraglichen Sachbereich aus einer verbandsübergreifenden Gesamtperspektive. Mit BIAGGINI ist von einer «Dreifachnatur der Bundesverfassung» als Bundesstaatsverfassung der Eidgenossenschaft, als Grundordnung für den Bund und als Verfassung für die Kantone auszugehen.⁸² Der verbandsübergreifende Rechtskreis der eidgenössischen Bundesstaatsverfassung entfaltet eine Machtlimitierungsfunktion, indem er unter anderem eine kantonsfreundliche Methode zur Ausscheidung von Aufgaben im Verhältnis Bund-Gliedstaaten festlegt (Art. 3 i.V.m. Art. 192 ff. BV).⁸³ Der verbandsübergreifende Rechtskreis besitzt aber auch eine Integrationsfunktion, indem er Bund und Kantone dazu anhält, «in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung ihre Vielfalt in der Einheit zu leben» (Präambel), sich gegenseitig zu unterstützen und zusammen zu arbeiten (Art. 44 Abs. 1 BV).⁸⁴

Art. 57 BV als bundesstaatsverfassungsrechtliche Kooperationspflicht. Aus einer verbandsübergreifenden Perspektive erweist sich Art. 57 BV als Bestimmung, die zur Verfassung des Gesamtstaates zählt. Der Bundesverfassungsgeber (Steuerungsakteur) will durch Art. 57 BV demnach mit einer bestimmten Steuerungsabsicht auf die Tätigkeiten von Bund und Kantonen (Steuerungsadressat) einwirken.⁸⁵ Konkret will er durch eine Vorgabe die allgemeine Pflicht von Bund und Kantonen

⁷⁹ Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 4.1.1.; BGE 146 I 11, E. 4.1.

⁸⁰ So die Tendenz in BJ, Argumentarium (Fn. 4), Abschnitt 3.1; exemplarisch in der Lehre TIEFENTHAL, Polizeirecht (Fn. 64), § 2 Rz. 1.

⁸¹ So die Tendenz in Fedpol, Argumentarium (Fn. 5), 1 ff.; grundlegend zum «Entweder-oder-Paradigma» im bundesstaatlichen Denken LEHNER ROMAN, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Habil., Tübingen 2021, 67 ff.

⁸² BIAGGINI, Bundesstaat (Fn. 77), 132; s.a. TSCHANNEN, Staatsrecht (Fn. 22), Rz. 612 f.; HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl., Zürich 2020, 512.

⁸³ BIAGGINI, Bundesstaat (Fn. 77), 122, 124 ff.

⁸⁴ BIAGGINI, Bundesstaat (Fn. 77), 122 f., 126 ff.

⁸⁵ Vgl. auch RUCH, Innere Sicherheit, in: VdS 2001 (Fn. 64), § 56, Rz. 9.

zur Zusammenarbeit im Gesamtstaat (Art. 44 Abs. 1 BV) und zur Leistung von Amts- und Rechtshilfe (Art. 44 Abs. 2 BV) für den Bereich der Sicherheit konkretisieren:⁸⁶ «Bund und Kantone sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung» (Art. 57 Abs. 1 BV). Für den Bereich der «inneren Sicherheit» werden diese bundesstaatlichen Pflichten zusätzlich erhöht: «Sie koordinieren ihre Anstrengungen» – eben auch und gerade in den föderalen Zwischenräumen. Die in Art. 57 Abs. 2 BV geregelten Koordinationsrechte und -pflichten sind im Lichte dieser Rollen von Bund und Kantonen in der schweizerischen Eidgenossenschaft zu deuten. Aus einer Gesamtperspektive übt die gesamtsstaatliche Koordinationspflicht im Bereich der inneren Sicherheit weder der Bund im Namen und im Interesse der Eidgenossenschaft noch die Kantone aus, sondern beide üben diese zusammen aus.⁸⁷ Abhängig davon, ob sowohl der Bund als auch die Kantone (positiver Kompetenzkonflikt) oder keiner der beiden (negativer Kompetenzkonflikt) im Bereich der inneren Sicherheit Regelungsanspruch erheben, liegt der Fokus auf der Machtbegrenzungs- oder der Integrationsfunktion von Art. 57 BV im Gesamtbundesstaat.

Positiver Kompetenzkonflikt. Wenn sich sowohl der Bund als auch die Kantone für regelungszuständig erachten, darf die legislative Verfassungsinterpretation des Bundesgesetzgebers «nicht auf eine Annektierung neuer Bundeskompetenzen hinauslaufen».⁸⁸ Im Falle eines positiven Kompetenzkonflikts steht die Machtlimitierungsfunktion von Art. 57 Abs. 2 BV zum Schutz der Kantone im Vordergrund. Unter Verweis auf die Vorgaben zur Ausscheidung von Aufgaben zwischen Bund und Kantonen im Gesamtbundesstaat (Art. 3 i.V.m. Art. 192 ff. BV) wird in solchen Konstellationen von einem qualifizierten Schweigen des Bundesverfassungsgebers zugunsten der Kantone ausgegangen. Diese Annahme kann höchstens durch den qualifizierten Nachweis umgestossen werden, dass und weshalb der Bund in einem formellen Verfassungsrevisionsverfahren implizit oder inhärent zum fraglichen Tun ermächtigt wurde. Vor diesem Hintergrund erachtet es die herrschende Lehre zu Recht als verfassungswidrig, wenn der Bund in traditionellen Hoheitsgebieten der Kantone gestützt auf seine verfassungsrechtliche Kooperationspflicht gesetzgeberisch tätig wird, weil eine Koordinationsaufgabe alleine die Kraft der Kantone übersteigt oder einer einheitlichen Regelung erfordert und daher der Leitung des Bundes bedarf.⁸⁹ Ohne ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung besitzt der Bund in Hoheitsgebieten der Kantone weder eine subsidiäre Gesamtverantwortung zur Koordination noch zur Harmonisierung.⁹⁰ Der Bund darf dementsprechend gestützt auf eine extensive Interpretation von Art. 57 Abs. 2 BV nicht gegen den Willen der Kantone Gesetzgebungskompetenzen im Bereich der inneren Sicherheit an sich ziehen. Und es würde dem Zweck von Art. 57 Abs. 2 BV zuwiderlaufen, diese Bestimmung als allgemeinen Aufhänger zu deuten, um den Reformstaus im Bereich der inneren Sicherheit ohne formelle Verfassungsrevision zu beheben.

⁸⁶ Gutachten I (Fn. 1), 12 ff.; s.a. MÜLLER R.P., Innere Sicherheit (Fn. 64), 420; TIEFENTHAL, Polizeirecht (Fn. 64), § 2 Rz. 22 f.

⁸⁷ Botschaft BV (Fn. 28), BBl 1997 I 1 ff., 237.

⁸⁸ TSCHANNEN, Staatsrecht (Fn. 22), Rz. 166; MÜLLER LUCIEN/SCHWEIZER RAINER J., SGK-BV (Fn.11), Art. 42, Rz. 10.

⁸⁹ Vgl. Art. 43a Abs. 1 BV (dieser Bestimmung kommt unbestrittenemassen kein kompetenzbegründender Charakter zu). Dazu auch Bericht Malama (Fn. 10), BBl 2012 4459 ff., 4574.

⁹⁰ Vgl. demgegenüber die ausdrückliche Ermächtigung zur Harmonisierung in Art. 62 Abs. 4 BV.

Negativer Kompetenzkonflikt. Erachten sich weder der Bund noch die Kantone für regelungszuständig, halbt aus den Kantonen regelmässig der vorschnelle Ruf nach einer einheitlichen Regelung durch den Bund, weil eine Aufgabe die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen soll (Art. 43a Abs. 1 BV).⁹¹ Während der Bund sich umgekehrt für unzuständig erachtet, indem er das Fehlen einer ausdrücklich kompetenzbegründenden Verfassungsnormals als qualifiziertes Schweigen des Bundesverfassungsgebers deutet. In solchen Konstellationen geht es nicht oder nicht primär um den Schutz der Kantone vor interpretativen Übergriffen durch den Bund. Bund und Kantone sind hier in erster Linie in ihre bundesverfassungsrechtliche Verantwortung zu nehmen. Im Falle eines negativen Kompetenzkonflikts kann demnach nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, die Bundesverfassung verpflichte den Bund zum Unterlassen, soweit sie ihn nicht ausdrücklich zu einem Tun ermächtigt. Der interpretative Fokus verlagert sich in solchen Konstellationen von der Machtbegrenzungsfunktion der Bundesstaatsverfassung auf ihre Integrationsfunktion.⁹² Eine dynamisierend-öffnende Interpretation der Bundesverfassung rechtfertigt sich hier dementsprechend eher.⁹³

Art. 57 Abs. 2 BV als Bundeskompetenz zur Regelung der Abfrage von Polizeidaten? Wenn sich weder der Bund noch die Kantone sich für zuständig erachten, den Austausch von kriminal- und sicherheitspolizeilichen Daten zwischen Bund und Kantonen (vertikale Ebene) sowie zwischen den Kantonen untereinander (horizontale Ebene) zu regeln, liegt ein negativer Kompetenzkonflikt vor. Die Grenzverläufe der Zuständigkeiten von Bund und Kantonen sind im Bereich der inneren Sicherheit ohnehin schon extrem verworren.⁹⁴ Sodann geht es nach Auffassung der Gutachter bei einem negativen Kompetenzkonflikt hinsichtlich der Regelung einer nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten in erster Linie nicht um die Trennung, sondern die Integration einer Abfrage von Polizeidaten in einem föderalen Zwischenraum, wo sich vertikale und horizontale Datenabfragen überschneiden und ineinander fliessen (Integrationsfunktion).⁹⁵ Wie bereits in Gutachten I dargetan, erachten es die Gutachter als inkohärent und störend, wenn der Bund in diesen föderalen Zwischenräumen gestützt auf Art. 57 Abs. 2 BV fallweise eine relativ weitreichende Bundeskompetenz zur Regelung von Polizeidatenbanken für sich in Anspruch nimmt.⁹⁶ Der Bund dann aber im Falle des vorliegenden negativen Kompetenzkonflikts auf die Zuständigkeit der Kantone verweist und sich einer bundesrechtlichen Koordinationslösung verweigert.⁹⁷ Dies auch vor dem Hintergrund, dass durch das bisherige punktuelle Tätigwerden des Bundes der

⁹¹ Vgl. Art. 43a Abs. 1 BV.

⁹² Zu Rolle der Verfassungsfunktionen im Rahmen der Verfassungsinterpretation EHRENZELLER KASPAR, SGK-BV (Fn. 11), Verfassungsinterpretation, Rz. 32, 39 f.

⁹³ Zur dynamisierenden Entwicklung von Verfassungsnormen in der Zeit EHRENZELLER K, SGK-BV (Fn. 11), Verfassungsinterpretation, Rz. 51 ff., 97 ff., 112; vgl. zur Rolle der Verfassungsauslegung bei negativen Kompetenzkonflikten schon früh GIACOMETTI ZACCHARIA, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Antrittsrede gehalten am 11. Juli 1925, Tübingen 1925, 7 ff.

⁹⁴ Gutachten I (Fn. 1), 10 ff.; s.a. Bericht Malama (Fn. 10), BBl 2012 4459 ff., 4476 ff.; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK-BV (Fn. 11), Art. 57, Rz. 23 ff.; MÜLLER/MOHLER, SGK-BV (Fn. 11), Art. 57, Rz. 31 ff.; TIEFENTHAL, Vielfalt (Fn. 11), 51 ff.; zur Schwierigkeit der Abgrenzung jüngst Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 4.1.1.

⁹⁵ Vgl. Kapitel B.4.

⁹⁶ Vgl. Kapitel B.2.

⁹⁷ Diese Voraussetzungen wurden bereits im Gutachten I (Fn. 1), 24 f. umrissen und werden hier zusätzlich konkretisiert.

Koordinationsbedarf zusätzlich gestiegen ist. Umgekehrt liegt es auch in der bundesstaatlichen Verantwortung der Kantone, sich in der fraglichen Sache auf eine Position festzulegen. Entweder sie entscheiden sich für die konsensuale Zusammenarbeit mit dem Bund oder den Widerstand gegen eine Bundeslösung und eine Klärung der Frage auf dem Weg der Verfassungsrevision. Für diesen atypischen Sonderfall schlagen die Gutachter daher vor, eine eng begrenzte und subsidiäre Koordinationskompetenz des Bundes gestützt auf Art. 57 Abs. 2 BV zu bejahen, wenn die nachfolgenden vier Voraussetzungen erfüllt sind.⁹⁸

(I) *Koordinationspflicht des Bundes.* Die Bundesverfassung ermächtigt den Bund nicht in allgemeiner Weise, im Kompetenzbereich der Kantone, koordinierend oder harmonisierend tätig zu werden.⁹⁹ Ohne ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung besitzt der Bund daher in Hoheitsgebieten der Kantone weder eine subsidiäre Gesamtverantwortung zur Koordination noch zur Harmonisierung.¹⁰⁰ Art. 57 Abs. 2 BV verpflichtet Bund und Kantone jedoch explizit dazu, «ihre Anstrengungen im Bereich der inneren Sicherheit» gemeinsam zu «koordinieren». Gegenstand dieser verfassungsrechtlichen Pflicht zur koordinierten Gesamtsteuerung sind neben den in Absatz 1 erwähnten Bereiche «im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicherheit des Landes» auch die von Absatz 2 miterfassten föderalen Zwischenräume im «Bereich der inneren Sicherheit». Eine Koordinationspflicht ist somit im vorliegenden Fall gegeben.

(II) *Unverzichtbare Mitwirkung des Bundes.* Die Mitwirkung des Bundes ist für die Regelung einer nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten nicht bloss unverzichtbar, weil er für die transnationale Datenabfrage zuständig ist und eine vertikale Datenabfrage nicht ohne ihn auskommt. Sie ist auch unverzichtbar, weil die Koordinationspflicht des Bundes nach Art. 57 Abs. 2 BV alle Bereiche betrifft, in denen er die Abfrage von Polizeidaten regelte. In der Vergangenheit interpretierte der Bund seine Rolle im föderalen Zwischenraum der inneren Sicherheit sehr extensiv, als er gestützt auf Art. 57 Abs. 2 BV die kantonsübergreifende Abfrage für kriminal- und sicherheitspolizeiliche Daten der Kantone regelte.¹⁰¹ Dadurch verstärkte der Bund die ohnehin schon bestehenden Überschneidungen der Zuständigkeiten von Bund und Kantonen im Bereich der inneren Sicherheit – und damit die Unklarheiten des Grenzverlaufs zwischen den entsprechenden Zuständigkeiten im Bundesstaat. Die Mitwirkung des Bundes an der koordinierten Gesamtsteuerung einer nationalen Abfrage von Polizeidaten ist vorliegend demnach auch und gerade deshalb unverzichtbar, weil dieser seine Rolle im fraglichen Zwischenraum des Bundesstaates in der Vergangenheit sehr extensiv wahrnahm und damit auch das Ausmass seiner Unverzichtbarkeit an der koordinierten Gesamtsteuerung des fraglichen Sachbereichs vergrösserte.¹⁰²

(III) *Bundesstaatsverfassungsrechtliche Pflicht ohne Verfassungsgrundlage?* Die Koordinationspflicht des Bundes nach Art. 57 Abs. 2 BV erstreckt sich auf alle Bereiche, in denen dieser die Abfrage von Polizeidaten regelte ohne Rücksicht darauf, ob die Verfassungsgrundlage dafür ausreichte

⁹⁸ Vgl. Gutachten I (Fn. 1), 25.

⁹⁹ Ausnahme davon bildet etwa Art. 62 Abs. 4 BV als Bestimmung der Grundordnung für den Bund.

¹⁰⁰ Vgl. demgegenüber die ausdrückliche Ermächtigung zur Harmonisierung in Art. 62 Abs. 4 BV.

¹⁰¹ Vgl. Kapitel B.2.

¹⁰² Vgl. Gutachten I (Fn. 1), 20 ff.

oder nicht. Dieser Pflicht vermag der Bund hinsichtlich der Schaffung einer nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten nur vollumfänglich nachzukommen, wenn er sich dafür partiell auf Art. 57 Abs. 2 BV als Verfassungsgrundlage abstützen kann. Eine solche Bundeskompetenz ist nach Auffassung der Gutachter vereinbar mit der Entstehungsgeschichte, dem Wortlaut und der Systematik der Verfassungsnorm sowie einer Minderheit der Lehre.¹⁰³

(IV) *Kantonsverträglichkeit*¹⁰⁴. Der Umfang dieser Bundeskompetenz nach Art. 57 Abs. 2 BV bleibt eng begrenzt. *Sachlich* bezieht sie sich gerade nicht auf den gesamten Kernbereich der kantonalen Polizeihochheit. Ihr Umfang bleibt beschränkt auf den föderalen Zwischenraum im Bereich der inneren Sicherheit, in dem die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen weder vom Bundesverfassungs- noch vom Bundesgesetzgeber in eindeutiger Art und Weise abgegrenzt wurden. Die konkreten bundesstaatlichen Zuständigkeiten zur Regelung einer nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten sind daher nach Massgabe des positiven Rechts und mit Blick auf die Integrationsfunktion der Bundesverfassung auszumessen. Ausgangspunkt bildet das kantonale Polizeirecht, das von einem auf Art. 57 BV abgestützten Bundesgesetz nicht verdrängt werden darf. Vorliegend besteht aufgrund des negativen Kompetenzkonflikts keine Verdrängungsgefahr für kantonales Recht, da die Kantone den vertikalen und horizontalen Austausch von kriminal- und sicherheitspolizeilichen Daten bisher weder umfassend noch gegenteilig geregelt haben. Mitzubeherrschenden sind sodann die verfassungsförmigen Regeln der Kompetenzzuweisung von Bund und Kantonen, insbesondere Art. 5a, 43a und 44 BV. Vor diesem Hintergrund wäre es nach Auffassung der Gutachter mit der Machtbegrenzungsfunktion von Art. 57 auf jeden Fall unvereinbar, wenn der Bundesgesetzgeber einzelne Kantone gegen ihren Willen zur Datenbekanntgabe verpflichten würde.¹⁰⁵ Hingegen erachten es die Gutachter mit der bundesverfassungsstaatlichen Aufgabenverteilung vereinbar, wenn bei einem negativen Kompetenzkonflikt über die Regelungszuständigkeiten für nationale Abfrageplattformen für Polizeidaten gestützt auf Art. 57 Abs. 2 BV ein Bundesgesetz in enger Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen erlassen wird, das die Zuständigkeiten in einem föderalen Zwischenraum ohne klaren Grenzverlauf konsensual festlegt.¹⁰⁶ So dürfte dies bereits in den anderen Fällen geschehen sein.¹⁰⁷ Vorliegend rechtfertigt sich die extensive Interpretation von Art. 57 Abs. 2 BV mit Blick auf dessen Integrationsfunktion demnach, solange sie so kantonsverträglich wie möglich, aber auch so integrativ wie nötig erfolgt.

¹⁰³ Vgl. Kapitel B.3.

¹⁰⁴ Der Begriff ist entnommen bei BIAGGINI, Bundesstaat (Fn. 77), 138.

¹⁰⁵ Vgl. Gutachten I (Fn. 1), 22; zur Machtlimitierungsfunktion siehe Kapitel B.4

¹⁰⁶ S.a. den Spielraum in der herrschenden Lehre in Kapitel B. 3.

¹⁰⁷ Siehe die Beispiele in Kapitel B.2.

C. Antworten zu den einzelnen Fragen

1. Frage 1

1.1. Frage A

Um eine vollständige Umsetzung der Motion Eichenberger mit Anbindung aller Kantone zu gewährleisten, müsste der Bundesgesetzgeber nicht nur die rechtlichen Grundlagen für eine POLAP schaffen und den Kantonen die Benutzung der Plattform ermöglichen, sondern die Kantone verpflichten, ihre polizeilichen Daten über die POLAP dem Bund und anderen Kantonen bekannt zu geben. Würde die in Ihrem Kurzgutachten bejahte Bundeskompetenz eine Verpflichtung der Kantone zur Datenbekanntgabe abdecken, sodass auf eine Anpassung der Rechtsgrundlagen in den Kantonen vollständig verzichtet werden kann?

Die Bundesverfassung äussert sich weder positiv noch negativ dazu, ob der Bundesgesetzgeber gestützt auf Art. 57 Abs. 2 BV eine bundesgesetzliche Verpflichtung der Kantone zur Datenbekanntgabe erlassen darf, sodass auf eine Anpassung der Rechtsgrundlagen in den Kantonen vollständig verzichtet werden kann. Allerdings räumt die Bundesverfassung dem Bund im Bereich der inneren Sicherheit – anders als etwa im Schulwesen (Art. 62 Abs. 4 BV) – kein explizites Harmonisierungsrecht ein. Vor diesem Hintergrund erachten es die Gutachter wie dargelegt für verfassungswidrig, wenn der Bundesgesetzgeber einzelne Kantone gegen ihren Willen zur Datenbekanntgabe verpflichten würde. Nach Auffassung der Gutachter kann gestützt auf Art. 57 Abs. 2 BV eine bundesgesetzliche Verpflichtung der Kantone zur Datenbekanntgabe höchstens der Ausdruck einer konsensualen Einigung von Bund und Kantonen zur gegenseitigen Datenbekanntgabe sein, die in Bundesgesetzesform «gegossen» wurde. Eine entsprechende bundesgesetzliche Pflicht der Kantone ist ausserdem nur dann mit der bundesstaatlichen Aufgabenverteilung vereinbar, wenn sie sich im Rahmen einer vorgängigen «Kantonsverträglichkeitsprüfung»¹⁰⁸ als Mittel erweist, das sich mit Blick auf die erforderliche Koordination relativ am besten mit der Eigenständigkeit der Kantone vereinbaren lässt.

1.2. Frage B

Um die Motion Eichenberger vollständig umzusetzen, müssen die Kantone neben gerichtspolizeilichen Daten (deren Bearbeitung sich auf die Strafprozessordnung stützt) auch kriminalpolizeiliche Daten aus Vorermittlungen/Vorfeldermittlungen und sicherheitspolizeiliche Daten (deren Bearbeitung sich auf kantonale Polizeigesetze stützt) über die POLAP dem Bund und anderen Kantonen bekannt geben. Würde die in Ihrem Kurzgutachten bejahte Bundeskompetenz eine Verpflichtung der Kantone zur Bekanntgabe der auf kantonale Polizeigesetze gestützten Daten abdecken?

¹⁰⁸ Der Begriff ist entnommen bei BIAGGINI, Bundesstaat (Fn. 77), 138.

Das für eine bundesgesetzliche Pflicht der Kantone zur Datenbekanntgabe Gesagte (Antwort zu Frage 1.A) gilt sinngemäss auch für den Erlass einer bundesgesetzlichen Verpflichtung der Kantone zur Bekanntgabe von kriminal- und sicherheitspolizeilichen Daten gestützt auf Art. 57 Abs. 2 BV.

1.3. Frage C

Um die Motion Eichenberger vollständig umzusetzen, müssen die Kantone die auf ihre kantonalen Polizeigesetze bearbeiteten Daten nicht nur vertikal (dem Bund bzw. dem Ausland) sondern auch horizontal (anderen Kantonen) bekannt geben. Würde die in Ihrem Kurzgutachten bejahte Bundeskompetenz eine Verpflichtung der Kantone zur Bekanntgabe ihrer Daten an andere Kantone abdecken?

Nach Auffassung der Gutachter geht es bei einem negativen Kompetenzkonflikt hinsichtlich einer nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten in erster Linie nicht um die Trennung, sondern die Integration einer Abfrage von Polizeidaten in einem föderalen Zwischenraum, wo sich vertikale und horizontale Datenabfragen überschneiden und ineinanderfliessen (Integrationsfunktion).¹⁰⁹ Wenn die Bundeskompetenz zur Regelung der vertikalen Datenabfrage ermächtigt, wird dieser zumindest indirekt auch zu einer Drehscheibe bei der interkantonalen Datenabfrage. Ob die fragliche Bundeskompetenz eine Verpflichtung der Kantone zur Bekanntgabe ihrer Daten an andere Kantone abdecken, ist nach Auffassung der Gutachter daher grundsätzlich nicht entscheidend.

1.4. Frage D

Sehen Sie zumindest dann eine Bundeskompetenz, um den interkantonalen polizeilichen Datenaustausch (ausserhalb von Verfahren gemäss StPO) durch den Bund zu regeln, wenn die Regelungen des Bundes für die Kantone nur subsidiären Charakter hätten? Bzw. wenn die Bundesregelungen nur zur Anwendung gelangen würden, wenn der Kanton diese Bestimmungen gemäss kantonalem Recht für anwendbar erklärt? Ist es für die Frage einer Bundeskompetenz somit relevant, ob die Kantone durch eine Bundesregelung zum interkantonalen Austausch von polizeilichen Daten verpflichtet werden oder nicht?

Lässt sich die nationale Abfrage von Polizeidaten mit dieser Regelungstechnik ebenso gut koordinieren, so dürfte sich dieser Ansatz im Rahmen einer «Kantonsverträglichkeitsprüfung»¹¹⁰ als milderes Mittel im Vergleich zur bundesgesetzlichen Pflicht der Datenbekanntgabe erweisen – und damit als verfassungsrechtlich zu bevorzugende Lösung.¹¹¹

¹⁰⁹ Vgl. Kapitel B.4.

¹¹⁰ Der Begriff ist entnommen bei BIAGGINI, Bundesstaat (Fn. 77), 138.

¹¹¹ Beispielhaft zum Regelungsdesign einer föderalen Auffangordnung in Bundesgesetzesform etwa Art. 4 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2008 zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31).

2. Frage 2

Eine Abstützung auf die Koordinationspflicht von Art. 57 Abs. 2 BV erfordert nach der Praxis des Bundesgesetzgebers, dass der Bund im betreffenden Sachbereich über eine «nicht marginale» bundesrechtliche Sachzuständigkeit verfügt (Bericht Malama, BBl 2012 4486). Dies wird auch in Ihrem Kurzgutachten festgehalten (S. 24, Ziff. 6). Besteht in Bezug auf die polizeilichen Aufgaben der Kantone im Bereich der Sicherheitspolizei und der Vorermittlungen/Vorfeldermittlungen eine solche nicht marginale bundesrechtliche Sachzuständigkeit?

Vorliegend sind mit dem transnationalen und dem vertikalen Austausch von Polizeidaten Sachbereiche tangiert, die zumindest teilweise in die Zuständigkeiten des Bundes fallen.¹¹² Die Verfassungspraxis scheint das von ihr entwickelte Kriterium der «nicht bloss marginalen Bedeutung» *quantitativ* zu verstehen. Ob sich der Bundesgesetzgeber auf Art. 57 Abs. 2 BV abstützen darf, hängt also von der Existenz von Bundeskompetenzen mit einem bestimmten Minimalumfang im fraglichen Sachbereich ab. Der notwendige Umfang kann sich annexweise aus einer oder mehreren Verfassungsgrundlagen ergeben. Im Gutachten I wurde hingegen ausgeführt, warum das Kriterium «nicht bloss marginalen Bedeutung» *qualitativ* zu verstehen ist.¹¹³ Nach Auffassung der Gutachter ist es entscheidend, ob «eine koordinierte Gesamtsteuerung der Tätigkeiten von Bund und Kantonen im Bereich der polizeilichen Datenabfrage nur unter Mitwirkung des Bundes möglich» ist.¹¹⁴ Dies hat der Bundesgesetzgeber in mehreren Fällen bejaht.¹¹⁵ Was für diese Einzelfälle im föderalen Zwischenraum gilt, hat umso mehr für die hier fragliche Gesamtkoordination zu gelten. Wie bereits dargetan, ist die Mitwirkung des Bundes an der koordinierten Gesamtsteuerung einer nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten vorliegend unverzichtbar, weil er in der Vergangenheit gestützt auf Art. 57 Abs. 2 BV die vertikale und horizontale Abfrage von kriminal- und sicherheitspolizeilichen Daten der Kantone regelte und dadurch seinen Verantwortungsbereich ausdehnte.

3. Frage 3

Stützt die im Verfassungsrecht vorherrschende Lehre eine Bejahung der kompetenzbegründenden Wirkung von Art. 57 Abs. 2 BV ohne Vorliegen einer bundesrechtlichen Sachzuständigkeit?

Wie in Kapitel B.3. dargelegt, besteht eine Entfremdung zwischen Lehre und Praxis hinsichtlich der kompetenzbegründenden Wirkung von Art. 57 Abs. 2 BV. Die herrschende Lehre verneint eine solche Wirkung, bei näherer Betrachtung offenbaren sich jedoch gewisse Spielräume. Eine auf Art. 57 Abs. 2 BV abgestützte, fragmentarische Bundeskompetenzen zur Schaffung einer nationalen Abfrageplattform für kriminal- und sicherheitspolizeiliche Daten, deren Ausübung kein

¹¹² So die Formulierung in der Botschaft vom 17. November 2010 zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Bekämpfung des Menschenhandels und zum Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz, BBl 2011 1 ff., 94 f.

¹¹³ Gutachten I (Fn. 1), 16, 20.

¹¹⁴ Gutachten I (Fn. 1), 20 f.

¹¹⁵ Vgl. Kapitel B.2.

kantonales Recht verdrängen, erweist sich zumindest als vereinbar mit der Entstehungsgeschichte und einer Minderheit der Lehre.¹¹⁶

4. Frage 4

Ihr Kurzgutachten anerkennt einen «eminenten Revisionsbedarf» (S. 16) in Bezug auf die Sicherheitsverfassung und fordert «dringend [...] [eine] Lösung de constitutione ferenda» (S. 24). Das Gutachten bejaht zudem eine Bundeskompetenz spezifisch aus dem Grund, «um die staatliche Handlungsfähigkeit im Bereich der inneren Sicherheit aufrecht zu erhalten, bis die erforderliche Verfassungsgrundlage existiert» (S. 18). Das Ihnen im Anhang überlassene «feuille de route» zur Umsetzung der Motion Eichenberger vom Juli 2023 sieht zwei Varianten vor: Variante Konkordat und Variante Verfassungsrevision. Wie beurteilen Sie aus verfassungsrechtlicher Sicht die Variante, die Bundesverfassung um eine punktuelle Bundeskompetenz zur Regelung des polizeilichen Datenaustauschs zu ergänzen, um eine spezifische Verfassungsgrundlage für eine vollständige Umsetzung der Motion Eichenberger auf dem Weg der Bundesgesetzgebung zu schaffen, im Vergleich zu einer auf Art. 57 Abs. 2 BV gestützten Bundesregelung?

Wie bereits im Gutachten I ausgeführt,¹¹⁷ erachten die Gutachter den vorliegenden Anlassfall für geeignet, um einen politischen Leitentscheid in Verfassungsform zur Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen im Bereich der inneren Sicherheit herbeizuführen. Der Bundesgesetzgeber ist in der Vergangenheit mehrfach davon ausgegangen, dass ihm Art. 57 Abs. 2 BV eine eigenständige Koordinationskompetenz zuweist. In der Lehre stösst dieses Vorgehen seit dem ersten Praxisfall – der Schaffung einer Hooligan-Datenbank auf die Durchführung der EURO 2008 hin – auf Kritik. Die Bedeutung der damit zusammenhängenden Verfassungsfrage hat zwischenzeitlich zugenommen und dürfte sich zukünftig noch akzentuierter stellen. Hinzu kommt, dass der Bereich der inneren Sicherheit in hohem Masse grundrechtssensibel ist und einen angestammten Hoheitsbereich der Kanone betrifft. Daher sollte der erforderlichen Leitentscheid aufgrund seiner Bedeutung für den schweizerischen Bundesstaat möglichst im Verfahren der Verfassungsrevision getroffen werden. Allein das Verfahren der Bundesverfassungsrevision sorgt für eine demokratisch wie bundesstaatlich bestmöglich legitimierte Rechtsgrundlage für die Schaffung von Polizeidatenabfragesystemen für die Zukunft.

¹¹⁶ Näher Kapitel B.3.

¹¹⁷ Gutachten I (Fn. 1), 16, 18, 24.

D. Zusammenfassende Würdigung und Ausblick

Die Bundesversammlung hat als oberste Gewalt im Bund einen politischen Leitentscheid in der Frage zu treffen, inwieweit die geltende Kompetenzordnung der Bundesverfassung im Bereich der inneren Sicherheit ausreicht, um ein Bundesgesetz über eine nationale Abfrageplattform für Polizeidaten zu erlassen, das die vertikale und horizontale Abfrage von kriminal- und sicherheitspolizeilichen Daten im Bundesstaat mitumfasst. Im Wesentlichen stehen ihr dabei drei Handlungsoptionen zur Verfügung.

Handlungsoption I – Bundesgesetz mit Konkordat: Eine umfassende Regelung der Abfrage von kriminal-, gerichts- und sicherheitspolizeilichen Daten in vertikaler (Bund-Kantone), horizontaler (Kanton-Kanton) und transnationaler (Bund, Kantone, Ausland) Hinsicht kann *de constitutione lata* durch ein Bundesgesetz mit Konkordat geregelt werden. Diese Handlungsoption trägt der Kritik der Lehre gegenüber der dynamisierenden Überdehnung von Art. 57 Abs. 2 BV Rechnung. Sodann kommt sie ohne formelle Teilrevision der Bundesverfassung aus. Schliesslich bewahrt sie die vertikale Machtteilung im Bundesstaat zum Schutz des Individuums vor missbräuchlicher Verwendung persönlicher Daten durch die Polizeiorgane des Bundes und der Kantone.¹¹⁸ Die Handlungsoption besitzt aber auch Nachteile. Erstens hängt sie massgeblich vom Willen der Kantone zum Konkordat respektive zu Kooperationsbestimmungen in kantonalen Polizeigesetzen¹¹⁹ ab. Zweitens bleibt die parlamentarische Deliberation der horizontalen Datenabfrage auf der Strecke, da eine Konkordatslösung nur äusserst begrenzt in einem parlamentarischen Prozess erarbeitet werden können. Auch können sich bei einem Konkordat als Produkt von Exekutivrechtsetzung Fragen hinsichtlich des Erfordernisses einer formell-gesetzlichen Grundlage für Vorkehrungen zur Übermittlung von Daten an Dritte stellen.¹²⁰ Drittens besteht die Gefahr, dass auch bei einem koordinierten Vorgehen von Bund und Kantonen unklare Verantwortungsbereiche in den föderalen Zwischenräumen fortbestehen, wenn sich der Bundesgesetzgeber auf den Rechtskreis des Bundes und die Kantone auf die Abstimmung ihrer Rechtskreise beschränken.

Handlungsoption II – Bundesverfassungsteilrevision: Die Schaffung einer nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten verdeutlicht den Reformstau im Bereich der Sicherheitsverfassung, der weiter zunehmen dürfte. Die Bundesversammlung kann basierend auf dem vorliegenden Anlassfall ihre Verantwortung als oberste Gewalt im Bund nachkommen und Volk und Ständen eine Verfassungsrevisionsvorlage zur Schaffung einer Bundeskompetenz für die Regelung nationaler Polizeidatenbanken zur Abstimmung vorlegen. Der Anlassfall der nationalen Abfrageplattform für Polizeidaten eignet sich, um die bisherige Rechtsetzungspraxis des Bundesgesetzgebers zu korrigieren und sie wieder stärker in Einklang mit der Lehre zu bringen, indem auf dem Weg der formellen Verfassungsrevision eine Bundeskompetenz zur Regelung des nationalen Austausches von Polizeidaten geschaffen wird. Regelungstechnisch stellt sich die Frage, ob

¹¹⁸ Dazu Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 8.1.1 u. E. 8.9.2.

¹¹⁹ Beispielhaft Art. 39^{quater} E-PolG/SG.

¹²⁰ So Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 4.3.3. sowie E. 8 ff.

eine bereichsspezifische oder eine problemspezifische Verfassungsgrundlage geschaffen werden soll. Denn die Notwendigkeit einer gemeinschaftlichen Führung von Datenbanken durch Bund und Kantone – und die damit zusammenhängende Unitarisierung durch Technik – besteht auch ausserhalb des fraglichen Sachbereichs.¹²¹ Diese Handlungsoption ermöglicht eine Klärung der vorliegenden Kernfrage unter gemeinsamer Beteiligung von Bund und Kantonen und sorgt für eine demokratisch wie bundesstaatlich bestmöglich legitimierte Rechtsgrundlage zur Schaffung von nationalen Polizeidatenbanken. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Schaffung einer neuen Bundeskompetenz mit Blick auf die vertikale Gewaltenteilung unter rechtspolitischen Gesichtspunkten auch kritisch gesehen werden kann – etwa hinsichtlich einer erhöhten Gefahr der missbräuchlichen Verwendung persönlicher Daten durch Polizeiorgane.¹²²

Handlungsoption III – Bundesgesetz: In Bestätigung und Fortführung der bisherigen Praxis kann man mit Blick auf die Entstehungsgeschichte und einer Minderheit der Lehre zum Schluss kommen, dass die dynamische Entwicklung von Art. 57 Abs. 2 BV hin zur fragmentarischen Bundeskompetenz mit engem Umfang zur Schaffung von Polizeidatenbanken dessen Normsinn nicht zuwiderläuft und sich bei der Behebung negativer Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen im Sicherheitsbereich bewährt hat. Für ein Bundesgesetz über eine nationale Abfrageplattform für Polizeidaten muss nicht der Weg der formellen Verfassungsrevision eingeschlagen werden. Diese Handlungsoption trägt der Kritik in der Lehre keine Rechnung, verfestigt die bisherige Praxis des Bundesgesetzgebers und reduziert den Druck, eine Teilrevision der Bundesverfassung an die Hand zu nehmen. Vor allem aber verunmöglicht diese Handlungsoption eine verbandsübergreifende Klärung der vorliegenden Kernfrage unter gemeinsamer Beteiligung von Bund und Kantonen. Die Bundesversammlung setzt sich damit dem Vorwurf aus, ihrer Verantwortung als oberste Gewalt im schweizerischen Bundesstaat nicht gerecht zu werden und die vertikale Machtteilung im Bundesstaat eigenmächtig zu relativieren.

St. Gallen, den 17. November 2023

¹²¹ Vgl. SCHWEIZER, Verteilung, in: VdS 2020, III.7 (Fn. 68), Rz. 17.

¹²² Dazu Urteil (BGer) vom 29. November 2022, 1C_39/2021, E. 8.1.1 u. E. 8.9.2.