



Markus H.F. Mohler*

Sicherheitsbezogene Zutrittskontrollen zu Stadien

Möglichkeiten und Grenzen, auch des Einsatzes privater Sicherheitsdienste**

Bund, Kantone, Städte, Sportverbände und Klubs erwägen beim Suchen nach Möglichkeiten, das Abfeuern von Feuerwerk in Stadien zu verhindern, (alle) Zuschauer nach dem Betreten des Stadions einer Kleiderdurchsuchung bis auf die Unterwäsche zu unterziehen und diese Aufgabe privaten Sicherheitsdiensten zu übertragen. Trotz verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Schutzpflichten der Polizei und verbandsrechtlichen Sicherheitsaufgaben der Veranstalter erweist sich ein solches Vorgehen ohne Anfangsverdacht als grundrechtswidrig. Auch das Zivilrecht liefert dafür keine Grundlage.

La Confédération, les cantons, les villes, les fédérations sportives et les clubs envisagent, dans le cadre de la recherche de solutions pour empêcher la mise à feu de feux d'artifice dans les stades, de soumettre (tous) les spectateurs dès qu'ils entrent dans le stade à une fouille vestimentaire – allant jusqu'aux sous-vêtements – et de confier l'exécution de cette tâche à des entreprises de sécurité privées. Malgré les devoirs de protection constitutionnels et légaux qui incombent à la police ainsi que les tâches de sécurité qui incombent aux organisateurs en vertu du droit associatif, un tel procédé s'avère, en l'absence de soupçon concret, contraire aux droits fondamentaux. Il ne trouve pas non plus de base dans le droit civil.

Inhalt

- I. Problemumschreibung
 1. Rechtliche Problemstellungen
 - 1.1 Öffentliches Recht
 - 1.2 Privatrecht
 2. Die Kardinalfragen
 3. Wirklichkeitsfremdes Recht oder rechtswidrige Wirklichkeit?
- II. Die rechtliche Bedeutung des halb-öffentlichen Raumes eines Stadions
- III. Voraussetzungen für die Beschränkung von Grundrechten am Beispiel der Kleiderdurchsuchung im Areal von Stadien
 1. Generelle Bemerkungen
 - 1.1 Privatrecht
 - 1.2 Öffentliches Recht
 2. Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen
 3. Die Kleiderdurchsuchung bis auf die Unterwäsche als Grundrechtseingriff
 4. Zum Verhältnismässigkeitsprinzip insbesondere
 - 4.1 Die relevanten Verhältnisse
 - 4.2 Prüfung nach den einzelnen Kriterien des Verhältnismässigkeitsprinzips
 - 4.3 Ergebnis der Prüfung der Verhältnismässigkeit
 5. Störerprinzip
- IV. Umsetzungsvoraussetzungen
 1. Rechtliches
 - 1.1 Mit rechtlich indizierter Beschränkung der zu kontrollierenden Personen
 - 1.2 Ohne rechtlich indizierte Beschränkung der zu kontrollierenden Personen
 - 1.3 Videoaufzeichnungen
 2. Praktische Umsetzung

* Dr. iur., Lehrbeauftragter für öffentliches, speziell Sicherheits- und Polizeirecht an den Universitäten von Basel und St. Gallen. Der Autor dankt Patrick Gättelin, Assistent an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, für seine wertvolle Mitarbeit.

I. Problemumschreibung

Zur Verhinderung von Unfällen mit möglicherweise schweren Verletzungen oder von Spielunterbrüchen durch das Abfeuern von Feuerwerkskörpern sollen u.a. die Zutrittskontrollen zu Stadien erheblich verstärkt werden. Da solche Feuerwerkskörper oft in der Unterwäsche versteckt in Stadien eingeschmuggelt worden seien, wurde erwogen, Zuschauerinnen und Zuschauer nach dem Eintritt ins Stadionareal zu durchsuchen, wobei sich diese bis auf die Unterwäsche auszuziehen hätten.

Damit verbunden ist die bisher unterschiedlich beantwortete Frage, ob mit solchen Durchsuchungen von Personen («Leibesvisitationen») gegebenenfalls auch Angehörige privater Sicherheitsdienste betraut werden können.¹

1. Rechtliche Problemstellungen

1.1 Öffentliches Recht

Eine Kleiderdurchsuchung, bei der sich die kontrollierte Person bis auf die Unterwäsche auszuziehen hat,

** Überarbeitete Fassung eines gutachtlichen Berichtes für die Nationale Projektgruppe Sicherheit im Umfeld von Sportveranstaltungen (Runder Tisch des VBS).

¹ Vgl. dazu auch den 2. Entwurf der KKJPD zu einem Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen v. 29. September 2009, namentlich Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 und Art. 10 Abs. 2 lit. e samt Erläuterungen zu Art. 10 (S. 7; Vernehmlassungsschreiben der KKJPD v. 17. Dezember 2009 an die Kantonsregierungen, alles nicht publiziert).

ist eine Beschränkung ihrer Grundrechte, namentlich ihrer persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ihrer Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) und ihrer informationellen Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV).²

Stadien zählen zu den sog. halb-öffentlichen Räumen.³ Dies bedeutet, dass grundsätzlich allen Personen, die über eine gültige Zutrittsberechtigung verfügen und sich gesetzeskonform verhalten, zunächst der Zugang zu gewähren ist (Kontrahierungszwang).⁴ Eingeschränkt werden kann dieser Kontrahierungszwang nur, wenn die Stadionberechtigten *sachlich gerechtfertigte Gründe* für die Verweigerung eines Vertragsabschluss (Kauf eines Billet) bzw. für eine konkrete Zutrittsverweigerung (gültiges Stadionverbot oder anderweitig hinreichender Grund [bspw. Betrunkenheit])⁵ anzugeben vermögen.⁶ Sind bei der formellen Zutrittskontrolle (Billet) keine vorbestehenden individuellen Zutrittsverweigerungsgründe bekannt, können Personen, die Feuerwerkskörper versteckt auf sich tragen, in das Areal des Stadions gelangen. Es stellt sich somit die Frage, ob und gegebenenfalls inwiefern und wie weitgehend Personen, die die (äussere) Zutrittskontrolle passiert haben, einer auf versteckte Feuerwerkskörper zielgerichteten Durchsuchung unterzogen werden dürfen. Dafür ist das private Vertragsrecht nicht unmassgeblich, aber in seiner Rechtswirkung eingeschränkt: Art. 35 Abs. 3 BV, die Wirksamkeit der Grundrechte unter Privaten bzw. die Drittwirkung der Grundrechte, ist von Bedeutung (Näheres dazu unten, III.2.).

1.2. Privatrecht

Das Hausrecht ist primär privatrechtlicher Art (Art. 641, 926 ZGB);⁷ es wird durch das Strafrecht verstärkt (Haus-

friedensbruch, Art. 186 StGB).⁸ Die Normierung in den erwähnten Gesetzen ist eine Konkretisierung des Grundrechts auf Achtung des privaten Raumes (Art. 13 Abs. 1 BV)⁹ bzw. der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).¹⁰ Diejenigen, die das Hausrecht ausüben, können sich aufgrund der genannten einfach-gesetzlichen Bestimmungen gegen nicht (mehr) erwünschten Besuch oder unerwünschtes Eindringen Dritter wehren.

Im Zusammenhang mit der *Ausübung des Hausrechts in Stadien* stellte sich neben der Frage, wem *aus welchen Gründen* der Zugang oder das Verbleiben verwehrt werden kann, jene, welche Bedeutung die mit einem Kauf von Eintrittskarten allenfalls vertraglich eingeräumte Einwilligung zu «Durchsuchungen» haben könnte, und welche Kompetenzen welchen Organen für die Gewährleistung der Sicherheit im Stadion zukommen.¹¹

2. Die Kardinalfragen

2.1 Auf Grund des Kontrahierungszwangs bzw. der rechtlich beschränkten Zutrittsverweigerungsmöglichkeiten folgt, dass sehr viele Leute grundsätzlich Zutritt haben und daher durchsucht werden müssten. Bei der grossen Mehrheit dürfte kein Verdacht auf ein beabsichtigtes Einschmuggeln von Feuerwerkskörpern bestehen. Daraus ergeben sich die *Fragen, ob eine verdachtsfreie Beschränkung der hier interessierenden Grundrechte in einem halb-öffentlichen Raum überhaupt zulässig ist, und ob eine Gesetzesnorm, die solches erlaubt, nicht auf der Stufe der Rechtssetzung das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt* (Art. 5 Abs. 2 BV).

² STEPHAN BREITENMOSER, St. Galler Kommentar zu Art. 13 BV, 2. Aufl. 2008, Rz. 16 und 17; RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV, 2. Aufl. 2008, Rz. 23; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 166; EGMR, Urteil Wieser gegen Österreich vom 22. Februar 2007, § 40.

³ Bericht des Bundesrates zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen, v. 2. Dezember 2005, BBl 2006 623, 648; MARCO GAMMA, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Diss. Freiburg, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 93; PHILIPPE RAUBER, Rechtliche Grundlagen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private, Diss. Basel 2006, 195; WALTER KÁLIN/ANDREAS LIENHARD/JUDITH WYTTENBACH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, ZSR 126 (2007) I, 35; MARKUS H.F. MOHLER, Die Befugnisse privater Sicherheitsdienste im Kanton Basel-Stadt (insbesondere hinsichtlich Fesselung und Wegweisungen), Gutachten im Auftrag der Kantonspolizei Basel-Stadt, Basel 2009 (www.recht-sicherheit.ch [Polizeirecht]), Rz. 43–45. Näheres dazu unten, II.

⁴ Zu den Voraussetzungen: BGE 129 III 35; JAN KLEINER, Rechtsfragen um Stadionverbote, in: Arter/Baddeley (Hrsg.), Sport und Recht, Sicherheit im Sport, Bern 2008, 19 ff., 51 ff.; MÜLLER/SCHEFER (FN 2), 707 m.w.H.

⁵ Auf die zivilrechtliche Erledigung eines allfälligen Streitfalles, sollte eine zurückgewiesene Person ein Billet bereits erhalten haben, wird hier nicht eingetreten.

⁶ BGE 129 III 35, E. 6.3 (46); MOHLER (FN 3), Rz. 108–111.

⁷ PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMOJUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich/Bern/Basel 2009, 834 ff. (Art. 926 ZGB) sowie 900 ff. (Art. 641 ZGB).

⁸ Zu Art. 186 StGB siehe etwa GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl., Bern 2003, 134 ff.

⁹ MÜLLER/SCHEFER (FN 2), 186. Der Begriff «privater Raum» wird hier bewusst verwendet, da der im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 BV zumeist verwendete Begriff der «Wohnung» weit mehr umfasst (a.a.O., 183 ff., 187 ff.).

¹⁰ BGE 130 I 26, E. 4.3.; MÜLLER/SCHEFER (FN 2), 1054. Inwieweit im Zusammenhang mit einem Stadion in Bezug auf die Ausübung des Hausrechts bzw. der Wahl der Zutrittsberechtigten neben dem Recht auf Privatsphäre die Wirtschaftsfreiheit, Art. 27 BV, und/oder die Eigentumsgarantie, Art. 26 BV, massgebend sind, wird hier nicht weiter untersucht.

¹¹ Vgl. die verblüffenden (und auch sehr ungenauen) Formulierungen in den Erläuterungen zum 2. Entwurf eines Konkordates über private Sicherheitsfirmen (FN 1), 7: «Einerseits führen vertragliche Regelungen zwischen dem Gewaltanwender und der gewaltbetroffenen Person oder spontane Einwilligungen zu privater Gewaltbefugnis, welche mit dem Gewaltmonopol in Einklang steht. So können etwa die Besucher einer Sport- oder Musikveranstaltung beim Kauf des Eintrittstickets (explizit oder konkludent) vertraglich einwilligen, dass ungeachtet des staatlichen Gewaltmonopols vom Veranstalter gewisse Eingriffshandlungen vollzogen werden können wie etwa Körper- (sic!) oder Sachdurchsuchungen.» Diese Erläuterungen stehen in direktem Widerspruch zur bisher einhelligen Lehre (z.B. MARKUS SCHEFER, BWIS I: Kompetenzen und Grundrechte, digma 2006, 60 ff., 63; INGEBOURG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, Rz. 32.17). Näheres dazu unten, III.1.1.

- 2.2 Die zweite Frage betrifft die Schwere eines solchen Grundrechtseingriffs in der Form einer Kleiderdurchsuchung bis auf die Unterwäsche. *Handelt es sich um eine schwerwiegende Einschränkung von Grundrechten oder bloss um eine nicht schwerwiegende* (Art. 36 Abs. 1, 1. oder 2. Satz, BV)?
- 2.3 Drittens ist für den halb-öffentlichen Raum zu prüfen, *wer – Kanton und/oder Stadt mit der Polizei bzw. die für die Veranstaltung in einem Stadion Verantwortlichen mit privaten Sicherheitsdiensten – gestützt worauf Verantwortung für die Sicherheit bzw. eine (unmittelbare) Schutzpflicht trägt und wem welche Befugnisse zu deren Erfüllung zukommen.*
- 2.4 Aus grund- wie aus privatrechtlicher Sicht fragt sich, *ob – und gegebenenfalls inwiefern – eine (mit dem Kauf einer Eintrittskarte als erteilt angenommene) vertragliche Einwilligung in eine derartige Durchsuchung rechtliche Wirkung entfalten bzw. ob – und gegebenenfalls in welchem Umfang – auf den Schutz von Grundrechten verzichtet werden kann.*

3. Wirklichkeitsfremdes Recht oder rechtswidrige Wirklichkeit?

Mit Blick auf die bestehende Praxis, die jetzt verschärft werden soll, mag gefragt werden, ob die bisher durchgeführten Kleiderdurchsuchungen ohne einen auf die kontrollierte Person bezogenen (Anfangs-)Verdacht und ohne eine privatrechtlich gültig zustande gekommene Einwilligung rechtswidrig waren, oder ob die (grund-)rechtliche Betrachtung wirklichkeitsfremd sei. Offenbar ist die Praxis der individuell verdachtsfreien Kleiderdurchsuchungen eine Tatsache – die in Literatur und Judikatur erhärteten Voraussetzungen für Grundrechtsbeschränkungen sind es sicher.

Eine verdachtsfreie Beschränkung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) und der informationellen Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) in öffentlichen oder halb-öffentlichen Räumen ist ausgeschlossen,¹² es sei denn, die Eingriffe hätten eine hinreichend bestimmte (und eingegrenzte) gesetzliche Grundlage, die (im Sinne eines kumulatives Erfordernisses) ihrerseits den verfassungsrechtlichen Anforderungen (namentlich auch in Bezug auf das Verhältnismässigkeitsprinzip) genügt.

II. Die rechtliche Bedeutung des halb-öffentlichen Raumes eines Stadions

Die «Halb-Öffentlichkeit» ergibt sich zunächst aus der Verbindung von beschränkt dinglichen Rechten oder Eigentum resp. Besitz (auch als Mieter¹³) an einem Grundstück einerseits und der aufgrund dieses

Verfügungsrechts *beschränkbarer, umgekehrt aber gerade angestrebten öffentlichen Zugänglichkeit* eben dieser Liegenschaft andererseits. Die grundsätzlich angestrebte öffentliche Zugänglichkeit kann grosse Menschenansammlungen zur Folge haben und führt zu einem erheblichen *öffentlichen Interesse* in der Gestalt der Gewährleistung der Sicherheit der Massen.¹⁴ Das öffentliche Interesse ist Voraussetzung polizeilichen Handelns,¹⁵ begründet aber auch entsprechende Handlungspflichten.¹⁶

Die Beschränkbarkeit des Zugangs stösst wegen der mit dem öffentlichen Angebot¹⁷ für die Benützung dieses Raumes (hier: Stadion) durch die Allgemeinheit ihrerseits an Schranken, die sich aus dem öffentlichen Recht ergeben.¹⁸

Aus den erwähnten Besitzrechten leiten sich jedoch insofern Teile eines Verfügungsrechtes (Hausrecht, Vertragsfreiheit) ab, als die Berechtigten mit *sachlich gerechtfertigten Gründen*¹⁹ ein Haus- bzw. Zutrittsverbot aussprechen können.

Nach überwiegender Lehre ist es an Orten, die der Allgemeinheit offen stehen, grundsätzlich Aufgabe der Polizei, für die Sicherheit zu sorgen.²⁰ Dies bedeutet, dass für alle Organe, ob staatlich, kommunal oder – in deren Auftrag – privat, die *Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV* gilt.²¹ Das heisst aber nicht, dass die vom Stadionverantwortlichen beauftragten privaten

¹⁴ Das öffentliche Interesse wird nicht zuletzt gerade durch den von einem Bundesrat präsidierten «Runden Tisch», an dem der Bund, Kantone, Städte, Sportverbände und Klubs koordinierte Sicherheitsmassnahmen für Sportveranstaltungen planen, unter Beweis gestellt.

¹⁵ HANS REINHARDT, Allgemeines Polizeirecht, Diss. Bern 1993, 94 ff.

¹⁶ MARKUS H.F. MOHLER, Sicherheitsrecht und Rechtssicherheit bei Sportanlässen, in: Arter/Baddeley (Hrsg.), Sport und Recht, Sicherheit im Sport, Bern 2008, 73 ff., 83 m.w.H.

¹⁷ OLIVER ARTER/EVA SCHWEIZER, Verantwortlichkeit des Veranstalters von Sportveranstaltungen, in: Arter (Hrsg.), Sport und Recht, Bern 2004, 17 ff., 62, betrachten alle Werbung für ein Fussballspiel nicht als Offerte bzw. verbindliches Angebot, sondern als *invitatio ad offerendum*, also als Einladung an Interessierte, ihrerseits ein Angebot für den Kauf einer Eintrittskarte zu unterbreiten. M.E. trifft dies nicht zu, da der Allgemeinheit der Kauf von Eintrittskarten zu festgesetzten Konditionen (Zeit, Ort, Mannschaften) und Preisen angeboten wird, der Vertragsgegenstand eine Veranstaltung im halb-öffentlichen Raum betrifft und die Interessierten bspw. über keinen anderen Preis für bestimmte Platzkategorien verhandeln können. Sofern nicht ein sachlich begründeter Vertragsverweigerungsgrund vorliegt, besteht beim Veranstalter der nötige Rechtsfolgswille. Es handelt sich demnach vielmehr um eine *offerata ad incertas personas*, also um eine der angestrebten Vielzahl von Besuchern entsprechende Offerte an eine unbestimmte Anzahl beliebiger Personen. Vgl. dazu SCHWENZER (FN 12), Rz. 28.08.

¹⁸ KLEINER (FN 4), 28, 54 f.

¹⁹ Zu «sachlich gerechtfertigten» Gründen: KLEINER (FN 5), 56 f.; BGH V ZR 253/08 (2009), Rz. 13 ff.

²⁰ GAMMA (FN 3), 88; SCHEFER (FN 11), 63 f.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 3), 35; MOHLER (FN 16), 94 f.

²¹ SCHEFER (FN 11), 63, stellt fest, die privaten Sicherheitsdienste nähmen die traditionelle Polizeiaufgabe des Staates wahr (Hervorhebung dort).

¹² BGE 109 IA 146, E. 4b; BGer 1B_51/2007, E. 5.1.

¹³ MÜLLER/SCHEFER (FN 2), 1014.

Sicherheitskräfte nicht auch in einer sicherheitsbezogenen Pflicht stünden; deren Kompetenzen sind indessen durch das *Gewaltmonopol* und *datenrechtliche Regelungen* stark begrenzt.

Wenn die Polizei ausnahmsweise nicht in der Lage sein sollte, selber mindestens die Führung der Sicherheitsmassnahmen *in einem halb-öffentlichen Raum* wie einem Stadion auszuüben, gilt für die privaten Sicherheitsdienste dennoch die Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV. Es handelt sich bei der Sicherheitsgewährleistung in Stadien um Veranstaltungen, die einer behördlichen Bewilligung mit entsprechenden Auflagen bedürfen, wobei sich die Grundrechtsbindung wegen der faktischen Machtposition der privaten Sicherheitsorgane (im Auftrag der Stadioneigentümer oder Mieter, d.h. der verantwortlichen Klubs) gegenüber den Besuchern aufdrängt.²²

Bei allfälligen Auseinandersetzungen im privaten Raum stehen den Personen, die das Verfügungsrecht (vgl. dazu oben einleitend zu dieser Ziffer) ausüben, ausschliesslich das Recht des Besitzschutzes (Art. 641 Abs. 2, 926 ZGB), der Notwehr und des Notstandes (Art. 15 ff. StGB) sowie die strafprozessualen Jedermannsrechte (Art. 218 StPO)²³ zu.

Öffentlich-rechtliche Schranken bestehen auch hinsichtlich der Kontrollen nach dem zugelassenen Eintritt in ein Stadion.²⁴ Dabei gilt es, in mehrfacher Hinsicht zu differenzieren: So genügt «Durchsuchung» als genereller Begriff für eine *vertragliche Einwilligung*²⁵ keinesfalls, da in diesem Zusammenhang relevante Durchsuchungen höchst unterschiedlich starke Grundrechtseingriffe bedeuten können: Sie reichen vom oberflächlichen Absuchen der Kleider mit einem Metalldetektoren bis zur berührungsfreien Kontrolle des Afters (bspw. nach kleinen versteckten gefährlichen Gegenständen wie Rasierklingen, Keramikmessern und dgl.).²⁶

III. Voraussetzungen für die Beschränkung von Grundrechten am Beispiel der Kleiderdurchsuchung im Areal von Stadien

1. Generelle Bemerkungen

Wiederholt sei zunächst, dass verdachtsfreie Beschränkungen der im vorliegenden Zusammenhang massgebenden Grundrechte unzulässig sind, sofern dafür nicht eine genügende, verfassungskonforme gesetzliche Grundlage besteht (oben I.3.). Eine vergleichbare Bestimmung findet sich etwa in Art. 55 SVG.²⁷

Die Durchsuchung der Körperoberfläche einer Person, die sich bis auf die Unterwäsche ausziehen muss, bedeutet einen deutlich stärkeren Grundrechtseingriff als eine Personenkontrolle (Identitätsüberprüfung)²⁸ oder eine oberflächliche Kleiderdurchsuchung (nach gefährlichen Gegenständen, «frisking», wie auch etwa an Flughäfen), die vom Bundesgericht als «leicht» eingestuft werden.²⁹ Sie erscheint auch als stärkere Beeinträchtigung als das derzeit für Flughäfen diskutierte «Nacktschannen», da bei diesem das Bild des Körpers derart «verpixelt» ist, dass weder die Person noch körperliche Einzelheiten erkannt werden können. Weil der Übergang von der persönlichen Freiheit (individuelle Selbstbestimmung) zur psychischen Integrität als fließend angesehen wird,³⁰ kann bei verschiedenen Betroffenen durchaus eine Beeinträchtigung ihrer psychischen Integrität vorliegen.³¹ Zudem handelt es sich um einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 13 Abs. 2 BV, bspw. aussergewöhnliche körperliche Eigenschaften oder Merkmale, also objektive Fakten). Dies könnte bei Erwachsenen wie auch bei einzelnen Jugendlichen.³² die gerade nicht zu Problemgruppen zählen, besonders deutlich der Fall sein.

Ob ein Eingriff schwerwiegend ist, bestimmt sich nach objektiven Kriterien.³³ «Schwerwiegend» bezeichnet die Intensität einer Grundrechtsbeeinträchtigung zwischen «leicht» und der Grenze zum (absolut geschützten) Grundrechtskerngehalt. Die *Kleiderdurchsuchung* (mit Ausziehen) *bis auf die Unterwäsche* bedeutet einen stärkeren Eingriff als ein «leichter» (vgl. vorhergehender Absatz). Namentlich wegen dadurch möglicher-

²² RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 33 m.w.H. Eine *direkte* Drittwirkung der Grundrechte zwischen Veranstalter und Zuschauer ist ihrerseits nicht anzunehmen (vgl. dazu z.B. GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2007, Art. 35 BV N 18; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, 49; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 1171 f., 1180 f.) Zur Frage der Notwendigkeit der gesetzgeberischen Form der *indirekten* Drittwirkung der Grundrechte in diesem Zusammenhang unten III.2.

²³ Schweizerische Strafprozessordnung (SR 312.0, BBl 2007 6977, ab 1.1.2011); vgl. bspw. auch § 67 Abs. 2 StPO BS (SG BS 257.100).

²⁴ Bericht Sicherheitsfirmen (FN 3), 648 (Ziff. 4.2.3).

²⁵ Bericht Sicherheitsfirmen (FN 3), a.a.O.

²⁶ Bericht des Sicherheitsdepartementes des Kantons Basel-Stadt über die Tätigkeit der Arbeitsgruppen betreffend «Datenschutz» und «polizeiliche Massnahmen» im Zusammenhang mit der Anti-WEF-Demonstration vom 26. Januar 2008, vom 8. Dezember 2008 (zit.: Bericht des Sicherheitsdepartementes BS; schriftlich bisher nicht publiziert), 28 f.

²⁷ SR 741.01: Fahrzeugführer haben sich auch ohne Verdacht auf Alkoholkonsum einer Atemalkoholprobe zu unterziehen.

²⁸ BGer 1C_179/2008 v. 30. September 2009 (E. 5.1).

²⁹ BGE 109 Ia 146, E. 4b (150); MÜLLER/SCHNEIDER (FN 2), 85.

³⁰ MÜLLER/SCHNEIDER (FN 2), 74.

³¹ RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeirecht, LeGes 2008/3, 279–399, 388.

³² Art. 11 BV; vgl. RUTH REUSSER/KURT LÜSCHER, St. Galler Kommentar zu Art. 11 BV, Rz. 9, 19; Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR 0.107), Art. 1 und Art. 40 Abs. 1 *per analogiam*.

³³ BIAGGINI (FN 22), Art. 36, N 14; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 12.

weise zum Vorschein kommender körperlicher Besonderheiten ist (selbst wenn es sich nicht um solche im Bereich der Geschlechtsmerkmale handelt) die Intimsphäre berührt: Es handelt sich um zwangsläufig preisgebende *sensitive Gegebenheiten*. Die derartige Beeinträchtigung der Intimsphäre kommt dem Grundrechts-Kerngehalt und einem *entwürdigenden Vorgehen nahe*³⁴ und stellt somit einen *schwerwiegenden Eingriff* in die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und die informationelle Selbstbestimmung dar. Allein die Tangierung mehrerer Grundrechte – auch wenn deren Beeinträchtigung grundsätzlich getrennt zu prüfen ist – durch *einen* Eingriff macht dessen Erheblichkeit deutlich.

1.1 Privatrecht

Die Rechtsfigur der *vertraglichen Einwilligung* wird im vorliegenden Zusammenhang strapaziert: Zum Einen handelte es sich um ein Zugeständnis für ein Dulden in einem halb-öffentlichen Raum, in dem öffentliches Recht mindestens vorrangig ist. Zum Zweiten ginge es um eine Einwilligung, die nicht zu den *essentialia negotii* einer solchen vertraglichen Vereinbarung gehört,³⁵ aber auch kaum zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).³⁶ Ob eine derartige Einwilligung den AGB zugerechnet werden könnte, wäre mit der Geltungskontrolle (Konsenskontrolle, unübersehbarer Hinweis vor Vertragsabschluss), der Auslegungskontrolle (Unklarheitsbonus zugunsten der schwächeren Partei bei unklarem Inhalt) und der Inhaltskontrolle (gemäss Kriterien des zwingenden Rechts und der guten Sitten) zu prüfen.³⁷ Es handelte sich m.E. vielmehr um eine vom Veranstalter aufoktroierte *besondere* Bedingung, die die Duldung eines schwerwiegenden grundrechtlichen Eingriffs abnötigte. Zum Dritten zielte diese Bedingung im Grunde genommen auf eine ganz kleine Minderheit – und nicht auf das Gros der Besucherinnen und Besucher –, die sich ihrerseits vertrags- und auch anderweitig rechtswidrig verhält. Zudem handelte es sich um eine Bedingung ausserhalb des direkten vertraglichen Kontextes im Sinne einer sachgemässen Erfüllungsvoraussetzung wie etwa das Vorliegen eines Führerausweises beim Mieten eines Autos, Sicherheitsmassnahmen bei einer risikobehafteten Vergnügungsbahn auf einem Jahrmarkt oder bei typischen Risiko-

aktivitäten.³⁸ Eine wirklich freie Meinungsbildung der ganz überwiegenden Mehrheit der Matchbesucher, denen privatrechtlich der Kauf einer Eintrittskarte aufgrund des Kontrahierungszwangs des Veranstalters³⁹ zusteht, kann nicht angenommen werden. Die möglicherweise zwar stipulierte Einwilligung der eine Eintrittskarte Kaufenden wäre in Bezug auf die verdachtsfreie Duldung von Kleiderdurchsuchungen bis auf die Unterwäsche, zumal ohne Spezifikationen über deren Durchführende und die Durchführung, irrelevant und verstiesse gegen die guten Sitten (vertragliche Inhaltskontrolle, Art. 19 Abs. 2 OR).⁴⁰

Zudem kann die fehlende formell-gesetzliche Grundlage für einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff auch nicht durch eine Einwilligung quasi kompensiert werden: Einzelne Personen können – im öffentlichen und halb-öffentlichen Raum – nicht darüber entscheiden, ob der konstitutionelle Schutz eines Grundrechtes in einem bestimmten Fall für sie gelte oder nicht.⁴¹

1.2 Öffentliches Recht

Bei Durchsuchungen ist der Achtung und dem *Schutz der Menschenwürde* (Art. 7 BV), ein verfassungsrechtliches Fundamentalprinzip,⁴² grösstes Gewicht beizumessen.⁴³ Je intensiver die Durchsuchung erfolgt, desto stärker ist der Eingriff in die persönliche Freiheit, in die Privatsphäre und in das informationelle Selbstbestimmungsrecht. Art. 7 BV dient daher auch zur Konkretisierung von Schutzbereich und Kerngehalt einzelner Grundrechte, aber auch zur Ermittlung der Schwere eines Eingriffs bzw. von dessen Zumutbarkeit bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit.⁴⁴ In dem Mass, wie die Intensität des Eingriffs an sich zunimmt, nehmen auch die Anforderungen an die Wahrung der Menschenwürde der Durchsuchten durch die Durchsuchenden zu.

³⁴ BIAGGINI (FN 22), Art. 36, N 14; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 55, Rz. 16, die für die vollständige Entkleidung eine *entwürdigende* Qualität der Kontrollhandlung annehmen. «Entwürdigend» bedeutet eine Steigerung gegenüber einer bloss «schwerwiegenden» Grundrechtseinschränkung, da es schwerwiegende Einschränkungen gibt, die ihrerseits nicht entwürdigend sind (vgl. Bsp. bei MÜLLER/SCHEFER [FN 2], 85, 320 [Anm. 112], 1022, 1082).

³⁵ KLEINER (FN 4), 50.

³⁶ So etwa Zahlungsfristen, Lieferbedingungen, Rücktrittsregelungen, Garantieansprüche und -leistungen sowie deren Grenzen, Gerichtsstand etc.

³⁷ ERNST A. KRAMER, Grundkurs Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2009, 107.

³⁸ Vgl. etwa den 2. Entwurf zu einem BG über das Bergführerwesen und Anbieten weiterer Risikoaktivitäten (BBl 2007 6045), Art. 2; im NR (Erstrat) mit 1 Stimme Mehrheit angenommen (Geschäft 00.431, AB 2009 N 1778; AB 2001 S 8.6.: Eintreten).

³⁹ KLEINER (FN 5), 54 ff. m.w.H.: Wenn Fussballinteressierte ein bestimmtes Spiel oder die Spiele der von ihnen unterstützten Mannschaft sehen wollen, ergibt sich eine Quasi-Monopolsituation, der sie nicht durch den Besuch eines andern Spiels ohne die entsprechende Bedingung ausweichen können. Der Besuch bestimmter Spiele gehört zum für einen Kontrahierungszwang massgebenden Normalbedarf hinsichtlich Freizeitbeschäftigung.

⁴⁰ SCHWENZER (FN 11), Rz. 32.17; MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006, 72.

⁴¹ SCHEFER (FN 40), 71; DERS. (FN 11), 64. Er bezeichnet die Einwilligung als Fiktion; folgerichtig kann auf den Schutz der Menschenwürde schon gar nicht verzichtet werden; er kann selbst durch übles Verhalten nicht verwirkt werden; vgl. MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil. Bern 2001, 11.

⁴² BIAGGINI (FN 22), Art. 7, N 4.

⁴³ MÜLLER/SCHEFER (FN 2), 1, 40, 166.

⁴⁴ BIAGGINI (FN 22), Art. 7, N 6, 8 f.

2. Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen

Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für Beeinträchtigungen von Grundrechten werden im Folgenden nur begrenzt auf diese besondere Problematik releviert.

Art. 5 BV (Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns) hält zunächst in allgemeiner Form fest, dass jegliches staatliche Handeln sich auf eine genügende Rechtsgrundlage stützen können, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss. Mit Blick auf Art. 36 Abs. 1 BV ist zu betonen, dass insbesondere die Verhältnismässigkeit einer gesetzlichen Bestimmung, die auch schwerwiegende Eingriffe in Grundrechtspositionen erlaubt, eingehend zu prüfen ist. Es scheint in sicherheitsbezogenen Zusammenhängen eine gewisse «Grosszügigkeit» zu bestehen, die zu Bedenken Anlass geben kann.⁴⁵

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert v.a. Abs. 3 von Art. 35 BV, wonach die Behörden dafür sorgen (müssen), dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Konkret handelt es sich um die Frage, *wie*⁴⁶ im vertraglichen Verhältnis zwischen Veranstalter und Zuschauer diese relativierte Grundrechtsbindung zum Tragen kommt. Lehre und Praxis sind sich einig, dass Grundrechte im Allgemeinen keine unmittelbaren Rechtsansprüche unter Privaten zu begründen vermögen. Demzufolge dürfte ein Zuschauer aufgrund einer Kleiderdurchsuchung bis auf die Unterwäsche durch private Sicherheitsdienste im Auftrag des Veranstalters die Verletzung von Art. 10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 1 BV durch den Veranstalter vor Gericht nicht direkt anrufen können.⁴⁷ Aufgrund des evidenten Machtgefälles zwischen Veranstalter und Zuschauer (vgl. oben, III.1.1.) in einem halb-öffentlichen Raum drängt sich im Sinne der indirekten Drittwirkung jedoch eine *gesetzliche Normierung* auf.

Wie bereits festgehalten (oben, II.), ist es von der generellen Zugänglichkeit eines Stadions für die Allgemeinheit her ebenso wie aufgrund des Gewaltmonopols grundsätzlich Aufgabe der Polizei, für die Sicherheit auch im Stadion in dem Masse zu sorgen, als unmittelbarer Zwang oder andere Eingriffe in die persönliche

Freiheit, die Privatsphäre und das informationelle Selbstbestimmungsrecht für die Aufgabenerfüllung typisch und oft unumgänglich sind.⁴⁸

Angesichts der grundrechtlichen Tragweite dieser Art Kleiderdurchsuchung (vgl. dazu unten, III.3.) bedarf die Regelung einer formell-gesetzlichen Grundlage.

Lediglich der Klarheit halber sei erwähnt, dass die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel (Art. 36 Abs. 1, 2. Satz) in diesem Zusammenhang offenkundig nicht gegeben sind.⁴⁹

3. Die Kleiderdurchsuchung bis auf die Unterwäsche als Grundrechtseingriff

Die konkrete Problemstellung zeigt auch die Grenzen der bisher gebräuchlichen Begriffsinhalte in sprachlicher Hinsicht auf: Kleider können durchsucht werden, nicht aber die Körperoberfläche. Diese wäre begrifflich zu *untersuchen* (also ärztlich). Gerade deswegen soll jedoch der Begriff «Untersuchung» in diesem Zusammenhang vermieden werden, da es sich keinesfalls um eine solche handeln darf.⁵⁰

Hingewiesen sei *vergleichsweise* auf die strafprozessrechtlichen Verhältnisse, obwohl es hier ausschliesslich um polizei-, mithin verwaltungsrechtliche Problemstellungen geht. Unstreitig werden für alle strafprozessualen Massnahmen mit Grundrechtseingriffscharakter formell-gesetzliche Grundlagen vorausgesetzt, für die es – ausgenommen bei «Gefahr im Verzug» – im Einzelfall zusätzlich entsprechender justizieller Befehle bedarf. Im vorliegenden Zusammenhang sei auf Art. 241 f. StPO⁵¹ verwiesen.

Dieser Befund bedeutet zunächst, dass es einer *formellen gesetzlichen Grundlage* bedarf, die mit hinreichender Bestimmtheit und der erforderlichen normativen Dichte Voraussetzungen, Zweck, Zielpersonen, Durchführende sowie Art und Weise der Durchführung festlegen müsste.⁵² Dabei ist auch dem Gleichbehandlungsgebot Beachtung zu schenken.

4. Zum Verhältnismässigkeitsprinzip insbesondere

4.1 Die relevanten Verhältnisse

Bei der überwiegenden Zahl der Spiele, bei denen das unbefugte Einbringen von Feuerwerkskörpern verhin-

⁴⁵ So ist z.B. nicht einzusehen, weshalb gemäss Art. 54 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG, SR 745.1) private Transportunternehmen auch «besonders schützenswerte Daten sowie Persönlichkeitsprofile bearbeiten» bzw. durch «Dritte» bearbeiten lassen dürfen, da diesen Firmen umgekehrt keinerlei Befugnisse zustehen, für die solche Daten benötigt würden. Für den allenfalls gerechtfertigten Anschluss von einer Beförderung, eine Schadenersatzklage oder eine Anzeige bei einer Strafverfolgungsbehörde bedarf es keiner besonders schützenswerten Daten. Vgl. auch die Ausführungen des BGer zur Regelung der Videoüberwachung gemäss Polizeigesetz des Kantons Zürich (BGE 136 I 87, E. 8.3); dazu MATHIAS KAUFMANN/STEPHANIE WALTI im vorliegenden Heft.

⁴⁶ BIAGGINI (FN 22), Art. 35, N 21.

⁴⁷ BIAGGINI (FN 22), Art. 35, N 18 (mit Hinweisen auf die BGer-Judikatur); RHINOW/SCHEFER (FN 22), Rz. 1171.

⁴⁸ Diese Feststellung ändert nichts an den beschränkten Befugnissen privater Sicherheitsdienste im Falle von Notwehr und Notstand sowie des Besitzschutzes (oben, II.).

⁴⁹ Vgl. zum Ganzen MARKUS H.F. MOHLER, Die polizeiliche Generalklausel – vom EGMR anerkannt und deren Anwendbarkeit begrenzt, Jusletter 11. Januar 2010, Rz. 7 ff. m.w.H.

⁵⁰ Bericht des Sicherheitsdepartementes BS (FN 26), 28.

⁵¹ Vgl. FN 23.

⁵² Siehe vergleichsweise die erforderlichen Angaben für einen justiziellen Durchsuchungsbefehl in Art. 241 StPO. Dafür reichten die Bestimmungen im oben (FN 11) erwähnten Konkordatsentwurf über private Sicherheitsfirmen nach der hier vertretenen Auffassung nicht aus.

dert werden soll, handelt es sich um Massenveranstaltungen mit einigen tausend bis nahezu vierzigtausend Zuschauerinnen und Zuschauern, die alle in verhältnismässig kurzer Zeit in ein Stadion hinein gelangen wollen. Nach erfahrungsbildenden Erkenntnissen werden verbotene Feuerwerkskörper allerdings bei Weitem nicht nur durch Leute, die diese später auch zünden (wollen), in ein Stadion gebracht. Vielmehr betätigen sich selbst Personen, die nicht auf die besonderen Fanspektoren hinsteuern, sondern sich Karten für teure Plätze erstanden haben, als Schmugglerinnen und Schmuggler. Wie zuvor vereinbart, werden diese «Pyros» dann über Sektoren hinweg an Zugehörige solcher Problemgruppen übergeben.

Ebenso ist erstellt, dass Feuerwerkskörper lange, teils Tage vor einem Spiel auf unterschiedliche Weise in Stadien gebracht und an absprachegemäss bestimmten Orten versteckt werden.

4.2 Prüfung nach den einzelnen Kriterien des Verhältnismässigkeitsprinzips

a) Erforderlichkeit

Rechtliche Pflichten, innerhalb von Stadien für Sicherheit zu sorgen, ergeben sich aus verschiedenen Quellen.

aa) Privatrechtlich

Am Beispiel des Fussballs erläutert, ergibt sich zunächst, dass die einzelnen Fussballklubs der beiden obersten Ligen Mitglieder der *Swiss Football League (SFL)*, einem Verein gemäss Art. 60 ZGB (Art. 1 und 8 der Statuten⁵³), und damit verpflichtet sind (Art. 13 Bst. a und b der Statuten), deren Reglemente einzuhalten. Massgebend ist im vorliegenden Zusammenhang namentlich das Sicherheitsreglement der SFL,⁵⁴ das den Klubs Sicherheitsaufgaben überbindet.

Zwischen den Zuschauerinnen und Zuschauern einerseits und den Klubs⁵⁵ andererseits kommt durch den Kauf einer Eintrittskarte ein Innominatsvertrag zustande, zu dessen Inhalt – neben der Durchführung des bezeichneten Fussballspiels – auch die den Klubs gemäss SFL-Bestimmungen auferlegten Sicherheitsvorsorgepflichten gehören. Aus dem somit zustande gekommenen Vertrag leiten sich die Erfordernisse gegenüber dem Klub ab, geeignete Sicherheitsvorkehrungen zu treffen,⁵⁶ worauf die Eingelassenen einen vertraglichen Rechtsanspruch haben.

Zudem ergeben sich sicherheitsbezogene Pflichten aus der Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR), auf die (und deren Rechtsbeziehungen) hier nicht eingegangen wird.

bb) Öffentlich-rechtlich

Pflichten des Veranstalters können sich aus kantonalen oder kommunalen (einfach gesetzlichen) Bestimmungen ergeben. So ist z.B. gemäss § 66 des Polizeigesetzes des Kantons Basel-Stadt⁵⁷ eine Veranstaltung auf Privatreal, zu der mehr als 20000 Personen erwartet werden, bewilligungspflichtig, woraus sich Auflagen ergeben können. Veranstaltungen mit weniger als 20000 erwarteten Zuschauern bedürfen nach der gleichen Norm dann einer Bewilligung, wenn erhebliche Sicherheitsprobleme (so v.a. Gefahren für Leib und Leben, beträchtliche Sachschäden), die mit den normalen polizeilichen Mitteln nicht zu bewältigen sind, erwartet werden.

Schliesslich ergibt sich die Erforderlichkeit von Sicherheitsmassnahmen gegen Grundrechte beeinträchtigende Gefährdungen just aus der grundrechtlichen Schutzfunktion (Art. 35 iVm. Art. 10 Abs. 1 und 2, 26 BV).⁵⁸

Die *Erforderlichkeit selbst grundrechtsbeschränkender Sicherheitsmassnahmen* ist angesichts der möglichen schweren Verletzungen Dritter durch Abfeuern von Feuerwerkskörpern gegeben. Ebenso darf nicht übersehen werden, dass es durch pyrotechnisches Material oder Rauchbomben zu Panikreaktionen in der Masse kommen kann, deren Folgen unabsehbar sein können.

b) Geeignetheit

Wie oben (III.4.1.) festgehalten, werden Feuerwerkskörper nicht nur – oder zu einem geringeren Teil – durch Angehörige von Problemgruppen, die sie später auch zünden wollen, sondern auch auf andern Wegen (lange vor dem Spieltag) ins Stadion verbracht. Das bedeutet, dass selbst eine lückenlose Kontrolle aller Matchbesucherinnen und -besucher den angestrebten Erfolg nicht zu gewährleisten vermöchte. Daraus ergibt sich eine erste Einschränkung der Geeignetheit dieser Massnahme.

Es erscheint aber auch ebenso ausgeschlossen, sämtliche Zuschauerinnen und Zuschauer einer derart intensiven Kleiderdurchsuchung bis auf die Unterwäsche unterziehen zu können.⁵⁹ Unter Beachtung des Gleich-

⁵³ http://www.football.ch/sfl/cm/Statuten_d%2006-09.pdf (Einsicht: 10.05.2010).

⁵⁴ <http://www.football.ch/sfl/cm/Sicherheitsreglement%20d%2011-09.pdf> (Einsicht: 10.05.2010).

⁵⁵ Auf besondere Vertragsverhältnisse auf Seiten der Veranstalter, Stadioneigentümer und -mieter (Klubs) wird hier nicht eingegangen.

⁵⁶ Nebenbei sei erwähnt, dass sich aus dem gleichen Vertrag auch Pflichten der Zuschauer ergeben, die bei entsprechenden Vertragsverletzungen (wie z.B. Abfeuern von Feuerwerk oder Rauchpetarden) zur Haftung für jeglichen Schaden führen können (Art. 97 ff., evtl. 41 ff. OR).

⁵⁷ SG BS 510.100.

⁵⁸ Zur grundrechtlichen Schutzfunktion: EGMR, Urteil Osman gegen Vereinigtes Königreich vom 28. Oktober 1998, § 115; EGMR, Urteil Rantsev gegen Zypern und Russland vom 7. Januar 2010, § 218; BGE 134 IV 297, E. 4.3.5 (306); SAMANTHA BESSON, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative, ZSR, Bd. 122/I, 49 ff., *passim*; MARKUS H.F. MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, J Rz. 20, 36 ff., 60 ff.; MÜLLER/SCHEFER (FN 2), 53 f., 1020.

⁵⁹ Es ist anzumerken, dass an Flughäfen oder z.B. auch bei gewissen Museen sämtliche Passagiere bzw. Museumsbesucher den vorgesehenen Kontrollen unterzogen werden, diese jedoch nicht alle mehr oder weniger gleichzeitig eintreffen und kontrolliert werden müssen.

behandlungsgebotes erwiese sich der Aufwand an Zeit und Personal als immens. Eine Überschlagsrechnung ergibt bspw. für 10 000 Durchsuchungen mit 30 Kontrollkabinen bei wärmeren Temperaturen einen Zeitaufwand von rund 5,5 Stunden,⁶⁰ bei eher winterlichen Verhältnissen wohl 50% mehr, also gegen 8 Stunden.

Eine Kontrolle nach dem Zufallsprinzip, um dem Gleichbehandlungsgebot einigermaßen gerecht zu werden, verringerte die Erfolgchancen um den Zufallfaktor, womit der bejahten Erforderlichkeit nicht Genüge getan würde. Die *präventive* Wirkung hinge überdies vom leicht zu ermittelnden Verhältnis zwischen Kontrollen und Zuschauerzahl ab: Je geringer der Anteil kontrollierter Personen (u.a. aus Verhältnismässigkeitsgründen), desto grösser die Chance, unerkannt mit «Pyros» durchzukommen.

Es folgt daraus, dass andere Methoden entwickelt werden sollten, die einen höheren Wirkungsgrad bei bedeutend geringerer Grundrechtsbeeinträchtigung erzielen, ohne dass der Personalaufwand gegenüber solchen Durchsuchungen wesentlich höher ausfiele.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die *Geeignetheit* von Kleiderdurchsuchungen bis auf die Unterwäsche bei einer grossen, weit über Verdächtige hinausgehenden Anzahl von Personen aus den dargelegten Gründen *nicht gegeben* ist. Eine Auswahl der zu Kontrollierenden nicht nach dem (überprüfbareren) Zufallsprinzip stellte sehr hohe Anforderungen, um nicht das Gleichheitsgebot, mithin das *Willkürverbot* (Art. 9 BV), zu verletzen. Auch die Besucherinnen und Besucher der spezifischen Fansektoren haben Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung: nur die Bestimmung aufgrund konkreter Verdachtsmomente genügt hier den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

c) Zumutbarkeit

Im vorliegenden Kontext ist zu beurteilen, ob das Interesse an der Gewährleistung der Sicherheit für die Zuschauer vor Verletzung durch von Dritten gezündete Feuerwerkskörper die mehrfachen Grundrechtsbeeinträchtigungen durch die Kleiderdurchsuchungen in Verbindung mit einer sehr langen Wartezeit, die ihrerseits wieder einer Beschränkung der persönlichen Freiheit gleichkommt, überwiegt.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass mit dieser Methode die Sicherheit nicht gewährleistet und nicht einmal wesentlich verbessert⁶¹ werden kann, erscheint die Kleiderdurchsuchung von Tausenden von Besucherinnen und Besuchern eines Fussballspiels als (mehrfach) schwerwiegende Grundrechtsbeeinträchtigung bei einer ganz überwiegenden Zahl von sich regelkonform verhaltenden Fussballbegeisterten, bzw. wegen einer verschwindend kleinen Minderheit von Störern,

als unzumutbar. Die Unzumutbarkeit würde spätestens dann durch zahllose sich rechtskonform verhaltende Kontrollierte zum Ausdruck gebracht, wenn trotz solcher Durchsuchungen Feuerwerk gezündet würde.

4.3 Ergebnis der Prüfung der Verhältnismässigkeit

Während die Erforderlichkeit von Massnahmen zum Schutz des Zuschauerpublikums und der Spieler zweifelsfrei gegeben ist, gebricht es der Kleiderdurchsuchung bis auf die Unterwäsche von Tausenden an der Geeignetheit, da nach der hier vertretenen Meinung damit das Einschmuggeln von Feuerwerkskörpern in genügendem Mass *nicht* verhindert werden kann und andere, Grundrechte weit weniger beschränkende, dennoch aber mehr Erfolg versprechende Methoden zumindest möglich sind. Der Aufwand für andere Kontrollmassnahmen muss nicht notwendigerweise grösser sein als für die ins Auge gefassten Kleiderdurchsuchungen.

Zudem ergäben sich aus derartigen Kleiderdurchsuchungen stundenlange Wartezeiten, die an sich schon, insbesondere aber bei ungünstigen Witterungsbedingungen (Hitze, Kälte, Regen, Schnee, starker Wind) und besonders zusammen mit den direkten Grundrechtsbeeinträchtigungen die Massnahme als unzumutbar erscheinen lassen.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass langes Warten in Massen erhebliches Konfliktpotential in sich birgt. Es kann nicht Sinn einer Massnahme sein, eine Art von Konflikten zu bekämpfen und mit der gewählten Methode gleichzeitig andere Konfliktpotentiale ähnlicher Schwere zu erhöhen.

5. Störerprinzip

Zu beachten ist, dass das Störerprinzip mit der zur Diskussion gestellten Methode gravierend verletzt würde. (Zehn-)Tausende hätten sich wegen einiger Dutzend Störer und ihren Gehilfen solchen Kontrollen zu unterziehen, ohne dass sich dabei diejenigen, die Feuerwerkskörper später auch zünden und damit möglicherweise erheblich Straftatbestände erfüllen dürften, identifizieren und ins Recht fassen liessen.⁶²

⁶⁰ Annahmen: 45 Sekunden für Ent- und Ankleiden plus 15 Sekunden für je die Wechsel: 167 Std. verteilt auf 30 Kontrollen: ca. 5,5 Std.

⁶¹ Es genügt letztlich eine abgefeuerte Rakete oder eine gezündete Rakete, um schwere Verbrennungen zu verursachen, es kann eine Raubbombe genügen, um eine Panik auszulösen.

⁶² Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 34), § 56, Rz. 11 ff., 28 ff.; vgl. EGMR, Urteil Gsell gegen Schweiz vom 8. Oktober 2009, § 49, 60. Auch ein Verweis darauf, dass andere Sicherheitsdispositive in gleicher Weise konzipiert seien, vermag die Verletzung des Störerprinzips nicht zu rechtfertigen, wenn andere Möglichkeiten bestehen bzw. sich solche, konsequent umgesetzt, nicht allesamt als zu wenig wirksam oder vom Aufwand her als ausgeschlossen erwiesen haben. Vgl. auch das Urteil des Kreisgerichts St. Gallen v. 18. Juni 2010, wonach das blosse *Mitführen* von Feuerwerk gemäss Art. 15 des Sprengstoffgesetzes (SprstG, SR 941.41) nicht verboten ist (gem. Art. 1 Abs. 2 SprstG ist dieses auf Einzelkäufer gar nicht anwendbar).

IV. Umsetzungsvoraussetzungen

Wie dargetan, handelt es sich bei einer Kleiderdurchsuchung bis auf die Unterwäsche um einen schwerwiegenden Eingriff in mehrere Grundrechtspositionen (oben, III.1.). Unter zwei unterschiedlichen Hypothesen folgen rechtliche Hinweise in Bezug auf Möglichkeiten und Grenzen hinsichtlich einer Kleiderdurchsuchung bis auf die Unterwäsche. In jedem Fall trifft jedoch den Gesetzgeber die Pflicht, dem Schutz der Grundrechte mit entsprechenden Normen nachzukommen (vgl. oben, II. mit FN 22 sowie III.2.).

1. Rechtliches

1.1 Mit rechtlich indizierter Beschränkung der zu kontrollierenden Personen

Können derartige Kontrollen auf einen kleinen Kreis von Personen, bei denen ein *rechtsgenügender Anfangsverdacht* auf versuchtes Einschmuggeln von versteckbaren verbotenen Gegenständen, namentlich Feuerwerkskörper, beschränkt werden, entfallen die wesentlichsten der hier genannten rechtlichen Hindernisse für Kleiderdurchsuchungen. Sie können insbesondere als Ergänzung zu andern Massnahmen mit der gleichen Zielsetzung als verhältnismässig betrachtet werden.

Voraussetzung ist jedoch eine hinsichtlich den rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Grundlage in einem Gesetz selbst (formelles Gesetz, vgl. oben III.2.), in dem der Zweck, die Bedingungen, die Art der Durchsuchung, die zur Durchsuchung Befugten und der Rechtsschutz genügend genau bestimmt werden. Sollen auch private Sicherheitskräfte für Kontrollen eingesetzt werden können, ist dies in einer formell-gesetzlichen Norm ebenso festzulegen, einschliesslich ihrer ausschliesslich möglichen Funktion als *Erfüllungshelfen* unter Aufsicht und Kontrolle der Polizei. Mindestens implizit ist zu normieren, dass private Sicherheitskräfte nicht selber bestimmen dürfen, auf wen ein Anfangsverdacht fällt bzw. wer (individuell) zu kontrollieren sei.⁶³

Auf Grund einer derart bestimmten Gesetzesnorm können weitere Einzelheiten in einer Verordnung geregelt werden.⁶⁴

1.2 Ohne rechtlich indizierte Beschränkung der zu kontrollierenden Personen

Für den Fall, dass – entgegen der hier vertretenen Auffassung – eine Kleiderdurchsuchung bis auf die Unterwäsche auch ohne Anfangsverdacht als verhältnismässig angesehen werden sollte, müssten alle Einzelheiten (vgl. oben, IV.1.1.) solcher Kontrollen im Gesetz selbst festgelegt sein. *Eine solche Norm verstiesse m.E. jedoch auf der Stufe der Rechtssetzung gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip und wäre damit verfassungswidrig.* Dasselbe

gälte in noch verstärktem Mass für eine generalklauselartige Ermächtigung privater Sicherheitsdienste wie im erwähnten Konkordatsentwurf.⁶⁵

1.3 Videoaufzeichnungen

Aus dreierlei Gründen erscheint eine Videoaufzeichnung der Kleiderdurchsuchungen, auch wenn diese selber eine weitere Beeinträchtigung grundrechtlicher Positionen bedeutet, in den dafür notwendigen Kabinen als unverzichtbar:

- zur Vermeidung von Übergriffen,
- zur Vermeidung ungerechtfertigter Beschuldigungen des Kontrollpersonals durch Kontrollierte ebenso wie
- für die zweifelsfreie Beweismittelsicherung im Falle der Entdeckung von verbotenen Gegenständen.

Diese Videoaufzeichnung bedarf ihrerseits einer formell-gesetzlichen Grundlage, die den Zweck, die Verpixelung von Gesichtern, das Verbot der namentlichen Aufschlüsselungsmöglichkeit in allen Fällen ohne Befunde oder Beschwerden, die Zuständigkeit zum Zugriff mit Entpixelung einschliesslich der namentlichen Zuordnung sowie die (kurzen) Lösungsfristen und den Rechtsschutz vorgibt.⁶⁶

Angehörige privater Sicherheitsdienste haben in keinem Fall das Recht auf irgendwelche Datenbearbeitung.

2. Praktische Umsetzung

Auch an die praktische Durchführung werden entsprechend hohe Anforderungen gestellt, die in geeigneter Form aufgrund der rechtlichen Vorgaben festzulegen sind: Durchsuchungen mit Entkleiden bis auf die Unterwäsche müssen

- vom Publikum uneinsehbar, d.h. in Kabinen,
- von Personen des gleichen Geschlechts,
- unter strikter Beachtung der *Menschenwürde* und unter Vermeidung jeglicher weiterer Einschränkungen der persönlichen Freiheit und der Privatsphäre (vgl. oben, III.1.2.),
- mit den nötigen Aufzeichnungsvorrichtungen (vgl. oben, IV.1.3.),
- speditiv und unterschiedslos für alle nach nicht diskriminierenden Kriterien festgelegte Personenkategorien (einzelne Kontrollen)
- innert nützlicher Frist (gesamtes Kontrollprozedere von Stadionöffnung bis Spielbeginn)

durchgeführt werden können.

⁶³ Vgl. oben FN 11.

⁶⁴ Vgl. SCHWEIZER/MÜLLER (FN 31), 391; BEAT RUDIN/SANDRA STÄMPFLI, Wundermittel Videoüberwachung, *digma* 2009, 144 ff., 146; nach der hier vertretenen Auffassung sollten wesentliche datenschutzrechtliche Einzelheiten in einer gesetzlich genügend gestützten Ausführungsverordnung geregelt und nur Vorgaben für die praktische Durchführung bzw. Erläuterungen in Reglementen auf Departementsstufe bzw. in Dienstvorschriften festgehalten werden.

⁶³ BIAGGINI (FN 22), Art. 36, N 10 i.f.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 3), 35; SCHWEIZER/MÜLLER (FN 31), 381, 384.

⁶⁴ Eine Gesetzesdelegation müsste zudem nach kantonalem Recht zulässig sein (RHINOW/SCHEFER [FN 22], Rz. 1205).

Die für eine solche Durchsuchung allenfalls eingesetzten Angehörigen der Polizei und – gegebenenfalls der als Erfüllungsgehilfen zugezogenen Angehörigen privater Sicherheitsdienste – bedürfen einer darauf ausgerichteten speziellen Weiterbildung.

Die Videoanlage samt Aufzeichnungsgeräte muss missbrauchssicher installiert, von den zuständigen kantonalen oder städtischen Datenschutzbeauftragten abgenommen, als Anlage bewilligt und – samt der praktischen Durchführung, ihre Missbrauchssicherheit und Wirksamkeit bzw. Notwendigkeit – periodisch überprüft werden.⁶⁷

⁶⁷ Vgl. zum Ganzen RUDIN/STÄMPFLI (FN 66), 145 ff.