



0P.P. CH-3003 Bern, BJ

Generalsekretariat VBS
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Referenz/Aktenzeichen: 2.3.1-Sécurité privée/7

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: KEL

Bern, 3. Februar 2011

Zutrittskontrollen in Stadien: Durchsuchungen im Intimbereich

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 10. November 2010 hat Herr Bundesrat Maurer Frau Bundesrätin Sommaruga ersucht, beim Bundesamt für Justiz ein Gutachten zur Beantwortung von Fragestellungen rund um das Thema Durchsuchungen im Intimbereich anlässlich von Sportveranstaltungen in Stadien in Auftrag zu geben. Das Departement hat uns beauftragt, uns zu den gestellten Fragen zu äussern. Für die uns gewährte Fristerstreckung danken wir Ihnen.

Es geht um die Klärung folgender Fragen:

1. Bedarf die Übertragung der Befugnis zur Vornahme von Durchsuchungen im Intimbereich an private Sicherheitsorganisationen einer Grundlage in einem formellen Gesetz?
2. Macht es einen Unterschied, ob es sich um ein Abtasten über den Kleidern, um ein Entkleiden bis auf die Unterwäsche oder um eine noch eingehendere Untersuchung handelt?

Bundesamt für Justiz BJ
Luzius Mader, Prof. Dr. iur.
Bundesrain 20, 3003 Bern
Tel. +41 31 322 41 02, Fax +41 31 322 84 01
luzius.mader@bj.admin.ch
www.bj.admin.ch

3. Könnte ein entsprechend ausgestalteter Zuschauervertrag oder eine Klausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Ticketkauf eine allfällige gesetzliche Grundlage ersetzen?
4. Sind – unter der Voraussetzung einer ausreichenden Rechtsgrundlage – stichprobenweise Durchsuchungen im Intimbereich durch private Sicherheitsunternehmen in Bezug auf im Stadion nicht erlaubte Objekte (v.a. pyrotechnische Gegenstände) auf Verdacht hin bei Zutrittskontrollen zu privaten Sportstätten statthaft, sofern:
 - a. beim Ticketkauf auf die Kontrollen hingewiesen wird;
 - b. eine Person, die kontrolliert werden soll, jederzeit erklären kann, dass sie nicht untersucht werden will und lieber auf den Einlass verzichtet;
 - c. die Kontrollen ausschliesslich durch Personen des gleichen Geschlechts erfolgen;
 - d. für Aussenstehende uneinsehbar sind?
5. Sind allenfalls weitere rechtliche Überlegungen zu berücksichtigen?

Zusammenfassende Beantwortung der Fragen

1. Die Übertragung der Befugnis zur Vornahme von Leibesvisitationen im Intimbereich von staatlichen Behörden an private Sicherheitsorganisationen bedarf einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn (z.B. im kantonalen Polizeigesetz).
2. Je nach Art und Intensität der Leibesvisitation liegt eine leichte, mittlere oder eine schwere Grundrechtsbeschränkung vor. Ein Abtasten über den Kleidern kann als leichter Eingriff bewertet werden. Ein Abtasten im Intimbereich über den Kleidern stellt nach den Umständen des konkreten Einzelfalls einen Eingriff mittlerer Intensität oder einen schweren Eingriff dar. Wir neigen dazu, eine gezielte Berührung oder sogar ein Abtasten der Geschlechtsorgane und des Afters auch über den Kleidern als *schweren Eingriff* zu qualifizieren. Auch Durchsuchungen auf dem entblößten Körper und insbesondere im entblößten Intimbereich sind grundsätzlich *schwere Eingriffe*. Zweifellos handelt es sich bei einer eigentlichen körperlichen Untersuchung der Geschlechtsorgane und des Afters um einen *schweren Eingriff*. Schwere Grundrechtseingriffe bedürfen einer formell-gesetzlichen Grundlage, für leichte bis mittlere Eingriffe genügt eine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinn (Verordnung).
3. Eine Einwilligung des Zuschauers kann keine formell-gesetzliche Grundlage ersetzen. Ob ein Gesetz im materiellen Sinn, das als Basis für eine leichte und für eine mittlere Grundrechtseinschränkung ausreicht, durch eine Einwilligung ersetzt werden kann, ist umstritten. Unseres Erachtens kann die Einwilligung grundsätzlich eine materiell-gesetzliche Grundlage ersetzen, sofern es sich um eine leichte Grundrechtsbeschränkung handelt. Hingegen ist eine mittlere Grundrechtsbeschränkung ohne materiell-gesetzliche Grundlage nicht zulässig.
4. Wir bezweifeln, dass stichprobenweise durchgeführte Leibesvisitationen im Intimbereich durch private Sicherheitsunternehmen in Bezug auf im Stadion nicht erlaubte Objekte (v.a. pyrotechnische Gegenstände) auch unter der Voraussetzung einer ausreichenden Rechtsgrundlage und auch, wenn die in Frage 4 a bis d formulierten Voraussetzungen erfüllt sind, statthaft sind.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	5
2	Sicherheitsaufgaben im halb-öffentlichen Raum	6
2.1	Rechte und Pflichten des Stadionbetreibers im halb-öffentlichen Raum	6
2.1.1	Private Zuordnung des halb-öffentlichen Raums.....	6
2.1.2	Hausrecht sowie Selbstschutz- und Selbsthilferechte	6
2.1.3	Vertragliche Einwilligung ins Sicherheitsdispositiv	7
2.2	Sicherheitsaufgaben der Polizei	8
2.2.1	Leibesvisitationen im Intimbereich als polizeiliche Aufgabe	9
2.2.2	Delegation von Leibesvisitationen im Intimbereich an private Sicherheitsfirmen?	9
2.3	Fazit	10
3	Tangierte Grundrechte – Voraussetzungen für deren Beschränkung.....	10
3.1	Differenzierung nach der Art der Leibesvisitation	10
3.1.1	Durchsuchung.....	10
3.1.2	Körperliche Untersuchung	11
3.2	Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)	11
3.2.1	Differenzierung nach der Eingriffsintensität	11
3.2.2	Einwilligung anstelle einer gesetzlichen Grundlage?.....	13
3.3	Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)	13
3.4	Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)	13
3.5	Fazit	14
4	Grenzen der Delegation von Verwaltungsaufgaben.....	15

1 Einleitung

Die Sicherheit von Massenveranstaltungen ist ein zentrales Thema sowohl aus der Sicht des Sports als auch aus jener des Staates. Feuerwerkskörper, die ins Stadion geschmuggelt werden, können zu ernsthaften Sicherheitsproblemen führen. Solche Feuerwerkskörper werden offenbar schon Tage vor dem Spiel oder durch Besucher am Spieltag selbst – unter anderem im Intimbereich versteckt – ins Stadion gebracht werden. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob und inwieweit Leibesvisitationen im Intimbereich, durchgeführt durch private Sicherheitsfirmen, zum Schutz der Sicherheit zulässig sind.

Die Thematik berührt mehrere rechtliche Fragestellungen. Die meisten Stadien sind in privater Hand. Daraus folgt, dass die privaten Stadionbetreiber für den ordnungsgemässen Ablauf ihrer Veranstaltung und damit auch für gewisse elementare Aspekte der Sicherheit Verantwortung tragen. Gleichzeitig besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherheit der Zuschauer. Der Schutz der öffentlichen Sicherheit stellt denn eine staatliche Aufgabe, die zentrale Aufgabe der Polizei, dar. Aus der Formulierung des vorliegenden Auftrags schliessen wir, dass die Teilnehmer des Runden Tisches von Leibesvisitationen im Intimbereich als einer polizeilichen Aufgabe ausgehen und somit die Delegation durch die Polizei an private Sicherheitsfirmen im Blick haben. Der Vollständigkeit halber haben wir auch die Frage der Delegation durch die privaten Stadionbetreiber an private Sicherheitsfirmen unter Ziffer 2.1.2. und 2.1.3. kurz geprüft.

Von der Fragestellung her unklar ist, ob an Durchsuchungen im Intimbereich oder an eigentliche körperliche Untersuchungen, wie sie von Ärzten oder sonstigem medizinischen Personal vorgenommen werden, gedacht wurde. Zur terminologischen Klärung und um im vorliegenden Gutachten eine einheitliche Begrifflichkeit zu verwenden, sei Folgendes vorausgeschickt:

Als Überbegriff für sämtliche hier relevante Personenkontrollen wird nachfolgend in Anlehnung an die straf- und polizeirechtliche Terminologie der Begriff "*Leibesvisitation*" verwendet.¹ Eine Leibesvisitation kann entweder in Form einer Durchsuchung oder in Form einer körperlichen Untersuchung erfolgen. Die *Durchsuchung* beinhaltet das insbesondere an Flughäfen praktizierte Abtasten des Körpers über den Kleidern (so genanntes "frisking") sowie das Abtasten des entblößten Körpers. Eine Durchsuchung kann sich auch auf Gegenstände beziehen, die eine Person mit sich führt – dann allerdings handelt es sich nicht um eine Leibesvisitation im hier verstandenen Sinn. Im Rahmen der vorliegenden Fragestellungen stehen jedenfalls Durchsuchungen des Körpers im Vordergrund. Die *körperliche Untersuchung* dient neben medizinischen Zwecken und neben der Identifikation einer Person (z.B. durch Blutentnahmen oder Haarproben) unter anderem auch dem Auffinden von Gegenständen wie von Schmuggelgütern im Körperinnern. Unter dem nicht sehr klaren Terminus

¹ Vgl. etwa der Wortlaut von Art. 85 Abs. 2 Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0), betreffend Kontrollen und Untersuchungen im Vollzug von Freiheitsstrafen: "Beim Gefangenen, der im Verdacht steht, auf sich oder in seinem Körper unerlaubte Gegenstände zu verbergen, kann eine Leibesvisitation durchgeführt werden. Diese ist von einer Person gleichen Geschlechts vorzunehmen. Ist sie mit einer Entkleidung verbunden, so ist sie in Abwesenheit der anderen Gefangenen durchzuführen. Untersuchungen im Körperinnern sind von einem Arzt oder von anderem medizinischem Personal vorzunehmen."

"Intimbereich" verstehen wir im Folgenden nicht nur die primären und sekundären Geschlechtsmerkmale und den After, sondern auch die unmittelbar daran angrenzende körperliche Zone. Ebenfalls zum Intimbereich ist die Mundhöhle zu zählen.

Zunächst wird auf die Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben im halb-öffentlichen Raum (Ziffer 2) eingegangen. Danach wird ausgeführt, inwiefern Leibesvisitationen die Grundrechte tangieren und ob der Stadionbesucher durch den Kauf einer Eintrittskarte in eine solche einwilligen kann (Ziffer 3). Schliesslich wird kurz auf die Frage nach allfälligen Grenzen für die Delegation staatlicher Aufgaben (Ziffer 4) eingegangen.

2 Sicherheitsaufgaben im halb-öffentlichen Raum

Ein Stadion ist als halböffentlicher Raum zu qualifizieren. Ein halb-öffentlicher Raum kennzeichnet sich dadurch, dass er sich zwar einem Privaten zuordnen lässt, gleichzeitig aber der Öffentlichkeit gewidmet ist.² Nachfolgend wird auf diese Zuordnung und insbesondere auf deren Bedeutung im Kontext von Sicherheitsaufgaben eingegangen.

2.1 Rechte und Pflichten des Stadionbetreibers im halb-öffentlichen Raum

2.1.1 Private Zuordnung des halb-öffentlichen Raums

Die private Zuordnung des halb-öffentlichen Raumes ergibt sich daraus, dass dieser (hier: das Stadion) im Eigentum oder Besitz eines Privaten (hier: des Stadionbetreibers) steht. Der Zutritt des Besuchers zum Stadion wird über einen privatrechtlichen Vertragsschluss (hier: Kauf der Eintrittskarte) zwischen dem Stadionbetreiber und dem Besucher begründet.

Aus der privaten Zuordnung folgt, dass die privaten Stadionbetreiber für den ordnungsgemässen Ablauf ihrer Veranstaltung und damit auch für elementare Aspekte der Sicherheit innerhalb gewisser Grenzen selbst verantwortlich sind. Eine mangelhafte Organisation oder Durchführung einer Veranstaltung kann unter Umständen eine zivilrechtliche Haftung mit Schadenersatzansprüchen begründen.³

2.1.2 Hausrecht sowie Selbstschutz- und Selbsthilferechte

Wie jedem Eigentümer oder Besitzer steht dem Stadionbetreiber die *Ausübung des Hausrechts* zu. Das Hausrecht fliesst aus dem Recht auf Achtung der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 Bundesverfassung [BV; SR 101])⁴ und aus entsprechenden weiter reichen-

² Vgl. Bericht des Bundesrats zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen vom 2. Dezember 2005, BBl 2006 623, S. 648; Walter Kälin/ Andreas Lienhard/ Judith Wyttenbach, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, in: ZSR 126/ 2007 I, S. 35.

³ Vgl. Bericht Bundesrat Sicherheitsfirmen (Anm. 2), S. 648.

⁴ Vgl. dazu Jörg Paul Müller/ Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 183 ff.

den kantonalen Verfassungsbestimmungen, aus dem Straftatbestand des Hausfriedensbruchs (Art. 186 Strafgesetzbuch [StGB; SR 311.0]), aus den Eigentums- und Besitzrechten des Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) sowie aus dem Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 und 28 ff. ZGB. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung umfasst das Hausrecht "(...) die Befugnis, über das Haus ungestört zu herrschen und in ihm den eigenen Willen frei zu betätigen. Träger dieses Rechts ist derjenige, dem die Verfügungsgewalt über das Haus zusteht, gleichgültig, ob sie auf einem dinglichen oder obligatorischen oder auf einem öffentlichrechtlichen Verhältnis beruht."⁵

Das Hausrecht besteht zunächst im Recht, frei zu bestimmen, wer sich in den Räumen aufhält. So kann etwa der Zutritt aus bestimmten Gründen bzw. für bestimmte Personen eingeschränkt werden (z.B. Verweigerung des Vertragsschlusses aufgrund eines Stadionverbots, konkrete Zutrittsverweigerung oder Wegweisung eines Besuchers aufgrund von Betrunkenheit). Darüber hinaus berechtigt das Hausrecht den Eigentümer oder Besitzer, ungerechtfertigte Störungen in angemessener Weise abzuwehren. Dieser darf sich gegen ungerechtfertigte Eingriffe wie Verschmutzungen (z.B. Littering) sowie Sachbeschädigungen zur Wehr zu setzen.

Zusätzlich zum Hausrecht kommen dem Stadionbetreiber die für jede Person geltenden *strafrechtlichen Selbstschutz- und Selbsthilferechte* (Notstand, Notwehr bzw. Nothilfe, Notstandshilfe) zu. Allerdings ist der Ausübung dieser Abwehrrechte nur in engen Grenzen zulässig (Erfordernis der Verhältnismässigkeit) und auf eigentliche Angriffe bzw. aussergewöhnliche und unvorhersehbare Gefahrenlagen beschränkt.

Die Ausübung des Hausrechts kann im Rahmen eines privatrechtlichen Auftrags von seinem Inhaber auf eine andere Person – so namentlich auf private Sicherheitsfirmen – übertragen werden. Auch stehen privaten Sicherheitsleuten, die im Auftrag eines Stadionbetreibers tätig sind, selbstverständlich die strafrechtlichen Selbstschutz- und Selbsthilferechte zu. In jedem Fall können aber private Sicherheitsfirmen im Rahmen eines Auftragsverhältnisses mit dem Stadionbetreiber nur in den Grenzen des Hausrechts Ordnungs- und Sicherheitsaufgaben wahrnehmen.⁶ Als vom Hausrecht abgedeckte Massnahmen werden namentlich Kontrollgänge, der Veranstaltungsdienst, die Sicherheitsberatung, der Begleitschutz für eine Privatperson, Eintritts- bzw. Eingangskontrollen sowie das Erstellen und der Betrieb von Alarmanlagen qualifiziert. In jedem Fall muss hier nicht näher auf die Frage des Hausrechts eingegangen werden, da der uns vorliegende Auftrag von Leibesvisitationen im Intimbereich als einer Polizeiaufgabe ausgeht.

2.1.3 Vertragliche Einwilligung ins Sicherheitsdispositiv

Leibesvisitationen tangieren die persönliche Freiheit bzw. das Persönlichkeitsrecht. Gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB sind Massnahmen, die das Recht der Persönlichkeit (Art. 27 und 28 ff.

⁵ BGE 103 IV 162.

⁶ Vgl. dazu Bericht Bundesrat Sicherheitsfirmen (Anm. 2), S. 647 f.; Kälin/ Lienhard/ Wytttenbach (Anm. 2), S. 35; Markus Mohler, Sicherheitsbezogene Zutrittskontrollen zu Stadien, in: Sicherheit und Recht 2/ 2010, S. 72 ff.

ZGB) verletzen, unzulässig, ausser sie verfügen über eine besondere, rechtfertigende Rechtsgrundlage. Eine solche besteht im vorliegenden Zusammenhang regelmässig in Form einer vertraglichen Einwilligung der Besucher in Massnahmen des Sicherheitsdispositivs. Zu denken ist dabei an Massnahmen wie die hier relevanten Eingangskontrollen (Kontrolle der Taschen beim Eingang ins Stadion, Konfiszierung von für die Veranstaltung potenziell gefährlichen Gegenständen, Durchsuchungen in Form des "friskings", Aufnahme der Personalien, räumliche Trennung von Personengruppen, Vorweisen einer Fahrkarte etc.).⁷

Damit eine Einwilligung im Sinn von Art. 28 Abs. 2 ZGB gültig ist, muss die einwilligende Person insbesondere über den zugrunde gelegten Sachverhalt aufgeklärt sein und die Zustimmung zum Eingriff frei, mithin ohne äusseren Druck, erteilen können. Grundsätzlich sollte die Einwilligung vor dem Eingriff erfolgen.⁸ Im vorliegenden Kontext bedeutet dies namentlich, dass der Gegenstand und die Modalitäten der vertraglichen Einwilligung präzise und klar verständlich umschrieben werden müsste. So würde der Terminus "Durchsuchung" als genereller Begriff für eine gültige Einwilligung nicht ausreichen, da damit unterschiedlich starke Eingriffe gemeint sein könnten.⁹ Es stellt sich schliesslich die Frage, inwiefern eine Einwilligung in körperliche Untersuchungen der Geschlechtsorgane oder des Afters mit Art. 20 Abs. 1 Obligationenrecht (OR; SR 220) vereinbar wäre.

Ob und inwieweit Leibesvisitationen vom Stadionbetreiber selbst oder von einem von ihm beauftragten Sicherheitsunternehmen durchgeführt werden dürfen, wird hier nicht erörtert. Wir gehen wie bereits erwähnt davon aus, dass sich die gestellten Fragen auf die Vornahme von Leibesvisitationen durch die Polizei oder durch Sicherheitsfirmen, die von der Polizei beauftragt sind, beziehen (vgl. auch Ziff. 2.2.1).

2.2 Sicherheitsaufgaben der Polizei

Halb-öffentliche Räume sind zwar in privater Hand, stehen aber der Allgemeinheit zur Verfügung. Die öffentliche Zugänglichkeit des Stadions führt zu grossen Menschenansammlungen, deren Sicherheit – gerade bei grossen Sportveranstaltungen wie den hier zur Diskussion stehenden Fussballspielen – ein erhebliches öffentliches Interesse begründet. Je grösser die Menschenansammlung, desto mehr Gefährdungspotenzial birgt eine Veranstaltung, und somit nimmt auch das öffentliche Interesse an der Sicherheit der Veranstaltung zu. Dieses *öffentliche Interesse an der Sicherheit* stellt eine Voraussetzung für polizeiliches Handeln dar, begründet aber auch gleichzeitig eine entsprechende Handlungspflicht.¹⁰ Der Schutz der öffentlichen Sicherheit stellt denn eine staatliche Aufgabe, die zentrale Aufgabe der Polizei, dar.

⁷ Vgl. dazu Bericht Bundesrat Sicherheitsfirmen (Anm. 2), S. 648.

⁸ Vgl. dazu Andreas Meili, Basler Kommentar zu Art. 28 ZGB, Rz. 45 ff.

⁹ Vgl. Mohler (Anm. 6), S. 75 f.

¹⁰ Vgl. Mohler (Anm. 6), S. 74.

2.2.1 Leibesvisitationen im Intimbereich als polizeiliche Aufgabe

Die Kontrolle der Besucherinnen und Besucher von Grossveranstaltungen auf gefährliche Gegenstände wird in der Literatur explizit als Beispiel für eine Polizeiaufgabe angeführt.¹¹ Leibesvisitationen sind typische präventive Polizeimassnahmen, die darauf abzielen, mögliche künftige Gefahren zu verhindern. Wie bereits erwähnt, folgt aus der privaten Zuordnung des Stadions, dass die primäre Verantwortung für den ordnungsgemässen Ablauf einer Veranstaltung und für elementare Aspekte der Sicherheit beim Stadionbetreiber liegt. Gleichzeitig ist aber auch die Polizei für die Sicherheit in Stadien mitverantwortlich.

Die Abgrenzung des Zuständigkeitsbereichs von Polizei und privater Gefahrenabwehr bei Grossanlässen hängt wesentlich vom zu erwartenden Konfliktpotenzial der Veranstaltung ab.¹² Je grösser die zu erwartende Gefahr, desto grösser erscheint die Notwendigkeit, dass die Polizei für den Schutz der Sicherheit verantwortlich ist.

2.2.2 Delegation von Leibesvisitationen im Intimbereich an private Sicherheitsfirmen?

Bei der Gewährleistung der Sicherheit im erwähnten Sinn handelt es sich um eine polizeiliche Aufgabe, mithin um eine Verwaltungsaufgabe. Für die Bundesebene hält Art. 178 Abs. 3 BV ausdrücklich fest, dass Verwaltungsaufgaben durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts, welche ausserhalb der Bundesverwaltung stehen, übertragen werden können.¹³

Verfassungsrechtliche Voraussetzung für die Delegation von staatlichen Aufgaben an Private ist also wie Art. 178 Abs. 3 BV ausdrücklich erwähnt, eine gesetzliche Grundlage. Dabei muss jede Aufgabenauslagerung in einem *Gesetz im formellen Sinn* enthalten sein – die Delegation von Aufgaben an Private ist als wichtige rechtsetzende Bestimmung im Sinn von Art. 164 Abs. 1 BV zu qualifizieren.¹⁴ Für die kantonale Rechtslage ist jeweils für jeden Kanton gesondert zu prüfen, ob eine der Bundesverfassung vergleichbare Situation besteht (Erfordernis eines formellen Gesetzes) oder ob sogar eine spezifische Ermächtigung durch die Kantonsverfassung notwendig ist. Ferner verlangen Lehre und Praxis einheitlich, dass eine Aufgabendelegation an Private im *öffentlichen Interesse* liegt und *verhältnismässig* ist.¹⁵

Ein öffentliches Interesse für die Auslagerung von Tätigkeiten im *Polizei- und Sicherheitsbereich* ist regelmässig die Gefahrenabwehr bzw. die Gewährleistung der Sicherheit, die die Polizei aus Ressourcengründen – zumal bei Grossveranstaltungen wie bei Fussballspielen – nicht vollumfänglich garantieren kann. Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit ist der Tatsache

¹¹ Statt vieler Ulrich Häfelin/ Georg Müller/ Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2006, Rz. 2478.

¹² Kälin/ Lienhard/ Wytenbach (Anm. 2), S. 36.

¹³ Vgl. dazu Giovanni Biaggini, St. Galler Kommentar zu Art. 178 BV, 2. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2008, Rz. 26 f.

¹⁴ Vgl. Bericht Bundesrat Sicherheitsfirmen (Anm. 2), S. 651.

¹⁵ Vgl. Biaggini (Anm. 13), Rz. 34.

Rechnung zu tragen, dass der Sicherheits- und Polizeibereich im Vergleich zu anderen Bereichen besonders sensible Fragen aufwirft. An die Verhältnismässigkeit der Auslagerung von staatlichen Polizei- und Sicherheitsaufgaben sind besonders strenge Anforderungen zu stellen, wenn es sich um Zwangsmassnahmen handelt, die individuelle Grundrechtspositionen tangieren.

2.3 Fazit

Die Gewährleistung von Sicherheit anlässlich von Fussballspielen und die entsprechenden Leibesvisitationen auf Feuerwerkskörper hin erscheint als typische polizeiliche Aufgabe (was Sicherheitsmassnahmen des Stadionbetreibers im Rahmen des Hausrechts nicht ausschliesst). Eine Delegation von Leibesvisitationen im Intimbereich von staatlichen Behörden an private Sicherheitsfirmen erscheint a priori nicht ausgeschlossen, wenn diese in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen ist.

Unbestritten ist, dass die Übertragung von polizeilichen Befugnissen an private Sicherheitsfirmen den *Grundrechtsschutz* bestehen lässt: Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV sind Private, die staatliche Aufgaben wahrnehmen, an die Grundrechte gebunden. Ob Leibesvisitationen im Intimbereich aus grundrechtlicher Sicht zulässige Massnahmen sind, wird unter Ziffer 3 thematisiert.

3 Tangierte Grundrechte – Voraussetzungen für deren Beschränkung

Personenkontrollen tangieren die Grundrechte, so die persönliche Freiheit, insbesondere in Form der körperlichen Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie die Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV). Je nach Intensität und Art der Kontrolle kann unter Umständen auch die Menschenwürde (Art. 7 BV) tangiert sein.

Eine Beschränkung der persönlichen Freiheit und der Privatsphäre muss sich nach Art. 36 Abs. 1 BV auf eine hinreichend bestimmte und eingegrenzte gesetzliche Grundlage stützen. Darüber hinaus wird verlangt, dass die Beschränkung gemäss Art. 36 Abs. 2 und 3 BV im öffentlichen Interesse erfolgt und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahrt.

Wie einleitend bereits erwähnt, kann je nach Art der Leibesvisitation zwischen einer Durchsichtung oder einer körperlichen Untersuchung einer Person unterschieden werden.¹⁶

3.1 Differenzierung nach der Art der Leibesvisitation

3.1.1 Durchsichtung

Die Durchsichtung beinhaltet einerseits das Durchsuchen von Kleidern und Gegenständen, die die Person mit sich führt. Andererseits bezieht sich diese Form von Kontrolle auf das insbesondere an Flughäfen praktizierte Abtasten des Körpers über den Kleidern (so genanntes

¹⁶ Vgl. Kälin/ Lienhard/ Wyttenbach (Anm. 2), S. 101 ff.

"frisking") sowie auf das Abtasten des entblößten Körpers.¹⁷ Eine Personendurchsuchung stellt stets einen Eingriff in die Privat- und Intimsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV)¹⁸ dar. Das Abtasten führt zusätzlich zu einer Beschränkung der persönlichen Freiheit in Form der körperlichen Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV).¹⁹ Der Eingriff wiegt umso schwerer, wenn das Abtasten nicht durch eine Person desselben Geschlechts vorgenommen wird²⁰ oder wenn die Durchsuchung für Unbeteiligte einsehbar ist.

3.1.2 Körperliche Untersuchung

Die körperliche Untersuchung dient neben medizinischen Zwecken und neben der Identifikation einer Person (z.B. durch Blutentnahmen oder Haarproben) u.a. auch dem Auffinden von Gegenständen (z.B. von Schmuggelgütern) im Körperinnern.²¹ Auch körperliche Untersuchungen tangieren die persönliche Freiheit, insbesondere die physische Integrität. Während das Bundesgericht eine Blutentnahme²² oder eine Zwangsrasur²³ als leichte Eingriffe qualifiziert, handelt es sich bei einer eigentlichen Untersuchung der Geschlechtsorgane sowie des Afters zweifelsohne um eine schwere Grundrechtsbeschränkung.

3.2 Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

3.2.1 Differenzierung nach der Eingriffsintensität

Zunächst muss geklärt werden, ob es sich bei den Leibesvisitationen um leichte oder schwere Eingriffe in die besagten Grundrechte handelt. Dabei muss angefügt werden, dass der Schweregrad einer Durchsuchung oder einer körperlichen Untersuchung nicht einfach abstrakt festgelegt werden kann, sondern nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden muss. Relativ bestimmt kann jedoch das untere sowie das obere Ende der Schweregrade festgelegt werden: Das Durchsuchen einer Tasche dürfte einen leichten, eine eigentliche körperliche Untersuchung der Geschlechtsorgane oder des Afters einen schweren Eingriff darstellen.

¹⁷ Vgl. Kälin/ Lienhard/ Wytttenbach (Anm. 2), S. 102 f.

¹⁸ Art. 13 Abs. 1 BV schützt das Recht, das eigene Leben in seinen elementaren Ausprägungen selbst zu bestimmen, umfasst als sachlichen Schutzbereich also einen von äusseren Eingriffen geschützten Bereich individueller Persönlichkeitsentfaltung. Vg. Müller/ Schefer (Anm. 4), S. 139.

¹⁹ Die in Art. 10 Abs. 2 BV verankerte Garantie der körperlichen Integrität als Ausprägung der persönlichen Freiheit schützt vor jedem – schmerzhaften wie auch schmerzlosen, heilenden wie auch gesundheitsgefährdenden – Eingriff in die physische Unversehrtheit. Der Übergang zu einem Eingriff in die geistige Unversehrtheit ist dabei fließend. Vgl. dazu m.w.H. Müller/ Schefer (Anm. 4), S. 71 ff.

²⁰ Vgl. dazu BGE 109 Ia 159.

²¹ Vgl. Kälin/ Lienhard/ Wytttenbach (Anm. 2), S. 101 f.

²² BGE 112 Ia 248 f.

²³ BGE 112 Ia 161 ff.

Die Abgrenzung ist jedenfalls relevant für die Bestimmung der gesetzlichen Grundlage. Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV ist für eine schwere Grundrechtsbeschränkung eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn erforderlich. Für leichtere und mittlere Eingriffe genügt eine Grundlage in einer Verordnung.

Als *leichte Eingriffe* können das Durchsuchen von Taschen, von weiteren mitgeführten Gegenständen sowie von Kleidern gelten. In dieselbe Kategorie fällt das Abtasten über den Kleidern. Das Bundesgericht wertet das so genannte "frisking", wie es an Flughäfen durchgeführt wird, als leichten Eingriff.²⁴ Ebenfalls als leichter Eingriff hat das Abtasten der Kleideroberfläche mit einem Metalldetektor zu gelten. Im Gegensatz dazu ist das gezielte Berühren oder sogar das Abtasten der Geschlechtsorgane oder des Afters über den Kleidern bereits als intensiverer Eingriff zu qualifizieren, da es sich dabei um eine Beeinträchtigung der Intimsphäre handelt, die durchaus mit Schamgefühlen verbunden sein kann. Es hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, ob man diese Art der Durchsuchung als einen *Eingriff mittlerer Intensität* oder bereits als einen *schweren Eingriff* bewertet. Wir neigen dazu, eine gezielte Berührung oder sogar ein Abtasten der Geschlechtsorgane oder des Afters auch über den Kleidern grundsätzlich als *schweren Eingriff* zu qualifizieren.²⁵ Auch Durchsuchungen auf dem entblößten Körper und insbesondere im entblößten Intimbereich sind grundsätzlich *schwere Eingriffe*. Zweifellos handelt es sich bei einer eigentlichen körperlichen Untersuchung der Geschlechtsorgane und des Afters um einen *schweren Eingriff*. Gemäss Bundesgericht müssen solche Untersuchungen – auch zum Schutz der Gesundheit – von fachkundigen Personen, also von Ärztinnen oder Ärzten oder von anderen geschulten Medizinalpersonen vorgenommen werden.²⁶

Für leichte und mittlere Eingriffe reicht eine Grundlage in einem *Gesetz im materiellen Sinn*. Schwere Eingriffe hingegen müssen in einem *Gesetz im formellen Sinn* vorgesehen sein. Die Bestimmung muss zudem mit hinreichender Bestimmtheit Voraussetzungen, Zweck, Zielpersonen, Durchführende sowie Art und Weise der Durchführung festlegen.²⁷ Insofern kann der entsprechenden Ansicht der Staatsanwaltschaft St. Gallen zur ausreichenden gesetzlichen Grundlage in den kantonalen Polizeigesetzen nicht gefolgt werden.²⁸

²⁴ Vgl. BGE 109 Ia 149 f.

²⁵ Anderer Ansicht ist die Staatsanwaltschaft St. Gallen, die einen "kurzen Griff in den Schritt" als leichten Eingriff qualifiziert (S. 3).

²⁶ BGE 109 Ia 159. So auch die Bestimmung zu den entsprechenden Untersuchungen im Strafvollzug (Art. 85 Abs. 2, Satz 4 StGB): "Untersuchungen im Körperinnern sind von einem Arzt oder von anderem medizinischen Personal vorzunehmen."

²⁷ Vgl. Mohler (Anm. 6), S. 77.

²⁸ Eine allgemeine Klausel, die besagt, die Polizei könne Personen, die eines Verbrechens oder Vergehens verdächtig sind, untersuchen, ist zu wenig klar, zu wenig bestimmt und zu wenig eingegrenzt, um als Basis für eine schwere Beschränkung der persönlichen Freiheit und der körperlichen Integrität zu dienen. Vgl. dazu die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft St. Gallen, S. 3.

3.2.2 Einwilligung anstelle einer gesetzlichen Grundlage?

Wie bereits ausgeführt (vgl. unter Ziffer 2.1.3.), willigen Besucher eines Fussballspiels regelmässig in Massnahmen des Sicherheitsdispositivs ein. Es stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob eine solche Einwilligung eine gesetzliche Grundlage ersetzen, mithin alleinige taugliche Rechtsgrundlage für eine Grundrechtsbeschränkung sein kann. Diese Frage ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten.²⁹

Ein schwerer Grundrechtseingriff kann grundsätzlich nicht allein auf eine Einwilligung abgestützt werden. Dies bedeutet, dass eine bei schweren Eingriffen notwendige formell-gesetzliche Grundlage nicht durch eine Einwilligung kompensiert werden kann. Ob ein Gesetz im materiellen Sinn, das als Basis für eine leichte und für eine mittlere Grundrechtseinschränkung ausreicht, durch eine Einwilligung ersetzt werden kann, ist umstritten. Unseres Erachtens kann die Einwilligung grundsätzlich eine materiell-gesetzliche Grundlage ersetzen, sofern es sich um eine leichte Grundrechtsbeschränkung handelt. Hingegen ist unserer Ansicht nach eine Grundrechtsbeschränkung mittlerer Intensität ohne materiell-gesetzliche Grundlage nicht zulässig.

3.3 Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)

Das öffentliche Interesse an jeglichen Zutrittskontrollen vor Sportveranstaltungen besteht im Schutz von Polizeigütern. Im Vordergrund stehen der Schutz der öffentlichen Sicherheit, von Leib und Leben der Besucherinnen und Besucher sowie der Schutz der öffentlichen Ordnung.

3.4 Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

Betreffend die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit stellt sich zunächst die Frage, ob stichprobeweise durchgeführte Kontrollen in Form von Leibesvisitationen im Intimbereich vor Fussballstadien *geeignet* sind, die mit pyrotechnischen Gegenständen verbundene Gefahr auszuschliessen oder zumindest erheblich zu reduzieren. Diese Frage ist nicht a priori zu bejahen.

Stichprobeweise durchgeführte Leibesvisitationen entfalten nur dann eine (spezial- und generalpräventive) Wirkung, wenn sie vor dem einzelnen Spiel in genügend hoher Zahl und bei genügend häufig (mithin bei ausreichend vielen) Spielen vorgenommen werden. Wegen fehlender technischer Informationen, mangelnden Sachverstands und aufgrund mangelnder praktischer Erfahrung können wir darüber nicht abschliessend urteilen. Es darf aber unseres Erachtens hinterfragt werden, ob bei Massenveranstaltungen wie bei Fussballspielen, zu denen Tausende von Besucherinnen und Besuchern kommen, innerhalb von kurzer Zeit stichprobenweise genügend Personen kontrollierbar sind, um das Einschmuggeln von Feuerwerkskörpern zu verhindern oder um diese quantitativ zumindest auf ein ungefährliches Mass einzudämmen. Ob genügend Stichproben mit einer gewissen Häufigkeit vorgenommen

²⁹ Vgl. Rainer J. Schweizer, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, 2. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2008, Rz. 9.

werden können, um eine abschreckende Wirkung auf potenzielle Täter zu entfalten, ist ebenso fraglich. Insofern bezweifeln wir die Geeignetheit der Massnahme.

Die Frage, ob keine anderen, ebenso wirkungsvollen Massnahmen denkbar wären, die die Grundrechte weniger beschränken, muss insoweit offen gelassen werden als uns die entsprechenden technischen Kenntnisse fehlen. Die Voraussetzung der *Erforderlichkeit* des Eingriffs kann dementsprechend nicht eindeutig beantwortet werden.

Trotz der erheblichen Sicherheitsinteressen, die im vorliegenden Zusammenhang relevant sind, sind wir der Ansicht, dass gezielte Berührungen oder sogar ein Abtasten sowie eigentliche körperliche Untersuchungen der Geschlechtsorgane und des Afters für den Einzelnen nicht zumutbare Massnahmen darstellen, wenn diese stichprobeweise durchgeführt werden. Bei einer stichprobeweise durchgeführten Leibesvisitation werden die Personen zufällig und ohne dass konkrete Verdachtsmomente vorliegen, für eine Kontrolle ausgewählt. Dabei werden auch sich rechtmässig verhaltende Besucherinnen und Besucher kontrolliert, wodurch sie eine schwere Beschränkung ihrer Grundrechte erdulden müssen. Dieses Vorgehen erscheint nicht zumutbar. Stichprobeweise durchgeführte Durchsuchungen über den Kleidern, die die Geschlechtsorgane und den After nicht berühren, erscheinen als zumutbare Massnahmen. Ein Entkleiden bis auf die Unterwäsche könnte verhältnismässig sein, wenn konkrete Verdachtsmomente vorliegen. Ohne konkrete Hinweise erscheint uns ein solches Vorgehen ebenfalls heikel. Der Umstand, dass eine Zuschauerin oder ein Zuschauer auf den Besuch der Veranstaltung verzichten könnte, ändert am unverhältnismässigen Charakter solcher Massnahmen nichts. Leibesvisitationen müssten zudem so schonend wie möglich (un- einsehbar für Dritte und durch eine Person desselben Geschlechts) durchgeführt werden.³⁰ Sofern es sich um eine eigentliche körperliche Untersuchung der Geschlechtsorgane und des Afters handelt, dürfen die Besucherinnen und Besucher – wie bereits erwähnt – verlangen, dass die Untersuchung von einer Medizinalperson durchgeführt wird.³¹

3.5 Fazit

Je nach Art und Intensität der Leibesvisitation liegt eine leichte, mittlere oder eine schwere Grundrechtsbeschränkung vor. Was die Durchsuchungen im Intimbereich betrifft, so kann für eine Durchsuchung über den Kleidern nach den Umständen des konkreten Einzelfalls von einem Eingriff mittlerer Intensität oder von einem schweren Eingriff ausgegangen werden. Wir neigen dazu, eine gezielte Berührung oder ein Abtasten der Geschlechtsorgane und des Afters auch über den Kleidern grundsätzlich als schweren Eingriff zu qualifizieren. Eine Durchsuchung im Intimbereich auf entblösstem Körper sowie eine eigentliche körperliche Untersuchung der Geschlechtsorgane oder des Afters stellen schwere Eingriffe in die Privat- und Intimsphäre sowie in die körperliche Integrität dar. Schwere Grundrechtseingriffe bedür-

³⁰ Das Bundesgericht verlangt gestützt auf den Schutz der Intimsphäre, dass die Durchsuchung bzw. die Untersuchung durch eine Person desselben Geschlechts vorgenommen wird. Vgl. dazu BGE 109 Ia S. 159. Auch Art. 85 Abs. 2, Satz 2 und 3 StGB hält fest: "Diese [die Leibesvisitation] ist von einer Person gleichen Geschlechts vorzunehmen. Ist sie mit einer Entkleidung verbunden, so ist sie in Abwesenheit der anderen Gefangenen durchzuführen."

³¹ BGE 109 Ia 159.

fen einer formell-gesetzlichen Grundlage, für leichte bis mittlere Eingriffe genügt eine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinn (Verordnung). Eine Einwilligung kann unserer Ansicht nach eine fehlende formell-gesetzliche Grundlage für eine schwere und eine materiell-gesetzliche Grundlage für eine mittlere Einschränkung nicht ersetzen. Hingegen kann ein leichter Eingriff ohne materiell-gesetzliche Grundlage auf eine Einwilligung abgestützt werden. Wir haben Zweifel, dass stichprobeweise durchgeführte Leibesvisitationen im Intimbereich geeignete Massnahmen darstellen, um die Sicherheit in den Stadien zu gewährleisten. Im Fall von körperlichen Untersuchungen und von gezielten Berührungen oder im Fall eines Ab tastens der Geschlechtsorgane oder des Afters erachten wir diese sogar als für den Einzelnen unzumutbar.

4 Grenzen der Delegation von Verwaltungsaufgaben

Im Sinne weiterer rechtlicher Überlegungen und der Vollständigkeit halber soll hier kurz die Frage von allfälligen Grenzen der Delegation von Verwaltungsaufgaben an Private angesprochen werden. Die Frage muss für den vorliegenden Sachverhalt nicht beantwortet werden, da Personenkontrollen delegierbare Verwaltungsaufgaben darstellen.

Obwohl die Verfassung keine entsprechenden Schranken vorsieht, wird in der Lehre vertreten, dass es einen Kernbestand an Verwaltungsaufgaben gibt, die nicht delegierbar sind. In diesem Zusammenhang werden etwa die militärische Landesverteidigung, die Wahrung des inneren Friedens oder die Strafverfolgung im engeren Sinn genannt. Welche Aufgaben konkret zu diesem Kernbestand zu zählen sind, ist umstritten.³² Jedenfalls werden unter den *staatlichen Kernaufgaben oder genuinen Staatsaufgaben* Aufgaben verstanden, die der Staat um seiner Staatlichkeit willen selbst wahrnehmen muss, um seine Existenzberechtigung nicht in Frage zu stellen.³³

Was die *Auslagerung polizeilicher Aufgaben* betrifft, wird in der Lehre zum Teil angenommen, dass eine solche lediglich in Randbereichen, nicht aber im Kernbereich der Polizeitätigkeit zulässig sei und jedenfalls zurückhaltend vorgenommen werden soll.³⁴ Zu solchen delegierbaren peripheren Polizeitätigkeiten werden etwa die bereits heute teilweise von Privaten vorgenommenen Überwachungs- oder Meldetätigkeiten, sowie technische Hilfs- und Kontrolltätigkeiten im Strassenverkehr oder die präventive Kriminalitätsberatung gezählt.³⁵

³² Vgl. dazu Biaggini (Anm. 13), Rz. 28, m.w.H.

³³ Vgl. dazu Bericht Bundesrat Sicherheitsfirmen (Anm. 2), S. 650; Kälin/ Lienhard/ Wytttenbach (Anm. 2), S. 74.

³⁴ Vgl. etwa Kälin/ Lienhard/ Wytttenbach (Anm. 2), S. 73 ff.

³⁵ Vgl. Bericht Bundesrat Sicherheitsfirmen (Anm. 2), S. 650; Biaggini (Anm. 13), Rz. 28; Kälin / Lienhard/ Wytttenbach (Anm. 2), S. 74 ff, 113 f.

Freundliche Grüsse

Bundesamt für Justiz

Direktionsbereich Öffentliches Recht

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luzius Mader', written in a cursive style.

Luzius Mader
Vizedirektor

Sachbearbeitung: Dr. Lucy Keller Läubli