

Biometrische Erkennungsmassnahmen in Sportstadien

Prüfung der gesetzlichen Grundlagen

Inhaltsverzeichnis

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	<i>I</i>
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>III</i>
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	<i>IV</i>
1. Vorwort	1
2. Begründung der Notwendigkeit von Sicherheitsmassnahmen	2
2.1. Aktuelle Situation	2
2.2. Lösungsansätze für die Zukunft	2
3. Voraussetzung biometrischer Datenerfassung durch Organe öffentlichen Rechts	3
3.1. Formell-rechtliche Voraussetzung	3
3.1.1. Die Einschränkung von Freiheitsrechten	3
3.1.1.1. Gesetzliche Grundlage	4
3.1.1.2. Öffentliches Interesse oder Schutz von Grundrechten Dritter	5
3.1.1.3. Verhältnismässigkeit	5
3.1.1.4. Kerngehalt	6
3.2. Materiell-rechtliche Qualifikation	6
3.2.1. Das Verfahren der Gesichtserkennung als Gegenstand der biometrischen Datenerfassung	6
3.2.2. Rechtskonformität der Gesichtserkennung durch öffentliche Organe ...7	
3.2.2.1. Gesetzliche Grundlage	8
3.2.2.2. Öffentliches Interesse oder Schutz von Grundrechten Dritter	9
3.2.2.3. Verhältnismässigkeit	10
3.2.2.3.1. Eignung	10
3.2.2.3.2. Erforderlichkeit	11
3.2.2.3.3. Verhältnismässigkeit i.e.S.	12
3.3. Erkenntnis	13
4. Voraussetzung biometrischer Datenerfassung durch Private	13
4.1. Formell-rechtliche Voraussetzung	13
4.1.1. Rechtmässigkeit der Datenbeschaffung	13
4.1.2. Treu und Glauben sowie Verhältnismässigkeit	14
4.1.3. Zweckbindung der Bearbeitung	15
4.2. Materiell-rechtliche Qualifikation	15

4.2.1. Die Einwilligung der Betroffenen.....	16
4.2.2. Der Vertrag zwischen dem Stadionbetreiber und dem Zuschauer.....	16
4.2.3. Geltendmachung der Persönlichkeitsverletzung	17
5. <i>Datenaustausch zwischen Stadionbetreiber und Staat</i>	<i>18</i>
5.1. Grundsatz.....	18
5.2. Gewährung der Inneren Sicherheit.....	18
6. <i>Rechtsvergleich mit der Bundesrepublik Deutschland</i>	<i>19</i>
6.1. Geltendes Recht im Bereich des Datenschutzes.....	20
6.1.1. Zulässigkeit der Datenerhebung, -Verarbeitung und -Nutzung	20
6.1.2. Die Legitimation der Videoüberwachung	21
6.1.3. Zulässigkeit der Datenverarbeitung.....	22
6.2. Erkenntnis.....	23
7. <i>Fazit.....</i>	<i>24</i>

Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl., Basel 2007 [zit.: BAK/ZGB I-Bearbeiter]
- Benedikt Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, Tübingen 2006 [zit.: Buchner]
- Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, Herausforderung Datenschutz, hrsg., Bruno Baeriswyl und Beat Rudin, Zürich/ Basel/ Genf 2005 [zit.: Baeriswyl/Rudin]
- Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, hrsg. Spiros Simitis, 5. Aufl., Baden-Baden 2003 [zit.: Komm./BDSG-Bearbeiter]
- Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, hrsg., Urs Maurer/Nedim Peter Vogt, Basel 1995 [zit.: Komm./DSG-Bearbeiter]
- Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, hrsg., Giovanni Biaggini, Zürich 2007 [zit.: Komm/BV-Bearbeiter]
- Michael Behrens/Richard Roth, Biometrische Identifikation, Braunschweig/Wiesbaden 2001 [zit.: Behrens/Roth]
- Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007 [zit.: Tschannen]
- Urs Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 [zit.: Häfelin/Haller/Keller]

Internet

- <http://www.dsb.zh.ch/themen/2002_bericht_videoueberwachung.pdf>
- <<http://www.baselland.ch/konk-136-htm.288368.0.html>>
- <<http://www.bvb.de>>

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz in der Neufassung vom 14. Januar 2003
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Bger	Bundesgericht
Bgerhof	Bundesgerichtshof
BS	Basel-Stadt
BWIS	Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997
bzw.	beziehungsweise
DFB	Deutscher Fußball-Bund
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992
DSG BS	Gesetz über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) vom 18. März 1992
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, ratifiziert am 28. November 1994
E-StPO	Eidgenössische Strafprozessordnung
ff.	fort folgend
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
lit.	Literatur
m.A.	meiner Ansicht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911
SFL	Swiss Football League
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO BS	Strafprozessordnung des Kantons Baselstadt vom 8. Januar 1997

UNO	United Nations Organization
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993
vgl.	vergleiche
VWIS	Verordnung über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 27. Juni 2001
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

1. Vorwort

Sportveranstaltungen sind emotional geprägte Anlässe. Insbesondere bei Grossanlässen wie Fussballspielen kommt es heutzutage regelmässig zu Gewalttätigkeiten und Sachbeschädigungen, was die Veranstalter¹ vor neue Aufgaben stellt. Dabei müssen Massnahmenpakete verabschiedet werden, die der Problematik von Gewaltausschreitungen effizient entgegenwirkt. Damit sind nicht ausschliesslich die privaten Stadionbetreiber angesprochen sondern auch der Staat, der den Schutz vor Grundrechtseingriffen gegenüber Dritten gewährleisten muss. Dabei steht heute hauptsächlich die Möglichkeit der biometrischen Gesichtserkennung als Lösung zur Debatte. Bereits im November 2005 ist diesbezüglich in Bern ein Feldversuch der Firma Unisys (Schweiz) AG, in Zusammenarbeit mit dem SC Bern, durchgeführt worden. Das Ziel dieses Feldversuchs war es, über die Datenerhebung und Bearbeitung neue Erkenntnisse im praktischen Versuch zu gewinnen.²

Die Erhebung und Bearbeitung von Daten, die in die Persönlichkeitsrechte bzw. in die Freiheitsrechte einer Person eingreifen, müssen gesetzlich legitimiert sein. Jeder Eingriff in die Persönlichkeit muss in diesem Sinn genau geprüft werden.

Vorliegende Ausführungen haben zum Ziel, die aktuellen datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu thematisieren. Es muss eruiert werden, wer eigentlich zur Datenerhebung in privat geführten Stadien berechtigt ist. Weiter muss die Frage nach der gesetzlichen Grundlage über den gesamten Datenerhebungsprozess berücksichtigt werden.

Mit der vorliegenden Arbeit soll nun geprüft werden, wie der Einsatz einer Anlage zur biometrischen Gesichtserkennung im rechtlichen Sinn zu qualifizieren ist. Des Weiteren soll eine kritische Würdigung der aktuellen Praxis erarbeitet werden.

Gegenstand der Prüfung sind zusammengefasst die öffentlichen Organe, Private, Fussball- und Eishockeystadien sowie die Normen des Deutschen Datenschutzgesetzes.

¹ Es wird in dieser Arbeit der Einfachheit halber grundsätzlich die männlichen Form verwendet.

² Während der Eishockeysaison 2005/2006 führte der SC Bern in Zusammenarbeit mit der Firma Unisys (Schweiz) AG und der Broncos Security GmbH einen Pilotversuch in der Bern Arena zur Biometrischen Gesichtserkennung durch. Bei diesem Pilotversuch stellten sich 100 Probanden freiwillig zur Verfügung. Weitere Details zum Versuch, siehe im Anhang.

2. Begründung der Notwendigkeit von Sicherheitsmassnahmen

2.1. Aktuelle Situation

Mit dem Meisterschaftsspiel vom 13. Mai 2006 zwischen dem FC Basel und dem FC Zürich ist deutlich geworden, dass aktuelle Sicherheitsmassnahmen nicht mehr ausreichend zum Schutz von Menschen und Sachen beitragen. Sinn und Zweck einer Schutzmassnahme ist es, Exzesse bzw. Gewalttaten zu unterbinden. Die aktuelle Lage zeigt, dass im Sinne der Prävention die Anwesenheit von kantonal gestellten Ordnungshütern, unterstützt von privatem Sicherheitspersonal, im Extremfall nicht ausreichend dazu beitragen, dass eine grössere Menschenmasse unter Kontrolle gebracht werden kann. Die Schweizerische Fussball Liga (SFL)³ delegiert die Sicherheit im Stadion auf ihre Mitglieder. Darum müssen die Vereine selber ihre Pflicht i.S.v. Art. 3 SIR wahrnehmen.

2.2. Lösungsansätze für die Zukunft

Ein erster Ansatz, der dem Präventionsgedanken Rechnung tragen sollte, war der Fanpass. Sinn und Zweck dieser Idee war die Deanonymisierung des Einzelnen. Wer sich eine Eintrittskarte zum Fansektor eines Vereins kaufen wollte, musste sich zuerst per Foto und Adresse registrieren lassen. Leider hat dieser Ansatz nicht ausreichend gegriffen.⁴ Ein weiterer Lösungsansatz ist die biometrische Gesichtserkennung.

Am 25. November 2005 veranlasste der SC Bern in Zusammenarbeit mit der Firma Unisys (Schweiz) AG und der Firma Broncos Security GmbH einen Feldversuch. Mittels neuester biometrischer Technik sollte an 100 Probanden eine Gesichtserkennung durchgeführt werden. Die erhobenen Daten müssen dem Verwender einen repräsentativen Beweis erbringen, der im Falle von Ausschreitungen⁵ gegen den oder die Delinquenten verwendet werden kann. Auch können Personen, die von den Vereinen mit Stadionverboten belegt worden sind, identifiziert, verifiziert und von der Veranstaltung ausgeschlossen werden.

³ Abkürzung der englischen Bezeichnung der Swiss Football League.

⁴ Am Beispiel des FC Basel mussten die Organisatoren mit ansehen, wie die Zuschauer von den Spielen ferngeblieben sind, was zweifelsohne grössere finanzielle Einbussen mit sich brachte. Aus wirtschaftlichen Gründen wurde diese Massnahme noch in der Phase des Pilotversuchs wieder abgeschafft.

⁵ Wie zum Beispiel dem Abbrennen von pyrotechnischen Materialien.

Was vordergründig als sinnvolle Massnahme erscheint, muss aus der Sicht eines Juristen allerdings in einem kritischen Kontext betrachtet werden. Fragen, wie Eingriffe in die Persönlichkeit des Individuums, gesetzliche Grundlagen, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit usw. gilt es abzuklären. Wie sieht die Legitimation zur Gesichtserkennung aus, wenn der Staat diese biometrische Massnahme in einem privat geführten Stadion durchführt und wie ist die rechtliche Grundlage zu beurteilen, wenn Private Gesichtserkennungsmassnahmen durchführen? Im Folgenden ist die rechtliche Legitimation dieses Lösungsansatzes detailliert zu prüfen.

3. Voraussetzung biometrischer Datenerfassung durch Organe öffentlichen Rechts

3.1. Formell-rechtliche Voraussetzung

Zahlreiche Rechtsgrundlagen müssen zum Schutze der Betroffenen, in Bezug auf die biometrischen Massnahmen der Gesichtserkennung, berücksichtigt werden. Zu nennen sind die in der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) verankerten Grundrechte, namentlich die persönliche Freiheit Art. 10 BV sowie der Schutz der Privatsphäre Art. 13 Abs. 2 BV, Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II, das Datenschutzgesetz (DSG), das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) sowie die Verordnung über die Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (VWIS). Ergänzend sind kantonale Datenschutzgesetze als auch kantonale Polizeigesetze zur Wahrung der inneren Sicherheit i.S.v. Art 57 BV zu beachten. Gegenstand der folgenden Prüfung sind die öffentlichen Organe und Private, die staatliche Aufgaben wahrnehmen und die natürlichen bzw. juristischen Personen.

3.1.1. Die Einschränkung von Freiheitsrechten

Mit der Legitimationsfrage sollen Eingriffe in die Freiheitsrechte von Seiten des Staats bzw. Eingriffe durch Private zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben als zulässig eingestuft werden. D.h., dass ein Grundrechtseingriff nicht ohne weiteres eine Grundrechtsverletzung darstellen muss. Der Grundrechtseingriff bedarf i.S.v. Art. 36 BV einer gesetzli-

chen Grundlage sowie der Wahrung des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und des Kerngehalts.

3.1.1.1. Gesetzliche Grundlage

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.⁶ Eine gesetzliche Grundlage bedarf eines Rechtssatzes mit generell-abstrakter Wirkung, der genügend bestimmbar ist. Genügend bestimmbar ist die Norm, wenn sie so präzise formuliert ist, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.⁷ Mit diesem ersten Prüfungsschritt wird kontrolliert, ob der Grundrechtseingriff rechtsstaatlich und demokratisch ausreichend fundiert ist.⁸ Des Weiteren wird stets die Frage nach der Gesetzesform gestellt. Schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte bedürfen eines Gesetzes im formellen Sinn, d.h. ein Gesetz, dass das Parlament⁹ im Gesetzgebungsverfahren erlassen hat. Weniger schwerwiegende Eingriffe bedürfen lediglich einer Verordnung.¹⁰ Da es dem Gesetzgeber schwer fallen wird, alle möglichen Eingriffsproblematiken gesetzlich zu regeln, wurde die so genannte polizeiliche Generalklausel für Sonderfälle in die BV aufgenommen. In Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr kann diese Notlösung für Grundrechtseingriffe herangezogen werden.¹¹ Dabei geht es grundsätzlich um die Abwendung schwerwiegender Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die es zu unterbinden gilt. Die polizeiliche Generalklausel muss in diesem Sinne sehr rezessiv ausgelegt werden.¹² Von einem Blankoschein kann deshalb in keinem Fall die Rede sein. Der Eingriff ist grundsätzlich nur dann legitim, wenn von einer dringenden Gefahr ausgegangen werden muss, die

⁶ Art. 36 Abs. 1 BV.

⁷ Häfelin/Haller/Keller N 302-309 S. 90-94.

⁸ Tschannen N. 99 S. 142.

⁹ Bundesparlament, Kantonsparlament, Gemeindeversammlung.

¹⁰ Ausführlich dazu Tschannen, 2007, S. 142 ff.

¹¹ vgl. BGE 130 I 369 E. 7.3. S. 381.

¹² Komm./BV-Biaggini N 16 S. 261.

sich gegen polizeiliche Schutzgüter¹³ richtet und die nicht anders abgewendet werden kann, da zeitliche Dringlichkeit vorliegt.¹⁴

3.1.1.2. Öffentliches Interesse oder Schutz von Grundrechten Dritter

Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.¹⁵ §Die Funktion dieses Prüfungsschrittes ist es mithin, das Eingriffsmotiv einer verfassungsrechtlichen Kontrolle zu unterziehen.ō¹⁶ Vorfrageweise ist abzuklären, ob überhaupt die Wahrung öffentlicher Interessen oder Grundrechte Dritter einem Schutz bedürfen und ob diese Voraussetzungen überhaupt im konkreten Fall zu rechtfertigen sind.¹⁷ Die Konkretisierung hängt vom einzuschränkenden Freiheitsrecht ab und muss jeweils im Einzelfall spezifisch beurteilt werden. Das öffentliche Interesse oder die Grundrechte Dritter müssen dabei die persönlichen Freiheitsrechte des Individuums überwiegen.

3.1.1.3. Verhältnismässigkeit

§Dieser regelmässig letzte Prüfungspunkt fragt danach, ob der Eingriff mit Blick auf das zu verfolgende, als zulässig anerkannte Eingriffsinteresse ein ausreichendes Mass an praktischer Vernunft aufweist.ō¹⁸ Das bedeutet, dass ein Eingriff in ein Grundrecht nicht weiter gehen darf als das öffentliche Interesse einen Anspruch ableiten kann. Ein Eingriff muss geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Geeignet ist ein Eingriff i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV, wenn die Massnahme die bestmögliche Alternative darstellt, also zwecktauglich ist. Eine Massnahme ist geeignet, wenn sie das öffentliche Interesse wahrt oder zum Schutz der Grundrechte Dritter ausgeführt wird. Die Erforderlichkeit verlangt, dass die Massnahme dem mildesten Mittel des Eingriffs entspricht und der Eingriff eine zumutbare Zweck-Mittel-

¹³Unter die polizeilichen Schutzgüter fallen die öffentliche Ordnung, Ruhe, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

¹⁴Häfelin/Haller/Keller N 312 S.95.

¹⁵Art. 36 Abs. 2 BV.

¹⁶Tschannen N 105 S. 143.

¹⁷Tschannen a.a.O.

¹⁸Tschannen N 110 S. 145.

Relation darstellt.¹⁹ Unverhältnismässig bzw. unzumutbar ist ein Eingriff dann, wenn die negative Wirkung für den Einzelnen schwerer wirkt als der Zuspruch für das öffentliche Interesse oder des Schutzes der Grundrechte Dritter.

3.1.1.4. Kerngehalt

Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.²⁰ §Er [der Kerngehalt] bezeichnet mit anderen Worten jene Grundrechtsansprüche, die den absoluten Schutz der Verfassung geniessen. Die Kerngehaltsgarantie soll die Grundrechte vor völliger Aushöhlung durch den Gesetzgeber bewahren.²¹ §Bei der Konkretisierung des Kerngehalts der Grundrechte kann Art. 7 BV (Achtung und Schutz der Menschenwürde) herangezogen werden. Denn menschenunwürdige Anordnungen sind dem Staat schlechthin untersagt.²²

3.2. Materiell-rechtliche Qualifikation

Sinn und Zweck der biometrischen Datenerfassung ist, wie Eingangs erwähnt, die Sicherheit in Sportstadien zu gewährleisten. Die Verantwortung obliegt den Mitgliedern der SFL. Konkret wird im Folgenden zu prüfen sein, ob die Datenerfassung, deren Speicherung und deren Verwendung durch den Staat den verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre und der persönlichen Freiheit gerecht wird oder nicht.

3.2.1. Das Verfahren der Gesichtserkennung als Gegenstand der biometrischen Datenerfassung

Grundsätzlich stehen mittlerweile zahlreiche Technologien und Systeme zur automatischen Messung eines oder mehrerer Merkmale einer Person, der sog. Biometrik, zur Verfügung. Der Ablauf der Datenerfassung im Bereich der Gesichtserkennung sieht wie folgt aus:

¹⁹ Tschannen N 111 S. 145f.

²⁰ Art. 36 Abs. 4 BV.

²¹ Tschannen N 113 S. 146f.

²² Häfelin/Haller/Keller N 325 S. 99.

Zuerst wird mit der Kamera ein Gesicht fotografiert. In einem nächsten Schritt, der so genannten Gesichtslokalisierung, ermittelt eine Software den genauen Standort des Gesichts im Bild, bestimmt seine Grösse und entfernt mögliche Störfaktoren. In einem weiteren Schritt wird das Bild digital ausgeschnitten, gedreht, vergrössert oder verkleinert und so positioniert, dass es der, vom System vorgegebenen Grösse, entspricht. In der darauf folgenden Merkmalsextraktion werden Merkmale ermittelt, die für die Unterscheidung verschiedener Personen relevant sind. Diese Daten werden im System gespeichert. Soll es nun zu einer Verifikation einer bereits gespeicherten Person kommen, werden die Gesichtsdaten eingelesen und der entstehende Merkmalsatz mit denen aus dem System verglichen. So kann praktisch in jeder Situation eine Lokalisierung eines Zuschauers im Stadion vorgenommen werden.²³

3.2.2. Rechtskonformität der Gesichtserkennung durch öffentliche Organe

Vorfrageweise muss geklärt werden ob der Einsatz biometrischer Gesichtskontrollen überhaupt die persönliche Freiheit i.S.v. Art. 10 Abs. 2 BV oder den Schutz der Privatsphäre i.S.v. Art. 13 Abs. 2 BV tangiert. Der Anspruch auf das Privatleben und der Schutz der Privatsphäre bedeutet, dass jede Person ihr Leben und den Verkehr mit anderen Personen frei gestalten darf und dass sie Anspruch auf Respektierung ihres persönlichen Geheimbereichs hat. Diese Freiheitsrechte sind nicht nur innerhalb privater und geschlossener Räume zu gewährleisten, sondern auch im Freien oder in öffentlichen Räumen. Tritt eine Person in die Öffentlichkeit, gibt sie sich den Augen und Ohren anderer Personen preis aber sie gibt damit kein Einverständnis, dass ihr Verhalten oder ihre Äusserungen von öffentlichen Organen in Schrift, Bild oder Ton festgehalten werden. Der Anspruch auf Datenschutz ist ein Teilaspekt des Rechts auf eine persönliche Geheimnisse. D.h., dass staatliche Organe Personendaten nur bearbeiten dürfen, wenn es notwendig ist, wenn die Bearbeitung zweckgebunden erfolgt und verhältnismässig ist.²⁴ Der Schutzbereich der persönlichen Freiheit ist nach der ständigen Rechtssprechung des Bger dann betroffen, wenn der Mensch in seiner elementarsten Entfaltungsmöglichkeit

²³ Behrens/Roth S.105-128.

²⁴ <http://www.dsb.zh.ch/themen/2002_bericht_videoueberwachung.pdf> S. 9.

eingeschränkt wird²⁵. Ein Eingriff in die besagten Freiheitsrechte ist dann zu vertreten, wenn zum einen die hoheitlichen Organe zu den besagten Gesichtsvermessungen legitimiert sind, zum anderen wenn die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt werden. Ob durch die Überwachung im Stadion das Individuum in der elementarsten Entfaltungsmöglichkeit eingeschränkt wird, ist im Folgenden zu prüfen.

3.2.2.1. Gesetzliche Grundlage

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.²⁶

Die Gesichtserkennungsmassnahmen sind grundrechtsbeschränkende Eingriffe. Daran bestehen keinerlei Zweifel. Die Problematik der Rechtskonformität ergibt sich durch die Positionierung dieser biometrischen Intervention. Liegt diesbezüglich nur ein einfacher Eingriff in die Freiheitsrechte vor, der mittels Gesetz im materiellen Sinn legitimiert werden kann oder haben wir bei der Gesichtsvermessung einen schwerwiegenden Eingriff in die besagten Grundrechte vorliegen? Abzugrenzen ist die polizeiliche Generalklausel, die ein Sonderfall darstellt für den keine gesetzliche Grundlage erforderlich ist. In casu stossen wir hier auf erhebliche Schwierigkeiten.²⁷ Ein Gesetz für die biometrische Überwachung durch Bundesorgane ist nicht vorhanden. Somit fehlt es an einer ausreichend bestimmbar Norm, die die öffentlichen Organe zum Handeln legitimieren könnte. So kann eine gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV auch nicht im DSG gefunden werden. Obwohl Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG die Bearbeitung von Daten juristischer und natürlicher Personen durch Bundesorgane, i.W.s. gestützt auf das kantonale DSG auch kantonalen Organen, gestattet,²⁸ kann aus den relevanten Normen des DSG kein Legitimationsgrund eruiert werden.²⁹ So schreibt auch der Datenschutzbeauftragte des Kantons Zürich, dass für die Gesichtüberwachung derzeit gesetzliche Grundlagen fehlen.³⁰ Der Sonderfall der polizeilichen Generalklausel ist bei der biometrischen

²⁵ BGE 97 I 45 E.3 S. 49.

²⁶ Art. 36 Abs. 1 BV.

²⁷ Baeriswyl/Rudin S.16.

²⁸ BGE 122 I 153 E.2c S.155.

²⁹ Art. 16ff DSG.

³⁰ <http://www.datenschutz.ch/themen/2002_bericht_videoueberwachung.pdf> S.18.

Überwachung in Sportstadien eher zu verneinen. Sie ist lediglich in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr für Polizeigüter anzuwenden.³¹ Die Gefahr ist unter den Terminus der zeitlichen Dringlichkeit zu subsumieren. Doch sind die Ausschreitungen in Fussball- oder Eishockeystadien nicht etwas Ungreifbares i.S.v. § nicht anders abwendbarer Gefahr. Darum kann die Intervention durch öffentliche Organe oder Private, die staatliche Aufgaben wahrnehmen, nicht mit der polizeilichen Generalklausel legitimiert werden. Durch diese restriktive Auslegung der Klausel, kann der willkürlichen Rechtsanwendung entgegengewirkt werden.

In casu liegt weder eine gesetzliche Grundlage noch eine polizeiliche Generalklausel bzw. eine Notverordnung vor. Der staatliche Eingriff mittels Gesichtsverifikation wäre, aufgrund fehlender gesetzlicher Legitimation, nicht Grundrechtskonform und würde deshalb auch einen ungerechtfertigten Eingriff in die Freiheitsrechte i.S.v. Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 2 BV darstellen.

Der Vollständigkeit halber wird die Prüfung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit weiter fortgeführt.

3.2.2.2. Öffentliches Interesse oder Schutz von Grundrechten Dritter

Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.³² Der FC Basel hat bei Liga- und Cupspielen durchschnittlich eine Besucherzahl von über 20'000. Das Sicherheitsdispositiv setzt sich vordergründig aus den kantonalen Polizeikräften und dem privaten Sicherheitspersonal zusammen. Unterstützt werden sie durch Kameras, Bildaufzeichnungsgeräte und Eintrittsautomaten. Diese Massnahmen zusammengenommen konnten in den letzten Jahren Ausschreitungen leider nicht verhindern. In diesem Zusammenhang kann durchaus von einer Lücke im Sicherheitsdispositiv bei grossen Sportanlässen gesprochen werden. Das öffentliche Interesse an der Verhinderung von schweren Straftaten ist in casu erfüllt. Die Erfahrung zeigt, dass es durch Hooligans zu Übergriffen auf Leib und Leben kommen kann. Es liegt durchaus im Interesse der Öffentlichkeit, dass potentielle Unruhestifter durch weitgreifende Massnahmen an ihren Verbrechen oder

³¹ Vgl oben.

³² Art. 36 Abs. 2 BV.

Vergehen gehindert werden. Schlussendlich geht es immer um den Schutz von Personen vor konkreten physischen oder psychischen Einwirkungen.

3.2.2.3. Verhältnismässigkeit

Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.³³ Diesbezüglich ist der Eingriff in die Freiheitsrechte nach der Eignung, Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit zu bestimmen. Diese Tatbestandsmerkmale i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV sind kumulativ zu erfüllen.

3.2.2.3.1. Eignung

Eine Massnahme ist geeignet, wenn sie das öffentliche Interesse wahrt oder zum Schutz der Grundrechte Dritter ausgeführt wird. Studien aus England belegen, dass die Kriminalitätsrate mit der breitflächigen Videoüberwachung nur um vier Prozent redimensioniert werden konnte. Der Eingriff der Gesichtüberwachung erfüllt, wie oben festgestellt, das qualifizierte Merkmal der schweren Intervention i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV. Die Überwachungsmassnahme soll zum Schutz der persönlichen Freiheit oder auch des Eigentums Dritter eingesetzt werden. Ob die Quote von durchschnittlich vier Prozent eine ausreichende Eignung darstellt ist fraglich.³⁴ Doch wäre diese Quote, isoliert auf ihren Präventionscharakter, sehr einseitig betrachtet. Nicht nur die Abschreckung von potentiellen Übeltätern liegt dieser Massnahme zugrunde, sondern auch die Beweiswirkung nach der Feststellung eines rechtswidrigen Vorfalls. Diese Widerrechtlichkeit kann im Zuge der Gesichtserkennung den kantonalen oder staatlichen Organen angezeigt werden. Von diesem Standpunkt her wäre der Eignung eher zuzustimmen.

³³ Art. 36 Abs. 3 BV.

³⁴ Gehen wir von einem simplen Rechenbeispiel aus: 20'000 Zuschauer im Durchschnitt bei 25 Heimspielen pro Saison, ergibt eine Gesamtzuschauerzahl von 500'000. Die potentiellen Delinquenten werden pro Spiel auf 1 % geschätzt (Merkblatt Videoüberwachung durch Gemeinden, <<http://www.baselland.ch/konk-136-htm.288368.0.html>>). Somit haben wir am Ende der Saison 5'000 verübte Verstösse verzeichnet. Nehmen wir die in diesem Zusammenhang die Kriminalitätsrückgangsrate von England, so bekommen wir i.S.v. Massnahmen zur Gesichtüberwachung auf eine Dezimierung von 200 Fällen pro Jahr, d.h. 8 Fällen pro Spiel.

Eine zusätzliche Frage, die in diesem Zusammenhang geklärt werden muss, ist die Verlässlichkeit der angewendeten Technologie. Bei einem Feldversuch in Bern³⁵ wurden 75-80% der Probanden auch unter widrigsten Bedingungen richtig erkannt. In der Zwischenzeit hat sich auch in der Technik der biometrischen Erkennungssysteme einiges getan³⁶. Aufgrund der zuverlässigen Möglichkeiten der Beweiserhebung im Zusammenhang mit der Erfassungssicherheit, kann diesbezüglich der Eignung sicher zugestimmt werden.

3.2.2.3.2. Erforderlichkeit

Eine Massnahme erfüllt in diesem Sinne die Voraussetzungen der Erforderlichkeit, wenn sie das mildeste zur Verfügung stehende Mittel eines Eingriffs darstellt. I.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV wird verlangt, dass zuerst alle Massnahmen geprüft werden müssen, die weniger schwer in die Grundrechte eingreifen als die biometrische Gesichtserfassung. Folglich müssen Argumente bzw. Gutachten und der Gleichen, zur Abwägung der möglichen Alternativität, berücksichtigt werden. Sind andere Massnahmen genauso geeignet aber greifen weniger in die Grundrechte der Betroffenen ein, so sind sie ó als alternative Mittel - zu bevorzugen. In casu wären mögliche Alternativen beispielsweise vorbeugende soziale- oder bauliche Massnahmen.

Als soziale Massnahmen sind an dieser Stelle die Fanprojekte gemeint. In Basel setzt man weitgehend auf eine Selbstregulierung unter den Fans. Dahinter steckt die Idee, dass der Vernunftgedanke i.S. sozialer Einbindung des Einzelnen, Gewalttaten unterbindet. Somit könnten weitere Einschränkungen mittels staatlicher Repressionen verhindert werden. Aktuelle Ereignisse zeigen, dass dies in Basel selber relativ gut funktioniert. Bei Auswärtsspielen jedoch, wo die Anonymität grösser ist, nicht geeignet ist um die Sicherheit zu gewährleisten.

³⁵ Während der Saison 2005/2006 führte Unisys (Schweiz) AG in enger Zusammenarbeit mit dem Schlittschuhclub Bern (SC Bern) und der Broncos Security GmbH in der Bern Arena einen Feldversuch zur Biometrischen Gesichtserkennung durch. Konklusion und Details im Anhang.

³⁶ Gemäss telefonischer Aussage des Director Account Management des Global Public Sectors der Unisys (Schweiz) AG vom 30.09.2008.

Die baulichen Massnahmen stellen eine weitere Alternativität zum Schutze Dritter dar. Nach den Vorfällen vom 27. September 2008³⁷ im St. Jakob-Park zu Basel, entschied sich das Stadionmanagement, ein nichtbrennbares Netz vor den Besuchern zu installieren und die schon bestehenden Zäune zu modernisieren.

Ob diese Massnahmen der sozialen- bzw. baulichen Interventionen eine wirkliche Alternativität darstellen, ist zu bezweifeln. Der Effekt der Schadensminimierung ist nicht deckungsgleich mit der Aufklärung von Straftatbeständen. Eine Gesichtserkennung soll natürlich auch präventiven Charakter entfalten, zumal eine Verhinderung von rechtswidrigen Aktionen dem Allgemeinwohl am ehesten dient. Doch wäre dem Thema Sicherheit natürlich nicht genüge getan, wenn ausschliesslich auf Präventivmittel gesetzt würde. Die Gesichtserkennung ist in diesem Kontext eine Massnahme mit dualistischem Charakter, d.h., dass dem Sicherheitsgebot durch Abschreckung (Prävention) und durch Aufklärung von Straftaten nachgekommen wird. Eine Erhöhung des Sicherheitspersonals könnte gegebenenfalls die gleichen Erfolge bringen, mit dem Unterschied, dass keine schwerwiegenden Eingriffe in die Privatsphäre bzw. die Persönlichkeitsrechte vorgenommen werden müssen. Solche Fragen und Probleme müssen im Vorfeld immer abgeklärt werden.

3.2.2.3.3. Verhältnismässigkeit i.e.S.

Im Grunde genommen geht es bei der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn um die Abwägung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Interesse. Eine Anordnung ist immer dann unverhältnismässig, wenn deren negative Wirkungen bzw. Auswirkungen im konkreten Fall auf den Betroffenen schwerer ins Gewicht fallen als das öffentliche Interesse durch die staatliche Intervention überwiegt.³⁸ Es ist von der sog. Zweck-Mittel-Relation die Rede. Zwischen dem erstrebten Ziel und der zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkung, muss ein angemessenes Verhältnis bestehen.

³⁷ Anlässlich des Fussballspiels FC Basel gegen die Berner Young Boys vom 27. September 2008 kam es zu einem Wurf einer bengalischen Fackel in den Familiensektor des FC Basel.

³⁸ Häfelin/Haller/Keller N 323 S.98.

3.3. Erkenntnis

Die Prüfung der rechtlichen Legitimation von Gesichtserkennungsmassnahmen durch staatliche Organe bzw. Private in Ausübung staatlicher Aufgaben ergibt, dass keine gesetzliche Grundlage vorhanden ist um einen Eingriff in die besagten Freiheitsrechte durch die biometrische Gesichtserkennung zu rechtfertigen. Obwohl den weiteren Voraussetzungen des öffentlichen Interessens als auch der Verhältnismässigkeit zugestimmt werden könnte, ist das fehlen eines klar definierten Gesetzes im formellen Sinn ausschlaggebend. Ohne rechtliche Grundlage kann der Staat keine schwerwiegenden Einschränkungen von Freiheitsrechten vornehmen.

4. Voraussetzung biometrischer Datenerfassung durch Private

4.1. Formell-rechtliche Voraussetzung

Im Gegensatz zur staatlichen Intervention bedarf die Erhebung von Daten durch Private, zur Massnahme der Gesichtserkennung, keiner gesetzlichen Grundlage i.S.v. Art. 36 BV. Art. 12 Abs. 1 DSG setzt lediglich den Riegel der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art 28 ZGB.

4.1.1. Rechtmässigkeit der Datenbeschaffung

Personendaten dürfen nur rechtmässig beschafft werden. Ihre Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein. Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung³⁹ angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.⁴⁰ Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen. Insbesondere dürfen Personendaten nicht ohne Rechtfertigungsgrund entgegen den Grundsätzen von Art. 4, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 7 Abs. 1 DSG bearbeitet oder gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person oder einem Dritten bekannt gegeben

³⁹ Art. 3 Abs. 1 lit. d VDSG.

⁴⁰ Art. 4 DSG.

werden.⁴¹ Weiter hat der Private den Schutz vor unberechtigtem Zugriff i.S.v. Art. 8ff. VDSG zu erfüllen. Kein Rechtfertigungsgrund liegt vor, wenn bspw. eine Verletzung der Persönlichkeit nicht durch Einwilligung des Verletzten oder durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz vorliegt.⁴² In der Regel ist eine Persönlichkeitsverletzung zu verneinen, wenn die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat.⁴³

Ein überwiegendes Interesse der bearbeitenden Person fällt u.a. in Betracht, wenn diese in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags Personendaten über ihren Vertragspartner bearbeitet oder mit einer anderen Person in wirtschaftlichem Wettbewerb steht oder treten will und zu diesem Zweck Personendaten bearbeitet werden, ohne diese dem Dritten bekannt zu geben; zur Prüfung der Kreditwürdigkeit einer anderen Person weder besonders schützenswerte Personendaten noch Persönlichkeitsprofile bearbeitet und Dritten nur Daten bekannt gibt, die sie für den Abschluss oder die Abwicklung eines Vertrages mit der betroffenen Person benötigen; beruflich Personendaten ausschliesslich für die Veröffentlichung im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums bearbeitet werden; Personendaten zu nicht personenbezogenen Zwecken insbesondere in der Forschung, Planung und Statistik bearbeitet und die Ergebnisse so veröffentlicht, dass die betroffenen Personen nicht bestimmbar sind; Daten über eine Person des öffentlichen Lebens sammelt, sofern sich die Daten auf das Wirken dieser Person in der Öffentlichkeit beziehen usw.⁴⁴ Die sechs aufgezählten Rechtfertigungsgründe sind nicht abschliessend.⁴⁵

4.1.2. Treu und Glauben sowie Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz von Treu und Glauben wurde ins DSG übernommen. Ausdrücklich ist dieser im Bundeszivilrecht in Art. 2 Abs. 1 ZGB statuiert. Im Sinne der einheitlichen Rechtsanwendung muss das Prinzip von Treu und Glauben des Bundeszivilrechts auch im öffentlichen Recht Geltung haben. Das DSG legt den Grundsatz von Treu und Glau-

⁴¹ Art. 12 Abs. 1, 2 DSG.

⁴² Art. 13 Abs. 1 DSG.

⁴³ Art. 12 Abs. 3 DSG.

⁴⁴ Art. 13 Abs. 2 DSG.

⁴⁵ Komm./DSG-Hüinig N 5 zu Art. 13.

ben für jede Bearbeitung von Personendaten fest, unabhängig davon, ob es sich um Organe des Bundes oder um Private handelt.⁴⁶ Dieser Grundsatz entfaltet gerade im Bereich der Datenbeschaffung seine besondere Wichtigkeit. So etwa, wenn heimlich Daten beschaffen werden ohne gegen eine Rechtsnorm zu verstossen. Dadurch wird die Voraussetzung der Kenntnisnahme, zur Legitimierung der Datenbeschaffung, grundsätzlich untergraben und der Betroffene könnte in casu keine Rechte aus Art. 4 Abs. 1 DSG ableiten. Zur Verhältnismässigkeit der Datenerhebung kann auf Art. 36 Abs. 3 BV und den bereits getätigten Ausführungen verwiesen werden.

4.1.3. Zweckbindung der Bearbeitung

Daten werden immer zu einem bestimmten Zwecken erhoben. Dieser Zweck ist danach verbindlich und muss somit bereits vor der Datenerhebung dem Betroffenen bekannt sein, insbesondere dann, wenn zur Erhebung seine Einwilligung gesetzlich verlangt wird. §Ein weiterer Grundsatz, welcher auch hier auf Private und Bundesorgane gleichermaßen Anwendung findet, besagt, dass Personendaten nur für den Zweck bearbeitet werden dürfen, welcher bei der Beschaffung angegeben worden ist oder aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Zweckbindung).⁴⁷ Der Verwendungszweck der Daten muss bereits im Moment der Datenbeschaffung feststehen. Daten dürfen nicht einfach auf Vorrat angelegt werden. Auch Zweckänderungen sind grundsätzlich unzulässig.⁴⁸

4.2. Materiell-rechtliche Qualifikation

Die Erhebung von Daten kann, i.S.v. Art. 13 Abs. 1 DSG und Art. 28 ZGB, durch die Einwilligung der Betroffenen, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz legitimiert werden. Im Folgenden ist hauptsächlich auf die Einwilligung der Betroffenen abzustellen. Beim privaten oder öffentlichen Interesse kann auf das Gesagte i.S.v. Art. 36 Abs. 2 BV und auf Art. 13 Abs. 2 DSG verwiesen werden. Die gesetzliche Grundlage für die Datenerhebung ist das DSG.

⁴⁶ Komm./DSG-Maurer N 7 zu Art. 4.

⁴⁷ Maurer N 14 S. 92.

⁴⁸ Maurer N 15-16 S. 92-93.

4.2.1. Die Einwilligung der Betroffenen

Ob eine Einwilligung der betroffenen Person zu einer bestimmten Datenbearbeitung, welche eine Verletzung der Persönlichkeit bedeutet, vorliegt, wird aufgrund der tatsächlichen Situation im Einzelfall zu entscheiden sein.⁴⁹ Die Einwilligung des Betroffenen ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Trotzdem gilt, dass je schwerer ein Eingriff wirkt- zum Schutz der Betroffenen eine erhöhte Anforderung an die Information gestellt werden muss. In diesem Sinne wäre wohl, mit dem Kauf einer Eintrittskarte für den Stadionzutritt, ein genereller Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ausreichend. Die AGBs könnten im schlimmsten Fall für nichtig⁵⁰ oder ungültig erklärt werden, was sich der Verfasser nach dem Grundsatz der in dubio contra stipulatorem entgegenhalten müsste.

4.2.2. Der Vertrag⁵¹ zwischen dem Stadionbetreiber und dem Zuschauer

Bezüglich der Anforderung zur ausreichenden Beschilderung, wird der Stadionbetreiber vor grössere Probleme gestellt. Vertragsrechtlich gesehen unterbreitet der Veranstalter, der sog. Offerent i.S.v. Art. 3ff OR, dem Zuschauer das Angebot. So verpflichtet er sich, ihn auf die AGBs hinzuweisen. Die AGBs beinhalten die generellen vertraglich ausgearbeiteten Elemente, gegenüber welchen sich der Zuschauer verpflichtet.⁵² Dem Zuschauer steht es dann offen, den zugrunde liegenden Vertragsbedingungen zuzustimmen, oder sie abzulehnen. Bezahlt er das Ticket ohne zuvor die allgemeinen Geschäftsbedingungen zu studieren, verwirkt er grundsätzlich sein Recht nachträgliche Einreden dem Verfasser entgegenzuhalten.⁵³ Wird der Zuschauer nicht auf die Überwachung hingewiesen und erkennt er dies erst beim Eintritt ins Stadion, so kann er den Vertrag über den Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR anfechten. Sind vor

⁴⁹Komm./DSG-Hünig, N 4 zu Art 13.

⁵⁰ Im schlimmsten Falle muss, wenn vom Betroffenen die Anonymität als wesentlicher Bestandteil des Vertrags betrachtet worden ist, der Verfasser der AGBs die nichtig i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR hinnehmen.

⁵¹ Der Vertrag ist als Innominatsvertrag zu qualifizieren. D.h., im Konkreten Fall liegt ein Vorstellungsbesuchsvertrag vor (vgl. BGE 80 II 26 E.3a S.34). Die obligationsrechtlichen Ansprüche werden analog zum Werkvertrag angewendet.

⁵² Die Stadionordnung ist grundsätzlich als eine AGB zu qualifizieren.

⁵³ I.S.v. AGBs können einige Einreden entgegengehalten werden. Die Globalübernahme durch den Akzeptant ist nicht mit dem Einverständnis über den Inhalt der AGBs gleichzusetzen. Ist bspw. eine Klausel unklar, so kann sie für nichtig oder zu Ungunsten des Verfassers (in dubio contra stipulatorem) ausgelegt werden.

dem Stadion, mangels AGB \emptyset , genügend Hinweise aufgestellt, dass eine Gesichtsvermessung stattfindet und tritt der Zuschauer ins Stadion ein, so kann von einer konkludenten Zustimmung ausgegangen werden. Nachträgliche Berufung des Betroffenen wäre nicht statthaft und eine allfällige Klage an die erstinstanzliche richterliche Behörde wäre abzuweisen.

Zu erwähnen bleibt, dass heutzutage zahlreiche Verträge - im Bereich des Ticketverkaufs - über das Internet abgewickelt werden. Dafür gelten die gleichen Bestimmungen wie zuvor beim Zug um Zug Geschäft erwähnt. Besondere Voraussetzungen bzw. Bindungen sind nur im Bereich des Angebots und der Annahme unter Abwesenden i.S.v. Art. 10 OR zu berücksichtigen. Darauf ist allerdings nicht weiter einzugehen. Am Beispiel des FC Basel, des BSC Young Boys oder des SC Bern wird der Internetkäufer auf die AGB \emptyset hingewiesen. Die Stadionordnung wird mit dem Akzept des Erwerbers somit Bestandteil des Vertrags.

4.2.3. Geltendmachung der Persönlichkeitsverletzung

Fällt die Einwilligung des Zuschauers dahin und hat dieser auch nicht auf dem konkludenten Weg der Gesichtskontrolle zugestimmt und liegen auch keine besonderen privaten oder öffentlichen Interessen vor, dann kann von einer Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 13 Abs. 1 DSG und Art. 28 Abs. 2 ZGB gesprochen werden. §Prinzipiell darf also niemand ohne seine (vorgängige oder nachträgliche) Zustimmung abgebildet werden, sei es durch Zeichnung, Gemälde, Fotografie, Film oder ähnliche Verfahren.⁵⁴ Werden in die Persönlichkeitsrechte gegen den Willen und ohne Einwilligung des Betroffenen eingegriffen, so stehen dem Zuschauer Rechtsansprüche aus Art. 15 DSG i.V.m Art. 28a-l ZGB zur Verfügung. In casu kann der ungescholtene Besucher verlangen, dass die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden oder ihre Bekanntgabe an Dritte gesperrt wird.

⁵⁴ BAK/ZGB I-Meili N 19 zu Art. 28.

5. Datenaustausch zwischen Stadionbetreiber und Staat

5.1. Grundsatz

Kommt es zu Straftaten im und um das Stadion⁵⁵, so können die erhobenen Daten den Sicherheitsteams übergeben werden. Folglich schreitet ein Interventionsteam ein. Dabei wird versucht, den Delinquenten diskret aus der Masse zu entfernen. Anschliessend wird ihm ó in Anwesenheit eines Beisitzers (bspw. Polizist) - die begangene Straftat mittels Video und biometrischen Daten persönlich erläutert. Kann das Gesicht der Person verifiziert werden und stimmt der besagte Szenekenner dem Abgleich zu, so können die Daten gespeichert und der Polizei übergeben werden.⁵⁶ Diese Übergabe der Daten muss gesetzeskonform geschehen. Dabei sind spezielle Richtlinien zu beachten, die im Folgenden besprochen werden.

5.2. Gewährung der Inneren Sicherheit

Sportveranstaltungen fallen in das Rechtsgebiet der inneren Sicherheit. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BWIS trifft der Bund vorbeugende Massnahmen um Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen zu erkennen und zu bekämpfen. Nach diesen Erkenntnissen können die zuständigen Behörden nach ihrem massgebenden Recht rechtzeitig eingreifen. Unter die vorbeugenden Massnahmen fallen, nach Art. 2 Abs. 4 lit. f BWIS, Interventionen, die zur Verhinderung von Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen beitragen sollen.⁵⁷ Für die innere Sicherheit seines Gebietes ist der Kanton verantwortlich.⁵⁸

In Art. 14 BWIS wird die Informationsbeschaffung behandelt. Danach beschaffen die Sicherheitsorgane der Kantone die Informationen, die zur Erfüllung der Aufgaben nach diesem Gesetz notwendig sind. Sie können diese Informationen selbst dann beschaffen, wenn dies für die betroffene Person nicht erkennbar ist. Die Beschaffung kann durch das Einholen von Auskünften oder durch die Entgegennahme von biometrischen Daten geschehen. Kommt es zu Ausschreitungen im Stadion wird meist die Polizei zur Inter-

⁵⁵ Solange dies auf privatem Grund stattfindet.

⁵⁶ In einigen Stadien wie beispielsweise in Basel sind bereits Polizeiorgane bei der Videoüberwachung und Erkennung zugegen. Sie unterstehen den Richtlinien des jeweiligen kantonalen Datenschutzgesetzes.

⁵⁷ Art. 24a-24e BWIS.

⁵⁸ Art. 4 Abs. 1 BWIS.

vention herbeigezogen. Bei diesen Vorfällen werden Personen straffällig. Dabei steht dem Stadionbetreiber jederzeit die Möglichkeit offen, dass er eine Anzeige gegen den Störer vornimmt. Bei Offizialdelikten muss der Staat von Gesetzes wegen intervenieren. Die Polizei nimmt, gemäss kantonalen⁵⁹ Strafprozessordnungen, Ermittlungen auf, wenn durch Anzeige, Anweisung der Staatsanwaltschaft oder durch eigene Feststellung eine für die Straftat relevante Sachverhaltsabklärung nötig ist. Der erste Schritt für ein Strafverfahren kann somit eingeleitet werden. Folglich werden die ermittelnden Behörden beim Stadionbetreiber die Videodaten verlangen, um diese als Beweismittel i.S.v. Art. 14 BWIS zu sichern.

6. Rechtsvergleich mit der Bundesrepublik Deutschland

In Deutschland ist die Gewalt an Sportveranstaltungen genauso ein Thema wie in der Schweiz. Dabei steht der Sport ganz klar im Hintergrund. Besonders in den Gebieten in Ostdeutschland hat die Gewalt in den letzten Jahren massiv zugenommen. Bei Fussballspielen kommt es teilweise zu massiven Ausschreitungen, wie beispielsweise am Wochenende vom 10./11.02.2007 in Leipzig. Für die nur gerade 5000 Zuschauer wurden 300 Polizisten eingesetzt ó 30 davon schwer verletzt⁶⁰. Im Folgenden wird das Bundesdatenschutzgesetz für den Rechtsvergleich mit dem DSGVO in der Schweiz verglichen. Ein besonderes Augenmerk wird auf die Legitimation von Gesichtserkennung durch Private gelegt.

⁵⁹ Bsp. Strafprozessordnung des Kantons Baselstadt (StPO BS) vom 01.09.1997, Art 98 und 99. Auch zukünftig für die Eidgenössische Strafprozessordnung: Art. 305 Abs. E-StPO.

⁶⁰ Beim sächsischen Landespokalspiel zwischen dem 1. FC Lokomotive Leipzig und dem FC Erzgebirge Aue II in Leipzig, ist es am Wochenende vom 10./11.02.2007 zu schweren Ausschreitungen zwischen Hooligans und Polizisten gekommen. Trotz den eingesetzten 300 Polizisten, konnte das Ganze nicht verhindert werden. Ca. 800 Hooligans griffen die Polizisten an. Tragische Bilanz: 30 verletzte Polizisten und ca. 10 verletzte Zivilisten, dazu kommt noch ein hoher Sachschaden.

6.1. Geltendes Recht im Bereich des Datenschutzes

Wie in der Schweiz, gibt es auch in Deutschland ein Bundesdatenschutz- und ein Landesdatenschutzgesetz⁶¹. Im Folgenden wird ausschliesslich das BDSG berücksichtigt. § 1 Abs. 2 Ziff. 3 des BDSG legitimiert die nicht öffentlichen Stellen, Personendaten i.S.v. Art. 12ff DSG, zu bearbeiten. Nicht-öffentliche Stellen werden in § 2 Abs. 4 BDSG definiert als natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts. Für die Überprüfung der Rechtmässigkeit der biometrischen Gesichtserkennung ist das BDSG ausschlaggebend.

6.1.1. Zulässigkeit der Datenerhebung, -Verarbeitung und -Nutzung

Die Zulässigkeit der Datenerhebung wird in Art. 4 BDSG beschrieben. Danach ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, wenn dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Eine solche Einwilligung ist die individuelle Mitwirkung des betroffenen Datenträgers im privatrechtlichen Verhältnis.⁶² Die Legaldefinition ist annähernd mit Art. 13 Abs. 1 DSG übereinstimmend. Ausgenommen davon sind die Fälle, in denen Personendaten ausschliesslich für persönliche und familiäre Fälle bearbeitet werden. Diesen Ausschluss kennt auch das DSG.⁶³ § 4 Abs. 1 BDSG stellt die zentrale Norm zur Sicherung des informationellen Selbstbestimmungsrechts dar.⁶⁴ Diese Einwilligung wird in § 4 BDSG genau erläutert. So hat die Datenerhebung auf der freien Entscheidung des Betroffenen zu erfolgen.⁶⁵ Überdies hat der Stadionbetreiber die Pflicht, den Zuschauer auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen.⁶⁶ Die Einwilligung des Betroffenen erfolgt in Deutschland bereits mit dem Erwerb der Eintrittskarte. Auch beim Internetkauf wird meist schon darauf hingewiesen, dass mit dem Abschluss des Vertra-

⁶¹ Das Landesdatenschutzgesetz in den Bundesländern in Deutschland ist mit den kantonalen Datenschutzgesetzen in der Schweiz zu vergleichen.

⁶² Buchner S.64.

⁶³ Art. 2 Abs. 2 lit. a DSG i.S.v. § 27 Abs. 2 Ziff. 2 BDSG.

⁶⁴ Komm./BDSG-Simitis N 2 zu § 4.

⁶⁵ Entscheid des Bgerhof, Urteil VIII ZR 348/06 E 12 S. 8.

⁶⁶ § 4a Abs. 1 erster Satz BDSG.

ges sich der Käufer mit der Stadionordnung und den AGBs einverstanden erklärt, während des Spiels gefilmt oder fotografiert zu werden.⁶⁷ Diese Hinweise beim Ticketkauf über das Internet sind in der Schweiz oftmals mangelhaft. § 4 BDSG unterscheidet sich vom Art. 13 DSG insofern, dass in der Schweizerischen Gesetzgebung eine Legitimation der Persönlichkeitsverletzung auch durch ein überwiegendes öffentliches- oder privates Interesse erfolgen kann, soweit die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen nicht widerrechtlich verletzt werden.⁶⁸ Die Einwilligung bedarf laut BDSG weiter der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände⁶⁹ eine andere Form angemessen ist.⁷⁰ Diese Formvorschrift ist dem DSG nicht bekannt.

6.1.2. Die Legitimation der Videoüberwachung

In § 6b BDSG wurde die Videoüberwachung explizit im Gesetz verankert. Unter der Marginalie zu § 6b -Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Geräten- werden die Voraussetzungen zur Legitimation von Massnahmen der Videoüberwachung genannt. Diese Spezifikation i.S.v. § 6b ist dem DSG nicht bekannt. Die Beobachtung durch optisch-elektronische Einrichtungen bezieht sich nach dem BDSG auf öffentlich zugängliche Räume. Öffentlich zugängliche Räume, wie sie § 6b BDSG zugrunde liegen, sind Bereiche innerhalb oder ausserhalb von Gebäuden, die frei oder nach allgemein erfüllbaren Voraussetzungen (z.B. mit Eintrittskarte) betreten werden können.⁷¹ Dementsprechend sind nur dort Videoüberwachungen zulässig, wo sie zur Wahrnehmung des Hausrechts oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich sind und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Weiter wird in diesem Zusammenhang vorausgesetzt, dass geeignete Massnahmen für die Erkennbarkeit getroffen werden. Diese Voraussetzungen müssen allerdings immer im Verhältnis zum Zweck der

⁶⁷ Siehe beispielsweise die Internetseite des Vereins Borussia Dortmund <www.bvb.de>.

⁶⁸ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, Art. 12.

⁶⁹ Eine besondere Form kann bspw. gerade bei Sportgrossveranstaltungen implementiert bzw. angenommen werden. Aufgrund der grossen Nachfrage nach Eintrittskarten, legt der Stadionbetreiber mit dem Abschluss des Vorstellungsbuchungsvertrags einen allgemeinen Hinweis auf die Datenerfassung mittels Kameras usw. bei.

⁷⁰ § 4 Abs. 1 letzter Satz BDSG.

⁷¹ In der Schweiz sind Stadien keine öffentlich zugänglichen Räume, da der Preis eines Tickets als auch die fehlende Verfügungsmacht der Staatsorgane (über das Stadion), ein Hindernis i.S.v. Art. 1 Abs. 3 DSG BS i.V.m. Art. 2 DSG BS darstellt.

Überwachung i.S.v. § 6b Abs. 3 BDSG verstanden werden. Somit ist die Verarbeitung oder Nutzung nur zulässig, wenn sie zum Erreichen des verfolgten Zwecks erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Betroffenen nicht überwiegt. Für einen anderen Zweck dürfen die erhobenen Daten nur verarbeitet oder genutzt werden, wenn sie zur Abwehr von Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit sowie zur Verfolgung von Straftaten erforderlich sind. Können die erhobenen Daten der Videoüberwachungsmassnahmen einer bestimmten Person zugeordnet werden, ist diese über die Verarbeitung oder Nutzung entsprechend § 33 BDSG⁷² zu benachrichtigen. Das Pendant zu § 33 BDSG für die nicht öffentlichen Stellen ist aus § 19a BDSG für die öffentlichen Stellen ersichtlich. Darauf wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

Eine Benachrichtigung i.S.v. § 33 BDSG muss erbracht werden, wenn erstmals personenbezogene Daten für eigene Zwecke ohne Kenntnis des Betroffenen gespeichert werden oder der Betroffene von der Speicherung, der Art der Daten, der Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und der Identität der verantwortlichen Stelle keine Kenntnis hat. Eine Benachrichtigungspflicht kann allerdings wegbedingte werden, wenn der Betroffene auf andere Weise Kenntnis von der Speicherung erlangt hat oder von der Übermittlung von Daten Kenntnis hat. Daten, welche zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen der Betroffenen einer weiteren Speicherung entgegenstehen sind zu löschen.⁷³ Die Fristen zur Löschung von Daten, die der Zweckerreichung nicht mehr entsprechen, sind grundsätzlich die gleichen wie in Art. 21k Abs. 3 VWIS explizit aufgeführt. Auch das BDSG geht in diesem Fall von einer Löschung innerhalb von 24 Stunden bzw. maximal zwei Arbeitstagen aus.⁷⁴

6.1.3. Zulässigkeit der Datenverarbeitung

§ 28 Abs. 1 BDSG regelt die Zulässigkeit der Bearbeitung. Die Datenverarbeitung ist in diesem Sinne zulässig, wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit den Betroffenen dient, oder soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein

⁷² § 33 BDSG findet Anwendung auf nicht-öffentliche Stellen.

⁷³ § 6b Abs. 5 BDSG.

⁷⁴ Komm./BDSG-Bizer N 104 zu § 6b.

Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Weiter ist der Zweck der Bearbeitung genau zu definieren. Für einen anderen Zweck ist die Bearbeitung zulässig, wenn es zur Wahrung berechtigter Interessen Dritter dient oder es zur Abwehr von Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit sowie zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist, was wiederum dem Artikel 4 Abs. 3 und 4 DSGVO entspricht.

In Deutschland wird die Sicherheit in den Stadien, wie in der Schweiz, von privaten Unternehmungen gewährleistet. Nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinien zur Verbesserung der Sicherheit bei Bundesspielen des Deutschen Fussball Bundes (DFB), gehört es zu den Pflichten der Vereine, alle zumutbaren Maßnahmen zu treffen oder auf diese hinzuwirken, die geeignet oder erforderlich sind die Sicherheit bei der Durchführung von Bundesligaspielen, auf der von ihnen genutzten Platzanlage, zu gewährleisten. Die Vereine sind dabei für die Handlungen des von ihnen beauftragten Personals verantwortlich. Wie in der Schweiz unterliegen die privaten Stadionbetreiber auch in Deutschland dem Datenschutzgesetz i.S.v. § 27ff BDSG bzw. Art. 12ff DSGVO und nicht der Interventionslegitimation aus dem Grundgesetz Art. 19 bzw. der Bundesverfassung Art. 36.

6.2. Erkenntnis

Das BDSG legitimiert die Videoüberwachung, wenn sie zur Ausübung des Hausrechts oder eines berechtigten Interesses für konkret festgelegte Zwecke i.S.v. Art. 6b Abs. 1 Ziff 2 und 3 BDSG erfolgt. Sicherheitsteams, welche die Überwachung durchführen, setzen im Auftragsverhältnis für den jeweiligen Stadionbetreiber das Hausrecht gegenüber Dritten (den Zuschauern) durch. Kommt es zu Ausschreitungen im Stadion, dann entstehen dem Eigentümer oft Sachschäden. Darüber hinaus wird er vom DFB für mangelnde Sicherheitsvorkehrungen bussepflichtig. Im Weiteren entsteht ein damit verbundener Imageverlust der sich nicht selten auch auf die Zuschauerzahlen niederschlägt. Jeder Verein hat somit ein ideelles als auch ein wirtschaftliches Interesse an einem reibungslosen Ablauf der Veranstaltung. Das Interesse an einer Überwachungsmassnahme scheint somit gegeben zu sein. Der Betreiber des Stadions bzw. der Beauftragte für die Datenerfassung kann diesbezüglich die Rechte zur optisch-elektronischen Überwachung aus § 6b Abs. 1 Ziff. 3 und 4 BDSG ableiten. Er ist berechtigt, zur Wahrung des Haus-

rechts oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen, für den konkret festgelegten Zweck der Sicherheitsgewährleistung auch weitere Massnahmen der Speicherung und Erfassung in Analogie zur Videoüberwachung anzuwenden. Bei der Legitimationsprüfung bezüglich Eingriffe durch den Staat, ist auf den Katalog in Art. 19 GG bzw. Art. 36 BV zu verweisen.

7. Fazit

Die biometrischen Erkennungsmassnahmen zur Verbrechensbekämpfung im und um Sportstadien können nur teilweise den gesetzlichen Anforderungen gerecht werden. Betrachtet man die aktuelle rechtliche Situation in der Schweiz, so ist festzustellen, dass ein - im Bereich der biometrischen Gesichtserkennung - schwerer Eingriff in die Grundrechte der Individuen, nur mit deren Einwilligung über Art. 13 DSGVO von Privaten durchgeführt werden kann. Für einen legitimen Eingriff der Behörden fehlt eine entsprechend notwendige gesetzliche Grundlage. In der Bundesrepublik Deutschland ist der Gesetzgeber dagegen bereits auf die Problematik eingetreten und hat mit dem § 6b BDSG die Datenerhebung durch Videoüberwachung ins Gesetz aufgenommen. Darauf ist u.a. auch zurückzuführen, dass in unserem Nachbarland derzeit schon in zahlreichen Stadien biometrisch überwacht wird. Somit wird dort der zunehmenden Gewalt bei Sportveranstaltungen entschlossen entgegengetreten. Festzuhalten ist, dass die Delinquents im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen so nicht abgenommen, sondern sich lediglich in untere Ligen oder Nebenschauplätze verlagert hat.

Damit auch von staatlicher Seite der Problematik von Ausschreitungen mittels biometrischer Gesichtserkennung entgegengetreten werden kann, muss der legitimierte Gesetzgeber im ordentlichen Gesetzgebungsprozess ein Gesetz im formellen Sinn als Grundlage für die Erlaubnis staatlicher Intervention erlassen. Von staatlicher Seite gilt es, das öffentliche Interesse als auch die Grundrechte Dritter zu schützen. Mit dem Erlass eines Gesetzes im formellen Sinn, könnte - der noch unübersichtliche Anwendungsbereich von Kantonalem und Eidgenössischem Datenschutzrecht im Zusammenhang mit der Gewährung der Inneren Sicherheit - vereinheitlicht werden. Diese Vereinheitlichung würde m.A. als sinnvoller Versuch der Gesetzesharmonisierung zu werten sein. Somit

könnten in der Zukunft die erhobenen Daten von einem einzigen staatlichen Organ gesammelt, bearbeitet und ausgewertet werden.