

Bird & Bird LLP • Marienstraße 15 • D-60329 Frankfurt

per beA

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Postfach 340148
80098 München

Dr. Simon Assion
Tel.: +49 (0) 69 74222 6236
simon.assion@twobirds.com

Frankfurt, den 12.02.2021

Unser Zeichen: GESFR.0001

In der Verwaltungsstreitsache

Ilsanker

gegen

Stadt Passau

Az.: 5 BV 20.2104

nehmen wir zum gegnerischen Schriftsatz vom 11.01.2021 (nachfolgend „Berufungserwiderung“ bzw. „BE“), hier eingegangen am 15.01.2021, wie folgt Stellung:

Der Berufungskläger ist nach wie vor der Ansicht, dass die ursprüngliche Klage zulässig und begründet ist. Insbesondere ist die Zulässigkeit der Klage nicht aufgrund von bestimmten Regelungen der DSGVO gesperrt (hierzu **2.1**). Die Klage ist begründet, weil die von der Beklagten vorgenommene Videoüberwachung in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig ist. Sie erfüllt nicht die Voraussetzungen von Art. 24 BayDSG, sie wird von Art. 33 BayPAG gesperrt und ist unverhältnismäßig (hierzu **2.2**). Daran vermögen auch die Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufungserwiderung nichts zu ändern.

1. SACHLAGE

In tatsächlicher Hinsicht ist den Ausführungen des Klägers in der Berufungsbegründungsschrift vom 13.10.2020 (nachfolgend „Berufungsbegründung“ bzw. „BB“) nur ein Punkt hinzuzufügen:

Ob die Beklagte mit ihrem Hinweis Recht hat, dass die Konzerthauswiese nicht zum Klostergarten gehört (so BE S. 1 und 2), ist rechtlich nicht relevant. Der Kläger hatte seine Beschreibung in der Berufungsbegründung auf die in erster Instanz vorgelegte Anlage K2 gestützt, die die Beklagte selbst veröffentlicht hat, und wo auf einer Rasenfläche, die laut dieser Anlage nicht mit Kameras überwacht wird, mit Kursivschrift das Wort „Klostergarten“ aufgeschrieben ist. In rechtlicher Hinsicht ist der Punkt indes irrelevant, da sich die Anträge des Klägers ohnehin nur auf den Klostergarten beziehen, soweit er von der Beklagten mit Videokameras überwacht wird.

2. RECHTLICHE AUSFÜHRUNGEN

Die Klage ist sowohl zulässig als auch begründet. Die Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufungserwiderung können daran nichts ändern.

2.1 Zur Zulässigkeit der Klage

Anders als die Beklagte meint (Berufungserwiderung S. 2 ff.), ist die Klage (mit den zuletzt gestellten Anträgen) zulässig.

Weder ist die Klage durch Art. 79 DSGVO gesperrt (hierzu 2.1.1 und 2.1.2), noch durch andere Rechtsbehelfe der DSGVO wie ein Beschwerderecht zur Datenschutzaufsichtsbehörde (hierzu 2.1.3) oder einen vermeintlich vorrangigen Widerspruch (2.1.4).

2.1.1 Art. 79 DSGVO ist nicht anwendbar

Wir hatten in der Berufungsbegründung bereits dargelegt, dass Art. 79 DSGVO, anders als vom VG Regensburg angenommen, nicht zur Unzulässigkeit der Klage führt. Zum einen ist Art. 79 DSGVO wegen Art. 2 Abs. 2 lit. d) DSGVO gar nicht anwendbar, da die

JI-Richtlinie vorrangig ist (dazu BB S. 8). Zum anderen würde Art. 79 DSGVO, selbst wenn er anwendbar wäre, keine Sperrwirkung entfalten (BB S. 9).

Die Beklagte hat hiergegen die nur schwer nachvollziehbare Argumentation eingewendet, der Ausnahmetatbestand des Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO betreffe zwar im *repressiven* Bereich alle Polizei- und Ordnungsbehörden, bei der *präventiven* Verhinderung oder Verhütung von Straftaten aber nur die „Polizei“. Mit „Polizei“ meint die Beklagte offenbar nur die Vollzugspolizei, nicht jedoch die Kommunen als „Sicherheitsbehörden“ und damit Polizeibehörden im weiteren Sinn.

Diese Argumentation ist zum einen schon mit dem eigenen (tatsächlichen) Vortrag der Beklagten nicht vereinbar (dazu 2.1.1.1). Zum anderen ist dieser Argumentation auch aus mehreren Rechtsgründen nicht zu folgen (dazu 2.1.1.2).

2.1.1.1 Tatsächlich: Die Beklagte handelt durchaus zur Verhinderung und Verhütung von „Straftaten“

Die Beklagte argumentiert, trotz der Tatsache, dass sie als Sicherheitsbehörde handele, komme es auf ihre „konkrete Tätigkeit“ an (BE S. 3). Offenbar will sie damit darlegen, ihre rechtliche Aufgabe als Sicherheitsbehörde sei vorliegend nicht relevant, denn im Rahmen ihrer „konkreten Tätigkeit“ sei sie gerade nicht als Sicherheitsbehörde aktiv.

Falls die Beklagte so argumentieren wollte, so stände diese rechtliche Behauptung im Widerspruch zu ihrem Tatsachenvortrag.

1. Die Beklagte selbst beruft sich in ihrer Berufungserwiderung unmittelbar auf ihre Aufgabe als Sicherheitsbehörde, und zwar zur Rechtfertigung der von ihr vorgenommenen Grundrechtseingriffe (BE S. 6).
2. Die Beklagte benennt als Zweck ihrer Videoüberwachung die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten (BE S. 2-3 und 7-8). In Bezug auf die Verfolgung von Straftaten spricht die Beklagte von einem „Nebenzweck“ (BE S. 3 und 10). In Bezug auf Ordnungswidrigkeiten nimmt sie diese Einschränkung nicht vor.
3. Die Speicherdauer der Videoaufnahmen von 72 Stunden begründet die Beklagte mit einem „repressiven Nebenzweck“ der Ermöglichung von

Strafverfolgung (BE S. 10, ähnlich auch auf BE S. 3). Andere Gründe für diese lange Aufbewahrungsdauer nennt sie aber nicht. Zumindest für die Dauer der Aufbewahrung ist der Nebenzweck also offenbar der (einzige) Hauptzweck.

4. Die Beklagte legt als Begründung ihrer Videoüberwachung eine polizeiliche „Vorfallsdokumentation“ vor (Anlage BB1). Diese beschreibt ausschließlich Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Klostergarten. Mit dieser Dokumentation will die Beklagte ihre Videoüberwachung rechtfertigen (BE S. 7 ff.; dazu auch noch unten).

Dass die Beklagte noch andere, über die Strafverfolgung und Gefahrenabwehr hinausgehende Zwecke verfolgt, wird aus ihrem Vortrag nicht erkennbar. Abgesehen von der Verhinderung von „Vandalismus“ nennt die Beklagte für ihre Videoüberwachung überhaupt *keine* weiteren Zwecke. Und auch den von ihr angeführten Vandalismus verfolgt die Beklagte in aller Regel als Ordnungswidrigkeit (z. B. nach § 118 OWiG [sog. Wildpinkeln] oder gem. § 10 der Passauer Grünflächensatzung [z.B. Herumliegenlassen von Abfällen]).

Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass die Videoüberwachung der Beklagten nach ihrem eigenen Tatsachenvortrag ausschließlich Zwecken der Strafverfolgung (wozu auch Bußgeldverfahren zählen) und der Gefahrenabwehr dient.

2.1.1.2 Rechtlich: Art. 2 Abs. 2 lit. d) DSGVO gilt auch für das Handeln der Beklagten

In rechtlicher Hinsicht erkennt die Beklagte außerdem zwei wesentliche Punkte: Zum einen, dass die DSGVO gem. Art. 2 Abs. 2 lit. d) DSGVO auch dann nicht greift, wenn die Datenverarbeitung zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten erfolgt. Zum anderen, dass dieser Ausnahmetatbestand nach der „Zweifelsregel“ des Erwägungsgrundes 12 Satz 1 der JI-Richtlinie bereits dann greift, wenn die Beklagte die Daten erhebt, um erst nachträglich zu prüfen, ob sie Strafverfolgungsmaßnahmen einleitet.

(a) Vorab: Zusammenfassung der Rechtslage

Zunächst sei, angesichts der Tatsache, dass die Beklagte in ihrer Berufungserwiderung ausschließlich Kommentarliteratur zitiert, jedoch nicht das einschlägige Recht, noch einmal auf den Wortlaut der einschlägigen Bestimmung hingewiesen:

„Diese Verordnung findet keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten [...]

*d) durch die **zuständigen** Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit.“¹*

Die Rechtsauffassung der Beklagten (vgl. BE S. 2 f.), die zwischen der Vollzugspolizei und sonstigen „Sicherheitsbehörden“ unterscheiden will, findet somit schon im Wortlaut des einschlägigen Rechts keine Stütze. Art. 2 Abs. 2 lit. d) DSGVO differenziert nicht danach, ob die betreffende Behörde zur uniformierten Vollzugspolizei gehört. Entscheidend ist, ob die handelnde Behörde *zuständig* dafür ist, Aufgaben der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung wahrzunehmen, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit. Umfasst sind also sowohl der präventive als auch der repressive Bereich. Und daran, dass die Beklagte diese Aufgaben wahrnimmt und gerade durch die Videoüberwachung auch verfolgt, kann - auch nach dem Vortrag der Beklagten selbst - kein Zweifel bestehen. Denn sie selbst beruft sich ja genau auf diese Zwecke und rechtfertigt damit die Verhältnismäßigkeit ihrer Videoüberwachung (s.o.).

Die Tatsache, dass die Beklagte im bayerischen Recht nicht als „Polizei“ bezeichnet wird, sondern als „Sicherheitsbehörde“, kann an der Auslegung von autonomem EU-Recht nichts ändern. Die Bezeichnung als Sicherheitsbehörde ändert nichts daran, dass die Beklagte, wenn sie im Rahmen der Gefahrenabwehr und (Ordnungswidrigkeiten-) Strafverfolgung als „Sicherheitsbehörde“ handelt, die Funktion einer Polizeibehörde im materiellen Sinn hat

¹ Hervorhebung nur hier.

(zum materiellen Polizeibegriff statt vieler *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 1-6; *Weber/Köppert*, Polizei- und Sicherheitsrecht in Bayern, Teil 1 Rn. 5).

Und genau mit dieser Funktion begründet die Beklagte ja auch selbst ihre Maßnahmen.

Entscheidend ist für die Anwendbarkeit der JI-Richtlinie, und damit für die Nicht-Anwendbarkeit der DSGVO, dass die Beklagte für Zwecke der Richtlinie, d. h. für die Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, Hoheitsrechte ausübt. So besagt konkret Erwägungsgrund 11 Satz 2 der JI-Richtlinie (RL (EU) 2016/680):

„Diese zuständigen Behörden können nicht nur staatliche Stellen wie die Justizbehörden, die Polizei oder andere Strafverfolgungsbehörden einschließen, sondern auch alle anderen Stellen oder Einrichtungen, denen durch das Recht der Mitgliedstaaten die Ausübung öffentlicher Gewalt und hoheitlicher Befugnisse für die Zwecke dieser Richtlinie übertragen wurde.“

Und daran, dass die Beklagte vorliegend hoheitliche Befugnisse ausübt, besteht kein Zweifel. Sie ist die zuständige Behörde zur Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten, gegen die sie im Passauer Klostergarten vorgehen will (§ 87 Abs. 2, § 88 Abs. 1 Nr. 1 BayZustV), und beruft sich auch genau hierauf zur Rechtfertigung ihrer Videoüberwachung.

Der Vollständigkeit halber sei noch auf Folgendes hingewiesen:

Anders als die Beklagte andeutet, tragen die von ihr zitierten (vgl. BE S. 2 und 3) Kommentierungen von *Bäcker* aus dem Beck'schen Online-Kommentar das von ihr behauptete Auslegungsergebnis nicht.

Bäcker vertritt dort zwar die Ansicht, dass der Anwendungsbereich der JI-Richtlinie grundrechtsschützend eng auszulegen sei, weshalb er *Sonderordnungsbehörden* nicht in den Anwendungsbereich der JI-Richtlinie aufnehmen will, sondern der DSGVO unterfallen lassen möchte

(*Bäcker*, BeckOK DSGVO, Art. 2 Rn. 29).

Allerdings macht *Bäcker* von der von ihm vorgeschlagenen Auslegung auch wieder eine Ausnahme, und zwar dann, wenn die Sonderordnungsbehörde gezielt zur Abwehr und

Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten handelt. Genau diesen Fall will dann auch *Bäcker* wieder der *JI-Richtlinie* zuordnen

(*Bäcker*, BeckOK DSGVO, Art. 2 Rn. 29.1).

Würde das Gericht der von der Beklagten ausführlich zitierten Kommentierung von *Bäcker* folgen, so müsste es folglich – entgegen der Auffassung der Beklagten – die Anwendung der DSGVO ablehnen, da es der Beklagten nach eigener Auskunft ja spezifisch um die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten geht.

Die Beklagte nimmt ihre Videoüberwachung außerdem nicht als Sonderordnungsbehörde vor, sondern als „Sicherheitsbehörde“ und damit als *allgemeine* Ordnungsbehörde mit polizeilichen Aufgaben und Befugnissen (vgl. Teil II des BayLStVG). Zu allgemeinen Ordnungsbehörden äußert sich *Bäcker* aber gar nicht, abgesehen von der Aussage, dass die „allgemeine Gefahrenabwehr“ seiner Ansicht nach der *JI-Richtlinie* unterfällt

(*Bäcker*, BeckOK DSGVO, Art. 2 Rn. 29.1, unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 12 der *JI-RL*).

(b) Auch Ordnungswidrigkeiten sind „Straftaten“ i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO

Soweit die Beklagte andeuten will, die Verfolgung und Abschreckung von Ordnungswidrigkeiten sei nicht der *JI-Richtlinie* zuzuordnen, so weisen wir darauf hin, dass der Begriff „Straftat“ i. S. d. Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO autonom unionsrechtlich auszulegen ist

(so ausdrücklich Erwägungsgrund 13 der *JI-Richtlinie* [RL (EU) 2016/680]).

Der Begriff „Straftat“ in diesem Sinn umfasst deshalb auch die Ordnungswidrigkeiten im deutschen Recht.

In der Literatur ist dies, soweit ersichtlich, unstrittig

(vgl. nur BeckOK DatenschutzR/*Bäcker* DS-GVO Art. 2 Rn. 25a; Kühling/Buchner/*Kühling/Raab* DS-GVO Art. 2 Rn. 29; Taeger/Gabel/*Schmidt* DS-GVO Art. 2 Rn. 22-23).

Im Ergebnis heißt dies, dass die Ausführungen der Beklagten, laut denen sie die Videoüberwachung zur Abschreckung und Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten vornimmt (so zuletzt BE S. 2 und 3) rechtlich genau das Gegenteil dessen belegen, was sie eigentlich herleiten will. Denn gerade auch eine Datenverarbeitung zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten begründet die Anwendbarkeit der JI-Richtlinie und damit die Nicht-Anwendbarkeit der DSGVO.

(c) Auch „Sekundärzwecke“ eröffnen den Anwendungsbereich der JI-Richtlinie

Und selbst wenn man entgegen der autonom unionsrechtlichen Auslegung nur auf materiellrechtliche Straftaten (d.h. Straftaten i. S. d. StGB) abstellen würde, so käme die DSGVO dennoch nicht zur Anwendung, denn die Beklagte verfolgt auch die Verfolgung solcher Straftaten als „Nebenzweck“ (so BE S. 3 und 10 – zur Glaubwürdigkeit dieser Aussage noch unten).

Nach Erwägungsgrund 12 Satz 1 der JI-Richtlinie ist im Wege einer Zweifelsregel auch solches staatliche Handeln dem Anwendungsbereich der JI-Richtlinie – und somit dem Ausnahmetatbestand des Art. 2 Abs. 2 lit. d) DSGVO – zuzurechnen, bei dem anfangs noch nicht bekannt ist, ob eine Straftat vorliegt oder nicht:

*„Die Tätigkeiten der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden sind hauptsächlich auf die Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten ausgerichtet, **dazu zählen auch polizeiliche Tätigkeiten in Fällen, in denen nicht von vornherein bekannt ist, ob es sich um Straftaten handelt oder nicht.** Solche Tätigkeiten können ferner die Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Ergreifung von Zwangsmitteln umfassen, wie polizeiliche Tätigkeiten bei Demonstrationen, großen Sportveranstaltungen und Ausschreitungen. Sie umfassen auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung als Aufgabe, die der Polizei oder anderen Strafverfolgungsbehörden übertragen wurde, soweit dies zum Zweck des Schutzes vor und der Abwehr von Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit und Bedrohungen für durch Rechtsvorschriften geschützte grundlegende*

Interessen der Gesellschaft, die zu einer Straftat führen können, erforderlich ist. [...]“²

Liegen noch keine zwingenden Hinweise auf eine Straftat vor, wird die handelnde Behörde trotzdem bereits zur Klärung der Frage tätig, ob sie eine Strafverfolgung einleiten will. Die mit dieser Klärung zusammenhängende Datenverarbeitung wiederum unterfällt dann der JI-Richtlinie und damit nicht der DSGVO.

Vorliegend begründet die Beklagte insbesondere die Speicherdauer von 72 Stunden damit, dass sie nach Datenerhebung noch entscheiden müsse, ob sie das Videomaterial zur Strafverfolgung an die Passauer Polizei weitergebe (BE S. 9 f.). Andere Gründe für diese lange Aufbewahrungsdauer nennt sie allerdings nicht. Demzufolge dient zumindest die Speicherung des Videomaterials für die Dauer von 72 *ausschließlich* der Klärung der Frage, ob ein Strafverfolgungsverfahren eingeleitet werden soll, und ist auch kein „Nebenzweck“.

Selbst wenn es nur um einen Nebenzweck ginge, greift jedoch der Zweifelsgrundsatz von Erwägungsgrund 12 der JI-Richtlinie

(vgl. hierzu auch *Bäcker*, BeckOK DatenschutzR/Bäcker DS-GVO Art. 2, Rn. 26).

Somit führt bereits allein die Tatsache, dass die Beklagte die Strafverfolgung (i. S. des materiellen Strafrechts) als „Nebenzweck“ verfolgt, zur Anwendung der DSGVO und damit der Nicht-Anwendung der JI-Richtlinie.

2.1.2 Art. 79 hat keine Sperrwirkung

Selbst wenn der Senat der Ansicht folgen würde, dass Art. 79 DSGVO anwendbar wäre, so käme diesem außerdem die „Sperrwirkung“, die die Beklagte ihm zumessen will, nicht zu.

Die Beklagte meint, der Kläger begehre eine vollständige Einstellung der Videoüberwachung im Klostergarten und leitet daraus ab, ein solcher Rechtsschutz sei

² Hervorhebung nur hier.

von Art. 79 DSGVO gesperrt (BE S. 4). Hierbei missversteht sie allerdings gewollt den Klageantrag zu 1).

Dieser Antrag war zwar zugegeben erstinstanzlich missverständlich gestellt worden. Allerdings ist er sachdienlich auszulegen (§ 88 VwGO)

(so zutreffend auch *Halder/Walker* in ihrer Entscheidungsanmerkung in ZD 2020, 601, 606).

Eine sachdienliche Auslegung sollte angesichts des Prozessvortrags auch nicht schwerfallen. Dem Kläger geht es selbstverständlich darum, *selbst* nicht gefilmt zu werden, wenn er sich im Klostergarten aufhält oder diesen durchquert (so BB S. 2 sowie bereits der erstinstanzliche Vortrag).

Dem Gericht wird anheimgestellt, den Antrag zu 1) wie folgt sachdienlich auszulegen und entsprechend umstellen:

„[...] die Beklagte zu verurteilen,

1) die Beobachtung des Klägers im Passauer Klostergarten mittels Bildübertragung sowie Aufzeichnung der Bilder zu unterlassen“.

Sollte das Gericht eine solche sachdienliche Auslegung des Antrags ablehnen, so wäre ihm in der oben genannten Fassung zumindest als Minus zum gestellten Antrag stattzugeben

(so auch *Halder/Walker* in ihrer Entscheidungsanmerkung in ZD 2020, 601, 606).

Der zu Beginn des Berufungsverfahrens gestellte Antrag zu 2) stellt ohnehin bereits auf die subjektive Rechtsposition des Klägers ab und muss nicht geändert werden.

Anders als die Beklagte behauptet (BE S. 4) macht der Kläger somit keinen „Jedermann-Rechtsbehelf“ geltend, insbesondere keine Popularklage. Er ist selbst – und zwar durchaus intensiv – von der Videoüberwachung betroffen. Die Videoüberwachung im Passauer Klostergarten ist somit ein Grundrechtseingriff in das subjektive Datenschutzgrundrecht des Klägers (Art. 8 EU-GrCh), weshalb der Kläger

im Rahmen der Rechtsschutzgarantie des Art. 47 EU-GrCh das Recht hat, hiergegen einen gerichtlichen Rechtsbehelf einzulegen.

Der Streit spielt auf Ebene des Europarechts, weshalb die Regelungen im GG nicht unmittelbar einschlägig sind. Der Sache nach besagt Art. 47 EU-GrCh aber nichts anderes als Art. 19 Abs. 4 GG. Der Kläger hat ein Grundrecht, sich gegen jeden hoheitlichen Eingriff in seine Rechte vor Gericht wehren zu können.

2.1.3 Art. 77 DSGVO hat keine Sperrwirkung

Die Beklagte liegt zudem falsch in der Annahme, dem Kläger stünde für sein Begehren lediglich die nach Art. 77 DSGVO mögliche Beschwerde bei einer Datenschutzbehörde zur Verfügung (von der Beklagten falsch eingeordnet unter Art. 78 DSGVO, vgl. BE S. 4).

Die DSGVO bietet einem Betroffenen mehrere Optionen, gegen staatliche Eingriffe in sein Datenschutz(grund)recht vorzugehen. Er kann Betroffenenrechte geltend machen (z. B. vorliegend den Widerspruch, Art. 21 DSGVO), er kann eine Beschwerde zur Datenschutzbehörde erheben (Art. 77 DSGVO) oder selbst unmittelbar Rechtsschutz vor Gericht suchen (Art. 79 DSGVO). Diese drei Optionen stehen in der DSGVO zueinander nicht in einem Exklusivitätsverhältnis und sind auch nicht stufenförmig hintereinandergeschaltet. Sie sind einfach verschiedene Optionen für einen Betroffenen, seine Interessen zu verfolgen

(zum Rechtsbehelfssystem der DSGVO statt vieler *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 8).

Mit seiner Auffassung, dass Art. 77 DSGVO Sperrwirkung gegenüber gerichtlichen Rechtsbehelfen entfalten könnte, steht die Entscheidung des VG Regensburg auch weitgehend allein

(gegen eine „Sperrwirkung“ von Art. 77 DSGVO die ganz h.M.; vgl. nur BeckOK DatenschutzR/*Mundil* DS-GVO Art. 79 Rn. 14; *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 79 Rn. 15 und 78 Rn. 10; *Ehmann/Selmayr/Nemitz*, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 79 Rn. 2).

Die Entscheidung des VG Regensburg ist deshalb in der Literatur mittlerweile mehrfach und durchweg ablehnend besprochen worden

(Heine, GRUR-Prax 2020, 488; Herbrich, jurisPR-ITR 19/2020 Anm. 5, Teil C; Halder/Walker, ZD 2020, 601, 606; Paal/Pauly/Martini, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 79 Rn. 31b).

Wie bereits ausgeführt (BB S. 10) wäre jede andere Auslegung von Art. 79 DSGVO auch ihrerseits primärrechtswidrig.

2.1.4 Art. 21 DSGVO hat keine Sperrwirkung

Zu der Frage, ob der Kläger vorab hätte Widerspruch i.S.d. Art. 21 DSGVO erheben müssen, führen wir nur kurz aus, weil der Kläger mit der Berufungsbegründung vom 13.10.2020 einen solchen Widerspruch höchst vorsorglich eingelegt (BB S. 11) und die Beklagte ihn mit Berufungserwiderung vom 13.01.2021 (BE S. 4 f.) zumindest konkludent abgelehnt hat.

Selbst wenn man die Rechtsausführungen der Beklagten nicht als konkludente Ablehnung des Widerspruchs interpretieren würde, so hätte sie dem Widerspruch jedenfalls nicht innerhalb der Monatsfrist des Art. 12 Abs. 3 DSGVO abgeholfen, so dass ein „Fehlen“ eines Widerspruchs spätestens jetzt kein Grund mehr sein kann, die Zulässigkeit der Klage abzulehnen.

Ob die Ablehnung des Widerspruchs bzw. dessen Nichtabhilfe durch die Beklagte begründet war, ist nicht Gegenstand der hiesigen Berufung. Der Kläger macht, wie bereits dargelegt (BB S. 11) gerichtlich gerade nicht sein Betroffenenrecht i. S. d. Art. 21 DSGVO geltend, sondern unmittelbar einen gerichtlichen Rechtsbehelf i. S. d. Art. 79 DSGVO. Da die beiden Rechtsbehelfe zueinander nicht in einem Stufenverhältnis stehen, ist sowohl das „ob“ eines Widerspruchs als auch dessen Bescheidung durch die Beklagte für dieses Verfahren nicht relevant.

Nebenbei sei indes angemerkt, dass die Begründung, mit der die Beklagte den Widerspruch ablehnt, so nicht haltbar ist. Der Kläger hat durchaus besondere in seiner Person liegende Gründe angegeben, er hat nämlich dargelegt, dass er sich regelmäßig im Klostergarten aufhält und dabei nicht gefilmt werden möchte (BB S. 2 und S. 24 f.

sowie der erstinstanzliche Vortrag, vgl. nur. S. 2 und S. 7 der Klageschrift vom 13.06.2019 [Gerichtsakte S. 5 und 10]).

Zum anderen widerspricht die Beklagte mit ihrer Rechtsauffassung bemerkenswerter Weise auch der Entscheidung des VG Regensburg, die sie ja eigentlich verteidigt. Die Beklagte argumentiert – an dieser Stelle durchaus im Einklang mit der h. M. in der Literatur – dass ein Widerspruch i. S. d. Art. 21 DSGVO nur dann begründet ist, wenn die Datenverarbeitung aus *besonderen* Gründen unterbleiben muss, die speziell in der Person des Widersprechenden liegen (BE S. 5).

Wenn dieser Auffassung zu folgen wäre, dann hätte ein Widerspruch aber nicht denselben Anspruchsinhalt wie der allgemeine Unterlassungsanspruch, den der Kläger mit seinem Antrag zu 1) vorliegend geltend macht. Denn der Kläger könnte dann mit dem Widerspruch nicht rügen, dass eine Datenverarbeitung „einfach nur“ gegenüber jedermann rechtswidrig ist, d.h. auch dem Kläger. Der Widerspruch könnte dann nicht die vom VG Regensburg angenommene Sperr-, bzw. Vorrangwirkung entfalten (vgl. die erstinstanzliche Entscheidung, S. 23 der Ausfertigung).

Die Sperrwirkung, die das VG Regensburg im Widerspruch erkennen wollte, wäre dann für solche gegenüber jedermann rechtswidrigen Datenverarbeitungen dann nicht gegeben

(so zutreffend *Halder/Walker*, ZD 2020, 601, 606).

Zuletzt sei angemerkt, dass der Kläger auch einen Anspruch auf Löschung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten gem. Art. 17 DSGVO geltend gemacht hat (BB S. 12). Dieser Löschungsanspruch ist begründet, wenn die Daten unrechtmäßig verarbeitet wurden, auch ohne, dass es der Darlegung „besonderer Gründe“ bedarf (Art. 17 Abs. 1 lit. d DSGVO). Die Beklagte hat dieses Betroffenenrecht offenbar übersehen, jedenfalls verhält sie sich nicht dazu und hat diesem Anspruch auch nicht abgeholfen.

Zusammengefasst ist damit festzuhalten:

- Die datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte, insbesondere der Widerspruch gem. Art. 21 DSGVO, entfalten keine Sperrwirkung gegenüber einem gerichtlich geltend gemachten Unterlassungsanspruch.

- Selbst wenn dies anders wäre: Der Kläger macht vorsichtshalber unter Ziffer 2) auch einen Feststellungsanspruch geltend.
- Selbst wenn dies anders wäre: Eine Sperrwirkung ist jedenfalls dadurch weggefallen, dass der Kläger einen Widerspruch erhoben und die Beklagte ihn konkludent abgelehnt hat; jedenfalls hat sie ihm nicht innerhalb der in der DSGVO vorgeschriebenen Monatsfrist abgeholfen.

2.2 Zur Begründetheit der Klage

Die erstinstanzliche Entscheidung ist außerdem auch deshalb rechtsfehlerhaft und aufzuheben, weil sie den Antrag des Klägers zu Unrecht als unbegründet abgelehnt hat. Die (nunmehr zwei) Anträge des Klägers sind begründet, denn die Beklagte kann ihre Videoüberwachung nicht auf den – grundsätzlich auch im Anwendungsbereich der JI-RL anwendbaren – Art. 24 BayDSG stützen (dazu bereits BB S. 13 ff.). Die Ausführungen der Beklagten können daran nichts ändern.

Im Einzelnen:

2.2.1 Kein Hausrecht

Anders als die Beklagte meint, kann sie innerhalb einer öffentlichen Parkanlage kein Hausrecht ausüben (so BE S. 6 f.).

Dass ein Hausrecht, wie von der Beklagten angeführt, grundsätzlich zur Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen genutzt werden kann und dabei auch Sachbeschädigungen, Diebstähle, etc. vermeiden soll (BE S. 7), ist durchaus richtig. Dies ist aber auch nicht der Rechtsgrund, warum sie ihre Videoüberwachung vorliegend nicht auf ein Hausrecht stützen kann. Vielmehr fehlt es vorliegend für ein Hausrecht sprichwörtlich an einem „Haus“, d. h. einem abgegrenzten und befriedetem Raum, innerhalb dessen die Beklagte zivilrechtlichen Eigentumsschutz ausüben könnte (ausführlich bereits BB S. 14).

Diesem Punkt hält die Beklagte lediglich entgegen, durch ihre Grünflächenverordnung (gemeint ist wohl die Grünflächensatzung) habe sie den Klostergarten für eine „besondere Zweckbestimmung“ gewidmet, die sie dann wiederum mithilfe des Hausrechts durchsetzen könne (BE S. 6 f.).

Eine öffentliche „Zweckbestimmung“ kann indes nichts daran ändern, dass das zivilrechtlich hergeleitete Hausrecht nur innerhalb umgrenzter Räume durchgesetzt werden kann, und nicht in der Öffentlichkeit (hierzu bereits BB S. 14 ff.).

Zu diesem Punkt erwidert die Beklagte nichts, offenbar aus Mangel an Argumenten. Deshalb nur noch einmal in aller Kürze:

Das zivilrechtliche Hausrecht ist kein öffentlich-rechtliches Rechtsinstrument, das eine Behörde auf jeder öffentlichen Verkehrsfläche nutzen kann, die sie in irgendeiner Weise „gewidmet“ hat. Es kommt lediglich dort zur Anwendung, wo die öffentliche Hand wie ein zivilrechtlicher Eigentümer einen befriedeten Raum kontrolliert, und auch dort (als Teil des Verwaltungsprivatrechts) nur im Rahmen der spezifischen öffentlich-rechtlichen Bindungen (siehe BB S. 14 f. mit Hinweisen zur Rechtsprechung und Literatur). Aus dem Hausrecht lässt sich keine Befugnis der Beklagten zur Überwachung eines öffentlichen und gerade nicht abgegrenzten Stadtparks ableiten.

Der von der Beklagten in Fußnote 17 ihrer Berufungserwidernng (BE S. 17) zitierte Aufsatz befasst sich passenderweise auch nur mit dem Hausrecht in Bürohäusern.

2.2.2 Keine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

Auch die zweite Tatbestandsalternative, nämlich die „Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“, ist vorliegend nicht erfüllt.

Der Kläger hatte in der Berufungsbegründung dargelegt, dass die Beklagte ihre Aufgaben überstrapaziert, wenn sie ihre Videoüberwachung auf ihre Rolle als „Sicherheitsbehörde“ stützt, und somit auf Gründe, die in der allgemeinen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung (inkl. der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten) liegen. Denn für eine offene Videoüberwachung ganzer Flächen im öffentlichen Raum, die der Vorbeugung und Verfolgungsvorsorge von Straftaten sowie der allgemeinen Gefahrenabwehr dient, ist nach Art. 33 BayPAG nur die Vollzugspolizei zuständig. Art. 33 BayPAG entfaltet aus grundrechtsschützenden Gründen Sperrwirkung gegenüber derartigen kommunalen Videoüberwachungen; die Kommunen dürfen nach Art. 24 BayDSG nur „punktuell“ überwachen und dabei auch keine Zwecke als „Sicherheitsbehörden“ verfolgen (im Einzelnen BB S. 15 ff. unter Bezugnahme auf die gleichlautende Rechtsauffassung des Bayerischen Datenschutzbeauftragten).

Die Beklagte führt hiergegen an, sie sei vorliegend nicht „repressiv als Sicherheitsbehörde“ tätig, sondern „mit präventiver Absicht“ (BE S. 7).

Wieso die Beklagte hieraus ableiten will, dass die Sperrwirkung von Art. 33 BayPAG nicht greifen soll, ist nicht nachvollziehbar. Art. 33 BayPAG erfasst gerade auch die aus *präventiven* Gründen (d. h. der Gefahrenabwehr) durchgeführte Videoüberwachung. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift. Gerade in diesem Bereich entfaltet Art. 33 BayPAG demzufolge Sperrwirkung.

Diese Sperrwirkung ergibt sich aus verfassungsrechtlichen Gründen, und zwar unabhängig davon, ob die Videoüberwachung von der Beklagten „präventiv“ oder „repressiv“ begründet wird (wobei die beiden Kategorien bei der Beklagten, die auch zuständige Bußgeldbehörde ist, ohnehin ineinander übergehen). Der Grund für die Sperrwirkung liegt darin, dass die Beklagte vorliegend einen ca. 7.500 Quadratmeter großen öffentlichen Platz überwacht, und zwar einschließlich der vielen tausend täglich durchlaufenden Passanten.

Für eine solche großangelegte Flächenüberwachung im öffentlichen Raum hat das BVerfG angenommen, dass sie einen schwerwiegenden und massenhaften Grundrechtseingriff darstellt und deshalb spezifischen grundrechtsschützenden Bestimmungen unterliegen muss, die sich aus einer normenklaren Regelung ergeben müssen

(BVerfG, Kammerbeschluss vom 23. 2. 2007 - 1 BvR 2368/06).

Das BVerfG hat in dieser Entscheidung angemerkt, dass für eine Videoüberwachung ein hinreichender Anlass bestehen muss und die Überwachung sowie Aufzeichnung insbesondere in räumlicher und zeitlicher Hinsicht und im Hinblick auf die Möglichkeit der Auswertung der Daten das Übermaßverbot wahren muss

(BVerfG, Beschluss vom 23. 2. 2007 - 1 BvR 2368/06, Rn. 37 ff. – juris).

Genau diesen Maßstab wahrt Art. 33 BayPAG, und genau hieran fehlt es, wenn die Beklagte eine über 7.500 qm große Verkehrsfläche überwacht, einschließlich ihrer vielen tausend täglichen Benutzer, und dies gerade mit Gründen der allgemeinen Gefahrenabwehr sowie der Strafverfolgungsvorsorge begründet. Eine solche

Videoüberwachung kann als schwerwiegender Grundrechtseingriff nur unter den grundrechtsschützenden Voraussetzungen des Art. 33 BayPAG zulässig sein.

Die Sperrwirkung von Art. 33 BayPAG wird von der Beklagten in ihrer Berufungserwiderung nicht thematisiert. Deshalb sei nur kurz darauf hingewiesen, dass die Beklagte selbst ihre Videoüberwachung – und damit die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe – mit Gründen rechtfertigt, die polizeiliche Aufgaben betreffen:

- Laut den (insoweit unstrittigen) Feststellungen der erstinstanzlichen Entscheidung des VG Regensburg beruht die Einrichtung der Videoüberwachung auf einer Empfehlung der Polizeiinspektion Passau (Urteilsausfertigung S. 2 ff.).
- Sowohl der Passauer Polizeipräsident als auch ein Stadtverordneter der Beklagten werden in den Medien mit Aussagen zitiert, die offenkundig machen, dass es der Beklagten um die Umgehung der datenschutzrechtlichen Bindungen des Art. 33 BayPAG geht (vgl. BB S. 3 und Anlage BK 1).
- Laut § 3 Abs. 1 des von der Beklagten auf ihrer Webseite veröffentlichten³ Dokuments „Grundlagen der Nutzung der Videoüberwachungsanlage im Klostergarten“ (erstinstanzlich bereits vorgelegt als Anlage K11), ist das Ziel der Videoüberwachung die „Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne des Art. 6 LStVG“. Die Videoüberwachung solle „als präventive Maßnahme potenzielle Täter abschrecken und so Straftaten (z. B. Körperverletzungsdelikte, Eigentumsdelikte, Rauschgiftdelikte) verhindern“ sowie Ordnungswidrigkeiten verhindern und potenzielle Täter von Sachbeschädigungen und Vandalismus abhalten.
- In dem gleichfalls auf der Webseite der Beklagten veröffentlichten Dokument „Prüfungsschema zur Videobeobachtung und Videoaufzeichnung gem. Art. 24 BayDSG“ (dort Ziffer 3) verweist die Beklagte als Begründung ihrer Maßnahme auf „die Begehung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten in

³ <https://www.passau.de/Rathaus-Politik/VideoueberwachungKlostergarten.aspx>.

diesem Bereich“ sowie „Vandalismus“ und eine „effektive Strafverfolgung bzw. Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten“.

- In ihrem schriftsätzlichen Vortrag stützt sich die Beklagte nunmehr auf eine polizeiliche Vorfalldokumentation, die ausschließlich (allerdings überschaubare) Ordnungswidrigkeiten und Straftaten im Klostergarten beschreibt (BB1). Mit diesen polizeilichen Erwägungen will die Beklagte die Verhältnismäßigkeit ihrer Videoüberwachung rechtfertigen (BE S. 7 ff.)
- Auch in der ersten Instanz hat die Beklagte ausgeführt, die Videoüberwachung diene der „Verhinderung von Straftaten“. Die Aufzeichnung der Videobilder führe zur „Erhöhung der Effektivität der Abschreckung, weil der potenzielle Täter damit rechnen muss, dass seine Tat aufgezeichnet wird und die Aufzeichnung nicht nur für seine Identifizierung, sondern auch als Beweismittel in einem Strafverfahren zur Verfügung stehen wird“ (Klageerwiderung vom 01.08.2019, S. 9 [Gerichtsakte S. 69]).

Insgesamt liegt somit ein Fall vor, der in Bezug auf die Intensität und Menge der mit der Videoüberwachung einhergehenden Grundrechtseingriffe hinter einer polizeilichen Videoüberwachung nicht zurückbleibt. Nur eben, dass die Videoüberwachung vorliegend nicht von der Vollzugspolizei durchgeführt wird und nach dem Verhältnismäßigkeitsmaßstab von Art. 33 BayPAG auch gar nicht zulässig wäre (vgl. dazu die Äußerung des Passauer Polizeipräsidenten in Anlage BK 1).

2.2.3 Keine öffentliche Einrichtung

Wie bereits in der Berufungsschrift ausgeführt, stellt der Passauer Klostergarten außerdem auch keine „öffentliche Einrichtung“ im Sinne des Art. 24 BayDSG dar.

Die Beklagte tritt diesem Punkt in ihrer Berufungserwiderung ausführlich entgegen und verweist darauf, der Klostergarten sei eine „Grünfläche mit besonderer Zweckbestimmung“, die von ihr unterhalten werde und der städtischen Grünflächensatzung unterliege (BE S. 5 f.). Der Klostergarten sei nicht Teil des öffentlichen Straßenraums und stehe nicht im Allgemeingebrauch (BE S. 6). Er sei umgrenzt durch „Rasenflächen, Bäume und Beete“ sowie „durch die öffentlichen Straßen“ (BE S. 6). Er diene der Naherholung der Bürger sowie Veranstaltungen

diverser Art, wie z. B. eines Wochenmarktes und sei „nicht nur zum Durchqueren“ gedacht (BE S. 6).

Würde man dieser Einschätzung der Beklagten folgen, so könnten Kommunen auf Basis von Art. 24 BayDSG auch jeden Marktplatz und jede Fußgängerzone flächendeckend videoüberwachen. Denn auch diese Orte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie einer besonderen Zweckbestimmung dienen, dass sich dort täglich viele Tausend Menschen aufhalten, dass sie von Straßen umgrenzt werden und sich darauf (manchmal) Bäume, Rasenflächen und Blumenbeete befinden. Auch auf Marktplätzen und in Fußgängerzonen finden Wochenmärkte statt.

In der Tat argumentiert die Beklagte, sie könne auf Basis von Art. 24 BayDSG sogar öffentliche Straßen überwachen, da es sich hierbei um „sonstige bauliche Anlagen“ i. S. d. Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 BayDSG handele. Unter einer baulichen Anlage sei gem. Art. 2 Abs. 1 Satz 1 BayBO auch eine öffentliche Straße zu verstehen (BE S. 6).

Die Tatsache, dass der Begriff der baulichen Anlage auch im bayerischen Bauordnungsrecht verwendet wird, kann allerdings nicht maßgeblich für eine datenschutzrechtlich geprägte Auslegung des Art. 24 BayDSG sein. Der Schutzzweck von Art. 24 BayDSG ist ein gänzlich anderer. Im bayerischen Bauordnungsrecht geht es um Bausicherheit; im BayDSG um die grundrechtsschützende Eingrenzung staatlicher Datenverarbeitungsbefugnisse, kurz: um die Verwirklichung des Datenschutzgrundrechts im einfachen Recht.

Die Beklagte meint, unter einer „baulichen Anlage“ i. S. d. Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 BayDSG sei entsprechend der Definition in Art. 2 Abs. 1 Satz 1 BayBO jede „mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlage“ zu verstehen (BE S. 6).

Würde der Art. 24 BayDSG so ausgelegt, wäre dann in der Tat jede beliebige Straße überwachbar, solange sie nur aus Asphalt, Beton oder Steinen besteht.

Dies entspricht aber weder der verfassungsrechtlichen Zielbestimmung von Art. 24 BayDSG, noch der Intention des historischen Gesetzgebers.

Wie oben dargelegt muss Art. 24 BayDSG, wenn er nicht verfassungswidrig sein soll, so ausgelegt werden, dass von ihm eine grundrechtsschützend beschränkende Wirkung ausgeht

(erneut: BVerfG, Beschluss vom 23. 2. 2007 - 1 BvR 2368/06).

Und auch der Gesetzgeber des BayDSG hatte offensichtlich nicht die Überwachung von öffentlichen Verkehrsflächen im Blick, wenn er in der Gesetzesbegründung als Beispiele für „überwachbare“ Anlagen Wertstoffhöfe und Containerstandorte nennt (vgl. BB S. 18).

Sowohl aus historischen als auch aus teleologischen Gründen muss Art. 24 BayDSG deshalb so ausgelegt werden, dass er eben nur eine *punktueller* Überwachung öffentlicher Einrichtungen ermöglicht – aber eben nicht die Überwachung einer ca. 7.500 qm großen Verkehrsfläche, die dem Gemeingebrauch gewidmet ist. Der Klostergarten wird von mehreren tausend Menschen täglich als Durchgangsweg genutzt, insbesondere zur Universität, und ist insofern vergleichbar mit einer Fußgängerzone.

Beweis: Inaugenscheinnahme

2.2.4 Keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen / Verhältnismäßigkeit

Zur Intensität der Überwachung hat der Kläger in der Berufungsbegründung ausführlich vorgetragen; insbesondere zur lückenlosen Erfassung der gesamten Parkanlage, einschließlich der dort stattfindenden Freizeitaktivitäten, und den mit dem Einsatz sog. Dome-Kameras verbundenen Einschüchterungseffekten (BB S. 2 ff. und S. 19 ff.).

Offenbar um dies zu widerlegen, legt die Beklagte nunmehr als Anlage BB1 eine aktualisierte polizeiliche Vorfalldokumentation vor (BE S. 8).

An dieser Vorfalldokumentation ist zunächst bemerkenswert, dass diese nicht von der Beklagten erstellt wurde, sondern von der Polizeiinspektion Passau. Der Kläger hat bereits darauf hingewiesen, dass auf diese Weise die Beklagte ihre Videoüberwachung ausschließlich mit Erwägungen der Polizei rechtfertigt, die allerdings ihrerseits nach Art. 33 BayPAG selbst keine Videoüberwachung durchführen dürfte (s.o.).

Im Übrigen ist diese Vorfalldokumentation ein Offenbarungseid. Sie belegt nicht die Verhältnismäßigkeit der Videoüberwachung, sondern deren Unverhältnismäßigkeit.

- Über den Zeitraum von 11 Monaten stellt die Polizeiinspektion 114 „Ereignisse“ fest.
- Dies entspricht einem einzigen „Ereignis“ an ca. jedem dritten Tag – auf einer Fläche von ca. 7.500 qm und mehreren Tausend Besuchern täglich.
- Weit über die Hälfte dieser von der Polizeiinspektion festgestellten Ereignisse betraf reine Ordnungswidrigkeiten (Zitat: „Alkoholkonsum, BayIfSMV“).
- Offenbar zählt die Polizeiinspektion als „Ereignis“ auch Vorfälle, die mit einer Gefährlichkeit des Klostersgartens nicht zu tun haben - konkret nennt sie z.B. „Fund- und Verlustmeldungen“. Ebenfalls mitgezählt hat sie Vorfälle, von denen gar keine Gefahr für Dritte ausgeht (z. B. Alkoholkonsum).
- Die Vorfalldokumentation sagt (ohne konkrete Angaben zu machen), dass die Zahlen im Vergleich zum Vorjahr sogar gestiegen seien –schreibt dies allerdings einem „erhöhten Demonstrationsaufkommen“ im Klostersgarten zu. Während Demonstrationen sind die Kameras jedoch abgedeckt. Mit Vorfällen während Demonstrationen lässt sich eine Videoüberwachung somit nicht begründen.
- Die Vorfalldokumentation macht keine Angaben dazu, welche (bzw. wie viele) der „Ereignisse“ während der Demonstrationen stattgefunden haben. Allein die auf S. 2 der Vorfalldokumentation aufgeführte Liste der Vorfälle zeigt aber, dass etliche der Ereignisse mit den Zwecken, mit denen die Beklagte ihre Videoüberwachung begründet, nicht in Zusammenhang stehen. Offenbar hat ein erheblicher Teil der festgestellten „Ereignisse“ mit Demonstrationen von „Corona-Gegnern“ zu tun, die 2020 im Klostersgarten stattgefunden haben. Das zeigen auch die festgestellten Delikte, z. B. Verstöße gegen versamlungs- oder infektionsschutzrechtliche Vorschriften oder die Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen. Während Demonstrationen ist die Videoüberwachung aber gerade deaktiviert, sie kann mit solchen Vorfällen also nicht gerechtfertigt werden.
- In nur fünf Fällen im Zeitraum von 11 Monaten wurden die Videoaufzeichnungen tatsächlich ausgewertet. Einer dieser Fälle betraf einen

Verkehrsunfall neben (!) dem Klostergarten (Fall 1), ein zweiter ein Raubdelikt, erneut nicht im Klostergarten sondern „am Rande des Videobildes“ (Fall 2). Ein weiterer Fall betraf den Diebstahl eines vergessenen Handys (Fall 4), ein weiterer den (misslungenen) Versuch eines Bürgers, eine geringe Menge Marihuana in den Inn zu werfen (Fall 5). Als einzigen Fall, der auch nur annähernd eine „Allgemeingefährlichkeit“ des Klostergartens belegen könnte, verweist die Vorfallsdokumentation auf eine Schlägerei im Juli 2020 zwischen 6 Personen mit einhergehendem Diebstahl eines Rucksacks (Fall 3).

- Von allen vorgenannten 114 Vorfällen fanden offenbar nur zwei in den mit „B“ bezeichneten Planquadraten statt. Die Vorfallsdokumentation behauptet zwar, in „Einzelfällen“ seien diese Planquadrate „tangiert“ worden, geht jedoch nicht weiter ins Detail.

Zusammengefasst lässt sich aus der Vorfallsdokumentation also ableiten, dass es sich beim Klostergarten offenbar um einen außerordentlich sicheren Ort handelt, an dem sich trotz vieler Tausend Besucher täglich die „Vorfälle“ auf ein Minimum beschränken.

Insgesamt belegt die Vorfallsdokumentation einen Gefahrenschwerpunkt im Klostergarten also nicht, sondern eher das Gegenteil. Es liegen keine Anhaltspunkte für ein gegenüber anderen städtischen Flächen spezifisches und erhöhtes Kriminalitätsaufkommen in diesem Bereich vor.

Umgekehrt wiegt das Ausmaß der Grundrechtsbeeinträchtigungen durch die Videoüberwachung schwer. Die Beklagte erfasst mit ihren Kameras viele tausend Personen täglich und speichert deren Videobilder anlasslos. Aufgrund der Dome-Kameras können die Betroffenen dabei nicht einmal erkennen, ob sie gerade gefilmt werden (vgl. BB S. 24).

Das BVerfG hat in seinem bereits erwähnten Beschluss vom 23. Februar 2007 eine vergleichbare Videoüberwachung als „intensiven Eingriff“ bewertet. Eingriffe mit großer Streubreite, bei denen zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben, weisen grundsätzlich eine hohe Eingriffsintensität auf

(BVerfG, Beschluss vom 23. 2. 2007 - 1 BvR 2368/06).

Dies folgt, so das BVerfG, auch daraus, dass die Videoüberwachung dazu diene, belastende hoheitliche Maßnahmen vorzubereiten und das Verhalten der den Raum nutzenden Personen zu lenken. Das Gewicht dieser Maßnahme werde dadurch erhöht, dass infolge der Aufzeichnung das gewonnene Bildmaterial in vielfältiger Weise ausgewertet, bearbeitet und mit anderen Informationen verknüpft werden könne. Von den Personen, die den überwachten Raum betreten, würde nur eine Minderheit gegen die Benutzungssatzung oder andere rechtliche Vorgaben verstoßen, werde aber trotzdem erfasst

(BVerfG a.a.O, Rn. 52 – juris).

Aus den vom BVerfG genannten Gründen kann die Videoüberwachung der Beklagten nicht auf eine Gefahrenprognose gestützt werden, die bei realistischer Betrachtung nicht die Gefährlichkeit, sondern eher die Ungefährlichkeit des Klostersgartens belegt.

Die Beklagte mag richtig liegen in der Annahme, dass sich aus Art. 24 BayDSG keine konkrete zu erreichender Fallzahl für die Begründung einer Gefahrenlage ergibt. Erforderlich ist jedoch eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines künftigen Schadenseintritts für eines der genannten Rechtsgüter

(LT-Drs. 15/9799 [Anhang 1], S. 4).

Grund hierfür ist die gesetzgeberische Annahme, dass eine flächendeckende Videoüberwachung grundsätzlich unzulässig ist. Nicht ausreichend ist daher die allein abstrakte Möglichkeit eines Gefahrenintritts in der Zukunft. Es bedarf vielmehr einer belastbaren Prognose auf Basis konkreter Tatsachen der Vergangenheit oder Gegenwart

(Orientierungshilfe des BayLfD für den Datenschutz, zur Videoüberwachung durch bayerische öffentliche Stellen, Rn. 46 – abrufbar unter [datenschutz-bayern.de](https://datenschutz.bayern.de)).

Auch ohne überhöhte Anforderungen an die Gefahrenprognose zu stellen, muss jedenfalls erkennbar sein, dass eine Verletzung von Rechtsgütern mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Es bedarf zwar keiner

Spezifizierung der zu erwartenden Rechtsverletzungen; nichts ausreichend ist jedoch ein unspezifisches Unsicherheitsgefühl oder reine Spekulationen

(Orientierungshilfe des BayLfD a.a.O., Rn. 48).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend jedoch nicht gegeben; objektiv betrachtet ist der Klostergarten sicher, und tatsächlich (wie der Kläger aus eigener Anschauung weiß) auch deutlich sicherer als andere Bereiche von Passau, die nicht mit Kameras überwacht werden. Grund für die Videoüberwachung der Beklagten im Klostergarten sind letztlich keine objektiven Kriterien, sondern das „*subjektive Sicherheitsgefühl der Bürgerinnen und Bürger*“ (vgl. BB S. 9).

Die Annahme eines allgemeinen Unsicherheitsgefühls ohne konkreten Tatsachenbezug reicht als Rechtfertigung für einen derart intensiven Grundrechtseingriff jedoch nicht aus.

Unter dem Strich steht somit eine nur sehr schwach ausgeprägte abstrakte Gefahr gegen (in den Worten des BVerfG) sehr viele Grundrechtseingriffe von hoher Eingriffsintensität. Im Ergebnis ist die Videoüberwachung deshalb unverhältnismäßig und einzustellen. Dies gilt nicht nur, aber insbesondere, für die Dome-Kameras und die Speicherung für 72 Stunden (siehe dazu bereits BB S. 24 f.).

Entschieden zurückzuweisen ist zuletzt der Vortrag der Beklagten, der Kläger sowie auch alle übrigen Passanten könnten, da sie von der Videoüberwachung im Klostergarten wüssten, ja auch einfach herumgehen, um so eine Aufzeichnung zu vermeiden (BE S. 10). Dies ist schon deshalb zurückzuweisen, weil diese Sichtweise das Regel-Ausnahmeverhältnis von Grundrechtseingriffen auf den Kopf stellt. Ein Bürger, dessen private und berufliche Wege unmittelbar durch einen städtischen Bereich führen, und der zu Unrecht einer flächendeckenden Videoüberwachung ausgesetzt wird, kann nicht darauf verwiesen werden, diesen Bereich zu meiden. Es ist vielmehr Aufgabe der Beklagten, für rechtmäßige Zustände zu sorgen.