

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

Vorab per Fax: +49 89 2130-320

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Postfach 340148
80098 München

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

Frankfurt, den 06.04.2021

Unser Zeichen: (...)

In der Verwaltungsstreitsache

Ilsanker

gegen

Stadt Passau

wegen: Vollzug des BayDSG_

Az.: 5 BV 20.2104

erwidern wir nachfolgend sowohl auf den Schriftsatz des Vertreters des öffentlichen Interesses (nachfolgend „VöI“) vom 17.02.2021 als auch auf den Schriftsatz der Beklagten vom 23.03.2021.

Begründung:

Auch angesichts der Einwände des VöI und der Beklagten bleibt die Klage zulässig (hierzu 1..) und begründet (hierzu 15.).

1. Die Klage ist zulässig

Die Ausführungen des VöI und der Beklagten können an der Zulässigkeit der Klage nichts ändern.

Wir erwidern nachfolgend auf alle Einwände, die durch den VöI und die Beklagte gegen die Zulässigkeit der Klage vorgebracht worden sind. Konkret betrifft dies folgende Punkte:

- 1) Art. 79 DSGVO ist nicht anwendbar, hat jedenfalls aber nicht die ihm zugemessene Sperrwirkung (2.).
- 2) Anders als der VöI argumentiert, führt der Kläger keine Popularklage, er macht eigene Rechte geltend (5.).
- 3) Der Kläger führt auch keine vorbeugende Unterlassungsklage (9.).
- 4) Auch der Feststellungsantrag zu 2.) ist zulässig (10.).
- 5) Vorsorglich: Die Beklagte hat den Widerspruch des Klägers konkludent abgelehnt, jedenfalls nicht fristgemäß beschieden (14.).

Im Einzelnen:

2. Art. 79 DSGVO sperrt die Unterlassungsklage nicht

Anders als der VöI in seinem Schriftsatz vom 17.02.2021 (S. 2) und die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 23.03.2021 (S. 1) annehmen, führt Art. 79 DSGVO nicht zur Unzulässigkeit der Klage. Zum einen ist die DSGVO nicht anwendbar (3.), zum anderen hat deren Art. 79 selbst im Fall seiner Anwendbarkeit nicht die Sperrwirkung, die ihr die Beklagte (anders als der VöI) zumisst (4.).

3. Anwendungsbereich der DSGVO nicht eröffnet

Anders als der VöI und die Beklagte meinen, ist Art. 79 DSGVO vorliegend nicht anwendbar, denn der Anwendungsbereich der DSGVO ist nicht eröffnet. Wir hatten bereits in der Berufungsbegründung vom 13.10.2020 (nachfolgend „Berufungsbegründung“) sowie unserer Berufungsreplik

vom 12.02.2021 (nachfolgend „Berufungsreplik“) vorgetragen, dass sich dies aus Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO ergibt. Die Datenverarbeitung durch die zuständigen Behörden im Bereich der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung ist nach dieser Vorschrift aus dem Anwendungsbereich der DSGVO ausklammert und fällt stattdessen unter die JI-Richtlinie (Berufungsbegründung S. 8 f.; Berufungsreplik S. 2 ff.).

Insbesondere der Argumentation des VöI, die Anwendbarkeit der DSGVO ergebe sich vorliegend aus Art. 28 BayDSG (S. 2 von dessen Stellungnahme), ist nicht zu folgen. Bei der DSGVO handelt es sich um autonom auszulegendes Europarecht

(EuGH, Urteil vom 05.06.2012 – C-489/10; so auch ausdrücklich Erwägungsgrund 13 der JI-Richtlinie [RL (EU) 2016/680]).

Dies gilt auch für Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO. Dass das bayerische Landesrecht den Anwendungsbereich der DSGVO regeln könnte, ist deshalb abzulehnen. Bei allen Tatbestandsmerkmalen des Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO handelt es sich um sog. autonome Begriffe des Unionsrechts, d.h. um Tatbestandsmerkmale, die allein unter Rückgriff auf EU-Recht auszulegen sind, d.h. ohne Bezugnahme auf nationales Recht

(statt vieler: EuGH, Urteil vom 17.03.2021, C-900/19, Rn. 53; EuGH, Urteil vom 20.01.2021 – C-288/19, Rn. 39).

Sinn und Zweck der Autonomie des Unionsrechts ist es, dessen Einheitlichkeit im europäischen Binnenmarkt zu wahren. Würde man zulassen, dass die Mitgliedsstaaten die Bedeutung von EU-Recht in ihrem nationalen Recht „definieren“, käme es zu einer Zersplitterung der EU-Rechtsordnung. Eine unterschiedliche „Auslegung“ von Art. 2 DSGVO würde dazu führen, dass die DSGVO in Bayern einen Anwendungsbereich hat als beispielsweise in Schleswig-Holstein, Belgien oder Polen. Denn überall dort könnten die jeweiligen Gesetzgeber die Vorschriften des Art. 2 DSGVO unterschiedlich „definieren“.

Es ist deshalb unerheblich, ob der bayerische Gesetzgeber mit seiner Formulierung des Art. 28 Abs. 2 BayDSG überhaupt eine Konkretisierung des Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO beabsichtigte. Schon aufgrund der Normenhierarchie kommt eine Beschränkung von DSGVO-Vorschriften durch Landesrecht nicht in Betracht. Als nationales Recht ist das BayDSG gegenüber der DSGVO nachrangig. Mangels entsprechender Öffnungsklauseln für eine nationale Begleitung in diesem Bereich kann das BayDSG als nationales Recht gegenüber der DSGVO keinen Vorrang haben

(Kühling/Buchner/*Buchner*, A. Einführung Rn. 131, beck-online).

Im Übrigen verwendet der VöI vorliegend die zwar weit verbreitete, aber nicht zulässige Argumentationstechnik einer „Sachverhaltsquetsche“, wenn er meint, der Beklagten ginge es gar nicht um die Verhinderung und Verfolgung von Straftaten (insb. Ordnungswidrigkeiten) sondern um eine sog. „erweiterte Eigensicherung“ (so Stellungnahme des VöI, S. 8). Wir haben bereits ausführlich vorgetragen, dass die Beklagte sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich ihre Videoüberwachung fast ausschließlich mit Zwecken der Strafverfolgung (insbesondere von Ordnungswidrigkeiten) und Gefahrenabwehr rechtfertigt und begründet (Berufungsbegründung S. 8, Berufungsreplik vom 12.02.2021 S. 8, die Beklagte selbst BE S, 3 und 10). Der VöI führt deshalb bezeichnenderweise für seine These, der Beklagten ginge es um eine „erweiterte Eigensicherung“, auch keinerlei Belege an.

Und auch die Beklagte ist unserer Darlegung, dass sie Ziele der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr verfolgt, mit ihrem letzten Schriftsatz vom 23.03.2021, nicht substantiiert entgegengetreten. Insbesondere hat sie auch in diesem Schriftsatz keine Zwecke der Eigensicherung genannt oder begründet. Stattdessen verteidigt sie auch dort ihren Ansatz, die Videoüberwachung allein mit einer „polizeilichen Vorfalldokumentation“ zu begründen, die lediglich Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nennt (Schriftsatz der Beklagten vom 11.01.2021,

S. 7 f.). Nur bei der *Polizei* könne laut der Beklagten eine „umfassende Auflistung der nachweisbaren Vorkommnisse“ erstellt werden (Schriftsatz der Beklagten vom 23.03.2021, S. 2-3). Ungewollt dokumentiert sie damit einmal mehr, dass es ihr um die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten geht (siehe dazu auch bereits Berufungsbegründung S. 22, Berufungsreplik vom 12.02.2021 S. 20).

Mit dem Zweck der Eigensicherung ließe sich ein derart massenhafter Grundrechtseingriff (es geht um mehrere tausend Betroffene pro Tag) auch gar nicht rechtfertigen, weder politisch noch rechtlich. Eben deshalb argumentiert die Beklagte mit einem angeblich erhöhten Kriminalitätsaufkommen im Klostergarten (vgl. Berufungserwiderung der Beklagten vom 11.01.21, S. 8).

Wir halten außerdem fest, dass weder der VöI noch die Beklagte bestritten haben, dass die Videoüberwachung *auch* zum Zweck der Strafverfolgung stattfindet. Die Beklagte selbst hat dies sogar mehrfach eingeräumt (s.o.). Dies reicht jedoch bereits aus, um die Anwendbarkeit der DSGVO auszuschließen (vgl. dazu Berufungsbegründung S. 8 ff.; Berufungsreplik S. 8).

4. Art. 79 DSGVO hat keine Sperrwirkung

Selbst wenn die DSGVO vorliegend anwendbar wäre, würde deren Art. 79 vorliegend die Zulässigkeit des Klageantrags zu 1.) nicht sperren. In diesem Punkt hat der VöI der Rechtsauffassung des Klägers zugestimmt, lediglich die Beklagte hat ihr widersprochen.

Richtigerweise führt der VöI aus, dass Art. 79 DSGVO nicht auf die Durchsetzung von Betroffenenrechten beschränkt ist, sondern jedem Betroffenen das Recht garantiert, gegen ihn betreffende rechtswidrige Datenverarbeitungen vorzugehen (im Einzelnen Schriftsatz des VöI, S. 5 ff.; so auch bereits Berufungsbegründung S. 11).

Nicht nachvollziehbar ist allerdings die Auffassung des VöI, dass Art. 79 DSGVO den Rechtsschutz der Betroffenen „abschließend“ regelt, womit der VöI offenbar sagen will, Art. 79 DSGVO habe eine rechtsschutzverkürzende Wirkung (so dessen Stellungnahme, S. 5). Es ist unklar, wieso der VöI dies auf die Klage des Klägers bezieht, dem er in diesem Punkt ja eigentlich zustimmt. Eine rechtsschutzverkürzende Wirkung von Art. 79 DSGVO wäre jedenfalls nicht nur ein klarer Verstoß gegen Art. 47 der EU-GrCh, sondern entspricht auch weder dem Telos

(so bereits zur Vorgängerregelung EuGH, Urt. v. 27.09.2017 - C-73/16 Rn. 60)

noch dem Wortlaut der Norm. Denn diese will einen Rechtsbehelf lediglich garantieren, nicht ausschließen. Anderweitige Rechtsbehelfe lässt sie ausdrücklich „unbeschadet“

(so auch die ganz h.M. in der Literatur, BeckOK DatenschutzR/*Mundil* DS-GVO Art. 79 Rn. 14 und 20, Paal/Pauly/*Martini* DS-GVO Art. 79 Rn. 31b und EuGH, Urteil vom 13.03.2007 - C-432/05, Rn. 63; vgl. auch Berufungsbegründung S. 9 ff. m.w.N.).

Im Ergebnis heißt dies, dass Art. 79 DSGVO, *wenn* er anwendbar wäre, dem Kläger das Recht *garantieren* würde, sich gegen eine ihn betreffende Datenverarbeitung vor Gericht zu wehren. Sie würde nicht dessen Rechtsschutz beschränken.

5. **Keine Popularklage**

Anders als der VöI (S. 2 ff.) und die Beklagte (Schriftsatz vom 23.03.2021, S. 1) unterstellen, führt der Kläger vorliegend auch keine unzulässige Popularklage. Er macht ein eigenes Recht geltend, nämlich sein (Grund-) Recht darauf, bei seinen regelmäßigen Besuchen im Passauer Klostergarten nicht rechtswidrig von der Beklagten gefilmt und einer Speicherung seiner Daten ausgesetzt zu werden.

Dass der Kläger dabei auch politisch motiviert handelt und von der Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) unterstützt wird, hatten wir aus Transparenzgründen bereits auf S. 2 der Berufungsbegründung offengelegt, obwohl es juristisch betrachtet nicht relevant ist. Relevant ist lediglich, dass der Kläger selbst von der Datenverarbeitung betroffen ist und sich genau auf dieses eigene Recht beruft.

Die GFF ist ein gemeinnütziger Verein, der als Ziel die Verteidigung der Grundrechte durch strategische Prozessführung verfolgt (näheres unter freiheitsrechte.org). In diesem Rahmen unterstützt die GFF gerichtliche Klagen, die ihren Werten und Zielsetzungen entsprechen. Sie nutzt dabei die Tatsache, dass gerichtliche Entscheidungen selbstverständlich Ausstrahlungswirkung über den Kreis der Verfahrensbeteiligten haben und von anderen Gerichten, in rechtswissenschaftlichen Besprechungen oder auch im politischen Diskurs aufgegriffen werden können. Zu diesen Klagen gehört auch das hiesige Verfahren. Daraus nachteilige Wertungen für den Kläger zu ziehen, ist jedoch bereits mit dem Grundgedanken des Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar und käme einer unzulässigen Verwehrung von Rechtsschutz gleich.

Denn die Frage danach, ob eine unzulässige Popularklage vorliegt, entscheidet sich allein an prozessualen Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO analog. Zur Verhinderung von Popularklagen fordert Art. 42 Abs. 2 VwGO, dass der Kläger die Verletzung eigener Rechte geltend machen muss („Möglichkeitstheorie“). Für Unterlassungsklagen kommt hinzu, dass der Kläger ein subjektiv-öffentliches Recht auf Unterlassung eines Eingriffs in seine Rechte geltend machen muss; für Feststellungsklagen, dass er sich auf ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts berufen muss, das ihn selbst betrifft.

Solche subjektiven Ansprüche bzw. Rechte macht der Kläger hier geltend. Er ist selbst eine grundrechtsfähige Privatperson, der durch die Videoüberwachung im Passauer Klostergarten in seinem persönlichen

Lebensbereich betroffen und damit in seinen Grundrechten auf Datenschutz (Art. 8 EU-GrCh) bzw. informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt ist.

Die Behauptung des VöI, der Kläger führe hier eine Popularklage (S. 2 und 3 seines Schriftsatzes), liegt deshalb neben der Sache. Denn weder vertritt der hiesige Kläger in unzulässiger Weise die Rechte anderer, noch klagt er als Repräsentant der GFF. Er ist unstrittig ein Einwohner der Stadt Passau, der in seinem täglichen Leben – sei es auf dem Weg zur Arbeit oder in seiner Freizeit – den Passauer Klostergarten als Aufenthaltsort sowie als Transitweg nutzt und genau dies auch im Prozess vorgetragen hat. Er ist daher durch die Videoüberwachung in seinen Grundrechten betroffen. Es geht dem Kläger um Rechtschutz hinsichtlich seiner eigenen Rechte. Die Unterstützung durch die GFF vermag an seiner Schutzwürdigkeit nichts zu ändern.

Dass sich gegen Vorhaben der Verwaltung Bürgerinitiativen bilden, die dann einzelne Betroffene für Pilotverfahren „vorschicken“, ist im Verwaltungsprozessrecht im Übrigen nicht ungewöhnlich. Dem Senat wird dies bekannt sein beispielsweise aus Verfahren gegen immissionsschutzrechtliche Genehmigungen oder Planfeststellungen, gegen Verwaltungsgebühren (z.B. Studiengebühren) oder (wie hier) Überwachungsmaßnahmen mit Breitenwirkung. Selbstverständlich steht bei solchen Musterverfahren die Erwartung im Hintergrund, dass die Verwaltung, nachdem das Gericht entschieden hat, ihr rechtswidriges Verhalten gegenüber *allen* Betroffenen einstellt. Das macht aus solchen Klagen aber noch keine Popularklage.

Der Kläger begehrt, *selbst* nicht mehr von den im Klostergarten installierten Überwachungskameras gefilmt zu werden und damit die Wahrung seines Grundrechts auf Datenschutz nach Art. 8 der EU-GrCh.

Richtig ist, wie gesagt, dass der erstinstanzlich gestellte Antrag zu 1.) missverständlich formuliert war, weil dort der Zusatz „des Klägers“ fehlte. Allerdings muss man den Wortlaut des Antrags schon (sehr) gewollt falsch verstehen, um ihn als Popularklage zu deuten. Er ist für das Gericht problemlos dahingehend sachdienlich auslegbar, dass der Kläger lediglich eigene Rechte verteidigt (dazu nachfolgend 6.); des Weiteren umfasst selbst der ursprünglich gestellte Antrag *auch* Rechte des Klägers, dürfte also ohnehin nur zu einer Teilabweisung der Klage führen (dazu nachfolgend 7.). Schließlich kündigen wir an, nach Erörterung mit dem Gericht, den Antrag zu 1.) ggf. auch anzupassen (dazu 8.).

6. Der Klageantrag kann sachdienlich ausgelegt werden

An der Auslegungsfähigkeit des Antrags dürften in Hinblick auf § 88 VwGO keine Zweifel bestehen. Bekanntermaßen ist das Gericht nicht an den Wortlaut der Anträge gebunden; vielmehr kommt es bei der gerichtlichen Entscheidung allein auf das wahre Rechtsschutzziel des Klägers an. Die Gerichte sind gehalten, den erkennbaren Interessen des rechtsschutzsuchenden Bürgers bestmöglich Rechnung zu tragen

(vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 29.10.2015 - 2 BvR 1493/11; BeckOK VwGO/*Fertig*, 56. Ed. 01.10.2020, VwGO § 88 Rn. 6, 16).

Dabei haben sie das Rechtsschutzziel des Klägers erforderlichenfalls zu ermitteln, wobei nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung „*das aus dem gesamten Parteivorbringen, insbesondere der Klagebegründung, zu entnehmende wirkliche Rechtsschutzziel*“, also der gesamte Prozessvortrag, für die Bestimmung maßgeblich ist. Der Wortlaut der Erklärung tritt dahinter zurück

(vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 18.03.1992 - 5 B 29/92; BVerwG, Beschluss vom 01.09.2010 - 9 B 80/09; BVerwG, Beschluss vom 13.01.2012 - 9 B 56/11).

06.04.2021

Seite 10

Dabei ist neben dem Klageantrag und der Klagebegründung auch die Interessenlage des Klägers zu berücksichtigen, soweit sie sich aus dem Parteivortrag und sonstigen für das Gericht und den Beklagten erkennbaren Umständen ergibt. Dies kann dazu führen, dass das Gericht sogar selbst eine ausdrücklich gewählte Klageart umdeuten muss, wenn die Auslegung ergibt, dass erkennbar etwas anderes gewollt ist

(vgl. BVerfG Beschluss vom 29.10.2015 - 2 BvR 1493/11; BVerwG Buchholz 310 § 82 VwGO Nr. 11, S. 5

Diese Auffassung hat sich letztlich auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung durchgesetzt. Das BVerwG etwa geht davon aus, dass

„unbeschadet der gesteigerten Bedeutung, die der Fassung des Klageantrages eines anwaltlich vertretenen (Klägers) zukommt, [...] das Gericht auch im Anwaltsprozess dem wirklichen Klageziel Rechnung zu tragen (hat), sofern dieses eindeutig von der Antragsfassung abweicht.“

(BVerwG, Beschluss vom 13.01.2012 - 9 B 56/11, amtlicher Leitsatz).

Das BVerfG geht hier sogar weiter: Unabhängig von der juristischen Vorbildung eines Antragstellers *oder seines Vertreters* obliege es den Fachgerichten, das erkennbare, wahre Rechtsschutzziel zur Grundlage der Sachprüfung zu machen

(vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 23.10.2007 - 2 BvR 542/07, Rn. 19 - juris).

Dies gelte umso mehr, wenn dieses Ziel aufgrund entsprechenden Vortrags ohne Schwierigkeiten erkennbar sei. Denn die Annahme, eine wohlwollende Auslegung des gestellten Antrags sei wegen anwaltlicher Vertretung nicht veranlasst, wird nach Ansicht des BVerfG den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht gerecht und verstößt gegen die verfassungsrechtlich verankerte Garantie des Einzelnen auf effektiven Rechtsschutz. Es komme schließlich auf eine grundsätzliche Beantwortung dieser Rechtsfrage nicht an, wenn das Rechtsschutzziel klar aus dem Antrag und der Begründung zu erkennen sei und dieses Rechtsschutzziel zulässigerweise verfolgt werden könne.

„Die Verweigerung der inhaltlichen Behandlung des Vorbringens auf Grund eines Festhaltens an dem – wegen eines Teilaspekts der Formulierung – für unzulässig erachteten Antrags auch gegenüber einem anwaltlich vertretenen Antragsteller (ist) eine unzumutbare

Erschwerung des Rechtswegs und damit unvereinbar mit den Anforderungen von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG“

(BVerfG, Beschluss vom 23.10.2007 – 2 BvR 542/07, Rn. 17 - juris).

Eine missverständliche Antragsformulierung kann nur dann dazu führen, dass die Klage als unzulässig abgewiesen wird, wenn sich das Rechtsschutzbegehren des Klägers ausnahmsweise auch bei größten Bemühungen nicht ermitteln lässt

(so h.M.; vgl. nur Schoch/Schneider/Riese, VwGO § 88 Rn. 8).

Davon kann vorliegend jedoch nicht die Rede sein.

Wenn der Kläger nun zum wiederholten Mal klarstellt, dass er *eigene* Rechte verteidigt und *selbst* nicht überwacht werden möchte, so bleibt kein Raum mehr, den Antrag als Popularklage misszuverstehen.

Im gesamten (anwaltlichen) Vortrag des Klägers in beiden Instanzen war und ist ganz eindeutig erkennbar, dass der Kläger seine eigenen Rechte verteidigt. Wir nennen beispielhaft (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) einige Elemente des Prozessvortrags, aus denen dies zweifelsfrei erkennbar wird:

Auf Seite 2 der erstinstanzlichen Klageschrift vom 13.06.2019 heißt es:

„Der Kläger ist in Passau wohnhaft und berufstätig. Aktuell geht er einer regelmäßigen Beschäftigung in der (...) - straße in Passau nach. Ab 01.08.2019 wird sich seine Arbeitstätigkeit in die (...) - straße verlagern. Von beider Arbeitsstellen aus nutzt er regelmäßig im Zusammenhang mit beruflichen und politischen Tätigkeiten den sog. „Passauer Klostergarten“ (fortan Klostergarten), eine städtische Anlage, dies in etwa drei Mal die Woche. Auch für private Tätigkeiten des Klägers griff dieser häufig auf den Klostergarten zurück.“

Auf S. 7 der erstinstanzlichen Klageschrift heißt es:

„Beim Kläger löst die Videoüberwachung kein Gefühl der Sicherheit, sondern Beklemmung und Unwohlsein aus. Auf dem Weg zu oder von seiner Arbeitsstelle wie auch privat nutzt er den Klostergarten regelmäßig. Vor der Umsetzung der oben geschilderten Maßnahmen besuchte er den Klostergarten dabei aus privaten sowie beruflichen Gründen deutlich häufiger als seither. Insbesondere besucht oder organisiert der Kläger im Klostergarten regelmäßig Veranstaltungen. Zuletzt war dies beispielsweise eine Demonstration gegen die Abschiebung eines Geflüchteten. Weiter nutzt der Kläger den Platz für Erholungszwecke, zum Einkaufen auf dem Markt und um auf die Busse zu warten, die am nahegelegenen Busbahnhof abfahren.

Infolge der Videoüberwachung meidet der Kläger den Platz inzwischen häufig. Er organisiert dort seither weniger eigene Veranstaltungen. Auch als Abkürzung zur Universität nutzt der Kläger den Platz weniger und nimmt häufiger einen Umweg in Kauf, um der Videoüberwachung zu entgehen. Spontane Treffen in der Mittagspause verlegt er an andere Orte und nimmt hierfür zeitlichen Mehraufwand in Kauf. Aufgrund der räumlichen Nähe zu seinem Arbeitsplatz kann er ein regelmäßiges Überqueren jedoch aus Praktikabilitätsgründen nicht vermeiden.“

Auf S. 8 der erstinstanzlichen Klageschrift heißt es:

„Dieses Grundrecht des Klägers ist bereits dadurch möglicherweise verletzt, dass er während der regelmäßigen Nutzung des Klostergartens dort per Video überwacht wird als auch dadurch, dass er zur Vermeidung ebendieser Überwachung den Weg durch den Klostergarten teilweise meidet.“ (Hervorhebung nur hier)

Und weiter:

„Dem Kläger steht ein Unterlassungsanspruch gegen die Stadt Passau zu, weil die [...] Videoüberwachung im Klostergarten ungerechtfertigt in seine Grundrechte eingreift.“ (Hervorhebung nur hier)

Weiter heißt es auf Seite 9 der erstinstanzlichen Klageschrift:

„Die Videoüberwachung des Passauer Klostergartens stellt einen Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung des Klägers dar (...)“

Ähnlich auch der Vortrag in der zweiten Instanz.

Auf S. 2 der Berufungsbegründung heißt es beispielsweise:

„Der Kläger ist Bürger der Stadt Passau. Er hält sich aus verschiedenen Gründen regelmäßig im Klostergarten der Stadt Passau auf. Dort wird er von der Videoüberwachungsanlage der Beklagten, die den Gegenstand dieses Verfahrens bildet, erfasst. Er hat sich, unterstützt durch die Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF), entschlossen, gegen diese Videoüberwachung zu klagen, und verfolgt diese Klage in der zweiten Instanz weiter.“

Auf S. 23 der Berufungsbegründung heißt es:

„Auch der Kläger ist regelmäßig im Passauer Klostergarten und wird dabei überwacht und gefilmt.“

Die Aufzählung ist nicht abschließend gemeint. Die gesamten Schriftsätze der Klägerseite sind durchzogen von Äußerungen, aus denen deutlich wird, dass der Kläger eigene Rechte verteidigt.

Für ein solches Begehren spricht auch die Interessenlage des Klägers, die durch die Stellung des Antrags zu 2.) zu Beginn der Berufungsinstanz deutlich wird. Mit diesem begehrt der Kläger ausdrücklich die Feststellung, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, personenbezogene

Daten *über den Kläger* zu erheben oder zu verarbeiten. Es dürften vernünftigerweise keine Zweifel daran bestehen, dass der Kläger auch mit dem Antrag zu 1.) nichts anderes, vor allem kein weitergehendes Ziel begehrt, als die Unterlassung der Videoüberwachung *seiner Person*. Denn der Antrag zu 2.) dient, wie ausgeführt (Berufungsbegründung S. 2), lediglich der Klarstellung, dass der Rechtsstreit aus Sicht des Klägers auch im Wege der Feststellungsklage beendet werden könnte.

Der Kläger versucht also nicht, wie zuletzt der VöI behauptet hat (S. 9), erst mit seinen Ausführungen in der Berufungsreplik eine etwaige Unzulässigkeit der Klage auszuräumen. Vielmehr hat er durch den gesamten Prozess sein Begehren, nämlich den Schutz seiner subjektiven Rechte, klargestellt.

Die Behauptung der Beklagten und des VöI, der Kläger führe eine Popularklage, steht deshalb offensichtlich im Widerspruch zum klar erkennbaren Parteiwillen des Klägers.

Der Vorwurf einer Popularklage ist, was die Beklagte angeht, außerdem auch vorgeschoben. Die Beklagte hat sich erst mit ihrem letzten Schriftsatz der kreativen Idee des VöI angeschlossen, dem Kläger eine Popularklage vorzuwerfen. Aus ihrem früheren und sonstigen Vortrag ergibt sich aber, dass sie sehr wohl erkannt hat, dass der Kläger eigene Rechte geltend macht.

Auf Seite 4 der erstinstanzlichen Klageerwiderung vom 01.08.2019 schreibt die Beklagte etwa:

„Ein ‚Zwang‘, wonach der Kläger ‚sich der Videoüberwachung auszusetzen‘ hat, ‚weil er den Platz überqueren muss‘ (...) besteht nicht, da problemlos und sicher sowie ohne große Umwege das videoüberwachte Areal umrundet werden kann.“

Auf S. 6 ihrer Klageerwiderung schrieb die Beklagte, für sie sei

„kaum nachvollziehbar“, „warum der Kläger sich durch die Videoüberwachung davon abgehalten sieht, Veranstaltungen im Klostergarten abzuhalten“.

Zweitinstanzlich, in ihrer Berufungserwiderung vom 11.01.2021 (S. 5) lehnt die Beklagte die Bescheidung des Widerspruchs des Klägers mit den folgenden Worten ab:

„Das Widerspruchsrecht schließt demnach eine Schutzlücke, in der der Betroffene seine konkrete (für seine besondere Situation) Einzelfallabwägung verlangen kann. Dies ist allerdings nur möglich, wenn der Betroffene, hier also der Kläger, Gründe darlegt, aus deren sich aus seiner Sicht eine besondere Betroffenheitssituation ergibt.“ (Hervorhebung nur hier)

Auch aus diesen - ebenfalls nicht abschließend gemeinten - Zitaten aus Schriftsätzen der Beklagten ist deutlich erkennbar, dass der Beklagten durchaus klar ist, dass der Kläger selbst den Klostergarten betreten hat und sich im hiesigen Verfahren gegen die damit einhergehende Überwachung wehrt. An einem subjektiven Recht des Klägers auf Unterlassung der Videoüberwachung, die ihn selbst betrifft, kann deshalb kein Zweifel bestehen.

7. Hilfsweise: Der ursprünglich gestellte Antrag zu 1.) erfasst auch Rechte des Klägers

Höchst hilfsweise weisen wir darauf hin, dass der Kläger selbst dann, wenn er eine *allgemeine* Unterlassung der Videoüberwachung im Klostergarten begehrt hätte (was nicht der sachdienlichen Auslegung entspricht, s.o.) auch hiermit keine reine Popularklage geführt hätte. Denn in diesem Fall müsste das Gericht den Unterlassungsantrag zwar überwiegend abweisen, da dem Kläger kein subjektives Recht darauf zusteht, dass die Beklagte Eingriffe in die Grundrechte Dritter unterlässt. Allerdings bliebe es dabei, dass der Kläger, als einer von vielen, auch selbst von der Videoüberwachung betroffen ist.

Die Klage wäre also nur teilweise abzuweisen, jedoch nicht soweit sie Rechte des Klägers betrifft.

Gerichte passen im Fall einer teilweisen Klageabweisung den Tenor ihrer Entscheidung selbstständig an den Umfang an, zu dem der Antrag zulässig und begründet ist.

(Schoch/Schneider/Clausing/Kimmel, VwGO § 117 Rn. 14; BeckOK VwGO/Lambiris VwGO § 117 Rn. 10; Eyermann/Kraft VwGO § 117 Rn. 11 sowie auch BVerwG, Urteil vom 03.06.2010 - 9 C 4/09)

Wenn der Senat also der Auffassung sein sollte, der Kläger habe (entgegen seines wirklichen Willens) auch die Unterlassung der Überwachung von Dritten begehrt, so hätte der Senat selbst die Beschränkung auf Rechte *des Klägers* in seiner Urteilsformel vorzunehmen.

8. Höchst hilfsweise: Ankündigung eines anders formulierten Antrags zu 1.) nach Erörterung mit dem Gericht

Falls der Senat meint, trotz der oben dargelegten Gründe sei der Antrag zu 1.) des Klägers als unzulässige Popularklage auszulegen, so bitten wir um einen Hinweis. In diesem Fall kündigen wir vorsorglich bereits jetzt an, den Antrag zu 1.) wie folgt umzuformulieren:

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

Es würde sich entgegen der Behauptung des VöI (S. 4) dabei nicht um eine Klageänderung handeln, da diese Formulierung dem von Anfang an gewollten entspricht (siehe oben). Es ist keine Klageänderung, wenn der Kläger seinen Antrag lediglich ergänzt, berichtigt oder konkretisiert, ohne dabei den Streitgegenstand zu ändern

(so ganz h.M.; BeckOK VwGO/Wolff, 56. Ed. 01.04.2020, VwGO §91 Rn. 13; Kopp/Schenke, § 91 VwGO, Rn. 5).

Gegen die Annahme einer Klageänderung spricht insbesondere, dass es sowohl bei der ursprünglichen Stellung der Beteiligten als auch bei dem ursprünglichen Streitgegenstand verbleibt. Der Kläger verfolgt dasselbe Begehren weiter, der gesamte bisherige Prozessvortrag beider Parteien bezieht sich auf diesen Streitgegenstand.

Selbst wenn die Hinzufügung der Worte „des Klägers“ allerdings als eine Abweichung von der ursprünglichen Formulierung des Antrags zu 1.) gewertet würde, so wäre dies nicht als Klageänderung, sondern als teilweise Klagerücknahme zu werten, da der Kläger ja dann den Umfang seines Antrags dahingehend *beschränken* würde, dass er lediglich eigene Rechte verteidigt. Die Zulässigkeit einer Klagerücknahme hängt von der Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung weder von der Zustimmung der Beklagten ab, noch von einer Sachdienlichkeit (§ 92 VwGO).

Und selbst wenn eine solche Änderung, wie der VöI behauptet (S. 4 und 9) als Klageänderung im Sinn des § 91 VwGO zu werten wäre, so wäre diese jedenfalls zulässig, da sie sachdienlich ist. Diese Klageänderung würde dann nämlich helfen, einen weiteren Prozess zu vermeiden (dazu in Bezug auf den Antrag zu 2. auch noch unten, 13.).

Denn die Frage, ob der Kläger ein Recht darauf hat, im Passauer Klostergarten nicht überwacht zu werden, würde anderenfalls im hiesigen Prozess nicht geklärt werden. Der Kläger müsste (und würde) den Prozess mit dem oben genannten Antrag neu beginnen. Die Folge wäre, dass unnötig der hiesige Prozess (fast wortgleich) noch einmal durchgeführt werden müsste; außerdem würde die Klärung der hiesigen Streitfrage unnötig in die Länge gezogen.

9. Keine vorbeugende Unterlassungsklage

Rein vorsorglich weisen wir darauf hin, dass die Ausführungen des VöI zur Unzulässigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage (S. 7) den hiesigen Streit überhaupt nicht betreffen, wie der VöI ja auch selbst

einräumt. Der Kläger hat den Klostergarten betreten, die Beklagte hat ihn dort mit ihren Kameras überwacht. Die Unterlassungsklage ist deshalb nicht „vorbeugend“, sondern soll verhindern, dass die Beklagte ihre rechtswidrige Kameraüberwachung, mit der sie bereits in Rechte des Klägers eingegriffen hat, *fortsetzt*. Der Kläger hat den Klostergarten in der Vergangenheit betreten und betritt ihn – wenn auch mit ungutem Gefühl – weiterhin regelmäßig.

10. Jedenfalls wirksamer Feststellungsantrag

Auch wenn das Gericht alldem nicht folgen möchte, wäre jedenfalls der zu Beginn der Berufungsinstanz unter 2.) gestellte Feststellungsantrag zulässig und vom Gericht zu entscheiden.

Entgegen der Auffassung des VöI ist dieser nicht subsidiär gegenüber einem Leistungs- bzw. Unterlassungsantrag (11.). Die Beklagte hat sich, auch wenn sie dies nun bestreitet, rügelos auf den Antrag eingelassen (12.); allerdings kommt es darauf auch nicht an, da er sachdienlich ist (13.).

11. Kein Vorrang der Unterlassungsklage

Wir erinnern daran, dass der Kläger den Feststellungsantrag deshalb zusätzlich stellte, weil das Verwaltungsgericht erster Instanz seinen ursprünglich gestellten Unterlassungsantrag als „gewöhnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch“ gewertet hatte, diesen dann aber als unzulässig ansah, da Art. 79 DSGVO diese Rechtsschutzmöglichkeit ausschliesse (UA S. 15 ff.). Um zu verhindern, dass auch der BayVGH das wirkliche Rechtsschutzbegehren des Klägers in dieser Weise verengt, hat der Kläger vorsorglich zusätzlich den Feststellungsantrag gestellt. Wie bereits erwähnt will der Kläger hierdurch klarstellen, dass der Rechtsstreit seiner Ansicht nach genauso in Form eines Feststellungsurteils entschieden werden könnte, ohne dass dabei der Grundsatz des *ne ultra petita* verletzt würde (siehe bereits Berufungsbegründung S. 2 und 6).

Im Übrigen sei angesichts der Äußerung des VöI, er „erinnere“ den Klägervertreter an die Subsidiarität der Feststellungsklage (S. 9) auf folgendes hingewiesen:

Erstens: Ein Vorrang der Leistungsklage gegenüber der Feststellungsklage kann ja wohl nur bestehen, wenn die Leistungsklage im konkreten Fall zulässig wäre. Wenn man aber, wie das Gericht erster Instanz, von einer Unzulässigkeit der Leistungsklage ausgeht, dann sperrt die Leistungsklage selbstverständlich auch nicht die Feststellungsklage.

Zweitens: Wie dem VöI bekannt sein sollte, gilt die in § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO angeordnete Subsidiarität der Feststellungsklage nach ständiger Rechtsprechung nicht im Verhältnis zur Leistungs- und Unterlassungsklage bei Klagen gegen den Staat. Hier hat der Bürger ein echtes Wahlrecht

(statt vieler BVerwG, Urteil vom 05.12.2000 - 11 C 6.00; BVerwG, Urteil vom 02.07.1976 - VII C 71/75; VGH Mannheim, Urteil vom 28.10.1999 - 5 S 2149/97; OVG Saarlouis, Urteil vom 30.10.2007 - 1 R 24/06).

Diese Erwägung der Rechtsprechung fußt auf der Annahme, dass Behörden sich auch ohne vollstreckbaren Leistungstitel an ein Feststellungsurteil halten, sodass der Rückgriff auf die grundsätzlich rechtsschutzintensivere Leistungsklage entbehrlich ist. Außerdem besteht im Verhältnis zur Leistungs- bzw. Unterlassungsklage nicht die Gefahr einer Umgehung der besonderen Sachurteilsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

(BeckOK VwGO/Möstl, 56. Ed. 1.10.2020 Rn. 15, VwGO § 43 Rn. 15).

Es ist kaum vorstellbar, dass dem VöI dieser verwaltungsprozessrechtliche Allgemeinplatz unbekannt war, als er seine (allgemein sehr einseitige) Stellungnahme abgab. Wir erinnern den VöI an

dieser Stelle an seine Aufgabe, seine Position neutral und objektiv wahrzunehmen (§ 5 Abs. 2 LABV).

12. Rügelese Einlassung der Beklagten, § 91 Abs. 2 VwGO

Zurückzuweisen ist außerdem die Behauptung des VöI, die Beklagte habe sich nicht rügelos auf den Antrag zu 2.) eingelassen (so Stellungnahme des VöI, S. 9).

Der Kläger hat den Antrag mit Berufungsbegründungsschrift vom 13.10.2020 gestellt. Die Beklagte hat auf diese Berufungsschrift mit ihrer Berufungserwiderung vom 15.01.2021 reagiert. Gerügt hat sie den Antrag zu 2.) darin nicht, aber zur Sache vorgetragen.

Gem. § 91 Abs. 2 VwGO ist die Einwilligung der Beklagten anzunehmen, wenn sie sich, ohne ihr zu widersprechen, auf die geänderte Klage eingelassen hat. Genauso liegt es hier (entgegen der Stellungnahme des VöI S. 9 und Schriftsatz der Beklagten vom 23.03.2021, S. 3).

Eine Einlassung der Beklagten besteht entgegen ihrer Auffassung auch dann, wenn die Beklagte auf die geänderte Klage sachlich erwidert, ohne die Zulässigkeit der Klageänderung oder der geänderten Klage zu bestreiten

(BVerwG, Beschluss vom 25.06.2009 - 9 B 20/09; Eyermann/Rennert, 15. Aufl. 2019, VwGO § 91).

So liegt der Fall hier. Die Beklagte hat dem Antrag zu 2.) nicht widersprochen und die dort aufgeworfenen Rechtsfragen in ihrer Erwiderung diskutiert. Dass diese Rechtsfragen auf beide Anträge passen liegt in der Natur der Sache, denn der Antrag zu 2.) beurteilt sich materiellrechtlich nach denselben Kriterien wie der Antrag zu 1.).

Eine Einlassung im Sinne von § 91 Abs. 2 liegt vor, wenn die Beklagte die Zulässigkeit einer Klageänderung nicht bestreitet, wobei auch die bloße Stellung eines Klageabweisungsantrages allein hierfür grundsätzlich nicht

ausreicht. Die Vorschrift fordert vielmehr erkennbare Indizien dafür, dass die Beklagte mit einer Änderung des Streitgegenstandes nicht einverstanden ist

(vgl. BeckOK VwGO/Wolff, 56. Ed. 01.04.2020 Rn. 30, VwGO § 91 Rn. 30; Kopp/Schenke/Schenke Rn. 17).

Von der Beklagten, die sich im hiesigen Verfahren durch Volljuristen selbst vertritt, wäre zu erwarten gewesen, dass sie dem zusätzlich gestellten Antrag ausdrücklich widerspricht, wenn sie mit der Klageänderung nicht einverstanden ist. Dies hat sie jedoch nicht getan. Genau diese Rüge hätte sie gem. § 91 Abs. 2 VwGO bereits mit dem ersten Schriftsatz nach Klageerweiterung erheben müssen, nicht erst jetzt.

13. Sachdienlichkeit, § 91 Abs. 1 VwGO

Auf die rügelose Einlassung der Beklagten kommt es indes nicht an, da die Klageänderung, konkret deren Erweiterung, sachdienlich war.

Der zusätzlich gestellte Feststellungsantrag dient, wie gesagt, dazu dem Gericht die Möglichkeit zu eröffnen, den Rechtsstreit auch im Weg eines Feststellungsurteils zu bescheiden. Der Kläger stellt dadurch klar, dass auch diese Bescheidung aus seiner Sicht sachdienlich wäre und dem Willen des Klägers entspricht. Gleichzeitig soll der zusätzlich gestellte Antrag vermeiden, dass der BayVGH, wie noch das Gericht erster Instanz, die Klage an reinen Zulässigkeitsfragen scheitern lässt.

Von der Sachdienlichkeit einer Klageänderung ist regelmäßig dann auszugehen, wenn sie der endgültigen Beilegung des sachlichen Streits zwischen den Beteiligten im laufenden Verfahren dient und der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt

(statt vieler: BVerwG, Urteil vom 27.02.1970 - IV C 28/67).

Die Sachdienlichkeit ist objektiv im Hinblick auf die Prozesswirtschaftlichkeit zu beurteilen. Sie ist anzunehmen, wenn der bisherige Streitstoff eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt und/oder die Zulassung die endgültige Beilegung des Streites fördert und einen neuen Prozess vermeidet

(erneut: BVerwG Urteil vom 27.02.1970 - IV C 28/67).

Genau dies ist hier der Fall. Sollte der Senat, wie noch das Gericht erster Instanz, von einer Sperrwirkung von Art. 79 DSGVO gegenüber dem unter 1.) gestellten Unterlassungsantrag ausgehen, so käme es auf den Antrag zu 2.) an. Dieser ist gleichermaßen geeignet, den Streit unter den Parteien auszuräumen, wird aber nicht von Art. 79 DSGVO gesperrt (a.A. ohne Begründung die Stellungnahme des VöI, S. 9).

Denn wenn man der Vorschrift des Art. 79 DSGVO überhaupt eine Sperrwirkung zumessen würde, dann jedenfalls nur gegenüber Unterlassungsansprüchen (bzw. in den Worten des erstinstanzlichen Gerichts „Folgenbeseitigungsansprüchen“). Dass Art. 79 DSGVO auch *Feststellungsansprüche* sperrt, wird soweit ersichtlich weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung vertreten. Es wäre auch weder mit dem Wortlaut noch mit dem Telos der Vorschrift vereinbar, denn diese soll den Betroffenen einen Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz garantieren, nicht verwehren (siehe oben 4.)

Der Antrag zu 2.) hat somit die Funktion, eine endgültige Klärung des Rechtsstreits zwischen den Parteien herbeizuführen und dadurch einen neuen Rechtsstreit zu vermeiden. Das Gericht kann über den Antrag zu 2.) auf Basis des bisherigen Prozessstoffs entscheiden, es bleibt nämlich bei demselben materiell-rechtlich zu beurteilendem Sachverhalt. Es wäre überdies prozessökonomisch nicht vertretbar, den Kläger auf eine erneute Erhebung der Klage mit lediglich einer geringfügig veränderten Antragsformulierung zu verweisen.

Auch ist weder eine Verzögerung des Rechtsstreits zu besorgen noch stehen Belange der Beteiligten entgegen. Vielmehr bleiben der zu beurteilende Prozessstoff und die Entscheidungsgrundlage gleich.

14. Vorsichtshalber: Beklagte hat den Widerspruch abgelehnt, jedenfalls nicht fristgemäß beschieden

Für den (aus Sicht des Klägers eher fernliegenden) Fall, dass es aus Sicht des Senats darauf ankommen sollte, ob die Beklagte den auf Art. 21 DSGVO gestützten Widerspruch des Klägers beschieden hat, tragen wir vorsorglich dazu wie folgt vor:

Anders als die Beklagte in ihrem letzten Schriftsatz (S. 1) meint, hat sie den Widerspruch konkludent abgelehnt, zumindest aber ihre Bescheidungsfrist gem. Art. 12 Abs. 3 DSGVO versäumt. Selbst wenn einem fehlenden Widerspruch Sperrwirkung für eine Unterlassungsklage zukäme, so wäre diese Sperrwirkung nun somit weggefallen.

Der Kläger hat diesen Widerspruch mit der Berufungsbegründung vom 13.10.2020 höchst vorsorglich eingelegt (Berufungsbegründung S. 11) und dabei alle erforderlichen Gründe genannt. Insbesondere sind der Beklagten aus den Schriftsätzen die Identität des Klägers, das betroffene Datenverarbeitungsverfahren und die Gründe für die Widerspruchserhebung bekannt. Das gilt selbst dann, wenn man wie die Beklagte der Auffassung ist, der Kläger hätte besondere in seiner Person liegende Gründe nennen müssen.

Die Beklagte argumentiert in diesem Punkt (i) an der Sachlage vorbei, (ii) widersprüchlich und (iii) rechtsfehlerhaft.

Im Einzelnen:

(i) Die Beklagte argumentiert an der Sachlage vorbei, wenn sie meint, der Kläger habe keine in seiner Person liegenden Gründe vorgetragen. Der Kläger hat sehr wohl zu seinen Widerspruchsgründen vorgetragen. Nämlich zum einen bereits in der ersten Instanz, außerdem mit der

Berufungsbegründung vom 13.10.2020, spätestens jedoch mit seiner Berufungsreplik vom 12.02.2021 (S. 12 ff.). Wir verweisen auch auf die oben in Ziffer 6. genannten Zitate, in denen der Kläger u.a. darlegt, dass er den Klostergarten ungerne betritt und dort bei der Durchführung politischer Veranstaltungen von der Überwachung in besonderer Weise betroffen ist. Der Beklagten war dies aus den Schriftsätzen bekannt. Höchst vorsorglich stützen wir den Widerspruch zumindest jetzt auch auf diese Erklärungen.

(ii) Die Beklagte argumentiert außerdem widersprüchlich, wenn sie einen Widerspruch gegen eine Datenverarbeitung, die „einfach nur“ rechtswidrig ist, als unwirksam behandeln will - gleichzeitig aber meint, dem Widerspruch gem. Art. 21 DSGVO komme Sperrwirkung gegenüber einem *allgemeinen* Unterlassungsanspruch zu. Denn nach dieser Auffassung hätte der Kläger ja *gar keine* Rechtsschutzmöglichkeit gegen ihn betreffende rechtswidrige Datenverarbeitungen. Vom Widerspruch gem. Art. 21 DSGVO wäre er abgeschnitten, weil er (vermeintlich) keine besonderen in seiner Person liegenden Gründe vortragen kann; und von der Unterlassungsklage gem. Art. 79 DSGVO, weil er keinen Widerspruch eingelegt hat. Das kann nicht stimmen.

(iii) Und die Beklagte argumentiert rechtsfehlerhaft, weil der Widerspruch nicht von der Darlegung von besonderen Voraussetzungen, die in der Person des Klägers liegen, abhängen kann. Zwar wird diese Auffassung in der Literatur vertreten

(BeckOK DatenschutzR/*Forgó*, 35. Ed. 1.11.2019, DS-GVO Art. 21 Rn. 8),

allerdings ausgehend von der falschen Annahme, dass ein Verantwortlicher eine Datenverarbeitung, die „einfach nur“ rechtswidrig ist, auch ohne Widerspruch einstellt. Dass diese Annahme an der Praxis vorbei geht, zeigt u.a. der hiesige Fall: Die Beklagte will den Widerspruch des Klägers nicht anerkennen und setzt ihre rechtswidrige

Datenverarbeitung fort. Es wäre widersinnig, dem Kläger ausgerechnet für diesen Fall kein Betroffenenrecht zuzugestehen (dazu bereits Berufungsbegründung S. 10 ff.).

15. Die Klage ist begründet

Bemerkenswerter Weise haben weder die Beklagte noch der VöI viel zur Begründetheit der Klage vorgetragen. An der Klärung der Rechtsfrage, ob die Videoüberwachung im Passauer Klostergarten rechtmäßig ist, besteht offenbar seitens des VöI und der Beklagten wenig Interesse.

Wir fassen die wesentlichen Aspekte der Begründetheit nachfolgend noch einmal zusammen und gehen dabei auf die (wenigen) Ausführungen des VöI und der Beklagten ein.

16. Keine öffentliche Einrichtung im Sinne Art. 24 Abs. 1 BayDSG

An der Sache vorbei geht die Einlassung der Beklagten, sie „bestreite“, dass es eine „räumliche Grenze für Videoüberwachungen nach Art. 24 BayDSG“ gebe (Schriftsatz vom 23.03.2021, S. 2). Bei dieser Äußerung der Beklagten wird von vornherein nicht erkennbar, unter welches Tatbestandsmerkmal sie überhaupt subsummiert.

Falls die Beklagte damit sagen will, dass es für die Einstufung einer öffentlichen Verkehrsfläche als „öffentliche Einrichtung“ i.S.d. Art. 24 BayDSG nicht auf deren räumlichen Umfang ankomme, tragen wir vorsichtshalber wie folgt vor:

Der Passauer Klostergarten ist keine öffentliche Einrichtung i.S.v. Art. 24 BayDSG. Die Vorschrift erlaubt die punktuelle Überwachung von bestimmten Gegenständen (Verkehrsmittel, bauliche Anlagen) oder innerhalb von Gebäuden, aber keine flächendeckende Überwachung im öffentlichen Raum. Dies kann nicht durch eine extensive Auslegung des Begriffs „öffentliche Einrichtung“ umgangen werden

(Berufungsbegründung S. 18 ff., Berufungsreplik vom 12.02.2021 S. 18 ff.).

Die Auslegung des Begriffs „öffentliche Einrichtung“ i.S.d. Art. 24 BayDSG muss genuin datenschutzrechtlich erfolgen, nämlich unter Rückgriff auf den Regelungszweck der Norm, eine unverhältnismäßige Kameraüberwachung des öffentlichen Raums zu vermeiden (dazu Berufungsbegründung S. 22 mit Verweis auf Rechtsprechung des BVerfG).

Der Passauer Klostergarten ist demzufolge keine „öffentliche Einrichtung“ im Sinne des Art. 24 Abs. 1 Nr. 1, 2 BayDSG. Er fällt auch sonst in keine der Kategorien der in Art. 24 BayDSG genannten Liegenschaften bzw. Gegenstände.

Soweit die Beklagte schließlich in ihrem Schriftsatz vom 24.02.2021 vorträgt, die Größe des Passauer Klostergarten könne die Anwendbarkeit des Art. 24 BayDSG nicht ausschließen, ist dem zu widersprechen. Zum einen, weil es für die Verhältnismäßigkeit einer Überwachungsmaßnahme offensichtlich (auch) auf die Größe des überwachten Gebietes ankommt, sonst könnte die Beklagte ja ihr gesamtes Stadtgebiet überwachen. Zum anderen, weil die Größe nicht allein der Grund ist, warum die Videoüberwachung vorliegend unverhältnismäßig ist. Der Passauer Klostergarten ist faktisch ein öffentlicher Weg, durch den täglich viele tausend Menschen laufen und dabei von Kameras aufgezeichnet werden. Genau der öffentliche Straßenraum soll aber auf Basis von Art. 24 BayDSG nicht flächig überwacht werden dürfen (Berufungsbegründung S. 15 und 17 ff., Berufungsreplik vom 12.02.2021, S. 18 f.).

17. Eine „erweiterten Eigensicherung“ liegt nicht vor

Wie bereits oben (3.) erwähnt, kann der Behauptung des VöI, die Beklagte vollziehe die Videoüberwachung zur „erweiterten Eigensicherung“, nicht gefolgt werden (so aber VöI, S. 8).

Die Ausführungen des VöI in Bezug auf die von ihm zitierte Stelle in der Orientierungshilfe des Bayerischen Landesdatenschutzbeauftragten sind nicht nachvollziehbar. Der Datenschutzbeauftragte führt dort nämlich aus, viele Gemeinden würden wegen ihrer Stellung als örtliche Sicherheitsbehörden *unzutreffend* annehmen, Art. 24 Abs. 1 BayDSG als Rechtsgrundlage für eine Überwachung öffentlicher Straßen und Plätze heranziehen zu dürfen. Ein solches Vorgehen sei unzulässig, da nach dem Willen des Gesetzgebers der Polizei insofern ein „Überwachungsmonopol“ zukomme

(Orientierungshilfe des BayLfD für den Datenschutz, zur Videoüberwachung durch bayerische öffentliche Stellen, Rn. 37 - abrufbar unter datenschutz-bayern.de).

Genau ein solcher Fall liegt hier jedoch gerade vor. Die Tatsache, dass die Polizeiinspektion Passau sich aus datenschutzrechtlichen Gründen gehindert sah, eine Videoüberwachung des Klostergartens einzurichten, ist ja gerade der Grund, warum die Beklagte dies selbst übernommen hat (vgl. zur Vorgeschichte bereits das Urteil erster Instanz, UA S. 2 ff.; außerdem Berufungsbegründung S. 3 und 16).

Dass der VöI nun behauptet, die Beklagte nehme eine „erweiterte Eigensicherung“ vor, ist schlicht mit dem Vortrag der Beklagten selbst nicht vereinbar, und zwar sowohl außergerichtlich (in den verschiedenen Dokumenten, die sie online veröffentlicht hat) als auch im hiesigen Prozess (vgl. im Einzelnen die Nachweise in der Berufungsbegründung vom 13.10.2020, S. 3, 21-22 sowie Berufungsreplik vom 12.02.2021, S. 17-18).

Im Gegenteil hat die Beklagte bislang ausschließlich argumentiert, die Videoüberwachung diene der Prävention und Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten. Dies widerspricht aber gerade der Annahme einer solchen „erweiterten Eigensicherung“, wie auch die

Orientierungshilfe des Bayerischen Datenschutzbeauftragten darlegt. Die zitierte Stelle führt nämlich weiter aus:

„Es geht dagegen nicht um den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Allgemeinen oder gar um eine Erleichterung der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Eine „Regelungslücke“ entsteht so nicht, weil insbesondere Art. 33 Abs. 2 Nr. 3 PAG (unter anderem) die Videoüberwachung gefährlicher Orte ermöglicht“

(Orientierungshilfe des BayLfD für den Datenschutz, zur Videoüberwachung durch bayerische öffentliche Stellen, Rn. 37 – abrufbar unter datenschutz-bayern.de).

Aber eben einen solchen Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie die Erleichterung der Verhütung und Verfolgung von Straftaten hat die Beklagte bislang mit Nachdruck vorgetragen. Auch in ihrem letzten Schriftsatz vom 23.03.2021 nennt sie keine Argumente, die eine „Eigensicherung“ nahelegen würden, sondern argumentiert erneut mit einer „polizeilichen Vorfallszahlen“ zur Dokumentation von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten. Mit diesem Zweck hatte sie auch die Speicherdauer der Videoaufnahmen von 72 h begründet (siehe dazu Berufungsbegründung S. 24 f.).

Erneut zeigt die Beklagte mit ihrem letzten Schriftsatz, dass sie gerade nicht den Zweck einer Eigensicherung verfolgt, sondern eben den Zweck, als „Sicherheitsbehörde“ Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu vermeiden und deren Verfolgung zu ermöglichen.

18. Videoüberwachung ist unverhältnismäßig

Abschließend weisen wir darauf hin, dass bezeichnenderweise weder der VöI noch die Beklagte zur Verhältnismäßigkeit der Videoüberwachung ausführen. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung folgt aus Art. 24 Abs. 1 BayDSG, der eine Abwägung mit schutzwürdigen

06.04.2021

Seite 30

Interessen der Betroffenen verlangt (vgl. im Einzelnen die Berufungsbegründung S. 19 ff.).

Wenn man der Beklagten ein Recht zugestehen würde, überhaupt auf Basis von Art. 24 BayDSG als „Sicherheitsbehörde“ tätig zu werden (was abzulehnen ist), dann käme es auf die Verhältnismäßigkeit der Videoüberwachung entscheidend an. Denn selbst wenn das „ob“ einer solchen Überwachung zulässig wäre, dann heißt das noch lange nicht, dass die Überwachung in dieser Art und Weise und in diesem Ausmaß erfolgen darf. Wir fassen noch einmal kurz zusammen:

- Lückenlose Erfassung eines Bereichs von 7.500 qm,
- Erfassung von mehreren tausend Passanten täglich,
- 10 Kameras, davon zwei Dome-Kameras bei denen nicht erkennbar ist welchen Bereich sie filmen,
- Speicherung *aller* Videoaufnahmen für 72 Stunden, wobei die Beklagte die Speicherdauer ausdrücklich mit der Verwertbarkeit der Aufnahmen für die Polizei begründet (BE S. 9 f.).

All dies angesichts der Tatsache, dass der Passauer Klostergarten ein außerordentlich sicherer (!) Ort ist, und zwar ungewollt nachgewiesen durch die Vorfallsdokumentation, die die Beklagte selbst vorgelegt hat (im Einzelnen Berufungsreplik vom 12.02.2021 S. 21 ff.).

Dass weder die Beklagte noch der VöI auf diesen Sachverhaltsvortrag reagiert haben, spricht für sich selbst.

Pro absente:

Dr. Simon Assion

Holger Niedenführ

06.04.2021
Seite 31

Rechtsanwalt

Rechtsanwalt