

Private Videoüberwachung im kommunalen öffentlichen Raum

Liz Fischli-Giesser, lic.iur., Fürsprecherin, Wissenschaftliche Mitarbeiterin Datenschutzaufsichtsstelle des Kantons Bern

Ausgangslage

Was können Gemeinden tun, wenn Privatpersonen Kameras auf öffentliche Plätze, Parkplätze, Strassen oder Wege richten, diese Orte überwachen und dabei erkennbare Personen erfassen? Können die Gemeinden solche Videoüberwachungen verbieten oder den Abbau der Kameras anordnen? Was können sie unternehmen, wenn sich Privatpersonen uneinsichtig zeigen? Mit solchen Fragen haben sich Gemeinden wiederholt an die kantonale Datenschutzaufsichtsstelle gewandt.

Das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) ist vorab für Fragen der Gemeinden zuständig.¹ In datenschutzrechtlichen Fragen können sich die Gemeinden ausserdem von ihren eigenen kommunalen Datenschutzaufsichtsstellen beraten lassen.² Und in Videoangelegenheiten können sie sich an die zuständige Stelle der Kantonspolizei wenden.³ Im Rahmen ihrer Oberaufsichtsfunktion⁴ – und weil bisweilen auch Kantonsstrassen von Privaten überwacht werden – befasst sich auch die kantonale Datenschutzaufsichtsstelle mit den aufgeworfenen Fragen, denn Videoüberwachungen müssen auch Anforderungen des Datenschutzrechtes erfüllen. Ausgehend von der bestehenden Praxis im Rahmen des geltenden Rechts untersucht der vorliegende Beitrag die zurzeit im Kanton Bern bestehenden kommunalen Handlungsmöglichkeiten und weist auf mögliche Ergänzungen des geltenden Rechts hin.

Als öffentlicher Raum werden öffentlich zugängliche Sachen im Gemeingebrauch verstanden, wie Strassen, Plätze und Anlagen auf dem Gebiet einer Gemeinde, die einem öffentlichen Zweck gewidmet sind und die von einer unbestimmten Anzahl Personen genutzt werden können.

¹ Art. 15 Abs. 3 des kantonalen Datenschutzgesetzes vom 19. Februar 1986; KDSG; BSG 152.04.

² Art. 34 Abs. 1 Bst. g, k und l KDSG

³ Siehe Website der Kantonspolizei: www.police.be.ch (unter: Vorschriften/Videoüberwachung).

⁴ Art. 33 Abs. 2 KDSG

1. Videoüberwachungen als Frage des Datenschutzes

Videoüberwachungen, die bestimmte und bestimmbar Personen erfassen,⁵ sind nach Auffassung von Lehre und Praxis Datenbearbeitungen,⁶ die in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen eingreifen,⁷ darunter auch in das Grundrecht auf Datenschutz.⁸ Videoüberwachungen sind deshalb nach den allgemeinen Kriterien für Grundrechtseingriffe nur gestützt auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage, im öffentlichen Interesse und unter Wahrung der Verhältnismässigkeit zulässig.⁹

Das Bundesgericht bestätigte im Jahr 2010 in seiner Entscheid zur Berner Videoverordnung, dass *jede* Videoüberwachung einen Eingriff in die Privatsphäre der Betroffenen darstellt und immer – auch im Fall einer reinen Echtzeitüberwachung – einer gesetzlichen Grundlage bedarf: «*Au demeurant, il y a lieu de préciser que la vidéosurveillance, quel que soit son type, cause une atteinte au respect de la vie privée. Le degré de cette atteinte peut certes varier en fonction des différentes techniques utilisées - vidéosurveillance en temps réel, avec enregistrement, avec traitement informatisé des données - mais l'atteinte existe dans tous les cas. En effet, une installation de vidéosurveillance permet d'obtenir des informations sur un individu, sa présence à un endroit donné, son comportement, voire ses habitudes ou ses relations sociales. Le fait qu'il ne s'agit que d'une simple faculté donnée à l'autorité, qui n'en fera pas usage systématiquement, n'y change rien. En outre, la simple présence de caméras peut être vécue comme intrusive par les individus concernés, qui ne savent pas si les caméras sont actives et si quelqu'un les observe effectivement. En définitive, comme les autres types de vidéosurveillance, la surveillance en temps réel cause une atteinte au respect de la vie privée, de sorte qu'elle doit reposer sur une base légale.*»¹⁰

Die Art der erforderlichen Rechtsgrundlage liess das Bundesgericht offen. Ob ein formelles Gesetz nötig ist oder eine Verordnung genügt, bestimmt sich im konkreten Fall nach der Schwere des Grundrechtseingriffs.¹¹ Videoüberwachungen im öffentlichen Raum aus sicherheitspolizeilichen Gründen sind regelmässig schwere Eingriffe.¹² Je nach Örtlichkeit bedeuten sie neben dem Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz einen er-

⁵ Art. 2 Abs. 1 KDSG. Der Beitrag befasst sich nicht mit Videoüberwachungen, die Personen nicht oder nicht so erfassen, dass sie bestimmbar sind. In der Praxis muss das jeweils sorgfältig abgeklärt werden, bspw. im Fall von Webcams: durch das Heranzoomen können Personen bestimmbar werden.

⁶ Art. 2 Abs. 4 KDSG, Basler Kommentar, MAURER-LAMBROU/BLECHTA (Hrsg.), Datenschutzgesetz – Öffentlichkeitsgesetz, 3.A., Basel 2014, Art. 4 DSG N. 37 ff.; LUCIEN MÜLLER, Private Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – Datenschutzrechtliche Aspekte, Sicherheit & Recht 2/2012, S. 63 ff.

⁷ BGE 133 I 77 Erwägung 3.2; LUCIEN MÜLLER, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten, Dissertation St. Gallen 2011, S. 97 ff.; DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, N. 38 ff., insb. N 40 zu Art. 17 DSG.

⁸ Art. 18 KV

⁹ Art. 36 BV, Art. 28 KV verlangt ein „überwiegendes“ öffentliches Interesse.

¹⁰ BGer 1C_315/2009 vom 13. Oktober 2010, Erwägung 2.2.

¹¹ JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 103 ff.; WALTER KÄLIN, URS BOLZ (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, Kommentar zu Art. 28 KV, S. 307f.; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY, BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, S. 379 ff. N 124 ff.

¹² Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zur Änderung des Polizeigesetzes vom 4. September 2008, Ziff. 4.1.

heblichen Eingriff in weitere Grundrechte wie bspw. die Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit.¹³ Sie sind deshalb nur gestützt auf eine formell-gesetzliche Grundlage zulässig. Das gleiche gilt für Videoaufzeichnungen, auch sie gelten als schwere Grundrechtseingriffe.¹⁴

Gesetzliche Grundlagen zu Videoüberwachungen müssen sicherstellen, dass die Grundsätze einer zulässigen Datenbearbeitung eingehalten werden. Der Überwachungszweck, die Zweckbindung im Rahmen des öffentlichen Interesses, die Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung, die Erkennbarkeit, Datensicherheit und Vernichtung müssen klar geregelt sein.¹⁵ Der Kanton Bern ist diesen Anforderungen nachgekommen und hat die Videoüberwachung durch staatliche Behörden im Polizeigesetz¹⁶ und in der Videoverordnung¹⁷ abschliessend, detailliert und unter Beachtung datenschutzrechtlicher Anforderungen geregelt.

2. Kantonale Regelung der Videoüberwachung

Der Kanton begründet Videoüberwachungen an öffentlichen Orten und an kantonalen und kommunalen Gebäuden mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit, dem Schutz vor strafbaren Handlungen und der Beweissicherung.¹⁸ Nach der bundesstaatlichen Kompetenzzuscheidung sind die Kantone für die innere Sicherheit und somit auch für Videoüberwachungen zu polizeilichen Zwecken zuständig.¹⁹ Nach der Kantonsverfassung ist es die Aufgabe von Kanton und Gemeinden für die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu sorgen.²⁰ Den Gemeinden kommt im Bereich der Sicherheitspolizei jedoch keine eigene Regelungsbefugnis zu.²¹ Mit den Bestimmungen im Polizeigesetz und mit der Videoverordnung hat der Kanton Bern die Videoüberwachung auch für die Gemeinden abschliessend geregelt.²²

Videoüberwachungen im öffentlichen Raum sind deshalb nur in den vom Polizeigesetz klar definierten, engen Grenzen an bestimmten öffentlichen Orten zulässig. Die nachfolgenden Abläufe und Grundsätze gelten für Videoüberwachungen an öffentlichen Gebäuden und an öffentlichen Orten.

¹³ L. MÜLLER, Dissertation (Fn 7), S. 97 ff.

¹⁴ Gutachten MARKUS MÜLLER/URSULA WYSSMANN, Polizeiliche Videoüberwachung, BVR 2005, S. 540.

¹⁵ BGer 1C_179/2008. Weil die Bestimmung des Polizeigesetzes des Kantons Zürich zu unbestimmt und allgemein formuliert war, hob das Bundesgericht sie auf.

¹⁶ Art. 51 ff. PolG des Polizeigesetzes vom 8. Juni 1997; PolG; BSG 551.1.

¹⁷ Verordnung über den Einsatz von Videoüberwachungsgeräten bei Massveranstaltungen und an öffentlichen Orten vom 29. April 2009; Videoverordnung, VidV; BSG 551.332.

¹⁸ Vortrag Regierungsrat zum PolG (Fn 12), Ziff. 4.1.

¹⁹ Art. 3 i. V. m. Art. 57 BV, L. MÜLLER, Dissertation (Fn 7), S. 195 ff.

²⁰ Art. 37 KV

²¹ Ausführlich das Gutachten MÜLLER/WYSSMANN (Fn 14), S. 529 ff.

²² Siehe BSIG Nr. 5/551.1/9.1 der Polizei- und Militärdirektion (POM) des Kantons Bern.

- Damit eine Videoüberwachung betrieben werden darf, müssen sowohl die kommunalen als auch die kantonalen Behörden für die geplanten Überwachungsanlagen detaillierte Unterlagen bei der Kantonspolizei einreichen und deren Zustimmung einholen.²³ Im Rahmen des Zustimmungsverfahrens ist es die Aufgabe der zuständigen kantonalen oder kommunalen Datenschutzaufsichtsstelle die geplanten Videoüberwachungen in einer Vorabkontrolle auf ihre Datenschutzkonformität (vorab Gesetzmässigkeit und Verhältnismässigkeit) zu prüfen.²⁴ Der Vorabkontrollbericht kann zum Schutz der Betroffenen Korrekturen und Auflagen für einen datenschutzkonformen Betrieb enthalten.

In der Praxis führt besonders die Prüfung der Verhältnismässigkeit zu Korrekturen und Anpassungen. Soll in öffentlichen allgemein zugänglichen Gebäuden bspw. ein Geldautomat zum Schutz vor Aufbrüchen überwacht werden, dann darf nur die unmittelbare Umgebung des Automaten im Fokus der Kamera stehen und nicht noch der daran vorbeiführende öffentliche Gang. Oder, soll eine Gebäudefassade vor Sprayereien und anderen Vandalenakten geschützt werden, dann darf nur die Fassade und der unmittelbar angrenzende Teil des Trottoirs erfasst werden, keinesfalls das ganze Trottoir oder die vorbeiführende öffentliche Strasse.

- Die Kantonspolizei holt die Vorabkontrollberichte der Datenschutzaufsichtsstellen ein, bevor sie ihre Zustimmungs- oder Abweisungsverfügung erlässt.²⁵ Erst gestützt auf die Zustimmungsverfügung darf die für die Videoüberwachung zuständige Behörde die Überwachung anordnen. Sie muss die „wesentlichen Angaben“ der Anordnungsverfügung zusammen mit einer Rechtsmittelbelehrung veröffentlichen.²⁶ Die Videoüberwachung darf erst in Betrieb genommen werden, wenn die Verfügung vollstreckbar ist.²⁷

3. Videoüberwachungen des kommunalen öffentlichen Raums

Das Polizeigesetz bestimmt die möglichen öffentlichen Orte und regelt die Voraussetzungen für eine Videoüberwachung wie folgt²⁸:

- Nach Art. 51 PolG darf die *Kantonspolizei* öffentliche Veranstaltungen und Kundgebungen mit „Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten“ überwachen, „wenn konkrete Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, es könne zu strafbaren Handlungen gegen Menschen und Sachen kommen“. Die zulässige Überwachung ist damit auf bestimmte Veranstaltungen beschränkt, die in der Regel im kommunalen, öffentlichen Raum stattfinden.

²³ Art. 51 a und 51 b PolG i. V. m. Art. 8 Abs. 1 und 2 VidV. Vgl. Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (Hrsg.), Handbuch Polizeiaufgaben der Gemeinden, 2. A., Bern 2011, S. 51 ff. Das Polizeigesetz befindet sich zurzeit in Revision.

²⁴ Art. 17a KDSG i. V. m. Art. 7 Datenschutzverordnung vom 22. Oktober 2008; DSV; BSG 152.040.1, vgl. BEAT RUDIN, Wunderheilmittel Videoüberwachung? digma 4.2009, S. 146 ff.

²⁵ Art. 8 Abs. 3 VidV

²⁶ Art. 51c Abs. 1 PolG i. V. m. Art. 8 Abs. 5 VidV

²⁷ Art. 51c Abs. 2 PolG

²⁸ Nach 51b PolG dürfen öffentliche und allgemein zugängliche kantonale (Abs. 1) und kommunale (Abs. 3) Gebäude überwacht werden, sofern ein erhöhtes Schutzbedürfnis vorliegt.

- Nach Art. 51a PolG dürfen *Gemeinden* Videoüberwachungen im öffentlichen Raum „an einzelnen öffentlichen und allgemein zugänglichen Orten“ einsetzen, an denen „polizeinotwendig“ Straftaten begangen worden sind oder an denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass in Zukunft weitere Straftaten begangen werden. Die Überwachung ist aufgrund des Kriteriums der begangenen Straftaten auf wenige kommunale Orte, eigentliche „Kriminalitätsschwerpunkte“, begrenzt und nur zum Zweck der „Verhinderung und Ahndung von Straftaten“ zulässig.²⁹ Die Gemeinden sind verpflichtet, die Videoüberwachungen mit deren Standorten zu veröffentlichen.³⁰

Zwar regelt das kantonale Recht die zulässige Videoüberwachung an kommunalen öffentlichen Orten materiell-rechtlich abschliessend, es trägt aber dem Umstand Rechnung, dass die Gemeinden im Rahmen des kantonalen Rechts für die Sicherheit auf kommunaler Ebene zuständig sind.³¹ So steht es ihnen zu, die Orte zu bestimmen, an denen nach vorgängiger Zustimmung durch die Kantonspolizei eine Videoüberwachung eingesetzt werden soll. Und sie bestimmen die gemeindeinternen Abläufe und Zuständigkeiten.³²

Videoüberwachungen im öffentlichen Raum sind somit nur durch die zuständigen kantonalen und kommunalen Behörden, nur zu Sicherheitszwecken und nur an wenigen bestimmten öffentlichen Orten in den klaren Grenzen des Polizeigesetzes unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen zulässig. Für Videoüberwachungen im öffentlichen Raum durch Private bleibt kein Raum. Sie ist grundsätzlich unzulässig.³³

4. Mittel gegen private Videoüberwachung des öffentlichen Raums

4.1 Nach Bundesrecht

Videoüberwachungen von Privaten sind als private Datenbearbeitungen nach eidgenössischem Datenschutzgesetz zu beurteilen.³⁴ Jede private Datenbearbeitung muss ebenfalls rechtmässig und verhältnismässig sein.³⁵ Auch private Videoüberwachungen haben das Potential, betroffene Personen in ihren Persönlichkeitsrechten zu verletzen. Ob dies der Fall ist, muss im Einzelfall sorgfältig abgeklärt werden.

²⁹ Art. 51a PolG, Vortrag Polizeigesetz (Fn 12), Ziff. 4.4. Nach Auskunft der Kantonspolizei machen die Gemeinden von dieser Kompetenz zurückhaltend Gebrauch.

³⁰ Art. 11 Abs. 2 VidV

³¹ Art. 9 PolG

³² BStG POM (Fn 22).

³³ Ebenso Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB), Merkblatt „Videoüberwachung des öffentlichen Raums durch Privatpersonen“, abrufbar unter: www.edeob.admin.ch/datenschutz; 19. Tätigkeitsbericht 2011/2012 des EDÖB, S. 29 f., Ziff. 1.2.6. Vorbehalten bleibt der – eher theoretische – Fall in dem Private im Auftrag des Gemeinwesens oder innerhalb einer Vereinbarung handeln.

³⁴ Datenschutzgesetz vom 29. Juni 1992, DSG, SR 235.1.

³⁵ Art. 4 DSG, Basler Kommentar (Fn 6), N. 5 ff. zu Art. 4 DSG, L. MÜLLER, Sicherheit & Recht, Fn 6, S. 67 ff., EDÖB, Merkblatt „Videoüberwachung durch private Personen“, abrufbar unter: www.edeob.admin.ch/datenschutz.

Private Videoüberwachungen im öffentlichen Raum dürften nach den Bestimmungen des eidgenössischen Datenschutzgesetzes regelmässig unzulässig sein, da kein vertretbarer Rechtfertigungsgrund vorliegen dürfte und sie für die betroffenen Personen nicht zumutbar sein dürften.³⁶ Überwachungen zu Sicherheitszwecken sind aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols der Polizei vorbehalten.³⁷

Nur ganz ausnahmsweise kann eine private Überwachung gerechtfertigt sein, bspw. wenn sie im Rahmen einer zulässigen Überwachung eines privaten Grundstücks zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter einen geringfügigen, eng begrenzten Teil des öffentlichen Raums erfasst, bspw. den unmittelbar vor der Eingangstüre liegenden Teil des Trottoirs eines Bijouteriegeschäfts. Eine weiter gehende Überwachung des Trottoirs wäre hingegen bereits wieder unzulässig.³⁸

- *Betroffene Personen* können sich mit den Mitteln und Rechtsvorkehren des eidgenössischen Datenschutz- und Zivilrechts dagegen zur Wehr setzen.³⁹ Darauf kann die Gemeinde betroffene Personen hinweisen. Solche Klagen sind in zeitlicher, finanzieller und oft auch emotionaler Hinsicht regelmässig aufwändig.

- *Betroffene Personen* können dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) die private Videoüberwachung melden.⁴⁰ Das eidgenössische Datenschutzgesetz gibt dem EDÖB in Fällen, in denen Persönlichkeitsrechte „einer grösseren Anzahl von Personen“ verletzt werden, die Möglichkeit dagegen vorzugehen. Das trifft auf Videoüberwachungen im öffentlichen Raum zu, werden doch regelmässig mehrere Personen davon betroffen, wie bspw. auf einem zentralen öffentlichen Parkplatz oder einem Wanderweg. Auch Amtsstellen können als „Dritte“ eine solche Meldung erstatten, ein Erledigungsanspruch besteht aber nicht.⁴¹

- Das *Strafrecht* bietet im öffentlichen Raum in den meisten Fällen keine Handhabe, da es den privaten Geheimbereich vor allem im Bereich des Hausrechts vor unzulässiger – auch nachbarschaftlicher – Videoüberwachung schützt.⁴²

4.2 Nach kantonalem Recht

Die *Gemeinde* kann Privatpersonen auf die Problematik ihres Verhaltens aufmerksam machen. Sie kann sie darauf hinweisen, dass private Videoüberwachungen im öffentlichen Raum unzulässig sind und sie den Fokus der Kamera ausschliesslich auf das private Grundstück richten dürfen. Dazu ist sie gestützt auf ihre Hoheit im öffentlichen Raum

³⁶ EDÖB-Merkblatt öffentlicher Raum (Fn 33), L. MÜLLER, Dissertation (Fn 7), S. 347f.

³⁷ EDÖB-Merkblatt öffentlicher Raum (Fn 33); L. MÜLLER, Dissertation (Fn 7), S. 346.

³⁸ EDÖB-Merkblatt öffentlicher Raum (Fn 33); ebenso Urteil des Amtsgerichts Berlin Mitte vom 18. Dezember 2003 im Berliner Laubenfall, RDV 2004 132; <http://www.nzz.ch/article9KZU4-1.257123>.

³⁹ Art. 15 DSG i. V. m. Art. 28, 28a und 28l ZGB. Vgl. ausführlich Basler Kommentar (Fn 6) zu Art. 15 DSG, BEA GLASER, Private Überwachung im öffentlichen Raum, in: digma 4.2009, S. 152; L. MÜLLER, Dissertation (Fn 7), S. 321 ff.

⁴⁰ Art. 29 DSG. So ging der EDÖB Meldungen zu privater Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen (Garderoben von Freizeitanlagen) nach, siehe 20. Tätigkeitsbericht 2012/2013 des EDÖB, Ziff. 1.2.1.

⁴¹ Basler Kommentar (Fn 6), N 18 und 19 zu Art. 29 DSG.

⁴² Art. 179^{quater} Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937; StGB; SR 311.0. Siehe dazu die differenzierende Darstellung bei L. MÜLLER, Dissertation (Fn 7), S. 61 ff. Eine Regelung und allenfalls Registrierungspflicht für Drohnen ist zurzeit auf Bundesebene in Diskussion, vgl. Motion Leutenegger Oberholzer, 16.3310.

und ihre Aufgabe, für die Sicherheit und Unversehrtheit der Personen zu sorgen, sowohl berechtigt als auch verpflichtet. In vielen Fällen wird das zu einer Klärung führen.

Doch, was die Gemeinde unternehmen kann, wenn Privatpersonen uneinsichtig bleiben? Weder das kantonale Polizeigesetz noch andere kantonale Gesetze, die den öffentlichen Raum betreffen, wie bspw. das Strassengesetz⁴³, enthalten eine ausdrückliche Regelung, wie gegen eine unzulässige private Videoüberwachung im öffentlichen Raum vorgegangen werden kann. Wird eine private Videoüberwachung im öffentlichen Raum nach sorgfältiger Abklärung als unzulässig eingestuft, dann verletzt sie die Persönlichkeitsrechte einer Vielzahl von Personen und damit polizeiliche Schutzgüter.

Sicherheitspolizeiliche Massnahmen

Mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher gesetzlicher Grundlagen stellt sich die naheliegende Frage, ob die Gemeinden sich im Rahmen ihrer sicherheitspolizeilichen Kompetenzen direkt auf die polizeiliche Generalklausel⁴⁴ oder andere Bestimmung des Polizeigesetzes⁴⁵ berufen können, um eine unter Umständen erhebliche Verletzung der Persönlichkeitsrechte zu verhindern. Und ob sie ein Anpassen oder gar ein Demontieren der Kamera verbindlich anordnen und durchsetzen können.

Die Berufung auf die *polizeiliche Generalklausel* setzt immer eine bereits eingetretene, schwere ernste Störung oder unmittelbare drohende, schwere und ernsthafte Gefahr für polizeiliche Schutzgüter voraus. Betroffen sein müssen hochrangige, fundamentale⁴⁶ Rechtsgüter. Darüber hinaus ist polizeiliches Handeln nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage zulässig. Obwohl Videoüberwachungen im öffentlichen Raum zu erheblichen Eingriffen in die Grundrechte der betroffenen Personen führen, wird eine unmittelbare, schwere Gefahr im Sinne der Generalklausel verneint.⁴⁷ Sofern die Überwachung erkennbar ist können betroffene Personen den Fokus der Kamera meiden und sie können mit datenschutzrechtlichen und zivilrechtlichen Mitteln die Herausgabe und Löschung der Aufnahmen verlangen.

Problematisch bleibt, dass der Eingriff in die Persönlichkeit meistens bereits stattgefunden hat, wenn die betroffene Person die Kamera bemerkt. Ob Betroffene die Herausgabe und Löschung der Bilder durchsetzen können, ist offen. Die damit regelmässig gegebene unmittelbare Gefahrenlage, lässt – bei Uneinsichtigkeit der Privatperson – jedenfalls dann ein sicherheitspolizeiliches Vorgehen nicht als völlig ausgeschlossen erscheinen, wenn im Einzelfall mit schweren Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte zu rechnen ist, die anders nicht rechtzeitig verhindert werden können. Bspw. weil die Aufnahmen rechtswidrig weiter verwendet oder im Internet publiziert werden⁴⁸.

⁴³ Strassengesetz vom 4. Juni 2008; SG; BSG 732.11.

⁴⁴ Art. 28 Abs. 1 KV, Art. 22 PolG

⁴⁵ Art. 3 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 PolG

⁴⁶ JÖRG PAUL MÜLLER, in Handbuch Verfassungsrecht (Fn 11), S. 48.

⁴⁷ IVO SCHWEGLER in: Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.) Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 257f.; GLASER (Fn 39), S. 153.

⁴⁸ Auch das Handbuch Polizeiaufgaben Gemeinden weist daraufhin, dass eine polizeiliche Unterstützungspflicht grundsätzlich immer dann besteht, wenn „akute Gefährdungssituationen ein sofortiges Einschreiten nötig machen“, (Fn 23), S. 37.

Nach dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern ist eine konkrete Gefahr im Sinne des Polizeirechts „dann anzunehmen, wenn bei ungehindertem Lauf der Dinge nach der allgemeinen Lebenserfahrung oder dem gesicherten Stand der Wissenschaft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden für die polizeilichen Schutzgüter eintritt“⁴⁹. Im konkreten Fall schützte das Verwaltungsgericht das Waffenerwerbs- bzw. Waffenaufbewahrungsverbot, das von der Kantonspolizei angeordnet worden war, deshalb nicht, weil das Waffengesetz genügend Handhabe biete, um der Gefahr für die polizeilichen Schutzgüter zu begegnen.

Ein sicherheitspolizeiliches Vorgehen dürfte deshalb nur dann zulässig sein, wenn der Schutz der Persönlichkeitsrechte nicht mit anderen Mitteln erreicht werden kann, bspw. mit einer baupolizeilichen Massnahme oder mit Auflagen im Rahmen einer Bewilligung.

Offen ist, ob mit einer polizeilichen Anordnung für den Fall des Nichtbefolgens eine Strafe nach Art. 292 StGB⁵⁰ angedroht werden könnte. Entscheidend ist die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Behörde.⁵¹ Die Anordnung und die Strafandrohung müssten jedenfalls klar und eindeutig formuliert sein und es darf in der Sache keine andere Strafregelung geben. Das Bundesgericht hat solche Strafandrohungen im Zusammenhang mit rechtmässig erlassenen Verfügungen geschützt. Ob es in einem Anfechtungsfall einen weiten materiellen Verfügungsbegriff zulassen würde, ist offen.⁵²

Baupolizeiliche Massnahmen

Das kantonale Baurecht⁵³ gilt für sämtliche „raumwirksamen Tätigkeiten“.⁵⁴ Es regelt, welche Bauten, Anlagen und Einrichtungen eine Baubewilligung benötigen und welche baubewilligungsfrei sind.⁵⁵ Seit der Revision vom Januar 2009 dürfen Gemeinden in ihren *Baurechtlichen Grundordnungen* keine eigenen baurechtlichen Vorschriften für baubewilligungsfreie Bauvorhaben erlassen.⁵⁶ Unbestritten ist, dass auch baubewilligungsfreie Anlagen die anwendbaren materiellen Vorschriften des Baurechts einhalten müssen.⁵⁷ Die Anlagen dürfen Personen nicht gefährden.⁵⁸ Die Baupolizei ist verpflichtet auch bei

⁴⁹ VGE 100.2008.23283 vom 1. September 2008 in; BVR 2009 S. 86f.

⁵⁰ Wer unter Hinweis auf die Strafandrohung die an ihn ergangene Verfügung nicht befolgt, wird mit Busse bestraft.

⁵¹ STEFAN TRECHSEL et al. Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar, St. Gallen 2008, N 5 zu Art. 292 StGB.

⁵² Vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. A. Basel 2003, N 61 ff., insb. N. 63 zu Art. 292 StGB.

⁵³ Baugesetz vom 9. Juni 1985; BauG; BSG 721.0; Dekret über das Baubewilligungsverfahren vom 22. März 1994; Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1

⁵⁴ Art. 1 BauG; Dieser Begriff ist weit zu verstehen, siehe ALDO ZAUGG†/PETER LUDWIG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, Bern 2013, N 2 zu Art. 1 BauG.

⁵⁵ Art. 1, 1a, 1b Abs. 1 BauG i. V. m. Art. 5-7 BewD

⁵⁶ Art. 69 Bas. 3 und 4 BauG; Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Koordinationsgesetz und das Baugesetz (Änderung) vom 17. September 2008, Ziff. 4.14.; Kommentar BauG (Fn 54), N 4 zu Art. 1b BauG; BSIG Nr. 7/725.1/1.1, Ziff. 1 c) und f) der Justiz- Gemeinde und Kirchendirektion (JGK) des Kantons Bern. Zulässig sind nur noch kommunale Regelungen in Ortsbild- und Landschaftsschutzgebieten sowie in Überbauungsordnungen, ALDO ZAUGG†/PETER LUDWIG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern Band II, Bern 2013, N 3a zu Art. 69 BauG.

⁵⁷ Art. 1b Abs. 2 BauG, Vortrag Baugesetz (Fn 56), Ziff. 4.2.1 (S. 8) und Ziff. 4.14; Kommentar BauG (Fn 54), N 3 zu Art. 1b BauG; BSIG JGK (Fn 56), Ziff. 1e).

⁵⁸ Art. 21 BauG. Die Anforderungen gelten auch für bewilligungsfreie Anlagen; Kommentar BauG (Fn 54), N 6 zu Art. 21 BauG.

baubewilligungsfreien Anlagen einzuschreiten, wenn sie die öffentliche Ordnung, insbesondere die Sicherheit und Gesundheit, stören bzw. beeinträchtigen.⁵⁹ Ausserdem bleiben Bewilligungen vorbehalten, die gestützt auf eine andere gesetzliche Grundlage vorliegen müssen.⁶⁰

Anlagen mit Videoüberwachungen wurden im Gesetzgebungsverfahren nicht ausdrücklich erwähnt. Sie dürften unter die baubewilligungsfreien Anlagen fallen.⁶¹ Private auf den öffentlichen Raum ausgerichtete Kameras entfalten eine unzulässige „raumwirksame Tätigkeit“. Die kommunale Baupolizeibehörde kann mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln Störungen der Sicherheit beseitigen, die von einer solchen Anlage ausgehen.⁶² Notfalls könnte sie sich sogar vom Regierungsrat ermächtigen lassen, bewohnte Gebäude und Räume zu betreten, wenn wichtige rechtserhebliche Sachverhalte nur so überprüft werden können.⁶³ Damit können sie die Verhältnismässigkeit der Überwachung abklären. Wie unter Ziff. 3 dargelegt sind private Überwachungen des öffentlichen Raums grundsätzlich unzulässig.

Gesetzgeberische Handlungsspielräume

Nachfolgend wird geprüft, welche *gesetzgeberischen Handlungsspielräume* Gemeinden haben, den kommunalen öffentlichen Raum vor unzulässiger Videoüberwachung zu schützen:

-- Eine naheliegende Möglichkeit wäre eine Grundlage im kommunalen *Ortspolizeireglement*. Da es in diesem Fall nicht um die Kompetenz zur Regelung der Anordnung von Videoüberwachungen geht, für welche die Gemeinden keinen formell-gesetzgeberischen Spielraum haben,⁶⁴ sondern um die Abwehr eines unzulässigen Eingriffs in polizeiliche Schutzgüter im öffentlichen Raum, ergibt sich der nötige gesetzgeberische Spielraum aus der Zuständigkeit der Gemeinde, Massnahmen gegen Eingriffe in polizeiliche Schutzgüter zu treffen.⁶⁵ Dieser Spielraum besteht jedenfalls so lange, wie der Kanton keine Regelung erlässt, bspw. im Polizeigesetz. Auch die Strassenverkehrsverordnung weist den Gemeinden die Kompetenz zu, für den gesteigerten Gemeingebrauch von öffentlichen Strassen und Plätzen Polizeivorschriften zu erlassen.⁶⁶

-- Videoüberwachungen Privater im öffentlichen Raum sind als *gesteigert Gemeingebrauch* zu qualifizieren und deshalb bewilligungspflichtig.⁶⁷ Mit einer unzulässigen privaten Videoüberwachung werden die öffentlichen Sachen im öffentlichen Raum (Strassen,

⁵⁹ Art. 1b Abs. 3 BauG

⁶⁰ Art. 1b Abs. 2 BauG; BSIG JGK (Fn 56), Ziff. 1e); Kommentar BauG (Fn 54), N 3 zu Art. 1b BauG. Ein Bewilligungserfordernis für gesteigerten Gemeingebrauch ist zulässig und müsste berücksichtigt werden,

⁶¹ Nach Art. 6 Abs. 2 BewD sind Vorhaben, die von gleicher oder geringerer Bedeutung sind wie jene in Art. 6 Abs. 1 BewD genannten, bewilligungsfrei. Kamerainstallationen dürften in etwa vergleichbar sein mit Parabolantennen nach Art. 6 Abs. 1 Bst e BewD und mobilen Anlagen nach Art. 6 Abs. 1 Bst s und t BewD.

⁶² Art. 45 Abs. 2 Bst. c BauG

⁶³ Art. 45 Abs. 3 BauG; Kommentar BauG (Fn 54), N 3 zu Art. 45 BauG.

⁶⁴ Gutachten MÜLLER/WYSSMANN (Fn 14), Zusammenfassung, 552; für die Regelung im PolG, BSIG POM (Fn 22).

⁶⁵ Als kommunales Polizeistrafrecht oder Verwaltungsstrafrecht nach Art. 335 StGB i. V. m. Art. 58 GG, vgl. Handbuch Polizeiaufgaben Gemeinden (Fn 23), S. 26 f.

⁶⁶ Art. 65 Strassenverkehrsverordnung vom 20. Oktober 2004; StrVV; BSG 761.111.

⁶⁷ L. MÜLLER, Dissertation (Fn 7), S. 348 ff. und L. MÜLLER, Sicherheit & Recht (Fn 6), S. 75, GLASER (Fn 39), S. 153. ANDRÉ WERNER MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Bern 2011, 241 ff.

Wege, Plätze) offensichtlich nicht mehr bestimmungsgemäss und gemeinverträglich genutzt. Eine Videoüberwachung verhindert die bestimmungsgemässe Nutzung bspw. eines Trottoirs durch andere Personen, indem sie die Personen, die sich der Überwachung entziehen wollen, verdrängt.⁶⁸

Nach den *Bestimmungen des Strassengesetzes des Kantons Bern* ist jede Nutzung der Strassen, Wege und Plätze, die über den schlichten Gemeingebrauch hinausgeht, bewilligungspflichtig.⁶⁹ Eine Bewilligung darf nicht erteilt werden, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.⁷⁰ Einer unzulässigen privaten Videoüberwachung stehen einer Bewilligung zweifellos solche überwiegenden Interessen entgegen. Die Bestimmung der Strassenverkehrsverordnung, wonach für die bauliche Inanspruchnahme der Strasse durch Anlagen und Einrichtungen die Baugesetzgebung gilt,⁷¹ kommt hier nicht zur Anwendung. Da die private Überwachung von einem angrenzenden privaten Grundstück aus, die Strasse nicht für eine Kameraanlage in Anspruch nimmt, benötigt sie aber eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch.⁷²

Ein analoges Recht, eine Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch zu verlangen, steht den Gemeinden gestützt auf die *Sachherrschaft für kommunale öffentliche Sachen im Gemeingebrauch* zu, die nicht in den Anwendungsbereich des Strassengesetzes fallen (wie Parkanlagen).⁷³

Mit den Bewilligungen für den gesteigerten Gemeingebrauch hätten es die Gemeinden in der Hand, die Rechtmässigkeit einer privaten Videoüberwachung im öffentlichen Raum zu überprüfen, eine unzulässige Videoüberwachung nicht zu bewilligen und eine verhältnismässige Videoüberwachung – allenfalls mit Auflagen zur Sicherung der Verhältnismässigkeit – zu bewilligen.

Die Gemeinden können eine entsprechende Bewilligung in einem kommunalen Erlass vorsehen, bspw. im Ortspolizeireglement oder in einem Erlass über die Nutzung des öffentlichen Grundes.⁷⁴ Eine solche Bewilligung müsste auch für ansonsten baubewilligungsfreie Anlagen eingeholt werden.⁷⁵ Die Stadt Zürich integrierte eine solche Bewilligungspflicht in ihr Planungs- und Baugesetz.⁷⁶ Private Videokameras benötigen für „die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes mit Einschluss des Erdreichs und der Luftsäule

⁶⁸ Vgl. Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Strassengesetz vom 19. September 2007 zu Art. 68 (S. 22). Ausführlich MOSER (Fn 67), S. 246 ff.

⁶⁹ Art. 68 Abs. 1 SG i. V. m. Art. 4 Abs. 1 SG und Art. 66 StrVV; Handbuch Polizeiaufgaben Gemeinden (Fn 23), S. 78 ff.; Stirnemann Egon, Die neue bernische Strassengesetzgebung, KPG-Bulletin, 4/2008, S. 118.

⁷⁰ Art. 68 Abs. 2 SG

⁷¹ Art. 68 StrVV

⁷² Ebenso MOSER (Fn 67), S. 349. Er weist zu Recht darauf hin, dass Baubewilligungen eine Bewilligungen des gesteigerten Gemeingebrauchs nicht ersetzt.

⁷³ Handbuch Polizeiaufgaben Gemeinden (Fn 23), S. 79.

⁷⁴ Vgl. Art. 2 und 3 der Verordnung betreffend die besondere Nutzung öffentlicher Strassen der Stadt Bern vom 28. Juni 2000; Art. 21 des Ortspolizeireglements der Gemeinde Köniz vom 31. Januar 1977.

⁷⁵ Art. 1b Abs. 2 BauG; vgl. die Hinweise in Fn 57.

⁷⁶ § 231 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975; PBG; LS 700.1. i. V. m. der Sondergebrauchsverordnung vom 24. Mai 1978; LS 700.3. Sachlich ist diese Bestimmung ebenfalls eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes.

zu privaten Zwecken“ eine Bewilligung.⁷⁷ Die Behörden prüfen die Rechtmässigkeit der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes zu privaten Zwecken in einer umfassenden Interessenabwägung.⁷⁸

Schlussfolgerungen und Ausblick

Gestützt auf ihre Hoheit im öffentlichen Raum dürfen sich die Gemeinden zu Recht angesprochen fühlen, gegen unzulässige private Videoüberwachungen im öffentlichen Raum vorzugehen. Es wäre unbefriedigend, wenn sie betroffene Personen nur auf die zivilrechtlichen Mittel verweisen müssten. Die Gemeinden sind ihren Einwohnerinnen und Einwohnern gegenüber zu Schutz und Sicherheit verpflichtet. Das kann auch polizeiliches Handeln zum Schutz der Persönlichkeitsrechte bedeuten.

Die Auseinandersetzung mit der Thematik zeigt, dass die Gemeinden einerseits direkte Handlungsmöglichkeiten haben. Eine verbindliche Anordnungen allein gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ist mit Rechtsunsicherheiten behaftet. Im Rahmen der baupolizeilichen Bestimmungen und vorhandener Bewilligungsanforderungen für den gesteigerten Gemeingebrauch öffentlicher Sachen können die zuständigen Gemeindebehörden durchaus handeln. Ausserdem steht es ihnen zu im Rahmen ihrer polizeilichen Befugnisse (Ortspolizeireglement) und im Rahmen der der Nutzung der öffentlichen Sachen (Bewilligungserfordernis für den gesteigerten Gemeingebrauch) die nötigen Bestimmungen zu erlassen.

Schliesslich könnte auch der kantonale Gesetzgeber die Gelegenheit ergreifen und bspw. im Polizeigesetz eine einheitliche Grundlage schaffen, die es den kantonalen und kommunalen Behörden erlauben würde, gegen unzulässige private Videoüberwachungen im öffentlichen Raum vorzugehen.

⁷⁷ Siehe dazu GLASER (Fn 39), S. 153.

⁷⁸ Merkblatt 3 „Beanspruchung von öffentlichem Grund durch Bauten und Anlagen zu privaten Zwecken“ des Tiefbauamts der Stadt Zürich vom 19. Februar 2015.