

4. Abteilung

Präsident Eiholzer, Kantonsrichter Müller, Kantonsrichter Gsponer, Kantonsrichterin Zeder,
Kantonsrichter Walker, Gerichtsschreiberin Mattmann Baschung

Urteil vom 18. April 2018

Datenschutzbeauftragter des Kantons Luzern, Bahnhofstrasse 22,
6002 Luzern, Beschwerdeführer

gegen

Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern, Rechtsdienst, Bahnhofstrasse 15, Postfach 3768, 6002 Luzern

Gemeinderat Horw, Gemeindehausplatz 1, 6048 Horw, vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend Datenschutz

Sachverhalt

A.

Anfangs 2016 beschloss der Gemeinderat Horw in seiner Funktion als Baupolizeibehörde, die Situation auf den am Seeufer gelegenen Grundstücken auf der Horwer Halbinsel fotografisch zu erfassen, und beauftragte die AG, hierfür Fotoaufnahmen aus der Luft zu machen. Nach vorgängiger Information der betroffenen Grundeigentümer führte diese die entsprechenden Senkrechtaufnahmen am 11. und 12. Februar 2016 mittels mit Fotokameras ausgerüsteten Drohnen durch resp. liess die Schrägaufnahmen am 15. März 2016 durch ein beigezogenes Subunternehmen erledigen.

Aufgrund von Medienberichten erhielt der Beauftragte für den Datenschutz des Kantons Luzern Kenntnis von den Fotoaufnahmen und prüfte in der Folge die datenschutzrechtliche Zulässigkeit des Vorgehens. Mit Schreiben vom 17. April 2016 teilte er dem Gemeinderat Horw mit, dass die Erstellung, Speicherung und künftige Verwendung der erfolgten systematischen, hochauflösenden und personalisierten Luftaufnahmen die datenschutzrechtlichen Anforderungen bezüglich Rechtmässigkeit, Verhältnismässigkeit und Erkennbarkeit nicht zu erfüllen vermöchten. Er forderte daher den Gemeinderat Horw auf, die Aufnahmen unverzüglich zu löschen. Mit Entscheid vom 19. Mai 2016 lehnte es der Gemeinderat Horw ab, der Aufforderung des Datenschutzbeauftragten nachzukommen.

Die vom Datenschutzbeauftragten dagegen eingereichte Verwaltungsbeschwerde wies das Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern (JSD) mit Entscheid vom 1. Februar 2017 ab.

B.

Gegen diesen Entscheid erhob der Datenschutzbeauftragte am 3. März 2017 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und stellte folgende Anträge:

- "1. Der angefochtene Beschwerdeentscheid des Justiz- und Sicherheitsdepartements vom 1. Februar 2017 sowie der mitangefochtene Entscheid der Beschwerdegegnerin vom 19. Mai 2016 seien aufzuheben.
2. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die im Februar und März 2016 erstellten systematischen und hochauflösenden fotografischen Luft- sowie Schrägaufnahmen der Liegenschaften im kommunalen Seeuferbereich unverzüglich und vollumfänglich, auf sämtlichen Datenträgern (sowohl elektronisch, in Papierform oder anderweitig und inklusive allfälliger Backups auf Datenträgern jedwelcher Art) zu löschen.
3. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die vollumfängliche Löschung der im Februar und März 2016 erstellten systematischen und hochauflösenden fotografischen Luft- sowie Schrägaufnahmen der Liegenschaften im kommunalen Seeuferbereich – soweit vorhanden – bei Subunternehmer AG, Subsubunternehmer (.ch) sowie allfälligen weiteren Dritten auf sämtlichen Datenträgern (sowohl elektronisch, in Papierform oder anderweitig und inklusive allfälliger Backups auf Datenträgern jedwelcher Art) anzuordnen und deren Ausführung innert 30 Tagen seit

Rechtskraft des Beschwerdeentscheids schriftlich zu Händen der kantonalen Datenschutzaufsicht zu bestätigen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin bzw. des Staates."

Der Gemeinderat Horw schloss in seiner Vernehmlassung vom 4. April 2017 auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Ebenfalls auf Abweisung schloss das JSD in seiner Vernehmlassung vom 6. April 2017.

Es gingen keine weiteren Rechtsschriften ein.

Erwägungen

1.

1.1.

Angefochten ist der Entscheid des JSD vom 1. Februar 2017, mit welchem der Entscheid des Gemeinderats Horw betreffend fotografische Luft- und Schrägaufnahmen der Liegenschaften im Seeuferbereich der Gemeinde Horw aus datenschutzrechtlicher Sicht bestätigt und die Verwaltungsbeschwerde des Beschwerdeführers entsprechend abgewiesen wurde.

Gemäss § 21 Abs. 1 des Gesetzes über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz, DSG; SRL Nr. 38) i.V.m § 142 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; SRL Nr. 40) ist gegen Entscheide von Gemeindebehörden, die in Anwendung des DSG erlassen wurden, die Verwaltungsbeschwerde an das JSD als sachlich zuständiges Departement zulässig (vgl. § 6 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Aufgaben der Departemente und der Staatskanzlei sowie die Gliederung der Departemente in Dienststellen [SRL Nr. 37]). Gegen den Entscheid des JSD ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Kantonsgericht gegeben, denn es ist weder die Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat zulässig, noch schliesst die Rechtsordnung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus (vgl. § 148 lit. c VRG). Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts ist damit zu bejahen.

Die Streitsache wird in Fünferbesetzung entschieden (§ 20 Abs. 2 i.V.m. § 19 Abs. 4 lit. a und b der Geschäftsordnung für das Kantonsgericht des Kantons Luzern [GOKG; SRL Nr. 263]).

1.2.

1.2.1.

Ein Sachentscheid kann nur ergehen, wenn u.a. die Befugnis zur Rechtsvorkehr zu bejahen ist (§ 107 Abs. 2 lit. d VRG). Fehlt eine Voraussetzung für einen Sachentscheid, so tritt die Behörde auf die Sache der betreffenden Partei nicht ein (§ 107 Abs. 3 VRG). Zur Einreichung eines Rechtsmittels ist gemäss § 129 VRG befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teil-

genommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Abs. 1). Zur Einreichung eines Rechtsmittels sind auch andere Personen, Organisationen und Behörden befugt, welche die Rechtsordnung dazu ermächtigt (Abs. 2).

Der Beauftragte für den Datenschutz hat die Beschwerde nicht als betroffener Privater, sondern als Behörde eingereicht. Er macht nicht geltend, dass mit den strittigen Aufnahmen über ihn persönlich Daten bearbeitet werden. Seine Beschwerdelegitimation kann sich insoweit nur aus den Vorschriften über die Behördenbeschwerde ergeben.

1.2.2.

Gemäss § 24 Abs. 1 DSG sind die verantwortlichen Organe verpflichtet, den Beauftragten für den Datenschutz bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen. Ergeben dessen Abklärungen, dass Datenschutzvorschriften verletzt werden, fordert er das verantwortliche Organ auf, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (§ 24 Abs. 3 DSG). Folgt das Organ einer solchen Aufforderung nicht, erlässt es einen Entscheid, zu dessen Anfechtung der Beauftragte für den Datenschutz gemäss der Spezialvorschrift von § 21 Abs. 2 i.V.m. § 24 Abs. 4 DSG befugt ist.

Für die mit der Änderung des Datenschutzgesetzes vom 18. Juni 2007 (in Kraft seit 1.1.2008) eingeführte Beschwerdebefugnis des Beauftragten für den Datenschutz verwies der Regierungsrat in seiner Botschaft – dies namentlich um den Vorgaben der EU-Datenschutzrichtlinie zu entsprechen, Entscheide im Bereich des Datenschutzes gerichtlich anfechten zu können – auf die erweiterte Befugnis des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten nach Art. 27 Abs. 6 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1), sich bei Nichtbefolgung oder Ablehnung einer datenschutzrechtlichen Empfehlung wirksam an ein Gericht wenden zu können (Botschaft des Regierungsrats an den Grossen Rat vom 16.1.2007 zum Entwurf von Änderungen des Datenschutzgesetzes und des Gesundheitsgesetzes [B 171], in: Verhandlungen des Grossen Rats 2/2007 S. 830, 832 ff., 838 ff.; vgl. auch BBl 2004 S. 7154 und 7159). Wie aus der Botschaft ersichtlich, wird dem kantonalen Datenschutzbeauftragten damit nicht nur die Möglichkeit eingeräumt, einen Entscheid einer Behörde anzufechten, welche seinen Aufforderungen nicht nachkommen will, sondern auch gegen den darauffolgenden Entscheid der Beschwerdebehörde bei einer gerichtlichen Instanz – hier das Kantonsgericht – Beschwerde zu führen, dies im Sinn einer wirksamen und effektiven Einwirkungsbefugnis des Datenschutzbeauftragten.

Die Legitimation des Beschwerdeführers zur Beschwerde an das Kantonsgericht ist damit – entgegen der Auffassung der Erstinstanz – gegeben.

1.3.

Da die übrigen Prozessvoraussetzungen nach § 107 Abs. 2 VRG zu keinen Bemerkungen Anlass geben, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde insbesondere frist- und formgerecht eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

1.4.

Wird das Kantonsgericht wie hier als zweite Rechtsmittelinstanz angerufen, verfügt es bloss über beschränkte Überprüfungsbefugnis (Umkehrschluss aus § 161a VRG; §§ 152-155 VRG; LGVE 1999 II Nr. 9 E. 1c). Danach können die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (§ 152 lit. a VRG) und die unrichtige Rechtsanwendung, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens (§ 152 lit. b VRG), gerügt werden. Eine umfassende Ermessenskontrolle ist ausgeschlossen.

Soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergibt, sind für die Beurteilung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sodann die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids massgebend (§ 153 VRG). Ferner ist das Novenverbot zu beachten (§ 154 VRG). Danach können die Parteien die im vorinstanzlichen Verfahren zur Sache gestellten Anträge nicht ausdehnen oder inhaltlich abändern (§ 154 Abs. 1 VRG). Neue Tatsachen können die Parteien vorbringen, soweit der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt (§ 154 Abs. 2 VRG). Letztere Bestimmung ist gestützt auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]) und die Kognitionsvorgaben gemäss Art. 110 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) verfassungs- und bundesrechtskonform auszulegen. Das Kantonsgericht muss, um den Sachverhalt frei prüfen zu können, neue Tatsachen und Beweismittel berücksichtigen, namentlich wenn diese einen Bezug zum Prozessthema haben (BGE 135 II 369 E. 3.3; Ehrenzeller, in: Basler Komm. zum Bundesgerichtsgesetz [Hrsg. Niggli/Uebersax/Wiprächtiger], 2. Aufl. 2011, Art. 110 BGG N 17 f.; vgl. zum Ganzen: Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 12 237 vom 30.1.2013 E. 2b).

1.5.

Das vorliegende Verfahren ist vom Untersuchungsgrundsatz (§ 53 VRG) und von der Rechtsanwendung von Amtes wegen (§ 37 Abs. 2 VRG) beherrscht. Diese Grundsätze gelten indes nicht uneingeschränkt. Sie werden ergänzt durch die verschiedenen Mitwirkungspflichten der Parteien (§ 55 VRG), namentlich deren Begründungspflicht (§ 133 Abs. 1 VRG). Zu beachten ist ferner das Rügeprinzip, wonach die Beschwerdeinstanz nur die vorgebrachten Beanstandungen prüft und nicht untersucht, ob sich der angefochtene Entscheid unter schlechthin allen in Frage kommenden Aspekten als korrekt erweist. Im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht hat die Beschwerde führende Partei darzutun, in welchen Punkten und weshalb der angefochtene Entscheid beanstandet wird (vgl. zum Ganzen: LGVE 2012 II Nr. 28 E. 1c mit Hinweis). Dabei muss sie sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen (vgl. BGE 118 Ib 136 E. 2, 113 Ib 288, mit zahlreichen Hinweisen). Allgemeine Beanstandungen sind nicht näher zu behandeln (vgl. LGVE 1998 II Nr. 57).

1.6.

Im Beweis wurden die Akten des erst- wie auch des zweitinstanzlichen Verfahrens und die vom Beschwerdeführer aufgelegten Belege zu den Akten dieses Prozesses genommen. Der massgebliche Sachverhalt ist rechtsgenüglich abgeklärt. Weitere Beweiserhebungen sind nicht angezeigt.

2.

Wie vorne im Sachverhalt erwähnt, beschloss der Gemeinderat Horw, die sich zu Beginn des Jahres 2016 auf den zur Uferschutzzone gehörenden Grundstücken präsentierende tatsächliche Situation mittels Drohnen fotografisch zu erfassen. Er begründete diesen Beschluss einerseits mit der lückenhaften Dokumentation der tatsächlichen Uferbestockung sowie mit fehlenden Belegen in Bezug auf bestehende Bauten, Anlagen und Terrainveränderungen andererseits. Es sei in der Vergangenheit wiederholt zu Anzeigen gekommen, worin darauf hingewiesen werde, dass im Uferbereich neue Bauten und Anlagen entstanden oder bestehende Bauten und Anlagen angebaut, erweitert, Bepflanzungen entfernt oder zurückgeschnitten und Terrainveränderungen vorgenommen worden seien. Als Baupolizeibehörde sei er verpflichtet, jeder einzelnen dieser Anzeigen nachzugehen und betroffene Grundeigentümer aufzufordern, nachträglich Baugesuche einzureichen oder den Vorzustand wiederherzustellen. Dabei habe sich regelmässig gezeigt und kürzlich akzentuiert, dass es oft schwierig bis unmöglich sei, anhand der zur Verfügung stehenden sowie der allgemein zugänglichen Akten und Unterlagen die für ein konkretes Seeufergrundstück massgebende Ausgangssituation festzustellen resp. nachzuvollziehen. Die Fotoaufnahmen ermöglichten demgegenüber eine Dokumentation der tatsächlichen Verhältnisse, gestützt auf die bei der Bearbeitung künftiger Anzeigen im Interesse einer effizienten Aufgabenerledigung zurückgegriffen werden könne.

2.1.

Die Vorinstanz befand im angefochtenen Entscheid, die durchgeführten Aufnahmen aus der Luft stellten einen Eingriff in das Grundrecht des Schutzes der Privatsphäre nach Art. 13 BV dar. So sei geradezu Zweck dieser Aufnahmen, die Uferbestockung, das Terrain sowie die Bauten und Anlagen innerhalb der jeweiligen Seeufergrundstücke fotografisch festzuhalten. Diese Grundstücksbestandteile gehörten zum Begriff der Wohnung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 BV. Klar sei, dass die betroffenen Bewohnerinnen und Bewohner in ihrer Privatsphäre eingeschränkt würden, wenn ihnen bekannt gegeben werde, dass ihr Grundstück "voraussichtlich im Februar dieses Jahres" mit einer Drohne überflogen und fotografiert werde. Würden bedeutende Freiräume wie Balkon und Garten, wo sich Personen unbeobachtet durch den Staat oder andere Menschen aufhalten könnten, über einen Zeitraum von einem Monat hinweg potentiellen fotografischen Luftaufnahmen ausgesetzt, so entstünde dadurch unweigerlich das Gefühl des Überwachtseins. Da sich die Aufnahmen nicht – wie beispielsweise eine Videoüberwachung im öffentlichen Raum – auf öffentlich zugängliche Orte beschränkt hätten, sondern spezifisch Aufnahmen von privaten Örtlichkeiten gemacht worden und sie überdies nicht eng umgrenzt gewesen seien, müsse der Eingriff gar als schwerwiegend eingestuft werden. Eine solche Einstufung rechtfertige sich auch aufgrund der Tatsache, dass bereits eine Droh-

nenüberwachung an sich – unabhängig davon, ob sie sich auf öffentliche oder private Örtlichkeiten beziehe – als intensiverer Grundrechtseingriff eingestuft werde.

Die Vorinstanz erwog sodann, da die Einschränkung als schwerwiegend einzustufen sei, müsse diese gemäss Art. 36 Abs. 1 BV in einem Gesetz selber vorgesehen sein, wobei § 203 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRL Nr. 735) sowie § 13 des Gesetzes über die Geoinformation und die amtliche Vermessung (GIG; SRL Nr. 29) vertiefter auf ihre genügende Bestimmtheit als gesetzliche Grundlage für die erfolgten Luftaufnahmen zu prüfen seien. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit der rechtlichen Grundlage lasse sich dabei nicht abstrakt festlegen und bedeute in Bezug auf die Datenbearbeitung, dass je sensibler die zu bearbeitenden Daten seien und je mehr Personen diese bearbeiteten oder Zugriff darauf hätten, desto höher seien die Anforderungen. Hohe Anforderungen stellten hier insbesondere der schwerwiegende Grundrechtseingriff, eher geringe demgegenüber die beschränkte Zahl an datenbearbeitenden beziehungsweise zugriffsberechtigten Personen. Die strittigen Luftaufnahmen würden nicht veröffentlicht, sondern stünden nur einer kleinen Anzahl ausgewählter Personen zur Verfügung, die überdies dem Amtsgeheimnis unterlägen. Auch aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber im Jahr 1989 nicht habe voraussehen können, welche Möglichkeiten zur Dokumentation von Baukontrollen in Zukunft bestehen würden, seien an die Bestimmtheit der Normen nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen. Komme hinzu, dass es sich bei der Mehrzahl der Daten wohl nicht um sensible Personendaten handle. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass auf den vorangekündigten Aufnahmen nur wie von der Erstinstanz bezweckt die Bestockung, die bestehenden Bauten und das Terrain der fotografierten Grundstücke ersichtlich seien. Dass sie Rückschlüsse auf religiöse, weltanschauliche oder politische Haltungen, auf die Intimsphäre, die Gesundheit oder die ethnische Zugehörigkeit erlaubten, könne zwar nicht ausgeschlossen werden, würde wohl aber nicht dem Regelfall entsprechen. Die geringe Sensibilität der Daten stelle damit ebenfalls keine hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der anzuwendenden gesetzlichen Normen.

Während § 203 PBG die Baukontrolle und ein damit verbundenes jederzeitiges Betretungsrecht der Gemeinde während des Baus wie auch der gesamten Lebensdauer eines Baus regle, sehe § 13 Abs. 1 GIG – so die Vorinstanz weiter – ein ähnliches Betretungsrecht vor. Entsprechend hätten Grundbesitzerinnen und -besitzer der Horwer Seeufergrundstücke das Betreten ihrer Grundstücke zwecks Erhebung raumbezogener Daten, mit denen fotografisch die Beschaffenheit der Grundstücke hinsichtlich Uferbestockungen, bestehender Bauten und Terrainveränderungen zu einem gewissen Zeitpunkt festgehalten würden und die damit zumindest mittelbar der Baukontrolle dienten, zu dulden. Wenn auch weder § 203 Abs. 3 PBG noch § 13 Abs. 1 GIG die Erfassung von Luftaufnahmen ausdrücklich regelten, bedeute dies nicht, dass die grundsätzlich zulässigen Fotoaufnahmen nicht auch aus der Luft gemacht werden dürften. Das Betreten eines Grundstücks mit dem Ziel, raumbezogene Daten zu erheben oder Baukontrollen durchzuführen und dies auch fotografisch zu belegen, sei bezüglich der Auswirkungen auf die Rechtsunterworfenen mit der Anfertigung von Fotografien durch eine Drohne vergleichbar. Während bei Ersterem die Amtsperson direkt in die Privatsphäre eindringe und un-

ter Umständen auch Einblicke durch die Fenster in ein Haus erhalten, könnten solche Einblicke auch durch Schrägaufnahmen aus der Luft erfolgen, jedenfalls aus einer gewissen Distanz. Wenn auch das Ausmass der Luftaufnahmen sämtlicher Seeufergrundstücke der Horwer Halbinsel wesentlich grösser sei, als wenn nur einzelne Grundstücke bei einem entsprechenden Verdacht kontrolliert würden, und sich damit auch die Menge an bearbeiteten Daten sowie das damit zusammenhängende Missbrauchsrisiko erhöhe, hätten allfällige sonst auf Anzeige Dritter hin erforderliche Augenscheine vor Ort mit dem gewählten Vorgehen demgegenüber vermieden werden können. Die Auswirkungen seien für die Betroffenen zumindest als gleichwertig zu betrachten, wie das Betreten der Grundstücke inklusive fotografischer Dokumentation im Rahmen von Baukontrollen oder mit dem Zweck, raumbezogene Daten zu erheben. Grundstückbesitzerinnen und -besitzer könnten aus § 203 Abs. 3 PBG und § 13 Abs. 1 GIG entnehmen, dass jederzeit Fotografien ihrer Grundstücke inklusive damit einhergehende Einschränkungen der Privatsphäre gemacht werden könnten. Die hierfür erforderliche formell-gesetzliche Grundlage sei selbst für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten gesamthaft genügend bestimmt, auch wenn es sich bei den bearbeiteten Daten primär um lediglich nicht sensible Daten handle.

Hinsichtlich des für eine Einschränkung von Grundrechten erforderlichen öffentlichen Interesses wies die Vorinstanz schliesslich auf raumplanerische sowie baupolizeiliche Interessen hin, aber auch auf solche ideeller Art wie den Natur- und Heimatschutz. In Bezug auf die Verhältnismässigkeit hielt sie fest, die erfolgten Aufnahmen seien durchaus geeignet, baupolizeiliche Aufgaben zu erleichtern oder gar überhaupt erst sinnvoll zu ermöglichen. Mangels einer als milder zu qualifizierenden Massnahme und angesichts dessen, dass durch die Luftaufnahmen nur Grundstücke in der Uferschutzzone aus der Luft fotografiert worden seien und sie sich sowohl in zeitlicher als auch örtlicher Hinsicht auf das erforderliche Mass beschränkten, erfüllten sie auch das Gebot der Erforderlichkeit. Da die Daten nicht öffentlich gemacht würden und die Luftaufnahmen, wenn auch in wesentlich geringerer Qualität, im Internet sowohl auf der Website des Bundesamts für Landestopografie als auch dem Geoportal des Kantons Luzern bereits abrufbar seien, überwiege gesamthaft gesehen das öffentliche Interesse an den Aufnahmen die privaten Interessen an deren Unterlassung; der Kerngehalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung werde nicht angetastet.

2.2.

Der Beschwerdeführer hält dem zunächst entgegen, es handle sich bei den Luftaufnahmen um eine verdachtsunabhängige Vorratsdatenspeicherung von personenbezogenen Fotos, mit welcher sämtliche Grundeigentümer der Horwer Halbinsel unter Generalverdacht gestellt würden, dies ohne dass die Daten aktuell benötigt würden. Die gesetzlichen Grundlagen hierfür würden nicht ausreichen. Indem die Vorinstanz selber davon ausgehe, dass die zu beurteilenden Luftaufnahmen Rückschlüsse zur religiösen, weltanschaulichen oder politischen Haltung, der Intimsphäre, der Gesundheit oder ethnischen Zugehörigkeiten der Betroffenen erlaubten, müsse von besonders schützenswerten Personendaten nach § 2 Abs. 2 DSG ausgegangen werden. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines entsprechenden Grundrechtseingriffs und die

datenschutzrechtliche Zulässigkeit hätten sich an dieser Tatsache zu messen und nicht an der vorinstanzlichen Annahme, dass es sich bei der Mehrzahl der erhobenen Daten wohl nicht um sensible Personendaten handle. Ebenso fehlgehe die Vorinstanz in der Annahme, es seien aufgrund der angeblich beschränkten Zahl an datenbearbeitenden resp. zugriffsberechtigten Personen eher geringe Anforderungen an die entsprechenden Normen zu stellen, da die Aufnahmen nicht veröffentlicht und nur einer angeblich kleinen Anzahl ausgewählter Personen zugänglich gemacht würden, die überdies dem Amtsgeheimnis unterlägen. Es sei offensichtlich, dass solche Aufnahmen, seien sie einmal vorhanden und im Rahmen des bezweckten Registers bzw. der entsprechenden Datenbank nach Parzellen geordnet einseh- oder abrufbar, bei künftigen Verfahren im Rahmen des Akteneinsichts- und Editionsrechts einem sehr viel grösseren Personenkreis zur Verfügung gestellt würden, als dies die Vorinstanzen behaupteten. An die Bestimmtheit der hierfür notwendigen gesetzlichen Grundlage seien ausnahmslos hohe Anforderungen zu stellen. Dabei sei durchaus von Bedeutung, ob die Luftaufnahmen selbst Baukontrollen darstellten oder solchen nur mittelbar dienten, da es sich im letzteren Fall um eine verdachtsunabhängige Vorratsdatenspeicherung handle, die höheren Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage und an die Verhältnismässigkeit unterläge, als dies bei einer Baukontrolle der Fall sei. Weder § 203 Abs. 3 PBG noch § 13 Abs. 1 GIG bildeten für dieses Vorgehen eine ausreichende resp. genügend bestimmte rechtliche Grundlage. Namentlich das klassische Betretungsrecht, welches Augenscheine vor Ort im Rahmen von Baukontrollen, die im Übrigen nur einzelne Grundeigentümer betreffen würden, oder zur Erhebung raumbezogener Daten für die amtliche Vermessung vorsehe, vermöge eine systematische und verdachtsunabhängige Vorratsdatenspeicherung sowie eine damit einhergehende Datenbank im vorliegenden Sinn nicht zu rechtfertigen.

Es bestünde kein öffentliches Interesse an der Erstellung von systematischen und hochauflösenden Luftaufnahmen sowie der Schaffung eines einschlägigen Registers oder einer entsprechenden Datenbank, weder zur Durchsetzung klassischer baupolizeilicher Aufgaben, noch zur Wahrung des Natur- und Heimatschutzes. Diese Aufgaben liessen sich bereits anhand bestehender Luftaufnahmen des Bundes wie auch derjenigen des Kantons oder aber im konkreten Verdachtsfall per Augenschein erfüllen. Die Gemeinde Horw habe ihre Kontrolltätigkeit in den letzten Jahrzehnten auch ohne die fraglichen Luftaufnahmen oder Datenbanken mit milderer Mitteln erfüllen können. Allein wirtschaftliche Gründe seien nicht beachtlich.

3.

Beschwerdeführer wie Vorinstanz sind sich zu Recht dahingehend einig, dass das gezielte Überfliegen der Seeufergrundstücke auf der Horwer Halbinsel mittels Drohnen inklusive Erstellen von Fotoaufnahmen aus der Luft die Garantien von Art. 13 Abs. 2 BV berührt. Soweit die Vorinstanz erwog, die Einschränkung des Grundrechts sei durch die fraglichen Überflüge mit Fotoaufzeichnungen gar als schwerwiegend einzustufen, da diese sich nicht – wie beispielsweise eine Videoüberwachung im öffentlichen Raum – auf öffentlich zugängliche Örtlichkeiten beschränkt hätten, sondern spezifisch Aufnahmen von privaten Örtlichkeiten gemacht worden und die Luftaufnahmen zeitlich auch nicht eng umgrenzt gewesen seien, schliesst sich das

Kantonsgericht diesen zutreffenden Ausführungen an. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (angefochtener Entscheid, E. 3.1.3). Die Einstufung als schwerwiegende Einschränkung des Grundrechts rechtfertigt sich mit der Vorinstanz auch aus der Tatsache, dass bereits eine Drohnenüberwachung an sich – unabhängig davon, ob sie sich auf öffentliche oder private Örtlichkeiten bezieht – als intensiver Grundrechtseingriff einzustufen ist (vgl. auch Breitenmoser, in: Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Komm. [Hrsg. Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender], 3. Aufl. 2014, Art. 13 BV N 16, mit Verweis auf BGE 136 I 87 E. 8).

Es stellt sich die Frage nach einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage hierfür.

3.1.

Art. 13 Abs. 2 BV gewährleistet das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Danach ist nicht nur der Missbrauch von Personendaten, sondern jede Form der staatlichen Bearbeitung persönlicher Informationen geschützt, die ohne Einwilligung der betroffenen Person erfolgt (Schweizer, in: Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Komm. [Hrsg. Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender], 3. Aufl. 2014, Art. 13 BV N 72 ff.; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 4. Aufl. 2008, S.167). Um rechtmässig zu sein, bedarf eine solche Bearbeitung personenbezogener Informationen gemäss Art. 36 Abs. 1 BV einer gesetzlichen Grundlage.

3.2.

Im Aufgabenbereich des Kantons wird Art. 13 Abs. 2 BV und damit der Schutz der Personen vor unbefugtem Bearbeiten ihrer Daten im kantonalen Datenschutzgesetz konkretisiert, dem alle Gemeinwesen gemäss § 1 VRG – so auch die Gemeinde Horw – unterstellt sind (§ 3 Abs. 1 lit. b DSG). Gemäss der gesetzlichen Definition sind Personendaten allgemein jene Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche oder juristische Person oder eine Personengesellschaft des Handelsrechts beziehen (§ 2 Abs. 1 DSG). Bei den sog. besonders schützenswerten Personendaten, für die spezielle Regeln gelten (E. 3.3 sogleich), handelt es sich demgegenüber um Angaben über die religiöse, weltanschauliche oder politische Haltung, die Intimsphäre, die Gesundheit, die ethnische Zugehörigkeit, über Massnahmen der Sozialhilfe, über administrative und strafrechtliche Massnahmen und Sanktionen sowie über eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der natürlichen Person erlauben (§ 2 Abs. 2 DSG). Unter Bearbeiten versteht das Gesetz schliesslich jeden Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewendeten Mitteln und Verfahren, namentlich das Erheben, Beschaffen, Aufzeichnen, Sammeln, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten (§ 2 Abs. 4 DSG).

3.3.

Gemäss § 5 DSG dürfen öffentliche Organe Personendaten zur Erfüllung von Aufgaben bearbeiten, für die eine Rechtsgrundlage besteht (Abs. 1). Besonders schützenswerte Personendaten dürfen sie nach dessen Abs. 2 nur dann bearbeiten, wenn es ein Gesetz im formellen Sinn

ausdrücklich vorsieht (lit. a), oder im Einzelfall ausnahmsweise dann, wenn es für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist (lit. b), wenn es der Regierungsrat bewilligt, weil es im Interesse der betroffenen Person liegt (lit. c), oder gemäss lit. d wenn die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt oder ihre Personendaten allgemein zugänglich gemacht hat (zum Ausnahmecharakter von lit. b-d vgl. Mund, in: Handkomm. zum DSG [Hrsg. Baeriswyl/Pärli], Bern 2015, Art. 17 DSG N 14, 16).

Das Gesetz unterscheidet mit Blick auf die Anforderungen an die Rechtsgrundlage demnach zwischen besonders schützenswerten und anderen Personendaten. Generell bedarf es einer genügend bestimmten generell-abstrakten Norm, also einer Bestimmung, die sich an eine unbestimmte Zahl von Adressaten richtet und für eine unbestimmte Zahl von Fällen Rechte und Pflichten sowohl der Staatsorgane als auch der Privaten regelt. Der Rechtssatz muss dabei genügend bestimmt sein, denn das staatliche Handeln soll im Einzelfall voraussehbar sein. Strenge Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes sind namentlich bei Eingriffen in Grundrechte zu stellen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N 340, 342, 344). Je grösser der Kreis der von einer Regelung Betroffenen, je schwerer der Eingriff in ihre Freiheitsrechte und je eher mit dem Widerstand der Betroffenen gegen die vorgesehene Regelung zu rechnen ist, desto eher bedarf es in diesen Fällen der qualifizierten Grundlage in einem formellen Gesetz (vgl. Ballenegger, Basler Komm. Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Art. 17 DSG N 10; Mund, a.a.O., Art. 17 DSG N 1; zum Gesetzesbegriff vgl. BGE 119 Ia 154 E. 3a). Während dieser Grundsatz bezüglich der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten ausdrücklich in § 5 Absatz 2 DSG festgehalten ist, stellt sich die Frage nach einer ausreichenden Gesetzesform auch bei der Bearbeitung von gewöhnlichen Personendaten, wobei diesbezüglich auf die Gesamtumstände abzustellen ist. Jedenfalls kann sich auch eine solche Bearbeitung je nach Art der Erhebung, der Zugriffsrechte oder des Verwendungszwecks als so wichtig bzw. grundlegend erweisen, dass selbst sie nur in einem demokratisch legitimierten Gesetz im formellen Sinn gerechtfertigt werden kann. Namentlich bei neuen Technologien wie Drohnenüberwachungen sind klare gesetzliche Grundlagen zu erwarten, welche die Grundrechte der Betroffenen respektieren und für Transparenz sorgen (Mund, a.a.O., Art. 17 DSG N 9).

3.4.

Wie bereits erwähnt setzt die Anwendung des Datenschutzgesetzes voraus, dass Personendaten im Sinn von § 2 Abs. 1 DSG bearbeitet werden. Unter diesen Begriff des Bearbeitens lassen sich auch durch eine Drohne aufgenommene Bilder subsumieren, da die Beschaffenheit des Datenträgers ohne Relevanz ist (Weber/Oertly, Datenschutzrechtliche Problemfelder von zivilen Drohneneinsätzen, in: Jusletter 26.10.2015, S. 7). Entscheidend ist, dass sich die Angaben einer bestimmten oder bestimmbaren Person zuordnen lassen (vgl. dazu BGE 138 II 346 E. 6.1, 136 II 508 E. 3.2). Deshalb ist es je nach Sachverhalt auch denkbar, von einer Drohne aufgenommene Gebäude als Personendaten zu qualifizieren (Weber/Oertly, a.a.O., S. 7). So ist auch bei Drohneneinsätzen im konkreten Kontext darauf abzustellen, ob ein Personenbezug gegeben ist (Bestimmtheit) oder ob sich ein solcher allenfalls herstellen lässt (Be-

stimmbarkeit). Eine Person gilt bereits als bestimmbar, wenn die grundsätzliche Möglichkeit einer Identifikation besteht (Blechta, Basler Komm. Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Art. 3 DSG N 10.41). Daher besteht grundsätzlich bei Drohneneinsätzen das Risiko, dass Personen aufgezeichnet werden und entsprechend eine Bearbeitung von Personendaten stattfinden kann (Weber/Oertly, a.a.O., S. 7).

3.5.

Bei den durch die Gemeinde Horw in Auftrag gegebenen Luftaufnahmen der Seeufergrundstücke der Horwer Halbinsel handelt es sich um Personendaten im oben dargelegten Sinn. Die hochauflösenden Bilder u.a. der – vom öffentlich zugänglichen Raum teilweise nicht einsehbaren – Gärten, Höfe, Balkone und – mittels der erfolgten Schrägaufnahmen – gar vom Innern der Wohnhäuser lassen sich ohne grossen Aufwand einer bestimmbaren Person zuordnen (entweder aus den Bildern selber oder etwa durch allgemeinzugängliche Zusatzinformationen wie beispielsweise eine elektronische Eigentümerabfrage; vgl. auch Blechta, a.a.O., Art. 3 DSG N 7). Würden die Bilder keine Personenidentifikation erlauben (evtl. indirekt via Bestimmbarkeit der Eigentümer der jeweiligen Grundstücke), wären sie für den von der Gemeinde Horw beabsichtigten Zweck der Kontrolle der Einhaltung der Bauvorschriften ungeeignet und deren Erstellung nicht in Auftrag gegeben worden.

Da die Aufnahmen überdies unter Umständen Rückschlüsse beispielsweise zur religiösen, weltanschaulichen oder politischen Haltung, der Intimsphäre, der Gesundheit oder der ethnischen Zugehörigkeit erlauben, stellen diese gezielt den privaten Bereich und damit die geschützte Privatsphäre der dortigen Bewohner betreffenden Bilder mit Informationen, die der Behörde ohne die Überflüge in diesem Ausmass und dieser Genauigkeit ganz offensichtlich verwehrt geblieben wären, gar besonders schützenswerte Personendaten im Sinn von § 2 Abs. 2 DSG dar.

Jedenfalls war – und allein dies ist entscheidend – zum Zeitpunkt der fraglichen Überflüge nicht auszuschliessen, dass dadurch Aufnahmen, welche die Persönlichkeit der Betroffenen in erhöhtem Mass berühren, gemacht und mithin Daten bearbeitet werden, für die – ungeachtet ihres Verwendungszwecks – uneingeschränkt die qualifizierten gesetzlichen Anforderungen im Sinn von § 5 Abs. 2 lit. a DSG gelten. Ob und inwieweit sich im Nachgang der Aufnahmen allenfalls zeigen sollte, dass sich solche Erkenntnisse daraus nicht gewinnen lassen, spielt für die Frage nach der Rechtmässigkeit ihrer Erstellung keine Rolle. Die Zulässigkeit eines entsprechenden Grundrechtseingriffs hat sich allein an diesem Umstand zu messen.

3.6.

Die von der Erstinstanz in Auftrag gegebenen Luftaufnahmen waren demnach nur dann zulässig, wenn sie in einem Gesetz ausdrücklich und klar vorgesehen waren, liegt doch keine Ausnahme für eine einzelfallweise Datenbearbeitung ohne gesetzliche Grundlage gemäss § 5 Abs. 2 lit. b - d DSG vor, was unter den am Verfahren Beteiligten unbestritten ist. Im Gegensatz zur Bearbeitung lediglich gewöhnlicher Personendaten reicht eine blosser Umschreibung

der öffentlichen Aufgaben als Grundlage für die Erhebung besonders schützenswerter Daten demzufolge nicht aus (Mund, a.a.O., Art. 17 DSG N 11). Vielmehr muss der vorgesehene Eingriff demokratisch legitimiert und daher im Gesetz selber ausdrücklich und klar vorgesehen sein. Namentlich müssen dabei der Zweck und der Umfang der Datenbearbeitung in groben Zügen (Nachvollziehbarkeit für die betroffenen Personen) sowie die dabei verwendeten Mittel und die zur Bearbeitung befugten Behörden mit hinreichender Bestimmtheit im Gesetz eindeutig umschrieben werden (Ballenegger, a.a.O., Art. 17 DSG N 22 f.; Mund, a.a.O., Art. 17 DSG N 11; Waldmann/Bickel, in: Datenschutzrecht [Hrsg. Belser/Epiney/Waldmann], Bern 2011, § 12 N 48; vgl. auch VPB 60.77).

3.7.

Eine solche Grundlage leitet die Vorinstanz aus § 203 Abs. 3 PBG sowie § 13 Abs. 1 GIG ab. Die beiden Bestimmungen lauteten (das PBG in seiner bis 31.12.2017 gültigen Fassung, siehe dazu unten E. 4) wie folgt:

"§ 203 PBG Meldepflicht, Baukontrolle

³ Die Gemeinde hat innert drei Arbeitstagen seit Empfang der Anzeige die Übereinstimmung der Baute oder Anlage mit der Baubewilligung und mit den genehmigten Plänen und Unterlagen zu kontrollieren. Die amtlichen Stellen dürfen zur Ausübung ihrer Funktion das Baugrundstück und die benachbarten Grundstücke jederzeit betreten."

"§ 13 GIG Duldung von Arbeiten zur Erhebung raumbezogener Daten; Grenz- und Vermessungszeichen

¹ Die Grundbesitzerinnen und -besitzer haben das Betreten ihrer Grundstücke zur Erhebung raumbezogener Daten, insbesondere für die amtliche Vermessung, durch Personen in Ausübung amtlicher Verrichtungen zu dulden. Sie haben das Anbringen, Sichern und Unterhalten von amtlichen Grenz- und Vermessungszeichen entschädigungslos zu dulden und diese in ihrer Lage unverändert bestehen zu lassen."

3.8.

Gegenstand der Baukontrolle im Sinn von § 203 Abs. 3 PBG ist die Überprüfung der Baute oder Anlage auf die Übereinstimmung mit der Baubewilligung und den genehmigten Plänen und Unterlagen. Dies beinhaltet namentlich die Kontrolle, ob die für die Baufreigabe vorgeschriebenen Auflagen erfüllt sind. Massgebend sind dabei jeweils die erkennbaren äusseren Umstände (Berner, Luzerner Planungs- und Baurecht, Bern 2012, N 1061; Ruckstuhl, in: Beraten und Prozessieren in Bausachen [Hrsg. Münch/Karlen/Geiser], Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 1998, N 14.11).

Wohl beinhaltet § 203 Abs. 3 PBG das Recht der Baupolizeibehörde, entsprechende Bauarbeiten und deren Ergebnisse zu beaufsichtigen und auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen. Mit der Vorinstanz ist die Behörde (sowie deren Hilfsorgane) auch berechtigt, im Einzelfall das Grundstück eines Bauobjektes inklusive Nachbarparzellen zu betreten, um die Bauarbeiten in den relevanten Bauphasen umfassend besichtigen und beurteilen zu können. Die Bauherr-

schaft auf der anderen Seite hat in diesem Umfang die durchzuführenden Kontrollen zu dulden und es trifft sie – soweit erforderlich – gar eine entsprechende Mitwirkungspflicht, damit die Kontrollen umfassend durchgeführt werden können (vgl. auch Baumann, Das Baubewilligungsverfahren nach aargauischem Recht, Zürich 2007, S. 113 f.). Anders gewendet ist die Behörde befugt, das Grundstück zu betreten und die Bauarbeiten zu besichtigen; soweit der Baukontrollzweck es erfordert, darf sie den Augenschein im gesamten Bauwerk vornehmen und nicht nur in den vom Projekt betroffenen Teilen (Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Diss. Zürich 1991, N 602).

Allein aus dem Recht, ein Baugrundstück inklusive Nachbarparzellen in den baurechtlich relevanten Bauphasen betreten zu dürfen, lässt sich aber noch keine genügend bestimmte Rechtsgrundlage für den Überflug einer gesamten Seeuferzone (ausserhalb der Kontrolle der baurechtskonformen Erstellung einer Baute oder Anlage und damit der eigentlichen Baukontrolle) mittels einer Drohne inklusive Aufzeichnung und Abspeicherung hochauflösender Fotoaufnahmen herleiten, dies im Sinn einer Datenerhebung mit dem ausschliesslichen Zweck, darauf bei einer allfälligen künftigen Anzeige Dritter zurückgreifen zu können. Eine solch umfassende Erhebung von Daten stellt einen intensiven und mithin schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar und reicht weiter als ein einzelfallweises Betreten von Parzellen inklusive Fotografieren vom Boden aus. § 203 Abs. 3 PBG nennt das Zutrittsrecht denn auch im Zusammenhang mit einer Anzeige und beschränkt sich in seinem Ausmass folglich auf den Zweck der Kontrolle. Eine solche Beschränkung wird mit einem Überflug indes nicht gewährleistet, da mit den Flugbildern auch weitere Informationen ausserhalb des Kontrollzwecks der Baubehörde zur Kenntnis gelangen. Damit und namentlich mit diesem lückenlosen und gezielten Überfliegen des privaten Bereichs mittels neuster und damit ungewohnter Technologie müssen die betroffenen Bewohner aufgrund der genannten Baukontrollen-Bestimmung grundsätzlich nicht rechnen, auch wenn ihnen der Einsatz der Drohnen wie vorliegend angekündigt wurde. Dass sie sich – so die Vorinstanz – mit Vorteil an die Bauvorschriften halten sollten und anderweitiges Verhalten gegebenenfalls fotografisch festgestellt und auch geahndet werden kann, ändert nichts an der Tatsache, dass sich die staatlichen Behörden an das Gesetzmässigkeitsprinzip zu halten haben und die Erstinstanz mit dem von ihr gewählten Vorgehen an Informationen gelangte, die ihr ohne die Überflüge in diesem Umfang und dieser Detailliertheit ganz offensichtlich verwehrt geblieben wären. Um solche Daten, die wie gesagt die Persönlichkeit der Betroffenen in erhöhtem Mass berühren können (vgl. oben E. 3.5), rechtmässig zu erheben, bedürfte es viel eher einer ausdrücklichen und klaren Regelung in einem Gesetz, dies im Sinn der Transparenz. Zwar hat die Gemeinde Horw mit ihrer vorangegangenen Ankündigung sowie der eröffneten Möglichkeit, die Bilder einzusehen, diesem Transparenzgrundsatz nachgelebt. Allein diese Modalitäten, die auch dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs bei einer Baukontrolle dienen (vgl. dazu Mäder, a.a.O., N 602), vermögen das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage aber nicht zu ersetzen. Sie stellen denn auch keine ausdrückliche Einverständniserklärung der Betroffenen dar. Die Anforderungen an die erforderliche gesetzliche Grundlage können – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – auch mit dem Hinweis nicht herabgesetzt werden, im Regelfall gehe es nicht um besonders schützenswerte

Personendaten. Auch wenn raumwirksame Daten hier im Fokus stehen, hat sich die Frage nach den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage daran zu messen, dass diese bestimmbar sind und Rückschlüsse auf Personendaten zulassen, die einen besonders schützenswerten Bereich betreffen können. Damit reicht § 203 Abs. 3 PBG (in seiner bis 31.12.2017 gültigen Fassung, vgl. hierzu unten) nicht aus, um als gesetzliche Grundlage für die streit betroffenen Drohnenflüge im Rahmen der Bauaufsicht zu dienen.

Hinzuweisen ist diesbezüglich auch auf die in der Lehre zuweilen geforderten hohen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage. Danach sind im Gesetz wenigstens Zweck und Umfang der beabsichtigten Datenbearbeitung (d.h. Erhebung mitsamt Speicherung) sowie die einzusetzenden Geräte ausdrücklich zu bezeichnen, sodann die zur Bearbeitung befugten Behörden, die Zugriffsberechtigten künftiger Abrufverfahren, allenfalls die Grundsätze zur Informationsweitergabe, die Verantwortung bei verzweigten EDV-Systemen und schliesslich allfällige Sicherheitsbestimmungen (vgl. Schweizer, a.a.O., Art. 13 BV N 93). Ob eine derart detaillierte gesetzliche Grundlage notwendig ist, kann hier offen gelassen werden, da § 203 PBG in der hier anwendbaren Fassung wie gesagt einen solch schweren Grundrechtseingriff ohnehin nicht zu begründen vermag.

Dasselbe gilt in Bezug auf das kantonale Geoinformationsgesetz. Dieses Gesetz bezweckt die Sicherstellung einer nachhaltigen und geordneten Erhebung und Nutzung raumbezogener Daten. Es schafft die Grundlagen für ein geografisches Informationssystem und regelt die Beschaffung, Verwaltung und Weitergabe raumbezogener Daten sowie deren Verknüpfung (§ 1 Abs. 1 und 2 GIG). Dürfen aber bereits allgemeine Angaben über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche oder juristische Person oder Personengesellschaft des Handelsrechts nicht für ein Vorhaben bearbeitet werden, das nach Treu und Glauben mit dem Zweck unvereinbar ist, für den sie ursprünglich beschafft oder der Behörde bekanntgegeben worden sind, hat dies umso mehr für besonders schützenswerte Personendaten zu gelten, die hier von besonderem Interesse sind (§ 4 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 2 DSG). Wohl erlaubt es das Geoinformationsgesetz, dass raumbezogene Daten in einem geografischen Informationsgesetz verknüpft werden dürfen, wenn der Schutz der Polizeigüter und damit die Interessen der Sicherheit, der Gesundheit sowie der Ruhe und Ordnung oder andere öffentliche Interessen dies gebieten. Diese Möglichkeit der Verknüpfung wird aber klar auf Sachdaten beschränkt. Für die Verknüpfung von Sachdaten mit Personendaten, und insbesondere mit empfindlichen Personendaten (vgl. wiederum oben E. 3.5), müssen demgegenüber die datenschutzrechtlichen Vorschriften uneingeschränkt eingehalten werden (§ 8 GIG; vgl. auch Botschaft des Regierungsrats an den Grossen Rat vom 20.12.2002 zum Entwurf eines Gesetzes über die Geoinformation und die amtliche Vermessung [B 151], S. 12-14). Das heisst, besonders schützenswerte Personendaten dürfen nur dann bearbeitet werden, wenn es – wie gesagt – ein Gesetz im formellen Sinn ausdrücklich und klar vorsieht.

Weder sieht § 13 Abs. 1 GIG den Überflug eines privaten Grundstücks oder gar einer gesamten Schutzzone mit einer Drohne inklusive Datenaufzeichnung und -abspeicherung zum

Zweck der Baukontrolle ausdrücklich vor noch legitimiert dieses Gesetz sonstwie irgendeine vorrätige Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten im hier strittigen Sinn.

3.9.

Wie dargelegt, liessen sich die strittigen Drohnenüberflüge mit Datenaufzeichnung und -speicherung in solch grossem Umfang und dieser Genauigkeit mit dem Zweck der Baukontrolltätigkeit bis anhin nicht rechtfertigen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass beim Baupolizeirecht – anders als beim eigentlichen Polizeirecht – grundsätzlich kein Grund zur Ermächtigung einer Behörde besteht, polizeiliche Massnahmen zum Schutz fundamentaler Polizeigüter zu treffen, um schwere und unmittelbare Gefahren abzuweisen oder erfolgte Störungen zu beseitigen. Besteht hier das Bedürfnis einer bestimmten Regulierung, wird der Gesetzgeber nicht von seiner Pflicht entbunden, eine entsprechende Regelung in genügend bestimmtem Umfang auch vorzunehmen (vgl. Schweizer, a.a.O., Art. 36 BV N 24). Soweit die Erstinstanz ein Bedürfnis nach einer lückenlosen Dokumentation bestehender Verhältnisse im Bereich von gewissen Zonen geltend macht, ist ihr entgegenzuhalten, dass es dem Gesetzgeber obliegt, sollte er bei der Baukontrolle auch auf das Hilfsmittel der Drohnen zurückgreifen wollen, dies im Gesetz auch klarzustellen.

Dies war wie gesagt bis anhin im Kanton Luzern nicht der Fall. Weder der Verweis auf das Zürcher Geoinformationsgesetz (KGeoIG-ZH; LS 704.1) noch jener auf das Bundesgesetz über die militärischen Informationssysteme (MIG; SR 510.91) im angefochtenen Entscheid vermögen daran etwas zu ändern. Wohl ermächtigt Ersteres den Kanton Zürich sowie die Zürcher Gemeinden im Rahmen der Erhebung, Nachführung, Verwaltung und Nutzung von Geodaten ausdrücklich zur Erstellung von Luftbildern und Orthofotos, soweit die Auflösung keine Bestimmung von Personen erlaubt (§ 17 Abs. 2 KGeoIG-ZH). Allerdings schafft auch dieses Gesetz ein auf Geodaten zugeschnittenes Sonderrecht betreffend Sachdaten (vgl. Antrag des Regierungsrats Zürich [4703] an den Zürcher Kantonsrat vom 8.6.2010 zum kantonalen Geoinformationsgesetz, S. 21), sodass das Erstellen von Luftbildern zum Zweck der Baukontrolle davon grundsätzlich nicht erfasst ist. Was sodann die Art. 180 ff. MIG anbelangt, wird dort der Betrieb von mobilen und fest installierten, boden- und luftgestützten, bemannten und unbemannten Überwachungsgeräten und -anlagen – und damit auch Drohnen – ausdrücklich geregelt. Das MIG nennt dabei das verantwortliche Organ, den Zweck und Umfang der Bearbeitung, die Art der Datenbeschaffung und -bekanntgabe, den Zugang zu den Daten mittels Abrufverfahren sowie die Dauer der Aufbewahrung umfassend und enthält damit – anders als § 203 Abs. 3 PBG in Bezug auf Drohnenüberflüge mitsamt Datenaufzeichnung und -speicherung im Rahmen der Baukontrolle im Kanton Luzern – die gemäss Art. 17 Abs. 2 DSG notwendige formell-gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung der beim Einsatz von Überwachungsmitteln durch die Armee und die Militärverwaltung anfallenden Daten. Fehl geht die Vorinstanz schliesslich mit ihrem Verweis auf das Zürcher Polizeigesetz (PolIG-ZH; LS 550.1), in Bezug auf welches es das Bundesgericht nicht beanstandet habe, dass es das Gesetz offen lasse, ob die technische Überwachung mit fest installierten oder aber mit mobilen Geräten oder gar mit Drohnen erfolge. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 1C_179/2008 vom

30. September 2009 im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle festgehalten, § 32 PolG-ZH, der in seiner vorgesehenen Form eine grenzenlose Überwachung im gesamten öffentlichen Raum und gewisser Privaträume erlaubte, sei verfassungswidrig und verliere mit sofortiger Wirkung seine Gültigkeit. Die Vorschrift sei zu vage und ohne Einschränkungen formuliert. So gebe es weder Angaben über Natur der technischen Geräte und die Art oder Voraussetzungen ihres Einsatzes, noch bezeichne die Vorschrift Sinn und Zweck einer durchzuführenden Video- und Ton-Überwachung. Ebenso wenig gebe es eine räumliche Einschränkung oder enthalte die Vorschrift Informationen darüber, wer die Überwachung mit Kamera, Drohne oder Mikrofon durchführen dürfe. Eine solch offene und unbestimmte Regelung stelle einen unzulässigen Eingriff in die persönliche Freiheit und Privatsphäre der Bürger dar (BGE 136 I 87 E. 8). Die Bestimmung wurde in der Folge geändert und §§ 32a ff. PolG-ZH gelten in ihrer aktuell gültigen Fassung aufgrund des expliziten Hinweises auf die Überwachungsmöglichkeit mit Audio- und Videogeräten nunmehr als Rechtsgrundlage u.a. für den Einsatz von Drohnen durch die Zürcher Kantonspolizei sowie die kommunalen Polizeien im Kanton Zürich (vgl. Steiger: Regulierung von Drohnen im zivilen Behördeneinsatz in der Schweiz, in: Sicherheit & Recht 3/2014, S. 180). War nun aber § 32 PolG-ZH in der ursprünglich vorgesehenen Form in Bezug auf die Voraussetzungen für den Einsatz technischer Überwachungsmittel wie Drohnen zu vage formuliert, da sich ihm namentlich überhaupt keine Grenzen, Schranken oder Schwerpunkte entnehmen liessen, lässt sich auch aus der allgemeinen Baukontrollenvorschrift von § 203 PBG (wohlgemerkt ohne jeglichen Hinweis auf den Einsatz technischer Geräte) keine Ermächtigung für den Einsatz gerade solch strittiger technischer Hilfsmittel zum Zweck der Baukontrolle herleiten, ansonsten die Bestimmung zu einer ähnlichen Blankettnorm verkäme, wie vom Bundesgericht im genannten Urteil beanstandet wurde.

Damit steht fest, dass weder § 203 Abs. 3 PBG noch § 13 Abs. 1 GIG eine hinreichend bestimmte und ausdrückliche Rechtsgrundlage für den Einsatz von Drohnen mit Datenerfassung und -speicherung im hier strittigen Sinn darstellen.

4.

4.1.

§ 203 PBG hat per 1. Januar 2018 eine Änderung erfahren. So wurde u.a. im Titel der Bestimmung das Wort "Bauaufsicht" ergänzt, dies mit der Begründung, dass Kontrollen von illegalen Bauten oder Nutzungsänderungen auch ausserhalb des Baubewilligungsverfahrens möglich sein sollten (Botschaft des Regierungsrats an den Kantonsrat vom 24.1.2017 zur Änderung des Planungs- und Baugesetzes mit Schwerpunkt Mehrwertausgleich [B 72], S. 50). Sodann wurde der zweite Satz von Absatz 3 gestrichen und neu als Absatz 5 geführt und insofern ergänzt, als neu im Rahmen der allgemeinen Bauaufsicht nach entsprechender Vorankündigung auch Flugaufnahmen möglich sein sollen.

Es stellt sich die Frage nach der rechtlichen Wirkung dieser Bestimmung vor Inkrafttreten per 1. Januar 2018, wobei diesbezüglich darauf hinzuweisen ist, dass aufgrund der beschränkten

Überprüfungsbefugnis des Kantonsgerichts die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids massgebend sind (vorne E. 1.4).

4.2.

Die rechtlichen Wirkungen eines Erlasses beginnen grundsätzlich mit seinem Inkrafttreten; Rechtsnormen wirken grundsätzlich in die Zukunft (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 258, 266). Die genannte Gesetzesänderung sieht eine Anpassung des kommunalen Aufsichtsrechts auf Situationen auch ausserhalb der Bewilligungsverfahren vor; u.a. soll aus Praktikabilitätsgründen im Gesetz verdeutlicht werden, dass im Rahmen der Bauaufsicht nach entsprechender Vorankündigung auch mit Drohnen durchgeführte Flugaufnahmen möglich sein sollen (Botschaft, a.a.O.). Die Gesetzesnovelle trat wie gesagt per 1. Januar 2018 in Kraft und die neue Bestimmung nimmt keinen Bezug auf vorherige Sachverhalte. Damit steht aber eine rückwirkende zeitliche Geltung ausser Frage, die sich durch eine ausdrückliche Anordnung manifestieren müsste. Da weder dargetan wird noch sich sonstwie ergibt, dass und inwiefern die per 1. Januar 2018 in Kraft getretene Bestimmung auch vor diesem Zeitpunkt durchgeführte Fotoaufnahmen legitimieren würde, erübrigen sich Weiterungen hiezu. Jedenfalls aber deutet der Umstand, dass das Gesetz die besagten Flugaufnahmen nunmehr ausdrücklich vorsieht, darauf hin, dass auch der Gesetzgeber entsprechende Überflüge zwecks Datenbearbeitung aufgrund der bestehenden Bestimmungen bis anhin offenbar als nicht zulässig erachtete.

5.

Damit steht fest, dass im hier interessierenden Zeitraum keine hinreichend bestimmte und ausdrückliche gesetzliche Grundlage bestand, welche die im Streit liegenden Luftaufnahmen rechtfertigen würde. Eine weitergehende Prüfung der verfassungsmässigen Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechten erübrigt sich unter diesen Umständen. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich damit im Hauptpunkt als begründet, weshalb sie gutzuheissen und der angefochtene Entscheid des JSD vom 1. Februar 2017 aufzuheben ist.

6.

Der Beschwerdeführer beantragt darüber hinaus die Anweisung der unverzüglichen und vollumfänglichen Löschung sämtlicher im Zusammenhang mit den Luftaufnahmen erstellten Daten auf allen Datenträgern jeder Art durch die Erstinstanz sowie bei beigezogenen Dritten inklusive Bestätigung der durchgeführten Löschung.

Zufolge Gutheissung der Beschwerde im Hauptpunkt und da weder Vor- noch Erstinstanz substantiiert dagegenhalten, ist diesem Antrag stattzugeben.

7.

7.1.

Im Rechtsmittelverfahren sind die amtlichen Kosten von jener Partei zu tragen, die unterliegt oder auf deren Rechtsmittel nicht eingetreten wurde (§ 198 Abs. 1 lit. c VRG). Gemäss § 199 VRG belasten die kantonalen Instanzen sodann weder den Kanton noch seine Behörden mit

amtlichen Kosten (Abs. 1). Den Gemeinden und andern dem Kanton nachgeordneten Gemeinwesen werden schliesslich amtliche Kosten auferlegt, wenn sie unter eigenem Namen oder durch eine Behörde in einem Rechtsmittelverfahren als Partei beteiligt und am Rechtsstreit wirtschaftlich interessiert sind (Abs. 2) oder wenn ihren Behörden grobe Verfahrensmängel oder offenbare Rechtsverletzungen zur Last fallen (Abs. 3).

Dem Verfahrensausgang folgend hat der Beschwerdeführer keine amtlichen Kosten zu tragen. Da Vor- wie Erstinstanz weder in eigenem Namen als Partei beteiligt noch am Rechtsstreit wirtschaftlich interessiert sind und ihnen auch keine groben Verfahrensmängel oder offenbare Rechtsverletzungen zur Last fallen, werden sie ebenso wenig kostenpflichtig.

7.2.

Die Parteientschädigung ist eine Vergütung für die Kosten der berufsmässigen Parteivertretung und das notwendige Erscheinen der Parteien vor Behörden und Sachverständigen (§ 193 Abs. 3 VRG).

Wie vorne unter E. 1.2.1 dargelegt, hat der Beauftragte für den Datenschutz die Beschwerde nicht als Partei sondern in amtlicher Funktion als kantonale Aufsichtsstelle (§ 22 DSG) und damit als Behörde im Sinn von §§ 2 und 6 Abs. 1 lit. a VRG eingereicht. Behörden werden keine Parteientschädigungen zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obliegen (vgl. § 193 Abs. 3 VRG e contrario).

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Justiz- und Sicherheitsdepartements des Kantons Luzern vom 1. Februar 2017 wird aufgehoben.

2.

Der Gemeinderat Horw wird angewiesen, sämtliche bei der Gemeinde Horw oder Dritten befindlichen, im Zusammenhang mit den im Februar und März 2016 durchgeführten Luftaufnahmen erstellten Daten auf allen Datenträgern jeder Art unverzüglich und vollumfänglich zu löschen bzw. diese Löschung anzuordnen und die ausgeführte Löschung zu Händen des Beschwerdeführers innert 30 Tagen seit Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu bestätigen.

3.

Es werden keine amtlichen Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach den Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen. Sie muss einen Antrag und dessen Begründung enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweisurkunden sind beizulegen.

5.

Dieses Urteil wird zugestellt an:

- Beschwerdeführer
- Gemeinderat Horw
- Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern
- Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement des Kantons Luzern (Orientierungskopie)
- Finanz- und Rechnungswesen Gerichte (im Dispositiv)

Kantonsgericht

4. Abteilung



Eiholzer
Präsident



Mattmann Baschung
Gerichtsschreiberin

Versand: **24. APR. 2018**