

# Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung

---

*Louisa Specht-Riemenschneider und Dennis Jennessen*

Die DS-GVO gilt seit dem 25.05.2018 unmittelbar. Zwar enthält sie zahlreiche Öffnungsklauseln, soweit diese aber nicht bestehen, bleibt entgegenstehendes nationales Recht unangewendet. Es gilt der Anwendungsvorrang europäischen Rechts gemäß Art. 288 AEUV. Dies trifft auch und gerade entscheidende Normen zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder der besonderen Persönlichkeitsrechte, so zum Beispiel das KUG. Während Erwägungsgrund 146 S. 4 DS-GVO den klarstellenden Hinweis enthält, dass weitergehende nationale Ansprüche unberührt bleiben, was insbesondere für das Äußerungsrecht gelten dürfte, sieht ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung für das KUG lediglich vor, dass dieses weiterhin zur Anwendung kommen soll, wenn die DS-GVO dies zulässt.<sup>1</sup> Das Verhältnis beider Regelungsregime zueinander ist damit weiterhin mehr als fraglich.<sup>2</sup> Es zu klären, intendiert dieser Beitrag.

Um das Verhältnis von KUG und DS-GVO untersuchen zu können, ist zunächst eine nähere Einordnung des Rechts am eigenen Bild als wesentlicher Teilaspekt des Schutzes der Privatheit erforderlich. Ausgehend von dieser Einordnung soll dargelegt werden, warum der Bildnisschutz – und damit auch das KUG als dessen einfachgesetzliche Ausgestaltung – mit Inkrafttreten der DS-GVO verstärkt in einen datenschutzrechtlichen Kontext rückt und es somit zu einer Konkurrenz beider Regelungsregime kommt. Anhand einer Untersuchung der Reichweite einzelner Öffnungsklauseln ist sodann aufzuzeigen, in welchen Bereichen der Bilddatenverarbeitung das KUG trotz des europäischen Anwendungsvor-

---

1 Vgl. dazu Art. 19 des Gesetzesentwurfes vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Änderung des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie, der in § 1 KUG-E folgende Novellierung enthält: »Die §§ 22 bis 24, 37, 38, 42 bis 44 und 59 gelten, soweit sich die Verbreitung oder Schaufstellung von Bildnissen nicht nach der [...] DSGVO in der jeweils geltenden Fassung richtet« (ebenso zitiert bei: Horvath 2018).

2 Vor dem Inkrafttreten der DS-GVO wurde das KUG aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG a.F. als *lex specialis* zum BDSG a.F. angesehen. Aufgrund des Anwendungsvorranges der DS-GVO kommt § 1 Abs. 2 S. 1 BDSG-neu allerdings kein vergleichbarer Regelungsgehalt mehr zu, vgl. hierzu Lauber-Rönsberg/Hartlaub 2017: S. 1057-1062.

rangs unverändert fortgelten kann. Hieran anknüpfend soll dezidiert auf die Konsequenzen in der Rechtsanwendung eingegangen werden, welche sich daraus ergeben können, dass das KUG für einzelne Teilbereiche nicht mehr unmittelbar gilt. Im Rahmen dessen ist vor allem zu erörtern, ob und inwieweit sich die über Jahrzehnte entwickelte, fein austarierte Kasuistik des KUG in den gewandelten Rechtskontext der DS-GVO integrieren lässt. Dazu sollen verschiedene Teilaspekte bei der Verarbeitung personenbezogener Bilddaten herausgearbeitet und anschließend in das Regelungsgefüge der DS-GVO übertragen werden.

## 1. Bildnisschutz als Schutz von Privatheit

Der Schutz des Rechts am eigenen Bild ist sondergesetzlich in den §§ 22ff. KUG normiert und wurde historisch zunächst als Einschränkung des Vervielfältigungsrechts des/r Bildnisurheber/s/in zugunsten der Persönlichkeitsinteressen des Abgebildeten gewährleistet. Nach dem Vorbild des bayerischen Gesetzes von 1865 wurde es im ›Photographieurhebergesetz‹ von 1876 und nachfolgend im KUG von 1907 in eben diesem Sinne gewährleistet.<sup>3</sup> Heute ist das Recht am eigenen Bild seiner Rechtsnatur nach ein besonderes Persönlichkeitsrecht, das heißt eine sondergesetzliche Normierung des seit der Bundesgerichtshofsentscheidung *Schacht-Briefe*<sup>4</sup> sowie seit der Bundesgerichtshofsentscheidung *Spätheimkehrer*<sup>5</sup> auch für Bildnisse direkt aus den Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG abgeleiteten und als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannten allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>6</sup> Bildnisschutz in diesem Sinne ist normativ auch und gerade Schutz der Privatheit. Zwar schützen die §§ 22, 23 KUG lediglich vor der Verbreitung und Schaustellung von Bildnissen, ihre Anfertigung kann aber allein über das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seit dem 25.05.2018 ebenso über das Datenschutzrecht unterbunden werden. Auch ist es heute – anders als vor der Rechtsprechungsänderung durch die *Caroline-Entscheidung* des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte<sup>7</sup> – nicht mehr erforderlich, dass sich der/die Abgebildete in die örtliche Abgeschiedenheit und damit ›ins Private‹ zurückgezogen hat. Die örtliche Abgeschiedenheit ist und bleibt aber ein wichtiger Teilbereich der Privatsphäre, der vor bildnisrelevanten Eingriffen besonders geschützt ist. Seit der Rechtsprechungsänderung durch das *Caroline-Urteil* des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte wird die Privatsphäre heute allerdings sehr viel

3 Vgl. Dreier/Schulze/Specht 2018: *UrhG*, vor § 22 KUG, Rn. 2.

4 Vgl. BGH, Urt. v. 25.05.1954 – I ZR 211/53.

5 Vgl. BGH, Urt. v. 10.05.1957 – I ZR 234/55.

6 Vgl. Dreier/Schulze/Specht 2018: *UrhG*, vor § 22 KUG, Rn. 3.

7 Vgl. EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00: Rn. 74f.

weiter definiert. Neben der örtlichen Dimension lässt sie sich auch funktional und persönlich bestimmen. Sie ist danach auch dann betroffen, wenn der/die Betroffene nicht in seiner/ihrer amtlichen Funktion (funktionale Dimension der Privatsphäre) abgebildet ist oder aber gemeinsam mit seiner/ihrer Familie (persönliche Dimension der Privatsphäre). Der/Die Betroffene kann also seine/ihre Privatsphäre in die Öffentlichkeit tragen, ohne seine/ihre berechnete Privatheitserwartung zu verlieren. Gerade vor dem Hintergrund des technischen Fortschritts bei der Aufzeichnung und großflächigen Verbreitung von Lichtbildern in der Öffentlichkeit ist eine verstärkte Wachsamkeit beim Schutz der Privatsphäre geboten.<sup>8</sup> Um die Privatheit hinreichend gewährleisten zu können, muss der/die Einzelne also zurecht in der Erwartung handeln dürfen, vor entsprechenden Eingriffen in seine/ihre Privatsphäre geschützt zu sein. Andernfalls könnte er/sie in der Nutzung seiner/ihrer Privatsphäre empfindlich gestört sein, da er/sie ständig dem Gefühl ausgesetzt sein müsste, in der Öffentlichkeit in bestimmten und aus Sicht des/der Betroffenen nicht vorteilhaften Situationen abgelichtet zu werden. Dies könnte im schlimmsten Falle zu einer Änderung der Verhaltensweisen und zu einer Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führen. Nicht jeder Eingriff in das Recht am eigenen Bild aber führt auch zu entsprechenden (Unterlassungs- oder Schadensersatz-)Ansprüchen des/r Abgebildeten. Am weitestgehend geschützt ist dabei die Intimsphäre, wobei der/die Abgebildete sich selbst dieses Schutzes durch entsprechendes Vorverhalten begeben oder den Eingriff durch eine Einwilligung rechtfertigen kann. Liegt ein Eingriff in die Privatsphäre oder in die Sozialsphäre vor, so ist dieser auch dann nicht rechtswidrig, wenn ein Ausnahmetatbestand der §§ 23, 24 KUG vorliegt. Hier hat sich eine sehr fein austarierte *Kasuistik* vor allem zu der Frage entwickelt, wann ein zeitgeschichtliches Ereignis im Sinne des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG vorliegt.<sup>9</sup> Für die Erörterung des zur Verbreitung und Schaustellung berechtigenden Öffentlichkeitsinteresses wird noch immer – zum Teil in bedenklicher Nähe zu der durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verworfenen »Person der Zeitgeschichte« – auch und gerade auf den beruflichen Stand und den Prominenzstatus des Abgebildeten abgestellt. Politiker/innen, Prominente und Straftäter/innen müssen ein Eindringen in ihre Privatsphäre durch entsprechende Bildnisverbreitung/Schaustellung insofern sehr viel weitreichender dulden als unbekannte Personen. Die Vorbildfunktion von Prominenten und Politiker/n/innen rechtfertigt ihre Abbildung häufig selbst in der Normalität des Alltags. Die Sozialsphäre genießt bei alledem den geringsten Schutz.

8 Vgl. EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00: Rn. 70.

9 Vgl. hierzu umfassend Dreier/Schulze/Speccht 2018: *UrhG*, § 23 KUG, Rn. 10–21.

## 2. Bilddaten als personenbezogene Daten

Durch die Digitalisierung ist das KUG – freilich wie viele andere Gesetze – vor besondere Herausforderungen gestellt. So ergibt sich beispielsweise die Frage, ob ein netzrelevantes Vorverhalten gleichermaßen zu einem verminderten Privatsphärenschutz führt wie ein fehlendes Vorgehen gegen entsprechende Bildberichterstattung in Zeitung oder Fernsehen oder das Gewähren von Interviews über ein ansonsten als privat zu qualifizierendes Thema. Fraglich ist zudem, ob die bislang an das Urheberrecht angelehnten Begriffe von Öffentlichkeit und Verbreitung den Modifikationen unterliegen, die der Europäische Gerichtshof für das Urheberrecht postuliert hat. All diese Fragen sind aber zweitrangig gegenüber der Problematik, ob das KUG neben der DS-GVO überhaupt weitergelten kann oder ob Verbreitung und öffentliche Schaustellung seit dem 25.05.2018 ebenso nach der DS-GVO zu beurteilen sind, wie dies für die Anfertigung von Bildnissen gelten sollte.<sup>10</sup>

Auch wenn das KUG seinen Ursprung nicht im Datenschutzrecht hat, sondern historisch als zugunsten des Bildnisschutzes wirkende Einschränkung des Urheberrechts gedacht war, enthält Art. 4 Nr. 14 DS-GVO die ausdrückliche Vorgabe, dass die DS-GVO auch Bilddaten in ihrem Anwendungsbereich erfasst, zum Beispiel biometrische Daten wie Gesichtsbilder. Zwar will der Verordnungsgeber Lichtbilder nicht generell als biometrische Daten erfassen, sondern nur dann, »wenn sie mit speziellen technischen Mitteln verarbeitet werden, die eine eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürlichen Person ermöglichen«<sup>11</sup>. Werden aber Gesichtsbilder als biometrische Daten und damit als besonders sensible personenbezogene Daten erfasst, ist hieraus die Grundaussage des Verordnungsgebers ersichtlich, dass Bilddaten personenbezogene Daten darstellen können, die vom Anwendungsbereich der DS-GVO erfasst sind.

## 3. Öffnungsklausel für die Verarbeitung von Bilddaten

Damit das KUG weiterhin gelten kann, bedarf es einer Öffnungsklausel der DS-GVO. Hierfür in Betracht kommt neben Art. 85 DS-GVO für biometrische Daten Art. 9 Abs. 2 lit. g DS-GVO.

<sup>10</sup> Vgl. Lauber-Rönsberg/Hartlaub 2017: S. 1057-1062; Specht 2017: S. 577; Sydow/Specht/Bienemann 2018: DS-GVO, Art. 85, Rn. 12; Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman/Frey 2018: DS-GVO, Art. 85, Rn. 33; OLG Köln, Beschl. v. 18.02.2018 – 15 W 27/18; Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit 2018; Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat 2018; Vukusic 2018.

<sup>11</sup> Erwägungsgrund 51 DS-GVO.

### 3.1 Art. 9 Abs. 2 lit. g DS-GVO

Biometrische Daten gehören zu den sensiblen Daten, deren Verarbeitung nur in den engen Grenzen des Art. 9 Abs. 2 DS-GVO zulässig ist. Hierzu gehört nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO die Einwilligung sowie nach Abs. 2 lit. g eine mitgliedstaatliche Regelung, die die Verarbeitung legitimiert, sofern sie aus Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses erforderlich ist. Mit der Ausnahmeregelung des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG wird dem legitimen Informationsinteresse der Allgemeinheit gedient. Dieses Interesse kann durchaus erheblich sein, nicht aber jedes Informationsinteresse wird die Erheblichkeitsschwelle überschreiten. So ist es im Rahmen des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG anerkannt, dass dem Bereich der Zeitgeschichte *alle Geschehnisse von gesellschaftlicher Relevanz* unterfallen können.<sup>12</sup>

Der Begriff des Zeitgeschehens ist daher weit auszulegen und erfasst auch rein unterhaltende Beiträge, durch die eine Meinungsbildung stattfinden kann.<sup>13</sup> Da das erhebliche Interesse insofern nicht spezifisch definiert wird, ist § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG nicht bestimmt genug, um als nationale Regelung aufgrund der Öffnungsklausel gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. g DS-GVO in Betracht zu kommen.<sup>14</sup> Eine Verarbeitung biometrischer Bilddaten auf Grundlage des KUG kommt daher nicht in Betracht.

### 3.2 Art. 85 DS-GVO

Art. 85 DS-GVO enthält eine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten, die es ihnen gestattet, durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang zu bringen.<sup>15</sup> Die Vorschrift konkretisiert damit den im Erwägungsgrund 4 DS-GVO aufgestellten Grundsatz, wonach das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten kein uneingeschränktes Recht ist, sondern vielmehr im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegen andere Grundrechte abgewo-

12 Vgl. BGH, Urt. v. 01.07.2008 – VI ZR 67/08: Rn. 12; BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 13/06: Rn. 17f.; BGH, Urt. v. 10.03.2009 – VI ZR 261/07: Rn. 10; BGH, Urt. v. 13.04.2010 – VI ZR 125/08: Rn. 12.

13 Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2011 – VI ZR 5/10; BGH, Urt. v. 14.10.2008 – VR ZR 272/06: Rn. 14; BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06: Rn. 17, 26; BGH, Urt. v. 03.07.2007 – VI ZR 164/06: Rn. 7; BGH, Urt. v. 19.06.2007 – VI ZR 12/06: Rn. 19; BGH, Urt. v. 01.07.2008 – VR ZR 243/06: Rn. 13; BGH, Urt. v. 24.06.2008 – VI ZR 156/06: Rn. 16, 23; BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 13/06: Rn. 23; BGH, Urt. v. 10.03.2009 – VI ZR 261/07: Rn. 11.

14 Sofern das erhebliche öffentliche Interesse nicht aus dem Gesetz selbst erkennbar hervorgeht, liegt ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vor (vgl. Ehmann/Selmayr/Schiff 2017: DS-GVO, Art. 9, Rn. 46).

15 Vgl. hierzu auch den Beitrag von Sebastian J. Colla, Henning Hofmann und Matthias Bäcker in diesem Band.

gen werden muss. Dass der europäische Verordnungsgeber bei der Schaffung des Art. 85 DS-GVO insbesondere auch eine (Ausnahme-)Regelung für die Bilddatenverarbeitung im Blick hatte, zeigt sich vor allem an Erwägungsgrund 153 DS-GVO, der diesbezüglich auf »die Verarbeitung personenbezogener Daten im audiovisuellen Bereich« verweist.

Im Regelungsgefüge des Art. 85 DS-GVO spezifiziert Abs. 2 dann, dass Abweichungen und Ausnahmen zu journalistischen Zwecken oder zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken vorzusehen sind. Ob die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten ausschließlich auf diese Zwecke beschränkt ist oder aber auch Art. 85 Abs. 1 DS-GVO eine eigenständige weitergehende Öffnungsklausel enthält, ist streitbar.<sup>16</sup> Weder die deutsche noch die englische oder französische Sprachfassung der DS-GVO sind an dieser Stelle ergiebig, sodass sich dem Wortlaut jedenfalls keine sicheren Anhaltspunkte über die Reichweite des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO entnehmen lassen. Argumentieren ließe sich hier einerseits, dass sich die Notifizierungspflicht des Abs. 3 allein auf Abs. 2 bezieht. Würde Art. 85 Abs. 1 DS-GVO eine eigenständige Öffnungsklausel darstellen, müsste sich Abs. 3 aber auch auf Abs. 1 beziehen, da anderenfalls nicht ersichtlich wäre, warum Abs. 1 von der Notifizierungspflicht ausgenommen sein sollte, obwohl dieser – wenn ihm eine Regelungsbefugnis entnommen werden könnte – viel weiter reicht als Abs. 2.<sup>17</sup> Andererseits enthält die DS-GVO auch an anderen Stellen Fehlverweise (vgl. etwa den vormaligen Verweis des Art. 15 Abs. 4 DS-GVO auf den nicht existenten Art. 15 Abs. 1b DS-GVO), sodass dieses Argument nicht zwingend ist.<sup>18</sup> Allerdings würde ein nicht auf konkrete Zwecke begrenzter mitgliedstaatlicher Regelungsspielraum, der sich allgemein auf einen Ausgleich zwischen Datenschutz und Kommunikationsfreiheit erstrecken würde, zu einer praktisch grenzenlosen Rechtszersplitterung im europäischen Datenschutzrecht führen, welche das zentrale Ziel der DS-GVO, die Schaffung eines einheitlichen Datenschutzniveaus in der Europäischen Union, konterkarieren würde.<sup>19</sup> Auch

16 Für eine Interpretation des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eine eigenständige Öffnungsklausel: Lauber-Rönsberg/Hartlaub 2017: S. 1061; Sydow/Specht/Bienemann 2018: DS-GVO, Art. 85, Rn. 9; Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman/Frey 2018: DS-GVO, Art. 85 Rn. 7-10, 33; Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit 2018; Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat 2018.

17 Vgl. Kühling/Martini 2016: S. 288.

18 Demgegenüber argumentierte das OLG Köln, dass allein die nachträgliche Notifizierungspflicht umstritten sei und insofern die Regelung des Art. 85 Abs. 3 DS-GVO ohnehin keine Auswirkungen auf die Fortgeltung des KUG habe (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 18.02.2018 – 15 W 27/18: Rn. 6 unter Bezugnahme auf Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Schulz/Heilmann 2018: DS-GVO, Art. 85, Rn. 66); ähnlich auch: Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit 2018.

19 Vgl. Kühling/Buchner/Tinnefeld 2018: DS-GVO, Art. 85, Rn. 12.

findet sich eine Zweckbegrenzung explizit in Erwägungsgrund 153 DS-GVO, weshalb die subjektiv-historische Auslegung diese insgesamt nahelegt.

Darüber hinaus könnte Art. 85 Abs. 2 DS-GVO schlicht als überflüssig erachtet werden, wenn sämtliche von Abs. 2 geregelten Fälle bereits von Abs. 1 erfasst wären.<sup>20</sup> Systematisch indes ergibt sich ein verständliches Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2 erst dann, wenn man Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als Mindestvorgabe an die Mitgliedstaaten liest, die verpflichtet sind, jedenfalls in seinem Anwendungsbereich Ausnahmen und Abweichungen vorzusehen, während es Abs. 1 ermöglicht, über diesen Mindeststandard auch zu anderen Zwecken hinauszugehen.<sup>21</sup> Bei einer solchen Lesart bliebe der eigenständige Anwendungsbereich des Abs. 2 schon aufgrund des obligatorischen Charakters dieser Regelung bestehen. Zudem dürfte es auch bei Beurteilung des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständige Öffnungsklausel nicht zu einem allgemeinen Meinungsprivileg und damit zu einer Aushöhlung des »fein auszisellierten Regelungssystem[s]« des Art. 6 Abs. 1 bis 3 DS-GVO kommen.<sup>22</sup> Denn es kann nicht per se jede Meinungsäußerung von datenschutzrechtlichen Vorgaben freigestellt werden. Dies würde dem Stellenwert, der dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch in der nach Abs. 1 vorzunehmenden Abwägung zukommt (»in Einklang bringen«), nicht gerecht. Bei Qualifizierung des Abs. 1 als eigenständige Öffnungsklausel müsste diese daher jedenfalls restriktiv ausgelegt werden.<sup>23</sup>

Auch dann aber, wenn man Art. 85 Abs. 1 DS-GVO für eine eigenständige Öffnungsklausel hält, wäre diese nicht auf die Institution Presse begrenzt, sondern würde ebenso auf zweckmäßig tätige Private Anwendung finden. Erfüllen Beiträge die meinungsbildende Funktion journalistischer Beiträge und steht der journalistisch-redaktionelle Gehalt im Vordergrund (und nicht etwa die Diffamierung anderer oder die bewusste Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen), sodass insgesamt die meinungsbildende Wirkung für die Allgemeinheit nicht nur »schmückendes Beiwerk« des Online-Angebotes ist,<sup>24</sup> können auch sie dem Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO unterfallen – sogenannte zweckgebundene Funktionsäquivalenz.<sup>25</sup> Auch Erwägungsgrund 153 DS-GVO legt ein

20 Vgl. Klein 2017: S. 209.

21 Ebenso Lauber-Rönsberg/Hartlaub 2017: S. 1061f.

22 Kühling/Martini 2016: S. 287f.

23 Vgl. Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman/Frey 2018: DS-GVO, Art. 85, Rn. 2; vgl. hierzu auch umfassend: Sydow/Specht/Bienemann 2018: DS-GVO, Art. 85, Rn. 9.

24 BGH, Urt. v. 23.06.2009 – VI ZR 196/08: Rn. 21; hierzu auch: Kühling 2015: S. 447; vgl. Kühling/Buchner/Tinnefeld 2018: DS-GVO, Art. 85, Rn. 25.

25 Vgl. Sydow/Specht/Bienemann 2018: DS-GVO, Art. 85, Rn. 13; Wolff/Brink/Stender-Vorwachs 24. Edition: DS-GVO, Art. 85, Rn. 12 fordert eine investigative Recherchetätigkeit vor der Verbreitung der Inhalte; siehe hierzu auch: EGMR, Urt. v. 24.02.2015 – 21830/09: Rn. 61; Tätigkeiten Privater waren auch bereits vom Anwendungsbereich des Art. 9 DS-RL erfasst (vgl. EuGH, Urt. v.

solches Verständnis nahe, da die Mitgliedstaaten darin aufgefordert werden, den Begriff des Journalismus weit auszulegen.

Unabhängig von der inhaltlichen Reichweite des Art. 85 DS-GVO stellt sich allgemein die Frage, ob auch bereits bestehende gesetzliche Regelungen zur Ausfüllung der Öffnungsklausel in Betracht kommen oder ob es des Erlasses neuer gesetzlicher Regelungen bedarf. Hierzu stellte das OLG Köln erst kürzlich fest, dass die Öffnungsklausel des Art. 85 DS-GVO nicht nur neue Gesetze erlaube, sondern auch bestehende Regelungen erfasse und sich deshalb das KUG als Teil der deutschen Anpassungsgesetzgebung in das System der DS-GVO einfüge.<sup>26</sup> Auf Ähnliches deuten auch Stellungnahmen des Bundesinnenministeriums und verschiedener Datenschutzbeauftragter hin, die ihrerseits von der Anwendbarkeit des KUG im Rahmen des Art. 85 DS-GVO ausgehen.<sup>27</sup>

#### 4. Konsequenzen in der Rechtsanwendung

Wird Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht als eigenständige Öffnungsklausel qualifiziert, gilt allein für die Verarbeitung personenbezogener Bilddaten zu journalistischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecken weiterhin das KUG, während sich die Verarbeitung personenbezogener Daten zu sonstigen Zwecken allein nach der DS-GVO beurteilt. Nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO können durch nationales Recht Ausnahmen von verschiedenen Kapiteln der DS-GVO vorgesehen werden.<sup>28</sup> Weder die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung muss damit zwingend auch für den Bereich des KUG gelten noch die Altersgrenze der Einwilligungsfähigkeit. Das KUG hält aber vor allem Erlaubnistatbestände in § 23 KUG bereit, die im Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO unmittelbar fortgelten. Für Datenverarbeitungen außerhalb des nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO privilegierten Bereiches ergäben sich indes folgende Konsequenzen:

---

16.12.2008 – C-73/07: Rn. 61f.); zur Erfassung sämtlicher meinungsbildender Inhalte unabhängig vom Informationsmedium vgl. auch: Roßnagel/Hoidn 2017: § 4, Rn. 162; Milker 2017: S. 23, 28.

26 Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 18.02.2018 – 15 W 27/18: Rn. 6.

27 Vgl. Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat 2018; Vukusic 2018; Sächsischer Datenschutzbeauftragter 2018; Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit 2018.

28 Auf Grundlage des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO sind bereits von den zuständigen Landesparlamenten in § 9c und § 57 RStV sowie in den jeweiligen Landespresse- und Landesmediengesetzen entsprechende Regelungen erlassen worden, in denen der Rundfunk, die Presse und die Telemedien weitestgehend von den Vorgaben der DS-GVO – insbesondere auch von den Vorschriften des 2. Kapitels – freigestellt werden.



## 4.1 Personenbezug von Bilddaten

Für den Personenbezug von Bilddaten war es bislang erforderlich, dass der/die Abgebildete begründeten Anlass hat, anzunehmen, er/sie könne als abgebildet identifiziert werden.<sup>29</sup> Abzustellen war auf die Erkennbarkeit durch den *Bekanntenkreis des/der Abgebildeten*.<sup>30</sup> Künftig wird sich die Erkennbarkeit eines/einer auf einem Bildnis Abgebildeten nach denselben Maßstäben richten wie die Reichweite des Personenbezugs von Daten insgesamt. Ein Personenbezug ist anzunehmen, wenn die Person direkt oder indirekt identifizierbar ist, wobei auch die Einbeziehung von Drittwissen möglich ist. Zur Identifizierung heranzuziehen sind alle Mittel, die nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich genutzt werden, um die natürliche Person zu identifizieren. Der Europäische Gerichtshof hatte in der Rechtssache *Breyer*<sup>31</sup> entschieden, dass es hierbei auch darauf ankommt, ob die Mittel legitimerweise herangezogen werden dürfen. Insgesamt ist der »Personenbezug« der DS-GVO damit ähnlich weit wie die »Erkennbarkeit« des KUG. Relevante Unterschiede werden sich nicht ergeben. Vielmehr ist die Einbeziehung von Drittwissen des Bekanntenkreises des/der Abgebildeten durchaus legitim und nach allgemeinem Ermessen gerade in Zeiten globaler Vernetzung wahrscheinlich.

## 4.2 Sachlicher Anwendungsbereich der DS-GVO

Nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO gilt die DS-GVO nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten (sogenannte Haushaltsausnahme). Erforderlich ist, dass jeglicher Bezug zu einer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit fehlt, vgl. Erwägungsgrund 18 DS-GVO. Auch die Nutzung sozialer Netzwerke soll nach der Vorstellung des europäischen Ordnungsgebers darunter fallen können. Allerdings wird man hier differenzieren müssen zwischen

29 Vgl. BGH, UrT. v. 16.03.2010 – VI ZR 176/09: Rn. 13f.

30 Vgl. BGH, 26.06.1979 – VI ZR 108/78; OLG Stuttgart, UrT. v. 02.04.2014 – 4 U 174/13; OLG Hamburg, Beschl. v. 06.01.1993 – 3 W 2/93; LG Frankfurt, UrT. v. 19.01.2006 – 2/03 O 468/05: Rn. 18; LG München, UrT. v. 10.07.1996 – 21 O 23932/95; Schricker/Loewenheim/Götting 2017: *UrhG*, § 22 KUG, Rn. 17, 25 sowie eingehend Dreier/Spiecker genannt Döhmman 2010: S. 39f.; vgl. zur Wortbericht-erstattung BVerfG, Beschl. v. 14.07.2004 – 1 BvR 263/03: Leser/innen, die aufgrund ihrer sonstigen Kenntnisse in der Lage sind, die Person zu identifizieren; der Kreis derjenigen, für den der/die Abgebildete erkennbar ist, muss allerdings über den engsten Freund/es/innen- und Bekanntenkreis hinausgehen (vgl. KG UrT. v. 02.11.2010 – 9 U 208/09); Wandtke/Bullinger/Fricke 2014: *UrhG*, § 22, Rn. 7; ähnlich: Götting/Schertz/Seitz/Schertz 2008: Handbuch des Persönlichkeitsrechts, § 12, Rn 8.

31 Vgl. EuGH, UrT. v. 19.10.2016 – C-582/14: Rn. 42-49.

der Verarbeitung personenbezogener Daten für einen begrenzten Personenkreis, zum Beispiel im Rahmen von Einzel- und Gruppennachrichten, und einer Bekanntgabe von Daten an die Öffentlichkeit, die schon nach den Urteilen des Europäischen Gerichtshofes in Sachen *Lindqvist*<sup>32</sup> und *Satamedia*<sup>33</sup> nicht unter die Ausnahmeregelung, die sich auch bereits in der DS-RL fand, fallen soll.<sup>34</sup> Auch eine Begrenzung von einzelnen Gruppen – wie etwa die Freundesliste eines Accounts bei Facebook oder »Follower« eines nicht-öffentlichen Profils bei Instagram – ist nicht ausreichend.<sup>35</sup> Sofern aber eine Verbreitung von Daten zur Ausübung ausschließlich persönlicher und familiärer Tätigkeiten erfolgt, gilt nicht die DS-GVO, sondern das KUG.<sup>36</sup> Eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs findet sich in Art. 2 Abs. 1 DS-GVO. Danach gilt die DS-GVO nur für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Ausgenommen sind also analoge Bilddatenverarbeitungen ohne Dateibezug, die sich damit auch künftig nach der bisherigen Rechtslage beurteilen lassen. Angesichts der – auch im privaten Bereich – zunehmenden Digitalisierung dürfte sich der verbleibende »analoge« Anwendungsbereich des KUG allerdings in Grenzen halten.<sup>37</sup>

### 4.3 Konkludente Einwilligung

Anders als unter der alten Rechtslage wird an die datenschutzrechtliche Einwilligung künftig kein besonderes Formerfordernis mehr geknüpft.<sup>38</sup> Damit wird der/ die Abgebildete auch weiterhin die Einwilligung in eine ihn/sie betreffende Bilddatenverarbeitung konkludent erteilen können. Einschränkend verlangt Art. 4 Nr. 11 DS-GVO jedoch, dass es einer eindeutig bestätigende Handlung bedarf. Trotz dieser einschränkenden Formulierung ergeben sich hieraus keine Unterschiede zu der bisherigen Rechtspraxis, denn auch bei der kunsturheberrecht-

32 Vgl. EuGH, Urt. v. 06.11.2003 – C-101/01: Rn. 47.

33 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07: Rn. 43f.

34 Vgl. Kühling/Buchner/Tinnefeld 2018: DS-GVO, Art. 2, Rn. 25.

35 Zu § 1 BDSG a.F. vgl.: Simitis/Dammann 2014: BDSG, § 1, Rn. 151; Gola/Lepperhoff 2016: S. 11.

36 Demgegenüber lässt sich die öffentliche Schaustellung von Bilddaten nicht unter die Haushaltsausnahme subsumieren, da der dieser Handlungsform begriffsimmanente Öffentlichkeitsbezug eine ausschließlich private und familiäre Tätigkeit im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO immer ausschließt; vgl. auch Vukusic 2018.

37 Ebenso werden auch die zahlreichen (analogen) Bilddatenveröffentlichungen der Printmedien von dem Erfordernis des Art. 2 Abs. 1 DS-GVO nicht erfasst. Da die Printmedien jedoch unter die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO fallen, gelten die Vorgaben der DS-GVO für diese ohnehin nicht.

38 Demgegenüber bedurfte die Einwilligung nach § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG a.F. noch der Schriftform.

lichen Einwilligung war bislang anerkannt, dass sich eine stillschweigende oder konkludente Einwilligung nur annehmen lässt, wenn das Schweigen die Einwilligung aus Sicht des/der Empfänger/s/in ausdrücklich zum Vorschein bringt.<sup>39</sup> Abzustellen ist dabei insbesondere auf den situativen Kontext, also darauf, ob sich der/die Abgebildete in eine Situation begibt, in der typischerweise mit einer Verarbeitung der Bilddaten zu rechnen ist.<sup>40</sup> Gleiches folgt aus Erwägungsgrund 32 S. 2 DS-GVO, der den jeweiligen Kontext, in dem die betroffene Person ihre Einwilligung abgibt, ebenfalls hervorhebt.

#### 4.4 Freie Widerruflichkeit der Einwilligung

Während die Einwilligung nach Art. 7 DS-GVO frei widerruflich ist, war im KUG zuletzt überwiegend anerkannt, dass die Einwilligung nach Zugang gemäß § 130 Abs. 1 BGB *unwiderruflich* ist. Nichtsdestotrotz lässt sich in gewissen Einzelfällen auch die kunsturheberrechtliche Einwilligung widerrufen, wenn – entsprechend dem Gedanken der §§ 42 UrhG, 35 VerIG und 122 BGB – unter persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten bei einem Persönlichkeitswandel respektive einem Wandel der inneren Einstellung ausnahmsweise ein Widerruf – zumeist – gegen Ersatz des Vertrauensschadens in Betracht kommt oder eine Abwägung zwischen den betroffenen Interessen sonst eindeutig zugunsten des/der Abgebildeten ausfällt.<sup>41</sup> Zu einer Einschränkung der Widerruflichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung darf es indes auch dann nicht kommen, wenn die Einwilligung als Gegenleistung im Vertrag erklärt wird. Die Einschränkung der Widerruflichkeit von Einwilligungen im Kunsturheberrecht soll maßgeblich in Vertragskonstellationen schützen, in deren Rahmen der/die Vertragspartner/in auf den Bestand der Einwilligung vertrauen darf, weil der Vertrag bewusst in Ausübung der Privatautonomie geschlossen wurde. Gerade im Rahmen der datenschutzrechtlichen Einwilligung mangelt es aber häufig an der Informiertheit der Betroffenen,

39 Vgl. Dreier/Schulze/Speccht 2018: *UrhG*, § 22 KUG, Rn. 17.

40 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 11.11.2014 – VI ZR 9/14: Rn. 8-10b.; vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 24.02.2011 – 16 U 172/10; OLG Hamburg, Urt. v. 04.05.2004 – 7 U 10/04.

41 Vgl. Dreier/Schulze/Speccht 2018: *UrhG*, § 22 KUG, Rn. 35; OLG München, 17.03.1989 – 21 U 4729/88: kein hinreichender Grund, wenn oftmals unbekleidet fotografierte Schauspielerin ins ernste Fach wechseln will; OLG Frankfurt, Urt. v. 24.02.2011 – 16 U 172/10: Dass der Betroffene mit dem kritischen Inhalt eines Fernsehberichts, innerhalb dessen er abgebildet ist, nicht einverstanden ist, rechtfertigt nicht den Widerruf seiner zuvor erteilten Einwilligung; vgl. auch LG Köln, Urt. v. 20.12.1995 – 28 O 406/95 sowie LG Köln, Urt. v. 29.03.1989 – 28 O 134/89; vgl. Helle 1991: S. 117-121 und Helle 1985: S. 99-101; Götting 1995: S. 280: kein Ersatz des Vertrauensschadens bei Minderjährigen; Wenzel u.a. 2003: S. 454f.; Schricker/Loewenheim/Götting 2017: *UrhG*, § 22 KUG, Rn. 41; Wandtke/Bullinger/Fricke 2014: *UrhG*, § 22, Rn. 7f. mit weiteren Nachweisen; nach vertraglich und isoliert erteilter Einwilligung differenzierend Dasch 1990: S. 85-88; ebenso Klass 2005: S. 515.

die erst dann bemerken, in welche Verarbeitungsvorgänge sie eingewilligt haben, wenn sie die Auswirkungen dieser Einwilligung spüren (zum Beispiel durch Direktwerbung).<sup>42</sup> Zwar bekunden Internetnutzer/innen, wie sich am sogenannten Phänomen des *privacy paradox* belegen lässt, regelmäßig eine abstrakt hohe Wertschätzung für den Schutz ihrer Privatheit, jedoch verhalten sie sich realiter anders. Oftmals belässt es der/die Einzelne also bei einer abstrakten Willensbekundung, während in den betreffenden Situationen wenig dafür unternommen wird, um die eigene Persönlichkeit in der digitalen Welt wirksam vor Gefahren zu schützen.<sup>43</sup> Im Hinblick auf die im Internet häufig zur Informationsvermittlung verwendeten Datenschutzerklärungen offenbart sich dieser Umstand vor allem auch an der sogenannten *click-and-scroll*-Problematik: Der/Die Betroffene scrollt die Datenschutzerklärung lediglich herunter und setzt einen Haken bei der Einwilligungserklärung, ohne die Datenschutzerklärung tatsächlich gelesen zu haben.<sup>44</sup> Taugt die Informationsvermittlung aber zur Gewährleistung informationeller Selbstbestimmung nicht oder nur bedingt, ist der Staat verpflichtet, den Schutz informationeller Selbstbestimmung jedenfalls durch die uneingeschränkte Gewährleistung des Widerrufsrechts aufrecht zu erhalten. Dogmatisch lässt sich zwischen massenhaft geschlossenen Verträgen zur Überlassung von Bilddaten sowie zur Einräumung der Verarbeitungsbefugnis, zum Beispiel in sozialen Netzwerken, und Verträgen, in denen der/die Betroffene sehr bewusst in die Verarbeitung von Bilddaten, zum Beispiel im Rahmen einer Modell-Kartei, einwilligt, aber nicht differenzieren. Es ließe sich allein darüber nachdenken, ob hier nicht jedenfalls auch künstlerische Zwecke betroffen sind und das KUG daher weiterhin anwendbar bleibt. Die gleichzeitige Verfolgung auch kommerzieller Interessen ist jedenfalls unschädlich. Gilt jedoch nicht das KUG, sondern die DSGVO, sind Einwilligungen jederzeit widerruflich. Im Falle des Widerrufs kann die Vertragsgegenseite aber vom Vertrag zurücktreten und ein gegebenenfalls gezahltes Entgelt aufgrund des entstehenden Rückgewährschuldverhältnisses zurückverlangen. Besondere Härten oder willkürliches Verhalten des/der Betroffenen ließen sich im Übrigen über § 242 BGB korrigieren. Darüber hinaus ließe sich zumindest in Fällen des Rechtsmissbrauchs über eine Haftung nach § 122 Abs. 1 BGB analog nachdenken, da der/die Widerrufende jedenfalls in dieser Konstellation nicht mehr schutzwürdig erscheint und eine etwaige Schadensersatzverpflichtung die Ausübung des Widerrufsrechts nur mittelbar beeinträchtigt.

42 Hierzu und zum Folgenden vgl. den Beitrag von Christian Aldenhoff in diesem Band.

43 Vgl. Athey u.a. 2018; Dienlin/Trepte 2015: S. 286f.; Martini 2015: S. 29-33; dazu auch Paal/Pauly 2018: DS-GVO, Art. 25, Rn. 12.

44 Hierzu eingehend Specht/Mantz 2018: *Handbuch Datenschutzrecht*, Teil B, § 9, Rn. 26 mit weiteren Nachweisen.

## 4.5 Vermutung der Einwilligung

Nach § 22 S. 2 KUG gilt die Einwilligung als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, dass er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Diese Maxime wird man auch im Rahmen der DS-GVO aufrechterhalten können. Zwar verlangt diese ein ausdrückliches Verhalten des/der Betroffenen zur Erklärung der Einwilligung, das bewusste Posieren bei Entgegennahme einer Entlohnung lässt sich aber durchaus als solches erachten. Hiervon zu trennen ist die Frage, inwieweit andere datenschutzrechtliche Bestimmungen der Wirksamkeit der Einwilligung entgegenstehen können. Insbesondere das in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO normierte Kopplungsverbot scheint auf den ersten Blick der Annahme einer wirksamen Einwilligung zu widersprechen. Ein absolutes Kopplungsverbot wird allerdings in der datenschutzrechtlichen Literatur überwiegend abgelehnt und stattdessen auf die Fälle beschränkt, in denen die Kopplung tatsächlich zu einer Fremdbestimmung der betroffenen Person führt.<sup>45</sup>

## 4.6 Einwilligungsfähigkeit der Angehörigen

§ 22 S. 3 KUG sieht vor, dass eine Verbreitung oder öffentliche Schaustellung nach dem Tode des Abgebildeten bis zum Ablaufe von zehn Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten bedarf. § 22 S. 4 KUG erklärt, dass Angehörige im Sinne dieses Gesetzes der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten sind. Sind weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden, sind die Eltern des Abgebildeten die Angehörigen nach § 22 S. 3 KUG. Auch diese Regelung lässt sich aufrechterhalten, da die DS-GVO, wie Erwägungsgrund 27 S. 1 DS-GVO ausdrücklich klarstellt, nicht für personenbezogene Daten Verstorbener gilt und der deutsche Gesetzgeber von der in Erwägungsgrund 27 S. 2 DS-GVO enthaltenen Öffnungsklausel bislang keinen Gebrauch gemacht hat.<sup>46</sup>

## 4.7 Grundsätze des § 23 KUG

Die Ausnahmetatbestände des § 23 KUG lassen sich indes dann, wenn Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht als eigenständige Öffnungsklausel erachtet wird, bei privater Bildnisverarbeitung nicht anwenden. Es gilt der Anwendungsvorrang des Art. 6 DS-GVO. Allerdings wurden die Grundsätze des § 23 KUG jedenfalls in Bezug auf zeitgeschichtliche Ereignisse durch den Europäischen Gerichtshof für

---

45 Vgl. hierzu allgemein Specht 2018: S. 46-48 mit weiteren Nachweisen.

46 Zur Qualifikation des Erwägungsgrundes 27 S. 2 DS-GVO als eigenständige Öffnungsklausel vgl. Kühling/Buchner/Klar 2018: DS-GVO, Art. 4, Rn. 6.

Menschenrechte für vereinbar mit der Grundrechtecharta erachtet und auch die übrigen Erlaubnistatbestände dienen einem Ausgleich kollidierender Grundrechte und Grundfreiheiten. Eben diesem Ziel dient auch Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO. In der hier vorzunehmenden Abwägung gelten die im Rahmen von § 23 KUG entwickelten Grundsätze daher weiter. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO erlaubt dabei eine Verarbeitung von Bilddaten schon dann, wenn die betroffenen Grundrechte und Grundfreiheiten gleichgewichtig sind, was eine jedenfalls gegenüber § 23 Abs. 1 S. 1 KUG weitergehende Verarbeitungsbefugnis bedeutet.

#### 4.8 Bilddaten Minderjähriger

Minderjährige sind nach Vorgabe der DS-GVO mit 16 Jahren einwilligungsfähig. Bis zu diesem Zeitpunkt bedürfen sie der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Der Abschluss von Verträgen, die den Minderjährigen zur Einwilligung verpflichten, richtet sich dagegen nach den §§ 104ff. BGB. Bislang wurde ebenfalls weit überwiegend für die Einwilligungsfähigkeit auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen abgestellt, die aber bereits ab 14 Jahren angenommen wurde. Widerruft der Minderjährige, ist zwischen der einseitigen und der vertraglichen Einwilligung zu differenzieren. Die einseitig erteilte Einwilligung kann auch allein durch den Minderjährigen widerrufen werden. Der Minderjährige erleidet durch den Widerruf keinen rechtlichen Nachteil und bedarf daher nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Will hingegen der gesetzliche Vertreter widerrufen, so bedarf er angesichts der Höchstpersönlichkeit des Widerrufs der Zustimmung des einsichtsfähigen Minderjährigen.<sup>47</sup> Wird die Einwilligung im gegenseitigen Vertrag widerrufen, so besteht die Möglichkeit, dass der Minderjährige Rückabwicklungsansprüchen ausgesetzt ist. Angesichts dieses rechtlichen Nachteils bedarf er daher vor Erreichen der Volljährigkeit nach § 107 BGB der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Für den Widerruf einer vertraglich erteilten Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter ist ebenso, wie im Falle der einseitigen Erklärung, die Zustimmung des einsichtsfähigen Minderjährigen erforderlich.<sup>48</sup>

#### 4.9 Bilddaten über Straftäter/innen

Besonders im Fokus einer Bildnisverbreitung bzw. -schaustellung gemäß § 23 Abs. 1 KUG stand bisher die Bildberichterstattung über verurteilte sowie ange-schuldigte oder beschuldigte Straftäter/innen. Sofern personenbezogene Daten über Straftäter/innen zu anderen als wissenschaftlichen, literarischen oder

47 Vgl. Dreier/Schulze/Specht 2018: *UrhG*, § 22 KUG, Rn. 35.

48 Vgl. Dreier/Schulze/Specht 2018: *UrhG*, § 22 KUG, Rn. 35 mit weiteren Nachweisen.

künstlerischen Zwecken verarbeitet werden, sieht Art. 10 DS-GVO für die Verarbeitung personenbezogener Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten nun vor, dass dies nur unter behördlicher Aufsicht geschehen darf. Dies setzt voraus, dass ein Hoheitsträger maßgeblichen Einfluss auf die Verarbeitung hat und sie im Einzelfall beeinflussen kann. Eine Gewerbeaufsicht über datenverarbeitende Unternehmen genügt explizit nicht.<sup>49</sup>

## 4.10 Rechtsfolgen

Aus Erwägungsgrund 146 S. 4 DS-GVO lässt sich schlussfolgern, dass mitgliedstaatliche Ansprüche neben die Ansprüche aus der DS-GVO treten. Dies dürfte insbesondere für Ansprüche auf Gegendarstellung, Widerruf und Nachtrag gelten. Da die strafrechtlichen Folgen der §§ 33ff. KUG allerdings an eine Bildnisverwendung entgegen den Vorgaben der §§ 22, 23 KUG anknüpfen, kann sich eine Strafbarkeit nicht ergeben, wenn die §§ 22, 23 KUG nicht anwendbar sind. Es gilt insofern das strafrechtliche Analogieverbot. Ebenso richtet sich der – bisher aus § 242 BGB hergeleitete – allgemeine Auskunftsanspruch künftig nach dem spezifizieren, datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch aus Art. 15 DS-GVO.

## 5. Ergebnis

Die Neujustierung des europäischen Datenschutzrechts und die damit verbundene Integration des KUG in einen gewandelten Rechtskontext stellt das KUG vor seine bis dato größte Herausforderung. Soweit der Anwendungsvorrang der DS-GVO reicht, verbleibt dem KUG daher nur im Rahmen der Öffnungsklauseln ein eigenständiger Anwendungsbereich. Jedenfalls für journalistische, wissenschaftliche, künstlerische und literarische Zwecke eröffnet Art. 85 Abs. 2 DS-GVO den Mitgliedstaaten aber einen weitreichenden Gestaltungsspielraum, sodass für diese Zwecke die §§ 22, 23 KUG unverändert anwendbar bleiben. Bezogen auf journalistische Tätigkeiten ist eine Verengung des Art. 85 DS-GVO auf die institutionelle Presse abzulehnen und stattdessen eine funktionale Betrachtungsweise vorzuziehen, sodass sich Art. 85 DS-GVO ebenso auf zweckmäßig tätige Private erstreckt, sofern deren Beiträge die meinungsbildende Funktion journalistischer Beiträge erfüllen und der journalistisch-redaktionelle Gehalt im Vordergrund steht. Sofern Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eine über den verpflichtenden Mindeststandard des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinausgehende Regelungsbefugnis erachtet wird, ließen sich die Regelungen der §§ 22, 23 KUG auch für Bilddatenverarbeitungen zu anderen Zwecken – zum Beispiel im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit

49 Vgl. Ehmann/Selmayr/Schiff 2017: DS-GVO, Art. 10, Rn. 4.

eines Unternehmens oder der Werbung sowie bei rein privat motivierten Meinungsäußerungen an einen (potenziell) unbeschränkten Empfängerkreis – aufrechterhalten. Wird Art. 85 Abs. 1 DS-GVO hingegen nicht als eigenständige Öffnungsklausel qualifiziert, gilt für diese Zwecke der Datenverarbeitung allein die DS-GVO. Doch selbst in diesem Fall lassen sich die Wertungen der §§ 22, 23 KUG ins datenschutzrechtliche Regelungsgefüge weitestgehend integrieren. So richtet sich die Erkennbarkeit eine/s/r auf einem Bildnis Abgebildeten zwar in Zukunft nach denselben Maßstäben, wie die Reichweite des Personenbezugs insgesamt; aufgrund der vergleichbaren Reichweite beider Merkmale ergeben sich hieraus jedoch keine wesentlichen Unterschiede. Auch lassen sich die im Rahmen des § 23 KUG entwickelten Grundsätze innerhalb der in Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO vorzunehmenden Abwägung weiterhin berücksichtigen. Eine grundlegende Veränderung zu der bisherigen Vertragspraxis bringt jedoch eine uneingeschränkte Widerruflichkeit der Einwilligung – zum Beispiel im Rahmen eines Model-Release – mit sich. Doch auch hier bieten § 242 BGB bzw. § 122 Abs. 1 BGB analog ausreichende Flexibilität, um grobe Unbilligkeiten zu korrigieren. Eines ist daher sicher: Mit dem KUG ist auch im digitalen Zeitalter weiterhin zu rechnen.

## Literatur

- Athey, Susan u.a. 2018: *The Digital Privacy Paradox: Small Money, Small Costs, Small Talk*. 08.04.2018. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2916489](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2916489) (zuletzt abgerufen am: 19.03.2019).
- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat 2018: *FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung*. 05.04.2018. URL: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html> (zuletzt abgerufen am: 19.03.2019).
- Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit 2018: *Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG*. In: *Telemedicus*. 14.06.2018. URL: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html> (zuletzt abgerufen am: 15.03.2019).
- Dasch, Norbert 1990: *Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild*. München.
- Dienlin, Tobias/Trepte, Sabine 2015: *Is the privacy paradox a relic of the past? An in-depth analysis of privacy attitudes and privacy behaviors*. In: *European Journal of Social Psychology*. 45.3., 2015, S. 285-297.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot 2018: *UrhG. Urheberrechtsgesetz. Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz. Kommentar*. München 6. Aufl.



- Dreier, Thomas/Spiecker genannt Döhmman, Indra 2010: *Die systematische Aufnahme des Straßenbildes*. Baden-Baden.
- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin 2017: *Datenschutz-Grundverordnung. Kurz-Kommentar*. München.
- Gierschmann, Sibylle/Schlender, Katharina/Stentzel, Rainer/Veil, Winfried 2018: *Kommentar. Datenschutz-Grundverordnung*. Köln.
- Götting, Horst-Peter 1995: *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*. Tübingen.
- Götting, Horst-Peter/Schertz, Christian/Seitz, Walter 2008: *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*. München.
- Gola, Peter/Lepperhoff, Niels 2016: *Reichweite des Haushalts- und Familienprivilegs bei der Datenverarbeitung*. In: *Zeitschrift für Datenschutz (ZD)*. 2016, S. 9-12.
- Helle, Jürgen 1991: *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht*. Tübingen.
- Helle, Jürgen 1985: *Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild*. In: *Archiv für Presse-recht (AfP)*. 1985, S. 93-101.
- Horvath, Benjamin 2018: *Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns*. In: *CR-online.de Blog*. 09.03.2018. URL: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/> (zuletzt abgerufen am: 19.03.2019).
- Klass, Nadine: *Die zivilrechtliche Einwilligung als Instrument zur Disposition über Persönlichkeitsrechte*. In: *Archiv für Pressrecht (AfP)*. 2005, S. 507-518.
- Klein, Florian 2017: *Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz*. Frankfurt a.M. u.a.
- Kühling, Jürgen 2015: *Im Dauerlicht der Öffentlichkeit – Freiheit für personenbezogene Bewertungsportale*. In: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. 2015, S. 447-450.
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt 2018: *DS-GVO, BDSG. Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*. München 2. Aufl.
- Kühling, Jürgen/Martini, Mario 2016: *Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf*. Münster.
- Lauber-Rönsberg, Anne/Hartlaub, Anneliese 2017: *Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht*. In: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. 2017, S. 1057-1062.
- Martini, Mario 2015: *Wie werden und wollen wir morgen leben? – Ein Blick in die Glas-kugel der digitalen Zukunft*. In: Hill, Hermann u.a.: *Die digitale Lebenswelt gestalten*. Baden-Baden, S. 9-54.
- Milker, Jens 2017: *Die »Pflicht zu Erinnern« als notwendiger Gegenpol eines »Rechts auf Vergessenwerden«*. In: *Kommunikation & Recht (K&R)*. 2017, S. 23-29.
- Paal, Boris P./Pauly, Daniel A. 2018: *Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdaten-schutzgesetz. Kompakt-Kommentar*. München 2. Aufl.

- Roßnagel, Alexander 2017: *Europäische Datenschutz-Grundverordnung. Vorrang des Unionsrechts – Anwendbarkeit des nationalen Rechts*. Baden-Baden.
- Sächsischer Datenschutzbeauftragter 2018: *Missverständnisse und Fehleinschätzungen zur DS-GVO*. 05.06.2018. URL: <https://www.saechdsdb.de/ds-gvo-miss-verstaendnisse-und-fehleinschaetzungen> (zuletzt abgerufen am: 19.03.2019).
- Schricker, Gerhard/Loewenheim, Ulrich 2017: *Urheberrecht. UrhG, KUG (Auszug), UrhWG. Kommentar*. München 5. Aufl.
- Schwartmann, Rolf/Jaspers, Andreas/Thüsing, Gregor/Kugelmann, Dieter 2018: *DS-GVO/BDSG. Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*. Heidelberg.
- Simitis, Spiros 2014: *Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*. Baden-Baden 8. Aufl.
- Specht, Louisa 2018: *Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit – Eckpfeiler eines neuen Datenschuldrechts*. In: Briner, Robert G./Funk, Axel (Hg.): *Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI) Jahrbuch 2017*. Köln, S. 35-64.
- Specht, Louisa 2017: *Reformbedarf des Kunsturheberrechts im digitalen Zeitalter*. In: *Multimedia und Recht (MMR)*. 2017, S. 577f.
- Specht, Louisa/Mantz, Reto 2019: *Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht. Bereichsspezifischer Datenschutz in Privatwirtschaft und öffentlichem Sektor*. München.
- Sydow, Gernot 2018: *Europäische Datenschutzgrundverordnung. Handkommentar*. Baden-Baden 2. Aufl.
- Vukusic, Stefan 2018: *Beschluss zur Reichweite der DSGVO im journalistischen Bereich*. In: *Datenbeauftragter INFO*. 26.06.2018. URL: <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/beschluss-zur-reichweite-der-dsgvo-im-journalistischen-bereich/> (zuletzt abgerufen am: 19.03.2019).
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried 2014: *UrhR. Praxiskommentar zum Urheberrecht*. München 4. Aufl.
- Wenzel, Karl Egbert u.a. 2003: *Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung*. Köln 5. Aufl.
- Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan 24. Edition: *Online-Kommentar. Datenschutzrecht*. München.