

Linda Bienemann

Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter

Eine rechtsdogmatische Untersuchung unter besonderer
Berücksichtigung der Einflüsse von DSGVO und InfoSoc-RL



Nomos

Bild und Recht – Studien zur Regulierung des Visuellen

herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Dreier

PD Dr. Dr. Grischka Petri

Prof. Dr. Wolfgang Ullrich

Prof. Dr. Matthias Weller

Band 9

Linda Bienemann

Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter

Eine rechtsdogmatische Untersuchung unter besonderer
Berücksichtigung der Einflüsse von DSGVO und InfoSoc-RL



Nomos

© Titelbild: fcscafeine – istockphoto.com; bearbeitet von Max Klobusch/Jon Rui

Die Open-Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht mit Unterstützung durch die Universitätsbibliothek Passau.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2020

1. Auflage 2021

© Linda Bienemann

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-7958-1

ISBN (ePDF): 978-3-7489-2342-8

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748923428>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung
– Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

Für meine Mutter

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Universität Passau im Sommersemester 2020 als Dissertation angenommen. Stand der Bearbeitung ist der 18.02.2020. Auch die Literatur- und Rechtsprechungsangaben befinden sich auf dem Stand vom 18.02.2020.

Von Herzen danken möchte ich meiner Doktormutter Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider, die mich nicht nur zu dieser Arbeit motiviert, sondern auch bis zur Fertigstellung eng begleitet hat. Während meiner Zeit am Lehrstuhl ist sie für mich zu einer Mentorin geworden, die mich stets mit Herzlichkeit, Ehrlichkeit und bemerkenswerter Leichtigkeit unterstützt hat. Ich hoffe sehr, dass sie mir auch auf meinem weiteren Weg als Mentorin zur Seite steht.

Herrn Prof. Dr. Peter Bräutigam danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Mein weiterer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Thomas Riehm für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes in der Disputation.

Für die Aufnahme meiner Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Thomas Dreier, Frau PD Dr. Dr. Grischka Petri, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Ullrich sowie Herrn Prof. Dr. Matthias Weller.

Der Universitätsbibliothek Passau danke ich für die großzügige Förderung der Open-Access-Veröffentlichung.

Im Oktober 2020

Linda Bienemann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand	17
B. Gang der Untersuchung	20
C. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes	22
D. Aktueller Forschungsstand	23
E. Gesetzesreform – Grundlage der Forschungsfrage	25
Erstes Kapitel: Das Kunsturhebergesetz neben der Datenschutzgrundverordnung	27
A. Kollision Kunsturhebergesetz – Datenschutzgrundverordnung	30
I. Gesamtheit der Bilddatei	32
II. Persönliche oder familiäre Tätigkeit	32
III. Erkennbarkeit und Personenbezug	33
IV. Ergebnis	35
B. Partielle Anwendbarkeit über Art. 85 Abs. 2 DSGVO	35
I. Entspricht das Kunsturhebergesetz den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO?	37
1. Künstlerische Zwecke	38
2. Wissenschaftliche Zwecke	38
3. Journalistische Zwecke	39
4. Ergebnis	41
II. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz	41
C. Vollumfängliche Anwendbarkeit über Art. 85 Abs. 1 DSGVO	43
I. Art. 85 Abs. 1 DSGVO, eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel?	45
1. Wortlautauslegung	47
a) „Rechtsvorschriften“ der Mitgliedstaaten	48
b) Die Präposition „einschließlich“	49
c) Ergebnis	49

2. Systematische Auslegung	50
a) Innere Systematik des Art. 85 DSGVO	50
aa) Die Notifizierungspflicht des Art. 85 Abs. 3 DSGVO	51
(1) Keine Notifizierungspflicht für Art. 85 Abs. 1 DSGVO?	51
(2) Ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers?	52
(3) Notifizierungspflicht planmäßig nur für Art. 85 Abs. 2 DSGVO?	52
(4) Zwischenergebnis	54
bb) Das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO	54
(1) Das Postulat der Nichtredundanz	54
(2) Art. 85 Abs. 1 DSGVO, ein Anpassungsauftrag für die Mitgliedstaaten?	55
(3) Zwischenergebnis	56
cc) Ergebnis	56
b) Übergeordnete Systematik der Datenschutzgrundverordnung	57
aa) Restriktive Auslegung von Öffnungsklauseln	57
bb) Stellung des Art. 85 DSGVO innerhalb der Datenschutzgrundverordnung	58
cc) Zwischenergebnis	58
c) Ergebnis	59
3. Genetische Auslegung	59
a) Vorschlag der Europäischen Kommission	60
b) Erste Lesung im Europäischen Parlament	60
c) Standpunkt des Rates in erster Lesung und Begründung	62
d) Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat	63
e) Ergebnis	64
4. Teleologische Auslegung	65
a) Primäres Ziel des Art. 85 DSGVO: Vollharmonisierung?	66
b) Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Auffangtatbestand?	66
c) Flexible und weitreichende Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten	67
d) Ergebnis	70
5. Ergebnis	71

II. Entspricht das Kunsturhebergesetz Art. 85 Abs. 1 DSGVO?	72
1. Schutz personenbezogener Daten	73
2. Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit	75
3. Ergebnis	76
III. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz	77
D. Mittelbare Anwendbarkeit über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO	80
I. Ist das Kunsturhebergesetz mit Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO vereinbar?	82
1. Interessenabwägung	83
2. Parallelität der Gesetzesstrukturen	83
3. Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	84
4. Unionale Abwägungsklausel	85
5. Ergebnis	87
II. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz	88
E. Stellungnahme	90
I. Klare Abgrenzbarkeit zwischen Bildnisschutz und Datenschutzrecht	90
II. Keine Harmonisierung des Bildnisschutzes	92
1. Fehlende Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union	93
2. Wille des europäischen Gesetzgebers	93
III. Lösungsweg über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO steht im Widerspruch zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO	94
IV. Unstimmige Regelungssystematik	95
1. Digitaler und analoger Bildnisschutz	96
2. Kein einheitlicher Rechtsrahmen für „digitale Bildnisse“	97
V. Ergebnis	99
F. Auflösung der Normenkonkurrenz	100
I. Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung?	101
II. Verdrängende Normenkonkurrenz	102
1. Unterschiedliche Zulässigkeits- bzw. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	103
2. Abweichende Handlungspflichten der Datenschutzgrundverordnung	104
3. Unterschiede auf der Rechtsfolgende	105
4. Ergebnis	106

III. Spezialitätsverhältnis im weiteren Sinne	107
1. Größere Sachnähe	108
2. Konsequenz	110
IV. Handlungsbedarf des Gesetzgebers	111
1. Klarstellender Absatz oder Paragraph	112
2. Gesetzgebungskompetenz des Bundes	112
3. Notifizierungspflicht des Kunsturhebergesetzes?	114
V. Ergebnis	115
 Zweites Kapitel: Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes	 118
A. Das Recht am eigenen Bild	119
I. Schutzgut	119
II. Schutzkonzept	121
III. Stellungnahme	124
B. Historische Betrachtung des Kunsturhebergesetzes	124
I. Ursprung des Gesetzes	124
II. Gesetzesentwurf zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes	125
1. Veröffentlichen als neue Tatbestandshandlung	126
2. Schutz gegen das Anfertigen eines Bildnisses	126
3. Aufzeigen der Rechtspflicht zur Achtung des Persönlichkeitsrechts	128
III. Ergebnis	129
C. Bedeutungswandel des Kunsturhebergesetzes auf der tatsächlichen Ebene	130
I. Technischer und digitaler Wandel	130
1. Bereits eingetretener Wandel	131
a) Digitale Bilder online und offline	132
b) User Generated Content	134
c) Ergebnis	136
2. Zukünftig zu erwartender Wandel	138
a) Big Data, KI, Augmented & Virtual Reality, Smart Glasses et cetera	138
b) Stellungnahme	140
3. Nachbesserungsbedarf hervorgerufen durch technischen und digitalen Wandel	141
II. Gesellschaftliche Akzeptanz des Bildnisschutzes?	142
1. Veränderte gesellschaftliche Verhaltensweisen und Wertevorstellungen	144

2. Verfassungsrechtlicher Schutzauftrag	146
3. Kein Nachbesserungsbedarf hervorgerufen durch gesellschaftlichen Wandel	148
D. Rechtliche Veränderungen für das Kunsturhebergesetz	149
I. Kein Einfluss der InfoSoc-Richtlinie auf das Kunsturhebergesetz	151
1. Pflicht zur einheitlichen Auslegung aus dem Unionsrechts?	152
a) Umsetzungspflicht der InfoSoc-RL	152
b) Gebot der richtlinienkonformen Auslegung	154
c) Gegenstand der InfoSoc-RL	155
d) Ergebnis	157
2. Gebot zur einheitlichen Auslegung aus nationalem Recht?	157
a) Wortlautauslegung	159
aa) Größtenteils übereinstimmender Wortlaut	160
bb) Zentraler Unterschied: Öffentlichkeitserfordernis	160
cc) Relativität der Rechtsbegriffe	161
dd) Ergebnis	162
b) Systematische Auslegung	163
aa) Verknüpfte Gesetzessystematiken	163
(1) Nutzungsmöglichkeiten Dritter an Bildnissen	163
(2) Verwertungsrechte des Bildnisurhebers	164
(3) Stellungnahme	165
bb) Zentrale Unterschiede	166
(1) Erschöpfungsgrundsatz	166
(2) Unterteilung in körperliche und unkörperliche Verwertungsrechte	167
(3) Schranken des Urheberrechts	170
cc) Ergebnis	170
c) Historische Auslegung	171
aa) Inkrafttreten der Vorschriften in einem Gesetz	171
bb) Trennung der Vorschriften	172
cc) Umsetzung der InfoSoc-RL	173
dd) Ergebnis	174

d) Teleologische Auslegung	174
aa) Telos der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers	174
(1) Urheberrecht	176
(2) InfoSoc-RL	178
bb) Telos der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen	179
cc) Ergebnis	181
e) Ergebnis	182
3. Autonomes Verständnis des Kunsturhebergesetzes	184
4. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz	185
a) Keine Unterteilung in körperliche und unkörperliche Begehungshandlungen	185
b) Schutz vor zeitlich begrenzter Weitergabe	186
c) Öffentliches Schaustellen statt Recht der öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung	187
aa) Schaustellen statt Handlung der Wiedergabe	188
bb) Eigene Wertung für den Öffentlichkeitsbegriff	190
(1) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	191
(2) Legaldefinition des § 15 Abs. 3 UrhG	194
cc) Ergebnis	195
d) Ergebnis	197
II. Internetfähige Begehungshandlungen?	197
1. Neues Abgrenzungskriterium der Verfügungsgewalt	198
2. Verbreiten und öffentliches Schaustellen im digitalen Zeitalter	202
3. Kunsturheberrechtliche Bewertung für Hyperlinks und Inline-Links	204
a) Technische Funktionsweise	205
aa) Technische Besonderheiten des Hyperlinks	206
bb) Technische Besonderheiten des Inline-Links	207
cc) Frame: besonderes Gestaltungsmittel einer Website	208
b) Öffentliches Schaustellen durch Setzen eines Hyperlinks oder Inline-Links?	209
aa) Keine originäre Verfügungsgewalt des Linksetzers	210
bb) Verweis auf öffentlich abrufbares Bildnis	210
cc) Sichtbarmachen des Bildnisses	211

dd) Veränderter Kontext	213
c) Stellungnahme	214
aa) Konsequenzen für das Recht am eigenen Bild	216
(1) Inline-Link ist gleichzusetzen mit Hochladen eines Bildnisses	216
(2) Störerhaftung beim Setzen von Hyperlinks	217
bb) Die kunsturheberrechtliche Bewertung im Verhältnis zur Datenschutzgrundverordnung	219
(1) Inline-Link	219
(2) Hyperlink	219
(a) Datenverarbeitung durch Hyperlink?	220
(b) Gemeinsame Verantwortlichkeit?	221
(c) Stellungnahme	222
4. Kunsturheberrechtlicher Schutz gegen das Anfertigen und Besitzen von Bildnissen	223
a) Schutz gegen das Anfertigen von Bildnissen	224
aa) De lege lata	224
(1) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	225
(2) Datenschutzgrundverordnung	225
bb) Nachbesserungsbedarf	227
cc) De lege ferenda	229
(1) Strafvorschrift des § 33 KUG	230
(2) Herunterladen von Bildnissen aus dem Internet und Screenshot	230
b) Schutz gegen das Besitzen von Bildnissen	231
c) Ergebnis	232
5. Ergebnis	233
III. Erkennbarkeit – ein untaugliches Abgrenzungsmerkmal im digitalen Zeitalter?	236
1. Zu weites Verständnis der Erkennbarkeit im digitalen Zeitalter	237
2. Visuelle Erkennbarkeit	239
3. Konsequenzen der visuellen Erkennbarkeit	240
Ergebnis	242
Literaturverzeichnis	251

Einleitung

A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

Diese Arbeit untersucht die Frage, ob die Digitalisierung, die Recht und Technik gleichermaßen verändert, einen Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes ausgelöst hat.

Die Bedeutung und Vielzahl von Bildern, die natürliche Personen erkennbar abbilden, nimmt in Deutschland täglich zu.¹ Ermöglicht durch den technischen und digitalen Fortschritt, ist eine inflationäre Anfertigung, Vervielfältigung, Verbreitung und Veröffentlichung von Bildnissen festzustellen.² Das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten über sein Abbild ist durch den technischen und digitalen Fortschritt stärker gefährdet

-
- 1 *Heckmann*, vorgänge 2008, Ausgabe 184, 20, 27 f.; *Burkart/Meyer*, Bilder, Abbilder, Fotografien, Welten, Räume und Metaphern oder: Versuche zu einem entgrenzten Medium, in: *Burkart/Meyer*, Die Welt anhalten, 2016, S. 10, 11; vgl. dazu auch: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 24; *Boehme-Neßler*, BilderRecht, 2010, S. 55; *Kruse*, Vom Ursprung der Bilder aus der Furcht vor Tod und Vergessen, in: *Hoffmann/Rippl*, Bilder: ein (neues) Leitmedium?, 2006, S. 15, 15; *Maar*, Iconic Worlds – Bilderwelten nach dem iconic turn, in: *Maar/Burda*, Iconic Worlds, 2006, S. 11, 11; siehe dazu, dass Bilder von erkennbaren natürlichen Personen in unterschiedlichen Kulturen sehr differenziert bewertet werden: *Grau*, Immersion & Emotion, in: *Grau/Keil*, Mediale Emotionen, 2005, S. 70, 70; *Tinnefeld/Viethen*, NZA 2003, 468, 469; *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: *Sokol*, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 65.
 - 2 Siehe hierzu: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 648; *Tinnefeld/Viethen*, NZA 2003, 468, 469; *Heckmann*, vorgänge 2008, Ausgabe 184, 20, 27 f.; vgl. auch: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 24 ff.; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3; vgl. zur Bilderflut: *Rose*, ZD 2017, 64, 64; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46 f.; *Boehme-Neßler*, BilderRecht, 2010, S. 55 f.; *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, 2008, S. 227; *Hoffmann/Rippl*, Einleitung, in: *Hoffmann/Rippl*, Bilder: ein (neues) Leitmedium?, 2006, S. 7, 7; *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: *Sokol*, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 70; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1; *Ulrich*, Dramen und Wunder. Was bleibt von der Bilderflut des Jahres?, 30.12.2014, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2015/01/fotojournalismus-fotostrecke-2014-krise>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; ausführlich hierzu unten im zweiten Kapitel bei C. I.

denn je.³ Die neuen internetspezifischen Handlungsmöglichkeiten wie beispielsweise das Verschicken digitaler Bildnisse⁴ per E-Mail oder WhatsApp, das Hochladen digitaler Bildnisse auf einer Website oder in einem sozialen Netzwerk sowie das Setzen eines Hyperlinks oder Inline-Links werfen zudem neue kunsturheberrechtliche Fragen und Probleme auf.⁵

Dennoch schenkte weder die Literatur bis auf wenige Ausnahmen⁶ noch der Gesetzgeber dem Kunsturhebergesetz im digitalen Zeitalter besondere

-
- 3 Siehe auch: *Specht*, MMR 2017, 577, 577; *Schertz*, NJW 2013, 721, 721; *Klar*, DÖV 2013, 103, 103; vgl. auch: *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwalts-handbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3; ausführlich hierzu unten im zweiten Kapitel bei C. I. 1.
- 4 *Herbort* verwendete den Begriff des „digitalen Bildnisses“ bereits in ihrer Untersuchung und wählt diesen auch als Titel ihrer Dissertation. Sie grenzt mit dem Titel und Leitwort „Digitale Bildnisse“ den Untersuchungsgegenstand ihrer Arbeit ein. Sie untersucht in ihrer Arbeit eine besondere Kategorie von Bildnissen und zwar ausschließlich „digitale Bildnisse, d.h. personenbezogene Digitalfotografie sowie nachträglich digitalisierte Personenfotografie“, *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 14 und S. 100 f.; diese Arbeit verwendet den Begriff des digitalen Bildnisses für zwei Sachverhalte: 1. für digitale Abbildungen, die natürliche Personen erkennbar abbilden und 2. für den Bereich der Gesetzeskollision zwischen DSGVO und KUG.
- 5 Vgl. zur kunsturheberrechtlichen Bewertung des Versands per E-Mail etwa: BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; zur kunsturheberrechtlichen Bewertung des Versands per WhatsApp: OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.03.2018 – 13 U 70/17, BeckRS 2018, 11484 Tz. 9; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 391; zur kunsturheberrechtlichen Bewertung des Hochladens auf einer Website: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 386; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 392; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 06.02.2009 – 11 O 762/09, AfP 2009, 178, 178; zur kunsturheberrechtlichen Bewertung des Setzens eines Links: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; ausführlich hierzu sodann auch mit Literaturnachweisen unten im zweiten Kapitel bei D. II.
- 6 *Specht*, MMR 2017, 577, 577 ff.; *Höppner/Schaper*, MMR 2017, 512, 512 ff.; *Ludyga*, MMR 2017, 158, 158 ff.; *Vetter*, AfP 2017, 127, 127 ff.; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1057 ff.; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 744 ff.; *Höppner/Rieger*, GRUR Int. 2016, 633, 633 ff.; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 648 ff.; *Renner*, ZUM 2015, 608, 608 ff.; *Conrad*, CR 2013, 305, 305 ff.; *Ohly*, AfP 2011, 428, 428 ff.; *Petershagen*, NJW 2011, 705, 705 ff.; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 657 ff.; *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 533 ff.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 1 ff.; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 1 ff.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 1 ff.; *Specht*, Videokunst als Big Data on Youtube, in: Taeger, Big Data & Co – Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, 2014, S. 35, 35 ff.; *Dix*, Das Recht

Beachtung. Dies änderte sich erst mit dem Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung, als ein Aufschrei in der Literatur die bis dato vorherrschende Stille durchbrach. Während der Gesetzgeber wohl weiterhin keinen Handlungsbedarf für das Kunsturhebergesetz erkennt,⁷ formuliert die Literatur Aufsätze mit Titeln wie „Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns“⁸; „DS-GVO und KUG – ein gespanntes Verhältnis, Ende des KUG nach 111 Jahren?“⁹; „(K)Ein Recht am eigenen Bild“^{10,11}

Sowohl die tatsächlichen Veränderungen für das Kunsturhebergesetz, hervorgerufen durch den technischen und digitalen Fortschritt, als auch die rechtlichen Veränderungen in Form der Datenschutzgrundverordnung und der InfoSoc-RL bieten den Anlass dieser Untersuchung. Die Daten-

am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 64 ff.

7 BT-Drs. 19/4421, S. 47 f.; BT-Drs. 19/2653, S. 15; vgl. auch: Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 291; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. weiter die Auffassung des Bundesdatenschutzbeauftragten: *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; vgl. auch: Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Verhältnis der Datenschutz-Grundverordnung zum Kunsturhebergesetz, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 156/18, 16.05.2018, S. 4, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/563840/bf59a00573853aabee2c32ddd01e3cd/WD-3-156-18-pdf-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

8 *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

9 *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 4 ff.

10 *Bosch*, IPRB 2018, 39, 39 ff.

11 Weitere Beispiele: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 31 ff.; *Dregelies*, AfP 2019, 298, 302; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 76 ff.; *Raji*, ZD 2019, 61, 61 ff.; *Faulhaber/Scheurer*, jM 2019, 2, 2 ff.; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 578 ff.; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 68 ff.; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 369 ff.; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 438 ff.; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020.

schutzgrundverordnung und die InfoSoc-RL sind zwei Unionsrechtsakte, die das digitale Zeitalter bereits in Teilen regulieren, wobei ihr Einfluss auf das Kunsturhebergesetz in Frage steht.

Der Arbeit sind dabei die folgenden Thesen zugrundegelegt:

1. Das Kunsturhebergesetz ist trotz Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung vollumfänglich aufrechtzuerhalten und als speziellere Vorschrift vorrangig vor der Datenschutzgrundverordnung anzuwenden.
2. Das Kunsturhebergesetz weist in mehreren Punkten einen internetspezifischen Nachbesserungsbedarf auf.
3. Das Kunsturhebergesetz ist autonom und somit losgelöst von dem in weiten Teilen harmonisierten Urheberrechtsgesetz auszulegen und weiterzuentwickeln. Weder die dem Urheberrechtsgesetz zugrundeliegenden europäischen Richtlinien, ihre nationale Umsetzung noch die im Anwendungsbereich des Urheberrechts ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs üben Einfluss auf das Recht am eigenen Bild aus.

Ziel der Arbeit ist es nicht nur, den Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes zu untersuchen und zu benennen, die Arbeit unternimmt auch den Versuch, Novellierungsvorschläge zu entwickeln bzw. zu diskutieren.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung des Reformbedarfs des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter setzt zunächst voraus, den Anwendungsbereich des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung herauszuarbeiten, Erstes Kapitel A. – E. Denn erst wenn feststeht, welcher Anwendungsbereich dem Kunsturhebergesetz neben der Datenschutzgrundverordnung verbleibt, lässt sich der Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter bestimmen. Als Ausgangspunkt wird der Kollisionsbereich des Kunsturhebergesetzes und der Datenschutzgrundverordnung präzisiert, Erstes Kapitel A. Im Weiteren wird die partielle Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung über Art. 85 Abs. 2 DSGVO untersucht (Erstes Kapitel B.), die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung über Art. 85 Abs. 1 DSGVO (Erstes Kapitel C.) sowie die nur mittelbare Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, Erstes Kapitel D. Nachdem die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung herausgearbeitet worden sind, wird nachfolgend in

einer Stellungnahme aufgezeigt, dass die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung über Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu priorisieren ist, Erstes Kapitel E. Zum Schluss des ersten Kapitels ist es essentiell, die Normenkonkurrenz zwischen dem weiterhin vollumfänglich anwendbaren Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung aufzulösen und den zur Auflösung der Normenkonkurrenz erforderlichen Handlungsbedarf des Gesetzgebers zu benennen, Erstes Kapitel F.

Im zweiten Kapitel wird der Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter zuerst auf der tatsächlichen und sodann auf der rechtlichen Ebene untersucht, Zweites Kapitel C. und D. Hierzu wird eingangs das Schutzgut und das abgestufte Schutzkonzept des Kunsturhebergesetzes dargelegt, Zweites Kapitel A. Es folgt eine historische Betrachtung des Kunsturhebergesetzes (Zweites Kapitel B.), da sowohl der Wille des historischen Gesetzgebers für die Untersuchung des Reformbedarfs des Kunsturhebergesetzes entscheidend ist als auch ein bereits 1959 angedachter Reformvorschlag für die Lösung fruchtbar gemacht werden kann.

Anschließend wird der Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes auf der tatsächlichen Ebene beleuchtet, Zweites Kapitel C. In diesem Rahmen werden die technischen, gesellschaftlichen und medialen Veränderungen des digitalen Zeitalters dargestellt, die direkten Einfluss auf das zu überprüfende Gesetz haben. Entscheidend kommt es auf die Feststellung an, inwiefern diese Veränderungen einen Nachbesserungsbedarf des Kunsturhebergesetzes auf der tatsächlichen Ebene hervorrufen, Zweites Kapitel C I. 3. und C. II. 3.

Schlussendlich wendet sich die Untersuchung erneut der rechtlichen Ebene zu, Zweites Kapitel D. Bevor Novellierungsvorschläge für das Kunsturhebergesetz entwickelt bzw. diskutiert werden können, ist zu untersuchen, ob das in weiten Teilen harmonisierte Urheberrechtsgesetz, die InfoSoc-RL und die hierzu ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs das Recht am eigenen Bild beeinflussen, Zweites Kapitel D. I. Denn erst im Anschluss an diese Untersuchung steht der rechtliche Rahmen fest, indem sich die Novellierungsvorschläge für das Kunsturhebergesetz bewegen können.

Nachdem die Arbeit zu dem Ergebnis gelangt ist, dass das Kunsturhebergesetz zukünftig autonom und somit losgelöst vom harmonisierten Urheberrecht auszulegen und weiterzuentwickeln ist (Zweites Kapitel D. I. 3.) und die aus einem autonomen Verständnis folgenden Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz aufgezeigt sind (Zweites Kapitel D. I. 4.), widmet sich die Untersuchung der Diskussion der Rechtsanpassung, Zweites

Kapitel D. II. und III. Es wird einerseits untersucht, welche neuen Erscheinungsformen des digitalen Zeitalters das Kunsturhebergesetz bereits de lege lata befriedigend erfasst, andererseits werden Novellierungsvorschläge für das Kunsturhebergesetz entwickelt bzw. diskutiert, die die Gesetzesdefizite des Kunsturhebergesetzes auf der tatsächlichen Ebene beseitigen sollen.

Die Arbeit schließt mit einem Ergebnis, welches zunächst die Novellierungsvorschläge für das Kunsturhebergesetz im digitalen Zeitalter zusammenfasst und sodann die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit in 35 Thesen formuliert.

C. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Der Forschungsansatz dieser Arbeit beschränkt sich auf den Nachbesserungsbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter. Untersucht werden nur die internetspezifischen Probleme des Kunsturhebergesetzes, die die vorliegende Arbeit primär bei §§ 22, 23 KUG erkennt und nicht bei den Rechtsfolgen der Verletzung des Rechts am eigenen Bild, §§ 33–50 KUG. Der nicht internetspezifische Forschungsbedarf zum Recht am eigenen Bild wird aufgrund des ausgewählten Forschungsansatzes explizit ausgespart.

Von der Untersuchung der rechtsbereichsübergreifenden Frage, unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung des Abgebildeten weiterhin ein taugliches Rechtsinstrument zur Selbstbestimmung im digitalen Zeitalter darstellt,¹² wird bewusst abgesehen. Überdies wird das Problem der Bildmanipulation ausgeklammert, da dieses schwerpunktmäßig dem Wahrheitsschutz, Ehrschutz sowie Wert- und Achtungsanspruch zuzuordnen ist.¹³ Ferner ist die neue internettypische Vorgehensweise der Presse,

12 Hierzu beispielsweise: *Jennessen*, Datenschutzrecht – Die Einwilligung als Instrument der kommerziellen (Bild-)Datenverarbeitung, im Erscheinen; *Zimmermann*, Die Einwilligung im Internet, 2014, 1 ff.

13 Sieher hierzu: *Hartmann*, Der Schutz vor Deepfakes durch das Kunsturhebergesetz, in: Taeger, Die Macht der Daten und der Algorithmen, 2019, S. 563, 563 ff. und 575 ff.; vgl. hierzu auch: LG Frankfurt, Urt. v. 30.01.2020 – 2–03 O 90/19, juris, Tz. 56 ff. und Tz. 102 – *Zulässigkeit der Wiedergabe eines (Falsch-)Zitats in einem Sharepic*; LG Hamburg, Urt. v. 27.05.2011 – 324 O 648/19, ZUM-RD 2011, 623, 623 ff.; BVerfG, Beschl. v. 14.02.2005 – 1 BvR 240/04, GRUR 2005, 500, Tz. 1 ff. – *Satirische Fotomontage*; vgl. zum Wert- und Achtungsanspruch etwa: BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 712 – *Marlene Dietrich*.

eine Wortberichterstattung ohne die Einwilligung des Abgebildeten mit einem im Internet frei abrufbaren Bildnis zu illustrieren absichtlich ausgenommen, da das Problem des „Internetprangers“ mit Hilfe der klassischen Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsschutz des Abgebildeten und den Rechten der Presse gelöst werden kann.¹⁴

D. Aktueller Forschungsstand

Es sind drei monographische Arbeiten zu nennen, die das forschungsgegenständliche Thema bereits in Teilen untersuchen. Die Arbeiten von *Tausch*¹⁵, *Herbort*¹⁶ und *Klein*¹⁷ erzielen innerhalb der einzelnen untersuchten Problembereiche ausgezeichnete Ergebnisse, die die vorliegende Arbeit zugrunde legt und freilich auch einer kritischen Würdigung unterzieht.

Tausch führt anhand der repräsentativen Beispiele von Facebook und Google Street View eine Rechtsanalyse für die Veröffentlichung von Personen- und Sachfotos im Internet durch.¹⁸ Anhand der ausgewählten Beispiele arbeitet *Tausch* unter anderem Unstimmigkeiten der Tatbestandsalternativen des § 22 S. 1 KUG heraus, an die die vorliegende Arbeit anknüpft.¹⁹ *Tausch* stellt zum Schluss seiner Untersuchung die These auf, dass das Vollzugsdefizit des Bildnisschutzes im Internet nicht primär einem defizitären Gesetzesrahmen geschuldet ist, sondern der zaghaften Rechtsausübung durch die Betroffenen und der restriktiven sowie uneinheitlichen Ausschöpfung des Rechtsrahmens durch die Jurisdiktion.²⁰ Indessen wählt die vorliegende Arbeit den Gesetzgeber als Adressaten und eruiert in mehreren Punkten einen internetspezifischen Anpassungsbedarf des Kunsturhebergesetzes. Das Problemgeflecht zwischen techni-

14 OLG München, Urt. v. 01.03.2018 – 29 U 1156/17, GRUR-RR 2018, 528 Tz. 25 ff.; OLG München, Urt. v. 17.03.2016 – 29 U 368/16, MMR 2016, 414, 415 – *Internetpranger*.

15 *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 1 ff.

16 *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 1 ff.

17 *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 1 ff.

18 *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 1 ff.

19 *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 ff.

20 *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 234 f. und S. 257.

schen bzw. digitalen, gesellschaftlichen sowie rechtlichen Veränderungen kann nach Auffassung der vorliegenden Arbeit nur durch eine Novellierung des Kunsturhebergesetzes rechtssicher aufgelöst werden. Solange die Lebenswirklichkeit Gesetzesdefizite erkennen lässt, genügt es nicht, den Rechtsunterworfenen ihre Rechte bzw. Rechtspflichten aufzuzeigen.²¹ Der Schutz des Rechts am eigenen Bild kann auch nicht ausschließlich der Rechtsprechung überlassen werden, da eine Lösung nach Klageerhebung, orientiert am Einzelfall, zu kurz greift, um Bildnisverwendungen im digitalen Zeitalter angemessen zu regulieren.²²

Herbort untersucht in ihrer Abhandlung die Auswirkungen der digital vernetzten Kommunikation zum einen auf den Abgebildeten eines Bildnisses zum anderen auf den Urheber eines Bildnisses.²³ Als Forschungsschwerpunkt klassifiziert *Herbort* die gefährdungsbegründenden Nutzungsveränderungen in der digital vernetzten Kommunikation und stellt anhand dieser die Interessengeflechte zwischen dem Urheber, dem Abgebildeten und den Nutzern dar.²⁴ Im Gegensatz zu der vorliegenden Arbeit behandelt *Herbort* in ihrer Untersuchung nur summarisch, ob das durch die InfoSoc-RL harmonisierte Urheberrechtsgesetz und die zu der InfoSoc-RL verkündeten Urteile des Europäischen Gerichtshofs das Kunsturhebergesetz beeinflussen.²⁵

Klein, *Herbort* und *Tausch* untersuchen sämtlich auch das Verhältnis des Kunsturhebergesetzes zum Datenschutzrecht,²⁶ wobei sich die Ausführungen von *Herbort* und *Tausch* noch auf das Bundesdatenschutzgesetz 2003

21 Vgl. hierzu: Beschluss des Deutschen Juristentages 1957, BT-Drs. III/1237 Anl. 1, S. 33, nachzulesen bei: UFITA (Archiv für Urheber- und Medienrecht), 1959, Bd. 29, S. 39 ff.; vgl. auch: *Vogel*, JZ 1979, 321, 323; aA: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 234.

22 Vgl. hierzu: *Rose*, DuD 2017, 137, 138 und 140 f.; *Gessenharter*, MDR 1991, 1120, 1122; aA: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 234; wohl auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1059 f.

23 *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 7 f., S. 125 ff. und S. 309.

24 *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 29 und S. 125 ff.

25 Hierzu nur: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 84 und S. 175 f.

26 *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 1 ff.; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 96 ff., 115 ff. und S. 308, S. 310 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 111 ff. und S. 147–151, wobei die Ausführungen von *Tausch* recht kurz sind, da *Tausch* vorrangig das Datenschutzrecht für den Bereich der Veröffentlichung von Sachfotos untersucht: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 152 ff. und S. 239 ff.

beziehen.²⁷ Ebenso wie der erste Teil der vorliegenden Arbeit untersucht *Klein* in seiner Abhandlung das Verhältnis des Kunsturhebergesetzes zur Datenschutzgrundverordnung.²⁸ *Klein* und *Herbort* gelangen zu dem Ergebnis, dass die §§ 22 ff. KUG zugunsten des Datenschutzrechts abgeschafft werden sollten.²⁹ Die vorliegende Arbeit vertritt hingegen eine konträre Auffassung und stellt einen neuen Lösungsansatz für die Aufrechterhaltung des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung vor.

E. Gesetzesreform – Grundlage der Forschungsfrage

Zu Beginn, bevor der Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter untersucht werden kann, bedarf es einer prägnanten Auseinandersetzung mit der gesetzgeberischen Handlungsmöglichkeit einer Gesetzesreform.

Ein gesellschaftlicher, politischer, wirtschaftlicher, wissenschaftlicher, technischer oder rechtlicher Wandel kann dazu führen, dass ein gültiges Gesetz überarbeitet oder für ungültig erklärt werden muss.³⁰ Gesetzesreformen dienen der Erneuerung bzw. Anpassung bereits existierender Gesetze, die einen Nachbesserungsbedarf aufzeigen.³¹ Ein Nachbesserungsbedarf besteht insbesondere, wenn das erklärte oder bezweckte Gesetzesziel nicht erreicht wird, oder neue Fragen und Probleme mit Hilfe der Rechtsnorm nicht gelöst werden können.³² Sowohl bereits bestehende Neuerungen

27 *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 96 ff., S. 115 ff., S. 308 und S. 310 f.; *Tausch* mit eher kurzen Ausführungen: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 111 ff. und S. 147–151.

28 *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 1 ff.

29 *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209 und S. 251 f.; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 310 f.; aA: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 151 f.

30 Vgl. hierzu: *Vogel*, JZ 1979, 321, 322 f.; *Gessenharter*, MDR 1991, 1120, 1121; *Roßnagel*, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: *Hof/Wengenroth*, Innovationsforschung, 2007, S. 9, 15.

31 Vgl. hierzu: *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch*, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, 2017, S. 4.

32 Vgl. hierzu: *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch*, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, 2017, S. 4; *Roßnagel*, DuD 2017, 277, 277; *Gessenharter*, MDR 1991, 1120, 1121.

technischer, politischer, gesellschaftlicher, wirtschaftlicher, wissenschaftlicher, rechtlicher Art, als auch künftige Entwicklungen können den Reformbedarf begründen.³³ Die Fortentwicklung des Rechts ist eine kontinuierliche und umfangreiche Aufgabe, wobei der richtige Zeitpunkt für eine Gesetzesreform nicht leicht zu bestimmen ist.³⁴ Der sich ergebende Wandel, die zu regulierenden Lebenssachverhalte und die Gesetzesdefizite müssen erkannt und beobachtet werden, um eine zukunftsichere und beständige Gesetzesreform zu ermöglichen.³⁵ Ein voreiliges Handeln kann zu einer unnötigen Vielzahl von Änderungsgesetzen führen, die zu vermeiden ist.³⁶

33 Vgl. hierzu: *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch*, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, 2017, S. 115 f.; vgl. dazu auch: *Roßnagel*, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: Hof/Wengenroth, Innovationsforschung, 2007, S. 9, 12 f.

34 Vgl. hierzu: *Heckmann*, K&R 2010, 1, 5; *Vogel*, JZ 1979, 321, 325.

35 Vgl. hierzu auch: *Heckmann*, K&R 2010, 1, 5; *Roßnagel*, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: Hof/Wengenroth, Innovationsforschung, 2007, S. 9, 16 f.

36 Vgl. hierzu: *Vogel*, JZ 1979, 321, 324.

Erstes Kapitel: Das Kunsturhebergesetz neben der Datenschutzgrundverordnung

Zur Beantwortung der Forschungsfrage ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, welcher Anwendungsbereich dem Kunsturhebergesetz neben der Datenschutzgrundverordnung verbleibt.

Auf rechtlicher Ebene kollidiert das europäische Datenschutzrecht in der Fassung der Datenschutzgrundverordnung mit dem nationalen Bildnisschutz. Bereits vor Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung wurde das Verhältnis vom Kunsturhebergesetz zum Datenschutzrecht unter der Fragestellung des Schriftformerfordernisses der Einwilligung diskutiert.³⁷ Die Aktualität der Problematik des Schriftformerfordernisses nimmt seit dem 25.05.2018 mit Geltung der DSGVO für weite Regelungsbereiche des Bildnisschutzes ab.³⁸ Im Grundsatz ist ein Schriftformerfordernis für die Einwilligung nach Art. 7 DSGVO nicht mehr vorgesehen. Die Problematik des Verhältnisses vom Kunsturhebergesetz zum Datenschutzrecht bleibt jedoch nicht nur bestehen, sondern verstärkt sich.

Bedingt durch einen technischen Wandel und die Digitalisierung überschneiden sich die beiden Regelungsgegenstände Bildnisse und personenbezogene Daten in großen Teilen.³⁹ Diese Überlappung bzw. Kollision der Schutzsysteme muss mit Hilfe des Gesetzes aufgelöst werden. In der DSGVO ist keine Ausnahmenvorschrift iSv § 1 Abs. 3 BDSG 2003 vorgesehen, die zuvor den Anwendungsvorrang der §§ 22, 23 KUG normierte.⁴⁰

37 BAG, Urt. v. 11.12.2014 – 8 AZR 1010/13, NJW 2015, 2140, 2141; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1057; *Lorenz*, K&R 2016, 450, 452; *Renner*, ZUM 2015, 608, 608 ff.; *Ernst*, AfP 2015, 401, 402; *Benecke/Groß*, NZA 2015, 833, 837; *Schönewald*, ZUM 2013, 862, 865 ff.; *Lorenz*, ZD 2012, 367, 368 ff.

38 Ausnahme ist z.B. der Beschäftigtendatenschutz: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 19 a; siehe dazu auch: *Specht-Riemen-schneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 119 f.; Paal/Pauly-Gräber/Nolden, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 Rn. 34 f.

39 Siehe zum technischen Wandel genauer im zweiten Kapitel bei C. I.; siehe zur Kollision der Regelungsgegenstände genauer im ersten Kapitel bei A. I., III. und IV.

40 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 375; *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 581; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060.

Auch ist eine nationale Aufrechterhaltung einer Ausnahmegvorschrift, in Form von § 1 Abs. 3 BDSG 2003, aufgrund der europarechtlich gewählten Gesetzesform der Verordnung unzulässig.⁴¹ Dennoch ermöglichen gegebenenfalls Art. 85 Abs. 1 DSGVO, Art. 85 Abs. 2 DSGVO und oder Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO die Aufrechterhaltung und Anwendbarkeit der §§ 22, 23 KUG.

Wird Art. 85 Abs. 2 DSGVO als abschließende Öffnungsklausel verstanden, kann das Kunsturhebergesetz bei einer Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung nur noch partiell Anwendung finden.⁴² Unmittelbar anwendbar bleiben alleine §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG.⁴³ Sowohl § 22 KUG losgelöst von den Ausnahmetatbeständen des §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG als auch den Ausnahmetatbeständen des §§ 23 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 2 KUG mangelt es an einer ausreichenden Verknüpfung mit den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.⁴⁴

Mit der Auffassung, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine eigenständige fakultative und allgemeine Öffnungsklausel festschreibt, ist eine vollumfängliche Anwendbarkeit der §§ 22, 23 KUG zu rechtfertigen.⁴⁵ Art. 85

41 Schantz, NJW 2016, 1841, 1841.

42 Krüger/Wiencke, MMR 2019, 76, 77; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1061; Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209; Schack/Dregelies, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; unterstützend: Sundermann, K&R 2018, 438, 442; Golz/Gössling, IPRB 2018, 68, 70; Specht, MMR 2017, 577, 577; Sydow-Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einl. Rn. 46; vgl. auch: Götting/Schertz/Seitz-Lauber-Rönsberg, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 46.

43 AA wohl: Specht-Riemenschneider/Jennessen, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 118.

44 Eindeutig für § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG: Golz/Gössling, IPRB 2018, 68, 70.

45 Krüger/Wiencke, MMR 2019, 76, 78; Golz/Gössling, IPRB 2018, 68, 72; Kahl/Piltz, K&R 2018, 289, 290 ff., Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 581 ff.; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1062; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33; Wenzel-von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; Taeger/Gabel-Taeger, DSGVO – BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 6 Rn. 2; Horvath, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; Albrecht, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: <https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-hae>

Abs. 1 DSGVO erlaubt Abweichungen von allen Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung. §§ 22, 23 KUG stellen eine europarechtskonforme Abweichungen iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO dar.⁴⁶ Sie schaffen den nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO geforderten Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der abgebildeten Person und dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit einschließlich journalistischer, künstlerischer und literarischer Zwecke.⁴⁷

Wird eine Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes mit Hilfe von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO angenommen, können die Wertungen der §§ 22, 23 nur noch mittelbar über die Interessenabwägung des Erlaubnistatbestands zur Anwendung kommen.⁴⁸ Da Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO keine Abweichungs- oder Konkretisierungsbefugnis für die Mitgliedstaaten statuiert, kann eine unmittelbare Anwendbarkeit von §§ 22, 23 KUG nicht ermöglicht werden.

Es ist festzustellen, dass sowohl der deutsche Gesetzgeber, die Kommentarliteratur zu Art. 85 DSGVO als auch die Kommentarliteratur zu §§ 22, 23 KUG vor Geltung der Datenschutzgrundverordnung (25.05.2018) zu

ufig-verbreitete-mythen/, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; wohl auch KUG – DSGVO: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

46 Befürwortend: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583 f.; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 e; wohl auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062.

47 So im Ergebnis bereits: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583 f.; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 292; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

48 *Raji*, ZD 2019, 61, 66; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 370; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 71; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Eder/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 123 f.; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; Wenzel-von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; vgl. dazu auch: Gola-Pötters, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 140; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

der Problematik nicht ausreichend Stellung bezogen haben.⁴⁹ Ziel des Gesetzgebers sollte es sein, hier so schnell wie möglich Rechtssicherheit zu schaffen. Denn die Frage der Anwendbarkeit der unterschiedlichen Regelungssystematiken ist nicht nur von wissenschaftlichem Interesse. Die Regelungssystematiken unterscheiden sich praxisrelevant im Bereich der Schutzdauer, beim Schutz kommerzieller Interessen, bei den erfassten Tatbestandshandlungen, der Widerruflichkeit und Zweckgebundenheit der Einwilligung, bei der Ausdifferenziertheit der Ausnahmetatbestände vom Einwilligungserfordernis und bei den Informationspflichten gegenüber dem Betroffenen.

A. Kollision Kunsturhebergesetz – Datenschutzgrundverordnung

Das Kunsturhebergesetz und die Datenschutzgrundverordnung kollidieren vielfach im Bereich digitaler Bilder, wenn lebende natürliche Personen erkennbar realitätsgetreu abgebildet werden.⁵⁰ Werden digitale Bilder dieser

49 So bereits: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 588; Ausnahme ist, die erste Auflage von: *Sydow-Specht*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 85 DSGVO Rn. 11.

50 VG Hannover, Urt. v. 27.11.2019 – 10 A 820/19, BeckRS 2019, 31874 Tz. 29 ff.; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 733 f.; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 77; *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 4; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 578; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 68; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 291; *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 509; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 439 f.; *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 587 f.; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1058; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 76, S. 143, S. 146 und S. 249; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.11.2019, § 22 KUG Rn. 10 b; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. zur Kollision KUG – BDSG 2003: *Lorenz*, K&R 2016, 450, 454; *Ernst*, AfP 2015, 401, 402; *Renner*, ZUM 2015, 608, 609; *Benecke/Groß*, NZA 2015, 833, 836; *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 649; *Schönewald*, ZUM 2013, 862, 868; *Lorenz*, ZD 2012, 367, 369; *Ohly*, AfP 2011, 428, 437 f.; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 661 f.; *Rose*, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in *Taeger*, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 80; siehe ausführlich zur Entwicklung digita-

Art verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt (§ 22 S. 1 KUG), ist in der Regel ebenfalls eine Datenverarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1 und Nr. 2 DSGVO gegeben.⁵¹ Im Einzelfall kann auch die Datenverarbeitung sensibler Daten iSd Art. 9 DSGVO, ErwGr 10 und ErwGr 51 einschlägig sein.⁵² Diese Gesetzeskollision lässt sich mit dem Schlagwort „digitales Bildnis“⁵³ zusammenfassen.

Zu beachten ist jedoch, dass nicht voreilig aufgrund der Einschlägigkeit der §§ 22, 23 KUG auf die Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung geschlossen werden kann und umgekehrt.

Eine Gesetzeskollision zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung scheidet aus, wenn nur einzelne aus dem „digitalen Bildnis“ herausgelöste Bilddaten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden, das Verbreiten oder öffentliche Schaustellen des „digitalen Bildnisses“ ausschließlich persönlichen oder familiären Tätigkeiten dient oder die abgebildete Person nicht zumindest für ihren weiteren Bekanntheitskreis erkennbar und zugleich für den Datenverarbeiter identifizierbar ist.

ler Bilder im zweiten Kapitel bei C. I.; siehe ausführlich zur Problematik der Erkennbarkeit im zweiten Kapitel bei D. III.

51 Siehe zu Lichtbildern auch ErwGr 51; siehe Bildnis als personenbezogenes Datum: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; vgl. in Bezug auf Art. 3 Abs. 1, Art. 2 lit. a DSRL: EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = ZUM 2019, 502 Tz. 28 ff. – *Buivids/Datu valsts inspekcija*; EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 = NJW 2015, 463 Tz. 22 – *Rynes*.

52 Eine Pauschalierung ist zu vermeiden, vgl. insbesondere: ErwGr 51.

53 *Herbort* verwendet den Begriff „digitale Bildnisse“ fortlaufend in ihrer Untersuchung und wählt diesen auch als Titel ihrer Dissertation. Sie beschreibt damit weder die Gesetzeskollision zwischen DSGVO und KUG noch die Gesetzeskollision zwischen BDSG 2003 und KUG. Sie grenzt mit dem Titel und Leitwort „Digitale Bildnisse“ den Untersuchungsgegenstand ihrer Arbeit ein. Sie untersucht in ihrer Arbeit eine besondere Kategorie von Bildnissen und zwar ausschließlich „digitale Bildnisse, d.h. personenbezogene Digitalfotografie sowie nachträglich digitalisierte Personenfotografie“, *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 14 und S. 100 f.

I. Gesamtheit der Bilddatei

Ein „digitales Bildnis“ iSd § 22 S. 1 KUG setzt die Gesamtheit der Bilddatei voraus.⁵⁴ Werden einzelne personenbezogene Daten aus der Bilddatei extrahiert, entfällt in der Regel die Gesetzeskollision, da das Kunsturhebergesetz nur für Bildnisse und nicht für Teildaten zur Anwendung kommt. In diesem Fall ist ausschließlich die Datenschutzgrundverordnung anwendbar, sofern ein Personenbezug nach der wohl herrschenden beschränkt-objektiven Theorie gegeben ist.⁵⁵

II. Persönliche oder familiäre Tätigkeit

Die Kollision der beiden Regelungssysteme entfällt ebenfalls, wenn eine natürliche Person das „digitale Bildnis“ zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt, da die Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung für diesen Fall nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO ausgeschlossen ist.⁵⁶ Das Kunsturhebergesetz kommt sodann zur Anwendung.

54 Vgl. dazu mit Blick auf das BDSG: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 149.

55 Siehe zur beschränkt-objektiven Theorie des Personenbezugs: EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 Tz. 39 ff. – *Breyer/Deutschland*; dieser vermittelnde Ansatz wurde vorher bereits vertreten von: *Specht/Müller-Riemenschneider*, ZD 2014, 71, 72 ff.; vgl. zur Feststellung des Streits in der Literatur durch den BGH: „Umstritten war, ob bei der Prüfung der Bestimmbarkeit ein objektiver oder ein relativer Maßstab anzulegen ist“, BGH, Urt. v. 16.05.2017 – VI ZR 135/13, MMR 2017, 605 Tz. 19; *Kipker/Kubis*, MMR 2017, 605, 609; *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1842 f.; *Kring/Marosi*, K&R 2016, 773, 776; *Bergt*, ZD 2015, 365, 365 f.; *Brink/Eckhardt*, ZD 2015, 205, 205 f.; Sydow-Ziebarth, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 33; Gola-Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 17; HK DS-GVO/BDSG/*Schwartmann-Mühlenbeck*, 1. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 23; Kühling/Buchner-Klar/Kühling, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 1 Rn. 25; Simitis/Hornung/Spiecker-Karg, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 58.

56 Hierzu näher: ErwGr 18; siehe zur Haushaltsausnahme bei der Aufnahme von Bildnissen: EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 = NJW 2015, 463 Tz. 26 ff. – *Rynes/Raji*, ZD 2019, 61, 6; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 77; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 119 f.; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.11.2019, § 22 KUG Rn. 10 c.

III. Erkennbarkeit und Personenbezug

Die Erkennbarkeit der abgebildeten Person und der Personenbezug der verwendeten Daten überschneiden sich häufig, obwohl auch sie nicht gleichzusetzen sind.⁵⁷ Das Kunsturhebergesetz und die Datenschutzgrundverordnung kollidieren nur dann, wenn erstens, das „digitale Bildnis“ für den Bildnisverbreiter bzw. -zurschausteller ein personenbezogenes Datum nach Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1 DSGVO enthält und zweitens, die auf dem „digitalen Bildnis“ abgebildete Person berechtigten Anlass zu der Annahme der Erkennbarkeit zumindest durch ihren weiteren Bekanntenkreis hat.⁵⁸

Die Vorgehensweise zur Bestimmung des Personenbezugs von Daten ist innerhalb der Literatur umstritten.⁵⁹ Entscheidend ist nach der vermittelnden Ansicht des Europäischen Gerichtshofs, ob der Datenverarbeiter über rechtlich zulässige Mittel und Zusatzinformationen verfügt oder verfügen kann, die es ihm ermöglichen, die natürliche Person, der die Daten zugeordnet werden, zu bestimmen.⁶⁰ Dies hat der Europäische Gerichtshof

57 Wohl aA: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 145 f.

58 Siehe auch: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 96 und S. 145; vgl. hierzu in Bezug auf das BDSG 2003: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 100 f.; vgl. ausführlich zu der Frage, wann ein Bild ein personenbezogenes Datum darstellt bzw. enthält: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 25 f.

59 Vgl. zur Feststellung des Streits in der Literatur durch den BGH: „Umstritten war, ob bei der Prüfung der Bestimmbarkeit ein objektiver oder ein relativer Maßstab anzulegen ist“, BGH, Urt. v. 16.05.2017 – VI ZR 135/13, MMR 2017, 605 Tz. 19; *Kipker/Kubis*, MMR 2017, 605, 609; *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1842 f.; *Kring/Marosi*, K&R 2016, 773, 776; *Bergt*, ZD 2015, 365, 365 f.; *Brink/Eckhardt*, ZD 2015, 205, 205 f.; *Specht/Müller-Riemenschneider*, ZD 2014, 71, 72; *Sydow-Ziebarth*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 33; *Gola-Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 17; *HK DS-GVO/BDSG/Schwartmann-Mühlenbeck*, 1. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 23; *Kühling/Buchner-Klar/Kühling*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 1 Rn. 25; *Simitis/Hornung/Spiecker-Karg*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 58.

60 EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 Tz. 45 – *Breyer/Deutschland*; die abstrakte Möglichkeit der Identifizierbarkeit wird bei digitalen Bildnissen iDR zu bejahen sein, vgl. dazu auch: *Sundermann*, K&R 2018, 438, 439; Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Vermerk: Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus, März 2018, S. 2 f., abrufbar unter: <https://www.filmverband-suedwest.de/wp-content/uploa>

im Vorabentscheidungsverfahren *Breyer/Deutschland* bei der Auslegungsfrage zur Personenbezogenheit von Daten nach Art. 2 lit. a RL 95/46/EG entschieden.⁶¹ Die Rechtsprechung kann wohl für die Auslegung des Personenbezuges im Sinne der Datenschutzgrundverordnung übernommen werden,⁶² da der europäische Gesetzgeber die Datenschutzrichtlinie hier mit der ähnlichen Formulierung von Art. 4 Nr. 1 DSGVO und Art. 2 lit. a DSRL fortführt.⁶³

Für die Frage der Erkennbarkeit der abgebildeten Person ist hingegen nicht darauf abzustellen, ob der Bildnisverwender bzw. -zurschausteller die abgebildete Person identifizieren kann, sondern, ob die abgebildete Person begründeten Anlass zu der Annahme hat, dass wenigstens ihr weiterer Bekanntenkreis eine Zuordnung ihrer Person anhand der Abbildung vornehmen kann.⁶⁴ Die Erkennbarkeit der abgebildeten Person unterscheidet sich vom Personenbezug der Daten insofern, dass bei der Erkennbar-

ds/2018/05/Vermerk_DSGVO.pdf, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. auch die ausführlichen Ausführungen zum Personenbezug bei der Datenverarbeitung in sozialen Netzwerken bei: *Golland*, Datenverarbeitung in sozialen Netzwerken, 2019, S. 56 ff.

61 EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 Tz. 39 ff. – *Breyer/Deutschland*; dieser vermittelnde Ansatz wurde vorher bereits vertreten von: *Specht/Müller-Riemenschneider*, ZD 2014, 71, 72 ff.

62 *Kühling*, ZD 2017, 24, 28; *Keppeler*, CR 2016, 360, 364; *Kring/Marosi*, K&R 2016, 773, 776; vgl. auch: *Ehmann/Selmayr-Klabunde*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 7.

63 *Keppeler*, CR 2016, 360, 364; *Kring/Marosi*, K&R 2016, 773, 776; zustimmend: *Ehmann/Selmayr-Klabunde*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 8; *Kühling/Buchner-Klar/Kühling*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 1 Rn. 2; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 1 Rn. 5.

64 OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.2014 – 4 U 174/13, GRUR-RR 2015, 80 Tz. 49; AG Kerpen, Urt. v. 04.11.2010 – 102 C 108/10, ZUM-RD 2011, 258, 259; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.01.2006 – 2/03 O 468/05, NJW-RR 2007, 115, 115 f.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.07.2001 – 14 U 71/00, ZUM 2001, 883, 887; BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 714 – *Marlene Dietrich*; BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2205 – *Fußballtorwart*; BGH, Urt. v. 09.06.1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102, 102 – *Spielgefährtin*; BGH, Urt. v. 10.11.1961 – I ZR 78/60, GRUR 1962, 211, 211 – *Hochzeitsbild*; *Vetter*, AfP 2017, 127, 129; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 7; *BeckOK Urheberrecht-Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 22 f.; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 16, Rz. 20 und Rz. 22; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 6; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 9; *Paschke/Berlit/Meyer-Kröner*, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 32. Ab-

keitsfrage erstens eine andere Anknüpfungsperson zugrundezulegen und zweitens ein anderer Maßstab für die Identifizierbarkeit anzusetzen ist. Ob im digitalen Zeitalter für die kunsturheberrechtliche Erkennbarkeit zukünftig ein anderer Maßstab geboten ist, wird im zweiten Kapitel bei D. III. untersucht.

IV. Ergebnis

Das Kunsturhebergesetz und die Datenschutzgrundverordnung kollidieren folglich nur dann, wenn ein „digitales Bildnis“, auf welchem eine lebende natürliche Person realitätsgetreu abgebildet ist, in seiner Gesamtheit verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt wird, die abgebildete Person berechtigten Anlass zu der Annahme der Erkennbarkeit wenigstens durch ihren weiteren Bekanntenkreis hat und der Bildnisverwender bzw. -zuschausteller über rechtlich zulässige Mittel und Zusatzinformationen verfügt oder verfügen kann, die es ihm ermöglichen, die abgebildete Person zu bestimmen. Weiter darf das Verbreiten oder öffentliche Schaulstellen des „digitalen Bildnisses“ nicht der Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten dienen.

B. Partielle Anwendbarkeit über Art. 85 Abs. 2 DSGVO

Teile der Literatur vertreten die Ansicht, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO keine eigenständige Öffnungsklausel sei und Abweichungen und Ausnahmen von den Kapiteln II bis VII und IX der Datenschutzgrundverordnung im Hinblick auf das Medienzivilrecht nur aufgrund von Art. 85 Abs. 2 DSGVO möglich sind.⁶⁵ Art. 85 Abs. 2 DSGVO wird von der Rechtspre-

schnitt Rn. 14; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 17; siehe ausführlich zur Erkennbarkeit im zweiten Kapitel bei D. III.

⁶⁵ Verhältnis KUG – DSGVO: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 4 ff.; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 441 f.; *Hoeren*, NJW 2017, 1587, 1590; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209; Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Merkblatt zur Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotos nach dem 25. Mai 2018 im nicht-öffentlichen Bereich, Stellungnahme v. 29.06.2018, abrufbar unter: http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung_und_veroeffentlichung_von_personenfotos/anfertigung-und-veroeffentlichung-von-personenfotos-nach-dem-25-mai-2018-166

chung und Literatur unproblematisch als Öffnungsklausel mit obligatorischem Handlungsauftrag der Mitgliedstaaten verstanden.⁶⁶ Der obligatorische Handlungsauftrag nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO ermöglicht sowohl Abweichungen als auch Ausnahmen, ist jedoch explizit auf die journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und literarischen Zwecke begrenzt und somit im Vergleich zu Art. 85 Abs. 1 DSGVO deutlich enger gefasst.⁶⁷

Das Kunsturhebergesetz modifiziert die Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung. Beispielfhaft seien die Abweichungen von Kapitel II und

008.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; unterstützend: *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 513; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70; *Specht*, MMR 2017, 577, 577; *Sydow-Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einl. Rn. 46; bzgl. des Medienzivilrechts: *Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof-Tinnefeld*, Einführung in das Datenschutzrecht, 6. Aufl. 2018, S. 172; *Schantz/Wolff-Schantz*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, S. 398; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287; *Gola-Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5; *Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12 und Rn. 14; wohl auch: *Spindler*, DB 2016, 937, 939; *Dammann*, ZD 2016, 307, 310; *Plath-Grages*, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 2.

66 LG Frankfurt, Urt. v. 27.09.2018 – 2–03 O 320/17, juris, Tz. 129; LG Frankfurt, Urt. v. 29.08.2019 – 2–30 O 454/18, AfP 2019, 548, 551; OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 502; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 285 f.; *Paal/Pauly-Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5 ff.; *Gola-Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5; *Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12 ff.; BeckOK Datenschutzrecht-Stender-Vorwachs, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 85 DSGVO Rn. 21 ff.; *Auernhammer-von Lewinski*, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14 ff.; *Ehmann/Selmayr-Schiedermair*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 23; *Wybitul-Ettig*, EU-Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 8; *Plath-Grages*, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7 ff.; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Verhältnis der Datenschutz-Grundverordnung zum Kunsturhebergesetz, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 156/18, 16.05.2018, S. 4, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/563840/bf59a00573853aabbee2c32ddd01e3cd/WD-3-156-18-pdf-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

67 Vgl. zu der Begrenzung der Zwecke: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 292; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33.

III bzgl. der Erlaubnistatbestände und Betroffenenrechte genannt.⁶⁸ Die bildnisspezifischen Regelungen verknüpfen diese Abweichungen jedoch nur teilweise mit den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

Nachfolgend wird untersucht, inwiefern das Kunsturhebergesetz den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO entspricht. Sodann wird aufgezeigt, welche Konsequenzen sich daraus für die Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung ergeben.

I. Entspricht das Kunsturhebergesetz den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO?

Art. 85 Abs. 2 DSGVO ermöglicht eine unmittelbare Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes nur partiell, wenn „digitale Bildnisse“⁶⁹ zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden.⁷⁰ Das Kunsturhebergesetz überschreitet die regulatorische Gestaltungsfreiheit des Art. 85 Abs. 2 DSGVO insofern,⁷¹ als § 22 KUG losgelöst von §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG und §§ 23 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 2 KUG keinen ausreichenden Bezug zu den in Art. 85 Abs. 2 DSGVO „privilegierten Zwe-

68 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060 ff.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 223 ff.; siehe auch: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 35 f.; vgl. zur Praxisausganglichkeit der Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO im Bereich der Bildnisanfertigung: *Rose*, Regelungsoptionen für Smart Cams aus Sicht des Forschungsprojekts „ChiaRiSma“, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 277 und S. 285 f.

69 Siehe zum Begriff „digitale Bildnisse“ weiter vorne im ersten Kapitel bei A.

70 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 77; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; unterstützend: *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70; *Specht*, MMR 2017, 577, 577; *Sydow-Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einl. Rn. 46; vgl. auch: *Götting/Schertz/Seitz-Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 46.

71 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060 ff.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 221 ff. und S. 232 f.

cken⁷² aufzeigen.⁷³ Allein die Ausnahme vom Einwilligungserfordernis des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG für Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte und die Ausnahme vom Einwilligungserfordernis des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für ein höheres Interesse der Kunst entsprechen den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.⁷⁴

1. Künstlerische Zwecke

Einen expliziten und ausschließlichen Bezug zu der künstlerischen Zwecksetzung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO nimmt § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG, der eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis des Abgebildeten normiert, sofern die Verbreitung oder Schaustellung der Bildnisse, die nicht auf Bestellung angefertigt sind, einem höheren Interesse der Kunst dient.⁷⁵ Auch wenn Art. 85 Abs. 2 DSGVO als abschließende Öffnungsklausel verstanden wird, bleibt § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG bei einer Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung unmittelbar anwendbar.

2. Wissenschaftliche Zwecke

Zudem fordern Stimmen der Literatur eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für ein höheres Interesse der Wissenschaft.⁷⁶ Die analoge Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für ein höheres Interesse der Wissenschaft deckt sich inhaltlich mit den in Art. 85 Abs. 2 DSGVO privilegierten wissenschaftlichen Zwecken. Dennoch scheidet eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für ein höheres Interesse der Wissenschaft neben der Datenschutzgrundverordnung aus.⁷⁷ Art. 85 DSGVO

72 Begriff der privilegierten Zwecke entnommen von: HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 2 ff.

73 Eindeutig für § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG: *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70.

74 Vgl. hierzu: *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70.

75 So auch: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 223.

76 Zu einer analogen Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG zum höheren Interesse der Wissenschaft: *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 45; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 23 KUG Rn. 103 f.

77 AA wohl: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: *Aldenhoff/Edeler/Henig/Ketsch/Raabe/Sobala*, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 118.

fordert, unabhängig davon, ob ausschließlich Art. 85 Abs. 2 DSGVO oder daneben auch Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Öffnungsklausel verstanden wird, dass die Mitgliedstaaten Gesetzgebungsmaßnahmen zur Regelung der Abweichungen und Ausnahmen von der Datenschutzgrundverordnung erlassen, vgl. Art. 85 Abs. 1 DSGVO und ErwGr 153 S. 4.⁷⁸ Eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für ein höheres Interesse der Wissenschaft genügt diesem Erfordernis nicht. Die Ausnahme vom Einwilligungserfordernis zu einem höheren Interesse der Wissenschaft kann neben der Datenschutzgrundverordnung nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Ausnahmetatbestand im Kunsturhebergesetz aufgenommen wird. Sobald das Kunsturhebergesetz einen Ausnahmetatbestand zu einem höheren Interesse der Wissenschaft explizit normiert, ist dieser auch bei einer Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung unmittelbar anwendbar, da der neu zu schaffende Ausnahmetatbestand den privilegierten wissenschaftlichen Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO genügt.

3. Journalistische Zwecke

§ 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG privilegiert zwar den Bereich der Zeitgeschichte anstelle der journalistischen Zwecke nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO, dennoch ist eine ausreichende Kongruenz zu erkennen.⁷⁹ Beide Ausgestaltungen ge-

78 Vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser*; EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Niksson u.a.*; vgl. zum Erfordernis einer mitgliedstaatlichen Gesetzgebungsmaßnahme beim kunsturheberrechtlichen Schutz gegen das Anfertigen eines Bildnisses: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 584; so wohl auch: Wenzel – *von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildbebilderterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124.

79 So auch: OLG Köln, Beschl. v. 08.10.2018 – 15 U 110/18, ZD 2019, 126, 126; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 223; vgl. zum weiten Verständnis der Presse auch: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlich-

währleisten die Freiheit der Berichterstattung und treffen eine Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Individuums und den Informationsbelangen der Öffentlichkeit.⁸⁰ Darüber hinaus stellt ErwGr 153 S. 7 klar, dass Begriffe wie Journalismus, die sich auf das Recht der freien Meinungsäußerung beziehen, zum Schutz von Art. 11 GRCh weit ausgelegt werden müssen.⁸¹ Letzteres bestätigte zuvor bereits der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Art. 9 DSRL in der Rechtssache *Satamedia*.⁸² Begriffe wie Journalismus sind in Anbetracht der Bedeutung, die der Freiheit der Meinungsäußerung in jeder demokratischen Gesell-

keitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 125; ein sehr weites Verständnis der journalistischen Zwecke vertritt von *Strobl-Albeg*, der auch die Öffentlichkeitsarbeit von Unternehmen und teilweise die Nutzung von WhatsApp als erfasst ansieht: Wenzel-von *Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 128.

- 80 Siehe zu den journalistischen Zwecken: Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 16; Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 17; Paal/Pauly-Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; vgl. in Bezug auf Art. 9 DSRL: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = MMR 2009, 175 Tz. 61 – *Satamedia*; siehe zu dem Bereich der Zeitgeschichte: Schrickler/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 23 KUG Rn. 4 und Rn. 7; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 23 KUG Rn. 3 und Rn. 8; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 2; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 10.

- 81 So bereits: Sydow-Specht-Riemenschneider/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13; vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser*; EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

- 82 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = MMR 2009, 175 Tz. 56 – *Satamedia*; bestätigt durch: EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = ZUM 2019, 502 Tz. 51 – *Buivids/Datu valsts inspekcija*.

schaft zukommt, weit auszulegen.⁸³ Die Rechtsprechung ist nicht nur auf Art. 85 Abs. 2 DSGVO übertragbar, weil der europäische Gesetzgeber Art. 9 DSRL mit der sogar noch offeneren Formulierung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO fortführt,⁸⁴ sondern insbesondere, weil sie in ErwGr 153 S. 7 niedergeschrieben ist.

Mithin entspricht § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG den Anforderungen des Art. 85 Abs. 2 DSGVO und bleibt genauso wie § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG unmittelbar neben der Datenschutzgrundverordnung anwendbar.

4. Ergebnis

Wird Art. 85 Abs. 2 DSGVO als abschließende Öffnungsklausel verstanden, kann das Kunsturhebergesetz bei einer Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung nur noch partiell Anwendung finden.⁸⁵ Unmittelbar anwendbar bleiben alleine §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG.⁸⁶ Sowohl § 22 KUG losgelöst von den Ausnahmetatbeständen des §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG als auch den Ausnahmetatbeständen des §§ 23 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 2 KUG mangelt es an einer ausreichenden Verknüpfung mit den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.⁸⁷

II. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz

Dieses Ergebnis führt nicht nur zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Anwendungsbereichen von Kunsturhebergesetz und Datenschutz-

83 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = MMR 2009, 175 Tz. 56 – *Satamedia*; ebenfalls: EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = ZUM 2019, 502 Tz. 51 – *Buivids/Datu valsts inspekcija*.

84 Siehe: *Grages/Neben*, K&R 2019, 300, 301; *Michel*, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Bloggerinnen und Bürgerjournalistinnen – Braucht das Verhältnis von Presserecht und Datenschutz ein Update?, in: Hetmank/Rechenberg, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 131, 148; zur Problematik der Übertragbarkeit der EuGH Rechtsprechung auch oben im ersten Kapitel unter A. III.

85 Vgl.: *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442.

86 AA wohl: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Henning/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 118.

87 Eindeutig für § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG: *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70.

grundverordnung, sondern auch zu unterschiedlichen Rechtsfolgen ggf. vergleichbarer Lebenssachverhalte.⁸⁸ Werden „digitale Bildnisse“ zu anderen als den in Art. 85 Abs. 2 DSGVO privilegierten Zwecken verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt, kommt die Datenschutzgrundverordnung lückenlos zur Anwendung.⁸⁹ Die Rechtmäßigkeit richtet sich sodann ausschließlich nach Art. 6 bzw. Art. 9 DSGVO. Die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung ergeben sich aus Art. 7 DSGVO und die Informationspflichten und Betroffenenrechte nach Art. 12 ff. DSGVO sind zu befolgen.⁹⁰ Werden „digitale Bildnisse“ jedoch zu künstlerischen oder journalistischen Zwecken verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt, ist einerseits vertretbar, dass sich die Zulässigkeit nach §§ 22, 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG iVm Art. 85 Abs. 2 DSGVO richtet⁹¹ oder aber nach Art. 6 ff., Art. 85 Abs. 2 DSGVO iVm §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 KUG. Letzteres ist überzeugender.⁹² Im System der Datenschutzgrundverordnung stellen §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4, Abs. 2 KUG sodann spezialgesetzliche Erlaubnistatbestände für den Bereich der „digitalen Bildnisse“ dar. Sie bieten jedoch nur eine Insellösung für Presse und Kunst und keine integrierte Lösung für die Meinungs- und Informationsfreiheit insgesamt.⁹³

Ein Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes ist auch bei dem Verständnis der lediglich partiellen Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 85 Abs. 2 DSGVO gegeben. Um die sich hieraus ergebende Rechtssystematik zu verdeutlichen und Rechtssicherheit zu garantieren, sollte ein Verweis auf die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO im Kunsturhebergesetz formuliert werden und eine Anpassung der §§ 22, 23 KUG an

88 Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061.

89 So bereits: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 118 und 126.

90 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061.

91 Dieser Ansicht wohl: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 125.

92 AA wohl: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 125.

93 Vgl. zu der Insellösung: *Spindler*, GRUR 2013, 996, 999 f.; Gola-Pötters, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 22; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 68.

die privilegierten Zwecke des Art. 85 Abs. 2 DSGVO für die Kollisionstatbestände vorgenommen werden.⁹⁴

C. Vollumfängliche Anwendbarkeit über Art. 85 Abs. 1 DSGVO

Art. 85 Abs. 1 DSGVO könnte den Mitgliedstaaten eine weiterreichende Regelungsbefugnis einräumen. Das Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als fakultative allgemeine Öffnungsklausel, die nicht auf das Themengebiet der journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und literarischen Zwecke begrenzt ist, würde eine vollumfängliche Anwendbarkeit der §§ 22, 23 KUG als spezialgesetzliche Ausgestaltung gegenüber der Datenschutzgrundverordnung ermöglichen.⁹⁵ Die vollumfängliche spezial-

94 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060 und 1061; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 224 f.; dieser Ansicht wohl auch: *Dregelies*, AfP 2019, 298, 303; HK DSGVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33.

95 Unterstützend Verhältnis KUG – DSGVO: BT-Drs. 19/4421, S. 47 f.; *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 479; *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 377; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 72; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290 ff., *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 581 ff.; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 e; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33; *Wenzel-von Strob-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; *Götting/Schertz/Seitz-Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 45; *Taeger/Gabel-Taeger*, DSGVO – BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 6 Rn. 2; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Verhältnis der Datenschutz-Grundverordnung zum Kunsturhebergesetz, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 156/18, 16.05.2018, S. 4, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/563840/bf59a00573853aabbec2c32ddd01e3cd/WD-3-156-18-pdf-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.10.2019; BfDI, nachzulesen bei: *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: <https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; wohl unterstützend, da § 23 Abs. 1 KUG iVm Art. 85 Abs. 1 DSGVO zitiert wird: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; wohl auch unterstützend Verhältnis KUG – DSGVO: *Cornils*, ZUM 2018, 561,

gesetzliche Anwendbarkeit der §§ 22, 23 KUG bei Kollisionstatbeständen

574 f.; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 397; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; eine eigenständige Öffnungsklausel für das KUG nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht abschließend, ggf. befürwortend: LG Frankfurt, Urt. v. 30.01.2020 – 2–03 O 90/19, juris, Tz. 92 und Tz. 104; OLG Köln, Urt. v. 10.10.2019 – 15 U 39/19, K&R 2020, 75, 76; LG Frankfurt, Urt. v. 29.08.2019 – 2–30 O 454/18, AfP 2019, 548, 548; OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; bestätigt durch: LG Frankfurt, Urt. v. 27.09.2018 – 2–03 O 320/17, juris, Tz. 129; unterstützend Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständige Öffnungsklausel: § 29 BbgDSG, LT-Drs. 6/7365, S. 26; § 12 DSG M-V, LT-Drs. 7/1568 (neu), S. 46; Roßnagel-Hoidn, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 416 f. und S. 420; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; *Specht/Mantz-Hennemann*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 39 f.; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; HK DS-GVO/BDSDG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 2 und Rn. 8; *Feiler/Forgó-Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 1 ff.; Stellungnahme Nr. 34/2018 des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Informationsrecht, Juli 2018, S. 8 ff., abrufbar unter: <https://anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-34-18-2-datenschutz-anpassungs-und-umsetzungsgesetz>, zuletzt abgerufen am 17.02.2020; *Cornils*, Stellungnahme zum Gesetz zur Zustimmung zum 21. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung weiterer Gesetze (16. Rundfunkänderungsgesetz), Gesetzentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/1565, 06.03.2018, S. 9 f., abrufbar unter: <https://www.laendtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-420.pdf;jsessionid=60856216150C8FE703342DC770A76F16.ifxworker>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V./dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union/DJV Deutscher Journalisten-Verband/Deutscher Presserat/VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e.V., Presse- und Meinungsfreiheit im digitalen Zeitalter bewahren, Stellungnahme zum Entwurf der Bayerischen Staatskanzlei vom 2.6.2017 zu §§ 57, 59 RfTmStV, Stand 07.07.2017, S. 6 f., abrufbar unter: <http://www.bayern.de/wp-content/uploads/2017/06/stellungnahme-von-bdztv-dju-djv-presserat-und-vdz.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; wohl auch unterstützend Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständige Öffnungsklausel: *Michel*, ZUM 2018, 836, 842; *Sydow-Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9 und Rn. 21; aA zum Verhältnis KUG – DSGVO: *Dregelies*, AfP 2019, 298, 301; *Raji*, ZD 2019, 61, 64 f.; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 439 f.; *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 4 ff.; *Hoeren*, NJW 2017, 1587, 1590; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209 und S. 251 f.; *Sydow-Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einl. Rn. 46; Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Merkblatt zur Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotos nach dem 25. Mai 2018 im nicht-öffentlichen Bereich, Stellungnahme v. 29.06.2018, abrufbar unter:

wäre für einen angemessenen Schutz von Personenbildnissen vorteilhaft, da die DSGVO keinen gesonderten Schutz von Bilddateien vorsieht und die besondere Bedeutung von Bilddateien im Medienzivilrecht sowohl für den Abgebildeten als auch für die Öffentlichkeit anerkennt.⁹⁶ Wie *Ohly* zutreffend formuliert, dürfen „Persönlichkeitseingriffe durch Akte der Kommunikation im Internet (nicht) in das Prokrustesbett des Datenschutzes gezwängt werden“⁹⁷.

Die Untersuchung erfolgt in einem Dreischritt: Zuerst muss untersucht werden, ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO überhaupt eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten darstellt. Erst nachdem dies positiv festgestellt ist, erfolgt eine Untersuchung, ob das Kunsturhebergesetz ordnungsgemäß die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ausfüllt. Zum Schluss werden die Konsequenzen aufgezeigt, die daraus für die Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung folgen.

I. Art. 85 Abs. 1 DSGVO, eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel?

Ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel darstellt, wird mit Hilfe einer europäisch-autonomen Auslegung unter Be-

http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung_und_veroeffentlichung_von_personenfotos/nach-dem-25-mai-2018-166008.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; wohl auch: *Aßmus/Winzler*, ZD 2018, 508, 513; aA bzgl. Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287; *Gola-Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5; *Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12 und Rn. 14; *Plath-Grages*, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 2; offen gelassen bei: LG Frankfurt, Urt. v. 19.12.2019 – 2-03 O 4/19, GRUR-RS 2019, 34507 Tz. 22; VG Hannover, Urt. v. 27.11.2019 – 10 A 820/19, BeckRS 2019, 31874 Tz. 35.

96 Unterstützend: *Ohly*, AfP 2011, 428, 438; siehe zur besonderen Bedeutung von Bilddateien in der Gesellschaft im zweiten Kapitel bei C. II.; siehe zum Schutzgut ausführlich im zweiten Kapitel bei A. I.

97 *Ohly*, AfP 2011, 428, 437; dieser Ansicht wohl auch: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 690.

rücksichtigung des Wortlauts, der Systematik, der Historie und des Telos untersucht.⁹⁸

Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts nicht nur ihr Wortlaut und die mit ihr verfolgten Ziele zu berücksichtigen, sondern auch ihr Zusammenhang und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift.⁹⁹ Dabei ist der verfügende Teil des Unionsrechtsaktes untrennbar mit seiner Begründung verbunden und erforderlichenfalls unter Berücksichtigung der Begründungserwägungen auszulegen, vgl. auch Art. 296 Abs. 2 AEUV.¹⁰⁰ Die Erwägungsgründe eines Unionsrechtsaktes können dessen Inhalt prä-

98 Siehe zur europäisch-autonomen Auslegung und den vier Auslegungsmethoden im europäischen Recht: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez*; EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. – *Wachauf/Deutschland*; siehe auch: Riesenhuber-Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 4 ff.; Teplitzky/Peifer/Leistner-Heinze, UWG, Band 1, 2. Aufl. 2014, Einleitung Teil C. Rn. 3; zur Anwendbarkeit dieser Auslegungsmethoden auf die DSGVO: Moos/Schefzig/Arning-Moos/Schefzig, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Kap. 1 C. Rn. 18 ff.; vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser*; EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

99 EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*, das Plenum bezeichnet es selber als ständige Rechtsprechung des EuGH; vgl. hierzu auch: Riesenhuber-Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 12 ff.

100 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 55 – *eDate Advertising u. Martinez*; EuGH, Urt. v. 19.11.2009 – C-402/07 und C-432/07, ECLI:EU:C:2009:416 = NJW 2010, 43 Tz. 42 – *Sturgeon u.a./Condor u.a./Air France SA*; siehe auch: Riesenhuber-Köndgen, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 51.

zisieren,¹⁰¹ sie sind jedoch nicht rechtlich verbindlich¹⁰² und sie erlauben es nicht, von den Regelungen des Rechtsaktes abzuweichen.¹⁰³

1. Wortlautauslegung

Der Wortlaut¹⁰⁴ von Art. 85 Abs. 1 DSGVO stützt das Verständnis einer fakultativen allgemeinen Öffnungsklausel, die den Mitgliedstaaten eine eigenständige Abweichungskompetenz einräumt, die über journalistische, wissenschaftliche, künstlerische und literarische Zwecke hinausgeht.

Nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist formuliert, dass die Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang bringen. Nach dieser Formulierung ist durch nationale Gesetzgebung spezialgesetzlich ein Ausgleich zwischen Art. 8 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 GRCh zu schaffen. Dabei sollen die Mitgliedstaaten im Hinblick auf Art. 8 Abs. 1 GRCh die Datenschutzgrundverordnung beachten, da diese den Schutz personenbezogener Daten europarechtlich durch einen sekundärrechtlichen Rechtsakt ausstaltet.

101 EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*.

102 EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

103 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

104 Siehe zu den vier Auslegungsmethoden im europäischen Recht: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez*; EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. – *Wachauf/Deutschland*; Riesenhuber-Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 12 ff.; siehe zur Anwendbarkeit dieser Auslegungsmethoden auf die DSGVO: Moos/Schefzig/Arning-Moos/Schefzig, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Kap. 1 C. Rn. 18 ff.

a) „Rechtsvorschriften“ der Mitgliedstaaten

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO nach dem Wortlaut den Mitgliedstaaten den Erlass von Rechtsvorschriften aufgibt bzw. ermöglicht. Mit der Wortwahl der Rechtsvorschriften wird den Mitgliedstaaten eine Gesetzgebungsmöglichkeit eingeräumt.¹⁰⁵ Die innerstaatliche Gesetzgebungsmöglichkeit bezieht sich nach dem Wortlaut von Art. 85 Abs. 1 DSGVO auf die Schutzgüter der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 GRCh, soweit ein Ausgleich mit dem Schutz personenbezogener Daten intendiert ist. Im Vergleich zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO, nimmt Art. 85 Abs. 1 DSGVO Bezug auf den vollumfänglichen Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit ohne eine Begrenzung auf journalistische Zwecke.¹⁰⁶ Der Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 GRCh wird im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 10 EMRK sehr weit gefasst, beachte Art. 52 Abs. 3 GRCh.¹⁰⁷ Er umfasst das Haben, Äußern, Weitergeben und Empfangen von Meinungen und Informationen, sowohl durch Wort, Schrift, Bild oder Symbole.¹⁰⁸ Somit eröffnet Art. 85 Abs. 1 DSGVO durch seine textliche Ausgestaltung den Mitgliedstaaten einen Handlungsauftrag für alle Bereiche, die dem Ausgleich zwischen dem weiten Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit und dem Schutz personenbezogener Daten zugeordnet sind und ist nicht auf die privilegierten Zwecke begrenzt.

105 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 11; so auch: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; noch weitergehende Interpretation bei: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; so wohl auch: *Richter*, PinG 2018, 128, 129.

106 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7.

107 *Vedder/Heintschel von Heinegg-Folz*, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 13 GRCh Rn. 1 ff.; *Callies/Ruffert-Callies*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 11 GRCh Rn. 4 ff.

108 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 11 Rn. 10, Rn. 11 und Rn. 15.

b) Die Präposition „einschließlich“

Besonders streitet die Präposition „einschließlich“ für die fehlende Begrenzung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO auf die privilegierten Zwecke.¹⁰⁹ Art. 85 Abs. 1 DSGVO ordnet mit dieser Wortwahl an, dass der fakultative Handlungsauftrag der Mitgliedstaaten neben der Meinungs- und Informationsfreiheit ebenfalls die journalistischen, künstlerischen, literarischen und wissenschaftlichen Zwecke erfasst. Die Zuordnung anhand der Wortwahl „einschließlich“ verdeutlicht, dass die privilegierten Zwecke eigenständig durch Art. 11 Abs. 2 GRCh und Art. 13 GRCh geschützt werden, aber ebenfalls wie die Meinungs- und Informationsfreiheit in Einklang mit dem Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 GRCh zu bringen sind. Zusätzlich deutet die Wortwahl an, dass die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten über die eingeschlossenen Zwecke hinausgehen.¹¹⁰ Die Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO geht somit nach dem Wortlaut über die privilegierten Zwecke hinaus.

c) Ergebnis

Die Bewertung des Wortlauts ergibt, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine eigenständige fakultative Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten ist, die über die privilegierten Zwecke des Art. 85 Abs. 2 DSGVO hinausgeht.¹¹¹

109 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; HK DSGVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Verhältnis der Datenschutz-Grundverordnung zum Kunsturhebergesetz, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 156/18, 16.05.2018, S. 4, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/563840/bf59a00573853aabee2c32ddd01e3cd/WD-3-156-18-pdf-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

110 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; HK DSGVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7.

111 Wohl aA: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Henig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116.

2. Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung¹¹² führt zu keinem eindeutigen Ergebnis, ob zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit zwei Öffnungsklauseln bestehen. Die innere Systematik von Art. 85 DSGVO streitet mit dem Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2 sowohl dafür, als auch mit der Notifikationspflicht nach Abs. 3 dagegen. Die übergeordnete Systematik der Datenschutzgrundverordnung sieht grundsätzlich eine enge Auslegung von Öffnungsklauseln vor.¹¹³ Für Art. 85 Abs. 1 DSGVO, mit seiner erhöhten Bedeutung unter den Öffnungsklauseln und dem grundrechtssensiblen Regelungsbereich, könnte eine Ausnahme dieser engen Auslegung gerechtfertigt sein.

Nachfolgend wird zuerst die innere Systematik von Art. 85 DSGVO untersucht und anschließend die übergeordnete Systematik der Datenschutzgrundverordnung.

a) Innere Systematik des Art. 85 DSGVO

Die Untersuchung der inneren Systematik des Art. 85 DSGVO unterteilt sich in zwei Bereiche: Zunächst wird die Notifizierungspflicht, die Art. 85 Abs. 3 DSGVO anordnet, überprüft und im Anschluss das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

112 Siehe zu den vier Auslegungsmethoden im europäischen Recht: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez*; EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. – *Wachauf/Deutschland*; Riesenhuber-Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 12 ff.; siehe zur Anwendbarkeit dieser Auslegungsmethoden auf die DSGVO: Moos/Schefzig/Arning-Moos/Schefzig, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Kap. 1 C. Rn. 18 ff.

113 Albrecht/Janson, CR 2016, 500, 501 und 506; Kühling/Martini, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 4.

aa) Die Notifizierungspflicht des Art. 85 Abs. 3 DSGVO

Die Notifizierungspflicht, angeordnet in Art. 85 Abs. 3 DSGVO, widerspricht dem Verständnis, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel normiert.¹¹⁴

(1) Keine Notifizierungspflicht für Art. 85 Abs. 1 DSGVO?

Art. 85 Abs. 3 DSGVO regelt die Mitteilungspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der Europäischen Kommission nur für nationale Abweichungen und Ausnahmen, die aufgrund von Art. 85 Abs. 2 DSGVO erlassen werden. Wenn Art. 85 Abs. 1 DSGVO den Mitgliedstaaten ermöglichen sollte, Rechtsvorschriften im weiteren Umfang zu erlassen als nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO, wäre eine Notifizierungspflicht vom Europäischen Gesetzgeber wohl ebenfalls für Abs. 1 normiert worden.¹¹⁵ Sinn und Zweck der Notifizierungspflicht ist, dass die Europäische Kommission die Umsetzung der Öffnungsklausel durch die Mitgliedstaaten überprüft und bei einem Verstoß der Mitgliedstaaten gegen die Datenschutzgrundverordnung ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten kann, Art. 258 AEUV.¹¹⁶ Somit erscheint es systemwidrig, dass sich die Mitteilungspflicht der Mitgliedstaaten lediglich auf Anpassungen und Abweichungen zu den privilegierten

114 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 288; so auch: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116; so auch, obwohl auch die Möglichkeit einer Fehlverweisung in Betracht gezogen wird: *Sydow-Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9; zustimmend: *Raji*, ZD 2019, 61, 64; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442; *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 512; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582 f.

115 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 288; zustimmend: *Raji*, ZD 2019, 61, 64 f.; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116.

116 *Auernhammer-v. Lewinski*, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 19; *Ehmann/Selmayr-Schiedermaier*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 25; *Paal/Pauly-Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14; *BeckOK Datenschutzrecht-Stender-Vorwachs*, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 85 DSGVO Rn. 30; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 64.

Zwecken bezieht und Rechtsvorschriften gestützt auf den weiter gefassten Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht von der Mitteilungspflicht erfasst sind.

(2) Ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers?

Inwiefern dieses Argument zwingend ist oder eine Fehlverweisung, bzw. nicht abschließend durchdachte Strukturierung des Medienzivilrechts dem Europäischen Gesetzgeber zu unterstellen ist, gilt es zu bedenken.¹¹⁷ In der Begründung des Rates zur endgültigen Fassung des Art. 85 DSGVO bezieht sich die Notifizierungspflicht auf Rechtsvorschriften, die das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang bringen.¹¹⁸ Dies könnte ein Hinweis dafür sein, dass der Verweis von Art. 85 Abs. 3 lediglich auf Abs. 2 DSGVO fehlerhaft ist, insbesondere da der Rat Art. 85 DSGVO erstmalig in drei Absätze unterteilt hat.

(3) Notifizierungspflicht planmäßig nur für Art. 85 Abs. 2 DSGVO?

Außerdem sollte als Gegenargument folgendes berücksichtigt werden: Art. 85 Abs. 2 DSGVO könnte die Funktion übernehmen, für besonders häufige und schwerwiegende Kollisionstatbestände (Journalismus, Literatur, Kunst und Wissenschaft), einen Mindestschutzstandard durch

117 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 377; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116; *Sydow-Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9; siehe auch: *Pötters*, RDV 2015, 10, 14 f.; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582.

118 Begründung des Rates: Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) v. 03.05.2016, 2016/C 159/02, 10.1. Verarbeitung personenbezogener Daten und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit.

die Normierung eines obligatorischen Handlungsauftrags zu schaffen.¹¹⁹ Die Notifizierungspflicht, ausschließlich vorgeschrieben für Art. 85 Abs. 2 DSGVO, könnte dann die Funktion haben zu überprüfen, ob die Mitgliedstaaten der zwingenden Öffnungsklausel für einen Mindestschutzstandard nachgekommen sind. Mit Erlass der Datenschutzgrundverordnung hat der europäische Gesetzgeber die Gefahr für die Presse- und Medienfreiheit nach Art. 11 Abs. 2 GRCh und die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit nach Art. 13 GRCh erkannt. Mangels Gesetzgebungskompetenz konnte er der Gefahr nicht selbst entgegenwirken, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV.¹²⁰ Er könnte stattdessen die Kontrollmöglichkeit der Mitteilungspflicht gewählt haben. Sinn und Zweck der Notifikation nach Art. 85 Abs. 3 DSGVO wäre dann nicht nur zu weitgehende Abweichungen und Ausnahmen von der Datenschutzgrundverordnung schnellstmöglich erkennen und überprüfen zu können, vielmehr könnte überprüft werden, ob die Mitgliedstaaten ihrer Pflicht zum Schutz von Art. 11 Abs. 2 GRCh und Art. 13 GRCh nachkommen. Die Notifizierungspflicht würde sich dann planmäßig nur auf Art. 85 Abs. 2 DSGVO beziehen. Der Gesetzgeber hätte zwischen dem obligatorischen Mindestschutz nach Abs. 2 und dem weiteren fakultativen Schutzauftrag nach Abs. 1 differenziert. Die fehlende Mitteilungspflicht für Art. 85 Abs. 1 DSGVO wäre demnach nicht fehlerhaft.¹²¹

119 So: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 377; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; ähnliches Verständnis Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Generalklausel, die aufgrund vielgestaltiger Sachverhalte und künftiger technischer Entwicklungen notwendig ist und in Abs. 2 konkretisierte Privilegierung normiert: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 57; zur typischen Kollisionslage: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 292.

120 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; *Simitis/Hornung/Spiecker-Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; zustimmend: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; vgl. auch: *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; kritisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720.

121 Im Ergebnis wohl zustimmend: *Feiler/Forgó-Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 4.

(4) Zwischenergebnis

Die Mitteilungspflicht nach Art. 85 Abs. 3 DSGVO widerspricht *prima facie* der Auffassung, dass zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit zwei Öffnungsklauseln bestehen. Mit dem Verständnis, dass Art. 85 Abs. 2 DSGVO einen Mindestschutzstandard für schwerwiegende Kollisionstatbestände begründet, lässt sich eine Mitteilungspflicht nur für Abweichungen und Ausnahmen zu den privilegierten Zwecken dennoch systematisch begründen. Im Ergebnis lässt sich aus der Mitteilungspflicht, angeordnet in Art. 85 Abs. 3 DSGVO, weder ein zwingendes systematisches Verständnis für noch gegen eine allgemeine fakultative Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO ableiten.

bb) Das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO

Das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu Abs. 2 unterstützt die Auffassung, dass zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit zwei Öffnungsklauseln bestehen. Ohne eigenständige Öffnungsklausel wäre Abs. 1 im Verhältnis zu Abs. 2 gegenstandslos.¹²²

(1) Das Postulat der Nichtredundanz

Wenn Art. 85 Abs. 1 DSGVO die Funktion der Öffnungsklausel abgesprochen wird, erscheint er redundant.¹²³ Die Tatbestandsmerkmale und die dazugehörigen weitergehenden Ausführungen entsprechen sich im ersten und zweiten Absatz überwiegend. Art. 85 Abs. 1 DSGVO fungiert nicht dazu, Abs. 2 zu ergänzen oder dessen Anwendungsbereich zu erklären. In beiden Absätzen werden die privilegierten Zwecke und die Grundrechte, die in Einklang zu bringen sind, genannt. Art. 85 Abs. 2 DSGVO ist mit der Aufzählung der Kapitel, von denen abgewichen werden darf, sogar

122 HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; aA: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287.

123 *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 571; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; dieses Argument wird aufgegriffen bei: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; aA: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287.

detaillierter und spezieller im Vergleich zu Abs. 1.¹²⁴ So kommt Art. 85 Abs. 1 DSGVO keine ergänzende oder erläuternde Funktion im Verhältnis zu Abs. 2 zu. Systematisch betrachtet, müsste der erste Absatz dennoch eine eigenständige Funktion haben.¹²⁵ Es gilt zu bezweifeln, dass der Gesetzgeber einen redundanten Absatz nachträglich im Gesetzgebungsverfahren ergänzt hat. Insbesondere da Art. 85 DSGVO eine sehr bedeutsame Funktion innerhalb der Datenschutzgrundverordnung zukommt und die Vorschrift während des Gesetzgebungsverfahrens mehrmals ausgebessert wurde.¹²⁶ Mit Anerkennung einer allgemeinen Öffnungsklausel wäre Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht redundant, sondern hätte einen eigenständigen Anwendungsbereich und eine spezielle Funktion.

(2) Art. 85 Abs. 1 DSGVO, ein Anpassungsauftrag für die Mitgliedstaaten?

Dagegen könnte eingewendet werden, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO, anstelle einer Öffnungsklausel, einen Anpassungsauftrag für die Mitgliedstaaten normiert.¹²⁷ Die Funktion des Anpassungsauftrags wäre, den Mitgliedstaaten die Aufgabe zu erteilen, die nationalen Vorschriften zur Meinungs- und Informationsfreiheit zunächst auf eine Vereinbarkeit mit der Datenschutzgrundverordnung zu überprüfen und anschließend die nationalen Vorschriften ggf. anzupassen.¹²⁸

Dieses Argument überzeugt nicht. Eine separate explizite Festschreibung einer Anpassungspflicht ist entbehrlich.¹²⁹ Die Mitgliedstaaten sind

124 Siehe hierzu genauer bei: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 76.

125 Siehe auch: *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 474.

126 Vgl. dazu: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 570; siehe zur Bedeutung der Vorschrift: *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 502; siehe den fehlenden ersten Absatz im Vorschlag der Kommission: Art. 80 Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) v. 25.01.2012, KOM(2012) 11 endgültig; siehe genauer zur nachträglichen Ergänzung des ersten Absatzes im ersten Kapitel bei C. I. 3. c).

127 *Kübling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 286 f.; zustimmend: *Raji*, ZD 2019, 61, 64.

128 *Kübling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 286 f.

129 So bereits: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 48 f.; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583.

überall dort, wo keine Öffnungsklausel eingreift aufgrund der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV auch ohne zusätzliche Festschreibung verpflichtet, das nationale Recht an die Datenschutzgrundverordnung anzupassen.¹³⁰ Wäre dem nicht so, müsste die Datenschutzgrundverordnung eine Vielzahl an Anpassungsaufträgen normieren.

(3) Zwischenergebnis

Das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu Abs. 2 spricht dafür, dass zwei Öffnungsklauseln zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit bestehen. Ohne eigenständige Öffnungsklausel wäre Abs. 1 im Verhältnis zu Abs. 2 redundant. Das Argument, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO einen Anpassungsauftrag für die Mitgliedstaaten normiert, überzeugt nicht, da die Mitgliedstaaten ohnehin verpflichtet sind, die nationalen Vorschriften auf eine Vereinbarkeit mit der Datenschutzgrundverordnung zu überprüfen.

cc) Ergebnis

Insgesamt, lässt die innere Systematik des Art. 85 DSGVO kein klares Ergebnis erkennen. Die Notifizierungspflicht, angeordnet in Art. 85 Abs. 3 DSGVO, widerspricht dem Verständnis, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel normiert.¹³¹ Jedoch ist ernsthaft in Betracht zu ziehen, dass es sich bei der Verweisung von Art. 85 Abs. 3 DSGVO ausschließlich auf Art. 85 Abs. 2 DSGVO um eine Fehlverweisung handelt. Das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu Abs. 2 unterstützt

130 EuGH, Urt. v. 26.04.1988 – C-74/86, ECLI:EU:C:1988:198 = juris, Tz. 10 f. -*Kommission/Deutschland*; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 3; vgl. dazu auch: *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1841 und 1847.

131 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 288; so auch: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116; so auch, obwohl auch die Möglichkeit einer Fehlverweisung in Betracht gezogen wird: Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9; zustimmend: *Raji*, ZD 2019, 61, 64; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442; *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 512; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582 f.

indessen die Auffassung, dass zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit zwei Öffnungsklauseln bestehen.¹³²

b) Übergeordnete Systematik der Datenschutzgrundverordnung

Nachdem die innere Systematik des Art. 85 DSGVO untersucht wurde, wird im Folgenden die Systematik der Öffnungsklauseln und der Datenschutzgrundverordnung insgesamt beleuchtet.

aa) Restriktive Auslegung von Öffnungsklauseln

Die übergeordnete Systematik der Datenschutzgrundverordnung gibt eine enge Auslegung von mitgliedstaatlichen Abweichungsmöglichkeiten vor.¹³³ Die restriktive Auslegung von Öffnungsklauseln folgt daraus, dass Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten die unmittelbare und grundsätzlich abschließende Wirkung des Rechtsinstruments der Verordnung verhindern.¹³⁴

Bei einem weiten Verständnis von Öffnungsklauseln, insbesondere bei Art. 85 Abs. 1 DSGVO, besteht die Gefahr, dass das Regelungssystem der Datenschutzgrundverordnung ausgehebelt wird.¹³⁵ Beispielsweise ermöglicht Art. 85 Abs. 1 DSGVO bei einem weiten Verständnis Modifikationen von allen Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung. Durch diese weitgehenden Gestaltungsspielräume kann unter anderem der Grundsatz des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt und das Regelungssystem der Rechtmäßigkeitstatbestände umgangen werden.¹³⁶ Den Aushebelungseffekt überspitzt

132 HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; aA: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287.

133 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 und 506; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 4; aA: *Roßnagel-Roßnagel*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 48; aA, da keine allgemeine enge Auslegung von Ausnahmen im europäischen Recht vertreten wird: *Riesenhuber-Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 62 ff.

134 Vgl. zur Wirkung der Verordnung und der Möglichkeit nationaler Abweichungen: *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1841.

135 *Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12; dieses Argument wird aufgegriffen bei: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78.

136 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287.

dargestellt, könnte der Versuch der Mitgliedstaaten unternommen werden, jede Datenverarbeitung als vom Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit erfasst anzusehen.¹³⁷ So könnte das Regelungssystem der Datenschutzgrundverordnung mit Hilfe von Art. 85 Abs. 1 DSGVO und nationaler Gesetzgebung fast vollständig verdrängt werden.

Somit sind die mitgliedstaatlichen Ausgestaltungskompetenzen nach dem Grundsatz des systematischen Aufbaus und ebenfalls nach dem Sinn und Zweck der Datenschutzgrundverordnung eng auszulegen. Die systematisch begründete grundsätzlich enge Auslegung von Öffnungsklauseln steht dem Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als allgemeiner fakultativer Öffnungsklausel entgegen.

bb) Stellung des Art. 85 DSGVO innerhalb der
Datenschutzgrundverordnung

Die systematische Stellung von Art. 85 DSGVO im Kapitel IX legitimiert hingegen eine weite Auslegung der Öffnungsklausel. Kapitel IX benennt sechs Vorschriften zum Schutz besonderer Verarbeitungssituationen. Alle Vorschriften, platziert in Kapitel IX, beinhalten Öffnungsklauseln.¹³⁸ Die Nennung von Art. 85 DSGVO in diesem gesonderten Kapitel zeigt ein außergewöhnliches Handlungserfordernis der Mitgliedstaaten.¹³⁹

cc) Zwischenergebnis

Die systematisch begründete enge Auslegung von Öffnungsklauseln kann für Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht überzeugen. Die besseren Argumente sprechen dafür, dass sich der Gesetzgeber absichtlich im Bereich der Meinungs- und Informationsfreiheit für eine Rechtsvielfalt entschieden hat und weitgehende Abweichungsmöglichkeiten erlassen wollte. Systematisch wird dies mit der Platzierung von Art. 85 DSGVO im Kapitel

137 Schantz/Wolff-Schantz, Das neue Datenschutzrecht, 2017, S. 398.

138 Vgl. dazu die Übersichtstabelle bei: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 19 f.; vgl. auch: *Weichert*, DANA 2016, 48, 55.

139 Vgl. zur systematischen Stellung: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht, 2018, S. 49; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Vor Rn. 1.

IX verdeutlicht. Nur so kann die umfassende Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit, trotz der Regelungssystematik der Datenschutzgrundverordnung, garantiert werden.

c) Ergebnis

Ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten darstellt, kann weder mit der Auslegung der inneren Systematik des Art. 85 DSGVO noch unter Heranziehung der äußeren Systematik der Datenschutzgrundverordnung, insbesondere der Systematik der Öffnungsklauseln, eindeutig beantwortet werden. Jedoch sprechen in der Gesamtschau die besseren Argumente dafür. Art. 85 Abs. 1 DSGVO muss im Verhältnis zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO eine eigenständige Funktion zukommen. Das trifft allerdings nur dann zu, wenn er eine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten beinhaltet.

Zusätzlich wird Art. 85 DSGVO mit seiner systematischen Stellung im IX. Kapitel der Datenschutzgrundverordnung eine besondere Bedeutung zugewiesen, sodass der Grundsatz der engen Auslegung von Öffnungsklauseln für Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht zur Anwendung kommt.

3. Genetische Auslegung

Eine detailliertere Betrachtung des Gesetzgebungsverfahrens zur Datenschutzgrundverordnung zeigt, dass das Europäische Parlament und der Europäische Rat den Erlass einer fakultativen allgemeinen Öffnungsklausel mit Hilfe von Art. 85 Abs. 1 DSGVO angestrebt haben. Der Wille des Gesetzgebers ist, bei der Auslegung von Art. 85 Abs. 1 DSGVO, zu beachten.¹⁴⁰ Dazu wird die Entwicklung der Normierung zu Art. 85 DSGVO

140 Siehe zu den vier Auslegungsmethoden im europäischen Recht: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez*; EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. – *Wachauf/Deutschland*; Riesenhuber-Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn.12 ff.; siehe zur Anwendbarkeit dieser Auslegungsmethoden auf die DSGVO: Moos/Schefzig/Arning-Moos/Schefzig, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Kap. 1 C. Rn. 18 ff.

vom Vorschlag der Kommission, über die Stellungnahme vom Europäischen Parlament bei der legislativen Entschließung, hin zur Begründung des Rates in erster Lesung herangezogen. Die letzte Mitteilung der Kommission an Parlament und Rat zur Datenschutzgrundverordnung vor dem Zeitpunkt der unmittelbaren Geltung in den Mitgliedstaaten, wird abschließend zur Feststellung des Willens des Gesetzgebers berücksichtigt.

a) Vorschlag der Europäischen Kommission

Zunächst waren in der Fassung der Kommission lediglich Art. 85 Abs. 2 und Art. 85 Abs. 3 DSGVO vorgesehen (ex Art. 80 Abs. 1 und Art. 80 Abs. 2).¹⁴¹ Die Kommission hatte primär das Ziel der Vollharmonisierung vor Augen und wollte den Mitgliedstaaten eine Abweichungsmöglichkeit nur für journalistische, künstlerische oder literarische Zwecke einräumen.

b) Erste Lesung im Europäischen Parlament

Das Parlament änderte den Vorschlag vom ehemaligen ersten Absatz grundlegend und formulierte stattdessen: „Die Mitgliedstaaten sehen für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, wann immer dies notwendig ist, Abweichungen oder Ausnahmen von den allgemeinen Grundsätzen des Kapitels II, [...] **sowie von den Vorschriften über besondere Datenverarbeitungssituationen in diesem Kapitel** vor, um das Recht auf Schutz der Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften **nach Maßgabe der Charta** in Einklang zu bringen.“¹⁴²

141 Siehe: Art. 80 Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) v. 25.01.2012, KOM(2012) 11 endgültig.

142 Siehe: Art. 80 Abs. 1, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr v. 12.03.2014, Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: Erste Lesung; vgl. auch: Entwurf eines Berichts vom 16.01.2013, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatter Jan Philipp Albrecht, Änderungsantrag 324 S. 212, abrufbar

Deutlich wird, dass das Parlament eine Öffnungsklausel nicht nur für die damals aufgezählten Zwecke normieren wollte.¹⁴³ Das Parlament hatte Änderungen von einer spezifischen Öffnungsklausel hin zu einer allgemeinen Öffnungsklausel mit weitreichenden Modifikationsmöglichkeiten vorgenommen.¹⁴⁴

Das Ziel des Parlaments, die Zweckvorgaben aufzugeben, zeigt sich ebenfalls in seinen Änderungsvorschlägen zum Erwägungsgrund 153 (ex. ErwGr 121).¹⁴⁵ Das Parlament hat im ex. ErwGr 121 ebenfalls die journalistischen, künstlerischen, literarischen Zwecke gestrichen und ermöglichte mit seinem Änderungsvorschlag, Ausnahmen und Abweichungen, sofern diese erforderlich sind, um das Recht auf Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang zu bringen.

unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-501.927%2B04%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F%2FDE>, zuletzt abgerufen am 25.06.2018.

143 So bereits: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 42 f.

144 Siehe hierzu auch: Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3; siehe zu allgemeinen und spezifischen Öffnungsklauseln: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 9 f.

145 Siehe: ErwGr 121, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr v. 12.03.2014, Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: Erste Lesung; vgl. dazu auch: Entwurf eines Berichts vom 16.01.2013, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatter Jan Philipp Albrecht, Änderungsantrag 324 S. 212, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-501.927%2B04%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F%2FDE>, zuletzt abgerufen am 25.06.2018; vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Rn. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser*; EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

c) Standpunkt des Rates in erster Lesung und Begründung

Nach den Änderungsvorschlägen des Parlaments, hat der Rat anschließend in der Gesetzgebungsakte die endgültige Fassung von Art. 85 DSGVO und ErwGr 153 vorgesehen.¹⁴⁶ Im Vergleich zum Kommissionsentwurf sind sowohl die Informationsfreiheit als auch die wissenschaftlichen Zwecke in Art. 85 DSGVO und ErwGr 153 ergänzt. Zudem ist Art. 85 DSGVO erstmalig in drei Absätze unterteilt.¹⁴⁷ Im Vergleich zu Art. 9 DSRL entfällt im Normtext von Art. 85 Abs. 2 DSGVO nach den Vorstellungen des Parlaments das Adverb „allein“, welches zuvor die ausschließliche Privilegierung der aufgezählten Zwecke insbesondere verdeutlichte.¹⁴⁸ In der Begründung des Rates zu der Gesetzgebungsakte äußerte er sich zu der Verarbeitung personenbezogener Daten und der Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit (Art. 85 DSGVO) wie folgt: „Die Mitgliedstaaten bringen durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang. Um die Transparenz hinsichtlich der Übereinstimmung dieser Rechte zu gewährleisten, ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, der Kommission seine einschlägigen Rechtsvorschriften und deren Änderungen sowie neue einschlägige Vorschriften mitzuteilen.“¹⁴⁹

146 Gesetzgebungsakte und andere Rechtsinstrumente, Standpunkt des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) v. 08.4.2016, Interinstitutionelles Dossier: 2012/0011 (COD); mit Fokus auf die Abbedingbarkeit des Kapitel VIII der DSGVO noch ausführlicher zur Ratsauffassung: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 39 f.

147 Siehe hierzu auch: *Sydow-Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 6.

148 Siehe zu diesem häufig aufgegriffenen Argument beispielhaft: *Auernhammer-v. Lewinski*, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 11; *Ehmann/Selmayr-Schiedermaier*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 24; siehe zu der Interpretation der gemischten Zwecke beispielhaft bei: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; aA zu den gemischten Zwecken: *HK DS-GVO/BDSG-Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3 und Rn. 25.

149 Begründung des Rates: Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezo-

In der Begründung des Rates zu der Gesetzgebungsakte fehlt erneut die abschließende Aufzählung der privilegierten Zwecke iSv Art. 85 Abs. 2 DSGVO. Der Rat hat in seiner Begründung lediglich die heutige Fassung von Art. 85 Abs. 1 DSGVO mit aufgenommen. Hieraus kann abgeleitet werden, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eine wichtige Bedeutung sowohl für den Rat als auch für das Parlament hatte. Zudem bezieht sich in der Begründung des Rates die Notifizierungspflicht direkt auf die endgültige Fassung von Art. 85 Abs. 1 DSGVO. Dies könnte ein Hinweis dafür sein, dass der Verweis von Art. 85 Abs. 3 lediglich auf Art. 85 Abs. 2 DSGVO fehlerhaft ist. Die Begründung des Rates vermittelt den Eindruck, dass auch der Europäische Rat im Gesetzgebungsverfahren mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative Öffnungsklausel schaffen wollte.¹⁵⁰

d) Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat

Schließlich könnte ggf. auch die Kommission, die zunächst die Aufnahme des Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht angestrebt hat, sich dem Willen von Parlament und Rat angeschlossen haben.¹⁵¹ Die Kommission formulierte am 24.01.2018 bei der Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat: „Die Verordnung gilt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten (Art. 288 AEUV). [...] Dennoch müssen die Mitgliedstaaten im Einklang mit der Verordnung die **erforderlichen Schritte** ergreifen, um **ihre Rechtsvorschriften** durch die **Aufhebung** und **Änderung** bestehender Rechtsvorschriften, die Einrichtung nationaler Datenschutzbehörden (Art. 54 Abs. 1 DSGVO), die **Benennung** einer Akkreditierungsstelle (Art. 43 Abs. 1 DSGVO) und **Kollisionsnormen** für die Abwägung zwischen Meinungs-

gener Daten und zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) v. 03.05.2016, 2016/C 159/02, 10.1. Verarbeitung personenbezogener Daten und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit.

150 Vgl. dazu auch: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 44.

151 So wohl auch: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 71; Verständnis einer Kompromisslösung: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 43.

freiheit und Datenschutz (Art. 85 Abs. 1 DS-GVO) **anzupassen**.¹⁵² Die Kommission fordert mit dieser Formulierung die Mitgliedstaaten zum gesetzlichen Tätigwerden, im Rahmen der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO, auf. Durch nationale Gesetzgebung soll ein Ausgleich zwischen Art. 8 GRCh und Art. 11 GRCh geschaffen werden. Dieses Gesetzgebungsmaterial könnte als eine klarstellende Positionierung der Kommission, kurz vor der Geltung der Datenschutzgrundverordnung ab dem 25.05.2018, gedeutet werden.¹⁵³

e) Ergebnis

Die genauere Überprüfung des Gesetzgebungsverfahrens zu Art. 85 DSGVO und ErwGr 153 stützt das Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als fakultative allgemeine Öffnungsklausel.¹⁵⁴ Die genetische Auslegung zeigt, dass dem Art. 85 Abs. 1 DSGVO ausreichend große Bedeutung zuzumessen ist. Parlament und Rat haben sich für die Aufnahme des Art. 85 Abs. 1 DSGVO stark gemacht und wollten die abschließende Aufzählung der Zwecke durchbrechen. Diesem Willen hat sich ggf. auch die Kommission angeschlossen.¹⁵⁵ Das Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständiger Öffnungsklausel wird durch die genetische Betrachtung gestärkt. Art. 85 Abs. 1 DSGVO, lediglich als Anpassungsauftrag zu verstehen, steht dem Willen des Gesetzgebers, insbesondere von Parlament und Rat entgegen.

152 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Besserer Schutz und neue Chancen – Leitfaden der Kommission zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung ab 25. Mai 2012 v. 24.01.2018, COM(2018) 43 final, S. 9.

153 Siehe zum Zeitpunkt der Geltung der Datenschutzgrundverordnung: Art. 99 Abs. 2 DSGVO.

154 So bereits: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 45; die Erwägungsgründe sind nicht in gesonderten Gremien beraten und teilweise nicht vollständig auf den Gesetzestext der DSGVO abgestimmt, nachzulesen bei: *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448, 448; dazu, dass nicht alle Vorschriften der DSGVO ausreichend aufeinander abgestimmt sind: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 42.

155 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Besserer Schutz und neue Chancen – Leitfaden der Kommission zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung ab 25. Mai 2012 v. 24.01.2018, COM(2018) 43 final, S. 9.

4. Teleologische Auslegung

Der Sinn und Zweck¹⁵⁶ von Art. 85 DSGVO kann nicht eindeutig mithilfe von Wortlaut, Systematik und dem Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens bestimmt werden. Auch unter Heranziehung des ErwGr 153 ist der Telos nicht offenkundig.¹⁵⁷ Einerseits könnten nationale Abweichungen nur im Rahmen der privilegierten Zwecke gewollt sein, umso eine Rechtszersplitterung zu verhindern und das Ziel der reinen EU-Regulierung zu erreichen.¹⁵⁸ Andererseits könnte Art. 85 Abs. 1 DSGVO flexiblere und weitreichendere Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten beabsichtigen.

156 Siehe zu den vier Auslegungsmethoden im europäischen Recht: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez*; EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. – *Wachauf/Deutschland*; Riesenhuber-Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 12 ff.; siehe zur Anwendbarkeit dieser Auslegungsmethoden auf die DSGVO: Moos/Schefzig/Arning-Moos/Schefzig, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Kap. 1 C. Rn. 18 ff.

157 Vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser*; EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

158 *Dregelies*, AfP 2019, 298, 301; Vgl. zur Gefahr der Rechtszersplitterung: Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12; Paal/Pauly-Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 4; diesen zustimmend: *Raji*, ZD 2019, 61, 65; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116.

a) Primäres Ziel des Art. 85 DSGVO: Vollharmonisierung?

Sinn und Zweck von Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO könnte es sein, die nationalen Modifikationsmöglichkeiten zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit auf die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO aufgezählten privilegierten Zwecke zu begrenzen.¹⁵⁹ So würde Art. 85 DSGVO insbesondere dem übergeordneten Zweck der Vollharmonisierung, festgelegt in ErwGr 9, ErwGr 10 iVm ErwGr 3, dienen.¹⁶⁰

ErwGr 153 S. 2 unterstützt diese Auffassung.¹⁶¹ Insbesondere die Formulierung „ausschließlich“ in ErwGr 153 S. 2 verdeutlicht, dass die Mitgliedstaaten Ausnahmen und Abweichungen von der Datenschutzgrundverordnung nur zu den in ErwGr 153 S. 2 aufgezählten Zwecken erlassen sollen, welche sich wiederum mit den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO decken.

Der Telos der Vollharmonisierung widerspricht der Auffassung, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten darstellt. Demzufolge würden Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO nationale Abweichungen nur zum Schutz der privilegierten Zwecke und von den in Abs. 2 aufgezählten Kapiteln ermöglichen.¹⁶²

b) Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Auffangtatbestand?

Art. 85 Abs. 1 DSGVO könnte auch als Auffangtatbestand fungieren.¹⁶³ Er hätte die Funktion, sicherzustellen, dass kein Verstoß gegen Art. 11 GRCh

159 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287; *Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12; *Paal/Pauly-Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 4.

160 *Dregelies*, AfP 2019, 298, 301; *Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12; *Paal/Pauly-Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 4; etwas aA: *Gola-Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1 f.

161 Vgl.: *Raji*, ZD 2019, 61, 65; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; *Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14.

162 *Dregelies*, AfP 2019, 298, 301; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287; *Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 4.

163 HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8 und Rn. 28 f.; vgl. dazu auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; *Feiler/Forgó-Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 1 und Rn. 2.

durch die Regelungen der Datenschutzgrundverordnung erfolgt.¹⁶⁴ Der Auffangtatbestand des Art. 85 DSGVO würde Randkonstellationen absichern, die mit Art. 85 Abs. 2 DSGVO und den weiteren Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung nicht interessengerecht gelöst werden können.¹⁶⁵

Der Auffangtatbestand könnte dem europäischen Gesetzgeber zugleich als Absicherungsmechanismus dienen. Es ist dem europäischen Gesetzgeber nicht erlaubt, Gesetze, die gegen die Grundrechtecharta verstoßen, zu verabschieden, vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV.¹⁶⁶ Der Auffangtatbestand könnte der Absicherung dieser Pflicht dienen. Mit der Delegation an die Mitgliedstaaten wird ein Lösungsweg gefunden, der die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den widerstreitenden Grundrechten Art. 8 GRCh und Art. 11 GRCh zukünftig ermöglicht, ohne Überarbeitungs- bzw. Anpassungsbedarf für die Datenschutzgrundverordnung auszulösen.

Auch dieser Telos rechtfertigt keine fakultative allgemeine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten. Fungiert Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Auffangtatbestand, erteilt er den Mitgliedstaaten nur für Ausnahmefälle eine Abweichungsbefugnis von der Datenschutzgrundverordnung.

c) Flexible und weitreichende Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten

Schlussendlich könnte der europäische Gesetzgeber auch flexible und weitreichende Abweichungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO bezwecken.¹⁶⁷ Der Ausgleich zwischen dem Schutz perso-

164 HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8 und Rn. 28 f.; vgl. dazu auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; Feiler/Forgó-Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 1 und Rn. 2.

165 HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8.

166 Feiler/Forgó-Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 1; Vedder/Heintschel von Heinegg-Folz, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 6 EUV Rn. 1 ff.

167 HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; Gierschmann/Schlenker/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 57 und Rn. 67; Gola-Pötters, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1 f.; Cornils, Stellungnahme zum Gesetz zur Zustimmung zum 21. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung weiterer Gesetze (16. Rundfunkänderungsgesetz), Gesetzentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/1565, 06.03.2018, S. 10, abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw>

nenbezogener Daten und der Meinungs- und Informationsfreiheit könnte den Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschriften überlassen werden.¹⁶⁸ Art. 85 Abs. 1 DSGVO würde als Generalklausel fungieren.¹⁶⁹ Wenn Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Generalklausel fungiert, ist es den Mitgliedstaaten trotz der unmittelbaren Geltung der Datenschutzgrundverordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV und dem weiten Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO gestattet, nationale Rechtsvorschriften im Bereich der Meinungs- und Informationsfreiheit für vorrangig anwendbar zu erklären.¹⁷⁰

Für die Festsetzung einer Generalklausel streitet, dass die Europäischen Union keine ausreichenden Kompetenzen für eine europaweite Regelung im Bereich der Meinungsfreiheit begründen kann.¹⁷¹ Darüber hinaus könnte die Generalklausel mit weitgehenden, flexiblen Handlungsspielräumen als Kompromisslösung zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union verstanden werden. Der Erfolg, die Datenschutzgrundverordnung mit allen Mitgliedstaaten abzuschließen, könnte eine Generalklausel im Bereich des Art. 85 Abs. 1 DSGVO erforderlich gemacht

.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-420.pdf;jsessionid=60856216150C8FE703342DC770A76F16.ifxworker, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, abrufbar unter: zuletzt abgerufen am 11.04.2018.

168 Vgl. hierzu: OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061.

169 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 57; wohl unterstützend: Feiler/Forgó-Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 2.

170 *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8 und Rn. 10; vgl. auch: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582.

171 Zur Gesetzgebungskompetenz: *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: <https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; zustimmend: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; vgl. auch: *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Buchholtz/Stentzel, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; Simitis/Hornung/Spiecker-Hornung/Spiecker gen. *Döhmman*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; kritisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720.

haben.¹⁷² Fungiert Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Generalklausel, ermöglicht er es, auf kulturelle Besonderheiten, nationale Rechtsprechung und kollidierende Rechtsgebiete Rücksicht zu nehmen.¹⁷³

Diese Auffassung wird darüber hinaus durch ErwGr 153 S. 4, S. 5 und S. 6 unterstützt, da die Begründungserwägungen nicht auf die privilegierten Zwecke des Art. 85 Abs. 2 DSGVO abstellen. Stattdessen nennt der ErwGr 153 viermal als Bezugspunkt den Ausgleich zwischen dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten und der Meinungs- und Informationsfreiheit. Diese Gewichtung innerhalb von ErwGr 153 kann positiv für die Klassifizierung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO als fakultative allgemeine Öffnungsklausel bewertet werden.

Auch ErwGr 153 S. 6 unterstützt die Auffassung, dass der europäische Gesetzgeber keine Vollharmonisierung im Bereich der Meinungs- und Informationsfreiheit bezweckt hat.¹⁷⁴ ErwGr 153 S. 6 reglementiert eine

172 Vgl.: Entwurf eines Berichts vom 16.01.2013, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatter Jan Philipp Albrecht, Änderungsantrag 68 S. 58 und Änderungsantrag 324 S. 212, abrufbar unter: <http://www.europa.rl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2F2F%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-501.927%2B04%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F%2FDE>, zuletzt abgerufen am 25.06.2018; vgl. auch: *Laue*, ZD 2016, 463, 464; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501; *Pötters*, RDV 2015, 10, 14f.; zum schwierigen Reformprozess: *Gola-Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1; vgl. dazu auch: *Kübling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 1; siehe ausführlich zum Entstehungsprozess oben im ersten Kapitel bei C. I. 3.

173 *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3, Rn. 8, Rn. 10 und Rn. 33; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, abrufbar unter: zuletzt abgerufen am 11.04.2018; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 und 503; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: <https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. dazu auch: *Kübling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 1.

174 Vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser*; EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewi-

Kollisionsnorm für das Aufeinandertreffen unterschiedlicher nationaler Abweichungsvorschriften.¹⁷⁵ Mit Schaffung der Kollisionsvorschrift hat der europäische Gesetzgeber explizit für den Bereich des Art. 85 DSGVO unterschiedliche nationale Gesetzgebungsakte vorgesehen.¹⁷⁶ Er hat sich bewusst und gezielt zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit gegen eine reine EU-Regulierung und damit für eine Rechtsvielfalt entschieden.

d) Ergebnis

Es überzeugt nicht, dass Art. 85 DSGVO der Vollharmonisierung des Datenschutzrechts dient und die Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten auf die privilegierten Zwecke beschränkt sind. Vielmehr sollte eine reine EU-Regulierung mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO verhindert werden. Telos des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist der nationale Ausgleich zwischen dem Schutz personenbezogener Daten und der Meinungs- und Informationsfreiheit. Dabei dient die Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht nur als Auffangtatbestand, sondern als Generalklausel.¹⁷⁷ Der europäische Gesetzgeber hat flexible und weitreichende Abweichungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO bezweckt.¹⁷⁸ Art. 85

chen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

175 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3; vgl. auch: Göting/Schertz/Seitz-Lauber-Rönsberg, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 32.

176 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 551; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3.

177 AA: HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8.

178 HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 57 und Rn. 67; Gola-Pöppers, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1 f.; *Corniks*, Stellungnahme zum Gesetz zur Zustimmung zum 21. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung weiterer Gesetze (16. Rundfunkänderungsgesetz), Gesetzentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/1565, 06.03.2018, S. 10, abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17>

Abs.1 DSGVO dient als national regulierter Ausgleich gegenüber der Datenschutzgrundverordnung, deren Regelungsbereich sehr weit gefasst ist. Nur weitgehende und flexible mitgliedstaatliche Handlungsspielräume können den Schutz von Art. 11 GRCh gewährleisten und zusätzlich zukünftige Entwicklungen berücksichtigen.¹⁷⁹ Daneben können die Mitgliedstaaten den deutlich kulturell geprägten Bereich der Kommunikationsfreiheiten mit ausgeprägter innerstaatlicher Rechtsprechung teilweise europarechtskonform erhalten, vgl. Art. 67 Abs. 1 AEUV.¹⁸⁰ Der Telos der flexiblen und weitreichenden Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten im Bereich der Meinungs- und Informationsfreiheit spricht dafür, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel normiert.

5. Ergebnis

Die vier Auslegungsmethoden Wortlaut, Systematik, Historie und Telos zeigen Argumente für und wider eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs.1 DSGVO. In der Gesamtschau streiten die stärkeren Argumente aber zugunsten einer fakultativen allgemeinen Öffnungsklausel. Sowohl der Wortlaut „Erlass von Rechtsvorschriften“, als auch die ausgewählte Präposition „einschließlich“ verdeutlichen eine mit-

-420.pdf;jsessionid=60856216150C8FE703342DC770A76F16.ifxworker, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, abrufbar unter: zuletzt abgerufen am 11.04.2018.

179 Zu den weitergehenden, flexibleren Abweichungsmöglichkeiten: HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; Gola-Pöppers, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1; *Cornils*, Stellungnahme zum Gesetz zur Zustimmung zum 21. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung weiterer Gesetze (16. Rundfunkänderungsgesetz), Gesetzentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/1565, 06.03.2018, S. 10, abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-420.pdf;jsessionid=60856216150C8FE703342DC770A76F16.ifxworker>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; zu den zukünftigen Entwicklungen: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 57; vgl. zur Gefahr für die Kommunikationsfreiheiten: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 690.

180 Vgl.: Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 21; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8.

gliedstaatliche Gesetzgebungsmöglichkeit, die nicht auf die privilegierten Zwecke begrenzt ist. Auch das systematische Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu Abs. 2 unterstützt die Auffassung, dass zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit zwei Öffnungsklauseln bestehen. Ohne eigenständige Öffnungsklausel ist Abs. 1 im Verhältnis zu Abs. 2 redundant. Historisch betrachtet hat das Europäische Parlament mit seinem umfangreichen Änderungsvorschlag im Gesetzgebungsverfahren die privilegierten Zwecke sowohl in ex. Art. 80 DSGVO als auch in ex. ErwGr 121 vollumfänglich gestrichen. Anstelle von eingeschränkten wurden weitreichende Modifikationsmöglichkeiten vorgeschlagen. Anschließend hat der Europäische Rat Art. 85 DSGVO erstmalig in drei Absätze unterteilt, was ebenfalls unterstreicht, dass jedem Absatz eine eigenständige Funktion zukommt. Das Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als allgemeine fakultative Öffnungsklausel überzeugt. Der europäische Gesetzgeber hat flexible und weitreichende Abweichungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO bezweckt.

II. Entspricht das Kunsturhebergesetz Art. 85 Abs. 1 DSGVO?

Die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes könnte nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO ermöglicht werden. Dazu ist nicht nur erforderlich, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel darstellt, sondern auch, dass §§ 22 ff. KUG den Schutz personenbezogener Daten und das Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang bringen. Das Kunsturhebergesetz müsste praktische Konkordanz iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO herstellen.¹⁸¹ Art. 85 Abs. 1 DSGVO erlaubt sodann Abweichungsmöglichkeiten von allen Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung.¹⁸²

Die Untersuchung, ob das Kunsturhebergesetz ordnungsgemäß die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ausfüllt, erfolgt in zwei Schritten: Als Erstes wird untersucht, ob §§ 22, 23 KUG dem Schutz personenbezogener Daten dienen. Im Anschluss wird betrachtet, ob die Paragraphen den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang bringen.

181 Befürwortend: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583 f.; BeckOK Urheberrecht *Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 e; wohl auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062.

182 *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 477.

1. Schutz personenbezogener Daten

Das Kunsturhebergesetz ist prima facie kein klassisches Datenschutzrecht. Dennoch zeigt es deutliche Ähnlichkeiten bzw. Parallelen zum Schutz personenbezogener Daten.¹⁸³ Zugleich ist der Schutz personenbezogener Daten iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht zu eng auszulegen,¹⁸⁴ da der Fokus von Art. 85 Abs. 1 DSGVO auf der Herstellung praktischer Konkordanz liegt.

Nach deutscher Rechtsdogmatik findet das Recht am eigenen Bild seinen Ursprung im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁸⁵ Europarechtlich wird es nach Art. 8 EMRK und Art. 7 GRCh geschützt.¹⁸⁶ Der Datenschutz wurzelt ebenso wie das Recht am eigenen Bild im Recht auf Privatheit, garantiert in Art. 8 EMRK, in Art. 7 und Art. 8 GRCh und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁸⁷ Die grundrechtliche Verankerung der beiden Rechtsgebiete deckt sich.

183 Quellen bezogen auf die deutsche Umsetzung des Datenschutzrechts: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1058 und 1060; *Lorenz*, ZD 2012, 367, 369; *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: *Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz*, 2001, S. 64, 67.

184 Vgl. dazu: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 68.

185 BVerfG, Beschl. v. 31.01.1973 – 2 BvR 454/71, NJW 1973, 891, 892; BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; siehe hierzu ausführlich im zweiten Kapitel bei A.

186 EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JU-D005932000 = NJW 2004, 2647, 2648 – *Caroline von Hannover/Deutschland*; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 16.

187 Zu Art. 8 EMRK: *Schiedermaier*, Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, 2012, S. 239 ff. m.w.N.; *Kühling/Buchner-Kühling/Raab*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Vorbemerkung Rn. 17 ff.; zu Art. 7 und Art. 8 GRCh: EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 = NZA 2011, 1409 Tz. 42 ASNEF/FECEMD; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 09.11.2010 – C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662 = EUZW 2010, 939 Tz. 52 – *Volker und Markus Schecke GbR u.a./Land Hessen*; weiter zu Art. 7 und Art. 8 GRCh: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314 Tz. 100 f. – *Recht auf Vergessen II*; *Schiedermaier*, Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, 2012, S. 339 ff. m.w.N.; *Kühling/Buchner-Kühling/Raab*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Vorbemerkung Rn. 24 ff.; hierzu auch: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 694; zu Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG: BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419, 419 ff. – *Volkszählungsurteil*; insgesamt dazu: *Weichert*, DANA 2016, 48, 48; *Tinnefeld*, ZD 2015, 22, 24.

Darüber hinaus schützen das Recht am eigenen Bild und das Datenschutzrecht konvergente Rechtsgüter. Beide gewähren das Selbstbestimmungsrecht einer natürlichen Person über die sie betreffenden Daten.¹⁸⁸ Art. 8 GRCh garantiert die Herrschaft über die „eigenen“ personenbezogenen Daten.¹⁸⁹ Das europäische Datenschutzrecht gewährleistet das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen über die Verwendung seiner personenbezogenen Daten.¹⁹⁰ Parallel dazu schützt das Recht am eigenen Bild ebenfalls das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person über ihre Bildnisdaten.¹⁹¹ Das Selbstbestimmungsrecht ist hier auf die Darstellung

-
- 188 Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz, Lfg. 39 Stand Juli 2001, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 175; siehe zu Art. 7, Art. 8 GRCh: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314 Tz. 101 – *Recht auf Vergessen II*; vgl. dazu insgesamt: Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, S. 23; siehe zu der Idee das Recht am eigenen Bild als Konkretisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu verstehen: Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz, Lfg. 39 Stand Juli 2001, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 193; dazu auch: Hartmann, Der Schutz vor Deepfakes durch das Kunsturhebergesetz, in: Taeger, Die Macht der Daten und der Algorithmen, 2019, S. 563, 574; Lorenz, ZD 2012, 367, 369; Dix, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 67; Paschke/Berlit/Meyer-Kramer, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 76. Abschnitt Rn. 5; vgl. hierzu ebenfalls: ErwGr 14 der DSGVO.
- 189 Callies/Ruffert-Kingreen, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 8 GRCh Rn. 9; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314 Tz. 100 f. – *Recht auf Vergessen II*.
- 190 Tinnfeld, ZD 2015, 22, 24; vgl. zum informationellen Selbstbestimmungsrecht in Deutschland: BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419, 422 – *Volkszählungsurteil*; vgl. zum informationellen Selbstbestimmungsrecht auf europäischer Ebene: Meyer/Hölscheidt-Bernsdorff, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 8 Rn. 13 f.
- 191 BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 410 – *Herrenreiter*; zudem: BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527, 527 – *Winterurlaub*; BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II*; BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; Raji, ZD 2019, 61, 62; Hartmann, Der Schutz vor Deepfakes durch das Kunsturhebergesetz, in: Taeger, Die Macht der Daten und der Algorithmen, 2019, S. 563, 574; Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 47; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3.

im Bild beschränkt.¹⁹² Allein der Abgebildete darf darüber befinden, ob und in welcher Weise er der Öffentlichkeit im Bild vorgestellt wird.¹⁹³ Eine ausreichende Vergleichbarkeit ist daher gegeben.¹⁹⁴

2. Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit

Eine Zuordnung des Kunsturhebergesetzes als dem Schutz personenbezogener Daten dienend reicht nicht aus. Zugleich muss das Kunsturhebergesetz den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit (Art. 11 GRCh), einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken (Art. 11 Abs. 2, Art. 13 GRCh), in Einklang bringen. Das Kunsturhebergesetz benennt Ausnahmen vom Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten zugunsten der Informations-, Abbildungs-, Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit, gem. §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 KUG.¹⁹⁵ Insbesondere auch §§ 23 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KUG schaffen die von Art. 85 Abs. 1 DSGVO geforderte praktische Konkordanz, da sie einen Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten über sein Eigenbild und der Abbildungs- aber auch der Informationsfreiheit des Abbildenden sowie der Öffentlichkeit gestalten. Ferner können literarische Arbeiten, die ein Lebensbild darstellen, mit einer Zuordnung zur Kunstfreiheit gem. § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG berücksichtigt werden.¹⁹⁶ § 23 Abs. 1

192 Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3 f.

193 BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527, 527 – *Winterurlaub*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II*; siehe hierzu ausführlich im zweiten Kapitel bei A. I. und II.

194 Dieser Ansicht bereits: BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 e; Vgl. auch: Raji, ZD 2019, 61, 62; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1058; Lorenz, ZD 2012, 367, 369; Schnabel, ZUM 2008, 657, 658 f.; Specht-Riemenschneider/Jennessen, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 112.

195 Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 1; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 23 KUG Rn. 1; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 23 KUG Vor Rn. 1.

196 Überzeugend: Schertz, GRUR 2007, 558, 558 ff.; zustimmend: Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 23 KUG Rn. 103.

KUG erfasst sowohl die privilegierten journalistischen, künstlerischen und literarischen Zwecke als auch die Meinungs- und Informationsfreiheit iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO. Es wird keiner Grundrechtsposition ein genereller Vorrang eingeräumt. Eine einzelfallbezogene Interessenabwägung ist gem. §§ 23 Abs. 1 und Abs. 2 KUG vorzunehmen. Diese entspricht den Voraussetzungen von Art. 85 Abs. 1 DSGVO.¹⁹⁷

3. Ergebnis

Das Kunsturhebergesetz schafft den nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO geforderten Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der abgebildeten Person und dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit einschließlich journalistischer, künstlerischer und literarischer Zwecke.¹⁹⁸ Obwohl das Kunsturhebergesetz kein klassisches Datenschutzrecht ist, dient es dem Schutz personenbezogener Daten i.S.v. Art. 85 Abs. 1 DSGVO.¹⁹⁹ Sowohl die grundrechtliche Verankerung als auch die zu schützenden Rechtsgüter zeigen eine ausreichende Übereinstimmung. Die §§ 22 ff. KUG schaffen darüber hinaus praktische Konkordanz mit der Meinungs-, Informations-, Presse- und Kunstfreiheit, Art. 11 und Art. 13 GRCh.

197 *Kabl/Piltz*, K&R 2018, 289, 292; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. zum Erfordernis der Einzelfallabwägung: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 68.

198 So im Ergebnis bereits: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583 f.; *Kabl/Piltz*, K&R 2018, 289, 292; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

199 So wohl auch: *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; aA: *Seiler*, jurisPR-BKR 9/2018, Anm. 1.

III. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz

Mit der Auffassung, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine eigenständige fakultative und allgemeine Öffnungsklausel festschreibt, ist eine vollumfängliche Anwendbarkeit der §§ 22, 23 KUG zu rechtfertigen.²⁰⁰ Art. 85 Abs. 1 DSGVO erlaubt Abweichungsmöglichkeiten von allen Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung. §§ 22, 23 KUG stellen eine europarechtskonforme Abweichung iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO dar.²⁰¹

Für die Interessenabwägung des § 23 KUG gilt es Folgendes zu beachten: Da die §§ 22, 23 KUG eine europarechtskonforme Abweichung iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO darstellen, könnte bei der Interessenabwägung des § 23 KUG fortan, neben oder anstelle der deutschen Grundrechte, die Charta der Grundrechte der Europäischen Union anzuwenden sein.²⁰² Dies gilt es nachfolgend zu untersuchen.

Die Mitgliedstaaten sind an die Grundrechtecharta gebunden, soweit sie Unionsrecht durchführen, Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh.²⁰³ Die Mitglied-

200 Bereits so: HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33.

201 Unterstützend zu Art. 85 Abs. 1 DSGVO und KUG: *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 72; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290, *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: <https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; wohl unterstützend: Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

202 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; vgl. dazu: *ErwGr* 153 S. 2; siehe auch: *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 479; *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; ausführlich bei: *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503 ff.; *Götting/Schertz/Seitz-Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 8; *Specht/Mantz-Hennemann*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 40; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9 f.; aA: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 91 f.; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 573.

203 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.02.2013 – C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 = NJW 2013, 1415 Tz. 17 ff. – *Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*; EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 19 – *Wachauf/Deutschland*.

staaten führen Unionsrecht durch, wenn sie die Datenschutzgrundverordnung anwenden, auslegen und konkretisieren.²⁰⁴ Im vollharmonisierten Bereich der Datenschutzgrundverordnung verdrängen die europäischen Grundrechte sodann das nationale Verfassungsrecht.²⁰⁵ Dies trifft beispielsweise auf den Lösungsweg der mittelbaren Anwendbarkeit über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu, der im nachfolgenden Kapitel D. untersucht wird. Es würde der Vollharmonisierung entgegenstehen, wenn die Mitgliedstaaten ihre divergierenden Grundrechte im vollharmonisierten Bereich der Datenschutzgrundverordnung anwenden dürften.²⁰⁶

Diese Begründung lässt sich jedoch nicht auf die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung übertragen, die den Mitgliedstaaten erlauben, innerstaatliche Ausnahmen oder Abweichungen zu normieren.²⁰⁷ Es gilt kritisch zu hinterfragen, ob die Mitgliedstaaten tatsächlich Unionsrecht durchführen, wenn sie nationale Rechtsvorschriften erlassen und anwenden, die von der fakultativen Abweichungskompetenz des Art. 85 Abs. 1 DSGVO gedeckt sind.²⁰⁸ Weder verpflichtet Art. 85 Abs. 1

204 Vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 14.10.2010 – I ZR 191/08, GRUR 2011, 513 Tz. 20 – *AnyDVD*; Simitis/Hornung/Spiecker-Schiedermaier, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 182; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 DSGVO Rn. 9.

205 Vgl.: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.02.2013 – C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 = NJW 2013, 1215 Tz. 59 – *Stefano Melloni/Ministerio Fiscal*; BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 -2 BvR 197/83, NJW 1987, 577, 582 – *Solange II*; Simitis/Hornung/Spiecker-Schiedermaier, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 182.

206 Vgl.: EuGH, Urt. v. 06.03.2014 – C-206/13, ECLI:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Tz. 32 – *Cruciano Siragusa/Regione Sicilia*; EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 = juris, Tz. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft MBH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

207 Hierzu jüngst zu Art. 9 DSRL und mit Blick auf Art. 85 DSGVO entschieden und bestätigend: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, WRP 2020 39, 39 Tz. 41 ff., Tz. 74 und Tz. 154 – *Recht auf Vergessen I*.

208 Hierzu jüngst zu Art. 9 DSRL und mit Blick auf Art. 85 DSGVO entschieden und bestätigend: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, WRP 2020 39, 39 Tz. 41 ff., Tz. 74 und Tz. 154 – *Recht auf Vergessen I*; vgl. hierzu: Albrecht/Janson, CR 2016, 500, 504 ff.; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 06.03.2014 – C-206/13, ECLI:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Tz. 24 ff. – *Cruciano Siragusa/Regione Sicilia*; BVerfG, Urt. v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499 Tz. 90 – *Antiterrordateigesetz*; von der Groeben/Schwarze/Hatje-Terbechte, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 51 GRCh Rn. 7 und Rn. 10; Simitis/Hornung/Spiecker-Schiedermaier, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 181 f.

DSGVO die Mitgliedstaaten eine Abweichung zu normieren,²⁰⁹ noch erscheint die Abweichungskompetenz tatsächlich durch das Unionsrecht determiniert.²¹⁰ Insofern unterscheidet sich die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO auch eindeutig von der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

Die Mitgliedstaaten führen jedenfalls nicht nur Unionsrecht durch, wenn sie die Abweichungsbefugnis des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ausfüllen, sodass zumindest die innerstaatlichen Grundrechte neben der Grundrechtecharta zur Anwendung kommen.²¹¹ Daraus folgt, dass die Interessenabwägung des § 23 KUG bei dem Lösungsweg über Art. 85 Abs. 1 DSGVO fortan nicht ausschließlich durch die europäischen Grundrechte bestimmt wird.²¹²

Mit Blick auf Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist einerseits vertretbar, dass sich die Interessenabwägung weiterhin ausschließlich nach den deutschen Grundrechten richtet,²¹³ da die nationalen Rechtsvorschriften nicht in den Geltungsbereich der Datenschutzgrundverordnung fallen.²¹⁴ Andererseits

209 EuGH, Urt. v. 06.03.2014 – C-206/13, ECLI:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Tz. 26 – *Cruciano Siragusa/Regione Sicilia*.

210 Vgl. zur Determinierung durch das Unionsrecht: BVerfG, Urt. v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499 Tz. 90 – *Antiterrordevisengesetz*; BVerfG, Beschl. v. 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, NJW 2011, 3428 Tz. 53 f.; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 91 f.; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 573.

211 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.02.2013 – C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 = NJW 2013, 1415 Tz. 29 – *Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*; so im Ergebnis KUG – DSGVO: OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 505 f.; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9 f.; zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; kritischer oder aA, da nur oder hauptsächlich die europäischen Grundrechte als anwendbar erachtet werden: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589 und Fußnote 28; Specht/Mantz-Hennemann, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 40; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 8.

212 Wohl aA: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589 und Fußnote 28; Specht/Mantz-Hennemann, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 40; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 8.

213 *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 91 f.; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 573.

214 Hierzu jüngst zu Art. 9 DSRL und mit Blick auf Art. 85 DSGVO entschieden und bestätigend: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, WRP 2020 39, 39 Tz. 41 ff., Tz. 74 und Tz. 154 – *Recht auf Vergessen I*; *Cornils*, Das datenschutz-

ist es vertretbar, dass die deutschen Grundrechte ergänzend neben den europäischen Grundrechten zur Anwendung kommen,²¹⁵ da Art. 85 Abs. 1 DSGVO einen Ausgleich zwischen Art. 8 GRCh und Art. 11, Art. 13 GRCh bezweckt²¹⁶ und sich die nationalen Ausnahmen und Abweichungen so dann auch an den europäischen Grundrechten messen lassen müssen.²¹⁷ In der Gesamtschau ist letzteres überzeugender, sodass sich die Interessenabwägung des § 23 KUG fortan sowohl nach den deutschen als auch europäischen Grundrechten richtet.

D. Mittelbare Anwendbarkeit über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO

Schließlich könnte der Erlaubnistatbestand Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO einen Lösungsweg darstellen, das Kunsturhebergesetz für „digitale Bildnisse“ neben der Datenschutzgrundverordnung aufrechtzuerhalten.²¹⁸ Die

rechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 91 f.; Cornils, ZUM 2018, 561, 573; Albrecht/Janson, CR 2016, 500, 504; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 06.03.2014 – C-206/13, ECLI:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Tz. 24 ff. – *Cruciano Siragusa/Regione Sicilia*; BVerfG, Urt. v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499 Tz. 90 – *Antiterrordateigesetz*.

215 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; Albrecht/Janson, CR 2016, 500, 505 f.; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9 f.; wohl auch: Nettesheim, AfP 2019, 473, 479; dieses Ergebnis zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO: Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1060.

216 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; Cornils, ZUM 2018, 561, 574 f.; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1061; hierzu jüngst und diesen Lösungsweg nicht ausschließend: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, WRP 2020 39, 39 Tz. 68 – *Recht auf Vergessen I*; Nettesheim, AfP 2019, 473, 475 f.

217 Hierzu jüngst zu Art. 9 DSRL und mit Blick auf Art. 85 DSGVO entschieden und bestätigend: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, WRP 2020 39, 39 Tz. 41 ff., Tz. 74 und Tz. 154 – *Recht auf Vergessen I*; so auch: Albrecht/Janson, CR 2016, 500, 505 f.

218 Unterstützend zu Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und KUG: LG Frankfurt, Urt. v. 26.09.2019 – 2-03 O 402/18, K&R 2019, 808, 810; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2-03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; Raji, ZD 2019, 61, 66; Benedikt/Kranig, ZD 2019, 4, 7; Hansen/Brechtel, GRUR-Prax 2018, 369, 370; Tinnefeld/Conrad, ZD 2018, 391, 397; Golz/Gössling, IPRB 2018, 68, 71; Wenzel-von Stöbl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Merkblatt zur Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotografien nach

Wertungen des deutschen Gesetzgebers, die durch §§ 22, 23 KUG zum Ausdruck kommen, könnten mittelbar bei der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO herangezogen werden.²¹⁹ Die typisierten Fallgruppen des §§ 22, 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4, Abs. 2 KUG könnten den

dem 25. Mai 2018 im nicht-öffentlichen Bereich, Stellungnahme v. 29.06.2018, abrufbar unter: http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung_und_veroeffentlichung_von_personenfotografien/anfertigung-und-veroeffentlichung-von-personenfotografien-nach-dem-25-mai-2018-166008.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; Stiftung Datenschutz, DSGVO-Info Dossier XI: Fotografien, August 2018, abrufbar unter: https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Dossiers_Infoplattform/DSGVO-Info-Dossier_XI_-_Fotografien.pdf, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; wohl auch unterstützend für den Fall, dass Öffnungsklauseln verneint werden: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589; kritisch: *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442 f.; aA: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 225 und S. 253; *Gola-Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 59; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; wohl dagegen: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 581; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; aA losgelöst vom KUG: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 49 ff.; wohl dagegen losgelöst von KUG: *Engeler*, Art. 85 DSGVO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. dazu auch: Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

- 219 *Raji*, ZD 2019, 61, 66; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 370; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 71; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Ederler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 123 f.; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; vgl. dazu auch: *Gola-Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 140; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

äußerst offen formulierten Abwägungstatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO für den Regelungsbereich der „digitalen Bildnissen“ sowohl für die Rechtsunterworfenen als auch für die Rechtsanwender präzisieren. Neben den abwägungslenkenden Fallgruppen des Kunsturhebergesetzes könnte auch die nationale Rechtsprechung zum Recht am eigenen Bild mit Hilfe von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO für die Datenschutzgrundverordnung weiterentwickelt und so fortgeführt werden.²²⁰

Die nachstehende Untersuchung wird wie folgt vorgenommen: Zuerst wird untersucht, ob das Kunsturhebergesetz für die Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO europarechtskonform herangezogen werden kann. Für eine mittelbare Anwendbarkeit ist einerseits erforderlich, dass §§ 22, 23 KUG den nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO geforderten Interessenausgleich schaffen, andererseits, dass die Heranziehung nationaler Gesetzgebung möglich ist. Danach werden die Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz aufgezeigt, die aus einer nur mittelbaren Anwendbarkeit über die Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO resultieren.

I. Ist das Kunsturhebergesetz mit Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO vereinbar?

Art. 6 Abs. 1 HS 1 DSGVO normiert zunächst das Verbot, personenbezogene Daten zu verarbeiten. Darauf folgend werden nach Art. 6 Abs. 1 lit. a bis lit. f DSGVO die Erlaubnistatbestände für nicht sensible Daten abschließend festgelegt.²²¹ Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO rechtmäßig, wenn sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen.²²²

220 Vgl. zur Berücksichtigung der nationalen Rechtsprechung: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; *Faulhaber/Scheurer*, jM 2019, 2, 4; kritisch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061.

221 *Ziegenhorn/von Heckel*, NVwZ 2016, 1585, 1586; *Kühling/Buchner-Buchner-Petri*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 141; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Assion/Nolte/Veil*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 25; *BeckOK Datenschutzrecht-Albers/Veit*, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 6 DSGVO Rn. 55; aA: *Paal/Pauly-Frenzel*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 1.

222 Interessenabwägung für digitale Bildnisse durchgeführt: VG Hannover, Urt. v. 27.11.2019 – 10 A 820/19, BeckRS 2019, 31874 Tz. 41 ff.; Vgl. zu Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO: *Herfurth*, ZD 2018, 514, 514 ff.

1. Interessenabwägung

Für eine Vereinbarkeit der Regelungsbereiche innerhalb des Erlaubnistatbestandes spricht zunächst, dass §§ 22, 23 KUG einen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen und Grundrechten des Bildnisverbreiters bzw. -zurschaustellers, den Interessen und Grundrechten des Abgebildeten und den Interessen und Grundrechten der Allgemeinheit schaffen. Das Kunsturhebergesetz schafft den nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO geforderten Interessenausgleich für den Regelungsbereich der „digitalen Bildnisse“.²²³

2. Parallelität der Gesetzesstrukturen

Die Parallelität der Gesetzesstrukturen tritt unterstützend hinzu. Art. 6 Abs. 1 HS 1 DSGVO und § 22 S. 1 KUG statuieren ein Verbot bzw. einen Erlaubnisvorbehalt, personenbezogene (Bild-)Daten zu verbreiten.²²⁴ Ohne Einwilligungserklärung des Dispositionsbefugten, richtet sich die Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit der Informationsverbreitung jeweils nach einer umfassenden einzelfallbezogenen Interessenabwägung, Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und § 23 KUG.²²⁵ Der Gesetzeswortlaut beider Vorschriften setzt voraus, dass die „berechtigten Interessen“ zu berücksichtigen sind.²²⁶ Nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO sind die berechtigten Interessen des Datenverarbeiters zu wahren.²²⁷ Nach § 23 Abs. 2 KUG dürfen die „berechtigten

223 *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 124; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; vgl. auch: *Raji*, ZD 2019, 61, 66; *Faulhaber/Scheurer*, jM 2019, 2, 4.

224 Vgl. dazu: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 579.

225 Siehe auch: *Raji*, ZD 2019, 61, 66.

226 *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Gierschmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 21; zur Wortlautauslegung des Unionsrechts: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez*; EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. – *Wachauf/Deutschland*; vgl. zu den berechtigten Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO: *Härtling/Gössling/Dimov*, ITRB 2017, 169, 169 f.

227 Vgl. zu den berechtigten Interessen des Verantwortlichen: *Herfurth*, ZD 2018, 514, 514.

Interessen“ des Abgebildeten nicht verletzt werden. Diese Parallelitäten befürworten die mittelbare Übertragbarkeit der §§ 22, 23 KUG im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und lassen auf den ersten Blick gleichlaufende Ergebnisse der Interessenabwägung erwarten.²²⁸

3. Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Zudem bestärkt die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die mittelbare Übertragbarkeit in zweifacher Hinsicht.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat teilweise die neuen Abwägungsgrundsätze des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG (zeitgeschichtliches Ereignis) vorgegeben.²²⁹ Anschließend hat er bestätigt, dass die angepassten Abwägungsgrundsätze im Einklang mit Art. 8 EMRK stehen, vgl. Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 EUV.²³⁰ Die bestätigte Konformität substantiiert die These, dass die national geprägten Abwägungsparameter im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO berücksichtigt werden können.²³¹

Zusätzlich trifft den Bildnisverwender, seit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, eine erweiterte Beweislast.²³² Diese entspricht der Beweislast des Datenverantwortlichen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f, Art. 5 Abs. 2 DSGVO. Der Bildnisverwender ist darlegungs- und beweispflichtig für die Ausnahmetatbestände vom Einwilli-

228 Vgl. zu den gleichlaufenden Ergebnissen: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 235; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; aA: *Kabl/Piltz*, K&R 2018, 289, 292.

229 EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647 Tz. 63 bis Tz. 80 – *Caroline von Hannover*.

230 EGMR, Urt. v. 19.09.2013 – 8772/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0919JUD000877210 = ZUM 2014, 284 Tz. 47 ff. und Tz. 57; EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053 Tz. 114 ff. und Tz. 124 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland Nr. 2*.

231 *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 124; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; vgl. auch: *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137.

232 BGH, Urt. v. 14.10.2008 – VI ZR 272/06, GRUR 2009, 86 Tz. 17; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 33; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 3 und Rn. 46.

gungserfordernis gem. §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 KUG.²³³ Mit Vorverlagerung der Interessenabwägung gem. § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG muss er darlegen, dass die Meinungs- bzw. Pressefreiheit das Persönlichkeitsinteresse des Abgebildeten überwiegt.²³⁴ Die Vorverlagerung der Interessenabwägung kann auch für die weiteren Ausnahmetatbestände angenommen werden.²³⁵ Die veränderte Darlegungslast würde entsprechend gelten. Genau so hat der Verantwortliche nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu beweisen, dass die Datenverarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen.²³⁶ Die übereinstimmende Darlegungs- und Beweislast indiziert, dass die typisierten Fallgruppen des § 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 KUG und die dazugehörige Rechtsprechung mit Hilfe von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in das europäische Datenschutzrecht übertragbar sind.

4. Unionale Abwägungsklausel

Gegen eine mittelbare Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes ist anzuführen, dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO eine unionale Abwägungsklausel ist, die die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen kollidierenden

-
- 233 Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 33; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 46, Rn. 51, Rn. 54 und Rn. 58.
- 234 Zur Vorverlagerung der Interessenabwägung: BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 13/06, GRUR 2007, 523 Tz. 13 f.; bestätigend: BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539 Tz. 78 ff.; BGH, Urt. v. 29.05.2018 – VI ZR 56/17, ZUM-RD 2018, 537, 538; zur veränderten Beweislast: BGH, Urt. v. 14.10.2008 – VI ZR 272/06, GRUR 2009, 86 Tz. 17; BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539 Tz. 70; Peifer/Dörre, jurisPR-WettbR 6/2007, Anm. 2; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 33; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 3 und Rn. 46.
- 235 LG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.11.2016 – 2–03 O 525/15, ZUM 2017, 772, 774 f.; Bienemann, ZUM 2017, 741, 743; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 22 und Rn. 47 f.; so auch: Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 23; wohl auch: Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; aA: HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 59.
- 236 Robrahn/Bremert, ZD 2018, 291, 294; Ziegenhorn/von Heckel, NVwZ 2016, 1585, 1588; Kühling/Buchner-Buchner/Petri, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 149; aA: Paal/Pauly-Frenzel, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 31.

europäischen Grundrechten und Grundfreiheiten fordert.²³⁷ Anders als bei Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO fehlt es an einem Anknüpfungspunkt für nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung. Der Erlaubnistatbestand nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO normiert für die Mitgliedstaaten keine Öffnungsklausel.²³⁸ Dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ein Anknüpfungspunkt für nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung fehlt, ändert sich auch nicht dadurch, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Vereinbarkeit des Kunsturhebergesetzes mit Art. 8 und Art. 10 EMRK erklärt hat.²³⁹ Leitlinien für die Abwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO kann nur der Europäische Gerichtshof, unter Berücksichtigung des Primärrechts der EU, aufstellen.²⁴⁰ Die Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Gesetzgebung, Abwägungsparameter und Rechtsprechung scheidet nach dem Wortlaut und der Systematik des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO aus.²⁴¹ Es

237 Ziegenhorn/von Heckel, NVwZ 2016, 1585, 1586; Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 50; Paal/Pauly-Frenzel, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 30; Sydow-Reimer, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 88; zum Auslegungsmaßstab der Grundrechtecharta: Roßnagel-Hoidn, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 61.

238 Lauber-Rönsberg, AfP 2019, 373, 374; v. Lewinski/Pohl, ZD 2018, 17, 18; Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 49; Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 225; Sydow-Reimer, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 55, Rn. 59 und Rn. 88; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Assion/Nolte/Veil, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 251; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 6; Kühling/Buchner-Buchner/Petri, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 143; Ehmann/Selmayr-Heberlein, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 37.

239 Vgl. zur fehlenden Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und zur nationalen Rechtsprechung ohne Öffnungsklausel: Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1061; Roßnagel-Hoidn, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 73.

240 Ziegenhorn/von Heckel, NVwZ 2016, 1585, 1586; Paal/Pauly-Frenzel, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 30; Sydow-Reimer, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 88.

241 Dieser Ansicht wohl auch: Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 225; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1061; wohl aa: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; Raji, ZD 2019, 61, 66; Benedikt/Kranig, ZD 2019, 4, 7; Hansen/Brechtel, GRUR-Prax 2018, 369, 370; Tinnefeld/Conrad, ZD 2018, 391, 397; Golz/Gössling, IPRB 2018, 68, 71; Wenzel-von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor

widerspricht dem Ziel der Vollharmonisierung, wenn der abschließende Katalog der Erlaubnistatbestände durch die Hintertür der Interessenabwägung erweitert und nationalisiert wird.

5. Ergebnis

Für eine mittelbare Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO spricht die Parallelität der Gesetzesstrukturen. Art. 6 Abs. 1 HS 1 DSGVO und § 22 S. 1 KUG statuieren ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.²⁴² Ohne Einwilligungserklärung des Dispositionsbefugten ist nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und § 23 KUG eine umfassende einzelfallbezogene Interessenabwägung vorzunehmen.²⁴³ Überdies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die neuen Abwägungsgrundsätze des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG teilweise aufgestellt und die sodann angepassten Abwägungsgrundsätze als europarechtskonform bestätigt.²⁴⁴

Dagegen ist anzuführen, dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO eine unionale Abwägungsklausel normiert, der es an einem Anknüpfungspunkt für nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung mangelt. Ferner steht der Lösungsweg dem Ziel einer einheitlichen Anwendung und Auslegung der Erlaubnistatbestände der Datenschutzgrundverordnung innerhalb der EU diametral entgegen.

§ 22 KUG Rn. 2; Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Merkblatt zur Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotos nach dem 25. Mai 2018 im nicht-öffentlichen Bereich, Stellungnahme v. 29.06.2018, abrufbar unter: http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung_und_veroeffentlichung_von_personenfotografien/anfertigung-und-veroeffentlichung-von-personenfotografien-nach-dem-25-mai-2018-166008.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; Stiftung Datenschutz, DSGVO-Info Dossier XI: Fotografien, August 2018, abrufbar unter: https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Dossiers_Infoplattform/DSGVO-Info-Dossier_XI_Fotografien.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2020.

242 Vgl. dazu: *Ziebarth/Elsäß*, ZUM 2018, 578, 579.

243 Siehe auch: *Raji*, ZD 2019, 61, 66.

244 Zu den neuen Abwägungsparametern des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG: EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647 Tz. 63 bis Tz. 80 – *Caroline von Hannover*; zur Bestätigung der Europarechtskonformität: EGMR, Urt. v. 19.09.2013 – 8772/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0919JUD000877210 = ZUM 2014, 284 Tz. 47 ff. und Tz. 57; EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053 Tz. 114 ff. und Tz. 124 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland* Nr. 2.

Es konnte damit gezeigt werden, dass es vorzugswürdig ist, eine mittelbare Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO abzulehnen.

II. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz

Wird eine Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes mit Hilfe von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO angenommen, bewirkt dieser Lösungsweg keine unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften des Kunsturhebergesetzes. Der Erlaubnistatbestand nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO statuiert für die Mitgliedstaaten keine Abweichungs- oder Konkretisierungsbefugnis, obwohl die unbestimmten Rechtsbegriffe und die Offenheit des Abwägungstatbestandes diesen Eindruck erwecken könnten.²⁴⁵ Ohne eine gesonderte Öffnungsklausel, die Abweichungen von den Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung, insbesondere von Kapitel II, zugesteht, kann eine unmittelbare Anwendbarkeit von §§ 22, 23 KUG nicht ermöglicht werden. Die Wertungen der §§ 22, 23 KUG können über die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO nur mittelbar zur Anwendung kommen.²⁴⁶

245 Zur Unbestimmtheit: *Roßnagel/Nebel/Richter*, ZD 2015, 455, 460; *Kühling/Buchner-Buchner/Petri*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 143; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; zur fehlenden Konkretisierungs- bzw. Abweichungsbefugnis der Mitgliedstaaten: v. *Lewinski/Pohl*, ZD 2018, 17, 18; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 49; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 225; *Sydow-Reimer*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 55, Rn. 59 und Rn. 88; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Assion/Nolte/Veil*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 251; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 6; *Kühling/Buchner-Buchner/Petri*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 143; *Ehmann/Selmayr-Heberlein*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 37.

246 *Raji*, ZD 2019, 61, 66; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 370; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 71; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: *Aldenhoff/Eder/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala*, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 123 f.; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2;

Des Weiteren bietet Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO keine Abweichungsmöglichkeit beispielsweise von den Informations-, Sicherstellungs- oder Nachweispflichten der Datenschutzgrundverordnung.²⁴⁷ Auch insofern unterscheidet sich der Lösungsweg über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO von den zuvor dargestellten Lösungswegen. Schließlich ist die Interessenabwägung vom Bildnisverwender nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu dokumentieren.²⁴⁸

Für den Einzelfall, dass ein digitales Bildnis sensible Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO enthält, kann der Lösungsweg über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO keinerlei Abhilfe schaffen.²⁴⁹ Der abschließende Katalog der Erlaubnistatbestände nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO beinhaltet keinen vergleichbaren Abwägungstatbestand.²⁵⁰

Wenzel-von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; vgl. dazu auch: Gola-Pötters, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 140; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

247 Vgl.: BGH, Urt. v. 23.06.2009 – VI ZR 196/08, MMR 2009, 608, 612 – *spickmich.de*; Veil, NVwZ 2018, 686, 689; Cornils, ZUM 2018, 561, 574 f.; Ohly, AfP 2011, 428, 437 f.; Engeler, Art. 85 DSGVO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: <https://www.telematicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

248 Zur Widerruflichkeit: Krüger/Wiencke, MMR 2019, 76, 79; Raji, ZD 2019, 61, 65; Hildebrand, ZUM 2018, 585, 589; Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 580; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1061; Specht-Riemenschneider/Jennessen, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 121 f.; zur Dokumentationspflicht: Veil, NVwZ 2018, 686, 689; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Assion/Nolte/Veil, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 132.

249 Siehe hierzu auch: Lauber-Rönsberg, AfP 2019, 373, 374; Stellungnahme Nr. 34/2018 des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Informationsrecht, Juli 2018, S. 11 f., abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/s-n-34-18-2-datenschutz-anpassungs-und-umsetzungsgesetz>, zuletzt abgerufen am 17.02.2020.

250 Vgl. zu Lichtbildern, die grundsätzlich keine sensiblen Daten darstellen: ErwGr 51 S. 3; vgl. zu sensiblen Daten generell: ErwGr 51; vgl. auch: Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht, 2017, S. 78; Kühling/Buchner-Buchner/Petri, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 149.

E. Stellungnahme

Nachdem die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung untersucht wurden, wird nachfolgend aufgezeigt, dass die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu priorisieren ist. Der Lösungsweg über Art. 85 Abs. 1 DSGVO profiliert sich durch eine klare Abgrenzbarkeit der beiden kollidierenden Gesetze und eine widerspruchsfreie Regelungssystematik des Bildnisschutzes. Der Lösungsweg über Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist insbesondere auch vorzugswürdig, da der Europäischen Union die Gesetzgebungskompetenz für das Kommunikations- und Medienrecht fehlt, worunter auch das Kunsturhebergesetz fällt. Zudem hat der europäische Gesetzgeber eine Regulierung und Harmonisierung des Bildnisschutzes mit der Datenschutzgrundverordnung wohl auch nicht beabsichtigt. Dies soll im Folgenden erläutert werden.

I. Klare Abgrenzbarkeit zwischen Bildnisschutz und Datenschutzrecht

Kollidierende Rechtsgebiete müssen zum Schutz der Rechtssicherheit klar voneinander abgrenzbar sein. Nur der Lösungsweg über Art. 85 Abs. 1 DSGVO bewirkt eine klare Abgrenzbarkeit zwischen dem Datenschutzrecht und dem Medienzivilrecht,²⁵¹ wozu auch das Recht am eigenen Bild zählt.²⁵²

Die Datenschutzgrundverordnung hat einen ausufernden Anwendungsbereich nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO.²⁵³ Mit dem Fortschreiten der Digitalisierung fallen vermehrt Rechtsgebiete, wie das Recht am eigenen Bild,

251 Es ist darauf hinzuweisen, dass die schwedische Regierung ein neues Datenschutzgesetz erlassen hat, welches gem. § 7 S. 1 die Datenschutzgrundverordnung und weitere Datenschutzgesetze für unanwendbar erklärt, soweit sie gegen die Bestimmungen der Pressefreiheitsverordnung oder Gesetze der Meinungsfreiheit verstoßen, siehe S. 7 und S. 39 ff. der Gesetzesfassung und Gesetzesbegründung, abrufbar unter: <https://www.regeringen.se/4b00ca/contentassets/65ecec1e45b34af0bc1c272e40ccf581/ny-dataskyddslag>, zuletzt abgerufen am 13.11.2018; vgl. hierzu auch: Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 7.

252 Beater, Medienrecht, 2. Aufl. 2016, S. 147; Paschke/Berlit/Meyer-Kröner, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 32. Abschnitt Rn. 3.

253 Cornils, ZUM 2018, 561, 574f.; Stentzel, PinG 2016, 45, 45; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Grafenstein, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 2 ff.; vgl. auch: Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018,

unter den Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung.²⁵⁴ Das europäische Datenschutzrecht sollte jedoch nicht den Anspruch erheben, alle Rechtsbereiche, die datenbasierte Vorgänge erfassen, abschließend zu regulieren.²⁵⁵ Vielmehr müssen die kollidierenden Rechtsgebiete klar von der Datenschutzgrundverordnung abgrenzbar sein.

Rechtssystematisch betrachtet fehlt den beiden nicht priorisierten Lösungswegen die erforderliche Abgrenzbarkeit zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung.²⁵⁶ Bei der mittelbaren Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über die Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO wird die nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Recht am eigenen Bild in das Datenschutzrecht hineingelesen. Der Lösungsweg über Art. 85 Abs. 2 DSGVO integriert zwei bildnis-

578, 582; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; vgl. mit Bezug auf die personenbezogenen Daten: *Klar*, DÖV 2013, 103, 108.

- 254 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Grafenstein, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 2 ff. und Rn. 8; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8 und Rn. 10; vgl. auch: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 577; *Hoeren*, NJW 2017, 1587, 1590; *Stentzel*, PinG 2016, 45, 45; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 502; *Pötters*, RDV 2015, 10, 14 f.; *Klar*, DÖV 2013, 103, 108; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; *Peifer*, Analoges und Digitaler Persönlichkeitsschutz im Recht – eine Aufgabe auch für die Ökonomie?, in: Kops, Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut, 2016, S. 64, 73; siehe ausführlich zum Fortschritt der Digitalisierung beim Recht am eigenen Bild im zweiten Kapitel bei C. I.
- 255 Vgl. weiter: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574; *Hoeren*, NJW 2017, 1587, 1590; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 f.; *Ohly*, AfP 2011, 428, 437; *von Knobloch*, Der Schutz der Persönlichkeit im Internet, in: Leible, Der Schutz der Persönlichkeit im Internet, 2013, S. 9, 9 f. und 15; *Veil*, One continent, one data protection law?, 01.02.2016, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2016/02/01/one-continent-one-data-protection-law/>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; aA nur mit Bezug auf BDSG 2003 – KUG: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 311.
- 256 Vgl. dazu: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 562 und 574 f.; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, Vorwort VI und S. 55; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. zu den diversen Rechtsgebieten: *Ohly*, AfP 2011, 428, 437 f.; *Stadler*, Schränkt die Datenschutzgrundverordnung Meinungsäußerungen im Internet ein?, 12.03.2018, abrufbar unter: <https://www.internet-law.de/2018/03/schraenkt-die-datenschutzgrundverordnung-meinungs-aeusserungen-im-internet-ein.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020.

spezifische Erlaubnistatbestände für Presse und Kunst in die Datenschutzgrundverordnung.

Die erforderliche Differenzierung der Rechtsgebiete wird bereits seit 1977 mit Inkrafttreten des ersten Bundesdatenschutzgesetzes vorgenommen, § 1 Abs. 3 BDSG.²⁵⁷ Dies sollte sich auch nicht mit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung ändern.

II. Keine Harmonisierung des Bildnisschutzes

Weitere zwingende Argumente stehen dem Geltungsanspruch der Datenschutzgrundverordnung für den Regelungsbereich der „digitalen Bildnisse“ entgegen und befürworten die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 85 Abs. 1 DSGVO. Einerseits fehlt der Europäischen Union die Gesetzgebungskompetenz für die Regulierung des Bildnisschutzes, vgl. Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV.²⁵⁸ Andererseits scheint eine Harmonisierung in diesem Bereich mit der Datenschutzgrundverordnung nicht bezweckt.²⁵⁹

257 Gesetz zum Schutz von Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG) v. 27.01.1977, BGBl. I, S. 201.

258 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; zustimmend: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; *Peifer*, Analoger und Digitaler Persönlichkeitsschutz im Recht – eine Aufgabe auch für die Ökonomie?, in: Kops, Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut, 2016, S. 64, 72; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: <https://www.janalbrecht.eu/2018/05/ds-gvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. auch: *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; *Simitis/Hornung/Spiecker-Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; kritisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720; vgl. dazu, dass das Kunsturhebergesetz noch nicht harmonisiert ist: *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, Einführung KUG Rn. 16.

259 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 376; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 ff.; den Wunsch nach einer internationalen Vereinheitlichung des Bildnisschutzes äußert: *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 77.

1. Fehlende Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union

Der Europäischen Union fehlt die Gesetzgebungskompetenz für das Kommunikations- und Medienrecht, wozu auch das Kunsturhebergesetz zählt, vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 2 EUV.²⁶⁰ Das Datenschutzrecht wurde erstmalig mit der Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG) harmonisiert. Die §§ 22, 23 KUG unterliegen hingegen nicht der europäischen Harmonisierung.²⁶¹ Dies verhindert sowohl eine eigenständige europäische Regulierung des Medienzivilrechts als auch eine indirekte Regulierung durch das Datenschutzrecht.

2. Wille des europäischen Gesetzgebers

Überdies scheint eine Harmonisierung des Rechts am eigenen Bild mit der Datenschutzgrundverordnung auch nicht bezweckt.²⁶² Der Bildnisschutz wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht separat betrachtet. Das Lichtbild wird in den Artikeln der Datenschutzgrundverordnung nicht berücksichtigt. Es wird nur in ErwGr 51 erwähnt.²⁶³ In der Zusammenschau mit

260 *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 92; *Simitis/Hornung/Spiecker-Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; vgl. zur fehlenden Gesetzgebungskompetenz zum Persönlichkeitsrechts: *Obly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.; kritisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720; vgl. auch: *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134.

261 HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, Einführung KUG Rn. 16; vgl. hierzu auch: *Obly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.

262 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 376; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 ff.; den Wunsch nach einer internationalen Vereinheitlichung des Bildnisschutzes äußert: *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: *Sokol*, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 77.

263 Die DSRL hat hierzu deutlicher Stellung bezogen und Ton- und Bilddaten explizit in den Anwendungsbereich mit einbezogen: ErwGr 14 bis 17 RL (95/46/EG). ErwGr 14 RL (95/46/EG) nennt als Grund die gegenwärtigen Entwicklungen in der Informationsgesellschaft bezüglich der Techniken der Erfassung, Übermittlung, Veränderung, Speicherung, Aufbewahrung oder Weitergabe von personenbezogenen Ton- und Bilddaten. Dennoch blieb das KUG vorrangig neben dem BDSG 2003 anwendbar, gem. § 1 Abs. 3 BDSG 2003.

der allgemein formulierten Öffnungsklausel zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO kann nicht von einer systematisierten Harmonisierung des Bildnisschutzes ausgegangen werden. ErwGr 153 S. 6 beschreibt sogar eine Kollisionsnorm für das Aufeinandertreffen unterschiedlicher nationaler Abweichungsvorschriften.²⁶⁴

Solange Zweifel an einer planmäßigen und zwingenden europäischen Regulierung des Bildnisschutzes bestehen, sollte der nationale Gesetzgeber das Kunsturhebergesetz nicht aufgeben. Vielmehr trifft ihn die Pflicht, innerhalb seiner Abweichungsbefugnis nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO, eine klare Abgrenzbarkeit der Rechtsgebiete zu schaffen. Diese Aufgabe können nur die Mitgliedstaaten übernehmen, da sie über die Gesetzgebungskompetenz und die Fachkenntnis für das kollidierende Recht verfügen. Das Abgrenzungserfordernis, welches die Mitgliedstaaten zu erfüllen haben, ist die logische Folge des ausufernden Anwendungsbereichs der Datenschutzgrundverordnung, Art. 2 Abs. 1 DSGVO.

III. Lösungsweg über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO steht im Widerspruch zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO

Zusätzlich steht der Lösungsweg über die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO im Widerspruch zu der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO. Unstimmig ist es, eine Lösung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu suchen, obwohl Art. 85 Abs. 2 DSGVO nationale Abweichungen von genau dieser Vorschrift vorsieht.²⁶⁵ Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ist für den Bildnisschutz nur insoweit anwendbar, als die Mitgliedstaaten keine Abweichungen von den Erlaubnistatbeständen im Rahmen von Art. 85 Abs. 2 DSGVO beschließen.

²⁶⁴ Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3; vgl. auch: Götting/Schertz/Seitz-Lauber-Rönsberg, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 32.

²⁶⁵ Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 54 f.; vgl. dazu auch: Sydow-Reimer, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 87; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Gierschmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 21.

Art. 85 Abs. 2 DSGVO stellt unumstritten eine Öffnungsklausel dar.²⁶⁶ Hiervon sind die typisierten Fallgruppen des §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG erfasst.²⁶⁷ Der EGMR hat auch nur für die Abwägungsparameter des §§ 23 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 KUG festgestellt, dass diese im Einklang mit Art. 8 EMRK stehen.²⁶⁸ Inwieweit die restlichen Abwägungsgrundsätze des Kunsturhebergesetzes, die nicht bereits von Art. 85 Abs. 2 DSGVO erfasst werden, für die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ein Mehr an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bewirken, gilt es ernsthaft zu hinterfragen.²⁶⁹

Bevor Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO entgegen der internen Systematik und dem Sinn und Zweck der Datenschutzgrundverordnung ausgelegt wird, sollte erst Recht Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Öffnungsklausel anerkannt und als Lösung präferiert werden.

IV. Unstimmige Regelungssystematik

Auf der nationalen Rechtsfolgende bewirken die beiden nicht priorisierten Lösungswege schlussendlich eine unstimmige Regelungssystematik. Es wird nicht nur der Bildnisschutz in einen digitalen und analogen

²⁶⁶ OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; bestätigt durch: LG Frankfurt, Urt. v. 27.09.2018 – 2–03 O 320/17, juris, Tz. 129; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 502; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 285 f.; Paal/Pauly-Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5 ff.; Gola-Pötters, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5; Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12 ff.; BeckOK Datenschutzrecht-Stender-Vorwachs, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 85 DSGVO Rn. 21 ff.; Auernhammer-von Lewinski, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14 ff.; Ehmann/Selmayr-Schiedermaier, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 23; Wybitul-Ettig, EU-Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 8; Plath-Grages, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7 ff.; siehe hierzu ausführlich im ersten Kapitel bei B.

²⁶⁷ Siehe hierzu ausführlich im ersten Kapitel oben bei B. I.

²⁶⁸ EGMR, Urt. v. 19.09.2013 – 8772/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0919JUD000877210 = ZUM 2014, 284 Tz. 47 ff. und Tz. 57; EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053 Tz. 114 ff. und Tz. 124 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland* Nr. 2.

²⁶⁹ *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

Bereich gespalten, sondern auch für „digitale Bildnisse“ fehlt es mit der Datenschutzgrundverordnung an einem einheitlichen Rechtsrahmen.

1. Digitaler und analoger Bildnisschutz

Der Bildnisschutz wird mit dem Verständnis der partiellen Anwendbarkeit nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO oder der mittelbaren Anwendbarkeit nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in einen digitalen und analogen Anwendungsbereich gespalten.²⁷⁰

Für analoge Arten der Darstellung, z.B. in Form der Sofortbildfotografie, des Gemäldes, der Karikatur oder der Theateraufführung, würde das Kunsturhebergesetz vollumfänglich anwendbar bleiben.²⁷¹ Die Datenschutzgrundverordnung kommt für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten nur dann zur Anwendung, wenn die personenbezogenen Daten in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen, Art. 2 Abs. 1 HS 2 DSGVO. Folglich ist der sachliche Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung für analoge Arten der Verbreitung und Schaustellung von Bildnissen ohne Dateibezug nicht eröffnet.²⁷² Für analoge Arten der Verbreitung und Schaustellung von

270 So bereits: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 120; vgl. auch: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 382; zu den Wertungswidersprüchen analoge – digitale Welt: *Ohly*, AfP 2011, 428, 437 f.; vgl. generell zur der Spaltung von Persönlichkeitsrechten im 21. Jahrhundert: *Peifer*, JZ 2013, 853, 854.

271 *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 120; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 156 f., 253; *Fechner*, Medienrecht, 20. Aufl. 2019, S. 75; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. weiter zu den Arten von Bildnissen: *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 1.

272 *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 120; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 156 f., 253; *Fechner*, Medienrecht, 20. Aufl. 2019, S. 75; *Horvath*,

Bildnissen ohne Dateibezug würde sowohl das Einwilligungserfordernis des Abgebildeten gem. § 22 S. 1 KUG zur Anwendung kommen als auch sämtliche Ausnahmetatbestände hiervon, gem. §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4, Abs. 2 KUG.

Die Zulässigkeit der Anfertigung, Verbreitung und öffentlichen Schau-
stellung „digitaler Bildnisse“ würde sich mangels Abweichungsbefugnis
grundsätzlich nach dem Schutzkonzept der Datenschutzgrundverordnung
richten. Für „digitale Bildnisse“ würde das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt
nach Art. 6 Abs. 1 HS 1 DSGVO zur Anwendung kommen und im Grund-
satz die Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 lit. a bis lit. f DSGVO. Hin-
zutreten würden bei dem Lösungsweg über Art. 85 Abs. 2 DSGVO die spe-
zialgesetzlichen Erlaubnistatbestände §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2
KUG iVm Art. 85 Abs. 2 DSGVO.²⁷³

Diese Spaltung des Rechtsgebiets ist nicht begründet durch unterschied-
liche Gefährdungsstufen des Schutzgutes oder eine Gesetzeslücke des
Kunsturhebergesetzes im digitalen Bereich. Sie ist vielmehr Folge der
Digitalisierung und des unüberschaubaren Anwendungsbereichs der Da-
tenschutzgrundverordnung. Eine Spaltung droht dabei nicht nur für das
Kunsturhebergesetz, sondern für jedes kollidierende Rechtsgebiet, das so-
wohl analoge als auch digitale Lebenssachverhalte reguliert.

2. Kein einheitlicher Rechtsrahmen für „digitale Bildnisse“

Außerdem ist die Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes im Bereich
des Haushaltsprivilegs oder nach dem Tod des Abgebildeten systemwidrig.
Mit den beiden nicht priorisierten Lösungswegen wird kein einheitlicher
Rechtsrahmen für „digitale Bildnisse“ geschaffen, vielmehr muss zwischen
der Datenschutzgrundverordnung und dem Kunsturhebergesetz vielfach
hin und her gesprungen werden.²⁷⁴

Für die Verbreitung eines „digitalen Bildnisses“ würde zu Lebzeiten des
Abgebildeten die Datenschutzgrundverordnung gelten. Mit dem Tod des

Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten
von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

273 Siehe hierzu ausführlich oben im ersten Kapitel bei B. II.

274 Vgl.: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 382.

Abgebildeten käme wiederum das Kunsturhebergesetz zur Anwendung.²⁷⁵ Anders als die Datenschutzgrundverordnung wirkt der Bildnisschutz über den Tod hinaus, gem. § 22 S. 3 KUG.²⁷⁶

Dasselbe würde im Bereich der Haushaltsausnahme gelten, Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO. Das Kunsturhebergesetz findet demnach weiterhin Anwendung für den ausschließlich privaten Gebrauch von „digitalen Bildnissen“ durch natürliche Personen.²⁷⁷ Das Haushaltsprivileg, als Ausnahme vom ausufernden Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung, wird durch den beschränkten Verwendungszweck der personenbezogenen Daten gerechtfertigt.²⁷⁸ Das Kunsturhebergesetz sieht keine Verwendungszwecke vor, die a priori vom Einwilligungsvorbehalt freigestellt sind. Auch eine private Verbreitung von Bildnissen birgt die Gefahr, dass der Abge-

275 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 382; *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 158 f.; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 121; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

276 ErwGr 27 bestimmt, dass die Verordnung nicht für die personenbezogenen Daten Verstorbener gilt; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 123; *Specht/Mantz-Lauber-Rönsberg*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 44 f.

277 Siehe zur Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes im Rahmen der Haushaltsausnahme: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 382; *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 119 f.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 153 f.; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; mit Bezug auf das BDSG 2003: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 649; *Ludya*, MMR 2017, 158, 158; vgl. zur Haushaltsausnahme bei der Aufnahme von Bildnissen: EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 = NJW 2015, 463 Tz. 26 ff. – *Rynes*.

278 *Sydow-Ennöckl*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 10.

bildete seine Verfügungsgewalt über diese verliert.²⁷⁹ Die Gefahr des Verfügungsverlustes besteht insbesondere auch bei der privaten Nutzung sozialer Netzwerke und Online-Tätigkeiten durch eine natürliche Person.²⁸⁰ Genau diese Bereiche möchte der europäische Gesetzgeber vom Schutz der Datenschutzgrundverordnung ausnehmen, siehe ErwGr 18 S. 2.

V. Ergebnis

Die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO überzeugt. Der Lösungsweg über Art. 85 Abs. 1 DSGVO bewirkt eine klare Abgrenzbarkeit zwischen dem Datenschutzrecht und dem Bildnisschutz,²⁸¹ welche durch die beiden nicht priorisierten Lösungswegen nicht erreicht wird.²⁸² Letztere bewirken außerdem eine unstimmige Regelungssystematik: Der Bildnisschutz wird einerseits in einen digitalen und analogen Bereich gespalten,²⁸³ andererseits fehlt

279 BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 52; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9.

280 Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 154.

281 Es ist darauf hinzuweisen, dass die schwedische Regierung ein neues Datenschutzgesetz erlassen hat, welches gem. § 7 S. 1 die Datenschutzgrundverordnung und weitere Datenschutzgesetze für unanwendbar erklärt, soweit sie gegen die Bestimmungen der Pressefreiheitsverordnung oder Gesetze der Meinungsfreiheit verstoßen, siehe S. 7 und S. 39 ff. der Gesetzesfassung und Gesetzesbegründung, abrufbar unter: <https://www.regeringen.se/4b00ca/contentassets/65ec1e45b34af0bc1c272e40ccf581/ny-dataskyddslag>, zuletzt abgerufen am 13.11.2018; vgl. hierzu auch: Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 7.

282 Vgl. dazu: Cornils, ZUM 2018, 561, 562 und 574 f.; Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, Vorwort VI und S. 55; Mönikes, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. zu den diversen Rechtsgebieten: Ohly, AfP 2011, 428, 437 f.; Stadler, Schränkt die Datenschutzgrundverordnung Meinungsäußerungen im Internet ein?, 12.03.2018, abrufbar unter: <https://www.internet-law.de/2018/03/schraenkt-die-datenschutzgrundverordnung-meinungsaeusserungen-im-internet-ein.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020.

283 So bereits: Specht-Riemenschneider/Jennessen, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Henig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 120; zu den

es mit der Datenschutzgrundverordnung ebenfalls an einem einheitlichen Rechtsrahmen für „digitale Bildnisse“. Zwingend ist das Argument, dass die Europäische Union keine Gesetzgebungskompetenz für die Regulierung des Bildnisschutzes hat.²⁸⁴ In Übereinstimmung hiermit war eine Regulierung und Harmonisierung des Bildnisschutzes mit der Datenschutzgrundverordnung wohl auch nicht beabsichtigt.²⁸⁵ Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist als Öffnungsklausel anzuerkennen und zugleich als Lösung zu präferieren, insbesondere bevor ein Lösungsweg über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gesucht wird, der im Widerspruch zu der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO steht.

F. Auflösung der Normenkonkurrenz

Es besteht eine Normenkonkurrenz zwischen den Vorschriften des Kunsturhebergesetzes und den allgemeinen Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung. Art. 85 Abs. 1 DSGVO ermöglicht die vollumfängliche Aufrechterhaltung und Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes trotz Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung.²⁸⁶ Handelt der nationale Gesetzgeber innerhalb der Grenzen der Öffnungsklausel, stellt sich die

Wertungswidersprüchen analoge – digitale Welt: *Ohly*, AfP 2011, 428, 437 f.; vgl. generell zur der Spaltung von Persönlichkeitsrechten im 21. Jahrhundert: *Peifer*, JZ 2013, 853, 854.

284 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; zustimmend: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; *Peifer*, Analoger und Digitaler Persönlichkeitsschutz im Recht – eine Aufgabe auch für die Ökonomie?, in: Kops, Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut, 2016, S. 64, 72; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: <https://www.janalbrecht.eu/2018/05/ds-gvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. auch: *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; *Simitis/Hornung/Spiecker-Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; kritisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720; vgl. dazu, dass das Kunsturhebergesetz noch nicht harmonisiert ist: *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, Einführung KUG Rn. 16.

285 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 ff.; den Wunsch nach einer internationalen Vereinheitlichung des Bildnisschutzes äußert: *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 77.

286 Siehe hierzu im ersten Kapitel bei C. und E.

Frage, wie sich das ausfüllende mitgliedstaatliche Recht zu den weiterhin anwendbaren Vorschriften der Verordnung verhält.²⁸⁷

Die Untersuchung gliedert sich in folgende Schritte: Ein Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung wird untersucht und abgelehnt. Das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung wird anschließend näher beleuchtet und eine verdrängende Konkurrenz festgestellt. Diese wird zugunsten der speziellen Vorschriften des Kunsturhebergesetzes aufgelöst. Schlussendlich wird der Handlungsbedarf des nationalen Gesetzgebers für das Kunsturhebergesetz aufgezeigt, der durch die Datenschutzgrundverordnung hervorgerufen wird.

I. Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung?

Die Datenschutzgrundverordnung wirkt unmittelbar in den Mitgliedstaaten, Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV. Sie schafft materielles Recht und ist somit Teil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung.²⁸⁸ Im europäischen Mehrebenensystem genießt die Verordnung grundsätzlich Anwendungsvorrang vor ebenfalls anwendbarem mitgliedstaatlichen Recht.²⁸⁹ Dieser Grundsatz

287 Piltz, RDV 2018, 3, 3; Schmidt-Kessel, JZ 1998, 1135, 1137; BeckOK Datenschutzrecht-Riesenhuber, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 88 DSGVO Rn. 15 ff.; Piltz, BDSG, 1. Aufl. 2018, § 26 Rn. 17; vgl. auch: Lauber-Rönsberg, ZUM-RD 2018, 550, 550; Schmidt-Kessel, GPR 2011, 79, 81; Riesenhuber-Köndgen, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 11; siehe zur verbleibenden Anwendbarkeit der DSGVO trotz Öffnungsklausel: Roßnagel-Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 86.

288 Callies/Ruffert-Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 16; Vedder/Heintschel von Heinegg-Vedder, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 18; Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 89.

289 Anwendungsvorrang bei Kollision KUG – DSGVO: Krüger/Wiencke, MMR 2019, 76, 77; Raji, ZD 2019, 61, 62 f.; Lauber-Rönsberg, ZUM-RD 2018, 550, 550; Specht/Mantz-Lauber-Rönsberg, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 3; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 5; Anwendungsvorrang Unionsrecht: EuGH (Plenum), Urt. v. 08.03.2011 – Gutachten 01/09, ECLI:EU:C:2011:123 = GRUR Int 2011, 309 Tz. 65 – *Einheitliches Patentgerichtssystem*; EuGH, Urt. v. 09.03.1978 – 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 = juris, Tz. 14/16 ff. – *Staatliche Finanzverwaltung/S.P.A. Simmenthal*; EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 = NJW 1964, 2371, 2372 – *Costa/E.N.E.L.*;

kann Probleme hervorrufen, wenn allgemeinere unionsrechtliche Regelungskomplexe auf speziellere nationale Normen treffen.²⁹⁰ Der Problematik kann einzig mit Hilfe einer unionsrechtlichen Öffnungsmöglichkeit begegnet werden.²⁹¹ Art. 85 Abs. 1 DSGVO durchbricht den grundsätzlichen Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung.²⁹² Innerhalb dieser Öffnungsklausel ist es den Mitgliedstaaten gestattet, Rechtsvorschriften zu erlassen, die entweder ergänzend oder vorrangig gelten.²⁹³ In der Zusammenschau mit der Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO durchbricht das Kunsturhebergesetz den grundsätzlichen Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung.

II. Verdrängende Normenkonkurrenz

Die Problematik der Normenkonkurrenz innerhalb einer Öffnungsklausel tritt nur hervor, wenn sich unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen, Handlungsoptionen bzw. -pflichten oder Rechtsfolgen aus den kollidierenden Regelungskomplexen ergeben.²⁹⁴ Ordnen die kollidierenden Regelungskomplexe die gleichen Rechtsfolgen bzw. Rechtswirkungen an, können diese schlicht durch die Anwendung der beiden konkurrierenden Rechtssätze begründet werden, kumulative Konkurrenz.²⁹⁵

Roßnagel-Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 32; Piltz, BDSG, 1. Aufl. 2018, Einl. Rn. 11; Riesenhuber-Köndgen, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 11; Riesenhuber-Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 29.

290 Schmidt-Kessel, JZ 1998, 1135, 1137.

291 Schmidt-Kessel, JZ 1998, 1135, 1137; vgl. auch: Lauber-Rönsberg, ZUM-RD 2018, 550, 550; Albrecht/Janson, CR 2016, 500, 501; Specht/Mantz-Lauber-Rönsberg, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 5; Roßnagel-Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 86.

292 Zur Klassifizierung von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständige Öffnungsklausel, siehe ausführlich im ersten Kapitel bei C. I.

293 Sydow-Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einl. Rn. 33; Piltz, BDSG, 1. Aufl. 2018, Einl. Rn. 13 und Rn. 15.

294 Piltz, BDSG, 1. Aufl. 2018, Einl. Rn. 13; vgl. zur Konkurrenz von Regelungskomplexen anstelle von einzelnen Normen: Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 90; vgl. zur fehlenden Übereinstimmung im Rahmen der Konkurrenz: Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 87.

295 Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 30; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 99 und S. 106; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 87.

Die Datenschutzgrundverordnung und das Kunsturhebergesetz stehen jedoch in einer verdrängenden Konkurrenz, da sie wie nachfolgend gezeigt wird unterschiedliche Rechtswirkungen entfalten und nicht nebeneinander angewendet werden können.²⁹⁶

1. Unterschiedliche Zulässigkeits- bzw. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Die beiden Regelungskomplexe statuieren unterschiedliche Zulässigkeits- bzw. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen.²⁹⁷ Einzig die Einwilligungserklärung des Betroffenen bzw. des Abgebildeten ist den Voraussetzungen gemein.²⁹⁸ Aber auch hier weicht die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO deutlich von den Handlungsoptionen des Kunsturhebergesetzes ab.²⁹⁹ Nach herrschender Ansicht ist die Einwilligung des

296 Vgl. zur verdrängenden Konkurrenz: *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 30; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 99 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 87.

297 *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 552; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; *Rose*, Cams aus Sicht des Forschungsprojekts „ChiaRiSma“, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 277, 285; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 b; *Engeler*, Art. 85 DSGVO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotssprinzip.html>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 689.

298 Vgl. hierzu: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 132.

299 Vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 36; *Krüger/Wienke*, MMR 2019, 76, 78; *Kahl*, K&R 2018, 735, 736; *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589; *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 510 f.; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 397 f.; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 35; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. mit besonderem Fokus auf die Straßenfotografie und die wirtschaftlichen Folgen der Widerruflichkeit: *Duhnkrack*, Persönlichkeitsrechte, Datenschutz und Straßenfotografie – ein Abgesang?, in: Hetmank/Rechenberg,

Abgebildeten grundsätzlich unwiderruflich mit der Ausnahme eines wichtigen Grundes, analog § 42 UrhG.³⁰⁰

2. Abweichende Handlungspflichten der Datenschutzgrundverordnung

Weiterhin normiert die Datenschutzgrundverordnung für den Verantwortlichen der Datenverarbeitung eine Vielzahl an Handlungspflichten, die dem Kunsturhebergesetz fremd sind. Der Pflichtenkanon umfasst reichliche Informationspflichten gegenüber der betroffenen Person, Art. 13 und Art. 14 DSGVO.³⁰¹ Eine Widerrufsbelehrung ist für den Erlaubnistatbestand der Einwilligung zwingend vorausgesetzt, Art. 7 Abs. 3 S. 3 DSGVO.³⁰² Zusätzlich trifft den Datenverarbeiter das strenge Prinzip der Zweckbindung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO, welches wiederum

Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 221, 233.

300 Kahl, K&R 2018, 735, 736; Specht-Riemenschneider/Jennessen, Persönlichkeitschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 121 f.; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 45 f.; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 19 f.

301 Siehe zu der Problematik bei der Normenkollision: Reuter/Schwarz, ZUM 2020, 31, 35 f.; Lauber-Rönsberg, AfP 2019, 373, 374 ff.; Krüger/Wiencke, MMR 2019, 76, 80; Raji, ZD 2019, 61, 65 f.; Sundermann, K&R 2018, 438, 440 f.; Kahl, K&R 2018, 735, 736; Lauber-Rönsberg, ZUM-RD 2018, 550, 552; Ziebarth/Elssaß, ZUM 2018, 578, 585; Specht/Mantz-Lauber-Rönsberg, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 129; Taeger/Gabel-Arning/Rothkegel, DSGVO – BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 41; Engeler, Art. 85 DSGVO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; Horvath, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: Veil, NVwZ 2018, 686, 689; zu möglichen Ausnahmen von den Informationspflichten in Bezug auf „digitale Bildnisse“, siehe: Krüger/Wiencke, MMR 2019, 76, 80; Sundermann, K&R 2018, 438, 440 f.

302 Vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision: Krüger/Wiencke, MMR 2019, 76, 78; Wenzel-von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 132.

das Erfordernis der Datenrichtigkeit nach sich zieht, Art. 5 Abs. 1 lit. d, Art. 16 DSGVO.³⁰³ Die Einhaltung dieser und weiterer Vorgaben muss der Verantwortliche z.B. mit Hilfe eines Verarbeitungsverzeichnisses nachweisen können, Art. 5 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1, Art. 30 DSGVO.³⁰⁴ Die fortwährenden und selbstkontrollierten Löschpflichten finalisieren den Pflichtenkatalog, Art. 17 Abs. 1 Alt. 2 DSGVO.³⁰⁵ Das Kunsturhebergesetz normiert keine der hier aufgezeigten Handlungspflichten. Für die zu regulierenden Lebenssachverhalte erscheinen sie weder geboten noch umsetzbar.³⁰⁶

3. Unterschiede auf der Rechtsfolgende

Schließlich sind Unterschiede auf der Rechtsfolgende festzustellen, die mit Hilfe der Normenkonkurrenz aufzulösen sind. In der Datenschutzgrundverordnung ist zum einen eine Haftungsnorm für zivilrechtlichen Schadensersatz vorgesehen nach Art. 82 DSGVO, zum anderen eine Befugnis der Aufsichtsbehörde zur Vergabe von Geldbußen nach Art. 58 Abs. 2 lit. i, Art. 83 DSGVO.³⁰⁷ Letztere steht im Widerspruch zum zivilrechtlichen Bildnisschutz.³⁰⁸

303 Vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 382 f.; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 575.

304 Vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision: *Engeler*, Art. 85 DSGVO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotprinzip.html>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 689.

305 *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 37; vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision auch: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 575; *Götting/Schertz/Seitz-Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 46; vgl. bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 690.

306 Vgl.: *Kahl*, K&R 2018, 735, 736; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 552; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 585; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 575; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 132.

307 Jüngst zu einer Verwarnung nach Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO: VG Hannover, Urt. v. 27.11.2019 – 10 A 820/19, BeckRS 2019, 31874 Tz. 19 ff.

308 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 374 und 383; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 578; *Götting/Schertz/Seitz-Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 48; vgl. auch: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 37; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 80; *Cornils*, ZUM 2018, 561 f., 564, 569, 572 und 574 f.

Nach Art. 51 DSGVO überwacht eine unabhängige Aufsichtsbehörde die Anwendung der Datenschutzgrundverordnung. Der Betroffene kann eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörde richten, Art. 77 DSGVO. Nach Art. 83 DSGVO hat die Aufsichtsbehörde die Befugnis, bei Rechtsverstößen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Geldbußen zu verhängen. Dieser Kontrollmechanismus, umgesetzt durch verwaltungsrechtliche Maßnahmen der Aufsichtsbehörde, ist für das Recht am eigenen Bild nicht vorgesehen.³⁰⁹ Der Abgebildete hat seine zivilrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Verletzter geltend zu machen und kann hierzu gerichtlichen Rechtsschutz wahrnehmen.³¹⁰

Die zivilrechtlichen Schadensersatzvorschriften der beiden Regelungskomplexe unterscheiden sich geringfügig: Für Art. 82 DSGVO wird teilweise eine umgekehrte zivilprozessrechtliche Beweislast angenommen, Art. 5 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 DSGVO iVm ErwGr 146 S. 2.³¹¹ Diese Annahme erscheint jedoch noch nicht gefestigt.³¹² ErwGr 146 S. 3 ordnet eine weite Auslegung des materiellen und immateriellen Schadensbegriffs an. Diese Anordnung unterscheidet sich von der bisherigen deutschen Jurisdiktion zum Recht am eigenen Bild, die immateriellen Schadensersatz nur bei schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen gewährt.³¹³ Dieser Unterschied ergibt sich jedoch nicht unmittelbar aus den konkurrierenden Rechtsvorschriften.

4. Ergebnis

Die Datenschutzgrundverordnung und das Kunsturhebergesetz können nicht nebeneinander angewendet werden, da sie unterschiedliche Rechts-

309 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 80.

310 Vgl. hierzu: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 578.

311 *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202, 203.

312 *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202, 203.

313 OLG Köln, Urt. v. 10.11.2015 – 15 U 97/15, ZUM 2016, 443, 446; LG Hamburg, Urt. v. 27.03.2009 – 324 O 852/08, ZUM-RD 2010, 45, 46 f.; BGH, Urt. v. 12.12.1995 – VI ZR 223/94, GRUR 1996, 227, 228 f. – *Wiederholungsveröffentlichung*; vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 590; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 551; *Götting/Schertz/Seitz-Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 41; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 129; allgemeiner zu der Problematik: *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt-v. Lewinski*, Datenschutzrecht, 2018, S. 343 und S. 351 f.

wirkungen entfalten. Sie statuieren unterschiedliche Zulässigkeits- bzw. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen³¹⁴ sowie Rechtsfolgen. Ferner normiert die Datenschutzgrundverordnung eine Vielzahl an Handlungspflichten für den Verantwortlichen der Datenverarbeitung, die dem Kunsturhebergesetz fremd sind. Das Kunsturhebergesetz und die Datenschutzgrundverordnung stehen in einer verdrängenden Konkurrenz, die es aufzulösen gilt.

III. Spezialitätsverhältnis im weiteren Sinne

Die verdrängende Konkurrenz zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung ist aufzulösen. Die Regelungskomplexe stehen nicht in einem klassischen Spezialitätsverhältnis zueinander.³¹⁵ Das Kunsturhebergesetz bildet keine Teilmenge der Datenschutzgrundverordnung.³¹⁶ Dennoch ergibt sich bei der Verwendung „digitaler Bildnisse“

314 Lauber-Rönsberg, ZUM-RD 2018, 550, 552; Cornils, ZUM 2018, 561, 574 f.; Rose, Cams aus Sicht des Forschungsprojekts „ChiaRiSma“, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 277, 285; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 b; Engeler, Art. 85 DSGVO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotssprinzip.html>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; Horvath, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: Veil, NVwZ 2018, 686, 689.

315 Vgl. zu den Voraussetzungen eines klassischen Spezialitätsverhältnisses: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 88; *Zippeilius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 31 f.; vgl. zur Übertragbarkeit der Kollisionsregel ins Unionsrecht: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 03.07.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 = GRUR 2012, 904 Tz. 56 – *UsedSoft*; EuGH, Urt. v. 15.07.2010 – C-582/08, ECLI:EU:C:2010:429 = juris, Tz. 35 – *Europäische Kommission/Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland*; EuGH, Urt. v. 27.04.2006 – C-441/02, ECLI:EU:C:2006:253 = NVwZ 2006, 1151 Tz. 39 f. – *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*; *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 79, 80 f.; *Schmidt-Kessel*, JZ 1998, 1135, 1137; *Riesenhuber-Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 29 ff.; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 428 f.

316 Vgl. zur Teilmenge: *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 79, 81.

eine Überlappung bzw. Überschneidung.³¹⁷ Das Kunsturhebergesetz stellt für diesen Bereich eine speziellere Vorschrift gegenüber der Datenschutzgrundverordnung dar,³¹⁸ da das Kunsturhebergesetz eine größere Sachnähe zum Regelungsgegenstand „digitaler Bildnisse“ aufzeigt,³¹⁹ was nachfolgend dargestellt wird.

1. Größere Sachnähe

Bildnisse haben eine besondere Wirkung im Vergleich zu einzelnen personenbezogenen Daten, die begrifflich oder in Zahlenwerten erfasst werden:³²⁰ Sie übermitteln eine Vielzahl an Informationen.³²¹ Auf den Betrachter wirken sie aktivierend, distanzlos, emotional, authentisch und nachhaltig.³²² Nach der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für

317 Vgl. zur Überlappung bzw. Überschneidung: *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 79, 81; *Schmidt-Kessel*, JZ 1998, 1135, 1137; vgl. zur deutschen Methodenlehre: *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 32; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 89.

318 Vgl.: BT-Drs. 19/4421, S. 47; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. mit Blick auf das BDSG 2003 auch: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 151; wohl aA: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 590; vgl. zum Verhältnis BDSG 2003 und KUG: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 123.

319 Vgl. allgemein zum Argument der größeren Sachnähe: *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 79, 81.

320 *Rose*, RDV 2019, 123, 128; *Rose*, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in: Taeger, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 79; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 151; vgl. auch: *Rose*, DuD 2017, 137, 141.

321 *Rose*, RDV 2019, 123, 128; *Rose*, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in: Taeger, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 79 f.; siehe auch: *Raji*, ZD 2019, 61, 61; vgl. zur Dokumentationsfunktion von Bildnissen: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 18; vgl. auch: *Hartmann*, Transfer-Effekte: Der Einfluß von Fotos auf die Wirksamkeit nachfolgender Texte, 1995, S. 63.

322 *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 578; *Beater*, AfP 2005, 133, 133 f.; *Boehme-Neßler*, K&R 2003, 530, 531; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 13; *Geise/Brettschneider*, Die Wahrnehmung und Bewertung von Wahlplakaten: Ergebnisse einer Eyetracking-Studie, in: Faas/Arzheimer/Roßteutscher, Information Wahrnehmung Emotion, 2010, S. 71, 71 ff.; *Boehme-Neßler*, Unschärfe Recht, 2008, S. 64, f., S. 69 ff. und S. 259; *Maar*, Iconic Worlds – Bilderwelten nach dem iconic turn, in: Maar/Burda, Iconic Worlds,

Menschenrechte ist das Bild einer Person eines der wichtigsten Elemente der Persönlichkeit, da es ihre besonderen Eigenschaften zeigt und von ihresgleichen unterscheidet.³²³ Aufgrund der besonderen Bildwirkung unterscheiden sich auch die Maßstäbe für die Zulässigkeit einer Bildberichterstattung von denen der Wortberichterstattung.³²⁴

Anders als die Datenschutzgrundverordnung sind die §§ 22, 23 KUG originär zur Regulierung von Bildnissen geschaffen worden und ausschließlich für diesen Regelungsgegenstand anwendbar. Das Recht am eigenen Bild schützt vor dem besonders eingriffsintensiven Darstellungseffekt von Bildnissen bei einer unerwünschten Fremddarstellung.³²⁵ Darüber hinaus beachtet die Systematik des Kunsturhebergesetzes, dass Bildnisse nicht nur dem Persönlichkeitsschutz zuzuordnen sind. Ihre Verwendung kann zugleich von der Abbildungs-, Meinungs-, Kunst- oder Pressefreiheit erfasst sein. Das abgestufte Schutzkonzept der §§ 22, 23 KUG findet hierzu einen Ausgleich.³²⁶

2006, S. 11, 11; *Kroeber-Riel*, Bildkommunikation, 2. Aufl. 1996, S. 14, S. 26, S. 35 f. und S. 53; *Hartmann*, Transfer-Effekte: Der Einfluß von Fotos auf die Wirksamkeit nachfolgender Texte, 1995, S. 11 und S. 130.

323 EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053 Tz. 96 – *Caroline von Hannover/Deutschland Nr. 2*.

324 BGH, Urt. v. 29.05.2018 – VI ZR 56/17, ZUM-RD 2018, 537, 540; BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 927/08, AfP 2012, 37, 38; BGH, Urt. v. 26.10.2010 – VI ZR 230/08, GRUR 2011, 261, 262 f.; BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354 – *Vor unserer eigenen Tür*; vgl. auch: *Beater*, AfP 2005, 133, 133; BeckOK-Bamberger BGB, 52. Ed. Stand: 01.11.2019, § 12 Rn. 129; aA: *Wenzel-Burkhardt/Peifer*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 5 Rz. 54.

325 *Tinnefeld/Viethen*, NZA 2003, 468, 468; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 151; siehe weiter zum besonders eingriffsintensiven Darstellungseffekt: BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354 – *Vor unserer eigenen Tür*; siehe zum Schutzgut des Rechts am eigenen Bild ausführlich im zweiten Kapitel A. I.

326 *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Gierschmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 20; vgl. auch: LG Köln, Urt. v. 10.06.2015 – 28 O 567/14, NJOZ 2016, 252, 253; EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053, 1058 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland Nr. 2*; BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527, 528 – *Winterurlaub*; EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647, 2649 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland*; BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1023 – *Caroline von Monaco I*; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 11 ff.; Wandtke/Bullin-

Die Datenschutzgrundverordnung zeigt eine deutlich geringere Sachnähe zum Regelungsgegenstand „digitaler Bildnisse“ als das Kunsturhebergesetz. Sie schützt den Betroffenen insbesondere vor der systematischen Sammlung und Auswertung von Einzeldaten und den damit einhergehenden Gefahren.³²⁷ Sie richtet ihr Hauptaugenmerk nicht nur auf den Schutz der informationellen Selbstbestimmung, sondern zugleich auf den freien Datenverkehr innerhalb der EU, Art. 1 Abs. 1 und Abs. 3 DSGVO.³²⁸ Das Regelungskonzept der Datenschutzgrundverordnung ist zugeschnitten auf die klassische Datenverarbeitung, insbesondere mit Blick auf Unternehmen, dessen Geschäftsmodell sich mit der massenhaften Auswertung und Weitergabe von Daten befasst.³²⁹

2. Konsequenz

Die aufgezeigten Argumente begründen ein Spezialitätsverhältnis im weiteren Sinne. Die spezielleren Vorschriften des Kunsturhebergesetzes treten nicht ergänzend oder modifizierend neben die allgemeineren Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung. Sie treten innerhalb ihres Anwendungsbereichs an ihre Stelle.

ger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 2; siehe zum abgestuften Schutzkonzept ausführlich im zweiten Kapitel bei A. II.

327 Veil, NVwZ 2018, 686, 693; BeckOK Datenschutzrecht-Wolff/Brink, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Einleitung zur DS-GVO Rn. 1 f.; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Veill, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 24 Rn. 119, Rn. 130 und Rn. 132; Auernhammer-von Lewinski, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Einf. Rn. 17 f.; vgl. zum BDSG 2003: Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 149 ff.; vgl. Schutzgut informationelle Selbstbestimmung – Recht am eigenen Bild: Schwenke, Private Nutzung von Smartglasses im öffentlichen Raum, 2016, S. 111.

328 Vgl. zum Zweck des freien Datenverkehrs: ErwGr 3 und ErwGr 9; Kübling/Martini, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 13.

329 Veil, NVwZ 2018, 686, 693; Götting/Schertz/Seitz-Lauber-Rönsberg, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 22; vgl. auch: Lauber-Rönsberg, ZD 2014, 177, 178; Ohly, AfP 2011, 428, 437; Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 55; BeckOK Datenschutzrecht-Bäcker, 30. Ed. Stand 01.05.2019, Art. 2 DSGVO Rn. 16.

IV. Handlungsbedarf des Gesetzgebers

Der nationale Gesetzgeber muss handeln, um dieses verschachtelte Normenverhältnis zu verdeutlichen und die Konkurrenz rechtssicher aufzulösen.³³⁰ Der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz sowohl für eine solche klarstellende Gesetzgebungsmaßnahme als auch für weitere Novellierungen des Kunsturhebergesetzes.³³¹ Außerdem sollte er das Kunsturheberge-

330 *Remmert*, GRUR-Prax 2018, 254, 256; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 576; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; so wohl auch: *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 481; vgl. bereits zum Handlungsbedarf beim BDSG 2003: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 654; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 662; vgl. auch: Stellungnahme Nr. 34/2018 des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Informationsrecht, Juli 2018, S. 8 ff., abrufbar unter: <https://anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-34-18-2-datenschutz-anpassungs-und-umsetzungsgesetz>, zuletzt abgerufen am 17.02.2020; aA: BT-Drs. 19/4421, S. 47 f.; BT-Drs. 19/2653, S. 15; *Kübling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 291; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: <https://www.janalb.recht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

331 Siehe: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; *Sydow-Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 20; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; aA: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; vgl.

setz gegenüber der Kommission melden, um der Notifizierungspflicht des Art. 85 Abs. 3 DSGVO zu genügen.³³²

1. Klarstellender Absatz oder Paragraph

Es sollte eine Vorschrift in das Kunsturhebergesetz aufgenommen werden, die das Konkurrenzverhältnis für „digitale Bildnisse“ klärt. Durch sie sollte erkennbar werden, dass das Kunsturhebergesetz europarechtskonform die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ausfüllt.³³³ Weiterhin muss aufgezeigt werden, dass das Kunsturhebergesetz in seinem Regelungsbereich mit Vorrang anzuwenden ist und insoweit die allgemeineren datenschutzrechtlichen Vorschriften verdrängt. Dabei sollte nicht das Verständnis vermittelt werden, dass ein klassisches Spezialitätsverhältnis in dem Sinne „lex specialis derogat legi generali“ besteht.

2. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz sowohl für diese klarstellende Gesetzgebungsmaßnahme als auch für weitere Novellierungen des Kunsturhebergesetzes.³³⁴ Das Kunsturhebergesetz wird von der konkurrierenden

auch: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 291 f.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 217 ff.

332 Vgl. dazu: *Seiler*, jurisPR-BKR 9/2018, Anm. 1.; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; eine Meldung als zwingend erachten: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583; BfDI, siehe dazu: *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

333 Siehe auch: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 381.

334 Siehe: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; *Sydow-Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 20; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; *Schneider*, DSGVO

Gesetzgebung für das bürgerliche Recht erfasst, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.³³⁵ Es ist dem Deliktsrecht zuzuordnen.³³⁶ Obwohl das Recht am eigenen Bild zunächst gemeinsam mit dem Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie im Kunsturhebergesetz normiert war,³³⁷ folgt die Gesetzgebungskompetenz nicht aus der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes über den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheberrecht und das Verlagsrecht, Art. 71, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG.³³⁸ Das Recht am eigenen Bild ist kein Immaterialgüterrecht. Anders als das Urheberrecht, schützt das Kunsturhebergesetz keine schöpferische Leistung.³³⁹ Es

und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; aA: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; vgl. auch: *Dregelies*, AfP 2019, 298, 302; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 291 f.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 217 ff.

335 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 378; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infoteh/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; siehe auch: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 38; aA: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; vgl. auch: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 217 ff.

336 *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infoteh/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; siehe auch: *Dregelies*, AfP 2019, 298, 301; vgl. auch: *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 3.

337 Siehe: §§ 1 ff. KUG aF, nachzulesen im RGBL 1907, S. 7 ff; siehe: § 141 Nr. 5 UrhG, nachzulesen im BGBl. I, S. 1293; ausführlich hierzu im zweiten Kapitel bei B. I. und D I. 2. c. aa).

338 So bereits: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 37 f.

339 BVerfG, Beschl. v. 26.04.2001 – 1 BvR 758/97, NJW 2001, 1921, 1923; BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 428 – *Paul Dahlke*; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 658; *Lettl*, WRP 2005, 1045, 1051; *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 904; *Götting/Schertz/Seitz-Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 1; *Fromm/Nordemann-Axel Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Einl. UrhG Rn. 89; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 1; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 6; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7.

gewährt das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten und garantiert so einen Teilbereich des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes.³⁴⁰

3. Notifizierungspflicht des Kunsturhebergesetzes?

Es ist nicht gesichert, inwieweit die Notifizierungspflicht der Mitgliedstaaten nach Art. 85 Abs. 3 DSGVO neben neu erlassenen nationalen Änderungsgesetzen auch Altvorschriften umfasst, die sich auf die allgemeine Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO stützen.³⁴¹ Die Mitteilungspflicht dient dazu, der Kommission einen Überblick über die nationalen Änderungsgesetze zu gewähren.³⁴² Vor diesem Hintergrund erscheint es

340 BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 410 – *Herrenreiter*; BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 428 – *Paul Dahlke*; zudem: BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527 Tz. 5 – *Winterurlaub*; BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II*; BGH, Urt. v. 14.04.1992 – VI ZR 285/81, NJW 1992, 2084, 2084; BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3 f; siehe ausführlich zum unterschiedlichen Telos von KUG und UrhG im zweiten Kapitel bei D. I. 2. d).

341 Zur Notifizierungspflicht bei Altvorschriften: OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 551; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 397; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 125; *Roßnagel-Hoidn*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 420 f.; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 36; Paal/Pauly-Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14; *Auernhammer-v. Lewinski*, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 19; aA: BeckOK Datenschutzrecht-Stender-Vorwachs, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 85 DSGVO Rn. 32; vgl. dazu, ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO von der Notifizierungspflicht erfasst ist: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; *Auernhammer-v. Lewinski*, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 19; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

342 *Sydow-Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 19; *Auernhammer-v. Lewinski*, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 19; *Ehmann/Selmayr-Schiederemair*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 18; Paal/Pauly-Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl.

adäquat, das Kunsturhebergesetz gegenüber der Kommission zu melden, auch dann, wenn eine Reform des Kunsturhebergesetzes unterbleiben sollte.³⁴³

V. Ergebnis

Zwar besteht zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung kein klassisches Spezialitätsverhältnis in dem Sinne „lex specialis derogat legi generali“, dennoch ist das Kunsturhebergesetz als speziellere Vorschrift vorrangig vor der Datenschutzgrundverordnung anzuwenden und verdrängt in seinem Regelungsbereich die allgemeineren datenschutzrechtlichen Vorschriften.³⁴⁴

2018, Art. 85 Rn. 14; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Schulz/Heilmann, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 64; BeckOK Datenschutzrecht-Stender-Vorwachs, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 85 DSGVO Rn. 30.

343 Vgl. dazu: Seiler, jurisPR-BKR 9/2018, Anm. 1.; Schneider, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; eine Meldung als zwingend erachten: Benedikt/Kranig, ZD 2019, 4, 5; aA: Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 583; BfDI, siehe dazu: Schneider, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

344 Wohl auch: BT-Drs. 19/4421, S. 47; Lauber-Rönsberg, ZUM-RD 2018, 550, 551 f.; Horvath, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; Friese, Beschluss zur Reichweite der DSGVO im journalistischen Bereich, 26.06.2018, abrufbar unter: <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/beschluss-zur-reichweite-der-dsgvo-im-journalistischen-bereich/>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; aA: Art. 19 des Gesetzesentwurfes vom BMJV, Änderung des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie, der folgende Novellierung gem. § 1 KUG-E vorschlägt: Die §§ 22 bis 24, 37, 38, 42 bis 44 und 59 gelten, soweit sich die Verbreitung oder Schaustellung von Bildnissen nicht nach der [...] DSGVO in der jeweils geltenden Fassung richtet, zitiert bei: Horvath, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; Klein, Personenbilder

Das Handeln des nationalen Gesetzgebers ist zur Erläuterung dieser Rechtssystematik im normativen Mehrebenensystem und zur Bestätigung des innerstaatlichen Verständnisses von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als allgemeine Öffnungsklausel ebenso wie zum Schutz der Rechtssicherheit und zur Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens erforderlich.³⁴⁵ Es ist ein Absatz oder Paragraf in das Kunsturhebergesetz aufzunehmen, der darlegt, dass das Kunsturhebergesetz die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO europarechtskonform ausfüllt und es in seinem Regelungsbereich vorrangig zur Anwendung kommt. Die Gesetzgebungskompetenz hierfür hat der Bund und nicht die Länder.³⁴⁶ Ferner sollte das Kunsturhebergesetz gegen-

im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209 und S. 253; vgl. mit Blick auf das BDSG 2003 auch: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 151; aA bezogen auf BDSG 2003: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 310.

345 So wohl auch: *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 481; *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 381 f.; *Remmert*, GRUR-Prax 2018, 254, 256; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 398; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 576; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; *Götting/Schertz/Seitz-Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 8; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. dazu auch: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 654; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 662; *Rose*, Cams aus Sicht des Forschungsprojekts „ChiaRiSma“, in: *Taeger*, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 277, 285; vgl. zu der Problematik bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 689; siehe zum Handlungsbedarf des Gesetzgebers mit dem Ziel das KUG für die Kollision mit der DSGVO aufzuheben: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 7; keinen Handlungsbedarf erkennt: *BT-Drs. 19/4421*, S. 47 f.; *BT-Drs. 19/2653*, S. 15.

346 Siehe: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 379; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; *Wenzel-von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; *Sydow-Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 20; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der

über der Kommission gemeldet werden, um der Notifizierungspflicht des Art. 85 Abs. 3 DSGVO zu genügen.³⁴⁷

BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; aA: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; vgl. auch: *Kabl/Piltz*, K&R 2018, 289, 291 f.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 217 ff.

- 347 Vgl. dazu: *Seiler*, jurisPR-BKR 9/2018, Anm.1.; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; eine Meldung als zwingend erachten: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583; BfDI, siehe dazu: *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

Zweites Kapitel: Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes

Nachdem der Begriff der Gesetzesreform in der Einleitung definiert worden ist und anschließend die uneingeschränkte Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung festgestellt wurde, wird nun der Nachbesserungsbedarf des Kunsturhebergesetzes überprüft.³⁴⁸ *Hahn*³⁴⁹ hat sich zu einem Reformbedarf des KUG bereits im Jahre 1997 mit folgenden Worten geäußert: „Das dogmatische, methodische und kasuistische Verwirrspiel um das KUG ist letztlich [...] auf das unzureichende, widersprüchliche und generalklauselartige Gesetz selbst zurückzuführen. Nach 90 Jahren sowie grundlegenden technischen, gesellschaftlichen bzw. medialen Veränderungen ist das KUG nicht mehr zu retten [...] – das Gesetz gehört folglich ausrangiert.“³⁵⁰

Ob der Meinung von *Hahn* zuzustimmen ist, an welchen Stellen das Gesetz einen Nachbesserungsbedarf im digitalen Zeitalter aufweist und ob nicht andere Reformvorschläge, als die Abschaffung des Gesetzes, in Betracht gezogen werden sollten, bleibt zu untersuchen.

Dazu werden auf tatsächlicher Ebene die technischen, gesellschaftlichen und medialen Veränderungen im digitalen Zeitalter erläutert, die direkten Einfluss auf das zu überprüfende Gesetz haben. Ein Bedeutungswandel zwischen dem Entstehungszeitpunkt der Normen und dem Anwendungszeitpunkt wird herausgearbeitet. Dafür wird das Kunsturhebergesetz zunächst überblicksartig historisch betrachtet und eingeordnet. Die historische Einordnung ist zielführend, da sowohl der Wille des historischen Gesetzgebers für die Feststellung des Reformbedarfs entscheidend ist als auch ein bereits 1959 angedachter Reformvorschlag für die Lösung fruchtbar gemacht werden kann.

Nach den tatsächlichen Veränderungen werden schließlich die rechtlichen Veränderungen für das Kunsturhebergesetz im digitalen Zeitalter aufgezeigt, (D. IV.). Zum einen müssen die tatsächlichen Entwicklungen rechtlich erfasst werden, zum anderen ist der Dunstkreis zwischen dem

348 Siehe zur Erläuterung einer Gesetzesreform ausführlich in der Einleitung bei E.

349 Zum Autor: Prof. an der Fachhochschule Darmstadt, Fachbereiche: Medienrecht, Telekommunikationsrecht, Datenschutz.

350 *Hahn*, NJW 1997, 1348, 1350.

Kunsturhebergesetz und der InfoSoc-RL sowie dem Urheberrechtsgesetz aufzulösen.

Bevor diese und weitere Fragen im Hinblick auf den Reformbedarf überprüft werden, wird zuerst das Schutzgut des Kunsturhebergesetzes und die Gesetzessystematik genauer beleuchtet.

A. Das Recht am eigenen Bild

Das Recht am eigenen Bild ist ein besonderes, einfach normiertes Persönlichkeitsrecht und wurzelt im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.³⁵¹ Das Schutzgut und das Schutzkonzept des Rechts am eigenen Bild wird nachstehend betrachtet.

I. Schutzgut

Das Recht am eigenen Bild schützt die Freiheit der Selbstbestimmung über das fixierte Eigenbild und soll somit eine unerwünschte Fremddarstellung verhindern.³⁵² Schutzgut ist neben dem Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten auch sein Anonymitätsinteresse, insbesondere das Interesse, nicht den Blicken der breiten Öffentlichkeit ausgesetzt zu sein.³⁵³ Das Recht am eigenen Bild schützt, wie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht,

351 BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; BVerfG, Beschl. v. 31.01.1973 – 2 BvR 454/71, NJW 1973, 891, 892; BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 409 f. – *Herrenreiter*.

352 BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 410 – *Herrenreiter*; zudem: BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527, 527 – *Winterurlaub*; BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II*; BGH, Urt. v. 14.04.1992 – VI ZR 285/81, NJW 1992, 2084, 2084; BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 47; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3 f.

353 OLG München, Urt. v. 17.03.2016 – 29 U 368/16, MMR 2016, 414, 415 – *Internetpranger*; BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2205 f. – *Fußballtorwart*; Koch, Handbuch zum Fotorecht, 2003, S. 90; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 1; vgl. auch: OLG Köln, Urt. v. 18.04.2019 – 15 U 156/18, BeckRS 2019, 10629 Tz. 82.

die freie Entfaltung und Entwicklung der Persönlichkeit, wobei die Selbstdarstellung über Bildnisse der Herstellung von Individualität dient.³⁵⁴

Der Abgebildete ist schutzbedürftig, da durch eine datenmäßige Fixierung seines Abbilds jederzeit die Möglichkeit besteht, dieses vor einer unüberschaubaren Personenanzahl zu reproduzieren.³⁵⁵ Nicht geschützt ist das Erscheinungsbild der Person losgelöst von einer Fixierung auf einem Träger.³⁵⁶

Bilder haben häufig eine höhere Eingriffsintensität als verbale Schilderungen.³⁵⁷ Bilder von Personen enthalten für den Betrachter eine große Informationsmenge.³⁵⁸ Beispielhaft sei hier Aufenthaltsort und Zeitpunkt, die emotionale Stimmung des Abgebildeten, ggf. Gesundheitszustand, Kleidung und die gewählte Begleitung genannt.³⁵⁹ Zudem wirken Bilder auf den Betrachter emotionaler und suggerieren die Realität wiederzugeben.³⁶⁰ So benötigt der Abgebildete insbesondere Schutz vor dem Herausreißen der Abbildung aus dem Kontext oder der Manipulation der Bilder.³⁶¹

Anerkannt ist mittlerweile von Rechtsprechung und Literatur, dass das Recht am eigenen Bild, trotz der Rechtsnatur als Persönlichkeitsrecht,

354 Zur freien Entfaltung der Persönlichkeit: BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 711 f. – *Marlene Dietrich*; siehe zur Herstellung von Individualität garantiert durch APR und KUG: BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 925 – *Caroline von Monaco II*; *Dasch*, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, 1990, S. 12 f.

355 BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, GRUR 2000, 446, 449 – *Caroline von Monaco I*.

356 BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, GRUR 2000, 446, 449 – *Caroline von Monaco I*; *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 97; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 4.

357 BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354 – *Vor unserer eigenen Tür*; siehe hierzu auch: *Beater*, AFP 2005, 133, 133.

358 *Rose*, Zählt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in: *Taeger*, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 79.

359 Vgl. zur Dokumentationsfunktion von Bildnissen: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 18.

360 BVerfG, Beschl. v. 14.02.2005 – 1 BvR 240/04, GRUR 2005, 500, 502 – *Satirische Fotomontage*; *Beater*, AFP 2005, 133, 133; *Boehme-Neßler*, BilderRecht, 2010, S. 72; *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, 2008, S. 227 und S. 251.

361 BVerfG, Beschl. v. 14.02.2005 – 1 BvR 240/04, GRUR 2005, 500, 501 – *Satirische Fotomontage*; BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, GRUR 2000, 446, 449 – *Caroline von Monaco I*.

auch die kommerziellen Interessen des Abgebildeten schützt.³⁶² Noch nicht abschließend beantwortet ist die Frage, inwieweit der Abgebildete zu seinen Lebzeiten einem Dritten Nutzungsrechte an den kommerziellen Verwertungsrechten einräumen kann.³⁶³ Gesichert scheint die Überzeugung, dass die ideellen Bestandteile nicht übertragbar und unauflöslich an den Rechteinhaber gebunden sind.³⁶⁴

II. Schutzkonzept

Die §§ 22, 23 KUG versuchen einen Ausgleich zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit herzustellen.³⁶⁵ Die Zulässigkeit einer Bildnisverwendung richtet sich nach einem abgestuften Schutzkonzept.³⁶⁶ Nach dem Grundsatz ist das Verbreiten oder öffentliche zur Schau stellen von Bildnissen ohne die Einwilligung des Abgebildeten unzulässig, § 22 S. 1 KUG.

Die spezielle Form des Bildnisses i.S.d. § 22 S. 1 KUG liegt vor, wenn die abgebildete Person in ihrer wirklichen, dem Leben entsprechenden Er-

362 BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 712 – *Marlene Dietrich*; BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 429 – *Paul Dahlke*; Poll, ZUM 1988, 454, 455 ff.; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 4; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 9.

363 BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 712 ff. – *Marlene Dietrich*; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 36; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 12.

364 Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 37; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 12.

365 BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1023 – *Caroline von Monaco I*.

366 LG Köln, Urt. v. 10.06.2015 – 28 O 567/14, NJOZ 2016, 252, 253; EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053, 1058 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland Nr. 2*; BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527, 528 – *Winterurlaub*; EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647, 2649 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland*; BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1023 – *Caroline von Monaco I*; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 11 ff.; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 2.

scheinung dargestellt wird und begründeten Anlass hat für Dritte, zumindest für ihren weiteren Bekanntenkreis, durch die Abbildung erkennbar zu sein.³⁶⁷ Der Abgebildete darf gem. § 22 S. 1 KUG darüber entscheiden, ob, wann und unter welchen Umständen sein Eigenbild der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.³⁶⁸ Erklärt der Abgebildete sein Einverständnis oder greift eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis, so steht dem Abgebildeten jedoch weder nach dem Kunsturhebergesetz noch nach dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht das Recht zu, nur so dargestellt zu werden, wie der Abgebildete sich selbst sieht oder gesehen werden möchte.³⁶⁹

Ist die Einwilligung vom Abgebildeten nicht oder nicht im ausreichenden Umfang erklärt, bestimmt §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 KUG auf der zweiten Stufe vier Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis.³⁷⁰ Trotz des

367 BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; LG Essen, Urt. v. 10.07.2014 – 4 O 157/14, ZD 2014, 575, 576; OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.2014 – 4 U 174/13, GRUR-RR 2015, 80 Tz. 49; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.01.2006 – 2/03 O 468/05, NJW-RR 2007, 115, 115 f.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.07.2004 – 6 U 39/04, GRUR 2004, 1058, 1058; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.07.2001 – 14 U 71/00, ZUM 2001, 883, 887; BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 714 – *Marlene Dietrich*; BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2205 – *Fußballtorwart*; BGH, Urt. v. 09.06.1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102, 102 – *Spielgefährtin*; BGH, Urt. v. 10.11.1961 – I ZR 78/60, GRUR 1962, 211, 211 – *Hochzeitsbild*; Vetter, AfP 2017, 127, 129; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 10; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 5 und Rn. 7; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 19; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 1 und Rn. 3; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 11, Rz. 16 und Rz. 20; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 15; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 4 ff.; Paschke/Berlit/Meyer-Kröner, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 32. Abschnitt Rn. 6 und Rn. 14; zur Erkennbarkeit ausführlich im zweiten Kapitel bei D. III.

368 BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II*; BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 428 – *Paul Dahlke*.

369 BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, GRUR 2000, 446, 449 – *Caroline von Monaco I*; vgl. zum richtigen Verständnis: Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 3; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 8; vgl. Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Auffangtatbestand: BGH, Urt. v. 18.03.1969 – IV ZR 182/58, GRUR 1959, 430, 431 – *Caterina Valente*.

370 Näher zu den Ausnahmetatbeständen im ersten Kapitel bei B. I. und C. II. 2.

Eingreifens einer Ausnahme vom Einwilligungserfordernis bleibt die Tatbestandshandlung auf der dritten Stufe unzulässig, wenn die Verbreitung oder öffentliche Schausstellung berechnete Interessen des Abgebildeten verletzt, § 23 Abs. 2 KUG. Die Prüfungsreihenfolge des abgestuften Schutzkonzepts ist einzuhalten.³⁷¹

§ 22 S. 1 KUG bietet keinen Schutz vor der zeitlich vorangestellten Anfertigung des Bildnisses oder einer reinen Vervielfältigungshandlung.³⁷² Die Zulässigkeit einer Bildnisanfertigung richtet sich nach dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.³⁷³ Anders als beim Recht am eigenen Bild ist die Rechtswidrigkeit nicht durch die Verwirklichung des Tatbestands, die Anfertigung des Bildnisses, indiziert, eine Interessenabwägung ist anhand des Einzelfalls zur Feststellung der Rechtswidrigkeit vorzunehmen.³⁷⁴

371 LG Köln, Urt. v. 10.06.2015 – 28 O 567/14, NJOZ 2016, 252, 253; vgl. genauer zum Aufbau: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 7; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 11 ff.; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 2; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwalts- handbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3.

372 BGH, Urt. v. 25.04.1995 – VI ZR 272/94, NJW 1995, 1955, 1956 – *Videoaufzeichnung*; siehe hierzu ausführlich im zweiten Kapitel bei D. II. 4. a) aa) und im zweiten Kapitel bei D. II. 4. a) bb) (2).

373 BGH, Urt. v. 10.05.1957 – I ZR 234/55, GRUR 1957, 494, 497 – *Spätheimkehrer*; vgl. dazu auch: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichter- stattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 27 und Rz. 30; siehe hierzu ausführlich im zweiten Kapitel bei D. II. 4. a) aa) (1).

374 BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094 Tz. 29; BGH, Urt. v. 24.06.2008 – VI ZR 156/06, NJW 2008, 3134 Tz. 30 f. – *Einkaufsbummel nach Abwahl*; BGH, Urt. v. 25.04.1995 – VI ZR 272/94, NJW 1995, 1955, 1957 – *Videoaufzeichnung*; BGH, Urt. v. 10.05.1957 – I ZR 234/55, GRUR 1957, 494, 497 – *Spätheimkehrer*; vgl. auch: Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1059; Golla/Herbort, GRUR 2015, 648, 651; Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 100; Herbort, Digitale Bildnisse, 2017, S. 85 f.; Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 139 ff.; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 56; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 5 und § 22 KUG Rn. 12 ff.; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 28 und Rz. 34; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwalts- handbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 12; wohl aA: Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 35.1.

III. Stellungnahme

Das in diesem Abschnitt definierte Schutzgut der §§ 22, 23 KUG ist, bei der weiteren Untersuchung des Reformbedarfs, stets zu berücksichtigen. Es bleibt zu untersuchen, ob das Schutzgut des Selbstbestimmungsrechts über das Eigenbild durch das Gesetz in seiner aktuellen Fassung noch ausreichend im digitalen Zeitalter garantiert wird und somit das erklärte Gesetzesziel weiterhin erreicht wird. Maßstab für die Feststellung des Reformbedarfs des Kunsturhebergesetzes ist somit der effektive Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Abgebildeten.

B. Historische Betrachtung des Kunsturhebergesetzes

Bei einer rein historischen Betrachtung des Kunsturhebergesetzes entsteht sehr stark der Eindruck, dass ein Reformbedarf des Gesetzes besteht. Schnell ist die Hypothese ausgesprochen, dass ein Gesetz, das 1907 in Kraft getreten ist, nicht auf die modernen Sachverhalte anwendbar ist und falls doch, keinen ausreichenden Schutz vor den neusten technischen Entwicklungen bietet.³⁷⁵ Diese Hypothese gilt es durch die Untersuchung des Reformbedarfs des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter zu bestätigen oder zu widerlegen. Dafür wird zunächst der historische Ursprung des Rechts am eigenen Bild beleuchtet und anschließend der Gesetzesentwurf zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes von 1959 für die weitere Untersuchung des Reformbedarfs des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter fruchtbar gemacht.

I. Ursprung des Gesetzes

§§ 22, 23 KUG sind als Teil des Kunsturhebergesetzes am 09.01.1907 in Kraft getreten und wurden so zunächst Bestandteil des Urheberrechts.³⁷⁶

³⁷⁵ Vgl. hierzu auch: *Golz*, IPRB 2015, 170, 170; vgl. darüber hinaus: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 750; siehe zum Inkrafttreten: *Fromm/Nordemann-Axel Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Einl. UrhG Rn. 26.

³⁷⁶ §§ 1 ff. KUG aF, nachzulesen im RGBl. 1907, S. 7 ff.; § 141 Nr. 5 UrhG, nachzulesen im BGBl. I, S. 1293; *Fromm/Nordemann-Axel Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Einl. UrhG Rn. 26; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2 f.; ausführlich hierzu auch unten im zweiten Kapitel bei D. I. 2. c).

Neben dem Recht am eigenen Bild, hat das Kunsturhebergesetz das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie reguliert, vgl. §§ 1 ff. KUG aF.³⁷⁷ Diese Zuordnung erfolgte, obwohl das Recht am eigenen Bild keine schöpferische Leistung schützt.³⁷⁸ Für die Aufnahme des Bildnisschutzes in das Urheberrecht war wohl maßgeblich, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als Grundrecht und zivilrechtliche Rechtsposition erst 1954 durch den BGH anerkannt wurde.³⁷⁹ Diese historische Einordnung gilt es zu bedenken, wenn im weiteren Verlauf der Arbeit die Übertragbarkeit des Urheberrechts auf den Bildnisschutz überprüft wird.

II. Gesetzesentwurf zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes

Bereits 1959 gab es einen Gesetzesentwurf zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes, der auch eine Reform des Bildnisschutzes vorsah.³⁸⁰ Der Gesetzesentwurf wollte das Recht am eigenen

377 RGBl. 1907, S. 7 ff.

378 *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 658; *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 904; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 1; Fromm/Nordemann-Axel Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Einl. UrhG Rn. 89; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 1; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 6; vgl. auch: OLG Braunschweig, Beschl. v. 21.08.2019 – 1 W 57/19, ZUM-RD 2019, 626 Tz. 13; *Leinweber*, GRUR 1960, 17, 20; nur dazu, dass das Recht am eigenen Bild keine schöpferische Leistung schützt: BVerfG, Beschl. v. 26.04.2001 – 1 BvR 758/97, NJW 2001, 1921, 1923; *Lettl*, WRP 2005, 1045, 1051; ausführlich hierzu auch unten im zweiten Kapitel bei D. I. 2. d).

379 Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts: BGH, Urt. v. 25.05.1954 – I ZR 211/53, GRUR 1955, 197, 198 – *Leserbrief*; Bestätigung, dass der Bildnisschutz dem APR zuzuordnen ist: BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 409 f. – *Herrenreiter*; ausführlicher zu der Positionierung im Urheberrecht: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; Erman-Klass, BGB, 15. Aufl. 2017, Anh § 12 Rn. 167.

380 Siehe zum Inkrafttreten des KUG: § 55 KUG; siehe zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung von 1959: BT-Drs. III/1237, S. 1 ff., nachzulesen bei: UFITA (Archiv für Urheber- und Medienrecht), 1959, Bd. 29, S. 39 ff.; vgl. dazu auch: *Leinweber*, GRUR 1960, 17, 17 ff.; *Reinhardt*, JZ 1959, 41, 41 ff.

Bild aus dem KUG herauslösen und mit weiteren Vorschriften zum Persönlichkeitsrecht in das Bürgerliche Gesetzbuch integrieren.³⁸¹

§ 17 des Gesetzesentwurfes normierte, dass eine widerrechtliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts gegeben ist, wenn jemand unbefugt ein Bild eines anderen veröffentlicht oder gegen dessen erkennbaren Willen ein Bild anfertigt oder durch die Anfertigung eines Bildes ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten verletzt.³⁸²

1. Veröffentlichen als neue Tatbestandshandlung

Vorgesehen war mit der Erneuerung, dass die Tatbestandshandlungen Verbreiten und öffentlich zur Schau stellen, lediglich durch eine Tatbestandshandlung, nämlich das Veröffentlichen, ersetzt werden. Veröffentlichen meint nach der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfs, dass das Bild für einen nicht nach außen hin abgegrenzten Personenkreis zugänglich gemacht wird.³⁸³

Diese geplante Erneuerung könnte sich heute gegebenenfalls weiterhin als sinnvoll erweisen, wenn der technische Wandel eine Abgrenzung zwischen einer körperlichen Weitergabe und einer unkörperlichen Wiedergabe überflüssig macht.³⁸⁴

2. Schutz gegen das Anfertigen eines Bildnisses

Der Tatbestand des Rechts am eigenen Bild sollte mit dem Gesetzesentwurf zusätzlich um die Handlungsform des Anfertigens eines Bildnisses gegen den erkennbaren Willen oder mit Verletzung berechtigter Interessen des Abgebildeten erweitert werden. Im Jahre 1907, als das Kunsturhebergesetz in Kraft getreten ist, erschien dem Gesetzgeber ein Schutz des Abgebildeten gegen das Anfertigen einer Bildnisaufnahme noch nicht

381 BT-Drs. III/1237, S. 1 ff., nachzulesen bei: UFITA, 1959, Bd. 29, S. 39 ff.; vgl. dazu: *Reinhardt*, JZ 1959, 41, 41 ff.; *Leinveber*, GRUR 1960, 17, 17 ff.

382 BT-Drs. III/1237, S. 1 ff., nachzulesen bei: UFITA, 1959, Bd. 29, S. 39 ff.

383 (Amtliche Begründung) BT-Drs. III/1237, S. 21 f., nachzulesen bei: UFITA, 1959, Bd. 29, S. 77.

384 Siehe hierzu ausführlich im zweiten Kapitel bei C. I. 1. und 3. b) sowie im zweiten Kapitel bei D. II. 1.

notwendig.³⁸⁵ Eine Bildnisaufnahme war zeitaufwendig, teuer, augenfällig, und wurde in der Regel nur aufgrund einer Bestellung des Abgebildeten oder künstlerischer Motive iSd § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG erstellt.³⁸⁶ Zur Begründung der Erweiterung des Tatbestands um die zeitlich vorangestellte Handlungsform, wird bereits im Jahre 1959 der Fortschritt der Technik angeführt, der genug Mittel bietet, um unbemerkt Bilder eines anderen festzuhalten.³⁸⁷

Die Forderung, die Anfertigungshandlung des Bildnisses in den Tatbestand des § 22 KUG aufzunehmen, wird von aktuellen Stimmen aus der Literatur aufrechterhalten.³⁸⁸ Die Technik hat sich seit dem Gesetzesentwurf so drastisch und für jedermann spürbar weiterentwickelt, dass dies kaum in Worte zu fassen ist. Die Anfertigung und Verbreitung von „digitalen Bildnissen“ ist nach heutigem Stand regelmäßig kostenfrei und durch ein hohes Tempo gekennzeichnet.³⁸⁹ Dennoch wurde das KUG seit 1907 nicht reformiert und der Änderungsvorschlag, Schutz gegen das Anfertigen eines Bildnisses gegen den erkennbaren Willen oder mit Verletzung berechtigter Interessen des Abgebildeten zu normieren, lief ins Leere.³⁹⁰

Mit Ergänzung der Tatbestandshandlungen könnte zukünftig auch vermieden werden, dass für die Bildnisanfertigung die Datenschutzgrundverordnung zur Anwendung kommt und insbesondere im Bereich des Haus-

385 Wohl ein Schutz des Herstellers der Fotografie, siehe: § 1 Abs. 1 Gesetz betreffend den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung vom 10.01.1876, nachzulesen bei: *Schack*, Kunst und Recht, 3. Aufl. 2017, S. 449 f.

386 *Reinhardt*, JZ 1959, 41, 42; *Schack*, Kunst und Recht, 3. Aufl. 2017, S. 449 f.; vgl.: *Castendyk-Hempel*, Fotorecht, 2. Aufl. 2012, S. 27 ff.

387 (Amtliche Begründung), BT-Drs. III/1237, S. 22, nachzulesen bei: UFITA, 1959, Bd. 29, S. 79; Unterstützung in der Literatur fand dieser Vorschlag: *Bongartz*, Das Recht am eigenen Bilde und seine Reform, 1966, S. 63 f.; vgl. zum Fortschritt der Technik im Jahre 1959: *Reinhardt*, JZ 1959, 41, 42 f.

388 *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 292; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 122 ff.; dieser Ansicht mit Blick auf das BDSG 2003: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 654; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 661; vgl. dazu auch: *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 68; aA, da die DSGVO als einheitlicher Rechtsrahmen für alle Verarbeitungsphasen angewendet werden soll: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 151.

389 Dazu ausführlich bei D. III. 1.

390 Vgl. dazu: *Specht*, MMR 2017, 577, 577; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2.

haltsprivilegs die Grundsätze der §§ 22 ff. KUG analog über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht angewendet werden.³⁹¹

3. Aufzeigen der Rechtspflicht zur Achtung des Persönlichkeitsrechts

Ziel des Gesetzesentwurfes war es schlussendlich, der Allgemeinheit die Rechtspflicht zur Achtung der Persönlichkeit aufzuzeigen und die verschiedenen Ausprägungen des Persönlichkeitsrechts für den Bürger leichter zugänglich zu machen.³⁹²

Es stellt sich bereits an dieser Stelle der Untersuchung die Frage, ob das Aufzeigen der Rechtspflicht zur Achtung des Persönlichkeitsrechts, insbesondere des Bildnisschutzes, heute nicht noch notwendiger erscheint, als je zuvor. Es ist anzuzweifeln, dass der Vielzahl an Personen, die tagtäglich im Internet, insbesondere auf Plattformen mit User Generated Content, Rechtsverletzungen begehen, die Rechtspflicht zur Achtung des Rechts am eigenen Bild ausreichend bekannt ist.³⁹³

391 Siehe dazu, dass für die Anfertigung von Bildnissen de lege lata die DSGVO zur Anwendung kommt: *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 510; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 439; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 584; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 55.1; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 130; siehe zu der Problematik des Haushaltsprivilegs: *Sundermann*, K&R 2018, 438, 439; *Specht/Mantz-Lauber-Rönsberg*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 54; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 130; siehe zum gewährten Schutz über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht: BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094 Tz. 28 ff.; BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539 Tz. 45 ff. – *Caroline von Hannover*; BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1022 – *Caroline von Monaco I*; BGH, Urt. v. 25.04.1995 – VI ZR 272/94, NJW 1995, 1955, 1956 – *Videoaufzeichnung*; BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354 – *Vor unserer eigenen Tür*; BGH, Urt. v. 10.05.1957 – I ZR 234/55, GRUR 1957, 494, 497 – *Spätheimkehrer*; hierzu ausführlich im zweiten Kapitel bei D. II. 4 a) aa).

392 Vgl.: Beschluss des Deutschen Juristentages 1957, BT-Drs. III/1237 Anl. 1, S. 33, nachzulesen bei: UFITA (Archiv für Urheber- und Medienrecht), 1959, Bd. 29, S. 39 ff.; vgl. dazu auch: *Reinhardt*, JZ 1959, 41, 41.

393 Vgl. zur Vielzahl an Rechtsverletzungen: *Vogt*, ITRB 2018, 205, 205 f.; *Ohly*, AfP 2011, 428, 428; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 21.

Als Gegenfrage lässt sich sodann auch formulieren, ob die Gesellschaft die durch den Gesetzgeber eingeräumte Rechtsposition weiterhin toleriert.³⁹⁴ Da die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten den Gesetzgeber zur Garantie der durch das Grundgesetz eingeräumten Rechtspositionen auch unter Privaten verpflichten, erscheint die Gegenfrage aus rechtswissenschaftlicher Perspektive für den Untersuchungsgegenstand des Reformbedarfs nicht zielführend.³⁹⁵ Ausführlicher dazu im sozialwissenschaftlich geprägten Unterpunkt des zweiten Kapitels bei C. II.

III. Ergebnis

Im weiteren Verlauf der Untersuchung gilt es zu beachten, dass das Recht am eigenen Bild zwar zunächst einen Bestandteil des Urheberrechts bildete,³⁹⁶ dafür wohl aber maßgeblich war, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als Grundrecht und zivilrechtliche Rechtsposition erst 1954 durch den BGH anerkannt wurde.³⁹⁷

394 Vgl. hierzu die Überlegung den Schutz der Privatsphäre insgesamt aufzugeben: *Schertz*, NJW 2013, 721, 721 f.; *Koch*, ITRB 2011, 158, 161; *Ohly*, AfP 2011, 428, 428; *Taeger*, Begrüßung, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 13, 14; *Zschunke*, Ist Privatsphäre noch zeitgemäß?, 24.03.2011, abrufbar unter: <https://www.stern.de/digital/online/post-privacy-de-batte-ist-privatsphaere-noch-zeitgemaess--3864966.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; ausführlich dazu im zweiten Kapitel bei C. II.

395 Vgl. zu den staatlichen Schutzpflichten: BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998 – 1 BvR 1531–96, NJW 1999, 1322, 1323; BVerfG, Beschl. v. 06.05.1997 – 1 BvR 409/90, NJW 1997, 1769, 1770; BVerfG, Urt. v. 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77, NJW 1977, 2255, 2255; BVerfG, Urt. v. 25.02.1975 – 1 BvF 1 – 6/74, NJW 1975, 573, 575; *Bruns*, AfP 2011, 421, 422; *Holznagel/Schumacher*, JZ 2011, 57, 58; *Canaris*, AcP 1984, 201, 225 ff.; *Götting/Schertz/Seitz-Götting*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 3 Rn. 4; *Dreier-Dreier*, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 101 f.; *Maunz/Dürig-Di Fabio*, Grundgesetz, Lfg. 39 Stand Juli 2001, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 135.

396 §§ 1 ff. KUG aF, nachzulesen im RGBL 1907, S. 7 ff.; § 141 Nr. 5 UrhG, nachzulesen im BGBl. I, S. 1293; *Fromm/Nordemann-Axel Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Einl. UrhG Rn. 26; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2 f.

397 Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts: BGH, Urt. v. 25.05.1954 – I ZR 211/53, GRUR 1955, 197, 198 – *Leserbrief*; Bestätigung, dass der Bildnisschutz dem APR zuzuordnen ist: BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 409 f. – *Herrenreiter*; ausführlicher zu der Positionierung im Urheberrecht: *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; *Erman-Klass*, BGB, 15. Aufl. 2017, Anh § 12 Rn. 167.

Darüber hinaus führt die historische Betrachtung des Kunsturhebergesetzes zu dem vorläufigen Ergebnis, dass die Bundesregierung bereits 1959 einen Reformbedarf des Gesetzes erkannt hat, der Gesetzesentwurf immer noch aktuelle Rechtsfragen aufgreift und Teile der amtlichen Begründung zum Gesetzesentwurf noch aktueller erscheinen, als bereits vor mehr als 50 Jahren. Die Forderungen, Schutz gegen das Anfertigen eines Bildnisses gegen den erkennbaren Willen oder mit Verletzung berechtigter Interessen des Abgebildeten zu statuieren und die Tatbestandshandlungen Verbreiten und öffentlich zur Schau stellen durch das Veröffentlichen zu ersetzen, können für die weitere Untersuchung des Reformbedarfs des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter fruchtbar gemacht werden.

C. Bedeutungswandel des Kunsturhebergesetzes auf der tatsächlichen Ebene

Zeiten des Wandels sind zu verzeichnen, wenn sich tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten stark verändern. Veränderungen können, müssen aber nicht einen Reformbedarf hervorrufen.

Zu untersuchen ist im ersten Schritt, welche tatsächlichen Veränderungen sich bis dato auf technischer bzw. digitaler und sozialer Ebene für das Kunsturhebergesetz ergeben haben und welche noch zu erwarten sind. Im zweiten Schritt ist zu ermitteln, ob diese Veränderungen einen Nachbesserungsbedarf des Kunsturhebergesetzes auf der tatsächlichen Ebene erkennen lassen.

I. Technischer und digitaler Wandel

Der technische und digitale Wandel ist fortlaufend. Ein solcher fortlaufender Wandel stellt insbesondere die Rechtsetzung vor eine große Herausforderung.³⁹⁸ Die Untersuchung des technischen und digitalen Wandels

398 Dreier, "De fine": vom Ende des Definierens? – Zur Abgrenzung von Münzkopieren, Personal Video Recordern und Serverdiensten -, in: Ahrens/Bornkamm/Kunz-Hallenstein, Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 37, 37; weiter dazu: Sydow/Kring, ZD 2014, 271, 276; Peifer, JZ 2013, 853, 864; Ohly, AfP 2011, 428, 435; Heckmann, K&R 2010, 1, 5; Fechner, Medienrecht, 20. Aufl. 2019, S. 353; Boehme-Neßler, Schattendasein. Warum Smart Cams im öffentlichen Raum ein Problem sind, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 235, 242; Boehme-Neßler, Unscharfes Recht, 2008, S. 667.

erfolgt in zwei Abschnitten: Der erste Abschnitt beleuchtet die Entwicklungen im Bereich des Rechts am eigenen Bild, die bereits eingetreten sind und tagtäglich zur Anwendung kommen. Anschließend soll der Wandel, der noch erwartet wird, dessen Eintritt aber noch nicht gesichert erscheint, überprüft werden.

1. Bereits eingetretener Wandel

In seinem Urteil „*Vor der eigenen Haustür*“, verkündet am 19.06.1966, hat der BGH bereits folgenden technischen Wandel und den damit einhergehenden Handlungsbedarf festgestellt: *„Hat die Bildberichterstattung infolge der Entwicklung des Fernsehens, der Kinematographie und der Bild-Zeitungen heute eine sehr große Bedeutung erlangt, so darf deshalb der Rechtsschutz der Einzelperson gegenüber einer von ihr nicht gestatteten Fixierung und Vorführung eines Bildnisses nicht abgebaut werden. Sind durch die Fortschritte der Technik die Möglichkeiten erleichtert worden, heimliche Bildnisaufnahmen herzustellen, sie zu vervielfältigen und einer breiten Öffentlichkeit vorzuführen, so muß besonderer Anlaß bestehen, auf eine Wahrung der vom Recht gesetzten Schranken zu achten und einem Mißbrauch des leichter verletzbar gewordenen Persönlichkeitsrechts vorzubeugen. Das Recht darf sich in diesem Punkt der technischen Entwicklung nicht beugen.“*³⁹⁹

Das vom BGH erklärte Ziel, den Rechtsschutz gegenüber einer nicht gestatteten Fixierung und Vorführung eines Bildnisses nicht abzubauen, scheint aufgrund des Fortschritts der Technik gescheitert. Die technischen, digitalen und zusätzlich die medialen Entwicklungen im Bereich der Bildnisanfertigung, -verbreitung und der öffentlichen Schaustellung sind regelrecht explodiert und gefährden das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten.⁴⁰⁰ Das Ausmaß der Digitalisierung lag sicherlich außerhalb der Vorstellungskraft der Richter zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung im Jahre 1966. Die für das Recht am eigenen Bild gewichtigsten bereits eingetretenen technischen, digitalen und medialen Entwicklungen werden nachfolgend aufgezeigt.

399 BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354 – *Vor unserer eigenen Tür*.

400 Specht, MMR 2017, 577, 577; Herbort, Digitale Bildnisse, 2017, S. 31 ff.; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3.

a) Digitale Bilder online und offline

Der kunsturheberrechtliche Regelungsgegenstand des Bildnisses umfasst neben entwickelten Fotografien, Malereien und Skulpturen seit der Digitalisierung in erster Linie digitale Bilder.⁴⁰¹ Der Oberbegriff der digitalen Bilder beschreibt vornehmlich Abbildungen der Realität durch Fotografie bzw. Video. Digitale Bilder sind nicht mehr materiell verkörpert, z.B. durch einen Papierausdruck.⁴⁰² Sie sind ein Datensatz, der in Form von Bits gespeichert wird.⁴⁰³

Digitale Bilder können sehr leicht und aufgrund stetig zunehmender Speicherkapazitäten beinahe unbegrenzt angefertigt und vervielfältigt werden.⁴⁰⁴ Zudem können sie problemlos an Dritte übertragen werden sowohl offline auf einem Datenträger als auch online beispielsweise per E-Mail oder per WhatsApp.⁴⁰⁵

Wird ein digitales Bild auf einer frei verfügbaren Website im Internet bereitgestellt, ist es in der Regel weltweit für jedermann jederzeit kostenfrei verfügbar.⁴⁰⁶ Setzt ein Dritter einen Hyperlink, Inline-Link oder

401 *Wanckel*, Foto- und Bildrecht, 5. Aufl. 2017, S. 89; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46; *Heidenreich*, Neue Medien, in: Sachs-Hombach, Bildwissenschaft, 2005, S. 381, 381; *Hoeren*, Fotorecht, 2004, S. 147 f.; vgl. zu dem Thema auch: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 1 ff.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 1 ff.

402 Vgl. zum Problem der Immaterialisierung: *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, 2008, S. 664.

403 Ausführlich zur technischen Umsetzung: *Heidenreich*, Neue Medien, in: Sachs-Hombach, Bildwissenschaft, 2005, S. 381, 382; vgl. darüber hinaus: *Rose*, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in: Taeger, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 80; *Hoeren/Sieber/Holznapel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 6 ff.

404 *Heidenreich*, Neue Medien, in: Sachs-Hombach, Bildwissenschaft, 2005, S. 381, 388 f.

405 Siehe hierzu auch: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 648; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 31 ff.; *Wanckel*, Foto- und Bildrecht, 5. Aufl. 2017, S. 89; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 f.; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46; *Hoeren*, Fotorecht, 2004, S. 147 f.; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3; dazu auch: *Alexander*, ZUM 2011, 382, 383; vgl. zum höheren Verbreitungsgrad von Bildnissen im Internet auch: LG Frankfurt, Urt v. 23.11.2016 – 2–03 O 525/15, ZUM 2017, 772, 777.

406 *Spindler*, GRUR 2013, 996, 996; *Schertz*, NJW 2013, 721, 721; *Spindler*, GRUR 2013, 996, 996; *Bruns*, AfP 2011, 421, 422; *Tinnefeld/Viethen*, NZA 2003, 468,

Frame auf das digitale Bild bzw. die ursprüngliche Website, ist es zudem mit einer weiteren Website verknüpft oder auf einer anderen Website sichtbar.⁴⁰⁷ In toto bewirkt dies einen nicht abgrenzbaren Empfängerkreis des digitalen Bildes.⁴⁰⁸ Die Breitenwirkung im Internet, gepaart mit der Geschwindigkeit, wird auch als „viral Effekt“ beschrieben.⁴⁰⁹

Hinzukommt, dass die digitalen Bilder in der Regel dauerhaft im Internet auffindbar bleiben,⁴¹⁰ auch dann, wenn die ursprüngliche Datei vom Server gelöscht und somit aus dem Internet entfernt wird. Ein Grund für

469; *Rose*, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in: Taeger, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 80; Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 7; vgl. auch: Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 10.

407 Vgl. zur technischen Funktionsweise von Hyperlinks, Inline-Links und Frames: Münz/Gull, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 159 ff. und S. 180; Berners-Lee, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. auch: Schubert, MMR 2019, 438, 438; Völtz, AfP 2013, 110, 110; Conrad, CR 2013, 305, 305 ff.; Schack, MMR 2001, 9, 13; Hoeren/Sieber/Holznagel-Boemke, Multimedia-Recht, 36. EL September 2013, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 11 Rn. 67 und Rn. 73; Ott, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, S. 45 ff.; ausführlich zur technischen Funktionsweise von Hyperlinks, Inline-Links und Frames und einer rechtlichen Einordnung unten im zweiten Kapitel bei D. II. 3.

408 Siehe zum nicht abgrenzbaren Adressatenkreis im Internet: Ludyga, MMR 2017, 158, 158; Golla/Herbort, GRUR 2015, 648, 648; Spindler, GRUR 2013, 996, 996; Klar, DÖV 2013, 103, 108 f.; Wieczorek, DuD 2011, 476, 476; Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 7; vgl. auch: Müller/Geise, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46.

409 Peifer, JZ 2013, 853, 853; Schmidt, Social Media, 2. Aufl. 2018, S. 55; vgl. ausführlich zur erhöhten Geschwindigkeit des Übertragungsprozesses: Bruns, AfP 2011, 421, 422; Wieczorek, DuD 2011, 476, 476; Heckmann, K&R 2010, 1, 2; Burkart/Meyer, Bilder, Abbilder, Fotografien, Welten, Räume und Metaphern oder: Versuche zu einem entgrenzten Medium, in: Burkart/Meyer, Die Welt anhalten, 2016, S. 10, 11; Hoeren, Fotorecht, 2004, S. 147 f.

410 Peifer, JZ 2013, 853, 853; Lorenz, ZD 2012, 367, 370; Alexander, ZUM 2011, 382, 383; Ohly, AfP 2011, 428, 431; Becker, Das Recht auf Vergessenwerden, 2019, S. 2 ff., S. 28 ff. und S. 45 f.; Herbort, Digitale Bildnisse, 2017, S. 187; Peifer, Analoges und Digitaler Persönlichkeitsschutz im Recht – eine Aufgabe auch für die Ökonomie?, in: Kops, Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut, 2016, S. 64, 66; Dix, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 71; Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, D. Rn. 1286; vgl. zum „Recht auf Vergessen“: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 13.05.2015 – C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 = EuZW 2014, 541 Tz. 91 – *Google Spain/AEPD*.

die dauerhafte Auffindbarkeit ist wiederum die einfache Möglichkeit der Vervielfältigung, so dass der Datensatz mehrfach mit unterschiedlichen Quellen im Internet zur Verfügung steht.⁴¹¹

Schlussendlich ist es den Besuchern einer Website regelmäßig möglich, die digitalen Bilder, die auf der Website präsentiert werden, abzuspeichern oder hiervon einen Screenshot zu erstellen.⁴¹² Die Möglichkeit des Abspeicherns und Abfotografierens kann nur teilweise durch technische Schutzmaßnahmen verhindert werden.⁴¹³

b) User Generated Content

Die wohl größte Veränderung für das Recht am eigenen Bild sind die nutzergenerierten Inhalte im Internet.⁴¹⁴ Das Web 2.0 ist dadurch geprägt, dass eine Vielzahl an internetbasierten Plattformen den Nutzern die Mög-

411 Vgl. hierzu: *Kieselmann/Wacker*, DuD 2018, 437, 437 ff.; *Heckmann*, K&R 2010, 1, 2; *Heckmann*, vorgänge 2008, Ausgabe 184, 20, 27 f.

412 Siehe hierzu: *Gass*, ZUM 1999, 815, 815 f.; siehe zur Möglichkeit des Screenshots und des Abspeicherns von Bildnissen im Internet: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 104; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 77; vgl. zu der grundsätzlichen Möglichkeit analoge Bildnisse abzufotografieren auch: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 134; vgl. dazu, dass das KUG de lege lata nicht die Handlung des Abspeicherns erfasst, jedoch das Datenschutzrecht durchgreift: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 178.

413 Vgl. dazu, dass es stets möglich sein wird, technische Schutzmaßnahmen zu umgehen: KG, Urt. v. 18.06.2018 – 24 U 146/17, GRUR 2018, 1055, 1058 – *Framingschutz*.

414 Siehe dazu, dass nutzergenerierte Inhalte die wohl größte Veränderung für den Informations- und Kommunikationsprozess darstellen: *Schmidt*, Social Media, 2. Aufl. 2018, S. 51 ff.; v. *Lewinski*, Immersiver Journalismus – Adressat der Regelungen für Einsatz von VR, 13.04.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/04/13/immersiver-journalismus-adressat-der-regelungen-fuer-einsatz-von-vr/>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; siehe zu den Erscheinungsformen der User Generated Content: *Heilmann*, Anonymität für User-Generated Content?, 2013, S. 28 ff.; weiterführend: *Heckmann*, jurisPR-ITR 2016, Ausgabe 16 Anm. 1; *Schertz*, NJW 2013, 721, 721; *Ohly*, AfP 2011, 428, 428; *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, D. Rn. 1286; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 21 ff.; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46 f.

lichkeit bietet, eigene Inhalte zu posten oder fremde Inhalte zu teilen.⁴¹⁵ Insbesondere auf den Netzwerkplattformen wie Facebook und den Multi-Mediaplattformen wie Instagram und YouTube werden vermehrt Bilder bzw. Videos gepostet.⁴¹⁶

Durch die nutzergenerierten Inhalte werden vermehrt Rechte Dritter wie beispielweise das Recht am eigenen Bild verletzt. Dies ist damit zu begründen, dass User Generated Content nicht redaktionell betreut oder überwacht wird und die Inhalte teilweise anonym erstellt werden.⁴¹⁷ Teilweise fehlen den Nutzern die rechtlichen Kompetenzen, teilweise setzen sie sich schlicht über die Rechte Dritter hinweg.⁴¹⁸

Vielfach präsentieren die Nutzer auf den internetbasierten Plattformen ihre eigenen Eindrücke und Erlebnisse. Dies bewirkt, dass vermehrt Bildnisse von nicht prominenten Personen verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt.⁴¹⁹ Während das BVerfG im Jahr 2008 durch die „zunehmende

415 *Lauber-Rönsberg*, MMR 2014, 10, 10; *Heckmann*, K&R 2010, 1, 2; *Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 12; siehe ausführlich zu der sozialen Funktion von sozialen Netzwerken und der technischen Funktionsweise: *Golland*, Datenverarbeitung in sozialen Netzwerken, 2019, S. 10 ff.; vgl. zum Web 2.0 auch: *Pürer-Springer/Pürer/Eichhorn*, Publizistik- und Kommunikationswissenschaft, 2. Aufl. 2014, S. 95 ff.

416 Vgl. hierzu: *Lorenz*, ZD 2012, 367, 370; *Härting/Schätzle*, ITRB 2010, 39, 39 ff.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 1 ff.; *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, D. Rn. 1288.

417 Siehe zur fehlenden redaktionellen Betreuung und Überwachung: *Lauber-Rönsberg*, MMR 2014, 10, 10; *Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 17; siehe weiter: *Golz*, IPRB 2015, 170, 172; *Schertz*, NJW 2013, 721, 721; *Heckmann*, K&R 2010, 1, 7; *Schmidt*, Social Media, 2. Aufl. 2018, S. 50; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 146 ff.; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3; siehe zum Problem der Anonymität und den damit einhergehenden Rechtsverletzungen: *Schertz*, NJW 2013, 721, 721; *Klar*, DÖV 2013, 103, 109; *Heckmann*, NJW 2012, 2631, 2631; *Bruns*, AfP 2011, 421, 422; *Palzer*, Nun sag, wie hast du's mit dem Persönlichkeitsschutz im Internet, in: *Taeger*, Smart World – Smart Law?, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 91, 91 f.; *Heilmann*, Anonymität für User-Generated Content?, 2013, S. 405 ff.; vgl. dazu auch: *Härting/Schätzle*, ITRB 2010, 39, 39 ff.; *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, D. Rn. 1291; *Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 1.

418 *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 23; vgl. hierzu auch: *Heckmann*, K&R 2010, 1, 7; *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, D. Rn. 1286 f.

419 Vgl. hierzu: *Peifer*, JZ 2013, 853, 853; *Schertz*, NJW 2013, 721, 721; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1.

*Verfügbarkeit kleiner und handlicher Aufnahmegeräte, wie etwa dem Mobiltelefon integrierte Digitalkameras*⁴²⁰ insbesondere das Selbstbestimmungsrecht prominenter Personen als gefährdet ansah,⁴²¹ ist durch das Web 2.0 ebenfalls die Dispositionsmöglichkeit nicht prominenter Personen stark gefährdet.⁴²²

c) Ergebnis

Der technische und digitale Fortschritt gefährdet die Dispositionsmöglichkeit über das Eigenbild. Das BVerfG hat 2008 richtig erkannt, dass die Vielzahl der mobilen Aufnahmegeräte eine besondere Gefährdung darstellen.⁴²³ Hinzugekommen sind neue Verbreitungs- und Veröffentlichungsmöglichkeiten von digitalen Bildern im Internet, wie beispielsweise das Verschicken per E-Mail oder WhatsApp,⁴²⁴ das Hochladen auf einer Website⁴²⁵ und das Setzen eines Hyperlinks oder Inline-Links.⁴²⁶

Insbesondere die nutzergenerierten Inhalte in Form von Weblogs, Multimediaplattformen und Netzwerkplattformen gefährden das visuelle

420 BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539, 541 – *Caroline von Hannover*; das Modell Nokia 7650 aus dem Jahre 2002 gilt als Beginn der massenhaften Verbreitung integrierter Kameras, nachzulesen bei: *Rose*, DuD 2017, 137, 137.

421 BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539, 541 – *Caroline von Hannover*.

422 *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 184 f. und S. 198; vgl. hierzu auch: *Schertz*, NJW 2013, 721, 721; *Klar*, DÖV 2013, 103, 103.

423 BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539, 541 – *Caroline von Hannover*; Bestätigung des technischen Wandels durch: BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, 1095.

424 Zur kunsturheberrechtlichen Bewertung des Versands per E-Mail: BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; zur kunsturheberrechtlichen Bewertung des Versands per WhatsApp: OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.03.2018 – 13 U 70/17, BeckRS 2018, 11484 Tz. 9; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 391; ausführlich hierzu unten im zweiten Kapitel bei D. II. 1. und 2.

425 Siehe zur kunsturheberrechtlichen Bewertung des Hochladens auf einer Website: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 386; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 392; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 06.02.2009 – 11 O 762/09, AfP 2009, 178, 178; ausführlich hierzu unten im zweiten Kapitel bei D. II. 1. und 2.

426 Siehe zur kunsturheberrechtlichen Bewertung des Setzens eines Links: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; ausführlich hierzu unten im zweiten Kapitel bei D. II. 3.

Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten zusätzlich.⁴²⁷ Denn je mehr Akteure Inhalte im Internet veröffentlichen, desto mehr Rechtsverletzungen sind zu erwarten. In diesem Zusammenhang wird wohl auch die Abwehr ideeller Persönlichkeitsrechtsverletzungen zunehmen, da durch die nutzergenerierten Inhalte vermehrt Bildnisse auch von nicht prominenten Personen präsentiert werden.

Die Schwere der Rechtsverletzung wird durch die internettypischen Eigenschaften verstärkt. Dazu zählt die jederzeitige Verfügbarkeit der Bilddatei,⁴²⁸ die leichte Multiplizierbarkeit und Übertragbarkeit,⁴²⁹ die große, auch internationale Reichweite,⁴³⁰ die anonymen Handlungsmöglichkeiten⁴³¹ und die dauerhafte Auffindbarkeit.⁴³²

Es gilt in den folgenden Kapiteln C. II. 3., D. II. und D. III. festzustellen, ob diese deutlichen Veränderungen und neuen Gefahren für das Recht

427 *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 184 f. und S. 198; vgl. hierzu auch: *Schertz*, NJW 2013, 721, 721; *Klar*, DÖV 2013, 103, 103.

428 Vgl.: *Schertz*, NJW 2013, 721, 721; *Spindler*, GRUR 2013, 996, 996; *Bruns*, AfP 2011, 421, 422; *Tinnefeld/Viethen*, NZA 2003, 468, 469; *Rose*, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in: Taeger, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 80; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 7; vgl. auch: *Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 10.

429 Vgl.: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 648; *Wanckel*, Foto- und Bildrecht, 5. Aufl. 2017, S. 89; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46; *Hoeren*, Fotorecht, 2004, S. 147 f.; dazu auch: *Alexander*, ZUM 2011, 382, 383; vgl. zum höheren Verbreitungsgrad von Bildnissen im Internet auch: LG Frankfurt, Urt v. 23.11.2016 – 2–03 O 525/15, ZUM 2017, 772, 777.

430 Vgl.: *Ludyga*, MMR 2017, 158, 158; *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 648; *Spindler*, GRUR 2013, 996, 996 f.; *Klar*, DÖV 2013, 103, 108 f.; *Wieczorek*, DuD 2011, 476, 476; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 7; vgl. auch: *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46.

431 Vgl.: *Lauber-Rönsberg*, MMR 2014, 10, 10; *Heckmann*, NJW 2012, 2631, 2631 ff.; *Bruns*, AfP 2011, 421, 422; *Palzer*, Nun sag, wie hast du's mit dem Persönlichkeitsschutz im Internet, in: Taeger, Smart World – Smart Law?, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 91, 91 f.; vgl. dazu auch: *Härtling/Schätzle*, ITRB 2010, 39, 39 ff; *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, D. Rn. 1291; *Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 1.

432 Vgl.: *Peifer*, JZ 2013, 853, 853; *Lorenz*, ZD 2012, 367, 370; *Alexander*, ZUM 2011, 382, 383; *Obhy*, AfP 2011, 428, 431; *Peifer*, Analoges und Digitaler Persönlichkeitsschutz im Recht – eine Aufgabe auch für die Ökonomie?, in: Kops, Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut, 2016, S. 64, 66; *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 71; *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, D. Rn. 1286.

am eigenen Bild ausreichend vom Kunsturhebergesetz in seiner aktuellen Fassung aufgefangen und gelöst werden können.⁴³³

2. Zukünftig zu erwartender Wandel

Neben bereits bestehenden Neuerungen technischer und digitaler Art, können auch künftige Entwicklungen einen Reformbedarf begründen oder den richtigen Zeitpunkt für eine Gesetzesreform beeinflussen.⁴³⁴ Eine Gesetzesreform hat die Möglichkeit, die noch zu erwartenden Fortschritte und ihre Auswirkungen zu ordnen und gefährdete Rechtsgüter frühzeitig zu schützen.⁴³⁵ Eine Gesetzesreform ist hingegen verfrüht, wenn eine Regulierung des geplanten Fortschritts noch nicht möglich erscheint.⁴³⁶ Erkennbar wird, dass der richtige Zeitpunkt für eine Gesetzesreform im Bereich des nicht abgeschlossenen Wandels schwierig zu bestimmen ist.⁴³⁷

a) Big Data, KI, Augmented & Virtual Reality, Smart Glasses et cetera

Der technische Fortschritt rund um das digitale Bild ist noch nicht beendet und wird es wohl auch nie sein. Verwirklichen sich die zurzeit angedachten technischen Fortschritte, soll die Kamera die Schnittstelle zu Big Data, zur Augmented und Virtual Reality als auch zur künstlichen Intelligenz werden.⁴³⁸ Digitale Kameras sollen zum Beispiel die „visuel-

433 Vgl. dazu: *Golz*, IPRB 2015, 170, 170.

434 Vgl. hierzu: *Gessenharter*, MDR 1991, 1120, 1123.

435 *Rose*, DuD 2017, 137, 141; *Heckmann*, K&R 2010, 1, 5; *Gessenharter*, MDR 1991, 1120, 1123; vgl. auch: *Roßnagel*, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: *Hof/Wengenroth*, Innovationsforschung, 2007, S. 9, 14 f.

436 *Heckmann*, K&R 2010, 1, 6.

437 Vgl. hierzu auch: *Heckmann*, K&R 2010, 1, 5; *Gessenharter*, MDR 1991, 1120, 1121; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 305 f.; *Boehme-Neßler*, Schattendasein. Warum Smart Cams im öffentlichen Raum ein Problem sind, in: *Taeger*, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 235, 242 m.w.N.

438 *Schwenke*, NJW 2018, 823, 823 f.; *Rose*, DuD 2017, 137, 137; siehe zum optischen Tracking bei Augmented und Virtual Reality: *Grimm/Broll/Herold/Hummel*, VR/AR-Eingabegeräte und Tracking, in: *Dörner/Broll/Grimm/Jung*, Virtual und Augmented Reality, 2. Aufl. 2019, S. 117, 130 ff.; vgl. zu mehr Informationen auch den Tagungsband: *Taeger*, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 1 ff.

le[n] Sinnesorgane der KI-Hardware⁴³⁹ werden und könnten so unter anderem autonomes Fahren ermöglichen.⁴⁴⁰ Unerlässlich sind Kameraaufnahmen auch für den wachsenden Drohnenverkehr, die autonomen Überwachungssysteme und die in der Bevölkerung überaus populär gewordenen Smartglasses.⁴⁴¹ Bei verschiedenen der aufgezählten Beispiele, ist der Einsatz von Gesichtserkennungssoftware angedacht.⁴⁴² Eine Gesichtserkennungssoftware würde die Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten intensivieren, da nicht nur der Bekanntenkreis den Abgebildeten mit Hilfe des Bildnisses identifizieren kann, sondern auch Dritte eine Namensangabe des Abgebildeten erhalten.⁴⁴³

439 Rose, DuD 2017, 137, 137.

440 Rose, DuD 2017, 137, 138; Kumpf, Smart Cars – eine datenschutzrechtliche Analyse, 2017, S. 18 f.

441 Generell zur vermehrten ungewollten bildlichen Erfassung: Fuchs, ZD 2015, 212, 212 f.; siehe zu Überwachungssystemen: Rose, RDV 2019, 123, 123 ff.; Taeger, DuD 2017, 129, 129 f.; Rose, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in: Taeger, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 75 ff.; siehe zum Betrieb von Drohnen: AG Potsdam, Urt. v. 16.04.2015 – 37 C 454/13, ZD 2016, 236, 236; Uschke/Zdanowiecki, NJW 2016, 444, 444 ff.; Grosskopf, CR 2014, 759, 759 ff.; Solmecke/Nowak, MMR 2014, 431 f. und 433 f.; Bischof, Drohnen: Chancen und Regulation, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 75, 75 ff.; siehe zu Smartglasses: Solmecke/Kocatepe, ZD 2014, 22, 22 ff.; Weichert, DANA 2013, 53, 53 ff.; Schwenke, Smartglasses im öffentlichen Raum – Zwingender Fortschritt auf Kosten der Privatsphäre?, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 17, 17 ff.

442 Siehe zur technischen Funktionsweise: Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 27 f. m.w.N.; Herbolt, Digitale Bildnisse, 2017, S. 284 ff. m.w.N.

443 Rose, RDV 2019, 123, 128; Koch, ITRB 2011, 158, 159; Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 152 und S. 239 f.; Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 71 f.; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 3; Bundesministerium des Inneren, Datenschutz im Internet – Gesetzesentwurf des BMI zum Schutz vor besonders schweren Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht, 01.12.2010, S. 4, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/rote_linie.pdf, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. auch: Herbolt, Digitale Bildnisse, 2017, S. 280 und S. 288 ff.; Götting/Schertz/Seitz-Ladeur, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 8 Rn. 17; Dix, Thesen zum Referat von Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, in: 69. Deutscher Juristentag, Thesen der Gutachter und Referenten, München 2012, S. 70, 72 These 14, abrufbar unter: https://www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120809_djt_69_thesen_web.pdf, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

Verlässliche zeitliche Angaben bis zur Realisierung dieser Vorhaben gibt es nicht.⁴⁴⁴ Doch auch mit Realisierung dieser Vorhaben, scheint das Entwicklungspotenzial nicht ausgeschöpft. Digitale Bilddateien sind ein fester Bestandteil technologischer Innovationen. Weitere Entwicklungen in diesem Bereich sind zu erwarten.⁴⁴⁵

b) Stellungnahme

Auf der einen Seite ist dies ein Argument gegen die zeitnahe Novellierung des Kunsturhebergesetzes. Solange der Wandel nicht abgeschlossen ist, gestaltet sich eine abschließende Novellierung schwierig.⁴⁴⁶ Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass kein Ende des technischen Wandels zu erkennen ist. Der Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes sollte nicht auf unbestimmte Zeit ignoriert werden. Der Gesetzgeber muss der Rechtsunsicherheit, die bereits durch den vollendeten Fortschritt bewirkt wurde, entgegenreten.⁴⁴⁷ Das Kunsturhebergesetz muss an den aktuellen technischen Stand und die neuen rechtlichen Entwicklungen angepasst werden, um seinen Rechtsschutz aufrechtzuerhalten.⁴⁴⁸ Es darf sich in der Gesellschaft nicht eine Art Gewohnheitsrecht entwickeln, welches die gesetzlich geschützten Rechtspositionen vernachlässigt. Ist der technische und digitale Wandel in stetigem Fortgang, ist ein Lösungsvorschlag für die Novellierung, den Wortlaut des Gesetzes nicht zu technikspezifisch zu wählen,

444 Rose, DuD 2017, 137, 140; Smartglasses sollen als Massenprodukt in ca. 10 Jahren für den Endverbraucher käuflich zu erwerben sein, siehe: *Schwenke*, Smartglasses im öffentlichen Raum – Zwingender Fortschritt auf Kosten der Privatsphäre?, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 17, 21 m.w.N; *Martin-Jung/Mayr*, Die Rückkehr der Smart Glasses, 19.02.2018, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/digital/datenbrillen-was-guckst-du-1.3865436>, zuletzt abgerufen am 24.01.2020.

445 Taeger, Begrüßung, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 13, 13; *Schwenke*, Private Nutzung von Smartglasses im öffentlichen Raum, 2016, S. 334 und S. 336; vgl. zum Zustand der Unvollständigkeit des Multimediarechts: *Fechner*, Medienrecht, 20. Aufl. 2019, S. 353.

446 Vgl. auch: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 305 f.

447 *Specht*, MMR 2017, 577, 577; vgl. zur prospektiven Aufgabe des Gesetzes: *Sydow/Kring*, ZD 2014, 271, 276; vgl. zur Rechtsunsicherheit auch: *Fechner*, Medienrecht, 20. Aufl. 2019, S. 353.

448 *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 76.

Technologieneutralität.⁴⁴⁹ So bleibt es möglich, dass die Novellierung ebenfalls auf sich neu entwickelnde Techniken anwendbar bleibt.⁴⁵⁰

3. Nachbesserungsbedarf hervorgerufen durch technischen und digitalen Wandel

Es ist ein Bedeutungswandel zwischen dem Entstehungszeitpunkt der §§ 22, 23 KUG und dem aktuellen Anwendungszeitpunkt festzustellen. Die Beurteilung der Lebenswirklichkeit zeigt, dass die Gefahren für das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten durch den technischen und digitalen Fortschritt stark angewachsen sind.⁴⁵¹ Hier hat das Recht eine prospektive Aufgabe.⁴⁵² Der Gesetzgeber hat das Kunsturhebergesetz so auszugestalten, dass es einen effektiven Schutz vor den neuen Gefahren bietet.⁴⁵³ Solange die Lebenswirklichkeit Gesetzesdefizite erkennen lässt, genügt es nicht, den Rechtsunterworfenen ihre Rechtspflicht aufzuzeigen.⁴⁵⁴ Der Schutz der Rechtsposition kann auch nicht ausschließlich der Rechtsprechung überlassen werden. Eine Rechtslösung nach Klageerhebung, orientiert am Einzelfall, greift zu kurz, um den technischen Fortschritt zum Schutz des Individuums zu regulieren.⁴⁵⁵ Nur eine Gesetzesreform kann

449 *Ohly* kritisiert eine technikspezifische Ausgestaltung und schlägt eine Normierung mit einem flexiblen Abwägungstatbestand vor: *Ohly*, AfP 2011, 428, 435; unterstützend: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 233; kritisch zur Technikneutralität der DSGVO: *Sydow/Kring*, ZD 2014, 271, 271 ff.

450 *Heckmann*, K&R 2010, 1, 5; *Bischof*, Drohnen: Chancen und Regulation, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 75, 94.

451 Vgl. zum Persönlichkeitsrecht insgesamt: *Schertz*, NJW 2013, 721, 722 ff.

452 *Sydow/Kring*, ZD 2014, 271, 276; vgl. auch: BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354.

453 Für die Aufgabe des Regelungskonzepts plädieren: *Hahn*, NJW 1997, 1348, 1350; ebenfalls: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 310.

454 Vgl. hierzu: Beschluss des Deutschen Juristentages 1957, BT-Drs. III/1237 Anl. 1, S. 33, nachzulesen bei: UFITA (Archiv für Urheber- und Medienrecht), 1959, Bd. 29, S. 39 ff.; vgl. auch: *Vogel*, JZ 1979, 321, 323; aA: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 234.

455 Vgl. hierzu: *Rose*, DuD 2017, 137, 138 und 140 f.; *Gessenharter*, MDR 1991, 1120, 1122; aA: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 234; wohl auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1059 f.

die Entwicklungsprozesse lenken und so ausreichend Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für die Zukunft schaffen.⁴⁵⁶

Der Fortschritt der Technik effizient in mehreren Punkten Nachbesserungsbedarf für das Kunsturhebergesetz. Ein abschließendes Ergebnis für den Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter kann erst in der Zusammenschau mit den rechtlichen Entwicklungen und einer rechtlichen Untersuchung ermittelt werden. Die tatsächlichen und rechtlichen Entwicklungen sind miteinander verknüpft. Der Anpassungsbedarf des Kunsturhebergesetzes muss deshalb sowohl aus einer tatsächlichen als auch rechtlichen Perspektive untersucht werden. Nur so ist es möglich, die tatsächlichen Entwicklungen durch eine Gesetzesanpassung zu erfassen und dabei eine widerspruchsfreie Regelungssystematik zwischen Kunsturhebergesetz, Urheberrechtsgesetz, InfoSoc-RL und der Datenschutzgrundverordnung sicherzustellen.

II. Gesellschaftliche Akzeptanz des Bildnisschutzes?

Neue gesellschaftliche Verhaltensweisen, ermöglicht durch den technischen Fortschritt und veränderte gesellschaftliche Wertevorstellungen, sind auf der tatsächlichen Ebene zu verzeichnen.⁴⁵⁷ Es ist nicht nur eine

456 Siehe zur Rechtsklarheit: *Reinhardt*, JZ 1959, 41, 45; *Ohly*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?; Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 104; *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, 2008, S. 663; vgl. zur Rechtssetzung bei technischen Innovationen: *Heckmann*, K&R 2010, 1, 6; *Roßnagel*, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: *Hof/Wengenroth*, Innovationsforschung, 2007, S. 9, 9 ff.; vgl. zur Rechtssicherheit für die Zukunft: *Rose*, DuD 2017, 137, 140 f.; *Sydow/Kring*, ZD 2014, 271, 276; *Schertz*, NJW 2013, 721, 724; aA: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 234.

457 Vgl. zu veränderten Verhaltensweisen und Wertevorstellungen: *Peifer*, JZ 2013, 853, 853 ff.; *Schertz*, NJW 2013, 721, 721 ff.; *Schertz/Höch*, AnwBl 2012, 721, 721; *Ohly*, AfP 2011, 428, 428 ff.; *Taeger*, Begrüßung, in: *Taeger*, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 13, 14; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 255; *Burkart/Meyer*, Bilder, Abbilder, Fotografien, Welten, Räume und Metaphern oder: Versuche zu einem entgrenzten Medium, in: *Burkart/Meyer*, Die Welt anhalten, 2016, S. 10, 11; *Boehme-Neßler*, BilderRecht, 2010, S. 55 ff.; *Maar*, Iconic Worlds – Bilderwelten nach dem iconic turn, in: *Maar/Burda*, Iconic Worlds, 2006, S. 11, 11; *Kruse*, Vom Ursprung der Bilder aus der Furcht vor Tod und Vergessen, in: *Hoffmann/Rippl*, Bilder: ein (neues) Leitmedium?,

gesteigerte Aktivität mit digitalen Bildnissen festzustellen, sondern auch in zunehmenden Maße ein Mitteilungsdrang des Einzelnen an die Gesellschaft und eine Beobachtungslust der Gesellschaft.⁴⁵⁸

Diese tatsächlichen Entwicklungen führen auf der Makroebene zu folgender Fragestellung: Stellt das Selbstbestimmungsrecht über das fixierte Eigenbild noch ein angemessenes und erwünschtes Schutzsystem in un-

2006, S. 15, 17; *Grau*, Immersion & Emotion, in: *Grau/Keil*, Mediale Emotionen, 2005, S. 70, 70; *Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof-Tinnefeld*, Einführung in das Datenschutzrecht, 6. Aufl. 2018, S. 3 f.; *Ulrich*, Dramen und Wunder. Was bleibt von der Bilderflut des Jahres?, 30.12.2014, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2015/01/fotojournalismus-fotostrecke-2014-krisen>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. zu der Wechselwirkung von technischem Fortschritt und den veränderten gesellschaftlichen Verhaltensweisen: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 648; *Boehme-Neßler*, Schattendasein. Warum Smart Cams im öffentlichen Raum ein Problem sind, in: *Taeger*, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 235, 238 m.w.N.

- 458 Vgl. zur gesteigerten Aktivität: *Heckmann*, vorgänge 2008, Ausgabe 184, 20, 27 f.; *Burkart/Meyer*, Bilder, Abbilder, Fotografien, Welten, Räume und Metaphern oder: Versuche zu einem entgrenzten Medium, in: *Burkart/Meyer*, Die Welt anhalten, 2016, S. 10, 11; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46 f.; *Boehme-Neßler*, BilderRecht, 2010, S. 55; *Maar*, Iconic Worlds – Bilderwelten nach dem iconic turn, in: *Maar/Burda*, Iconic Worlds, 2006, S. 11, 11; *Kruse*, Vom Ursprung der Bilder aus der Furcht vor Tod und Vergessen, in: *Hoffmann/Rippl*, Bilder: ein (neues) Leitmedium?, 2006, S. 15, 15; *Grau*, Immersion & Emotion, in: *Grau/Keil*, Mediale Emotionen, 2005, S. 70, 70; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1; *Ulrich*, Dramen und Wunder. Was bleibt von der Bilderflut des Jahres?, 30.12.2014, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2015/01/fotojournalismus-fotostrecke-2014-krisen>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. zum Mitteilungsdrang: OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 539; *Schertz*, NJW 2013, 721, 721 ff.; *Schertz/Höck*, AnwBl 2012, 721, 721; *Ohly*, AfP 2011, 428, 429 f.; *Schmidt*, Social Media, 2. Aufl. 2018, S. 31; *Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof-Tinnefeld*, Einführung in das Datenschutzrecht, 6. Aufl. 2018, S. 3 f.; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 185; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 24 und S. 255; *Kruse*, Vom Ursprung der Bilder aus der Furcht vor Tod und Vergessen, in: *Hoffmann/Rippl*, Bilder: ein (neues) Leitmedium?, 2006, S. 15, 17; beachte, die Studie von *Schenk/Niemann/Reinmann/Roßnagel* hat ergeben, dass das Motiv der Selbstdarstellung für die Nutzung sozialer Netzwerke lediglich eine untergeordnete Rolle spielt: *Schenk/Niemann/Reinmann/Roßnagel*, Digitale Privatsphäre, 2012, S. 195; vgl. zur Beobachtungslust: *Ohly*, AfP 2011, 428, 431; *Seidel/Nink*, CR 2009, 666, 666 f.; *Schwenke*, Private Nutzung von Smartglasses im öffentlichen Raum, 2016, S. 343 ff.; *Hotter*, Privatsphäre, 2011, S. 117 f.; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1.

serer Gesellschaft dar? Oder sollte das Regelungskonzept des Rechts am eigenen Bild aufgrund veränderter gesellschaftlicher Wertevorstellungen aufgegeben werden?⁴⁵⁹ Diese Fragestellung wird aus rechtlicher Perspektive untersucht, nachdem die veränderten gesellschaftlichen Verhaltensweisen und Wertevorstellungen dargestellt sind.

1. Veränderte gesellschaftliche Verhaltensweisen und Wertevorstellungen

Bilder von erkennbaren natürlichen Personen werden in unterschiedlichen Kulturkreisen sehr differenziert bewertet.⁴⁶⁰ In Deutschland nimmt die Vielzahl und Bedeutung von Bildern täglich zu.⁴⁶¹ Ermöglicht durch den technischen Fortschritt ist eine inflationäre Anfertigung, Vervielfältigung und Veröffentlichung von Bildern festzustellen.⁴⁶² Dieser Wandlungsprozess wird mit dem Oberbegriff der Bilderflut bezeichnet.⁴⁶³ Die

459 Vgl. hierzu die Überlegung den Schutz der Privatsphäre insgesamt aufzugeben: *Schertz*, NJW 2013, 721, 721 f. und 727; *Ohly*, AfP 2011, 428, 428; *Koch*, ITRB 2011, 158, 161; *Taeger*, Begrüßung, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 13, 14; *Zschunke*, Ist Privatsphäre noch zeitgemäß?, 24.03.2011, abrufbar unter: <https://www.stern.de/digital/online/post-privacy-debatte-ist-privatsphaere-noch-zeitgemass--3864966.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. zur Aufgabe des Schutzkonzepts der §§ 22, 23 KUG unter anderem wegen gesellschaftlichen Veränderungen: *Hahn*, NJW 1997, 1348, 1350.

460 *Tinnefeld/Viethen*, NZA 2003, 468, 469; *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 65.

461 *Heckmann*, vorgänge 2008, Ausgabe 184, 20, 27 f.; *Burkart/Meyer*, Bilder, Abbilder, Fotografien, Welten, Räume und Metaphern oder: Versuche zu einem entgrenzten Medium, in: *Burkart/Meyer*, Die Welt anhalten, 2016, S. 10, 11; vgl. dazu auch: vgl. auch. *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 24; *Boehme-Neßler*, BilderRecht, 2010, S. 55; *Kruse*, Vom Ursprung der Bilder aus der Furcht vor Tod und Vergessen, in: *Hoffmann/Rippl*, Bilder: ein (neues) Leitmedium?, 2006, S. 15, 15; *Maar*, Iconic Worlds – Bilderwelten nach dem iconic turn, in: *Maar/Burda*, Iconic Worlds, 2006, S. 11, 11; *Grau*, Immersion & Emotion, in: *Grau/Keil*, Mediale Emotionen, 2005, S. 70, 70.

462 Vgl. dazu: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 648; *Tinnefeld/Viethen*, NZA 2003, 468, 469; *Heckmann*, vorgänge 2008, Ausgabe 184, 20, 27 f.

463 *Rose*, ZD 2017, 64, 64; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46 f.; *Boehme-Neßler*, BilderRecht, 2010, S. 55 f.; *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, 2008, S. 227; *Hoffmann/Rippl*, Einleitung, in: *Hoffmann/Rippl*, Bilder: ein (neues) Leitmedium?, 2006, S. 7, 7; *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale

Bilderflut resultiert insbesondere aus dem Bedürfnis des Einzelnen nach medialer Aufmerksamkeit.⁴⁶⁴ Der Mitteilungsdrang begrenzt sich jedoch nicht nur auf die eigene Person, sondern schließt Dritte, teilweise auch gegen ihren Willen, mit ein. Komplementiert wird dieses Phänomen durch die zunehmende Beobachtungskultur der Gesellschaft. Das Folgen und Überwachen anderer Menschen, mit Hilfe sozialer Medien, erfreut sich großer Beliebtheit.⁴⁶⁵ Diese Entwicklung begrenzt sich nicht mehr auf prominente Persönlichkeiten.⁴⁶⁶ Im Bereich Social Media ist beinahe jeder von Veröffentlichungen betroffen.⁴⁶⁷ Dieser Wandel trifft zunehmend auf gesellschaftliche Akzeptanz. Dennoch werden dabei milliardenfach Bildnisse ohne Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt und das Schutzkonzept der §§ 22, 23 KUG missachtet.⁴⁶⁸

Mit Blick auf die Forschungsfrage gilt es zu beachten, dass ein reformbedürftiges Gesetz nicht nur überarbeitet, sondern auch für ungültig erklärt werden kann.⁴⁶⁹ Im Vergleich zu einer Gesetzesreform könnte es vorzuzugs- würdig sein, das Kunsturhebergesetz aufzuheben, wenn die Gesellschaft

(Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 70; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1; Ulrich, Dramen und Wunder. Was bleibt von der Bilderflut des Jahres?, 30.12.2014, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2015/01/fotojournalismus-fotostrecke-2014-krisen>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020.

464 Vgl. dazu: Schertz, NJW 2013, 721, 721 ff.; Schertz/Höch, AnwBl 2012, 721, 721; Ohly, AfP 2011, 428, 429 f.; Schmidt, Social Media, 2. Aufl. 2018, S. 31; Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof-Tinnefeld, Einführung in das Datenschutzrecht, 6. Aufl. 2018, S. 3 f.; Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 255; Müller/Geise, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46 f.; Kruse, Vom Ursprung der Bilder aus der Furcht vor Tod und Vergessen, in: Hoffmann/Rippl, Bilder: ein (neues) Leitmedium?, 2006, S. 15, 17; vgl. auch: OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 539.

465 Vgl.: Ohly, AfP 2011, 428, 431; Seidel/Nink, CR 2009, 666, 666 f.; Schwenke, Private Nutzung von Smartglasses im öffentlichen Raum, 2016, S. 343 ff.; Hotter, Privatsphäre, 2011, S. 117 f.; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1.

466 Peifer, JZ 2013, 853, 853; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1.

467 Schertz, NJW 2013, 721, 721; vgl. zum Begriff Social Media: Schmidt, Social Media, 2. Aufl. 2018, S. 9.

468 Vogt, ITRB 2018, 205, 205 f.; Ohly, AfP 2011, 428, 428; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 21.

469 Siehe hierzu ausführlich in der Einleitung bei E.

den Bildnisschutz nicht mehr für erforderlich erachtet und das Regelungskonzept ins Leere läuft.⁴⁷⁰

2. Verfassungsrechtlicher Schutzauftrag

Diesem Gedanken ist jedoch zu widersprechen. Die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten des Staates verpflichten den Gesetzgeber dazu, den Grundrechten, auch im Verhältnis unter Privatpersonen, Geltung zu verschaffen.⁴⁷¹ Das Recht am eigenen Bild ist ein besonderes einfach normiertes Persönlichkeitsrecht und wurzelt im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.⁴⁷² Der Staat hat den Einzelnen gegen Eingriffe Dritter in das besondere Persönlichkeitsrecht zu schützen.⁴⁷³ Diese Schutzgebotsfunktion erfüllt der Gesetzgeber durch die Aufrechterhaltung und ggf. Verbesserung der §§ 22, 23 KUG.⁴⁷⁴ Mit einem zivilrecht-

470 Vgl. hierzu die Überlegung den Schutz der Privatsphäre insgesamt aufzugeben: Schertz, NJW 2013, 721, 721 f. und 727; Ohly, AfP 2011, 428, 428; Taeger, Begrüßung, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 13, 14; Zschunke, Ist Privatsphäre noch zeitgemäß?, 24.03.2011, abrufbar unter: <https://www.stern.de/digital/online/post-privacy-debatte-ist-privatsphaere-noch-zeitgemaess--3864966.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. zur Aufgabe des Schutzkonzepts der §§ 22, 23 KUG unter anderem wegen gesellschaftlichen Veränderungen: Hahn, NJW 1997, 1348, 1350.

471 BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998 – 1 BvR 1531–96, NJW 1999, 1322, 1323; BVerfG, Beschl. v. 06.05.1997 – 1 BvR 409/90, NJW 1997, 1769, 1770; BVerfG, Urt. v. 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77, NJW 1977, 2255, 2255; BVerfG, Urt. v. 25.02.1975 – 1 BvF 1 – 6/74, NJW 1975, 573, 575; Bruns, AfP 2011, 421, 422; Holznagel/Schumacher, JZ 2011, 57, 58; Canaris, AcP 1984, 201, 225 ff.; Götting/Schertz/Seitz-Götting, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 3 Rn. 4; Dreier-Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 101 f.; Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz, Lfg. 39 Stand Juli 2001, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 135.

472 BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – Nena; BVerfG, Beschl. v. 31.01.1973 – 2 BvR 454/71, NJW 1973, 891, 892; BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 409 f. – Herrenreiter.

473 Siehe hierzu: EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053 Tz. 98 – Caroline von Hannover/Deutschland Nr. 2; EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647 Tz. 57 – Caroline von Hannover/Deutschland; Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz, Lfg. 39 Stand Juli 2001, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 135.

474 Vgl. zur Schutzpflicht des Gesetzgebers bezogen auf die Ausformung des einfachen Rechts: BVerfG, Beschl. v. 19.10.2006 – 1 BvR 402/06, ZUM 2007,

lichen Abwehr- und Schadensersatzanspruch verteidigt der Gesetzgeber jedenfalls die Individuen, die den Bildnisschutz weiterhin wünschen. Dazu bleibt der Staat auch verpflichtet, wenn Teile der Bevölkerung das Recht am eigenen Bild nicht mehr für geboten erachten.

Zur Garantie der Grundrechte und der dadurch ausgedrückten Wertordnung der Verfassung kann darüber hinaus paternalistisches Handeln des Staates gerechtfertigt werden, bezeichnet als Wertepaternalismus.⁴⁷⁵ Rechtspaternalismus beschreibt ein Handeln des Staates zum Wohl des Betroffenen auch gegen seinen Willen.⁴⁷⁶ Die umstrittene Form des harten Paternalismus setzt einen Eingriff in die Autonomie des Betroffenen voraus.⁴⁷⁷ Das abgestufte Schutzkonzept des Kunsturhebergesetzes überschrei-

380, 381; BVerfG, Beschl. v. 06.05.1997 – 1 BvR 409/90, NJW 1997, 1769, 1770; *Holznagel/Schumacher*, JZ 2011, 57, 58, 62; *Canaris*, AcP 1984, 201, 227; Götting/Schertz/Seitz-Götting, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 3 Rn. 4; Isensee/Kirchhof-Isensee, Handbuch des Staatsrechts Band IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 219; Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz, Lfg. 39 Stand Juli 2001, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 135.

475 Siehe zur objektiven Wertentscheidung der Verfassung: BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, GRUR 1958, 254, 255 – *Lüth*; weiter: BVerfG, Urt. v. 13.02.2007 – 1 BvR 421/05, NJW 2007, 753 Tz. 63; *Sachs-Murswiek/Rixen*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 24; Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz, Lfg. 39 Stand Juli 2001, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 135; siehe zum Wertepaternalismus: *Eidenmüller*, JZ 2011, 814, 815; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 361 f. und S. 390; siehe zum Paternalismus insgesamt: *Kirste*, JZ 2011, 805, 805 ff.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 359; *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 8 ff.; weiter: *Klass*, Die Menschenwürde im Spannungsfeld zwischen Paternalismus und Selbstbestimmung, in: Gornig/Schöbener/Bausback/Irmscher, Iustitia et Pax Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz, 2008, S. 25, 25 ff.; kritisch zum Paternalismus: *Gutmann*, NJW 1999, 3387, 3388; Dreier-Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 29; siehe zum Paternalismus im Datenschutzrecht: *Krönke*, Der Staat 2016, 319, 319 ff.

476 *Eidenmüller*, JZ 2011, 814, 814 f.; *Kirste*, JZ 2011, 805, 805 f.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 359; *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 8; weiter: *Klass*, Die Menschenwürde im Spannungsfeld zwischen Paternalismus und Selbstbestimmung, in: Gornig/Schöbener/Bausback/Irmscher, Iustitia et Pax Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz, 2008, S. 25, 27; kritisch zum Paternalismus: *Gutmann*, NJW 1999, 3387, 3388.

477 Siehe zum Erfordernis der Freiheitsbeschränkung beim klassischen harten Paternalismus: *Eidenmüller*, JZ 2011, 814, 815; *Kirste*, JZ 2011, 805, 813; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 359 und S. 374; *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 8; siehe zur Unterscheidung harter und weicher Paternalismus: *Kirste*, JZ 2011, 805, 805 ff.; *Fateh-Moghadam*, Grenzen des weichen Paternalismus – Blinde Flecken der liberalen Paternalis-

tet die Grenze zum harten Paternalismus aber nicht.⁴⁷⁸ Im Gegensatz dazu garantieren die Rechtsnormen die freie Entscheidungsfindung des Abgebildeten in den Grenzen der kollidierenden Grundrechte, vgl. §§ 22, 23 KUG.

Dennoch könnte der Fortbestand des Bildnisschutzes aufgrund folgender Überlegung dem Wertepaternalismus in einer weichen Form zuzuordnen sein:⁴⁷⁹ § 22 S. 1 KUG gewährt jeder abgebildeten Person das Selbstbestimmungsrecht, unabhängig davon, ob diese den Schutz wünscht bzw. toleriert. Dieser freiheitsfördernde Schutz, auch gegen den Willen des Betroffenen, zählt zum Wertepaternalismus in einer weichen Form. Dieser ist zum Schutz der Grundrechte und der dadurch ausgedrückten Wertentscheidung der Verfassung geboten.

3. Kein Nachbesserungsbedarf hervorgerufen durch gesellschaftlichen Wandel

Trotz der teilweise veränderten gesellschaftlichen Verhaltensweisen und Wertevorstellungen hat der Gesetzgeber den Schutz des Rechts am eigenen Bild aufrechtzuerhalten. Die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten des Staates lassen keine andere Auffassung zu, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG. Der Staat hat den Einzelnen weiterhin gegen Eingriffe Dritter in das besondere Persönlichkeitsrecht zu schützen.⁴⁸⁰

muskritik, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 21, 23; *Klass*, Die Menschenwürde im Spannungsfeld zwischen Paternalismus und Selbstbestimmung, in: Gornig/Schöbener/Bausback/Irmscher, Iustitia et Pax Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz, 2008, S. 25, 27.

478 Vgl.: *Obly*, AfP 2011, 428, 431.

479 Siehe zum Wertepaternalismus: *Eidenmüller*, JZ 2011, 814, 815; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 361 f. und S. 390; siehe zum weichen Paternalismus: *Kirste*, JZ 2011, 805, 805 ff.; *Fateh-Moghadam*, Grenzen des weichen Paternalismus – Blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 21, 23; *Klass*, Die Menschenwürde im Spannungsfeld zwischen Paternalismus und Selbstbestimmung, in: Gornig/Schöbener/Bausback/Irmscher, Iustitia et Pax Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz, 2008, S. 25, 27; vgl. zum indirekten Paternalismus: *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 15.

480 Vgl.: EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053 Tz. 98 – *Caroline von Hannover/Deutschland* Nr. 2; EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647 Tz. 57 – *Caroline*

Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass der dargestellte Wandel nur einen Teil der Gesellschaft betrifft. Der Bildnisschutz wird weiterhin beansprucht, wobei Anzahl und Intensität der Rechtsverletzungen im digitalen Zeitalter zugenommen haben.⁴⁸¹ Die gewandelte Anschauung der Privatheit in Teilen der Gesellschaft und das netzrelevante Vorverhalten des Betroffenen können mit Hilfe des ungeschriebenen Abwägungskriteriums der medialen Selbstöffnung im Kunsturhebergesetz gewürdigt werden.⁴⁸²

Der gesellschaftliche Wandel bewirkt keinen regulatorischen Handlungsbedarf des Gesetzgebers.

D. Rechtliche Veränderungen für das Kunsturhebergesetz

Nachdem zu Beginn der Untersuchung die vorrangige und vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung eruiert worden ist und anschließend der Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter auf der tatsächlichen Ebene untersucht wurde, wendet sich die Arbeit schließlich erneut der rechtlichen Ebene zu. Die aktuellen Entwicklungen beider Problemkreise bieten den Anlass der Untersuchung.

von Hannover/Deutschland; Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz, Lfg. 39 Stand Juli 2001, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 135.

481 Vgl. dazu: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 1; siehe hierzu im zweiten Kapitel bei C. I. 1. a) – c).

482 Vgl. zum ungeschriebenen Abwägungskriterium der medialen Selbstöffnung: LG Frankfurt, Urt. v. 19.12.2019 – 2–03 O 4/19, GRUR-RS 2019, 34507 Tz. 31 f.; OLG Köln, Urt. v. 21.02.2019 – 15 U 139/18, GRUR-RS 2019, 2362 Tz. 21 ff.; LG Frankfurt, Urt. v. 27.09.2018 – 2–03 O 320/17, juris, Tz. 127; LG Frankfurt, Urt. v. 05.10.2017 – 2–03 O 352/16, ZUM-RD 2018, 237, 239; OLG München, Urt. v. 17.03.2016 – 29 U 368/16, MMR 2016, 414, 415 f. – Internetpranger; Specht, MMR 2017, 577, 578; Schertz/Höck, AnwBl 2012, 721, 721; Specht, Videokunst als Big Data on Youtube, in: Taeger, Big Data & Co – Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, 2014, S. 35, 51; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 25; vgl.: BGH, Urt. v. 29.11.2016 – VI ZR 382/15, ZD 2017, 236 Tz. 12 f.; BVerfG, Urt. v. 21.08.2006 – 1 BvR 2606/04, NJW 2006, 3406, 3408; BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1023 – Caroline von Monaco I; Götting/Schertz/Seitz-Wanckel, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 19 Rn. 44 ff.; zur Würdigung bei der Bemessung der Geldentschädigung: Braun, jurisPR-ITR 2018, Ausgabe 22 Anm. 5.

Einerseits werden Vorschläge zur Gesetzesmodifikation diskutiert, die die Defizite des Kunsturhebergesetzes auf der tatsächlichen Ebene beseitigen sollen. Andererseits wird überprüft, ob neben den tatsächlichen Entwicklungen auch rechtliche Entwicklungen eingetreten sind, die einen Anpassungsbedarf des Kunsturhebergesetzes hervorrufen. Die zu untersuchenden rechtlichen Entwicklungen erfassen sowohl Legislation als auch Jurisdiktion. Von Interesse für die Forschungsfrage ist aus dem Bereich der Gesetzgebung, neben dem Konflikt mit der Datenschutzgrundverordnung, insbesondere das Urheberrechtsgesetz. Dies ist der Fall, da der Wortlaut des Kunsturhebergesetzes partiell dem des Urheberrechtsgesetzes entspricht, was wiederum dadurch begründet ist, dass Teile des Urheberrechts, vor der Urheberrechtsreform im Jahre 1965, ebenfalls im Kunsturhebergesetz verankert waren.⁴⁸³ Deshalb ist es in der Rechtsprechung und Literatur bislang weitverbreitet, bei der Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen auf den Wortlaut und die Systematik des Urheberrechtsgesetzes zurückzugreifen.⁴⁸⁴ Insbesondere wegen der fortschreitenden Harmonisierung des Urheberrechts wird diese Vorgehensweise im Folgenden überprüft. Dabei sind auch die Auswirkungen zu diskutieren, die für die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen

483 Vgl. zum Wortlaut des Gesetzes: *Specht*, MMR 2017, 577, 577; *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 534; vgl. zum Ursprung des KUG und der Urheberrechtsreform im Jahre 1965: § 141 Nr. 5 UrhG in der Fassung vom 09.09.1965, BGBl. I, S. 1293; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; *Fromm/Nordemann-Axel Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Einl. UrhG Rn. 26; siehe hierzu auch im zweiten Kapitel bei B. I.

484 Vgl. zur öffentlichen Schausstellung: LG Oldenburg, Urt. v. 22.03.1990 – 5 O 3328/89, AfP 1991, 652, 653; LG Oldenburg, Beschl. v. 21.04.1988 – 5 S 1656/87, GRUR 1988, 694, 695 – *Grillfest*; *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145; *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 365 f.; *Ernst*, AfP 2015, 401, 401; *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 533 f.; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; *Möhring/Nicolini-Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 19; vgl. zum Verbreiten: BGH, Urt. v. 07.12.2010 – VI ZR 30/09, AfP 2011, 70, 71; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.12.2008 – 11 U 22/08, ZUM-RD 2009, 187, 189; *Platz*, WRP 2000, 599, 605; *Götting/Schertz/Seitz-Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 32; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9; vgl. insgesamt dazu auch: LG Köln, Urt. v. 22.06.2011 – 28 O 819/10, ZUM-RD 2011, 626, 628.

aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Recht der öffentlichen Wiedergabe und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-RL) folgen.⁴⁸⁵

I. Kein Einfluss der InfoSoc-Richtlinie auf das Kunsturhebergesetz

Obwohl die europäische Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-RL) keine Vorgaben zum Recht am eigenen Bild enthält, scheint in Frage zu stehen, ob das Verständnis der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen gleichwohl durch die Richtlinie und die hierzu ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beeinflusst wird.⁴⁸⁶

Die Untersuchung der Fragestellung erfolgt in vier Schritten: Zuerst wird geprüft, ob das Unionsrecht eine Pflicht zur einheitlichen Auslegung

485 Vgl. zu der Frage der Übertragbarkeit der EuGH-Rspr. auf das KUG und ihrer Bindungswirkung; *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 365 ff.; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175 f.; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 6 und § 22 KUG Rn. 9 ff.; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 15; vgl. die EuGH-Rspr. zum Recht der öffentlichen Wiedergabe, Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL: EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911, 911 ff. – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 14.06.2017 – C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790, 790 ff. – *Pirate Bay*; EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610, 610 ff. – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152, 1152 ff. – *GS Media*; EuGH, Beschl. v. 21.10.2014 – C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 = MMR 2015, 46, 46 ff. – *Bestwater International*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360, 360 ff. – *Svensson*; beim EuGH anhängige Verfahren: C-683/18, zuvor: BGH, Beschl. v. 20.09.2018 – I ZR 53/17, GRUR 2018, 1239, 1239 ff. – *uploaded*; C-682/18, zuvor: BGH, Beschl. v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132, 1132 ff. – *YouTube*; C-468/17, zuvor: BGH, Beschl. v. 01.06.2017 – I ZR 139/15, GRUR 2017, 901, 901 ff. – *Afghanistan Papiere*.

486 Vgl. zu der Frage der Übertragbarkeit der EuGH-Rspr.: *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 365 ff.; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175 f.; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 6 und § 22 KUG Rn. 9 ff.

der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers statuiert. Nachdem eine unionsrechtliche Pflicht abgelehnt ist, wird ein nationales Gebot zur einheitlichen Auslegung in Betracht gezogen. Die Argumente für und gegen ein nationales Gebot zur einheitlichen Auslegung werden abgewogen und es wird dargelegt, dass die besseren Argumente dafürsprechen, das Kunsturhebergesetz losgelöst vom harmonisierten Urheberrechtsgesetz auszulegen. Die aus einer autonomen Auslegung resultierenden Unterschiede werden abschließend aufgezeigt.

1. Pflicht zur einheitlichen Auslegung aus dem Unionsrechts?

Eine unionsrechtliche Pflicht zur einheitlichen Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers könnte aufgrund des Gebots zur richtlinienkonformen Auslegung bestehen, Art. 288 Abs. 3 AEUV.⁴⁸⁷

a) Umsetzungspflicht der InfoSoc-RL

Anders als die Datenschutzgrundverordnung, entfaltet die InfoSoc-RL keine unmittelbare Rechtswirkung in den Mitgliedstaaten, Art. 288 Abs. 3 AEUV.⁴⁸⁸ Eine europäische Richtlinie ist staatengerichtet und fordert von

487 Vgl. zum Gebot der richtlinienkonformen Auslegung: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 = NJW 2006, 2465 Tz. 108 ff. – *Adeneler/ELOG*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 = NJW 2004, 3547 Tz. 113 ff. – *Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz*; EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 = NJW 1984, 2021, 2022 – *v. Colson und Kamann*; *Lutter*, JZ 1992, 593, 604 f.; *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: *Rummel/Kozioł*, Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47, 47 ff.; *Streinz-Schroeder*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 110 ff.; *Vedder/Heintschel von Heinegg-Vedder*, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 34 ff.; *Callies/Ruffert-Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 77 ff.; *Riesenhuber-Roth/Jopen*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 3 ff.

488 Siehe zur Rechtswirkung einer Richtlinie: *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 104 f.; *Vedder/Heintschel von Heinegg-Vedder*, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 21 f.; *Callies/Ruf-*

den einzelnen Mitgliedstaaten eine fristgerechte Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht, vgl. Art. 13 Abs. 1 InfoSoc-RL.⁴⁸⁹ Die Umsetzungspflicht kann es erforderlich machen, innerstaatliches Recht zu beseitigen, zu modifizieren, beizubehalten oder neu zu schaffen.⁴⁹⁰ Die für die Untersuchung relevanten Verwertungsrechte des Urhebers, das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 InfoSoc-RL und das Verbreitungsrecht nach Art. 4 InfoSoc-RL, sind seit dem 13.09.2003 im Urheberrechtsgesetz umgesetzt, vgl. §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, 17 UrhG, §§ 15 Abs. 2, Abs. 3, 19 a UrhG.⁴⁹¹ Dazu wurden Abs. 2 und Abs. 3 des § 15 UrhG neu gefasst und § 19 a UrhG neu in das Urheberrechtsgesetz eingefügt.⁴⁹²

fert-Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 23 und Rn. 47; siehe zur Rechtswirkung der DSGVO Art. 288 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: Vedder/Heintschel von Heinegg-Vedder, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 18; Callies/Ruffert-Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 16; Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 89; siehe hierzu auch im ersten Kapitel bei F. I.

489 Vgl. zur Staatengerichtetheit: EuGH, Urt. v. 18.12.1997 – C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628 = EuZW 1998, 167 Tz. 40 – *Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallonne*; Lutter, JZ 1992, 593, 594; Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 104 und Rn. 109; Vedder/Heintschel von Heinegg-Vedder, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 21 und Rn. 26; vgl. zur Frist: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 = NJW 2004, 3547 Tz. 117 – *Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz*; EuGH, Urt. v. 18.12.1997 – C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628 = EuZW 1998, 167 Tz. 42 – *Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallonne*; Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 114; Vedder/Heintschel von Heinegg-Vedder, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 29.

490 Lutter, JZ 1992, 593, 594; Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 104; vgl. auch: Vedder/Heintschel von Heinegg-Vedder, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 34; Streinz-Schroeder, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 63 f.

491 BGBl. I S. 1774; vgl. auch: BGH, Beschl. v. 01.06.2017 – I ZR 139/15, GRUR 2017, 901, 902 – *Afghanistan Papiere*; BGH, Beschl. v. 16.05.2013 – I ZR 46/12, GRUR 2013, 818, 819 – *Die Realität*; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 112; Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 24; Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 127.

492 BGBl. I, S. 1774.

b) Gebot der richtlinienkonformen Auslegung

Nachdem die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt ist, trifft alle staatliche Stellen, insbesondere die Gerichte, das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung, Art. 288 Abs. 3 AEUV.⁴⁹³ Die richtlinienkonforme Auslegung gebietet es, das nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen,⁴⁹⁴ wobei die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu der jeweiligen Richtlinie einzubeziehen ist, vgl. Art. 267 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 AEUV.⁴⁹⁵ Das Gebot betrifft in erster Linie das angeglichenene nationale Recht, welches die europäische Richtli-

493 EuGH, Urt. v. 10.10.2013 – C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650 = NJW 2014, 44 Tz. 29 – *Spedition Welter GmbH/Avanssur SA*; BVerfG, Beschl. v. 26.09.2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Tz. 46; EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 = NJW 1984, 2021, 2022 – v. *Colson und Kamann*; Vedder/Heintschel von Heinegg-Vedder, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 34; Fromm/Nordemann-Axel Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Einl. UrhG Rn. 37; Callies/Ruffert-Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 77 ff.; Riesenhuber-Roth/Jopen, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 4 f.; Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 133.

494 EuGH, Urt. v. 10.10.2013 – C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650 = NJW 2014, 44 Tz. 29 – *Spedition Welter GmbH/Avanssur SA*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 = NJW 2004, 3547 Tz. 113 – *Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz*; EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 = NJW 1984, 2021, 2022 – v. *Colson und Kamann*; Streinz-Schroeder, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 113; von der Groeben/Schwarze/Hatje-Geismann, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 288 AEUV Rn. 55.

495 EuGH (Plenum), Urt. v. 12.06.2003 – C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 = NJW 2003, 3185 Tz. 30 – *Schmidberger/Republik Österreich*; BGH, Urt. v. 21.04.1994 – I ZR 31/92, GRUR 1994, 794, 795 – *Rolling Stones*; EuGH, Urt. v. 18.10.1990 – C-297/88 und C-197/89, ECLI:EU:C:1990:360 = juris, Tz. 33 und Tz. 37 – *Dzodzi/Belgischer Staat*; Vedder/Heintschel von Heinegg-Pache, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 267 AEUV Rn. 39; Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 131; Riesenhuber-Roth/Jopen, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 5; Grabitz/Hilf/Nettesheim-Karpenstein, Das Recht der Europäischen Union, 50. EL 2013, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 267 AEUV Rn. 1 f. und Rn. 104; kritisch zur Bindungswirkung bei unterinstanzlichen Gerichten: Callies/Ruffert-Wegener, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 267 AEUV Rn. 51; von der Groeben/Schwarze/Hatje-Gaitanides, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 267 AEUV Rn. 92.

nie umgesetzt.⁴⁹⁶ Das europäische Recht kann hingegen keine richtlinienkonforme Handhabung für Sachbereiche einfordern, die nicht von dem Anwendungsbereich einer Richtlinie erfasst sind.⁴⁹⁷ Es besteht keine Ausstrahlungswirkung einer europäischen Richtlinie auf das nationale richtlinienfreie Recht.⁴⁹⁸

c) Gegenstand der InfoSoc-RL

Gegenstand der InfoSoc-RL ist der rechtliche Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte im Rahmen des Binnenmarkts, insbesondere in Bezug auf die Informationsgesellschaft, Art. 1 InfoSoc-RL und ErwGr 5.⁴⁹⁹ Die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaat-

496 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 = NJW 2004, 3547 Tz. 117 – *Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz*; EuGH, Urt. v. 25.02.1999 – C-131/97, ECLI:EU:C:1999:98 = BeckRS 2004, 74320 Tz. 48 f. – *Carbonari u.a./Università degli studi di Bologna*; EuGH, Urt. v. 17.07.1997 – C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 = juris, Tz. 33 – *A. Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst*; vgl. weiter: BVerfG, Beschl. v. 26.09.2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Tz. 51; *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 548 f.; *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913, 914; *Callies/Ruffert-Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 77 und Rn. 83; *Riesenhuber-Roth/Jopen*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 5, Rn. 9 und Rn. 15; *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 133; vgl. auch: *Fromm/Nordemann-Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 29 und Rn. 36; *Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 131 und Rn. 355; wohl aA: *Vedder/Heintschel von Heinegg-Vedder*, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 34.

497 EuGH, Urt. v. 07.11.1989 – 125/88, ECLI:EU:C:1989:401 = LMRR 1989, 80 Tz. 7 f. – *Nijman*; *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 548 f.; *Streinz-Schroeder*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 116; *Callies/Ruffert-Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 83; *Riesenhuber-Habersack/Mayer*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 25 ff.; *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 131; vgl. auch: *Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 132.

498 *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: *Rummel/Koziol*, Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydliński, 2002, S. 47, 74; so auch: *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 549; *Callies/Ruffert-Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 83.

499 Vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011

ten über das Urheberrecht und die verwandte Schutzrechte trägt zur Schaffung eines Binnenmarkts bei, der den Wettbewerb vor Verzerrung schützt, ErwGr 1, ErwGr 7. Die InfoSoc-RL berücksichtigt die Entwicklungen in der Informationsgesellschaft und sucht Lösungen für die technischen Herausforderungen im digitalen Zeitalter, ErwGr 5, ErwGr 6, ErwGr 17 und ErwGr 31 S. 2.

Neben dem Rechtsschutz gegen die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen, präzisiert die Richtlinie das Vervielfältigungsrecht des Urhebers, das Verbreitungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und benennt hierzu Ausnahmen und Beschränkungen, Art. 2 ff. InfoSoc-RL, ErwGr 22 ff. Die Richtlinie lässt nationale und gemeinschaftliche Rechtsvorschriften in anderen Bereichen, wie den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre, unberührt, Art. 9 InfoSoc-RL, ErwGr 60. Die InfoSoc-RL trifft keine Vorgaben zum Recht am eigenen Bild, welches europarechtlich im Recht auf Achtung des Privatlebens und dem Schutz der Privatsphäre verankert ist, Art. 8 EMRK und Art. 7 GRCh.⁵⁰⁰ Nicht nur dieses besondere Persönlichkeitsrecht bleibt außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie, sondern auch das Urheberpersönlichkeitsrecht, was ErwGr 19 der InfoSoc-RL explizit festlegt. Folglich ist das Kunsturhebergesetz richtlinienfreies Recht, sodass die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen auch nicht vom europarechtlichen Gebot der richtlinienkonformen Auslegung betroffen sind. Eine unionsrechtliche Pflicht zur einheitlichen Auslegung scheidet aus.⁵⁰¹

– C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser*; EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

⁵⁰⁰ Vgl. zu der grundrechtlichen Verankerung: EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647, 2648 – *Caroline von Hannover/Deutschland*; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 16; siehe dazu auch im ersten Kapitel bei C. II. 1.; vgl. zu den europaweit unterschiedlichen Regelungen zum Recht am eigenen Bild: *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 902 ff.

⁵⁰¹ Vgl. im Ergebnis zustimmend: *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Herbort*, Digitale Bildnisse,

d) Ergebnis

Es besteht keine unionsrechtliche Pflicht zur einheitlichen Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers aufgrund des europarechtlichen Gebots zur richtlinienkonformen Auslegung, Art. 288 Abs. 3 AEUV.⁵⁰² Das Kunsturhebergesetz ist nicht Gegenstand der InfoSoc-RL und mithin richtlinienfreies Recht, sodass die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen auch nicht vom europarechtlichen Gebot der richtlinienkonformen Auslegung betroffen sind.

2. Gebot zur einheitlichen Auslegung aus nationalem Recht?

Gleichwohl könnte sich aus dem nationalen Recht ein Gebot zur einheitlichen Auslegung ergeben.⁵⁰³ Dies könnte entweder der Fall sein, wenn der deutsche Gesetzgeber den Regelungsplan der Richtlinie auch auf den Sachverhalt des Rechts am eigenen Bild erstrecken wollte, obwohl das Recht am eigenen Bild nicht im Anwendungsbereich der Richtlinie liegt,⁵⁰⁴ oder

2017, S. 175; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10.

502 Vgl. im Ergebnis zustimmend: *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10.

503 Siehe hierzu die folgende Rechtsprechung und Literatur, die sich überwiegend auf die überschießende Umsetzung von Richtlinien bezieht: EuGH, Urt. v. 17.07.1997 – C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 = juris, Tz. 33; *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 545 f. und 549 f.; *Streinz-Schroeder*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 116; *Callies/Ruffert-Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 83; *Riesenhuber-Köndgen*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 43; *Riesenhuber-Habersack/Mayer*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 4 und Rn. 35 ff.; vgl. hierzu auch die Stimmen, die die Idee der nationalen einheitlichen Auslegung für den Öffentlichkeitsbegriff des Urheberrechts ansprechen: *Fromm/Nordemann-Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 36; *Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 355.

504 Vgl.: *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 545 f. und 549 f.; *Streinz-Schroeder*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 116; *Callies/Ruffert-Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 83; *Riesenhuber-Habersack/Mayer*, Eu-

das nationale Recht eine einheitliche Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der Verwertungsrechte des Urhebers verlangt, um die Einheit der nationalen Rechtsordnung zu wahren.⁵⁰⁵

Das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung fordert, Wertungswidersprüche, Abgrenzungsschwierigkeiten und ungerechtfertigte Auslegungsunterschiede in der gesamten nationalen Rechtsordnung zu vermeiden.⁵⁰⁶ Auch über die Grenzen des harmonisierten Rechts und des nicht harmonisierten Rechts hinweg, ist die Einheit des nationalen Rechts grundsätzlich zu erhalten. Der nationale Gesetzgeber hat das Umsetzungsrecht in das bestehende nationale Recht einzugliedern.⁵⁰⁷

ropäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 4 und Rn. 18; vgl. hierzu auch: EuGH, Urt. v. 17.07.1997 – C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 = juris, Tz. 33.

- 505 Vgl. zur Einheit und Kohärenz der Unionsrechtsordnung, insbesondere zwischen InfoSoc-RL und den zuvor festgeschriebenen Richtlinien auf dem Gebiet des geistigen Eigentums: EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17, ECLI:EU:C:2018:841 = GRUR 2018, 1234 Tz. 27 – *Bastei Lübbe/Strotzer*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 04.10.2011 – C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Tz. 188 – *Football Association Premier League u. Murphy*; vgl. zur Einheit der deutschen Rechtsordnung: BGH, Urt. v. 21.04.1959 – 1 StR 504/58, NJW 1959, 1230, 1234, „Die Auslegung hat darauf bedacht zu sein, dass sich die Gesamtheit der gesetzlichen Bestimmungen tunlichst zu einem widerspruchsfreien Ganzen zusammenfügt“; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 5 ff.; *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 193 ff.; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 11 ff.; *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 1 ff. und S. 26 ff.; von *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1840, S. 214; vgl. dazu auch: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, § 4 Rn. 145 ff., § 6 Rn. 270 ff. und Rn. 276 ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 4 Rn. 125 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 40 und S. 43; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 451 ff.; *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 2; vgl. weiter in Bezug auf europäische Richtlinien: *Riesenhuber-Köndgen*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 43.

- 506 *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 545; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, § 4 Rn. 145 ff., § 6 Rn. 270 ff. und Rn. 276 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 40 und S. 43; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 154; *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 41 ff.; vgl. auch: BVerfG, Urt. v. 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96, 2314/96, 1108/97, 1109/97 und 1110/97, NJW 1999, 841, 843; BVerfG, Urt. v. 07.05.1998 – 2 BvR 1991/95 und BvR 2004/95, NJW 1998, 2341, 2342.

- 507 *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 545; *Riesenhuber-Köndgen*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 43; *Riesenhuber-Grundmann*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 9 Rn. 2 f.; *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim*,

So ist zum einen der Wille des deutschen Gesetzgebers zu untersuchen, ob er den Regelungsplan der InfoSoc-RL auch auf den Sachverhalt des Rechts am eigenen Bild erstrecken wollte und zum anderen, ob das Kunsturhebergesetz in dem Maße mit dem Urheberrechtsgesetz verbunden ist, dass Auslegungsunterschiede zwischen den kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und den harmonisierten Verwertungsrechten des Urhebers ungerechtfertigt sind und somit zu vermeiden. Letzteres wird mit Hilfe von Wortlaut, Systematik, Historie und Telos untersucht.

Wenn Auslegungsunterschiede zu vermeiden sind, sind die Handlungsformen tatsächlich einheitlich auszulegen, was eine insgesamt richtlinienkonforme Auslegung zur Folge hätte. Für die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen wäre dann auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den harmonisierten Verwertungsrechten des Urhebers beachtlich.⁵⁰⁸

a) Wortlautauslegung

Der Wortlaut der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers wird nachfolgend untersucht.

Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 120; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 = NJW 1984, 2021, 2021 – v. *Colson und Kamann; Payrhuber/Stelkens*, EuR 2019, 190, 201; *Wunderlich/Pickartz*, EuR 2014, 659, 663 f.

- 508 *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 550 f.; *Riesenhuber-Habersack/Mayer*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 30, Rn. 35 ff. und Rn. 41; *Riesenhuber-Roth/Jopen*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 5; differenziert: *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 131; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 17.07.1997 – C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 = juris, Tz. 32 – *A. Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst*; EuGH, Urt. v. 18.10.1990 – C-297/88 und C-197/89, ECLI:EU:C:1990:360 = juris, Tz. 36 ff. – *Dzodzi/Belgischer Staat*.

aa) Größtenteils übereinstimmender Wortlaut

Für eine einheitliche Auslegung spricht, dass der Wortlaut des Gesetzes bei den kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und den Verwertungsrechten des Urhebers größtenteils übereinstimmt.⁵⁰⁹

Sowohl § 22 S. 1 Alt. 1 KUG als auch §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, 17 UrhG iVm Art. 4 InfoSoc-RL nennen als Handlungsform das Verbreiten. Wortgleich wird ebenfalls das öffentliche zur Schau stellen gem. § 22 S. 1 Alt. 2 KUG und § 18 UrhG verwendet.⁵¹⁰ Der Wortlaut der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen knüpft an die Verwertungsrechte des Urhebers an. Das Gebot der einheitlichen Auslegung wird dadurch gestützt.

bb) Zentraler Unterschied: Öffentlichkeitserfordernis

Zwei Argumente entkräften diese Darlegung zum übereinstimmenden Wortlaut. Erstens, bei der Verbreitungshandlung stimmt der Wortlaut der Gesetze nur teilweise überein. Abweichend vom Kunsturhebergesetz normiert § 17 Abs. 1 UrhG iVm Art. 4 Abs. 1 InfoSoc-RL, dass sich das Verbreiten an die Öffentlichkeit richten muss.⁵¹¹ § 22 S. 1 Alt. 1 KUG nennt kein Öffentlichkeitserfordernis und erfasst mithin auch das Verbreiten im privaten Bereich.⁵¹² Dieser konträre Teilbereich des Normtextes steht einer

509 Siehe zu den Übereinstimmungen der Begrifflichkeiten KUG und UrhG: *Specht*, MMR 2017, 577, 577; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; aA: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; vgl. zur einheitlichen europäischen Auslegung gleichlautender Rechtsbegriffe in der InfoSoc-RL und den zuvor festgeschriebenen Richtlinien auf dem Gebiet des geistigen Eigentums: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 04.10.2011 – C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Tz. 188 – *Football Association Premier League u. Murphy*, vgl. zur einheitlichen Auslegung aufgrund eines übereinstimmenden Wortlauts im deutschen Recht: *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 122.

510 Siehe auch: *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 534.

511 Näher zum Öffentlichkeitserfordernis beim urheberrechtlichen Verbreiten: *Fromm/Nordemann-Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 12 ff.; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 34; *Schricker/Loewenheim-Loewenheim*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 17 UrhG Rn. 8 und Rn. 15 f.

512 BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; OLG Köln, Beschl. v. 02.06.2017 – III-1 RVs 93/17, ZUM-RD 2017, 551, 552; OLG Köln, Urt. v. 03.07.2012 – 15 U 205/11, ZUM-RD 2012, 675, 680; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.12.2008 – 11 U 22/08, ZUM-RD 2009, 187, 189; *Götting/Schertz/Seitz-Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl.

einheitlichen Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers entgegen.

cc) Relativität der Rechtsbegriffe

Zweitens ist für eine einheitliche Auslegung von Rechtsbegriffen in verschiedenen Gesetzen, neben dem übereinstimmenden Wortlaut, auch Wertungsparallelität der Rechtsbegriffe vorausgesetzt. Ansonsten gilt das Prinzip der Relativität der Rechtsbegriffe.⁵¹³ Nach dem Prinzip der Relativität der Rechtsbegriffe sind übereinstimmende Rechtsbegriffe in verschiedenen Gesetzen unterschiedlich auszulegen, wenn sich ihre gesetzliche Wertung nicht deckt.⁵¹⁴

Obwohl der Wortlaut des Kunsturhebergesetzes bei der zweiten Handlungsalternative vollständig dem des Urheberrechtsgesetzes entspricht, weist das Kunsturhebergesetz dem öffentlichen Schaulstellen eine Bedeutung zu, die sich deutlich von dem urheberrechtlichen Verständnis unterscheidet.

Entgegen des Wortlauts richtet sich die Auslegung von § 22 S. 1 Alt. 2 KUG nicht nach § 18 UrhG, sondern primär nach dem Recht der öffentlichen Wiedergabe und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, gem. §§ 15 Abs. 2, Abs. 3 iVm Art. 3 InfoSoc-RL.⁵¹⁵ Die kunsturheberrecht-

2019, § 12 Rn. 32; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 36; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 18; nicht ausreichend für das Verbreiten im privaten Bereich ist das Hochladen in eine Cloud, auf die nur die Person Zugriff hat, die das Bildnis selbst hochgeladen hat: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387.

513 Engisch/Würtenberger/Otto, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 116; Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, § 4 Rn. 127 und § 6 Rn. 17; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 47; vgl. auch: Riesenhuber-Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 20.

514 Mayer/Schürnbrand, JZ 2004, 545, 549; Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, § 6 Rn. 17; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 47; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 455 f.; Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 122.

515 Siehe auch: Wimmers/Schulz, K&R 2007, 533, 534; vgl. dazu, dass das öffentliche Schaulstellen ausgelegt wird wie das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung: LG Oldenburg, Urt. v. 22.03.1990

liche Auslegung der zweiten Handlungsalternative erfasst zwar auch die Handlungsmodalitäten des Ausstellungsrechts des Urhebers, § 18 UrhG ist jedoch nur ein kleiner Teilbereich der zweiten kunsturheberrechtlichen Begehungshandlung. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass das Ausstellungsrecht des Urhebers gem. § 18 UrhG, anders als das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, nicht harmonisiert ist.⁵¹⁶

dd) Ergebnis

Der teilweise übereinstimmende Wortlaut kann isoliert betrachtet kein Gebot zur einheitlichen Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der Verwertungsrechte des Urhebers begründen. Das Verwenden einer einheitlichen Terminologie fördert zwar grundsätzlich die Einheit der Rechtsordnung und bietet dem Rechtsanwender Orientierungshilfe,⁵¹⁷ jedoch ist eine einheitliche Terminologie zwischen dem Kunsturhebergesetz und dem Urheberrechtsgesetz nicht wirklich gegeben

-
- 5 O 3328/89, AfP 1991, 652, 653; LG Oldenburg, Beschl. v. 21.04.1988 – 5 S 1656/87, GRUR 1988, 694, 695 – *Grillfest*; *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145; *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 365 f.; *Ernst*, AfP 2015, 401, 401; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 19.
- 516 Nicht harmonisiert durch Art. 4 Abs. 1 InfoSoc-RL, vgl.: EuGH, Urt. v. 17.04.2008 – C-456/06, ECLI:EU:C:2008:232 = GRUR 2008, 604 Tz. 36 ff. – *Peek & Cloppenburg KG/Cassina SpA*; nicht harmonisiert durch Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL, vgl. ErwGr 23 und ErwGr 24, vgl. auch: EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-283/10, ECLI:EU:C:2011:772 = GRUR Int 2012, 150 Tz. 30 ff. – *Circul Globus Bucuresti/UCMR -ADA*; vgl. insgesamt: HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 112 und § 18 UrhG Rn. 1; Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 18 UrhG Rn. 1; Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 29; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 18 UrhG Rn. 4; Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 165.
- 517 Vgl. dazu, dass das Recht Rechtsbegriffe einheitlich verwenden sollte: *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 48; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 35 f., S. 40 und S. 43 f.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 57 und S. 455 f.; *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 2 und S. 122.

und auch die gesetzliche Wertung zu den Handlungsformen unterscheidet sich.

b) Systematische Auslegung

Die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und die ausschließlichen Verwertungsrechte des Urhebers überschneiden sich teilweise bzw. zeigen systematische Verknüpfungen, sodass eine einheitliche Auslegung geboten sein könnte.

aa) Verknüpfte Gesetzssystematiken

Eine einheitliche Auslegung könnte, wegen der verknüpften Gesetzssystematik des Kunsturhebergesetzes und des Urheberrechtsgesetzes, angezeigt sein.

(1) Nutzungsmöglichkeiten Dritter an Bildnissen

Die Nutzungsmöglichkeiten Dritter an Bildnissen werden sowohl durch das Recht am eigenen Bild als auch durch das Urheberrecht eingeschränkt. In vielen Fällen besteht nicht nur das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten an einem Bildnis, sondern zugleich Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers, §§ 15 ff., 2 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 UrhG; § 72 UrhG iVm §§ 15 ff. UrhG.⁵¹⁸

⁵¹⁸ Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 6; ein Beispiel hierzu: OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 538 ff.; vgl. auch: Wenzel – von Strobl-Albeg/Peifer, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 8 Rz. 1; Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 60 UrhG Rn. 7; Fromm/Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 60 UrhG Rn. 2 a; vgl. weiter: Herbolt, Digitale Bildnisse, 2017, S. 3.

(2) Verwertungsrechte des Bildnisurhebers

Darüber hinaus werden durch das Recht am eigenen Bild nicht nur die Nutzungsmöglichkeiten Dritter eingeschränkt, sondern auch die ausschließlichen Verwertungsrechte des Bildnisurhebers selbst.⁵¹⁹ Soweit keine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis vorliegt, darf der Urheber, genauso wie Dritte, das Bildnis nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreiten oder öffentlich zur Schau stellen, §§ 22, 23 KUG.⁵²⁰

Daneben wird dem Abgebildeten gestattet, das Bildnis ohne Zustimmung des Urhebers zu vervielfältigen sowie unentgeltlich und nicht zu gewerblichen Zwecken zu verbreiten, wenn das Bildnis von dem Urheber aufgrund einer Bestellung angefertigt wurde, § 60 UrhG iVm Art. 5 Abs. 3 lit. o, Art. 5 Abs. 4 InfoSoc-RL. § 60 UrhG schafft einen weiteren direkten Bezug zum Recht am eigenen Bild, indem er die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers zugunsten des Abgebildeten einschränkt.⁵²¹ Der Abgebildete erlangt neben dem Selbstbestimmungsrecht über sein Abbild positive Möglichkeiten, das Bildnis ohne Erlaubnis des Urhebers zu verwenden.

519 BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 428 – *Paul Dahlke; Specht*, MMR 2017, 577, 577; *Herbert*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 80; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 6; *Dreier/Schulze-Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 12 UrhG Rn. 6; *BeckOK Urheberrecht-Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 60 UrhG Rn. 12; *Fromm/Nordemann-Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 60 UrhG Rn. 2 a; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 11.

520 BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 428 – *Paul Dahlke; Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 6; *Dreier/Schulze-Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 12 UrhG Rn. 6; *Dreier/Schulze-Dreier*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 60 UrhG Rn. 14; *Fromm/Nordemann-Axel Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Einl. UrhG Rn. 88.

521 OLG Braunschweig, Beschl. v. 21.08.2019 – 1 W 57/19, ZUM-RD 2019, 626 Tz. 13; *Götting/Schertz/Seitz-Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 1; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 6; *Möhring/Nicolini-Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 2; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 60 UrhG Rn. 6, Rn. 9 und Rn. 31; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 22–24 KUG.

(3) Stellungnahme

Auf den ersten Blick verlangen die systematischen Verknüpfungen der Gesetze nach einer einheitlichen Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers.⁵²² Werden sowohl das Verbreiten als auch das öffentliche Schau stellen und die öffentliche Wiedergabe in beiden Gesetzen einheitlich ausgelegt, bewirkt dies einen Gleichlauf der Rechtslage, der wiederum Praktikabilitätsgründen dient⁵²³ und die Rechtsanwendung, insbesondere für die Rechtsunterworfenen, erleichtert.⁵²⁴

Erstens, würden die Ausschließlichkeitsrechte des Abgebildeten und des Urhebers, die teilweise an einem Bildnis bestehen, Dritten dieselben Handlungen verbieten. Zweitens, würde das Kunsturhebergesetz dem Urheber dieselben Handlungsformen verbieten, die das Urheberrechtsgesetz ihm exklusiv einräumt, vgl. § 22 S. 1 Alt. 1 und Alt. 2 KUG mit §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, 17 UrhG iVm Art. 4 InfoSoc-RL und §§ 15 Abs. 1 Nr. 3, 18 UrhG und §§ 15 Abs. 2, Abs. 3 UrhG iVm Art. 3 InfoSoc-RL. Drittens, würde das Urheberrechtsgesetz dem Abgebildeten das unentgeltliche und nicht gewerbliche Verbreiten gestatten, welches dieser wiederum dem Urheber und Dritten verbieten kann, vgl. § 60 Abs. 1 S. 1 UrhG und § 22 S. 1 Alt. 1 KUG.

Dieser Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, dass ein tatsächlicher Gleichlauf der Rechtslage freilich nicht erzielt wird. Die sich aus dem Wortlaut der Handlungsformen ergebenden Unterschiede bleiben bestehen. Die einheitliche Auslegung darf nicht den noch möglichen Wortsinn und den klar erkennbaren Willen des Gesetzes überschreiten.⁵²⁵ Beispiels-

522 Vgl. hierzu auch: *Specht*, MMR 2017, 577, 577 f.

523 *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748.

524 Vgl. zum Gleichlauf der Rechtslage zwischen KUG und UrhG beim Link als zustimmungspflichtige Handlung: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; vgl. zum nicht zwingenden Gleichlauf der Rechtslage zwischen KUG und UrhG beim Framing: *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366.

525 Vgl.: BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 2 BvR 1447/05 und 2 BvR 136/05, NJW 2007, 2977 Tz. 91; BVerfG, Beschl. v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82, NJW 1986, 1671, 1672; BVerfG, Beschl. v. 22.10.1985 – 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81, 105; BVerfG, Beschl. v. 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, NJW 1981, 39, 43; vgl. auch: *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 39; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 163 f.; anders bei der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, die hier aber nicht in Rede steht, vgl. dazu: BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073 Tz. 30; BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 Tz. 21 – *Quelle*; *Canaris*,

weise verbietet §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, 17 UrhG iVm Art. 4 InfoSoc-RL nur das Verbreiten an die Öffentlichkeit, § 22 S. 1 Alt. 1 KUG verbietet das Verbreiten sowohl an die Öffentlichkeit als auch im privaten Bereich und § 60 UrhG gestattet nur das unentgeltliche und nicht das gewerbliche Verbreiten. Diese Unterschiede der Gesetze bleiben auch bei einer einheitlichen Auslegung bestehen.

bb) Zentrale Unterschiede

Darüber hinaus stimmt die Systematik des Kunsturhebergesetzes in wichtigen Punkten nicht mit der Systematik des Urheberrechtsgesetzes überein, was wiederum einen Gleichlauf der Rechtslage verhindert und einer einheitlichen Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers entgegensteht.

(1) Erschöpfungsgrundsatz

Abweichend vom Urheberrechtsgesetz normiert das Kunsturhebergesetz keinen Erschöpfungsgrundsatz für das Verbreiten von Bildnissen, vgl. § 22 KUG und § 17 Abs. 2 UrhG iVm Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL. Im Urheberrecht ist die Weiterverbreitung eines Werkes zulässig, wenn das Werk mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden ist, gem. § 17 Abs. 2 UrhG iVm Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL, ErwGr 29.⁵²⁶ Hingegen ist das Weiterverbreiten eines Bildnisses nur mit

Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: *Rummel/Koziol*, Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47, 96; Riesenhuber-Roth/Jopen, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 52 ff.; anders bei der Rechtsfortbildung, vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 18.05.1955 – I ZR 8/54, GRUR 1955, 492, 495.

- 526 EuGH, Urt. v. 22.01.2015 – C-419/13, ECLI:EU:C:2015:27 = GRUR 2015, 256 Tz. 29 ff. – *Art & Allposters International BV/Stichting Pictoright*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 03.07.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 = MMR 2012, 586 Tz. 72 – *UsedSoft GmbH/Oracle International Corp.*; BGH, Urt. v. 04.06.1987 – I ZR 117/85, NJW 1988, 1022, 1025; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 25; Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 24 ff.; Schricker/Loewenheim-Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 17 UrhG Rn. 5 und Rn. 54; vgl. näher zur Er-

Einwilligung des Abgebildeten zulässig, außer eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis ist gegeben, gem. §§ 22, 23 KUG.⁵²⁷

(2) Unterteilung in körperliche und unkörperliche Verwertungsrechte

Auch die urheberrechtliche Unterteilung in körperliche und unkörperliche Verwertungsrechte lässt sich nicht auf die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen übertragen, vgl. §§ 15 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 UrhG und §§ 15 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 4, Abs. 3 UrhG.⁵²⁸

Obwohl das öffentliche Schaustellen primär wie das unkörperliche Verwertungsrecht der öffentlichen Wiedergabe ausgelegt wird,⁵²⁹ erfasst es auch körperliche Handlungsvorgänge. Öffentlich zur Schau gestellt wird ein Bildnis, wenn es für Dritte sichtbar gemacht wird, ohne dass sie die Verfügungsgewalt über das Bildnis erhalten, gem. § 22 S. 1 Alt. 2 KUG.⁵³⁰

schöpfung insbesondere auch bei digitalen Gütern: *Peter*, ZUM 2019, 490, 490 ff.

527 Vgl. hierzu: OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.03.2018 – 13 U 70/17, BeckRS 2018, 11484 Tz. 12 f.

528 Näher zu der Differenzierung zwischen körperlichen und unkörperlichen Verwertungsrechten des Urhebers: Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 3 und Rn. 25; Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 29; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 18 und Rn. 22; Möhring/Nicolini-Ahlberg, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, Einf. UrhG Rn. 36.

529 Vgl. dazu, dass das öffentliche Schaustellen ausgelegt wird wie das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung: LG Oldenburg, Urt. v. 22.03.1990 – 5 O 3328/89, AfP 1991, 652, 653; LG Oldenburg, Beschl. v. 21.04.1988 – 5 S 1656/87, GRUR 1988, 694, 695 – *Grillfest*; *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145; *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 365 f.; *Ernst*, AfP 2015, 401, 401; *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 533 f.; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 19.

530 *Vetter*, AfP 2017, 127, 130; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 32; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG

Beim Sichtbarmachen des Bildnisses soll es nicht darauf ankommen, ob dies in körperlicher Form geschieht beispielsweise durch körperliche Bildnisse im Schaufenster sowie im Museum oder in unkörperlicher Form beispielsweise durch digitale Bildnisse, die im Internet auf öffentlich zugänglichen Websites bereitgestellt werden.⁵³¹ So ist beispielsweise auch das Ausstellungsrecht des Urhebers von der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlung erfasst, welches in der Systematik des Urheberrechtsgesetzes ein körperliches Verwertungsrecht des Urhebers darstellt, vgl. §§ 15 Abs. 1 Nr. 3, 18 UrhG.

Daneben wird auch beim kunsturheberrechtlichen Verbreiten von Bildnissen diskutiert, ob die Unterscheidung zwischen der körperlichen und unkörperlichen Weitergabe von Bildnissen aufgegeben werden soll. Verbreiten meint die Weitergabe des Bildnisses an mindestens eine weitere Person in einer Form, dass die Verfügungsgewalt über das Bildnis aus der Hand gegeben wird und das Risiko einer nicht mehr zu kontrollierenden

Rn. 37; siehe zum verringerten Öffentlichkeitserfordernis beim öffentlichen Schaustellen: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a; siehe dazu auch: Gräbig, MMR 2015, 365, 366; Ohly, AfP 2011, 428, 430 f.; vgl. zur fehlenden Öffentlichkeit beim Hochladen in die Cloud: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; vgl. insgesamt auch diese sinngemäßen Definitionen: OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 538; Plaß, WRP 2000, 599, 606; aA zum Öffentlichkeitserfordernis, welches sodann iSd § 15 Abs. 3 UrhG zu verstehen ist: OLG München, Urt. v. 26.06.2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659, 659; LG Oldenburg, Urt. v. 22.03.1990 – 5 O 3328/89, AfP 1991, 652, 653; LG Oldenburg, Beschl. v. 21.04.1988 – 5 S 1656/87, GRUR 1988, 694, 695; Wandtke, MMR 2019, 142, 145; Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 745; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 19; vgl. die kritische Auseinandersetzung mit der Definition bei Handlungen im Internet: Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 ff.

531 Wimmers/Schulz, K&R 2007, 533, 534; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 f.; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 19.

Kenntnisnahme besteht, gem. § 22 S. 1 Alt. 1 KUG.⁵³² Sowohl Teile der aktuellen Rechtsprechung als auch neue Stimmen in der Literatur fordern, dass es dabei nicht darauf ankommt, ob eine körperliche oder unkörperliche vielfach digitale Weitergabe erfolgt, solange dem Dritten eine Form von Verfügungsgewalt über das Bildnis verschafft wird.⁵³³ Diese dem di-

532 BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; OLG Köln, Beschl. v. 02.06.2017 – III-1 RVs 93/17, ZUM-RD 2017, 551, 552; LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Vetter*, AfP 2017, 127, 129; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 8; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 51; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 36; vgl. zum Erfordernis der Weitergabe an eine weitere beliebige Person: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.12.2008 – 11 U 22/08, ZUM-RD 2009, 187, 189; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9; MüKo BGB-Rixecker, 8. Aufl. 2018, Anh. zu § 12 Rn. 66; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 36; Erman-Klass, BGB, 15. Aufl. 2017, Anh. § 12 Rn. 173; vgl. zu einer noch weiter gefassten Definition, die auch die bloße Kenntnisnahme eines Dritten unter Verbreiten subsumiert: HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12; vgl. die kritische Auseinandersetzung mit der Definition bei Handlungen im Internet: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 ff.

533 LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.03.2018 – 13 U 70/17, BeckRS 2018, 11484 Tz. 9 und Tz. 12; BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 391; LG Stuttgart, Urt. v. 19.05.2015 – 17 O 1450/14, NJOZ 2016, 702, 704; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.12.2008 – 11 U 22/08, ZUM-RD 2009, 187, 189; *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Vetter*, AfP 2017, 127, 129 und 132; Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 102 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 ff.; Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 130; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; aktuelle Stimmen, die explizit anderer Ansicht sind: Golla/Herbort, GRUR 2015, 648, 649; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 32; BeckOK Informations- und Medienrecht-Herrmann, 26. Ed. Stand 01.11.2019, § 22 KUG Rn. 11; Erman-Klass,

gitalen Zeitalter gerecht werdende Definition durchbricht ebenfalls die Unterteilung des Urheberrechtsgesetzes in körperliche und unkörperliche Verwertungsrechte, vgl. §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, 17 UrhG.

(3) Schranken des Urheberrechts

Schlussendlich verbindet das Urheberrechtsgesetz mit den unterschiedlichen Verwertungsrechten des Urhebers jeweils unterschiedliche gesetzlich erlaubte Nutzungshandlungen, sog. Schranken des Urheberrechts, vgl. §§ 44 a ff. UrhG. So ist es im Urheberrecht wichtig, zwischen den einzelnen Verwertungsrechten des Urhebers, klar zu differenzieren. Dies ist bei den kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen nicht der Fall. Für beide Begehungshandlungen normiert das Kunsturhebergesetz dieselben Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis, sodass die Differenzierung weder für den Abgebildeten noch für den Verwender des Bildnisses unterschiedliche Rechtswirkungen entfaltet, §§ 22, 23 KUG.

cc) Ergebnis

Die systematischen Unterschiede der Gesetze überwiegen die systematischen Verknüpfungen. Die einheitliche Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers würde zwar die Rechtsanwendung für den Rechtsunterworfenen und Rechtsanwender erleichtern, da sich das Recht am eigenen Bild und die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers bei der Verwendung von Bildnissen teilweise überschneiden, jedoch stehen die systematischen Unterschiede der Gesetze der einheitlichen Auslegung entgegen. Das Kunsturhebergesetz ist weder durch seinen Wortlaut noch durch die Systematik in einem Maße mit dem Urheberrechtsgesetz verbunden, dass eine einheitliche Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und

BGB, 15. Aufl. 2017, Anh § 12 Rn. 173; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 18 und Rn. 20; nicht eindeutig oder offengelassen: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 8; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 51 und Rn. 53.

der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers im nationalen Recht geboten ist.

c) Historische Auslegung

Ein anderes Ergebnis wird auch nicht durch die Entwicklungsgeschichte der Gesetze und den hierdurch ausgedrückten gesetzgeberischen Willen substantiiert. Es tritt kein Wille des deutschen Gesetzgebers hervor, die Regelungen der InfoSoc-RL auf das Kunsturhebergesetz zu erstrecken.

aa) Inkrafttreten der Vorschriften in einem Gesetz

Die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und Teile der Verwertungsrechte des Urhebers waren bis zum Jahr 1965 gemeinsam im Kunsturhebergesetz normiert, was zunächst darauf hindeutet, dass eine einheitliche Auslegung aus historischer Perspektive geboten ist.⁵³⁴

Neben dem Recht am eigenen Bild, hat das Kunsturhebergesetz das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie reguliert, vgl. §§ 1 ff. KUG aF.⁵³⁵ Das ausschließliche Verbreitungsrecht des Urhebers war hier genauso festgeschrieben, wie die Vorgabe, dass Bildnisse nur mit der Einwilligung des Abgebildeten verbreitet werden dürfen, vgl. §§ 15, 22 KUG aF.⁵³⁶ Der historische Gesetzgeber hat nicht nur das Recht am eigenen Bild und Teile des Urheberrechts in einem Gesetz niedergeschrieben, sondern dabei auch denselben Rechtsbegriff des Verbreitens verwendet.

Jedoch war weder das Ausstellungsrecht des Urhebers noch das Recht der öffentlichen Wiedergabe im Kunsturhebergesetz normiert. Die beiden Verwertungsrechte wurden erst im Jahr 1965 mit der Urheberrechtsreform

534 §§ 1 ff. KUG aF und §§ 22, 23 KUG aF, nachzulesen im RGBl. 1907, S. 7 ff.; vgl. hierzu: *Specht*, MMR 2017, 577, 577 f.; vgl. hierzu auch weiter vorne im zweiten Kapitel bei B. I.

535 RGBl. 1907, S. 7 ff.

536 RGBl. 1907, S. 7 ff.; das Verbreitungsrecht des Urhebers bei Schriftwerken, Vorträgen oder Reden, Werken der Tonkunst, Abbildungen wissenschaftlicher oder technischer Art war reguliert im Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (LUG), § 11 LUG iVm § 1 LUG, nachzulesen im RGBl. 1901, S. 227 ff.

in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen.⁵³⁷ So könnte das Kunsturhebergesetz von 1907 zwar den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, dass die Handlungsform des Verbreitens einheitlich auszulegen ist, nicht jedoch den Willen des historischen Gesetzgebers, dass das öffentliche Schaustellen wie das Recht der öffentlichen Wiedergabe auszulegen ist.

bb) Trennung der Vorschriften

Zudem sind auch die Entwicklungsgeschichte und der Wille des historischen Gesetzgebers nach 1907 bis 1965 zu beachten.

Der Gesetzgeber hat das Recht am eigenen Bild im Kunsturhebergesetz belassen und vom Urheberrecht getrennt, welches 1965 in das Urheberrechtsgesetz überführt und zeitgleich reformiert wurde, vgl. § 141 Nr. 5 UrhG.⁵³⁸ Dieses gesetzgeberische Vorgehen steht im Einklang mit dem Gesetzesentwurf von 1959, welcher die Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrschutzes vorschlug und das Recht am eigenen Bild mit weiteren Vorschriften zum Persönlichkeitsrecht in das Bürgerliche Gesetzbuch überführen wollte.⁵³⁹ Deutlich wird die Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers, das Recht am eigenen Bild vom Urheberrecht zu trennen.⁵⁴⁰

537 BGBl. I, S. 1273 und S. 1275 f.; im Kunsturhebergesetz war bloß die ausschließliche Befugnis des Urhebers vorgesehen, sein Werk mittels mechanischer oder optischer Einrichtungen vorzuführen, § 15 KUG aF, RGBl. 1907, S. 9 f.; siehe zum Aufführungsrecht von Bühnenwerken oder Werken der Tonkunst und zum Vortragsrecht von Schriftwerken oder eines Vortrags, § 11 LUG, abgedruckt in: RGBl. 1901, S. 229; vgl. auch: Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 4 und § 18 UrhG Rn. 1.

538 § 141 Nr. 5 UrhG, nachzulesen im BGBl. I, S. 1293; vgl. auch §§ 1 ff. UrhG, nachzulesen im BGBl. I, S. 1273 ff.

539 Siehe zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung von 1959: BT-Drs. III/1237, S. 1 ff., nachzulesen bei: UFITA (Archiv für Urheber- und Medienrecht), 1959, Bd. 29, S. 39 ff.; vgl. dazu auch: Ernst, AfP 2015, 401, 401; Leinveber, GRUR 1960, 17, 17 ff.; Reinhardt, JZ 1959, 41, 41 ff.; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 1; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 8; siehe hierzu ausführlich im zweiten Kapitel bei B. II.

540 Vgl. auch: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 1.

Diese Regelungsabsicht ist gegen eine einheitliche Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der Verwertungsrechte des Urhebers anzuführen. Seit 1965 sind die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und die Verwertungsrechte des Urhebers in zwei unterschiedlichen Gesetzen reguliert. Trotzdem hat der Gesetzgeber bis dato keine Verweisung vom Kunsturhebergesetz auf das Urheberrechtsgesetz normiert.⁵⁴¹

cc) Umsetzung der InfoSoc-RL

Schließlich hat der Gesetzgeber es auch 2003 unterlassen, Anpassungen im Kunsturhebergesetz vorzunehmen, obwohl er die InfoSoc-RL ins nationale Recht umgesetzt und die Verwertungsrechte des Urhebers im Urheberrechtsgesetz angepasst hat.

Der nationale Gesetzgeber hat nicht nur die Aufgabe, die Richtlinie im nationalen Recht umzusetzen, sondern auch, das Umsetzungsrecht in das bestehende Recht zu integrieren.⁵⁴² Der deutsche Gesetzgeber hat weder die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen an die harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers angepasst noch eine Verweisung von den kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen auf die harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers positioniert.

Dies erlaubt den Rückschluss, dass der historische Gesetzgeber die Novellierungen im Urheberrechtsgesetz für das Recht am eigenen Bild als irrelevant erachtete und die gesetzgeberischen Wertungen der InfoSoc-

541 Vgl. zum Regelungsinstrument der Verweisung, um eine vorrangige Auslegung von Rechtsbegriffen nach dem Sinn und Zweck zu verhindern: *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 112; vgl. zur Verweisung im Bereich überschießender Richtlinienumsetzung: *Streinz-Schroeder*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 116; vgl. auch: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, § 4 Rn. 132; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 4 Rn. 104 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 28.

542 *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 545; *Riesenhuber-Köndgen*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 43; *Riesenhuber-Grundmann*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 9 Rn. 2 f.; *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 120; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 = NJW 1984, 2021, 2021 – *v. Colson und Kamann*; *Payrhuber/Stelkens*, EuR 2019, 190, 201; *Wunderlich/Pickartz*, EuR 2014, 659, 663 f.

RL nicht auf die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen übertragen wollte.

dd) Ergebnis

Im Ergebnis widersprechen die aufgezeigten Entwicklungen und der hierdurch ausgedrückte Wille des Gesetzgebers einem Gebot zur einheitlichen Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers aus nationalem Recht. Es tritt kein erkennbarer Wille des deutschen Gesetzgebers hervor, den Regelungsplan der InfoSoc-RL auch auf das Recht am eigenen Bild erstrecken zu wollen, obwohl das Recht am eigenen Bild nicht im Anwendungsbereich der Richtlinie liegt.⁵⁴³ Das Urheberrecht und das Recht am eigenen Bild scheinen nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch nicht in dem Maße miteinander verbunden, dass Auslegungsunterschiede zwischen den kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und den harmonisierten Verwertungsrechten des Urhebers zu verhindern sind.

d) Teleologische Auslegung

Schlussendlich ist eine einheitliche Auslegung insbesondere dann geboten, wenn die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und die harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers demselben oder zumindest einem vergleichbaren Sinn und Zweck dienen.

aa) Telos der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers

Da ein Gebot zur einheitlichen Auslegung aus nationalem Recht in Frage steht, ist grundsätzlich der Sinn und Zweck des Urheberrechtsgesetzes mit dem des Kunsturhebergesetzes zu vergleichen. Daneben ist jedoch auch

⁵⁴³ Vgl.: Mayer/Schürmbrand, JZ 2004, 545, 545 f. und 549 f.; Streinz-Schroeder, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 116; Callies/Ruffert-Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 83; Riesenhuber-Habersack/Mayer, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 4 und Rn. 18; vgl. hierzu auch: EuGH, Urt. v. 17.07.1997 – C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 = juris, Tz. 33.

der Sinn und Zweck der InfoSoc-RL bedeutend,⁵⁴⁴ da seit dem Inkrafttreten der InfoSoc-RL und dem Ablauf der Umsetzungsfrist sowohl das Verbreitungsrecht gem. §§ 17, 15 Abs. 1 Nr. 2 UrhG als auch das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. §§ 15 Abs. 2 Nr. 2 bis Nr. 5, Abs. 3 UrhG vollharmonisiert sind, Art. 4 und Art. 3 InfoSoc-RL.⁵⁴⁵ Hinzuweisen ist darauf, dass sich die Vollharmonisierung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe und des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung auf Verwertungshandlungen beschränkt, die an eine Öffentlichkeit gerichtet sind, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist, ErwGr 23 und ErwGr 24.

In den Bereichen der Vollharmonisierung ist es dem nationalen Gesetzgeber untersagt, das Schutzniveau der gewährten Rechte zu über- und unterschreiten.⁵⁴⁶ Ein mitgliedstaatlicher Gestaltungs- oder Auslegungsspiel-

544 In diesem Sinne wohl auch: *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; vgl. hierzu unabhängig von der Forschungsfrage: *Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 209.

545 Siehe zur Vollharmonisierung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung, Art. 3 InfoSoc-RL iVm ErwGr 23 und ErwGr 24, siehe auch: EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 33 ff. – *Svensson*; siehe weiter: BGH, Beschl. v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132 Tz. 24 – *YouTube*; BGH, Beschl. v. 23.02.2017 – I ZR 267/15, GRUR 2017, 514 Tz. 17; *Fromm/Nordemann-Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 29; *Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 162 und Rn. 354; siehe zur Vollharmonisierung des Verbreitungsrechts, Art. 4 InfoSoc-RL, siehe auch: BGH, Urt. v. 23.02.2017 – I ZR 92/16, GRUR 2017, 793 Tz. 20; BGH, Urt. v. 05.11.2015 – I ZR 76/11, GRUR 2016, 487 Tz. 30 – *Wagenfeld-Leuchte II*; BGH, Urt. v. 22.01.2009 – I ZR 247/03, GRUR 2009, 840 Tz. 19 f. – *LeCorbusier-Möbel II*; *Leistner*, EuZW 2016, 166, 169; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 2; *Fromm/Nordemann-Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 6; kritisch: *Dreier/Schulze-Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 4; zu beiden Verwertungsrechten: HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 112; *Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 143 und Rn. 145.

546 EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 41 – *Svensson*; dem folgend: BGH, Beschl. v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132 Tz. 24 – *YouTube*; BGH, Urt. v. 23.02.2017 – I ZR 92/16, GRUR 2017, 793 Tz. 20; BGH, Beschl. v. 23.02.2017 – I ZR 267/15, GRUR 2017, 514 Tz. 17; BGH, Urt. v. 05.11.2015 – I ZR 76/11, GRUR 2016, 487 Tz. 30 – *Wagenfeld-Leuchte II*; weiter hierzu: BGH, Urt. v. 22.01.2009 – I ZR 247/03, GRUR 2009, 840 Tz. 19 f.; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2019, 1, 2; *Wandtke/Bullinger-Heerma*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 UrhG

raum existiert hier nicht.⁵⁴⁷ Die Vollharmonisierung bewirkt folglich, dass insbesondere auch der Sinn und Zweck der InfoSoc-RL dem des Kunsturhebergesetzes gegenüberzustellen ist, obwohl ein nationales Gebot zur einheitlichen Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers untersucht wird.

(1) Urheberrecht

Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes, § 11 S. 1 UrhG. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes, § 11 S. 2 UrhG. Diese Freiheit des Urhebers, seine Leistung wirtschaftlich zu angemessenen Bedingungen verwerten zu können und die Zuordnung der vermögenswerten Ergebnisse der schöpferischen Leistung an den Urheber, wird durch die ausschließlichen Verwertungsrechte des Urhebers gesichert und zugleich durch das Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 Abs. 1 GG garantiert.⁵⁴⁸

Telos der Verwertungsrechte ist es, den Urheber vor einer unbefugten wirtschaftlichen Auswertung seiner schöpferischen Leistung zu schützen,⁵⁴⁹ und angemessen an den wirtschaftlichen Früchten zu beteiligen, die aus seinem Werk gezogen werden.⁵⁵⁰ Zwar haben die Verwertungsrechte des Urhebers auch einen persönlichkeitsrechtlichen Kern, da die

Rn. 6; Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 212.

547 EuGH, Urt. v. 26.04.2012 – C-510/10, ECLI:EU:C:2012:244 = GRUR 2012, 810 Tz. 35 ff. – *DR und TV2 Danmark/Nordisk Copyright Bureau*; Streinz-Schroeder, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 114 AEUV Rn. 46; Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 162; Riesenhuber-Rötbel, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 11 Rn. 25.

548 BVerfG, Beschl. v. 18.04.2018 – 1 BvR 1213/16, GRUR 2018, 829 Tz. 24 ff. – *Verlegeranteil*; BVerfG, Beschl. v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 und 1 BvR 1843/11, GRUR 2014, 169 Tz. 87; BVerfG, Beschl. v. 25.10.1987 – 1 BvR 352/71, GRUR 1980, 44, 46 – *Kirchenmusik*; BVerfG, Beschl. v. 07.07.1971 – 1 BvR 765/66, GRUR 1972, 481, 483 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

549 Amtliche Begründung, BT-Drs. IV/270, S. 27; BGH, Urt. v. 18.05.1955 – I ZR 8/54, GRUR 1955, 492, 497.

550 BVerfG, Beschl. v. 18.04.2018 – 1 BvR 1213/16, GRUR 2018, 829 Tz. 25; BVerfG, Beschl. v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 und 1 BvR 1843/11, GRUR 2014, 169 Tz. 87; BGH, Urt. v. 12.02.1995 – I ZR 68/93, GRUR 1995, 673, 675 – *Mauer-Bilder*; BGH, Urt. v. 03.07.1981 – I ZR 106/79, GRUR 1982, 102, 103 – *Masterbänder*; BGH, Urt. v. 18.05.1955 – I ZR 8/54, GRUR 1955, 492, 496.

vermögensrechtlichen Interessen des Urhebers untrennbar mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht verbunden sind § 11 S. 1 UrhG,⁵⁵¹ gleichwohl ist dieser beim Verbreitungsrecht, beim Recht der öffentlichen Wiedergabe und beim Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als gering zu bewerten.⁵⁵² Vorrangig werden die kommerziellen Interessen des Urhebers geschützt.⁵⁵³ Dieses Ergebnis wird auch durch die InfoSoc-RL gestützt, da die Richtlinie die Verwertungsrechte vollharmonisiert und dabei die Urheberpersönlichkeitsrechte außer Betracht lässt, ErwGr 19.⁵⁵⁴

Der Urheber kann entweder Dritte von der Nutzung des Werkes ausschließen oder diesen Nutzungsrechte an dem Werk einräumen und dafür eine angemessene Vergütung erhalten, vgl. §§ 15 ff. UrhG und §§ 31 ff. UrhG.⁵⁵⁵ Die kleinschrittige Unterteilung der einzelnen Verwertungsrechte, gem. §§ 15 ff. UrhG, ermöglicht es dem Urheber, die unterschiedlichen Nutzungsarten zu trennen und Dritten lediglich einzelne Nutzungsrechte

-
- 551 Amtliche Begründung, BT-Drs. IV/270, S. 43; Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 12 UrhG Rn. 3, Rn. 12 und § 11 UrhG Rn. 2 ff.; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 3; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 25; vgl. auch: Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Vor § 12 UrhG Rn. 6; Schricker/Loewenheim-Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, Einl. Rn. 25; aA: Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 210.
- 552 Ideeller Charakter ist gegeben, da der Urheber darüber entscheiden darf, welche Personen zur Verwertung berechtigt sind und auf welche Art und Weise sie das Werk nutzen dürfen, Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 3 und § 12 UrhG Rn. 3; vgl. auch: Wandtke/Bullinger-Wandtke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, Einl. Rn. 6; Schricker/Loewenheim-Dietz/Peukert, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 12 Rn. 21.
- 553 Amtliche Begründung, BT-Drs. IV/270, S. 28; Wandtke/Bullinger-Heerma, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 UrhG Rn. 1; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 1 f.; BeckOK Urheberrecht-Kroitzsch/Götting, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 15 UrhG Rn. 1 und Rn. 9.
- 554 Vgl.: Gräbig, MMR 2015, 365, 366; Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 150 und Rn. 209 f.
- 555 Amtliche Begründung, BT-Drs. IV/270, S. 28; Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 11 UrhG Rn. 6; Dreier/Schulze-Dreyer, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Einl. Rn. 4; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 1 f.; BeckOK Urheberrecht-Kroitzsch/Götting, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 15 UrhG Rn. 1; Schricker/Loewenheim-Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, Einl. Rn. 26.

einzuräumen, vgl. § 31 Abs. 5 UrhG.⁵⁵⁶ So stellen die Verwertungsrechte sicher, dass der Urheber an jeder einzelnen Nutzungsart wirtschaftlich beteiligt wird.⁵⁵⁷ Dies dient zugleich dem Interesse der Allgemeinheit, da der Beteiligungsgrundsatz sicherstellt, dass weiterhin Werke geschaffen werden und die kulturelle Vielfalt erhalten bleibt.⁵⁵⁸

(2) InfoSoc-RL

Die Garantie des Beteiligungsgrundsatzes ist auch das primäre Ziel der InfoSoc-RL.⁵⁵⁹ Die harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers dienen im Urheberrechtsgesetz und in der InfoSoc-RL demselben Sinn und Zweck.

556 Amtliche Begründung, BT-Drs. IV/270, S. 28; BGH, Urt. v. 05.07.2001 – I ZR 311/98, GRUR 2002, 248, 251 – *Nutzungsrechte an Fotos für CD-ROM-Ausgabe*; Wandtke/Bullinger-Heerma, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 UrhG Rn. 3; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 6; Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 11 UrhG Rn. 6; BeckOK Urheberrecht-Kroitzsch/Götting, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 15 UrhG Rn. 4; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 25.10.1987 – 1 BvR 352/71, GRUR 1980, 44, 46 – *Kirchenmusik*.

557 Amtliche Begründung, BT-Drs. IV/270, S. 28; BGH, Urt. v. 05.07.2001 – I ZR 311/98, GRUR 2002, 248, 251 – *Nutzungsrechte an Fotos für CD-ROM-Ausgabe*; BGH, Urt. v. 18.05.1955 – I ZR 8/54, GRUR 1955, 492, 496; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 6; vgl. auch: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 36 – *Deutsche Digitale Bibliothek*.

558 BGH, Urt. v. 05.07.2001 – 311/98, GRUR 2002, 248, 251 – *Nutzungsrechte an Fotos für CD-ROM-Ausgabe*; BGH, Urt. v. 18.05.1955 – I ZR 8/54, GRUR 1955, 492, 496; Schricker/Loewenheim-Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, Einl. Rn. 17.

559 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 18 und Tz. 34 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 30 – *GS Media*; EuGH, Urt. v. 07.03.2013 – C-607/11, ECLI:EU:C:2013:147 = GRUR 2013, 500 Tz. 20 – *ITV Broadcasting/TVC*; EuGH, Urt. v. 07.12.2006 – C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764 = GRUR 2007, 225 Tz. 36 – *SGAE/Rafael*; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 31; Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 6; vgl. zum Schutz des geistigen Eigentums insgesamt: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 04.10.2011 – C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Tz. 107 – *Football Association Premier League u. Murphy*.

Die InfoSoc-RL bezweckt ein hohes Schutzniveau für die Urheber und gewährt diesen damit die Möglichkeit, eine angemessene Vergütung für die Nutzung des Werkes zu erhalten, ErwGr 9, ErwGr 10.⁵⁶⁰ Der Urheber kann das Inverkehrbringen oder das Zugänglichmachen der Schutzgegenstände kommerziell nutzen, indem er gegen Zahlung einer Vergütung Lizenzen hieran erteilt.⁵⁶¹ Auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantiert das geistige Eigentum nach Art. 17 Abs. 2 GRCh und schützt die kommerziellen Interessen des Urhebers, ErwGr 3, ErwGr 9 S. 2.⁵⁶² Genauso wie im Urheberrechtsgesetz soll die angemessene Vergütung des Urhebers sicherstellen, dass Urheber und ausübende Künstler weiterhin schöpferisch und künstlerisch tätig sind, was im Interesse der Verbraucher, der Kultur und der Wissenschaft ist, ErwGr 9, ErwGr 12.

bb) Telos der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen

Die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen dienen einem konträren Zweck.⁵⁶³

⁵⁶⁰ EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 18 und Tz. 34 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 30 – *GS Media*; EuGH, Urt. v. 07.03.2013 – C-607/11, ECLI:EU:C:2013:147 = GRUR 2013, 500 Tz. 20 – *ITV Broadcasting/TVC*; EuGH, Urt. v. 07.12.2006 – C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764 = GRUR 2007, 225 Tz. 36 – *SGAE/Rafael*.

⁵⁶¹ EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 34 – *Cordoba*; vgl. in Bezug auf das gesamte geistige Eigentum: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 04.10.2011 – C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Tz. 107 – *Football Association Premier League u. Murphy*.

⁵⁶² EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 34 und Tz. 41 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 30 f. – *GS Media*; zum Schutzbereich des Art. 17 Abs. 2 GRCh, der das Urheberrecht umfasst: EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 Tz. 47 – *UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH und Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 = GRUR 2012, 265 Tz. 42 f. – *Scarlet/SABAM*.

⁵⁶³ Vgl. hierzu auch: LG Köln, Urt. v. 22.06.2011 – 28 O 819/10, ZUM-RD 2011, 626, 628; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Herbert*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 187 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a.

Das Recht am eigenen Bild schützt vor dem besonders eingriffsintensiven Darstellungseffekt von Bildnissen bei einer unerwünschten Fremddarstellung.⁵⁶⁴ Der Abgebildete darf gem. § 22 S. 1 KUG darüber entscheiden, ob, wann und unter welchen Umständen sein Bildnis verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt wird.⁵⁶⁵ Das Verbotsrecht sichert das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten,⁵⁶⁶ die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit⁵⁶⁷ und sein Anonymitätsinteresse.⁵⁶⁸

Die kommerzielle Nutzung des Bildnisses steht beim Schutzgedanken des Rechts am eigenen Bild nicht im Vordergrund.⁵⁶⁹ Zwar ist mittlerwei-

564 BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527, 527 – *Winterurlaub*; BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II*; BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 410 – *Herrenreiter*; *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 47; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3 f.; vgl. zum besonders eingriffsintensiven Darstellungseffekt: BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354 – *Vor unserer eigenen Tür*; *Tinnefeld/Viethen*, NZA 2003, 468, 468; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 151; siehe zum Schutzgut des Rechts am eigenen Bild ausführlich im zweiten Kapitel bei A. I.

565 BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II*; BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 428 – *Paul Dahlke*.

566 BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 410 – *Herrenreiter*; zudem: BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527, 527 – *Winterurlaub*; BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II*; BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 47; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3 f.

567 BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 711 f. – *Marlene Dietrich*.

568 OLG München, Urt. v. 17.03.2016 – 29 U 368/16, MMR 2016, 414, 415 – *Internetpranger*; *Koch*, Handbuch zum Fotorecht, 2003, S. 90; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 1; vgl. auch: OLG Köln, Urt. v. 18.04.2019 – 15 U 156/18, BeckRS 2019, 10629 Tz. 82; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 188.

569 BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 712 – *Marlene Dietrich*; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung,

le anerkannt, dass das Recht am eigenen Bild auch die kommerziellen Interessen des Abgebildeten schützt,⁵⁷⁰ jedoch dient das Kunsturhebergesetz insbesondere dem Persönlichkeitsschutz.⁵⁷¹ Dieser besondere Persönlichkeitsschutz wurzelt im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.⁵⁷² Art. 8 EMRK und Art. 7 GRCh garantieren das besondere Persönlichkeitsrecht auch auf europäischer Ebene.

cc) Ergebnis

Die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen dienen primär dem Persönlichkeitsschutz, wohingegen die harmonisierten Verwertungsrechte

6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 4; so auch: BGH, Urt. v. 18.11.2010 – I ZR 119/08, GRUR 2011, 647 Tz. 34 und Tz. 40 – *Markt & Leute*; BGH, Urt. v. 29.10.2009 – I ZR 65/07, GRUR 2010, 546 Tz. 21 – *Der strauchelnde Liebling*; keinen grundrechtlichen Schutz für die vermögenswerten Bestandteile des Rechts am eigenen Bild: BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1023 – *Caroline von Monaco I*; siehe hierzu auch im zweiten Kapitel bei C. I. 1. b) und c), wo dargestellt wird, dass der ideelle Charakter des besonderen Persönlichkeitsrechts insbesondere auch im Web 2.0 im Vordergrund steht.

570 BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 712 – *Marlene Dietrich*; BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 429 – *Paul Dahlke*; Poll, ZUM 1988, 454, 455 ff.; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1; Wenzel – *von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 4; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 9.

571 BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 712 – *Marlene Dietrich*; Gräbig, MMR 2015, 365, 366; Wenzel – *von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 4; so auch: BGH, Urt. v. 18.11.2010 – I ZR 119/08, GRUR 2011, 647 Tz. 34 und Tz. 40 – *Markt & Leute*; BGH, Urt. v. 29.10.2009 – I ZR 65/07, GRUR 2010, 546 Tz. 21 – *Der strauchelnde Liebling*; vgl. auch: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 6 und § 22 KUG Rn. 10 a; keinen grundrechtlichen Schutz für die vermögenswerten Bestandteile des Rechts am eigenen Bild: BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1023 – *Caroline von Monaco I*; siehe hierzu auch im zweiten Kapitel bei C. I. 1. b) und c), wo dargestellt wird, dass der ideelle Charakter des besonderen Persönlichkeitsrechts insbesondere auch im Web 2.0 im Vordergrund steht; siehe zum Schutzgut des Rechts am eigenen Bild ausführlich im zweiten Kapitel bei A I. und III.

572 BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; BVerfG, Beschl. v. 31.01.1973 – 2 BvR 454/71, NJW 1973, 891, 892; BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 409 f. – *Herrenreiter*.

insbesondere die kommerziellen Interessen des Urhebers wahren.⁵⁷³ Der Gesetzgeber hat unterschiedliche Wertentscheidungen getroffen und verfolgt divergente Ziele.⁵⁷⁴ Dabei haben die Persönlichkeitsrechte stets Vorrang vor den Verwertungsrechten des Urhebers.⁵⁷⁵ Ein nationales Gebot zur einheitlichen Auslegung wird durch den Telos der Gesetze nicht begründet.

e) Ergebnis

Im nationalen Recht ergibt sich weder aus dem Wortlaut, der Systematik, der Entstehungsgeschichte noch aus dem Sinn und Zweck der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers, dass diese einheitlich auszulegen sind. Das in Rechtsprechung und Literatur weitverbreitete Vorgehen, die Wertungen des Urheberrechtsgesetzes auch auf das Recht am eigenen Bild zu übertragen, findet keine Begründung. Vielmehr erscheint eine autonome Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen geboten.⁵⁷⁶ Auch das Prinzip der Einheit der nationalen Rechtsordnung rechtfertigt kein anderes Ergebnis.

Der Wortlaut der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen knüpft nur partiell an das Urheberrechtsgesetz an, wobei die Rechtsbegrif-

573 Gräbig, MMR 2015, 365, 366; Herbolt, Digitale Bildnisse, 2017, S. 187 f.; Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; vgl. auch: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a.

574 Vgl. auch: LG Köln, Urt. v. 22.06.2011 – 28 O 819/10, ZUM-RD 2011, 626, 628; Gräbig, MMR 2015, 365, 366; Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 6 und Rn. 9 ff.

575 Fromm/Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Einl. UrhG Rn. 88; vgl. auch: BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 428 – Paul Dahlke; Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 12 UrhG Rn. 6.

576 Gräbig, MMR 2015, 365, 366; wohl auch: Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 748; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9 ff.; vgl. auch: Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 50; wohl aA: Herbolt, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175 f.; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 15; offengelassen bei: Specht, MMR 2017, 577, 578.

fe, die in den beiden Gesetzen tatsächlich übereinstimmen, unterschiedliche gesetzliche Wertungen ausdrücken.

Auch die Systematik der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen stimmt nicht mit der Systematik der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers überein. Es lässt sich weder der Erschöpfungsgrundsatz des Verbreitungsrechts noch die urheberrechtliche Unterteilung in körperliche und unkörperliche Verwertungsrechte auf das Kunsturhebergesetz übertragen.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass der deutsche Gesetzgeber das Recht am eigenen Bild in den Regelungsplan der InfoSoc-RL einbeziehen wollte. Seitdem der deutsche Gesetzgeber das Urheberrecht im Jahre 1965 vom Recht am eigenen Bild getrennt hat, hat er es unterlassen, Anpassungen im Kunsturhebergesetz vorzunehmen, wenn das Urheberrechtsgesetz novelliert wurde. Auch nach der nationalen Umsetzung der InfoSoc-RL, bestehen die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen in ihrer alten Fassung fort. Hätte der Gesetzgeber die Wertungen des novellierten Urheberrechtsgesetzes insgesamt oder die Wertungen der InfoSoc-RL übertragen wollen, hätte er dies zum Ausdruck gebracht, bspw. durch eine Verweisung von § 22 S. 1 KUG auf die §§ 15 ff. UrhG.

Schließlich befriedigen die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen andere Interessen und Bedürfnisse als die harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers.⁵⁷⁷ Letztere schützen insbesondere die kommerziellen Interessen des Urhebers und ermöglichen es diesem, eine angemessene Vergütung für die Nutzung seines Werkes zu erhalten, §§ 11 S. 1 und S. 2, 15 ff., 31 ff. UrhG, ErwGr 9 und ErwGr 10 InfoSoc-RL.⁵⁷⁸ Demgegen-

⁵⁷⁷ Vgl. hierzu auch: LG Köln, Urt. v. 22.06.2011 – 28 O 819/10, ZUM-RD 2011, 626, 628; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Herbert*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 187 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a.

⁵⁷⁸ EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 18 und Tz. 34 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 30 – *GS Media*; EuGH, Urt. v. 07.03.2013 – C-607/11, ECLI:EU:C:2013:147 = GRUR 2013, 500 Tz. 20 – *ITV Broadcasting/TVC*; siehe auch: BVerfG, Beschl. v. 18.04.2018 – 1 BvR 1213/16, GRUR 2018, 829 Tz. 25; BVerfG, Beschl. v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 und 1 BvR 1843/11, GRUR 2014, 169 Tz. 87; BGH, Urt. v. 12.02.1995 – I ZR 68/93, GRUR 1995, 673, 675 – *Mauer-Bilder*; Wandtke/Bullinger-Heerma, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 UrhG Rn. 1; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Vor § 12 UrhG Rn. 8 und § 15 UrhG Rn. 1 f.

über dienen die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen vorwiegend dem Persönlichkeitsschutz und sichern das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten über das fixierte Eigenbild, die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit und sein Anonymitätsinteresse.⁵⁷⁹

3. Autonomes Verständnis des Kunsturhebergesetzes

Das Kunsturhebergesetz kann autonom und somit losgelöst vom harmonisierten Urheberrechtsgesetz ausgelegt werden,⁵⁸⁰ da eine einheitliche Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers weder durch das Unionsrecht noch durch das nationale Recht vorgeschrieben ist.

Die autonome Auslegung ist nicht zuletzt auch zu befürworten, weil die Harmonisierung des Urheberrechts fortschreitet.⁵⁸¹ Würde das Kunsturhebergesetz weiterhin in derselben Weise ausgelegt werden wie das Urheberrechtsgesetz, würde die fortschreitende Harmonisierung des Urheberrechts Rechtsunsicherheit im Regelungsbereich des Rechts am eigenen Bild hervorrufen. Die sich aus der fortschreitenden Harmonisierung des Urheberrechts ergebenden Folgen für das Recht am eigenen Bild wären nicht absehbar. Die Rechtsunsicherheit würde auch dadurch begründet, dass die Harmonisierungsmaßnahmen des europäischen Gesetzgebers auf das Urheberrecht und nicht auf den Bildnisschutz zugeschnitten sind.

579 Siehe zum vorwiegenden Persönlichkeitsschutz und der freien Entfaltung der Persönlichkeit: BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 711 f. – *Marlene Dietrich*; siehe zum Selbstbestimmungsrecht: BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 410 – *Herrenreiter*; siehe zum Anonymitätsinteresse: OLG München, Urt. v. 17.03.2016 – 29 U 368/16, MMR 2016, 414, 415 – *Internetpranger*; BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2205 f. – *Fußballtorwart*.

580 *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; wohl auch: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9 ff.; vgl. auch: *Möhrling/Nicolini-Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 50; wohl aA: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175 f.; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 15; offengelassen bei: *Specht*, MMR 2017, 577, 578.

581 Vgl. zum weiteren Fortschreiten der Harmonisierung des Urheberrechts bspw.: Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 96/9/EG und 2001/29/EG.

4. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz

Die Loslösung vom Urheberrechtsgesetz und der InfoSoc-RL hat für das Kunsturhebergesetz folgende direkte Auswirkungen:

- a) Keine Unterteilung in körperliche und unkörperliche Begehungshandlungen

Die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen müssen nicht mehr danach unterteilt werden, ob ein körperlicher oder unkörperlicher Handlungsvorgang stattfindet. Es ist nicht mehr maßgeblich, ob das Bildnis in einem körperlichen Gegenstand enthalten ist oder nicht. Vielmehr kann für die Unterteilung der Tatbestandshandlungen darauf abgestellt werden, ob Dritten Verfügungsgewalt über das Bildnis eingeräumt wird.⁵⁸²

Anders als das Abgrenzungsmerkmal der Körperlichkeit, ist dieses Abgrenzungsmerkmal auch im digitalen Zeitalter mit dem Schutzgut des Kunsturhebergesetzes verbunden. Seit der Digitalisierung werden vermehrt digitale Bilder erstellt,⁵⁸³ die vielfach auch in digitaler Form weitergegeben werden.⁵⁸⁴ Obwohl es an einem körperlichen Handlungsvorgang

582 Stimmen, die für Unterteilung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen auf die Verfügungsgewalt anstelle der Körperlichkeit des Bildnisses abstellen: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; OLG Celle, Urt. v. 25.08.2010 – 31 Ss 30/10, ZUM 2011, 341, 343; *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Vetter*, AfP 2017, 127, 130; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 102 f.; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9 und Rn. 10 a; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; vgl. auch: OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.12.2008 – 11 U 22/08, ZUM-RD 2009, 187, 189; vgl. weiter: BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2206 – *Fußballtorwart*, „§ 22 KUG sichert für seinen Anwendungsbereich die Unverfügbarkeit der Persönlichkeit“.

583 *Wanckel*, Foto- und Bildrecht, 5. Aufl. 2017, S. 89; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46; *Heidenreich*, Neue Medien, in: Sachs-Hombach, Bildwissenschaft, 2005, S. 381, 381; *Hoeren*, Fotorecht, 2004, S. 147 f.; vgl. zu dem Thema auch: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 1 ff.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 102 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 1 ff.; siehe hierzu ausführlich oben im zweiten Kapitel bei C. I. 1. und 3.

584 *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 648; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 310; *Wanckel*, Foto- und Bildrecht, 5. Aufl. 2017,

fehlt, kann eine dritte Person Verfügungsgewalt über das digitale Bildnis erhalten.⁵⁸⁵ Übt eine dritte Person Verfügungsgewalt über das digitale Bildnis aus, ist die Dispositionshoheit des Abgebildeten nicht minder beeinträchtigt, als im Falle einer körperlichen Weitergabe des Bildnisses.⁵⁸⁶

b) Schutz vor zeitlich begrenzter Weitergabe

Bei der autonomen Auslegung kann das Verbreiten neben der dauerhaften Weitergabe auch die zeitlich begrenzte Weitergabe des Bildnisses erfassen.

Das harmonisierte Verbreitungsrecht des Urhebers erfasst nur Handlungsformen, die auf eine Eigentumsübertragung abzielen.⁵⁸⁷ Erlangt der Nutzer lediglich vorübergehend Verfügungsgewalt über das Werk, wie

S. 89; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 f.; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46; *Hoeren*, Fotorecht, 2004, S. 147 f.; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3; siehe hierzu ausführlich oben im zweiten Kapitel bei C. I. 1. und 3.

585 *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 ff.; so wohl auch: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; siehe hierzu auch im zweiten Kapitel bei C. I. 1. und 3.

586 Vgl. auch: *Vetter*, AfP 2017, 127, 130; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 102 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 ff.

587 EuGH, Urt. v. 17.04.2008 – C-456/06, ECLI:EU:C:2008:232 = GRUR 2008, 604 Tz. 33 ff. – *Peek&Cloppenburg KG/Cassina SpA, Le-Corbusier-Möbel*; folgend: BGH, Urt. v. 22.01.2009 – I ZR 247/03, GRUR 2009, 840 Tz. 21 – *Le-Corbusier-Möbel II*; siehe auch: EuGH, Urt. v. 13.05.2015 – C-516/13, ECLI:EU:C:2015:315 = GRUR 2015, 665 Tz. 31 ff. – *Dimensione Direct Sales Srl, Michele Labianca/Knoll International SpA*; *Fromm/Nordemann-Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 16 und Rn. 19; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 12 f., Rn. 27 f. und Rn. 31; *Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 51; *Schricker/Loewenheim-Loewenheim*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 17 UrhG Rn. 9 ff. und Rn. 17 ff.; kritisch dazu: *Schricker/Loewenheim-Loewenheim*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 17 UrhG Rn. 19.

dies beispielsweise beim Verleih des Werkes der Fall ist, wird dieser Handlungsvorgang nicht vom urheberrechtlichen Verbreitungsrecht erfasst.⁵⁸⁸

Die autonome Auslegung des kunsturheberrechtlichen Verbreitungsbegriffs kann sich hiervon lösen und auch die Fälle miteinbeziehen, in denen der Abgebildete die Verfügungswalt über sein Abbild verliert, indem mindestens eine weitere Person vorübergehend die Verfügungsgewalt über das Bildnis erlangt und das Risiko einer nicht mehr zu kontrollierenden Kenntnisaufnahme besteht.⁵⁸⁹

c) Öffentliches Schaustellen statt Recht der öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung

Von besonderer Signifikanz ist, dass das öffentliche Schaustellen losgelöst vom Urheberrechtsgesetz, §§ 15 Abs. 2 und Abs. 3, 19 ff. UrhG und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Recht der öffentlichen Wiedergabe und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL gedeutet werden kann.⁵⁹⁰

Die Konsequenzen, die hieraus folgen, werden in drei Schritten aufgezeigt: Zuerst werden die Konsequenzen für die kunsturheberrechtliche Begehungshandlung des Schaustellens dargelegt. Im zweiten Schritt werden die Konsequenzen für den kunsturheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriff präsentiert. Zum Schluss werden die Konsequenzen sowohl für die kunsturheberrechtliche Begehungshandlung des Schaustellens als auch für den kunsturheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriff in einem Ergebnis zusammengefasst.

588 BGH, Urt. v. 22.01.2009 – I ZR 247/03, GRUR 2009, 840 Tz. 21 – *Le-Corbusier-Möbel II*; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 16 und Rn. 19; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 17 UrhG Rn. 12 f. und Rn. 27 f.; vgl. auch: BGH, Urt. v. 16.06.1971 – I ZR 120/69, NJW 1971, 2173, 2173.

589 In diesem Sinne wohl auch: HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12, hier wird es als ausreichend erachtet, wenn Dritte lediglich Kenntnis von dem Bildnis erlangen oder das Bildnis an Dritte verliehen wird; vgl. zu einer vorübergehenden kunsturheberrechtlichen Verbreitung ohne Vergleich zur InfoSoc-RL: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 77.

590 *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10.

aa) Schaustellen statt Handlung der Wiedergabe

Die kunsturheberrechtliche Begehungshandlung des Schaustellens ist nicht auszulegen wie die urheberrechtliche Wiedergabehandlung, § 15 Abs. 2, 19 ff. UrhG iVm Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL.

Der Europäische Gerichtshof setzt zwei kumulative Tatbestandsmerkmale für eine öffentliche Wiedergabe iSd Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL voraus.⁵⁹¹ Es muss eine Handlung der Wiedergabe gegeben sein und die Wiedergabe des Werkes muss öffentlich erfolgen.⁵⁹² Dabei ist die Handlung der Wiedergabe weit zu verstehen.⁵⁹³ Es reicht aus, wenn das Werk einer Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich gemacht wird, dass deren Mitglieder Zugang haben, ohne dass es darauf ankommt, ob sie diese Möglichkeit tatsächlich nutzen.⁵⁹⁴

Hingegen ist für das kunsturheberrechtliche Schaustellen nicht allein entscheidend, dass Dritte einen Zugang zu dem Bildnis haben, die Sichtbarmachung des Bildnisses ist erforderlich.⁵⁹⁵

591 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 19 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 32 – *GS Media*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 16 – *Svensson*; vgl. auch: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 20 – *Deutsche Digitale Bibliothek*.

592 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 19 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 32 – *GS Media*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 16 – *Svensson*; vgl. auch: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 20 – *Deutsche Digitale Bibliothek*.

593 EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 17 – *Svensson*; vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 04.10.2011 – C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Tz. 186 und Tz. 193 – *Football Association Premier League u. Murphy*; vgl. weiter: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 21 – *Deutsche Digitale Bibliothek*.

594 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 20 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 36 – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 17 – *Svensson*; vgl. auch: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 21 – *Deutsche Digitale Bibliothek*.

595 Vgl. zum Erfordernis der Sichtbarmachung: OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 538; OLG Köln, Urt. v. 03.07.2012 – 15 U 205/11, ZUM-RD 2012, 675, 680; *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145; *Vetter*,

Dieses abweichende Verständnis wirkt sich beispielsweise bei der Bewertung von Hyperlinks, Inline-Links bzw. Frames aus. Der Europäische Gerichtshof erkennt eine Handlung der Wiedergabe beim Setzen eines Hyperlinks gleichermaßen wie beim Setzen eines Frames.⁵⁹⁶ Da der Europäische Gerichtshof eine täterschaftliche Tatbestandshandlung sowohl beim Setzen eines Hyperlinks als auch Frames bejaht, ist auch die Störerhaftung für Hyperlinks und Frames im Urheberrecht versperret.⁵⁹⁷

Obwohl der Europäische Gerichtshof das Setzen eines Hyperlinks und Inline-Links bzw. Frames beim Recht der öffentlichen Wiedergabe gleich bewertet, ist eine Differenzierung im Anwendungsbereich des Kunsturhebergesetzes möglich.⁵⁹⁸ Beim Setzen eines Hyperlinks ist kritisch zu

AfP 2017, 127, 130; Gräbig, MMR 2015, 365, 366; Wimmers/Schulz, K&R 2007, 533, 533 f.; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; vgl. auch: Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 745; vgl. dazu, dass der Abgebildete ja gerade vor der bildlichen Darstellung geschützt wird: Wimmers/Schulz, K&R 2007, 533, 534; Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83.

596 Zum Setzen eines Hyperlinks: EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 20 – *Svensson*; zum Setzen eines Frames: EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 29 f. – *Svensson*; vgl. zum Setzen eines Frames als Handlung der Wiedergabe, da der EuGH erst die Öffentlichkeit der Handlung negiert: EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 40 – *GS Media*; EuGH, Beschl. v. 21.10.2014 – C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 = MMR 2015, 46 Tz. 17 ff. – *Bestwater International*; vgl. zum Framing auch: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 22 – *Deutsche Digitale Bibliothek*.

597 Siehe dazu, dass Framing und Linking eine urheberrechtliche Handlung der Wiedergabe darstellen: EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 20 und Tz. 29 f. – *Svensson*; siehe dazu, dass die Täterhaftung vorrangig vor der Teilnehmerhaftung zur Anwendung kommt und dass die Qualifizierung als Täter und Teilnehmer die Haftung als Störer (mittelbarer Störer) ausschließt: BGH, Urt. v. 21.09.2017 – I ZR 11/16, ZUM 2018, 123 Tz. 74 – *Vorschaubilder III*; BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 Tz. 25 ff.; *Ohly*, ZUM 2017, 793, 795 und 801.

598 Eine Differenzierung befürwortend: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 748; Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; aA: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175 f.

hinterfragen, ob dieser das Bildnis tatsächlich sichtbar macht oder nur einen Verweis auf das Bildnis setzt.⁵⁹⁹ Wird die Tatbestandshandlung des Schaustellens beim Setzen eines Hyperlinks negiert, bleibt auch die Störerhaftung im Bereich des Rechts am eigenen Bild denkbar.⁶⁰⁰ Das Setzen eines Inline-Links bzw. Frames könnte hingegen als Sichtbarmachung und somit als eine Handlung der Schaustellung subsumiert werden, § 22 S. 1 Alt. 2 KUG.⁶⁰¹

bb) Eigene Wertung für den Öffentlichkeitsbegriff

Zudem kann im Kunsturhebergesetz eine eigene Wertung für den Öffentlichkeitsbegriff vorgenommen werden. Der kunsturheberrechtliche Öffentlichkeitsbegriff folgt weder der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch der urheberrechtlichen Legaldefinition für den Begriff „öffentlich“, gem. § 15 Abs. 3 UrhG.⁶⁰²

⁵⁹⁹ *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 533; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; weitere Stimmen, die im Hyperlink keine öffentliche Schaustellung sehen: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; *Ohly*, AfP 2011, 428, 431; *Plaß*, WRP 2000, 599, 606; *Herbert*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 173; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; wohl auch: *Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 130; aA: OLG München, Urt. v. 26.06.2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659, 659; *Petershagen*, NJW 2011, 705, 707; *MüKo BGB-Rixecker*, 8. Aufl. 2018, Anh. zu § 12 Rn. 66; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; zur Argumentation der Verweisung, die der Rechtsprechung des BGH zum Urheberrecht entstammt: BGH, Urt. v. 17.07.2003 – I ZR 259/00, MMR 2003, 719, 722 – *Paperboy*.

⁶⁰⁰ *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745 ff.; *Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 130; vgl. auch: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 09.02.2017 – 2–03 S 16/16, ZD 2017, 391 Tz. 27 ff.; LG Hamburg, Urt. v. 24.01.2014 – 324 O 264/11, MMR 2015, 61, 63.

⁶⁰¹ LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; wohl auch: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; vgl. auch: *Herbert*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175 f., wobei anschließend parallel zum UrhR ein neuer Öffentlichkeitsbezug negiert wird.

⁶⁰² *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a; in dem Sinne wohl auch: *Specht*, MMR 2017, 577, 578; kritisch zur Anwendung des Öffentlichkeitsbegriffs des § 15 Abs. 3 UrhG für das Kunsturhebergesetz: *Ohly*, AfP 2011, 428, 430; aA: LG Oldenburg,

(1) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, bedarf es einer individuellen Beurteilung, ob die Wiedergabe öffentlich erfolgt.⁶⁰³ Hierbei sind eine Reihe zusammenhängender Kriterien zu berücksichtigen:⁶⁰⁴ Es ist die Rolle des Nutzers und die Vorsätzlichkeit seines Handelns entscheidend.⁶⁰⁵ Die Wiedergabe muss sich an eine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten richten, die ferner aus einer ziemlich großen Zahl von Personen besteht.⁶⁰⁶

Dahingegen ist für das Recht am eigenen Bild über einen Öffentlichkeitsbegriff nachzudenken, der dem Abgebildeten auch dann zuteilwird,

Urt. v. 22.03.1990 – 5 O 3328/89, AfP 1991, 652, 653; LG Oldenburg, Beschl. v. 21.04.1988 – 5 S 1656/87, GRUR 1988, 694, 695 – *Grillfest; Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; Wenzel – *von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 19; Schrickler/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; wohl auch aA: Wandtke, MMR 2019, 142, 145.

603 EuGH, Urt. v. 14.06.2017 – C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Tz. 23 – *Pirate Bay*; EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 28 – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 33 – *GS Media*.

604 EuGH, Urt. v. 14.06.2017 – C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Tz. 25 – *Pirate Bay*; EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 30 – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 34 – *GS Media*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 31.05.2016 – C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 = GRUR 2016, 684 Tz. 35 – *Reha Training/GEMA*.

605 EuGH, Urt. v. 14.06.2017 – C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Tz. 26 – *Pirate Bay*; EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 31 – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 35 – *GS Media*; vgl. auch: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 20 – *Deutsche Digitale Bibliothek*.

606 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 22 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 32 – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 36 – *GS Media*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 21 – *Svensson*; vgl. auch: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 23 – *Deutsche Digitale Bibliothek*.

wenn das Bildnis für eine geringere Anzahl an Betrachtern sichtbar wird.⁶⁰⁷

Für den harmonisierten Öffentlichkeitsbegriff des Urheberrechts ist außerdem erforderlich, dass das Werk unter Verwendung eines technischen Verfahrens wiedergegeben wird, das sich von dem bisher verwendeten unterscheidet oder das Werk für ein neues Publikum wiedergegeben wird, an welches der Inhaber des Urheberrechts nicht gedacht hatte, als er die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe erlaubte.⁶⁰⁸

Für Wiedergabehandlungen im Internet statuiert der Europäische Gerichtshof den Grundsatz, dass sich eine Wiedergabehandlung stets an alle Internetnutzer richtet, wenn keine beschränkenden Maßnahmen eingerichtet sind.⁶⁰⁹ So ist es beispielsweise zulässig, einen Hyperlink oder einen Frame auf ein im Internet frei abrufbares Werk zu setzen, da die Internetnutzer auch ohne den Hyperlink oder den Frame Zugang zu dem geschützten Werk haben.⁶¹⁰ Anders wird dies nur beurteilt, wenn der Setzer des Hyperlinks oder des Frames positive Kenntnis davon hat, dass das Werk unbefugt im Internet veröffentlicht wurde.⁶¹¹ In diesem Fall, ist

607 Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a.

608 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 24 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 33 – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 37 – *GS Media*; EuGH, Beschl. v. 21.10.2014 – C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 = MMR 2015, 46 Tz. 14 – *Bestwater International*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 24 – *Svensson*.

609 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 37 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 48 – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 42 – *GS Media*; EuGH, Beschl. v. 21.10.2014 – C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 = MMR 2015, 46 Tz. 16 ff. – *Bestwater International*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 26 f. und Tz. 31 – *Svensson*; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 14.06.2017 – C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Tz. 32 – *Pirate Bay*.

610 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 37 – *Cordoba*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 35, Tz. 40 ff. und Tz. 48 – *GS Media*; EuGH, Beschl. v. 21.10.2014 – C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 = MMR 2015, 46 Tz. 16 ff. – *Bestwater International*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 26 f. und Tz. 31 – *Svensson*.

611 EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 47 ff. und Tz. 55 – *GS Media*; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 14.06.2017 – C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Tz. 45 – *Pirate Bay*; EuGH, Urt. v.

eine öffentliche Wiedergabe gegeben.⁶¹² Bei Gewinnerzielungsabsicht wird diese Kenntnis vermutet.⁶¹³

Nur das Einstellen eines Werkes auf einer anderen Website richtet sich stets an ein neues Publikum, an welches der Inhaber des Urheberrechts nicht gedachte hatte, als er die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe erlaubte.⁶¹⁴ Unabhängig davon, ob es auf der ursprünglichen Website mit oder ohne beschränkende Maßnahmen zugänglich ist.⁶¹⁵

Der Grundsatz des Europäischen Gerichtshofs, dass sich eine Wiedergabehandlung im Internet grundsätzlich an alle Internetnutzer richtet, wenn keine beschränkenden Maßnahmen eingerichtet werden, ist nicht unreflektiert auf den Öffentlichkeitsbegriff des Kunsturhebergesetzes zu übertragen.⁶¹⁶ Für das Recht am eigenen Bild ist von entscheidender Bedeutung, in welchem Sachzusammenhang und mit welcher Reichweite das Bildnis präsentiert wird.⁶¹⁷ Der Abgebildete darf nämlich nicht nur darüber entscheiden, ob und wann sein Bildnis öffentlich zur Schau gestellt wird, sondern auch unter welchen Umständen.⁶¹⁸ Die Umstände der Schausstellung können sich im Internet jedoch erheblich verändern, wenn

26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 49 – *Stichting Brein/Wullems*; vgl. weiter: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 29 f. – *Deutsche Digitale Bibliothek*.

612 EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 49 – *GS Media*; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 49 – *Stichting Brein/Wullems*.

613 EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 51 und Tz. 55– *GS Media*; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 14.06.2017 – C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Tz. 46– *Pirate Bay*; EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 49 und Tz. 51 f. – *Stichting Brein/Wullems*.

614 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 30 ff. – *Cordoba*.

615 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 30 ff. – *Cordoba*.

616 Wohl aA: HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 15.

617 Gräbig, MMR 2015, 365, 366; siehe weiter zur zentralen Bedeutung des Sachzusammenhangs und der Reichweite bei Bildnissen: Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 748; Petershagen, NJW 2011, 705, 705; Ohly, AfP 2011, 428, 431; vgl. hierzu auch: OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 539; OLG München, Urt. v. 17.03.2016 – 29 U 368/16, MMR 2016, 414, 415; OLG München, Urt. v. 26.06.2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659, 660; BGH, Urt. v. 14.05.2002 – VI ZR 220/01, GRUR 2002, 690, 692 – *Marlene Dietrich II*.

618 BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II*; BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956,

das Bildnis beispielsweise mit Hilfe eines Inline-Links bzw. eines Frames in eine andere Website eingebunden wird.⁶¹⁹

So ist es für das Recht am eigenen Bild nicht ausschließlich von Bedeutung, ob das Bildnis bereits an einer anderen Stelle im Internet ohne beschränkende Maßnahmen für jedermann abrufbar ist.

(2) Legaldefinition des § 15 Abs. 3 UrhG

Schlussendlich wird der Öffentlichkeitsbegriff des Kunsturhebergesetzes auch nicht durch den urheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriff festgelegt, der in § 15 Abs. 3 UrhG legaldefiniert ist.⁶²⁰

Dies ist unter anderem positiv zu bewerten, da selbst für das Urheberrecht nicht abschließend geklärt ist, welcher Anwendungsbereich für § 15 Abs. 3 UrhG nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verbleibt.⁶²¹

427, 428 – *Paul Dahlke*; vgl. auch: *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1.

619 *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; vgl. dazu, dass sich der Kontext und die Reichweite von digitalen Bildnissen auch durch die Markierungs- und Kommentarfunktion in sozialen Netzwerken ändert: *Bosch*, IPRB 2018, 39, 39 und 42 f.; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 744 ff.; vgl. zum Argument des Kontexts für Frames im UrhR: *Obly*, GRUR 2018, 996, 1002; *Leistner*, ZUM 2016, 580, 581.

620 *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a; in dem Sinne wohl auch: *Specht*, MMR 2017, 577, 578; kritisch zur Anwendung des Öffentlichkeitsbegriffs des § 15 Abs. 3 UrhG für das Kunsturhebergesetz: *Obly*, AfP 2011, 428, 430; aA: LG Oldenburg, Urt. v. 22.03.1990 – 5 O 3328/89, AfP 1991, 652, 653; LG Oldenburg, Beschl. v. 21.04.1988 – 5 S 1656/87, GRUR 1988, 694, 695 – *Grillfest*; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; *Möhring/Nicolini-Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 19; wohl auch aA: *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145.

621 Vgl. zum umstrittenen Anwendungsbereich von § 15 Abs. 3 UrhG: *Fromm/Nordemann-Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 27 und Rn. 29; *Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 354 f. und Rn. 358 f.; vgl. dazu, dass § 15 Abs. 3 UrhG außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie nicht unbedingt richtlinienkonform ausgelegt werden muss, eine gesplante Auslegung der Vorschrift dennoch vermieden werden sollte: *Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 132.

Da der Öffentlichkeitsbegriff des Urheberrechtsgesetzes im Anwendungsbereich der InfoSoc-RL richtlinienkonform auszulegen ist,⁶²² kann § 15 Abs. 3 UrhG nur noch zur Anwendung kommen, wenn sich die Wiedergabe an eine Öffentlichkeit richtet, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, anwesend ist, vgl. ErwGr 23 der InfoSoc-RL.⁶²³ Die direkte Anwendung des § 15 Abs. 3 UrhG kommt nur noch für §§ 15 Abs. 2 Nr. 1, 19 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 UrhG in Betracht.⁶²⁴

Der primäre Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 UrhG ist seit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entfallen. Paradox ist es, diese Veränderungen des Urheberrechts schlicht zu ignorieren und weiterhin gewohnheitsmäßig die Legaldefinition des § 15 Abs. 3 UrhG für das Kunsturhebergesetz heranzuziehen, insbesondere da der urheberrechtliche Öffentlichkeitsbegriff nicht am Schutzgut des Kunsturhebergesetzes orientiert ist.

cc) Ergebnis

Das Verständnis des kunsturheberrechtlichen Schaustellens folgt nicht dem Verständnis der urheberrechtlichen Wiedergabehandlung, §§ 15 Abs. 2, 19 ff. UrhG iVm Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL. Für das kunsturheber-

622 BGH, Urt. v. 17.09.2015 – I ZR 228/14, GRUR 2016, 71 Tz. 29 ff.; Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 146, Rn. 162 und Rn. 354; vgl. zur Vollharmonisierung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe: EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 33 ff. – *Svensson*; weiter hierzu: BGH, Beschl. v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132 Tz. 24 – *YouTube*; BGH, Beschl. v. 23.02.2017 – I ZR 267/15, GRUR 2017, 514 Tz. 17; vgl. dazu, dass § 15 Abs. 3 UrhG zur Umsetzung der InfoSoc-RL neu gefasst wurde: BGBl. I, S. 1774.

623 Siehe zum Anwendungsbereich der InfoSoc-RL iSd ErwGr 23: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 04.10.2011 – C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Tz. 200 ff. – *Football Association Premier League u. Murphy*; vgl. weiter: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 19 – *Deutsche Digitale Bibliothek*; BGH, Urt. v. 09.07.2015 – I ZR 46/12, GRUR 2016, 171 Tz. 19 – *Die Realität II*; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-283/10, ECLI:EU:C:2011:772 = GRUR Int 2012, 150 Tz. 30 ff. – *Circul Globus Bucuresti/UCMR-ADA*.

624 HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 52; Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 UrhG Rn. 355; vgl. zu den nicht harmonisierten Verwertungsrechten des § 15 Abs. 2 UrhG auch: HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 112.

rechtliche Schaustellen ist nicht allein entscheidend, dass Dritte einen Zugang zu dem Bildnis haben, die Sichtbarmachung des Bildnisses ist erforderlich.⁶²⁵

Außerdem ist ein eigener Öffentlichkeitsbegriff des Kunsturhebergesetzes möglich und erforderlich. Der kunsturheberrechtliche Öffentlichkeitsbegriff folgt weder der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch der urheberrechtlichen Legaldefinition für den Begriff „öffentlich“, gem. § 15 Abs. 3 UrhG.⁶²⁶

Maßstab für einen neuen Öffentlichkeitsbegriff ist der erforderliche Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Abgebildeten. Für das Recht am eigenen Bild ist von entscheidender Bedeutung, in welchem Sachzusammenhang und mit welcher Reichweite das Bildnis präsentiert wird.⁶²⁷

625 Vgl. zum Erfordernis der Sichtbarmachung: OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 538; OLG Köln, Urt. v. 03.07.2012 – 15 U 205/11, ZUM-RD 2012, 675, 680; Wandtke, MMR 2019, 142, 145; Vetter, AfP 2017, 127, 130; Gräbig, MMR 2015, 365, 366; Wimmers/Schulz, K&R 2007, 533, 533 f.; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; vgl. auch: Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 745; vgl. dazu, dass der Abgebildete ja gerade vor der bildlichen Darstellung geschützt wird: Wimmers/Schulz, K&R 2007, 533, 534; Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83.

626 Gräbig, MMR 2015, 365, 366; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a; in dem Sinne wohl auch: Specht, MMR 2017, 577, 578; kritisch zur Anwendung des Öffentlichkeitsbegriffs des § 15 Abs. 3 UrhG für das Kunsturhebergesetz: Ohly, AfP 2011, 428, 430; aA: LG Oldenburg, Urt. v. 22.03.1990 – 5 O 3328/89, AfP 1991, 652, 653; LG Oldenburg, Beschl. v. 21.04.1988 – 5 S 1656/87, GRUR 1988, 694, 695 – Grillfest; Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 745; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 19; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; wohl auch aA: Wandtke, MMR 2019, 142, 145.

627 Gräbig, MMR 2015, 365, 366; siehe weiter zur zentralen Bedeutung des Sachzusammenhangs und der Reichweite bei Bildnissen: Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 748; Petershagen, NJW 2011, 705, 705; Ohly, AfP 2011, 428, 431; vgl. hierzu auch: OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 539; OLG München, Urt. v. 17.03.2016 – 29 U 368/16, MMR 2016, 414, 415; OLG

Einerseits ist über einen Öffentlichkeitsbegriff nachzudenken, der dem Abgebildeten auch dann zuteilwird, wenn das Bildnis für eine geringere Anzahl an Betrachtern sichtbar wird.⁶²⁸ Andererseits muss der neue Öffentlichkeitsbegriff des Kunsturhebergesetzes die digitalisierte Lebenswirklichkeit im Internet berücksichtigen. Dazu zählt das Posten digitaler Bildnisse auf Websites und in sozialen Netzwerken oder das Verweisen auf digitale Bildnisse durch Hyperlinks, Inline-Links bzw. Frames.⁶²⁹

d) Ergebnis

Sobald das Kunsturhebergesetz novelliert wird, ist ein autonomer Öffentlichkeitsbegriff in die Vorschrift des § 22 KUG einzufügen. Zugleich kann mit Hilfe einer neuen Terminologie der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen verbalisiert werden, dass diese losgelöst vom Urheberrecht und der InfoSoc-RL zu verstehen sind.

II. Internetfähige Begehungshandlungen?

Es bleibt zu untersuchen, ob die Begehungshandlungen des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter aufrechtzuerhalten sind oder ein Anpassungsbedarf besteht.

Die Probleme, die im zweiten Kapitel bei C. I. Technischer und digitaler Wandel festgestellt wurden, sind im Folgenden aus rechtlicher Perspektive zu lösen.

Zuerst wird festgestellt, dass sich als neues Abgrenzungskriterium der beiden kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen die Verfügungsge-

München, Urt. v. 26.06.2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659, 660; BGH, Urt. v. 14.05.2002 – VI ZR 220/01, GRUR 2002, 690, 692 – *Marlene Dietrich II.*

628 Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a.

629 Vgl. zu der Frage, ob das Posten von Bildnissen in sozialen Netzwerken als öffentlich iSd § 22 S. 1 Alt. 2 KUG zu bewerten ist: *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145; *Vetter*, AfP 2017, 127, 130; *Ohly*, AfP 2011, 428, 430; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 168 f.; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54.2; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37.

walt über das Bildnis eignet.⁶³⁰ Die typischen Handlungsformen im Internet, die sodann auch ohne Gesetzesanpassung durch die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen des Verbreitens und öffentlichen Schaustellens erfasst werden, werden im zweiten Schritt aufgezeigt. Eine kunsturheberrechtliche Bewertung für Hyperlinks und Inline-Links folgt im dritten Schritt. Zuletzt wird dargelegt, dass regulatorischer Handlungsbedarf des Gesetzgebers für das Anfertigen und Besitzen von Bildnissen besteht.

1. Neues Abgrenzungskriterium der Verfügungsgewalt

Die Abgrenzung der beiden kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen ist im digitalen Zeitalter nicht mehr danach vorzunehmen, ob die Begehungshandlung in körperlicher oder unkörperlicher Form erfolgt.⁶³¹

-
- 630 LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; OLG Celle, Urt. v. 25.08.2010 – 31 Ss 30/10, ZUM 2011, 341, 343; *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Vetter*, AfP 2017, 127, 130; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 102 f.; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9 und Rn. 10 a; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; vgl. auch: OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.12.2008 – 11 U 22/08, ZUM-RD 2009, 187, 189; vgl. weiter: BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2206 – *Fußballtorwart*, „§ 22 KUG sichert für seinen Anwendungsbereich die Unverfügbarkeit der Persönlichkeit“.
- 631 *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Vetter*, AfP 2017, 127, 129 ff.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 102 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 f.; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9 und Rn. 10 a; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12 und Rn. 14; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; wohl auch: Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 53; vgl. auch: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.03.2018 – 13 U 70/17, BeckRS 2018, 11484 Tz. 9 und Tz. 12; BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 386 f.; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 391; LG Stuttgart, Urt. v. 19.05.2015 – 17 O 1450/14, NJOZ 2016, 702, 704; OLG Celle, Urt. v. 25.08.2010 – 31 Ss 30/10, ZUM 2011, 341, 343; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.12.2008 – 11 U 22/08, ZUM-RD 2009, 187, 189; aA: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 649; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht,

Das Abgrenzungskriterium der Körperlichkeit ist unzeitgemäß.⁶³² Im analogen Bereich, diente das Abgrenzungsmerkmal der Körperlichkeit, dem Schutz des visuellen Selbstbestimmungsrechts.⁶³³ Ein Kontrollverlust des Abgebildeten wurde insbesondere mit der körperlichen Weitergabe des Bildnisses assoziiert.⁶³⁴ Seit der Digitalisierung erfolgt die Weitergabe eines

2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 32; BeckOK Informations- und Medienrecht-Herrmann, 26. Ed. Stand 01.11.2019, § 22 KUG Rn. 11; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 18 ff.; Erman-Klass, BGB, 15. Aufl. 2017, Anh § 12 Rn. 173.

632 Siehe: *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Vetter*, AfP 2017, 127, 129; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 102 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 f.; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9 und Rn. 10 a; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12 und Rn. 14; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139 f.; wohl auch: *Möhring/Nicolini-Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 53; vgl. auch: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.03.2018 – 13 U 70/17, BeckRS 2018, 11484 Tz. 9 und Tz. 12; BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 386 f.; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 391; LG Stuttgart, Urt. v. 19.05.2015 – 17 O 1450/14, NJOZ 2016, 702, 704; OLG Celle, Urt. v. 25.08.2010 – 31 Ss 30/10, ZUM 2011, 341, 343; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.12.2008 – 11 U 22/08, ZUM-RD 2009, 187, 189; aA: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 649; *Götting/Schertz/Seitz-Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 32; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 18 ff.; BeckOK Informations- und Medienrecht-Herrmann, 26. Ed. Stand 01.11.2019, § 22 KUG Rn. 11; Erman-Klass, BGB, 15. Aufl. 2017, Anh § 12 Rn. 173; ausführlich aus rechtlicher Perspektive im zweiten Kapitel bei D. II. 1. und 2.

633 Vgl.: BeckOK Informations- und Medienrecht-Herrmann, 26. Ed. Stand 01.11.2019, § 22 KUG Rn. 11; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 18 und Rn. 20; vgl. zur Unterscheidung körperliche Verbreitung und unkörperliche öffentliche Schaustellung: *Götting/Schertz/Seitz-Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 32; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9 ff.

634 *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 20; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 8; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 36; vgl. auch: *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9; BeckOK Urheberrecht-En-

Bildnisses jedoch in der Regel unverkörpert, indem der Datensatz über das Internet an eine andere Person übermittelt wird.⁶³⁵ Darüber hinaus kann ein öffentlich zur Schau gestelltes Bildnis beinahe ohne Qualitätsverlust abfotografiert werden, vom Bildschirminhalt kann ein Screenshot erstellt werden und von Live-Ereignissen ein Video.⁶³⁶ Diese selbst hergestellte Datei kann wiederum veröffentlicht oder an Dritte weitergeben werden. Der Kontrollverlust des Abgebildeten über sein Abbild ist nicht mehr an eine körperliche Weitergabehandlung geknüpft.⁶³⁷ Das Kunsturhebergesetz muss den Abgebildeten auch vor einer unkörperlichen Weitergabehandlungen seines Bildnisses schützen.

Am Abgrenzungskriterium der Körperlichkeit festzuhalten wird auch nicht durch das Urheberrechtsgesetz bzw. die InfoSoc-RL vorgegeben, da das Recht am eigenen Bild autonom ausgelegt werden kann.⁶³⁸ Als neues Abgrenzungskriterium eignet sich die Verfügungsgewalt über das Bildnis.⁶³⁹

gels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 51 ff.; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139 f.

- 635 *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 31 ff.; *Wanckel*, Foto- und Bildrecht, 5. Aufl. 2017, S. 89; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 f.; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 46 f.; *Hoeren*, Fotorecht, 2004, S. 147 f.; *Heidenreich*, Neue Medien, in: Sachs-Hombach, Bildwissenschaft, 2005, S. 381, 382; vgl. auch: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 648; *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3; siehe hierzu ausführlich im zweiten Kapitel bei C. I. 1. a) und b).
- 636 Siehe hierzu: *Gass*, ZUM 1999, 815, 815 f.; siehe zur Möglichkeit des Screenshots und des Abspeicherns von Bildnissen im Internet: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 104; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 77; vgl. zu der grundsätzlichen Möglichkeit analoge Bildnisse abzufotografieren auch: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 134.
- 637 *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 ff.; so wohl auch: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; siehe hierzu auch im zweiten Kapitel bei C. I. 1. a) – c).
- 638 Siehe dazu im zweiten Kapitel bei D. I.
- 639 LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; OLG Celle, Urt. v. 25.08.2010 – 31 Ss 30/10, ZUM 2011, 341, 343; *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Vetter*, AfP 2017, 127, 130; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 102 f.; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9 und

Verbreiten und öffentliches Schaustellen sind sodann wie folgt zu definieren:

Verbreiten meint die Weitergabe des Bildnisses an mindestens eine weitere Person in einer Form, dass die Verfügungsgewalt über das Bildnis zumindest vorübergehend aus der Hand gegeben wird und das Risiko einer nicht mehr zu kontrollierenden Kenntnissnahme besteht, gem. § 22 S. 1 Alt. 1 KUG.⁶⁴⁰

Öffentlich zur Schau gestellt wird ein Bildnis, wenn es für Dritte sichtbar gemacht wird, ohne dass der Schausteller den Betrachtern die Verfügungsgewalt über das Bildnis einräumt, gem. § 22 S. 1 Alt. 2 KUG.⁶⁴¹

Rn. 10 a; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; vgl. auch: OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.12.2008 – 11 U 22/08, ZUM-RD 2009, 187, 189; vgl. weiter: BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2206 – *Fußballtorwart*, „§ 22 KUG sichert für seinen Anwendungsbereich die Unverfügbarkeit der Persönlichkeit“.

640 BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; OLG Köln, Beschl. v. 02.06.2017 – III-1 RVs 93/17, ZUM-RD 2017, 551, 552; LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Vetter*, AfP 2017, 127, 129; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 8; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 139; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 51; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 36; vgl. zum Erfordernis der Weitergabe an eine weitere beliebige Person: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.12.2008 – 11 U 22/08, ZUM-RD 2009, 187, 189; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9; MüKo BGB-Rixecker, 8. Aufl. 2018, Anh. zu § 12 Rn. 66; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 36; Erman-Klass, BGB, 15. Aufl. 2017, Anh. § 12 Rn. 173; vgl. zu einer noch weiter gefassten Definition, die auch die bloße Kenntnissnahme eines Dritten unter Verbreiten subsumiert: HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12.

641 Siehe hierzu: *Vetter*, AfP 2017, 127, 130; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 32; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; siehe zu einem verringerten Öffentlichkeitserfordernis beim öffentlichen Schaustellen: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a; siehe dazu auch: *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Ohly*, AfP 2011, 428, 430 f.; vgl. zur fehlenden Öffentlichkeit beim Hochladen in die Cloud: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016,

Legaldefinitionen im Kunsturhebergesetz wären begrüßenswert,⁶⁴² um die auseinanderstrebenden Auffassungen zum Verständnis der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen innerhalb der Jurisdiktion und Literatur zu vereinen.

2. Verbreiten und öffentliches Schaustellen im digitalen Zeitalter

Die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen berücksichtigen die neuen Handlungsformen im digitalen Zeitalter.

Im digitalen Zeitalter wird ein Bildnis verbreitet, wenn der vollständige Datensatz per E-Mail oder per WhatsApp verschickt wird.⁶⁴³ Dasselbe gilt auch dann, wenn ein digitales Bildnis in einem Online-Speicher für eine dritte Person zum Herunterladen bereitgestellt wird.⁶⁴⁴ Bekannte Online-Speicher mit dieser Funktion sind Dropbox und iCloud.

385, 387; vgl. insgesamt auch diese sinngemäßen Definitionen: OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 538; *Plaß*, WRP 2000, 599, 606; aA zum Öffentlichkeitserfordernis, welches sodann iSd § 15 Abs. 3 UrhG zu verstehen ist: OLG München, Urt. v. 26.06.2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659, 659; LG Oldenburg, Urt. v. 22.03.1990 – 5 O 3328/89, AfP 1991, 652, 653; LG Oldenburg, Beschl. v. 21.04.1988 – 5 S 1656/87, GRUR 1988, 694, 695; *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 19.

642 Dieser Ansicht bereits zuvor: *Specht*, MMR 2017, 577, 578.

643 Zum Versand per E-Mail: LG Frankfurt, Urt. v. 26.09.2019 – 2–03 O 402/18, K&R 2019, 808, 810; BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung; Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 77; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 8; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 53; zum Versand per WhatsApp: OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.03.2018 – 13 U 70/17, BeckRS 2018, 11484 Tz. 9; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 391; Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 130; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9.

644 Vgl. hierzu die Ausführungen des LG Heidelberg, wobei das Bereitstellen des Bildnisses im Online-Speicher sowohl unter das Schaustellen als auch das Ver-

Das Hochladen eines Bildnisses auf einer frei verfügbaren Website ist eine öffentliche Schaustellung.⁶⁴⁵ Nichts anderes gilt, wenn ein Bildnis innerhalb eines sozialen Netzwerkes öffentlich sichtbar gemacht wird.⁶⁴⁶

Das Hochladen eines Bildnisses auf einer frei verfügbaren Website oder öffentlich in einem sozialen Netzwerk wird nicht dadurch zum Verbreiten, dass es theoretisch möglich ist, dass sich der Besucher der Website Verfügungsgewalt über das Bildnis verschafft, indem er einen Screenshot von dem Bildnis erstellt oder das Bildnis auf seinen Arbeitsspeicher herunterlädt.⁶⁴⁷ Bei der kunsturheberrechtlichen Bewertung ist nicht auf diese Eventualität abzustellen.⁶⁴⁸

Entscheidend ist, was durch die Begehungshandlung in erster Linie bewirkt wird und welchem primären Zweck sie dient. Wird ein Bildnis auf einer Website oder öffentlich in einem sozialen Netzwerk hochgeladen, wird es für die Besucher der Website zunächst einmal sichtbar.⁶⁴⁹ Die Dispositionshoheit des Abgebildeten wird bereits durch das Sichtbarmachen des Bildnisses verletzt. Außerdem ist das Sichtbarmachen des Bildnisses mit dem Hochladen auf einer Website oder in einem sozialen Netzwerk auch beabsichtigt. Deshalb ist für die kunsturheberrechtliche Bewertung das Sichtbarmachen des Bildnisses entscheidend und eben nicht die Mög-

breiten subsumiert wird: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387.

645 AA: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 78 und S. 234; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12 und Rn. 14.

646 Siehe: *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54.2; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; wohl auch: LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 392; *Obly*, AfP 2011, 428, 430; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 168 f.; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 8; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a; aA: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; *Vetter*, AfP 2017, 127, 129 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 79.

647 Dieser Ansicht bereits zuvor: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 105; aA: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 78.

648 Siehe auch: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 105.

649 *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 105.

lichkeit, dass der Besucher der Website gegebenenfalls in einem zweiten Schritt einen Screenshot von dem Bildnis erstellt.⁶⁵⁰

Dieses Ergebnis wird durch folgende Überlegung gestützt: Die Möglichkeit ein Bildnis abzufotografieren besteht nicht nur im digitalen Umfeld mit Hilfe eines Screenshots, sondern auch im analogen Umfeld. Auch ein auf einer Plakatwand präsentiertes Bildnis kann abfotografiert werden.⁶⁵¹ Der Ersteller der Fotografie erlangt ebenfalls Verfügungsgewalt über das Bildnis und kann das abfotografierte Bildnis anschließend nach Belieben weiterverbreiten. Diese Möglichkeit beeinflusst jedoch nicht die kunsturheberrechtliche Bewertung für das Präsentieren des Bildnisses auf der Plakatwand.

Der Vergleich mit der analogen Situation verdeutlicht, dass das Hochladen eines Bildnisses auf einer frei verfügbaren Website oder öffentlich innerhalb eines sozialen Netzwerkes eine öffentliche Schaustellung ist und nicht ein Verbreiten.⁶⁵²

3. Kunsturheberrechtliche Bewertung für Hyperlinks und Inline-Links

Es folgt eine kunsturheberrechtliche Bewertung für das Setzen eines Hyperlinks und das Setzen eines Inline-Links bzw. Frames. Wie bereits im zweiten Kapitel bei D. I. herausgearbeitet wurde, ist das öffentliche Schaustellen losgelöst vom Urheberrechtsgesetz, §§ 15 Abs. 2 und Abs. 3, 19 ff. UrhG und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Recht der öffentlichen Wiedergabe und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL zu verstehen.⁶⁵³ Dies bewirkt, dass das Setzen eines Hyperlinks und das Setzen eines Inline-Links einer eigenen

650 Dieser Ansicht bereits zuvor: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 105; siehe dazu, dass das KUG de lege lata nicht die Handlung des Abspeicherns erfasst, jedoch das Datenschutzrecht durchgreift: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 178.

651 Vgl. zu der grundsätzlichen Möglichkeit analoge Bildnisse abzufotografieren: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 134.

652 AA: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 78 und S. 234; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12 und Rn. 14.

653 *Specht*, MMR 2017, 577, 578; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10; siehe hierzu ausführlich insbesondere oben im zweiten Kapitel bei D. I. 4. c).

kunsturheberrechtlichen Wertung zugänglich sind, die im Folgenden vorgenommen wird:

Zunächst wird die technische Funktionsweise überblicksartig erläutert, wobei insbesondere die Unterschiede herausgearbeitet werden, die für die folgende kunsturheberrechtliche Bewertung entscheidend sind.

Danach wird in vier Schritten untersucht, ob ein Bildnis durch das Setzen eines Hyperlinks oder das Setzen eines Inline-Links öffentlich zur Schau gestellt wird, gem. § 22 S. 1 Alt. 2 KUG. Es wird zuerst aufgezeigt, dass es für eine kunsturheberrechtliche Schausstellung nicht erforderlich ist, dass der Linksetzer originäre Verfügungsgewalt über das verlinkte Bildnis ausübt. Im zweiten Schritt wird dargelegt, dass eine öffentliche Schausstellung auch nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil das verlinkte Bildnis bereits auf der ursprünglichen Website öffentlich abrufbar ist. Im dritten Schritt wird herausgearbeitet, dass das Sichtbarmachen des verlinkten Bildnisses für ein kunsturheberrechtliches Schausstellen zwingend erforderlich ist und ein Bildnis zwar durch einen Inline-Link unmittelbar sichtbar gemacht wird, jedoch nicht durch einen Hyperlink. Im vierten Schritt wird erläutert, dass das verlinkte Bildnis auch nur durch den Inline-Link und nicht durch den Hyperlink in einem veränderten Kontext präsentiert wird.

Die Untersuchung schließt mit der Stellungnahme, dass es überzeugt, dass das Setzen eines Inline-Links eine Schausstellung darstellt, wohingegen dies beim Setzen eines Hyperlinks zu verneinen ist. Schlussendlich werden die Konsequenzen für das Recht am eigenen Bild herausgearbeitet und untersucht, wie sich die kunsturheberrechtliche Bewertung für Hyperlinks und Inline-Links zur Datenschutzgrundverordnung verhält.

a) Technische Funktionsweise

Allen Formen des Verlinkens ist gemein, dass sie einen Verweis auf eine Zieldatei setzen, beispielsweise ein digitales Bildnis.⁶⁵⁴ Bei externen Links wird das Bildnis nicht vom Linksetzer zum Abruf bereitgestellt, sondern

⁶⁵⁴ Vgl. dazu: Münz/Gull, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 159 ff. und S. 180; Berners-Lee, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. auch: Schubert, MMR 2019, 438, 438; Völtz, AfP 2013, 110, 110; Schack, MMR 2001, 9, 13; Hoeren/Sieber/Holznagel-Boemke, Multimedia-Recht, 36. EL September 2013, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 11 Rn. 67 und Rn. 73; Ott, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, S. 45 ff.

ausschließlich vom Betreiber der verlinkten Website.⁶⁵⁵ Einzig und allein der Betreiber der verlinkten Website lädt das Bildnis auf einem Server hoch, mit dem Ziel, das Bildnis auf seiner Website anzeigen zu können. Wird das Bildnis auf dem Server gelöscht oder die Zieladresse der Datei verändert, läuft jedweder Link leer.⁶⁵⁶

aa) Technische Besonderheiten des Hyperlinks

Die einzelnen Formen des Verlinkens unterscheiden sich insbesondere in ihrer grafischen Darstellung.

Bei Hyperlinks wird der Verweis durch ein anklickbares Schriftzeichen oder Symbol auf der Website dargestellt.⁶⁵⁷ Wenn sich der Besucher der Website das verlinkte Bildnis anschauen möchte, muss er hierfür zunächst den Hyperlink anklicken.⁶⁵⁸ Das Bildnis öffnet sich in der Regel in einem neuen Fenster, wobei der Setzer des Hyperlinks hier auch abweichende Befehle vorgeben kann.⁶⁵⁹ Dabei wird das Bildnis entweder gesondert angezeigt oder auf der ursprünglichen Website.⁶⁶⁰

655 Siehe zur Funktionsweise externer Links: *Conrad*, CR 2013, 305, 307; *Schack*, MMR 2001, 9, 13; *Münz/Gull*, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 159 ff.; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Boemke*, Multimedia-Recht, 36. EL September 2013, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 11 Rn. 67 und Rn. 73; *Ott*, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, S. 45 ff.; siehe zur Funktionsweise interner Links: *Münz/Gull*, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 159.

656 *Rauer/Kaase*, WRP 2018, 1155, 1159; *Platz*, WRP 2000, 599, 602; *Ott*, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, S. 46; vgl.: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 16 – *Deutsche Digitale Bibliothek*; EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, GRUR 2018, 911 Tz. 44 – *Cordoba*; BGH, Beschl. v. 16.05.2013 – I ZR 46/12, GRUR 2013, 818 Tz. 9 – *Die Realität*; BGH, Urt. v. 17.07.2003 – I ZR 259/00, MMR 2003, 719, 722 – *Paperboy*.

657 *Schack*, MMR 2001, 9, 13; *Münz/Gull*, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 160 f.; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Boemke*, Multimedia-Recht, 36. EL September 2013, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 11 Rn. 67 und Rn. 73; *Ott*, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, S. 45 ff.

658 *Völtz*, AfP 2013, 110, 110; *Münz/Gull*, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 160 und S. 180.

659 *Berners-Lee*, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; siehe auch: *Münz/Gull*, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 160.

660 *Berners-Lee*, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

bb) Technische Besonderheiten des Inline-Links

Ein Inline-Link ist für den Besucher der Website unsichtbar. Er bewirkt, dass das verlinkte Bildnis dort angezeigt wird, wo der Inline-Link auf der Website positioniert ist.⁶⁶¹ Ein vorheriges Anklicken des Links ist nicht erforderlich.⁶⁶² Die Anzeige erfolgt automatisch.⁶⁶³ Das Bildnis wird nicht in seiner ursprüngliche Umgebung präsentiert, sondern in den Aufbau der verlinkenden Website integriert.⁶⁶⁴ Der Inline-Link bindet das Bildnis in die verlinkende Website ein, embedded content.⁶⁶⁵ Anders als beim Hyperlink, ist es für den Besucher der Website nicht ersichtlich, dass die

661 *Berners-Lee*, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; siehe auch: *Gerecke*, GRUR 2019, 1120, 1121; *Ott*, ZUM 2008, 556, 557; *Plaß*, WRP 2000, 599, 599.

662 *Ott*, ZUM 2008, 556, 557; *Schack*, MMR 2001, 9, 13; *Plaß*, WRP 2000, 599, 599; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 88; *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, 2. Aufl., 2005, S. 212.

663 *Gerecke*, GRUR 2019, 1120, 1121; *Ott*, ZUM 2008, 556, 557; *Plaß*, WRP 2000, 599, 599; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 88; *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, 2. Aufl., 2005, S. 212.

664 *Berners-Lee*, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; siehe auch: *Gerecke*, GRUR 2019, 1120, 1121; *Höppner/Rieger*, GRUR Int. 2016, 633, 634; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 88; vgl. dazu auch: EuGH, Beschl. v. 21.10.2014 – C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 = MMR 2015, 46 Tz. 17 – *Bestwater International*.

665 *Berners-Lee*, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; siehe auch: *Gerecke*, GRUR 2019, 1120, 1121 f.; *Höppner/Rieger*, GRUR Int. 2016, 633, 634; *Völtz*, AfP 2013, 110, 110; *Schack*, MMR 2001, 9, 13; *Münz/Gull*, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 136; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 88; vgl. hierzu auch: EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 = juris, Tz. 26 – *Fashion ID GmbH & Co. KG/Verbraucherzentrale NRW e.V.*; LG Stuttgart, Urt. v. 19.05.2015 – 17 O 1450/14, NJOZ 2016, 702, 704; EuGH, Beschl. v. 21.10.2014 – C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 = MMR 2015, 46 Tz. 17 – *Bestwater International*; LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272.

Website Drittinhalte enthält.⁶⁶⁶ Erkennbar wird dies erst, wenn sich der Besucher den Quelltext der Website anzeigen lässt.⁶⁶⁷

cc) Frame: besonderes Gestaltungsmittel einer Website

Das Framen ist eigentlich keine Form des Verlinkens, sondern das Gestaltungsmittel einer Website.⁶⁶⁸ Es ermöglicht, die Website in mehrere Rahmen bzw. Teilflächen in beliebiger Größe zu unterteilen.⁶⁶⁹ Der Inhalt der einzelnen Rahmen kann dabei unabhängig voneinander gestaltet werden.⁶⁷⁰ Diese Gestaltungsmöglichkeit der Website wird regelmäßig dazu genutzt, Fremdinhalte in die Website zu integrieren.⁶⁷¹ Wird ein Inline-Link in einem Frame positioniert, wird das verlinkte Bildnis an der gewünschten Stelle der Website angezeigt.⁶⁷² Genauso wie beim Inline-Link

666 *Berners-Lee*, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; siehe auch: *Höppner/Rieger*, GRUR Int. 2016, 633, 636; *Völtz*, AfP 2013, 110, 113; *Schack*, MMR 2001, 9, 13; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 88.

667 *Schubert*, MMR 2019, 438, 438; *Völtz*, AfP 2013, 110, 110; *Schack*, MMR 2001, 9, 13.

668 *Schack*, MMR 2001, 9, 16; *Münz/Gull*, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 228 ff.; vgl. dazu auch: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 27 – *Deutsche Digitale Bibliothek*; *Plaß*, WRP 2000, 599, 599; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 87; *Berners-Lee*, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; siehe dazu, dass das Framen eine ältere Technik ist, die heute nicht mehr so häufig genutzt wird: *Ott*, ZUM 2008, 556, 557.

669 *Schubert*, MMR 2019, 438, 438; *Conrad*, CR 2013, 305, 307; *Schack*, MMR 2001, 9, 16; *Plaß*, WRP 2000, 599, 599; *Münz/Gull*, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 230 f.; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 87.

670 *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 87.

671 *Berners-Lee*, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; siehe auch: *Schack*, MMR 2001, 9, 16; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 87; vgl. auch: LG München, Urt. v. 10.01.2007 – 21 O 20028/05, ZUM 2007, 224, 225.

672 *Schubert*, MMR 2019, 438, 438; vgl. dazu auch: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 27 – *Deutsche Digitale Bibliothek*; *Schack*, MMR 2001, 9, 16; *Plaß*, WRP 2000, 599, 599; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 87;

lässt die URL der geframten Website nicht erkennen, dass diese in mehrere Rahmen unterteilt ist und zugleich verlinkte Inhalte präsentiert.⁶⁷³ Da das Framen keine eigene Form des Verlinkens ist, wird nachstehend eine kunsturheberrechtliche Bewertung ausschließlich für Hyperlinks und Inline-Links vorgenommen.

b) Öffentliches Schaustellen durch Setzen eines Hyperlinks oder Inline-Links?

Sowohl Hyperlinks als auch Inline-Links stellen das verlinkte Bildnis öffentlich zur Schau, wenn sie bewirken, dass das Bildnis für Dritte sichtbar wird, ohne dass der Setzer des Hyper- bzw. Inline-Links den Betrachtern die Verfügungsgewalt über das Bildnis einräumt, gem. § 22 S. 1 Alt. 2 KUG.⁶⁷⁴

Berners-Lee, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

673 *Schack*, MMR 2001, 9, 16; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 87; vgl.: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 27 – *Deutsche Digitale Bibliothek*; LG München, Urt. v. 10.01.2007 – 21 O 20028/05, ZUM 2007, 224, 225; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748.

674 Siehe zu der Definition der Schaustellung, gem. § 22 S. 1 Alt. 2 KUG: *Vetter*, AfP 2017, 127, 130; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Götting/Schertz/Seitz-Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 32; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10; *Möhring/Nicolini-Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; siehe zum verringerten Öffentlichkeitserfordernis beim öffentlichen Schaustellen: *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a; siehe dazu auch: *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Ohly*, AfP 2011, 428, 430 f.; vgl. insgesamt auch diese sinngemäßen Definitionen: OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 538; *Plaß*, WRP 2000, 599, 606; aa zum Öffentlichkeitserfordernis, welches sodann iSd § 15 Abs. 3 UrhG zu verstehen ist: OLG München, Urt. v. 26.06.2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659, 659; LG Oldenburg, Urt. v. 22.03.1990 – 5 O 3328/89, AfP 1991, 652, 653; LG Oldenburg, Beschl. v. 21.04.1988 – 5 S 1656/87, GRUR 1988, 694, 695; *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; *Möhring/Nicolini-Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; *Rauel*

aa) Keine originäre Verfügungsgewalt des Linksetzers

Für das kunsturheberrechtliche Schaustellen ist nicht vorausgesetzt, dass der Schausteller Verfügungsgewalt über das Bildnis ausübt oder diese an eine weitere Person überträgt.⁶⁷⁵ Somit ist es für die kunsturheberrechtliche Bewertung des Schaustellens irrelevant, dass beim Verlinken eine andere Person das Bildnis zum Abruf auf dem Server bereitstellt.⁶⁷⁶

Die Handlung der Schaustellung endet, sobald der Link leerläuft, da das Bildnis auf dem Server gelöscht oder die Zieladresse verändert wurde. Solange der Link funktionstüchtig ist, ist eine Schaustellung nicht mit der Begründung abzulehnen, dass es dem Linksetzer an Verfügungsgewalt mangelt und ausschließlich eine andere Person darüber entscheidet, ob das verlinkte Bildnis weiterhin zum Abruf zur Verfügung steht.⁶⁷⁷

bb) Verweis auf öffentlich abrufbares Bildnis

Ferner verbraucht sich das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten nicht. Das Kunsturhebergesetz normiert weder für das Verbreiten noch für das Schaustellen eine Erschöpfung. So ist eine Schaustellung beim Verlinken nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Bildnis auf der verlinkten Website bereits öffentlich zur Schau gestellt wird.⁶⁷⁸

Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 19.

675 Siehe hierzu: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; siehe zu der Definition von Schaustellung: Vetter, AfP 2017, 127, 130; Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 745; Gräbig, MMR 2015, 365, 366; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 32; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 14; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; vgl. auch die kritische Auseinandersetzung mit der Definition bei Handlungen im Internet: Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 76 ff.; vgl. zu der Problematik im Urheberrecht: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 16 – *Deutsche Digitale Bibliothek*; BGH, Beschl. v. 16.05.2013 – I ZR 46/12, GRUR 2013, 818 Tz. 9 – *Die Realität*.

676 Siehe auch: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272.

677 Vgl. mit Bezug zum Urheberrecht: LG München, Urt. v. 10.01.2007 – 21 O 20028/05, ZUM 2007, 224, 225.

678 Dieser Ansicht wohl auch: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; aA: Wimmers/Schulz, K&R 2007, 533, 534; Herbort, Digitale Bildnisse,

Der Erschöpfungsgrundsatz würde dem effektiven Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Abgebildeten auch diametral zuwiderlaufen. Daher überzeugt es wenig, die Öffentlichkeit der Schausstellung immer dann zu negieren, wenn das verlinkte Bildnis bereits an anderer Stelle für alle Internetnutzer frei zum Abruf zur Verfügung steht.⁶⁷⁹ Diese Auffassung vom kunsturheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriff würde eine faktische Erschöpfung des Selbstbestimmungsrechts des Abgebildeten im digitalen Umfeld bewirken.⁶⁸⁰

cc) Sichtbarmachen des Bildnisses

Es sprechen jedoch gewichtige Argumente dagegen, dass durch das Setzen eines Hyperlinks das verlinkte Bildnis öffentlich zur Schau gestellt wird, gem. § 22 S. 1 Alt. 2 KUG.

Das Bildnis wird durch das Setzen eines Hyperlinks nicht unmittelbar sichtbar gemacht, da der Hyperlink vom Besucher der Website zunächst angeklickt werden muss.⁶⁸¹ Die Sichtbarkeit des Bildnisses wird jedoch

2017, S. 175; vgl. zu diesem Gedanken im Urheberrecht: Völtz, AfP 2013, 110, 112.

679 AA: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175 f.; wohl aA: LG München, Urt. v. 10.12.2015 – 7 O 20028/15, ZUM-RD 2016, 406, 408; die Berufungsinstanz nimmt hingegen eine Bildnisveröffentlichung iSd § 22 S. 1 KUG an: OLG München, Urt. v. 17.03.2016 – 29 U 368/16, MMR 2016, 414, 414 ff.; vgl. zu diesem Gedanken im Urheberrecht, wenn das Werk auf einer anderen Website hochgeladen wird: EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 33 – *Cordoba*; vgl. zu diesem Gedanken im Urheberrecht auch: Völtz, AfP 2013, 110, 112; vgl. die Rechtsprechung des EuGH, die statuiert, dass sich eine Wiedergabehandlung im Internet an alle Internetnutzer richtet, wenn keine beschränkenden Maßnahmen eingerichtet sind: EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 48 – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 42 – *GS Media*; EuGH, Beschl. v. 21.10.2014 – C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 = MMR 2015, 46 Tz. 16 ff. – *Bestwater International*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 26 f. und Tz. 31 – *Svensson*.

680 Vgl. zu dem Gedanken der faktischen Erschöpfung im Urheberrecht: *Ohly*, GRUR 2018, 996, 997; Völtz, AfP 2013, 110, 112.

681 *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 533 f.; *Platz*, WRP 2000, 599, 606; diesen zustimmend: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 81 und S. 83; weitere Stimmen, die im Hyperlink keine öffentliche Schausstellung sehen: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; *Gerecke*,

für ein kunsturheberrechtliches Schaustellen vorausgesetzt.⁶⁸² Der Grund dafür ist, dass das Recht am eigenen Bild vor dem besonders eingriffsintensiven Darstellungseffekt von Bildnissen schützt.⁶⁸³

Dieses Gegenargument ist nicht auf den Inline-Link übertragbar. Der Inline-Link erfüllt das Erfordernis, dass das Bildnis für Dritte sichtbar gemacht wird.⁶⁸⁴ Er bewirkt, dass das Bildnis unmittelbar auf der verlinkenden Website visuell dargestellt wird.⁶⁸⁵ Die visuelle Darstellung des Bildnisses erfolgt automatisch. Die Besucher der Website müssen dafür nicht zuvor tätig werden.⁶⁸⁶

GRUR 2019, 1120, 1125; *Obly*, AfP 2011, 428, 431; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 173; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; wohl auch: *Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 130; aA: OLG München, Urt. v. 26.06.2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659, 659; *Petershagen*, NJW 2011, 705, 707; MüKo BGB-Rixecker, 8. Aufl. 2018, Anh. zu § 12 Rn. 66; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37.

⁶⁸² OLG Dresden, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 U 1234/17, ZUM 2018, 538, 538; OLG Köln, Urt. v. 03.07.2012 – 15 U 205/11, ZUM-RD 2012, 675, 680; *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145; *Vetter*, AfP 2017, 127, 130; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 533 f.; *Platz*, WRP 2000, 599, 606; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; *Möhring/Nicolini-Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54; *Schricker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37; vgl. auch: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745.

⁶⁸³ *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; vgl. auch: *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 534; weiter zum besonders eingriffsintensiven Darstellungseffekt von Bildnissen: BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354 – *Vor unserer eigenen Tür*; siehe zum Schutzgut des Rechts am eigenen Bild ausführlich oben im zweiten Kapitel bei A.

⁶⁸⁴ LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; *Gerecke*, GRUR 2019, 1120, 1124; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83.

⁶⁸⁵ *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; vgl. auch: *Gerecke*, GRUR 2019, 1120, 1124.

⁶⁸⁶ *Ott*, ZUM 2008, 556, 557; *Schack*, MMR 2001, 9, 13; *Platz*, WRP 2000, 599, 599; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, 2. Aufl., 2005, S. 212; *Hoeren/Sieber/Holznapel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 88.

dd) Veränderter Kontext

Der Hyperlink verändert auch nicht die Umstände, unter welchen das Bildnis präsentiert wird.⁶⁸⁷ Zwar wird der Hyperlink auf einer fremden Website positioniert, jedoch wird das Bildnis nach dem Anklicken des Hyperlinks entweder in seiner ursprünglichen Umgebung angezeigt oder in einem leeren Fenster ohne Gestaltungselemente.⁶⁸⁸ Soll die Schaulstellung des Bildnisses insgesamt beendet werden, steht der Hyperlink dieser Entscheidung auch nicht entgegen.⁶⁸⁹ Wird das Bildnis auf dem Server gelöscht oder die Zieladresse verändert, läuft der Hyperlink leer.⁶⁹⁰

Auch dieses Gegenargument ist nicht auf den Inline-Link übertragbar. Das Bildnis wird durch den Inline-Link in den Kontext der verlinkenden Website eingebettet.⁶⁹¹ Dadurch wird nicht schlicht auf das Bildnis verwiesen, vielmehr wird in das visuelle Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten eingegriffen.⁶⁹² Der Abgebildete darf nicht nur darüber entscheiden, ob sein Eigenbild öffentlich zur Schau gestellt wird, sondern auch auf welche Art und Weise.⁶⁹³ Durch das Setzen eines Inline-Links wird diese Entscheidungsbefugnis des Abgebildeten missachtet.⁶⁹⁴ Allein der Setzer

687 Wohl aA: OLG München, Urt. v. 26.06.2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659, 659 f.

688 Vgl. dazu, dass der verlinkte Inhalt separat angezeigt wird: *Berners-Lee*, Links and Law, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; siehe auch: *Münz/Gull*, HTML5, 10. Aufl. 2014, S. 160.

689 *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 81; vgl. hierzu auch die folgende Rspr. zum Urheberrecht: EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 44 – *Cordoba*; BGH, Urt. v. 17.07.2003 – I ZR 259/00, MMR 2003, 719, 722 – *Paperboy*.

690 Vgl.: BGH, Urt. v. 17.07.2003 – I ZR 259/00, MMR 2003, 719, 722 – *Paperboy*; *Rauer/Kaase*, WRP 2018, 1155, 1159; *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 534; *Platz*, WRP 2000, 599, 602.

691 *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; vgl. auch: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; vgl. zu dem Gedanken des Kontexts bezogen aufs Urheberrecht: *Ohly*, GRUR 2018, 996, 1002.

692 Siehe: *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366.

693 BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II*; BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2206 – *Fußballtorwart*; BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 428 – *Paul Dahlke*; vgl. auch: *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1.

694 *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366; siehe auch: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748.

des Inline-Links entscheidet über die Gestaltung der verlinkenden Website. Anders als beim Hyperlink, wird das Bildnis hier eben nicht in seiner ursprünglichen Umgebung angezeigt.

c) Stellungnahme

Es überzeugt, dass das Setzen eines Inline-Links eine Schausstellung darstellt,⁶⁹⁵ wohingegen dies beim Setzen eines Hyperlinks zu verneinen ist.⁶⁹⁶

Diese kunsturheberrechtliche Bewertung überzeugt nicht nur, weil der Hyperlink das verlinkte Bildnis weder unmittelbar sichtbar macht noch in einem veränderten Kontext darstellt. Sie überzeugt insbesondere, weil die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Abgebildeten beim Setzen eines Hyperlinks weniger intensiv verletzt werden als beim Setzen eines Inline-Links. Zugleich dient der Hyperlink den Interessen der Allgemeinheit am Meinungs- und Informationsaustausch und der Funktionsfähigkeit des Internets in höherem Maße als der Inline-Link.⁶⁹⁷

695 Dieser Ansicht bereits zuvor: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; Gerecke, GRUR 2019, 1120, 1124; Gräbig, MMR 2015, 365, 366 f.; Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; wohl auch: Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 748; vgl. auch: Herbort, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175 f., wobei anschließend parallel zum UrhR die Öffentlichkeit der Schausstellung negiert wird.

696 Dieser Ansicht bereits zuvor: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; Gerecke, GRUR 2019, 1120, 1125; Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 748; Ohly, AfP 2011, 428, 431; Wimmers/Schulz, K&R 2007, 533, 533; Plaf, WRP 2000, 599, 606; Herbort, Digitale Bildnisse, 2017, S. 173; Tausch, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; wohl auch: Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 130; aA: OLG München, Urt. v. 26.06.2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659, 659; Petershagen, NJW 2011, 705, 707; MüKo BGB-Rixecker, 8. Aufl. 2018, Anh. zu § 12 Rn. 66; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37.

697 Vgl. zu diesem Gedanken im Urheberrecht: Ohly, GRUR 2018, 996, 1002; vgl. dazu, dass der Hyperlink der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit dient und für das Funktionieren des Internets erforderlich ist: EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 40 – Cordoba; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 45 – GS Media; BGH, Urt. v. 18.06.2015 – I ZR 74/14, NJW 2016, 804 Tz. 24 f.; BGH, Urt. v. 14.10.2010 – I ZR 191/08, GRUR 2011,

Die Schutzgüter des Kunsturhebergesetzes werden beim Setzen eines Inline-Links in demselben Maße verletzt wie beim Hochladen des Bildnisses auf einer Website.⁶⁹⁸ Der Inline-Link bewirkt, dass das Bildnis unmittelbar in dem Kontext der verlinkenden Website sichtbar wird.⁶⁹⁹ Ein Tätigwerden der Besucher der verlinkenden Website ist nicht erforderlich.⁷⁰⁰ Der einzige Unterschied zum Hochladen eines Bildnisses ist, dass der Inline-Link leerläuft, wenn das verlinkte Bildnis gelöscht wird. Da es beim Hochladen eines Bildnisses auf einer Website außer Frage steht, dass das Bildnis öffentlich zur Schau gestellt wird, sollte dies auch beim Setzen eines Inline-Links der Fall sein.

Der Inline-Link macht es entbehrlich, Bildnisse in persona auf einer Website hochzuladen.⁷⁰¹ Wird die kunsturheberrechtliche Tatbestandsmäßigkeit verneint, bietet der Inline-Link eine effektive Möglichkeit, das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten zu umgehen.⁷⁰² Das Bildnis könnte auch ohne die Einwilligung des Abgebildeten oder das Eingreifen einer Ausnahme vom Einwilligungserfordernis in einem beliebigen Kontext visuell dargestellt werden. So würde für den Abgebildeten eine Schutzlücke im digitalen Umfeld entstehen.⁷⁰³ Der Abgebildete könnte sich nur dann gegen das Setzen eines Inline-Links auf sein rechtmäßig im Internet zur Schau gestelltes Bildnis zur Wehr setzen, wenn der veränderte

513 Tz. 22 ff. – *AnyDVD*; BGH, Urt. v. 01.04.2004 – I ZR 317/01, NJW 2004, 2158, 2160 – *Schöner Wetter*.

698 Vgl. zu diesem Gedanken im Urheberrecht: *Rauer/Kaase*, WRP 2018, 1155, 1159; *Höppner/Rieger*, GRUR Int. 2016, 633, 636; *Völtz*, AfP 2013, 110, 113.

699 *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83.

700 *Ott*, ZUM 2008, 556, 557; *Schack*, MMR 2001, 9, 13; *Platz*, WRP 2000, 599, 599; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, 2. Aufl., 2005, S. 212; *Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber*, Multimedia-Recht, 15. EL Juni 2006, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 1 Rn. 88.

701 Vgl. dazu mit Bezug zum Urheberrecht: BGH, Beschl. v. 16.05.2013 – I ZR 46/12, GRUR 2013, 818 Tz. 26 – *Die Realität I*; *Ohly*, GRUR 2018, 996, 1002; *Höppner/Rieger*, GRUR Int. 2016, 633, 635 f.

702 Siehe: *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366 f.; siehe zum Argument der Umgehungsmöglichkeit bezogen auf das Setzen von Hyperlinks: *Petershagen*, NJW 2011, 705, 707.

703 Siehe zum Argument der Schutzlücke bezogen auf das Setzen von Hyperlinks: *Petershagen*, NJW 2011, 705, 707.

Kontext seine Person herabwürdigt oder entstellt und der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durchgreift.⁷⁰⁴

aa) Konsequenzen für das Recht am eigenen Bild

Es werden nachfolgend die Konsequenzen aufgezeigt, die daraus resultieren, dass das Setzen eines Inline-Links als Schausstellung erachtet wird, wohingegen dies beim Setzen eines Hyperlinks verneint wird.

(1) Inline-Link ist gleichzusetzen mit Hochladen eines Bildnisses

Der Abgebildete kann sich gegen das Setzen eines Inline-Links genauso zu Wehr setzen wie gegen das Hochladen seines Bildnisses auf einer Website. Er hat ein Verbotsrecht, wenn der Inline-Link ohne seine Einwilligung gesetzt wird und keine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis gegeben ist. Ob das verlinkte Bildnis auf der ursprünglichen Website rechtmäßig oder rechtswidrig gezeigt wird, kann allein für die Feststellung einer konkludenten Einwilligung des Abgebildeten von Relevanz sein.⁷⁰⁵ Dasselbe gilt, wenn der Inline-Link die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen ermöglicht.

Ob die Schausstellung durch den Inline-Link öffentlich ist, ist anhand des Einzelfalls zu entscheiden und richtet sich nach dem Öffentlichkeitsbegriff des Kunsturhebergesetzes. Richtet sich der Inline-Link an mehrere Personen, ist die Schausstellung regelmäßig öffentlich. Die Öffentlichkeit der Schausstellung entfällt nicht deshalb, weil das Bildnis bereits auf der verlinkten Website frei zum Abruf zur Verfügung steht.⁷⁰⁶

704 Vgl. zum Schutz über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Petershagen*, NJW 2011, 705, 707; *Ohly*, AfP 2011, 428, 431; *Plaß*, WRP 2000, 599, 606.

705 Vgl. dazu, dass für die Tatbestandsmäßigkeit des Inline-Links irrelevant ist, ob auf ein rechtmäßig oder rechtswidrig zur Schau gestelltes Bildnis verwiesen wird: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748.

706 AA: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175 f.; vgl. zu diesem Gedanken im Urheberrecht, wenn das Werk auf einer anderen Website hochgeladen wird: EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 = GRUR 2018, 911 Tz. 33 – *Cordoba*; vgl. zu diesem Gedanken im Urheberrecht auch: *Völtz*, AfP 2013, 110, 112; vgl. die Rechtsprechung des EuGH, die statuiert, dass sich eine Wiedergabehandlung im Internet an alle Internetnutzer richtet, wenn keine beschränkenden Maßnahmen eingerichtet sind: EuGH, Urt. v. 26.04.2017

(2) Störerhaftung beim Setzen von Hyperlinks

Beim Setzen eines Hyperlinks kommt die Störerhaftung zur Anwendung.⁷⁰⁷ Der Abgebildete hat einen Unterlassungsanspruch gegen den Setzer des Hyperlinks, wenn der Hyperlink auf ein rechtswidrig zur Schau gestelltes Bildnis verweist und der Setzer des Hyperlinks Prüfpflichten verletzt.⁷⁰⁸ Spätestens ab Kenntnis der Rechtswidrigkeit, ist Letzteres regelmäßig zu bejahen.⁷⁰⁹ Daneben verletzt der Setzer des Hyperlinks in aller Regel Prüfpflichten, wenn der Hyperlink die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen ermöglicht. Technische Schutzmaßnahmen dienen entweder dazu, das Verlinken von Bildnissen zu verhindern oder das Bildnis auf der ursprünglichen Website nur für einen begrenzten Personenkreis zugänglich zu machen.⁷¹⁰

– C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 48 – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 42 – *GS Media*; EuGH, Beschl. v. 21.10.2014 – C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 = MMR 2015, 46 Tz. 16 ff. – *Bestwater International*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 26 f. und Tz. 31 – *Svensson*.

707 *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745 und 748; vgl. auch: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 09.02.2017 – 2–03 S 16/16, ZD 2017, 391 Tz. 28 ff.; Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 130; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 21.

708 Siehe: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745 f.; vgl. zur Störerhaftung: BGH, Urt. v. 21.09.2017 – I ZR 11/16, ZUM 2018, 123 Tz. 74 – *Vorschaubilder III*; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 09.02.2017 – 2–03 S 16/16, ZD 2017, 391 Tz. 29; BGH, Urt. v. 14.05.2013 – VI ZR 269/12, GRUR 2013, 751 Tz. 24 ff. – *Autocomplete*; BGH, Urt. v. 30.06.2009 – VI ZR 210/08, MMR 2009, 752 Tz. 13 ff.

709 *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 747; vgl. auch: BGH, Urt. v. 21.09.2017 – I ZR 11/16, ZUM 2018, 123 Tz. 76 – *Vorschaubilder III*; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 09.02.2017 – 2–03 S 16/16, ZD 2017, 391 Tz. 30; LG Hamburg, Urt. v. 24.01.2014 – 324 O 264/11, MMR 2015, 61, 63; BGH, Urt. v. 14.05.2013 – VI ZR 269/12, GRUR 2013, 751 Tz. 30 – *Autocomplete*; BGH, Urt. v. 30.06.2009 – VI ZR 210/08, MMR 2009, 752 Tz. 27; BGH, Urt. v. 01.04.2004 – I ZR 317/01, NJW 2004, 2158, 2160 – *Schöner Wetter*.

710 BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 39/08, GRUR 2011, 56 Tz. 27 – *Session ID*; vgl. zu den technischen Schutzmaßnahmen, die dazu dienen den Inhalt nur für einen begrenzten Personenkreis zugänglich zu machen: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 32 – *Deutsche Digitale Bibliothek*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 50 – *GS Media*; EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Tz. 31 – *Svensson*; BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 39/08, GRUR 2011, 56 Tz. 27 – *Session ID*; *Obly*, AfP 2011, 428, 431; vgl. zu den

Demgegenüber hat der Abgebildete das Setzen eines Hyperlinks, auf sein rechtmäßig zur Schau gestelltes Bildnis zu akzeptieren.⁷¹¹ Nur wenn der Hyperlink in einem herabwürdigenden oder entstellenden Kontext steht, bietet das Allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Abgebildeten Schutz.⁷¹²

Dieses dogmatisch saubere Ergebnis scheint allein für den Fall problematisch, dass ein Hyperlink auf ein rechtmäßig zur Schau gestelltes Bildnis gesetzt wird und die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen ermöglicht. Auch dies müsste der Abgebildete de lege lata hinnehmen, da der Setzer des Hyperlinks keine kunsturheberrechtliche Begehungshandlung verwirklicht und für die Störerhaftung eine fremde rechtswidrige Verletzungshandlung fehlt.⁷¹³

Möchte der Gesetzgeber eine abweichende Wertung vornehmen, besteht Handlungsbedarf. Das Umgehen technischer Schutzmaßnahmen könnte nach dem Vorbild von § 95 a UrhG untersagt werden. Das Verbot wäre in das Kunsturhebergesetz aufzunehmen.

Daneben kann es Abhilfe schaffen, die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur des „Zu-Eigen-Machen“ auf das Recht am eigenen Bild zu übertragen und im Kunsturhebergesetz zu kodifizieren.⁷¹⁴ Zwar hat der Setzer des Hyperlinks das Bildnis nicht selbst auf einer Website zur Schau gestellt, aber das Setzen eines Hyperlinks, der die Umgehung techni-

technischen Schutzmaßnahmen, die dazu dienen das Verlinken zu unterbinden: BGH, Beschl. v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, ZUM 2019, 581 Tz. 10 und Tz. 34 f. – *Deutsche Digitale Bibliothek*; siehe dazu, welche technischen Schutzmaßnahmen es gibt und wie diese funktionieren: *Schubert*, MMR 2019, 438, 438; *Conrad*, CR 2013, 305, 307 f.; vgl. zu den technischen Schutzmaßnahmen, die die Indexierung durch Suchmaschinen verhindern: BGH, Urt. v. 21.09.2017 – I ZR 11/16, ZUM 2018, 123, 124 – *Vorschaubilder III*; LG Köln, Urt. v. 22.06.2011 – 28 O 819/10, ZUM-RD 2011, 626, 628; *Höppner/Schaper*, MMR 2017, 512, 513.

711 *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; vgl. auch: *Specht*, MMR 2017, 577, 578.

712 *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Petershagen*, NJW 2011, 705, 707; *Ohly*, AfP 2011, 428, 431; *Plaf*, WRP 2000, 599, 606.

713 Wohl aA: *Ohly*, AfP 2011, 428, 431.

714 Siehe zu der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur des „Zu-Eigen-Machen“: BGH, Urt. v. 18.06.2015 – I ZR 74/14, NJW 2016, 804 Tz. 13 ff.; BGH, Beschl. v. 16.05.2013 – I ZR 46/12, GRUR 2013, 818 Tz. 26 – *Die Realität*; BGH, Urt. v. 14.10.2010 – I ZR 191/08, GRUR 2011, 513 Tz. 26 – *AnyDVD*; BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07, NJW-RR 2010, 1276 Tz. 23 ff. – *marionskochbuch.de*; BGH, Urt. v. 18.10.2007 – I ZR 102/05, GRUR 2008, 533 Tz. 20 f.; siehe zu der Anwendung der Rechtsfigur bei der Bildersuche: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; siehe zum „Zu-Eigen-Machen“ von Bildnissen in sozialen Netzwerken: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 747.

scher Schutzmaßnahmen ermöglicht, könnte als gleichwertig angesehen werden. Der Setzer des Hyperlinks macht sich die fremde Schausstellung zu eigen, indem er sich über die errichteten technischen Schutzmaßnahmen hinwegsetzt.

bb) Die kunsturheberrechtliche Bewertung im Verhältnis zur
Datenschutzgrundverordnung

Wie im zweiten Kapitel bei D. I. 3. und 4. aufgezeigt, erfolgt die kunsturheberrechtliche Bewertung für das Setzen eines Hyperlinks und das Setzen eines Inline-Links losgelöst vom harmonisierten Urheberrecht. Zuletzt wird noch dargestellt, wie sich die kunsturheberrechtliche Bewertung für das Setzen eines Hyperlinks und das Setzen eines Inline-Links zur Datenschutzgrundverordnung verhält.

Zuerst wird aufgezeigt, dass sich beim Setzen eines Inline-Links keine Besonderheiten für das Verhältnis zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung ergeben. Im zweiten Schritt wird untersucht, ob die Datenschutzgrundverordnung beim Setzen eines Hyperlinks auf ein digitales Bildnis zur Anwendung kommt, da das Setzen eines Hyperlinks keine kunsturheberrechtliche Begehungshandlung verwirklicht.

(1) Inline-Link

Das Kunsturhebergesetz verdrängt in seinem Regelungsbereich die Datenschutzgrundverordnung, was im ersten Kapitel bei F. II., III. und V. dargelegt ist. Der Regelungsbereich des Kunsturhebergesetzes erstreckt sich auf das Setzen eines Inline-Links, wenn die Zielformat ein digitales Bildnis ist. Die Datenschutzgrundverordnung kommt beim Setzen eines Inline-Links auf ein digitales Bildnis nicht zur Anwendung, die spezielleren Vorschriften des Kunsturhebergesetzes treten an ihre Stelle.

(2) Hyperlink

Jedoch steht das Verhältnis des Kunsturhebergesetzes zur Datenschutzgrundverordnung in Frage, wenn ein Hyperlink auf ein digitales Bildnis gesetzt wird. Die Datenschutzgrundverordnung könnte zur Anwendung kommen, da beim Setzen eines Hyperlinks auf ein digitales Bildnis keine

kunsturheberrechtliche Begehungshandlung verwirklicht wird. Es ist allerdings fraglich, ob die Datenschutzgrundverordnung für das Setzen eines Hyperlinks auf ein digitales Bildnis überhaupt anwendbar ist.

Zwar beinhaltet das „digitale Bildnis“ personenbezogene Daten, Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1 DSGVO,⁷¹⁵ jedoch ist zuerst zu untersuchen, ob der Setzer des Hyperlinks die personenbezogenen Daten des Abgebildeten durch das Setzen des Hyperlinks verarbeitet, Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 2 DSGVO. Wird eine Datenverarbeitung durch das Setzen eines Hyperlinks verneint, ist in einem zweiten Schritt in Betracht zu ziehen, dass die Datenschutzgrundverordnung dennoch zur Anwendung kommt, da der Setzer des Hyperlinks als gemeinsamer Verantwortlicher der Datenverarbeitung anzusehen ist, die durch das Hochladen des Bildnisses auf der verlinkten Website verwirklicht wird, Art. 26, Art. 4 Nr. 7 DSGVO.

Scheidet die Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung aus, kommt die kunsturheberrechtliche Bewertung für das Setzen eines Hyperlinks, inklusive der zivilrechtlichen Störerhaftung, ohne weiteren Begründungsaufwand zur Anwendung.⁷¹⁶

(a) Datenverarbeitung durch Hyperlink?

Die Legaldefinition der Verarbeitung ist auf den ersten Blick sehr weit gefasst.⁷¹⁷ Verarbeitung ist jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfah-

715 Vgl. zu Lichtbildern auch ErwGr 51 der DSGVO; vgl. dazu, dass Bildnisse idR personenbezogene Daten des Abgebildeten enthalten: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; vgl. in Bezug auf Art. 3 Abs. 1, Art. 2 lit. a DSRL: EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = ZUM 2019, 502 Tz. 28 ff. – *Buivids/Datu valsts inspekcija*; EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 = NJW 2015, 463 Tz. 22 – *Rynes*; siehe hierzu ausführlich im ersten Kapitel bei A. I.

716 Vgl. dazu, dass beim Fehlen der gemeinsamen Verantwortlichkeit die zivilrechtliche Störerhaftung zur Anwendung kommen kann: EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 = juris, Tz. 38 und Tz. 74 – *Fashion ID GmbH & Co. KG/Verbraucherzentrale NRW e.V.*

717 Simitis/Hornung/Spiecker-Roßnagel, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 4 Nr. 2 Rn. 10; Sydow-Reimer, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 42; Auernhammer-Eßer, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 35; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Buchholtz/Stentzel, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 2 Rn. 1; vgl. dazu mit Blick aufs KUG ohne Bezug zu Hyperlinks: Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 48.

ren ausgeführter Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung, Art. 4 Nr. 2 DSGVO. Die Aufzählung der Beispiele ist demonstrativ.⁷¹⁸ Sowohl die weit formulierte Legaldefinition als auch die demonstrative Aufzählung sprechen dafür, das Setzen eines Hyperlinks als Verarbeitung zu subsumieren.

Dagegen ist einzuwenden, dass das Setzen eines Hyperlinks lediglich einen mittelbaren Handlungsvorgang darstellt und die in Art. 4 Nr. 2 DSGVO aufgezählten Beispiele ausschließlich unmittelbare Verarbeitungsvorgänge beschreiben. Nicht durch das Setzen des Hyperlinks werden die personenbezogenen Daten des Abgebildeten verarbeitet, sondern durch das Offenlegen der personenbezogenen Daten auf dem Internetserver und auf der verlinkten Website, vgl. Art. 4 Nr. 2 DSGVO.⁷¹⁹ Der Hyperlink verweist ausschließlich auf die fremde Datenverarbeitung und erleichtert so gegebenenfalls den Zugang.

(b) Gemeinsame Verantwortlichkeit?

Auch eine gemeinsame Verantwortlichkeit scheidet aus. Es fehlt nicht nur daran, dass der Setzer des Hyperlinks und derjenige, der das Bildnis auf der verlinkten Website hochlädt, gemeinsam über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheiden,⁷²⁰ vielmehr richtet sich die Zulässigkeit

718 Simitis/Hornung/Spiecker-Roßnagel, *Datenschutzrecht*, 1. Aufl. 2019, Art. 4 Nr. 2 Rn. 14; Sydow-Reimer, *Europäische Datenschutzgrundverordnung*, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 53; Auernhammer-Eßer, *DSGVO BDSG*, 6. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 32; Kühling/Buchner-Herbst, *DS-GVO BDSG*, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 2 Rn. 20; vgl. dazu mit Blick aufs KUG ohne Bezug zu Hyperlinks: Klein, *Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz*, 2017, S. 48.

719 Vgl. dazu, dass das Hochladen von personenbezogenen Daten im Internet eine Offenlegung ist: Sydow-Reimer, *Europäische Datenschutzgrundverordnung*, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 70

720 Vgl. zu der gemeinsamen Verantwortlichkeit nach Art. 2 lit. d DSRL: EuGH, *Urt. v. 29.07.2019 – C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629* = juris, Tz. 64 ff. – *Fashion ID GmbH & Co. KG/Verbraucherzentrale NRW e.V.*; vgl. dazu, dass es für eine gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 2 lit. d DSRL unerheblich ist,

des Hochladens des Bildnisses auf der ursprünglichen Website nicht nach der Datenschutzgrundverordnung, sondern nach dem spezielleren Kunsturhebergesetz. Eine gemeinsame Verantwortlichkeit zu konstruieren, obwohl sich die Zulässigkeit des Hochladens des Bildnisses ins Internet nicht nach der Datenschutzgrundverordnung richtet, sondern nach dem Kunsturhebergesetz, kann nicht überzeugen.

(c) Stellungnahme

Die Datenschutzgrundverordnung ist für das Setzen eines Hyperlinks nicht anwendbar. Ob das Setzen eines Hyperlinks auf ein digitales Bildnis zulässig ist, richtet sich nach dem Kunsturhebergesetz bzw. der oben aufgeführten kunsturheberrechtlichen Bewertung.⁷²¹

Sollte der Europäische Gerichtshof in Zukunft entscheiden, dass auch mittelbare Handlungsvorgänge als Verarbeitung personenbezogener Daten anzusehen sind, sollte der deutsche Gesetzgeber dieser Entscheidung auch für das Recht am eigenen Bild folgen. Das Schutzniveau des Kunsturhebergesetzes sollte für das Setzen von Hyperlinks nicht hinter dem der Datenschutzgrundverordnung zurückbleiben.⁷²² In diesem Fall sind die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen zu erweitern. Wird sodann auch das Setzen eines Hyperlinks erfasst, ist über eine weitere Ausnahme vom Einwilligungserfordernis zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit und zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Internets nachzudenken.⁷²³

dass der Setzer des Hyperlinks keinen direkten Zugang zu dem auf dem Server gespeicherten digitalen Bildnis hat: EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 = juris, Tz. 82 – *Fashion ID GmbH & Co. KG/Verbraucherzentrale NRW e.V.*

721 Wohl aA: Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 48.

722 Siehe zu der besonderen Schutzbedürftigkeit von Bildnissen im Vergleich zu einzelnen personenbezogenen Daten und dem besonders eingriffsintensiven Darstellungseffekt von Bildnissen im ersten Kapitel bei F. III. und im zweiten Kapitel bei A. I.

723 Vgl. den Vorschlag, eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis zu normieren, um die Funktionsfähigkeit von Bildersuchmaschinen zu erhalten: Gräbig, MMR 2015, 365, 369; vgl. darüber hinaus den Vorschlag, eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis zu normieren, „die eine Veröffentlichung allgemein erlaubt, wenn Interessen des Abgebildeten nicht entgegenstehen oder wenn die Interessen des Veröffentlichenden überwiegen“: Ohly, AfP 2011, 428, 431.

4. Kunsturheberrechtlicher Schutz gegen das Anfertigen und Besitzen von Bildnissen

Es besteht regulatorischer Handlungsbedarf des Gesetzgebers für das Anfertigen und Besitzen von Bildnissen.⁷²⁴ Das Recht am eigenen Bild bietet keinen Schutz vor der Anfertigung, der Vervielfältigung und nur in Teilen vor dem Besitz eines Bildnisses.⁷²⁵ Nach der gesetzlichen Wertung begründen diese Handlungsformen noch keinen Verletzungstatbestand. Dies gilt es infolge der technischen bzw. digitalen Veränderungen zu überdenken.⁷²⁶ Seit der jederzeitigen Verfügbarkeit einer Handkamera und den nutzergenerierten Inhalten im Internet hat sich die Gefährdungslage für das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten zeitlich vorverlagert. Faktisch verliert der Abgebildete bereits mit der ungewollten Anfertigung

724 Reuter/Schwarz, ZUM 2020, 31, 37; Kahl/Piltz, K&R 2018, 289, 292; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 122 ff.; Schack/Dregelies, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; dieser Ansicht mit Blick auf das BDSG 2003: Golla/Herbort, GRUR 2015, 648, 654; aA, da die DSGVO als einheitlicher Rechtsrahmen für alle Verarbeitungsphasen angewendet werden soll: Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 151; siehe dazu auch § 17 Abs. 4 des Gesetzesentwurf zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrschutzes von 1959, BT-Drs. III/1237, S. 1 ff., nachzulesen bei: UFITA (Archiv für Urheber- und Medienrecht), 1959, Bd. 29, S. 39 ff.

725 Siehe: BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094 Tz. 28 ff.; BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539 Tz. 45 ff. – Caroline von Hannover; BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1022 – Caroline von Monaco I; BGH, Urt. v. 25.04.1995 – VI ZR 272/94, NJW 1995, 1955, 1956 – Videoaufzeichnung; BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354 – Vor unserer eigenen Tür; BGH, Urt. v. 10.05.1957 – I ZR 234/55, GRUR 1957, 494, 497 – Spätheimkehrer; Lauber-Rönsberg, NJW 2016, 744, 745; Golla/Herbort, GRUR 2015, 648, 648 ff.; Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 151; Herbort, Digitale Bildnisse, 2017, S. 133 und S. 178; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 11 ff.; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 27 und Rz. 30; ausführlich aus rechtlicher Perspektive im zweiten Kapitel D. II. 4.

726 Vgl. hierzu: (Amtliche Begründung), BT-Drs. III/1237, S. 22, nachzulesen bei: UFITA, 1959, Bd. 29, S. 79; Golla/Herbort, GRUR 2015, 648, 654; Schnabel, ZUM 2008, 657, 661; Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 68.

eines Bildnisses die Entscheidungsfreiheit über sein Abbild.⁷²⁷ Eine unerwünschte Veröffentlichung bzw. Verbreitung kann in der Regel nicht verhindert werden, da diese für jedermann in Sekundenschnelle durchzuführen ist.⁷²⁸

Dieser regulatorische Handlungsbedarf des Gesetzgebers wird in drei Schritten ermittelt: Im ersten Schritt wird der Schutz gegen das Anfertigen von Bildnissen *de lege lata* untersucht, ein Nachbesserungsbedarf festgestellt und aufgezeigt, wie der Schutz *de lege ferenda* auszugestalten ist. Im zweiten Schritt wird untersucht, inwieweit das Kunsturhebergesetz Schutz gegen das Besitzen von Bildnissen bietet und festgestellt, dass dieser um widerrechtlich hergestellte Bildnisse zu erweitern ist. Die Untersuchung schließt mit einem Ergebnis.

a) Schutz gegen das Anfertigen von Bildnissen

Es folgt der erste Schritt der Untersuchung: Zunächst wird der Schutz gegen das Anfertigen von Bildnissen *de lege lata* untersucht. Anschließend wird ein Nachbesserungsbedarf des Kunsturhebergesetzes für das Anfertigen von Bildnissen *de lege lata* herausgestellt. Der erste Schritt der Untersuchung schließt mit der Feststellung, wie der Schutz gegen das Anfertigen von Bildnissen *de lege ferenda* im Kunsturhebergesetz ausgestaltet werden kann.

aa) *De lege lata*

De lege lata richtet sich die Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit des Anfertigens von digitalen Bildnissen nicht mehr nach dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, sondern nach der Datenschutzgrundverordnung.

727 Siehe: BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094 Tz. 30; BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539 Tz. 46 – *Caroline von Hannover*; BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1022; *Lampmann*, NJW 2016, 1094, 1097; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 35; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwalts-handbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 12.

728 Siehe hierzu ausführlich weiter vorne im zweiten Kapitel bei C. I. 1.

(1) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht kann seit der Geltung der Datenschutzgrundverordnung keinen Schutz mehr gegen das Anfertigen digitaler Bildnisse gewähren.⁷²⁹ Anders als das Kunsturhebergesetz, stellt das Allgemeine Persönlichkeitsrecht keine europarechtskonforme Abweichung von der Datenschutzgrundverordnung dar, Art. 85 Abs. 1 DSGVO. Es fehlt an einer Rechtsvorschrift bzw. Gesetzgebungsmaßnahme iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO, vgl. auch ErwGr 153 S. 4.⁷³⁰ Die Datenschutzgrundverordnung genießt für das Anfertigen von digitalen Bildnissen Anwendungsvorrang.⁷³¹ Ein Rückgriff auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist für digitale Bildnisse versperrt und nur noch für analoge Bildnisse möglich.

(2) Datenschutzgrundverordnung

De lege lata ist das Anfertigen von digitalen Bildnissen grundsätzlich verboten und nur rechtmäßig, wenn ein Erlaubnistatbestand des Art. 6

729 Reuter/Schwarz, ZUM 2020, 31, 32; Raji, ZD 2019, 61, 62; Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 584; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 122 ff.; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 55.1; offen gelassen bei: Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 14 und Rn. 23.

730 Reuter/Schwarz, ZUM 2020, 31, 32; Kahl/Piltz, K&R 2018, 289, 290; Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 584; so wohl auch: Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124.

731 Raji, ZD 2019, 61, 62; vgl. zum grundsätzlichen Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung bei digitalen Bildnissen: Lauber-Rönsberg, ZUM-RD 2018, 550, 550; Specht/Mantz-Lauber-Rönsberg, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 3; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 5; vgl. zum Anwendungsvorrang des Unionsrecht: EuGH (Plenum), Urt. v. 08.03.2011 – Gutachten 01/09, ECLI:EU:C:2011:123 = GRUR Int 2011, 309 Tz. 65 – *Einheitliches Patentgerichtssystem*; EuGH, Urt. v. 09.03.1978 – 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 = juris, Tz. 14/16 ff. – *Staatliche Finanzverwaltung/S.P.A. Simmenthal*; EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 = NJW 1964, 2371, 2372 – *Costa/E.N.E.L.*; Riesenhuber-Köndgen, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 11; Riesenhuber-Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 29; Roßnagel-Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 32; Piltz, BDSG, 1. Aufl. 2018, Einl. Rn. 11; siehe hierzu ausführlich im ersten Kapitel bei F. II., III. und V.

Abs. 1 DSGVO erfüllt ist.⁷³² Für das Anfertigen von digitalen Bildnissen ist insbesondere die Einwilligung des Abgebildeten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO denkbar und das Überwiegen der berechtigten Interessen des Fotografens nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO.⁷³³ Enthält das digitale Bildnis sensible Daten, ist die Rechtmäßigkeit anhand von Art. 9 Abs. 2 DSGVO zu bewerten.⁷³⁴ Im Unterschied zum Setzen eines Hyperlinks, ist die Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung für das Anfertigen von digitalen Bildnissen nicht in Zweifel zu ziehen, Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1 und Nr. 2 DSGVO.⁷³⁵

732 Dregelies, AfP 2019, 298, 300; Krüger/Wiencke, MMR 2019, 76, 80; Raji, ZD 2019, 61, 62; Aßmus/Winzer, ZD 2018, 508, 510; Sundermann, K&R 2018, 438, 439; Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 584; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 e und Rn. 55.1; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 130; Schack/Dregelies, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

733 Siehe zur Einwilligung: Sundermann, K&R 2018, 438, 439; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 55.1; Specht/Mantz-Lauber-Rönsberg, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 129; Horvath, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; siehe zu Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO: Dregelies, AfP 2019, 298, 300; Sundermann, K&R 2018, 438, 440; Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 584; Göting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 23; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 55.1; Specht/Mantz-Lauber-Rönsberg, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 129; Horvath, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; Schack/Dregelies, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

734 Dregelies, AfP 2019, 298, 300; Schack/Dregelies, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

735 Siehe zur Anwendbarkeit der DSGVO beim Anfertigen von Bildnissen: Aßmus/Winzer, ZD 2018, 508, 510; Sundermann, K&R 2018, 438, 439; Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 579; Kahl/Piltz, K&R 2018, 289, 292; Klein, Personenbilder

bb) Nachbesserungsbedarf

Nachbesserungsbedarf besteht, da viele der Systemwidrigkeiten, die ausführlich im ersten Kapitel bei E. I., III. und V. dargestellt sind, auch dann auftreten, wenn das Anfertigen von digitalen Bildnissen fortan durch die Datenschutzgrundverordnung und nicht durch das Kunsturhebergesetz reguliert wird.

Dazu gehören beispielsweise die Informationspflichten, nach Art. 13 und Art. 14 DSGVO, die Betroffenenrechte des Abgebildeten und die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung mit der dazugehörigen Widerrufsbelehrung, nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 und S. 3 DSGVO.⁷³⁶ Ein einheitli-

im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 48 f., S. 148 und S. 209; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 29; siehe ausführlich zur Verarbeitung personenbezogener Daten im ersten Kapitel bei A.; siehe zur fehlenden Anwendbarkeit der DSGVO beim Setzen eines Hyperlinks oben im zweiten Kapitel bei D. II. 3. c) bb) (2).

- ⁷³⁶ Siehe zu den Informationspflichten: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 80; *Raji*, ZD 2019, 61, 65 f.; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 440; *Specht/Mantz-Laubert-Rönsberg*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 129; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; siehe zu den Betroffenenrechten: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 585; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 129; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; siehe zu der Widerruflichkeit der Einwilligung: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 79; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 125; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; siehe zu der Widerruflichkeit der Einwilligung mit Blick auf das BDSG 2003: *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 661; zu den Systemwidrigkeiten zwischen KUG und DSGVO ausführlich im ersten Kapitel bei B. – F., siehe insbesondere im ersten Kapitel bei E.

cher Rechtsrahmen fehlt unter anderem, da bei der Anfertigung analoger Bildnisse in Form der Sofortbildfotografie, des Gemäldes oder der Karikatur weiterhin das Allgemeine Persönlichkeitsrecht anwendbar bleibt. Dasselbe gilt im Bereich des Haushaltsprivilegs und nach dem Tod des Abgebildeten, vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO und ErwGr 27.⁷³⁷

Abschließend ist erneut darauf hinzuweisen, dass, obwohl sich das Anfertigen von digitalen Bildnissen de lege lata nach der Datenschutzgrundverordnung richtet, der Europäischen Union die Gesetzgebungskompetenz für die Regulierung des Bildnisschutzes fehlt, vgl. Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV.⁷³⁸

737 Siehe zum Anfertigen eines Bildnisses und dem Eingreifen der Haushaltsausnahme der DSGVO: *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 439; *Specht/Mantz-Lauber-Rönsberg*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 54; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 130; siehe zum Anfertigen eines Bildnisses und dem Eingreifen der Haushaltsausnahme des BDSG 2003: OLG Dresden, Urt. v. 10.07.2018 – 4 U 381/18, ZUM 2018, 785, 785; *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 649; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 132; siehe zum fehlenden Schutz der DSGVO beim Anfertigen nach dem Tod des Abgebildeten: *Specht/Mantz-Lauber-Rönsberg*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 44 f.; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 13 und Rz. 121; siehe zum postmortalen Persönlichkeitsschutz, der verbietet Bildnisse von Toten zu erstellen: *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Soehring/Hoene-Soehring*, Presserecht, 6. Aufl. 2019, § 21 Rn. 72; vgl. weiter zum Bildnisschutz für Tote: *BeckOK Informations- und Medienrecht-Herrmann*, 26. Ed. Stand 01.11.2019, § 22 KUG Rn. 2; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 2; *Schrieker/Loewenheim-Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 15; aA: *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 13; vgl. auch: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 6; siehe ausführlich zu der widersprüchlichen Regelungssystematik in diesem Bereich im ersten Kapitel bei E.

738 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; zustimmend: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; *Peifer*, Analoges und Digitaler Persönlichkeitsschutz im Recht – eine Aufgabe auch für die Ökonomie?, in: *Kops*, Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut, 2016, S. 64, 72; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: <https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. auch: *Obly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; *Simitis/Hornung/Spiecker-Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; kri-

cc) De lege ferenda

De lege ferenda ist der Schutz gegen das Anfertigen von analogen und digitalen Bildnissen im Kunsturhebergesetz als Interessenabwägung auszugestalten. Im Unterschied zum Verbreiten und öffentlichen Schaaustellen, ist die Rechtswidrigkeit des Anfertigen eines Bildnisses zunächst mit Hilfe einer einzelfallabhängigen Interessenabwägung festzustellen.⁷³⁹ In die Interessenabwägung sind unter anderem die Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis einzubeziehen, § 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 KUG.⁷⁴⁰ Nur wenn die Interessenabwägung ergibt, dass die Interessen des Abgebildeten gegen die Fixierung seines Abbilds die Interessen des Fotografens überwiegen und eine Einwilligung des Abgebildeten fehlt, ist die Anfertigung des Bildnisses unzulässig.

tisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720; ausführlich dazu im ersten Kapitel bei E. II 1.

- 739 Vgl. zu der Interessenabwägung, die zuvor beim APR vorgenommen wurde: BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094 Tz. 29; BGH, Urt. v. 24.06.2008 – VI ZR 156/06, NJW 2008, 3134 Tz. 30 f. – *Einkaufsbummel nach Abwahl*; BGH, Urt. v. 25.04.1995 – VI ZR 272/94, NJW 1995, 1955, 1957 – *Videoaufzeichnung*; BGH, Urt. v. 10.05.1957 – I ZR 234/55, GRUR 1957, 494, 497 – *Spätheimkehrer*; vgl. auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1059; *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 651; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 100; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 85 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 139 ff.; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 56; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 15; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 5 und § 22 KUG Rn. 12 f.; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 28 und Rz. 34; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 12; wohl aA: Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 35.
- 740 Vgl.: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 86 f.; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12 f.; wohl aA: Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 12.

Diese Gesetzesanpassung bewirkt einerseits, dass der Bildnisschutz gegen Anfertigungshandlungen endlich kodifiziert wird, andererseits verhindert die Gesetzesanpassung, dass das Anfertigen von digitalen Bildnissen fortan durch die Datenschutzgrundverordnung reguliert wird.

(1) Strafvorschrift des § 33 KUG

Die Strafvorschrift des § 33 KUG verhindert nicht, den bisher über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährten Schutz gegen das Anfertigen von Bildnissen in das Kunsturhebergesetz aufzunehmen. § 33 KUG stellt nur das rechtswidrige Verbreiten oder öffentliche Schaustellen von Bildnissen unter Strafe. Freilich ist der Zeitpunkt der Novellierung des Kunsturhebergesetzes geeignet, die Strafvorschrift des § 33 KUG zu evaluieren und gegebenenfalls außer Kraft zu setzen.

(2) Herunterladen von Bildnissen aus dem Internet und Screenshot

Es scheint in Frage zu stehen, ob das Kunsturhebergesetz de lege ferenda auch Schutz vor dem Herunterladen von digitalen Bildnissen aus dem Internet und dem Anfertigen eines Screenshots gewährt, wenn als neue kunsturheberrechtliche Begehungshandlung das Anfertigen von Bildnissen erfasst wird. Dies ist zu verneinen. Das bereits fixierte Abbild wird durch das Herunterladen und das Erstellen eines Screenshots nur vervielfältigt. Der Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten ist beim Vervielfältigen des Bildnisses deutlich geringer als beim Anfertigen.⁷⁴¹ Eine andere Bewertung ist nur dann denkbar, wenn im Kunsturhebergesetz nach dem Vorbild von § 95 a UrhG normiert wird, dass die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen unzulässig ist und hiergegen beim Herunterladen des Bildnisses oder Erstellen des Screenshots verstoßen wird.⁷⁴² Im Übrigen sind Vervielfältigungshandlungen jeglicher Art

741 So bereits zuvor: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 151; siehe auch: *Raue/Hegemann-Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 16.

742 Siehe zu diesem Vorschlag ausführlich oben im zweiten Kapitel bei D. II. 3. c) aa) (2).

vom Abgebildeten hinzunehmen.⁷⁴³ Auch die Datenschutzgrundverordnung sollte für Vervielfältigungshandlungen digitaler Bildnisse nicht zur Anwendung kommen, da das Kunsturhebergesetz mit der neuen Tatbestandshandlung des Anfertigens eine vorrangige und abschließende Wertung vornimmt.⁷⁴⁴

b) Schutz gegen das Besitzen von Bildnissen

Zudem sollte das novellierte Kunsturhebergesetz einen erweiterten Schutz gegen das Besitzen von Bildnissen bieten, vgl. §§ 37, 38 KUG. Dazu ist es erforderlich, dass § 37 S. 2 KUG wie folgt gefasst wird: Bildnisse, die widerrechtlich hergestellt, widerrechtlich verbreitet oder widerrechtlich zur Schau gestellt werden, sind vom Besitzer zu löschen bzw. dem Abgebildeten zu übergeben.⁷⁴⁵

Der Besitz rechtmäßig angefertigter, verbreiteter und zur Schau gestellter Bildnisse bleibt zulässig. Eine abweichende gesetzliche Wertung ist für folgenden Sachverhalt zu erwägen:⁷⁴⁶ Der Abgebildete hat seine Einwilligung zum Anfertigen des Bildnisses erteilt. Das Anfertigen war nur infolge der Einwilligung des Abgebildeten zulässig, da die Interessenabwägung zugunsten des Abgebildeten ausfällt. Der Abgebildete widerruft wirksam seine Einwilligung mit Wirkung ex nunc⁷⁴⁷ oder die Zweckbestimmung der Einwilligung entfällt.⁷⁴⁸ Es ist in Betracht zu ziehen, ob dem Abge-

743 AA, da die DSGVO als einheitlicher Rechtsrahmen für alle Verarbeitungsphasen angewendet werden soll: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 147 und S. 151; aA bei der Untersuchung KUG – BDSG 2003: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 133 und S. 178.

744 AA, da die DSGVO als einheitlicher Rechtsrahmen für alle Verarbeitungsphasen angewendet werden soll: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 151; aA bei der Untersuchung KUG – BDSG 2003: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 133 und S. 178.

745 Vgl.: BGH, Urt. v. 24.06.2008 – VI ZR 156/06, NJW 2008, 3134 Tz. 30 – *Einkaufsbummel nach Abwahl*.

746 BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094 Tz. 31 ff.; OLG Koblenz, Urt. v. 20.05.2014 – 3 U 1288/13, ZUM 2015, 58, 61.

747 OLG Koblenz, Urt. v. 20.05.2014 – 3 U 1288/13, ZUM 2015, 58, 61 f.; vgl. hierzu auch: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 652 f.

748 BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094 Tz. 37; OLG Koblenz, Urt. v. 20.05.2014 – 3 U 1288/13, ZUM 2015, 58, 62.

bildeten ein Anspruch auf Löschung der Bildnisse zu gewähren ist, obwohl das Bildnis rechtmäßig hergestellt wurde und eine widerrechtliche Verbreitung oder öffentliche Schaustellung nicht droht.⁷⁴⁹ Dafür spricht, dass anderenfalls die zweckgebundene Einwilligung zum Anfertigen des Bildnisses und der Widerruf der Einwilligung ergebnislos bleiben.

c) Ergebnis

Das Kunsturhebergesetz ist anzupassen. Der Schutz gegen das Anfertigen von Bildnissen, der vor der Geltung der Datenschutzgrundverordnung über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährt wurde, ist im Kunsturhebergesetz zu normieren. So wird eine klare und widerspruchsfreie Regelungssystematik geschaffen. Die Strafvorschrift des § 33 KUG steht der Gesetzesanpassung nicht im Wege, da nur das rechtswidrige Verbreiten oder öffentliche Schaustellen von Bildnissen unter Strafe gestellt wird.

Der Schutz gegen das Besitzen von Bildnissen ist zu erweitern, § 37 S. 2 KUG. Nicht nur widerrechtlich verbreitete oder zur Schau gestellte Bildnisse sind vom Besitzer zu löschen bzw. herauszugeben, sondern auch widerrechtlich hergestellte Bildnisse.

Das novellierte Kunsturhebergesetz bietet für den Abgebildeten grundsätzlich keinen Schutz gegen das Herunterladen des Bildnisses aus dem Internet und dem Anfertigen eines Screenshots. Vervielfältigungshandlungen sind auch de lege ferenda vom Abgebildeten grundsätzlich hinzunehmen. Auch die Datenschutzgrundverordnung sollte für Vervielfältigungshandlungen digitaler Bildnisse nicht zur Anwendung kommen, da das Kunsturhebergesetz mit der neuen Tatbestandshandlung des Anfertigens eine vorrangige und abschließende Wertung vornimmt.⁷⁵⁰

749 Befürwortend: BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094 Tz. 31 ff.; OLG Koblenz, Urt. v. 20.05.2014 – 3 U 1288/13, ZUM 2015, 58, 61 f.

750 AA, da die DSGVO als einheitlicher Rechtsrahmen für alle Verarbeitungsphasen angewendet werden soll: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 151; aA bei der Untersuchung KUG – BDSG 2003: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 133 und S. 178; vgl. hierzu auch: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 381 f.

5. Ergebnis

Die beiden kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen, das Verbreiten und das öffentliche Schaustellen sind auch im digitalen Zeitalter aufrechtzuerhalten. Sie lösen eine Vielzahl neuer Fragen und Probleme im digitalen Umfeld.⁷⁵¹

Dennoch sind Legaldefinitionen im Kunsturhebergesetz aufzunehmen, die insbesondere festlegen, dass die Verfügungsgewalt als neues Abgrenzungskriterium zwischen den beiden kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen dient. Die Legaldefinitionen fördern, dass die neuen internet-typischen Begehungshandlungen innerhalb der Jurisdiktion und Literatur einheitlich bewertet werden.

Die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen berücksichtigen die neuen Handlungsformen im digitalen Zeitalter. Wird der vollständige Datensatz des digitalen Bildnisses per E-Mail oder per WhatsApp verschickt, wird das Bildnis verbreitet.⁷⁵² Nichts anderes gilt, wenn das Bildnis in einem Online-Speicher einer dritten Person zum Herunterladen zur Verfügung gestellt wird.⁷⁵³ Ein Bildnis wird zur Schau gestellt, wenn es

751 Vgl. hierzu auch Dix, der der Ansicht ist, dass das Recht am eigenen Bild weiterentwickelt werden muss, um internetfähig zu sein: Dix, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 76.

752 Zum Versand per E-Mail: LG Frankfurt, Urt. v. 26.09.2019 – 2–03 O 402/18, K&R 2019, 808, 810; BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 77; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 8; Möhring/Nicolini-Engels, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 53; zum Versand per WhatsApp: OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.03.2018 – 13 U 70/17, BeckRS 2018, 11484 Tz. 9; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 391; Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 130; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9.

753 Vgl. hierzu die Ausführungen des LG Heidelberg, wobei das Bereitstellen des Bildnisses im Online-Speicher sowohl unter das Schaustellen als auch das Verbreiten subsumiert wird: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 387.

auf einer Website oder in einem sozialen Netzwerk hochgeladen wird.⁷⁵⁴ Dasselbe gilt, wenn ein Inline-Link gesetzt wird.⁷⁵⁵

Beim Setzen eines Hyperlinks wird keine der beiden kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen vollzogen, die Störerhaftung kommt zur Anwendung, wenn der Hyperlink auf ein rechtswidrig zur Schau gestelltes Bildnis verweist.⁷⁵⁶ Auch das Herunterladen eines Bildnisses aus dem

754 Siehe zum Hochladen auf der Website: LG Heidelberg, Urt. v. 02.12.2015 – 1 O 54/15, ZUM-RD 2016, 385, 386; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 392; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 06.02.2009 – 11 O 762/09, AfP 2009, 178, 178; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 745; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 105; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 168; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a; *Möhring/Nicolini-Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 51 und Rn. 54; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; *Erman-Klass*, BGB, 15. Aufl. 2017, Anh § 12 Rn. 173; aA: LG Stuttgart, Urt. v. 19.05.2015 – 17 O 1450/14, NJOZ 2016, 702, 704; OLG Celle, Urt. v. 25.08.2010 – 31 Ss 30/10, ZUM 2011, 341, 343; aA, da ein Schaustellen und zugleich ein Verbreiten angenommen wird: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 77 f. und S. 234; *HK Urheberrecht-Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 12 und Rn. 14; siehe zum Hochladen in sozialen Netzwerken: *Wandtke*, MMR 2019, 142, 145; *Möhring/Nicolini-Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 54.2; *Wenzel – von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 140; wohl auch: LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.05.2015 – 2–03 O 452/14, ZUM-RD 2016, 390, 392; *Ohly*, AfP 2011, 428, 430; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 168 f.; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 8; *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10 a; aA: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; *Vetter*, AfP 2017, 127, 129 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 79.

755 Dieser Ansicht bereits zuvor: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; *Gräbig*, MMR 2015, 365, 366 f.; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; wohl auch: *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; vgl. weiter: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 175 f., wobei anschließend parallel zum UrhR die Öffentlichkeit der Schaustellung negiert wird.

756 Dieser Ansicht bereits zuvor: LG Köln, Urt. v. 17.06.2009 – 28 O 662/08, CR 2010, 271, 272; *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744, 748; *Ohly*, AfP 2011, 428, 431; *Wimmers/Schulz*, K&R 2007, 533, 533; *Plaß*, WRP 2000, 599, 606; *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 173; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 83; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 9; wohl auch: *Götting/Schertz/Seitz-Gounalakis*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl.

Internet und das Erstellen eines Screenshots ist zulässig, da das Kunsturhebergesetz für Vervielfältigungshandlungen kein Einwilligungserfordernis normiert.⁷⁵⁷

Darüber hinaus könnte der Gesetzgeber das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten im digitalen Umfeld stärken und erweitern, wenn er das Umgehen technischer Schutzmaßnahmen im Kunsturhebergesetz verbietet. Technische Schutzmaßnahmen ermöglichen dem Abgebildeten präventiven Selbstschutz.⁷⁵⁸ Mit Hilfe technischer Schutzmaßnahmen kann der Abgebildete nicht nur sein gesetzliches Selbstbestimmungsrecht absichern, sondern auch zum Ausdruck bringen, dass er das Herunterladen seines Abbilds aus dem Internet bzw. das Erstellen eines Screenshots oder das Setzen eines Hyperlinks nicht wünscht.⁷⁵⁹ Werden die technischen Schutzmaßnahmen umgangen, könnte der Abgebildete sich dagegen zur Wehr setzen unabhängig davon, ob eine kunsturheberrechtliche Begehungshandlung verwirklicht wird oder nicht.⁷⁶⁰

Im Kunsturhebergesetz ist eine ergänzende Regelung für das Anfertigen von Bildnissen vonnöten.⁷⁶¹ Diese ist als einzelfallabhängige Interessenabwägung auszugestalten. Die Strafvorschrift des § 33 KUG steht der Geset-

2019, § 24 Rn. 130; aA: OLG München, Urt. v. 26.06.2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659, 659; *Petersbagen*, NJW 2011, 705, 707; MüKo BGB-Rixecker, 8. Aufl. 2018, Anh. zu § 12 Rn. 66; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 37.

757 AA, da die DSGVO als einheitlicher Rechtsrahmen für alle Verarbeitungsphasen angewendet werden soll: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 147 und S. 151; aA bei der Untersuchung KUG – BDSG 2003: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 133 und S. 178.

758 *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 76 f.; vgl. dazu, dass es stets möglich sein wird, technische Schutzmaßnahmen zu umgehen: KG, Urt. v. 18.06.2018 – 24 U 146/17, GRUR 2018, 1055, 1058 – *Framingschutz*.

759 Vgl. zu dem Zwang technikverständlichen Verhaltens: *Specht*, GRUR 2019, 253, 254; *Raue*, ZGE 2017, 514, 525.

760 Kritisch mit Blick auf das Urheberrecht, da technische Schutzmaßnahmen zugleich berechtigte Nutzungsinteressen verhindern können: *Specht*, GRUR 2019, 253, 258 f.

761 Vgl. auch: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 292; Wenzel – *von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 122 ff.; dieser Ansicht mit Blick auf das BDSG 2003: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 654; aA, da die DSGVO als einheitlicher Rechtsrahmen für alle Verarbeitungsphasen angewendet werden soll: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 151.

zesanpassung nicht im Wege, da nur das rechtswidrige Verbreiten oder öffentliche Schaulustellen von Bildnissen unter Strafe gestellt wird.

Schlussendlich ist der Schutz gegen das Besitzen von Bildnissen zu erweitern, § 37 S. 2 KUG. Nicht nur widerrechtlich verbreitete oder zur Schau gestellte Bildnisse sollten vom Besitzer zu löschen bzw. an den Abgebildeten herauszugeben sein, sondern auch widerrechtlich hergestellte Bildnisse.

III. Erkennbarkeit – ein untaugliches Abgrenzungsmerkmal im digitalen Zeitalter?

Das Abgrenzungsmerkmal der Erkennbarkeit muss im digitalen Zeitalter schärfer konturiert werden. An die Erkennbarkeit wurden bislang sehr geringe Anforderungen gestellt, um dem Anonymitätsinteresse des Abgebildeten zu genügen.⁷⁶² Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal hat die Funktion, den Regelungsbereich des Rechts am eigenen Bild zu begrenzen. Diese Funktion wird im digitalen Zeitalter jedoch nicht mehr durch das weite Verständnis der Erkennbarkeit der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung der Literatur erfüllt, sodass zukünftig die visuelle Erkennbarkeit des Abgebildeten zu fordern ist.

Zunächst wird das weite Verständnis der Erkennbarkeit der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung der Literatur erläutert und anschließend auf das digitale Zeitalter übertragen. Sodann wird ausgeführt, dass im digitalen Zeitalter fortan die visuelle Erkennbarkeit zu fordern ist. Schlussendlich werden die Konsequenzen der visuellen Erkennbarkeit dargelegt.

762 OLG München, Urt. v. 17.03.2016 – 29 U 368/16, MMR 2016, 414, 415 – *Internetpranger*; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.01.2006 – 2/03 O 468/05, NJW-RR 2007, 115, 115 f.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.07.2004 – 6 U 39/04, GRUR 2004, 1058, 1058; BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2205 – *Fußballtorwart*; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 7; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 13; vgl. auch: *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 93 ff.

1. Zu weites Verständnis der Erkennbarkeit im digitalen Zeitalter

Nach der Auffassung der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung der Literatur ist der Abgebildete erkennbar, wenn er begründeten Anlass zu der Annahme hat, dass zumindest sein weiterer Bekanntenkreis ihn als abgebildete Person identifizieren kann.⁷⁶³ Dabei wird es als ausreichend erachtet, wenn die abgebildete Person nur aufgrund begleitender Umstände identifiziert werden kann.⁷⁶⁴ Die begleitenden Umstände können so-

763 OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.2014 – 4 U 174/13, GRUR-RR 2015, 80 Tz. 49; AG Kerpen, Urt. v. 04.11.2010 – 102 C 108/10, ZUM-RD 2011, 258, 259; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.01.2006 – 2/03 O 468/05, NJW-RR 2007, 115, 115 f.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.07.2001 – 14 U 71/00, ZUM 2001, 883, 887; BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 714 – *Marlene Dietrich*; BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2205 – *Fußballtorwart*; BGH, Urt. v. 09.06.1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102, 102 – *Spielgefährtin*; BGH, Urt. v. 10.11.1961 – I ZR 78/60, GRUR 1962, 211, 211 – *Hochzeitsbild*; Vetter, AfP 2017, 127, 129; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 7; BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 22 f.; Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 16, Rz. 20 und Rz. 22; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 6; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 9; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 17; Paschke/Berlit/Meyer-Kröner, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 32. Abschnitt Rn. 14.

764 BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; LG Essen, Urt. v. 10.07.2014 – 4 O 157/14, ZD 2014, 575, 576; OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.2014 – 4 U 174/13, GRUR-RR 2015, 80 Tz. 49; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.07.2004 – 6 U 39/04, GRUR 2004, 1058, 1058; OLG Frankfurt, Urt. v. 12.07.1991 – 25 U 87/90, NJW 1992, 441, 442; BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2205 – *Fußballtorwart*; BGH, Urt. v. 09.06.1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102, 102 – *Spielgefährtin*; Vetter, AfP 2017, 127, 129; Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 93 f.; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 12; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 3; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 7; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 8; aA, wenn lediglich ein Nummernschild im Bild zu sehen ist: AG Kerpen, Urt. v. 04.11.2010 – 102 C 108/10, ZUM-RD 2011, 258, 259; kritisch zur Erkennbarkeit durch begleitende Umstände, im Ergebnis aber zustimmend: Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 16 und Rz. 18; wohl insgesamt aA: Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 98.

wohl innerhalb als auch außerhalb der Abbildung liegen.⁷⁶⁵ So genügt es beispielsweise, wenn die abgebildete Person aufgrund einer Namensunterschrift oder weiterer Informationen in einer Pressemitteilung identifiziert werden kann.⁷⁶⁶

Überträgt man dieses weite Verständnis auf die digitalisierte Lebenswirklichkeit, genügt es für die kunsturheberrechtliche Erkennbarkeit wohl

765 BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; LG Essen, Urt. v. 10.07.2014 – 4 O 157/14, ZD 2014, 575, 576; OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.2014 – 4 U 174/13, GRUR-RR 2015, 80 Tz. 49; OLG Frankfurt, Urt. v. 12.07.1991 – 25 U 87/90, NJW 1992, 441, 442; BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2205 – *Fußballtorwart*; BGH, Urt. v. 09.06.1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102, 102 – *Spielgefährtin*; Vetter, AfP 2017, 127, 129; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 12; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 3; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 7; kritisch: Wenzel – von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 18; wohl aA: AG Kerpen, Urt. v. 04.11.2010 – 102 C 108/10, ZUM-RD 2011, 258, 259 f.; aA: Hochrathner, ZUM 2001, 669, 671 f.; Klein, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 97; Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 7; Paschke/Berlit/Meyer-Kröner, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 32. Abschnitt Rn. 13.

766 LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.01.2006 – 2/03 O 468/05, NJW-RR 2007, 115, 115; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.07.2004 – 6 U 39/04, GRUR 2004, 1058, 1058; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 12; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 3; HK Urheberrecht-Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 7; weiter zur Namensunterschrift: BGH, Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16, GRUR 2018, 757 Tz. 31 – *Kindeswohlgefährdung*; KG, Beschl. v. 05.09.2006 – 9 W 127/06, AfP 2006, 567, 567; BGH, Urt. v. 09.06.1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102, 102 – *Spielgefährtin*; Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 93 f.; Götting/Schertz/Seitz-Schertz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 12; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 19 und Rn. 26; weiter zur Erkennbarkeit durch die Berichterstattung: LG Essen, Urt. v. 10.07.2014 – 4 O 157/14, ZD 2014, 575, 576; OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.2014 – 4 U 174/13, GRUR-RR 2015, 80 Tz. 49 und Tz. 54; KG, Beschl. v. 05.09.2006 – 9 W 127/06, AfP 2006, 567, 567; BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2205 – *Fußballtorwart*; vgl. zur Erkennbarkeit durch frühere Presseveröffentlichungen: LG Bremen, Urt. v. 15.09.1993 – 5 O 1374/93 b, GRUR 1994, 897, 897 f.; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 3; Raue/Hegemann-Amelung, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 8; Schricker/Loewenheim-Götting, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 16; im Einzelfall kritisch zur Erkennbarkeit durch Berichterstattung: AG Kerpen, Urt. v. 04.11.2010 – 102 C 108/10, ZUM-RD 2011, 258, 259.

auch, wenn die abgebildete Person nur aufgrund einer Markierung bzw. Verlinkung in sozialen Netzwerken identifiziert werden kann.⁷⁶⁷ Auch die Verknüpfung der Abbildung mit Standortdaten oder der Einsatz weiterer technischer Hilfsmittel kann nach dem weiten Verständnis der Erkennbarkeit wohl für das Identifizieren der abgebildeten Person genügen.⁷⁶⁸

2. Visuelle Erkennbarkeit

De lege ferenda ist dieses weite Verständnis der Erkennbarkeit einzuschränken. Das Kunsturhebergesetz sollte zukünftig nur noch bei einer visuellen Erkennbarkeit der abgebildeten Person zur Anwendung kommen.⁷⁶⁹ Visuelle Erkennbarkeit ist gegeben, wenn die abgebildete Person begründeten Anlass zu der Annahme hat, dass ein mehr oder minder großer Bekanntenkreis sie durch das Betrachten des Bildnisses als abgebildete Person identifizieren kann. Herkömmliche technische Hilfsmittel, die zur Unterstützung der Sehfunktion dienen, wie beispielsweise reguläre Zoomfunktionen, sind in den Betrachtungsvorgang miteinzubeziehen.

Technische Hilfsmittel, wie beispielsweise hochauflösende Zoomfunktionen, die vom Betrachter üblicherweise nicht eingesetzt werden, werden für die visuelle Erkennbarkeit nicht berücksichtigt. Die kunsturheberrechtliche Erkennbarkeit ist auch zu verneinen, wenn die abgebildete Person nur aufgrund weiterer Umstände wie einer Namensangabe oder einer Datenauswertung bzw. einer Datenverknüpfung identifizierbar ist.⁷⁷⁰ Anderenfalls wird der Regelungsbereich des Kunsturhebergesetzes überdehnt.

767 Siehe hierzu: *Bosch*, IPRB 2018, 39, 42; vgl. auch: *Koch*, ITRB 2011, 158, 159; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 71 f.

768 Vgl. auch: *Koch*, ITRB 2011, 158, 159.

769 So bereits: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 99; *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 7; den Ausdruck visuelle Erkennbarkeit nutzt bereits: *Wenzel – von Strobel-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 16 und Rz. 18, das Verständnis der visuellen Erkennbarkeit weicht jedoch von dem hier vertretenen Verständnis ab; vgl. auch: *Hartmann*, Der Schutz vor Deepfakes durch das Kunsturhebergesetz, in: *Taeger*, Die Macht der Daten und der Algorithmen, 2019, S. 563, 575 ff.

770 Siehe auch: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 98 f. *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 7.

Der Maßstab der visuellen Erkennbarkeit unterscheidet sich zukünftig deutlich von der Vorgehensweise zur Bestimmung des Personenbezugs von Daten, Art. 4 Nr. 1 DSGVO.⁷⁷¹ Für die Personenbezogenheit von Daten genügt es nach der vermittelnden Ansicht des Europäischen Gerichtshofs, dass der Datenverarbeiter über rechtlich zulässige Mittel und Zusatzinformationen verfügt oder verfügen kann, die es ihm ermöglichen, die natürliche Person, der die Daten zugeordnet werden, zu bestimmen.⁷⁷² Indessen genügt es für die visuelle Erkennbarkeit der abgebildeten Person nicht, dass grundsätzlich technische Hilfsmittel zur Verfügung stehen, die eine Identifizierbarkeit der abgebildeten Person ermöglichen, die aber typischerweise beim Betrachten eines Bildnisses nicht eingesetzt werden. Dasselbe gilt, wenn die Erkennbarkeit nicht durch das Betrachten des Bildnisses erzielt werden kann, sondern durch das Verwerten von Zusatzinformationen, die beispielsweise mit Hilfe von Datenauswertungen bzw. Datenverknüpfungen zur Verfügung stehen.⁷⁷³

3. Konsequenzen der visuellen Erkennbarkeit

Für das Recht am eigenen Bild ist fortan die visuelle Erkennbarkeit der abgebildeten Person zu fordern. Fehlt es an einer visuellen Erkennbarkeit, da die abgebildete Person erst mittels Zuordnung weiterer personenbezogener Daten bspw. Standortdaten identifizierbar wird, kommt regelmäßig die Datenschutzgrundverordnung zur Anwendung, vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1 und Nr. 2 DSGVO.⁷⁷⁴ Dies steht sowohl mit der Systematik als auch mit dem Telos der beiden Schutzsysteme im Einklang, da die Datenschutzgrundverordnung auf die besonderen Gefahren zugeschnitten ist, die dem Betroffenen bei der Sammlung, Verknüpfung und Auswertung von personenbezogenen Daten drohen.⁷⁷⁵ Erfolgt die Identifizierbarkeit

771 Siehe: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 99 und S. 146.

772 EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 Tz. 45 – *Breyer/Deutschland*.

773 Vgl.: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 98 f. Wandtke/Bullinger-Fricke, Praxis-kommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 7.

774 *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 99 und S. 146.

775 Siehe dazu, dass die DSGVO auf die besonderen Gefahren der Datensammlung und Datenverknüpfung zugeschnitten ist: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 693;

der abgebildeten Person nicht aufgrund visueller Merkmale, sondern aufgrund einer Namensnennung, die unter dem Bild positioniert ist oder aufgrund weiterer Informationen in einer Pressemitteilung, kann Anonymitätsschutz über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gesucht werden.⁷⁷⁶ Ob das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in diesen Fällen neben der Datenschutzgrundverordnung zur Anwendung kommt, gilt es dann zu prüfen.

BeckOK Datenschutzrecht-Wolff/Brink, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Einleitung zur DS-GVO Rn. 1 f.; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-Veil, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 24 Rn. 119, Rn. 130 und Rn. 132; Auernhammer-von Lewinski, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Einf. Rn. 17 f.; vgl. zum BDSG 2003: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 149 ff.; vgl. Schutzgut informationelle Selbstbestimmung – Recht am eigenen Bild: *Schwenke*, Private Nutzung von Smartglasses im öffentlichen Raum, 2016, S. 111; siehe hierzu im ersten Kapitel bei F. III. 1.

- 776 *Hochrathner*, ZUM 2001, 669, 672; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 98 f.; *Wandte/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 7; *Paschke/Berlit/Meyer-Kröner*, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 32. Abschnitt Rn. 13; vgl. auch: BeckOK Urheberrecht-Engels, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 25 ff.; vgl. zur Anwendung APR bei einem Bildfragment: OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.07.2004 – 6 U 39/04, GRUR 2004, 1058, 1059; vgl. zum Schutz über APR bei einer Nacktaufnahme ohne Erkennbarkeit der abgebildeten Person: BGH, Urt. v. 02.07.1974 – VI ZR 121/73, GRUR 1975, 561, 562 – *Nacktaufnahmen*; vgl. auch: OLG Nürnberg, Urt. v. 26.10.1971 – 3 U 68/71, GRUR 1973, 40, 41 – *Kunstflieger*; wohl aa: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 69 f.

Ergebnis

Es galt die Frage zu untersuchen, ob das digitale Zeitalter mit der Veränderung von Technik und Recht einen Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes ausgelöst hat. Die Ergebnisse der Arbeit haben einen Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter bestätigt, ausgelöst sowohl durch den technischen und digitalen Fortschritt als auch durch die Veränderung des Rechts.

Zur Beantwortung der Forschungsfrage war ein Vierschritt erforderlich: Zunächst musste herausgearbeitet werden, welcher Anwendungsbereich dem Kunsturhebergesetz neben der Datenschutzgrundverordnung verbleibt (Erstes Kapitel A. – E.). Sodann musste untersucht werden, ob ein Handeln des nationalen Gesetzgebers zur Auflösung der Normenkonkurrenz zwischen dem weiterhin vollumfänglich anwendbaren Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung erforderlich ist (Erstes Kapitel F.) Erst nachdem die uneingeschränkte Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung sowie der hieraus abzuleitende Handlungsbedarf des Gesetzgebers zur Auflösung der Normenkonkurrenz ermittelt wurden, galt es, in einem zweiten Schritt den Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter auf der tatsächlichen Ebene zu untersuchen (Zweites Kapitel C.). Dazu bedurfte es der Darstellung der technischen, gesellschaftlichen und medialen Veränderungen des digitalen Zeitalters, die direkten Einfluss auf das zu überprüfende Gesetz haben und der Feststellung, ob diese Veränderungen einen Nachbesserungsbedarf des Kunsturhebergesetzes hervorrufen. Im vierten und letzten Schritt waren Vorschläge zur Gesetzesmodifikation zu entwickeln bzw. zu diskutieren, die die Gesetzesdefizite des Kunsturhebergesetzes auf der tatsächlichen Ebene beseitigen (Zweites Kapitel D. II. – III.). Die Vorschläge zur Gesetzesmodifikation konnten jedoch erst entwickelt bzw. diskutiert werden, nachdem im dritten Schritt eruiert wurde, dass die InfoSoc-RL und die hierzu ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keinen Einfluss auf das Recht am eigenen Bild ausüben und das Kunsturhebergesetz fortan autonom und somit losgelöst vom harmonisierten Urheberrechtsgesetz ausgelegt und weiterentwickelt werden kann (Zweites Kapitel D. I.).

Als Ergebnis der Arbeit werden die Novellierungsvorschläge dargestellt, die den Nachbesserungsbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeit-

alter zu beseitigen vermögen. Die Novellierungsvorschläge bilden zugleich den Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter ab, sodass sie auch präzise die Forschungsfrage beantworten. Anschließend werden die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit in 35 Thesen dargestellt. Freilich werden nicht nur die Ergebnisse der Arbeit in Thesen wiedergegeben, die einen unmittelbaren Anpassungsbedarf des Kunsturhebergesetzes effizieren. Die 35 Thesen fassen die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit in summa zusammen.

Die Veränderung des Rechts hat einen Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter hervorgerufen. Der nationale Gesetzgeber muss handeln, um den Dunstkreis zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung sowie der InfoSoc-RL rechtssicher aufzulösen, zwei Unionsrechtsakte, die das digitale Zeitalter bereits in Teilen regulieren.

In das Kunsturhebergesetz ist ein Absatz oder Paragraf aufzunehmen, der die Normenkonkurrenz für „digitale Bildnisse“ zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung auflöst. Der Absatz oder Paragraf hat das innerstaatliche Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständige allgemeine und fakultative Öffnungsklausel zu bestätigen sowie festzulegen, dass das Kunsturhebergesetz die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO europarechtskonform ausfüllt und es in seinem Regelungsbereich vollumfänglich und vorrangig vor der Datenschutzgrundverordnung zur Anwendung kommt.

Außerdem muss im novellierten Kunsturhebergesetz zum Ausdruck gebracht werden, dass das Recht am eigenen Bild losgelöst vom in weiten Teilen harmonisierten Urheberrechtsgesetz, der InfoSoc-RL und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu verstehen ist. Es bietet sich an, das autonome Verständnis des Rechts am eigenen Bild, insbesondere der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen entweder durch Legaldefinitionen oder mit Hilfe einer neuen Terminologie der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen zu verdeutlichen. Zwingend erforderlich ist, dass der Gesetzgeber einen autonomen Öffentlichkeitsbegriff in § 22 KUG normiert.

Das digitale Zeitalter hat auch mit dem Fortschritt der Technik einen Anpassungsbedarf des Kunsturhebergesetzes effiziert.

Seit der jederzeitigen Verfügbarkeit einer Handykamera, den unkomplizierten Möglichkeiten „digitale Bildnisse“ an Dritte weiterzuleiten und den nutzergenerierten Inhalten im Internet hat sich die Gefährdungslage für das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten zeitlich vorverlagert. Faktisch verliert der Abgebildete bereits mit der ungewollten Anfertigung

des Bildnisses die Entscheidungsfreiheit über sein Abbild, da eine unerwünschte Verbreitung bzw. Veröffentlichung in der Regel nicht mehr zu verhindern ist. Aus diesem Grund ist die Handlungsform des Anfertigens in den Tatbestand des Rechts am eigenen Bild zu integrieren. Der Schutz gegen das Anfertigen von Bildnissen ist im Kunsturhebergesetz als Interessenabwägung auszugestalten.

Wird der Tatbestand des Rechts am eigenen Bild um die Handlungsform des Anfertigens erweitert, hat der Gesetzgeber auch den Schutz gegen das Besitzen von Bildnissen im Kunsturhebergesetz anzupassen. Nicht nur widerrechtlich verbreitete oder zur Schau gestellte Bildnisse sollten vom Besitzer zu löschen bzw. an den Abgebildeten herauszugeben sein, sondern auch widerrechtlich hergestellte Bildnisse.

Ferner ist der Kontrollverlust des Abgebildeten über sein Abbild im digitalen Zeitalter nicht mehr daran geknüpft, dass das Bildnis in körperlicher Form verbreitet wird. Digitale Bildnisse können problemlos unverkörpert übertragen werden, beispielsweise per E-Mail oder per WhatsApp. Ebenso ist das Risiko einer nicht mehr zu kontrollierenden Kenntnisnahme eines Bildnisses im digitalen Zeitalter größer denn je, auch dann, wenn das Bildnis zunächst nur an eine andere Person weitergegeben wird. Dieser technische und digitale Fortschritt muss im Kunsturhebergesetz berücksichtigt werden, indem das grundsätzliche Erfordernis der Einwilligung des Abgebildeten auch für eine nicht öffentliche unkörperliche Weitergabe von Bildnissen besteht. Wird die kunsturheberrechtliche Begehungshandlung des Verbreitens zukünftig in diesem Sinne ausgelegt, ist die Überarbeitung des Kunsturhebergesetzes in diesem Punkt nicht zwingend erforderlich, aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit aber angezeigt.

Schließlich muss der Gesetzgeber das Abgrenzungsmerkmal der Erkennbarkeit im digitalen Zeitalter schärfer konturieren, da der Datensatz eines digitalen Bildnisses unter Einsatz technischer Hilfsmittel beinahe ausnahmslos die Identifizierung der abgebildeten Person ermöglicht. Im Kunsturhebergesetz ist zu normieren, dass fortan eine visuelle Erkennbarkeit der abgebildeten Person gegeben sein muss.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter durch sechs Gesetzesanpassungen behoben werden kann. Das novellierte Kunsturhebergesetz berücksichtigt sodann die digitalisierte Lebenswirklichkeit und garantiert das Schutzgut des Selbstbestimmungsrechts des Abgebildeten über sein Abbild, auch im digitalen Zeitalter. Neben einem angemessenen Schutzkonzept schafft das novellierte Kunsturhebergesetz wider die Einflüsse der Datenschutz-

grundverordnung und der InfoSoc-RL eine klare und widerspruchsfreie Regelungssystematik des Bildnisschutzes.

Es folgen 35 Thesen, die die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit überblicksartig wiedergeben:

1. Das Kunsturhebergesetz ist trotz Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung vollumfänglich aufrechtzuerhalten und als speziellere Vorschrift vorrangig vor der Datenschutzgrundverordnung anzuwenden.
2. Das Kunsturhebergesetz und die Datenschutzgrundverordnung kollidieren, wenn ein „digitales Bildnis“, auf welchem eine lebende natürliche Person realitätsgetreu abgebildet ist, in seiner Gesamtheit verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt wird, die abgebildete Person berechtigten Anlass zu der Annahme der Erkennbarkeit wenigstens durch ihren weiteren Bekanntenkreis hat und der Bildnisverwender bzw. -zuschauer über rechtlich zulässige Mittel und Zusatzinformationen verfügt oder verfügen kann, die es ihm ermöglichen, die abgebildete Person zu bestimmen. Weiter darf das Verbreiten oder öffentliche Schaustellen des „digitalen Bildnisses“ nicht der Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten dienen, vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO. Diese Kollision ist aufzulösen.
3. Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist als eigenständige fakultative Öffnungsklausel der Mitgliedstaaten anzuerkennen. Aus der europäisch-autonomen Auslegung des Art. 85 DSGVO resultiert, dass in der Gesamtschau die stärkeren Argumente der Auslegungsmethoden Wortlaut, Systematik, Historie und Telos dafür streiten, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine eigenständige fakultative Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten normiert.
4. §§ 22, 23 KUG stellen eine europarechtskonforme Abweichung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 DSGVO dar, da sie einen Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der abgebildeten Person über ihr Eigenbild und dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit einschließlich journalistischer, künstlerischer und literarischer Zwecke schaffen.
5. Einzig die vollumfängliche Aufrechterhaltung und Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 85 Abs. 1 DSGVO überzeugt. Nur so kann eine klare Abgrenzbarkeit der beiden kollidierenden Gesetze sowie Rechtsbereiche und eine widerspruchsfreie Regelungssystematik des Bildnisschutzes geschaffen werden.

6. Bei der Interessenabwägung des § 23 KUG ist fortan, neben den deutschen Grundrechten, die Charta der Grundrechte der Europäischen Union anzuwenden. Art. 85 Abs. 1 DSGVO ermöglicht den Mitgliedstaaten einen nationalen Ausgleich zwischen Art. 8 GRCh und Art. 11, Art. 13 GRCh, sodass sich die nationalen Ausnahmen und Abweichungen auch an den europäischen Grundrechten messen lassen müssen.
7. Die Datenschutzgrundverordnung und das Kunsturhebergesetz stehen in einer verdrängenden Konkurrenz. Die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO durchbricht den grundsätzlichen Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung. Die Datenschutzgrundverordnung und das Kunsturhebergesetz können nicht nebeneinander angewendet werden, weil sie unterschiedliche Zulässigkeits- bzw. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, Handlungsoptionen bzw. -pflichten sowie Rechtsfolgen statuieren.
8. Das Kunsturhebergesetz stellt eine speziellere Vorschrift gegenüber der Datenschutzgrundverordnung dar. Es zeigt eine größere Sachnähe zum Regelungsgegenstand „digitaler Bildnisse“. Die spezielleren Vorschriften des Kunsturhebergesetzes treten nicht ergänzend oder modifizierend neben die allgemeineren Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung, sie treten innerhalb ihres Anwendungsbereichs an ihre Stelle.
9. Der nationale Gesetzgeber muss handeln, um das verschachtelte Normenverhältnis zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung im normativen Mehrebenensystem rechtssicher aufzulösen.
10. Es ist ein Absatz oder Paragraf in das Kunsturhebergesetz aufzunehmen, der darlegt, dass das Kunsturhebergesetz die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO europarechtskonform ausfüllt und es in seinem Regelungsbereich vorrangig zur Anwendung kommt. Ferner sollte das Kunsturhebergesetz gegenüber der Kommission gemeldet werden, um der Notifizierungspflicht des Art. 85 Abs. 3 DSGVO zu genügen.
11. Der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz für die Novellierungen des Kunsturhebergesetzes. Das Kunsturhebergesetz wird von der konkurrierenden Gesetzgebung für das bürgerliche Recht erfasst, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Es ist dem Deliktsrecht zuzuordnen.
12. Wird Art. 85 Abs. 2 DSGVO entgegen den Ergebnissen der Arbeit als abschließende Öffnungsklausel verstanden, kann das Kunsturhebergesetz bei einer Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung nur noch partiell Anwendung finden. Unmittelbar anwendbar bleiben alleine §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG, die im System der

- Datenschutzgrundverordnung sodann spezialgesetzliche Erlaubnistatbestände für den Bereich der „digitalen Bildnisse“ darstellen.
13. Ein Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes ist auch bei dem Verständnis der lediglich partiellen Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 85 Abs. 2 DSGVO gegeben: Es ist ein Verweis auf die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO im Kunsturhebergesetz zu positionieren und eine Anpassung der §§ 22, 23 KUG an die privilegierten Zwecke des Art. 85 Abs. 2 DSGVO für die Kollisionstatbestände vorzunehmen.
 14. Obwohl das Kunsturhebergesetz den nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO geforderten Interessenausgleich für den Regelungsbereich der „digitalen Bildnisse“ schafft, ist eine mittelbare Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO abzulehnen. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO normiert eine unionale Abwägungsklausel, der es an einem Anknüpfungspunkt für nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung mangelt.
 15. Es ist ein Bedeutungswandel zwischen dem Entstehungszeitpunkt des Kunsturhebergesetzes und dem aktuellen Anwendungszeitpunkt festzustellen.
 16. Die Beurteilung der Lebenswirklichkeit zeigt, dass nicht nur die Gefahren für das Recht am eigenen Bild durch den technischen und digitalen Fortschritt stark angewachsen sind, sondern auch Anzahl und Intensität der Rechtsverletzungen des Rechts am eigenen Bild im digitalen Zeitalter zugenommen haben.
 17. Mit der Möglichkeit des Uploads von User Generated Content vervielfacht sich die Abwehr ideeller Persönlichkeitsrechtsverletzungen, da durch nutzergenerierte Inhalte vermehrt Bildnisse von nicht prominenten Personen präsentiert werden.
 18. Trotz teilweise veränderter gesellschaftlicher Verhaltensweisen und Wertevorstellungen hat der Gesetzgeber den Schutz des Rechts am eigenen Bild aufrechtzuerhalten. Die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten des Staates lassen keine andere Auffassung zu. Der Staat hat den Einzelnen weiterhin gegen Eingriffe Dritter in das besondere Persönlichkeitsrecht zu schützen.
 19. Der Gesetzgeber hat das Kunsturhebergesetz so auszugestalten, dass es einen effektiven Schutz vor den neuen Gefahren des digitalen Zeitalters bietet. Da der technische und digitale Fortschritt rund um das digitale Bild noch nicht beendet ist, ist bei der Novellierung des Kunsturhebergesetzes der Wortlaut des Gesetzes technologieneutral zu

- wählen. So ist es möglich, dass die Gesetzesreformen auf die sich neu entwickelnden Technologien anwendbar bleiben.
20. Das kunsturheberrechtliche Verbreiten ist im digitalen Zeitalter nicht mehr als körperliche Begehungshandlung zu verstehen. Das ursprünglich urheberrechtliche Kriterium der Körperlichkeit ist unzeitgemäß. Da weder eine unionsrechtliche Pflicht zur einheitlichen Auslegung der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen und der harmonisierten Verwertungsrechte des Urhebers besteht, noch ein einheitliches Verständnis durch das nationale Recht vorgegeben wird, ist das ursprünglich urheberrechtliche Kriterium der Körperlichkeit durch die Verfügungsgewalt über das Bildnis zu ersetzen.
 21. Verbreiten meint die Weitergabe des Bildnisses an mindestens eine weitere Person in einer Form, dass die Verfügungsgewalt über das Bildnis zumindest vorübergehend aus der Hand gegeben wird und das Risiko einer nicht mehr zu kontrollierenden Kenntnisnahme besteht.
 22. Ein Bildnis wird im digitalen Zeitalter typischerweise verbreitet, indem der vollständige Datensatz per E-Mail oder per WhatsApp verschickt wird. Dasselbe gilt auch dann, wenn ein digitales Bildnis in einem Online-Speicher für eine dritte Person zum Herunterladen bereitgestellt wird.
 23. Das kunsturheberrechtliche öffentliche Schaustellen ist losgelöst vom harmonisierten Urheberrechtsgesetz, §§ 15 Abs. 2 und Abs. 3, 19 ff. UrhG und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Recht der öffentlichen Wiedergabe und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL zu verstehen.
 24. Zur Schau gestellt wird ein Bildnis, wenn es sichtbar gemacht wird, ohne dass der Schausteller den Betrachtern die Verfügungsgewalt über das Bildnis einräumt.
 25. Es ist ein autonomer Öffentlichkeitsbegriff in § 22 KUG zu normieren, der im Gegensatz zum Urheberrecht auch Schutz vor einer geringeren Anzahl an Betrachtern bietet.
 26. Ein Bildnis wird im digitalen Zeitalter typischerweise öffentlich zur Schau gestellt, indem es auf einer frei verfügbaren Website oder öffentlich in einem sozialen Netzwerk hochgeladen wird. Dasselbe gilt, wenn ein Inline-Link auf ein Bildnis gesetzt wird.
 27. Beim Setzen eines Hyperlinks wird keine der beiden kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen vollzogen. Die Störerhaftung kommt zur Anwendung, wenn der Hyperlink auf ein rechtswidrig zur Schau gestelltes Bildnis verweist.

28. Es sind Legaldefinitionen für die beiden kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen im Kunsturhebergesetz aufzunehmen, sowie für den autonomen Öffentlichkeitsbegriff. Die Legaldefinitionen verdeutlichen einerseits, dass die kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen entgegen des weitverbreiteten Vorgehens in der Rechtsprechung und Literatur losgelöst vom harmonisierten Urheberrechtsgesetz, der InfoSoc-RL und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu verstehen sind, andererseits vereinen sie die auseinanderstrebenden Auffassungen zum Verständnis der kunsturheberrechtlichen Begehungshandlungen innerhalb der Jurisdiktion und Literatur. Zugleich fördern sie, dass die neuen internettypischen Begehungshandlungen innerhalb der Jurisdiktion und Literatur einheitlich bewertet werden.
29. De lege lata richtet sich die Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit des Anfertigens von digitalen Bildnissen nicht mehr nach dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, sondern nach der Datenschutzgrundverordnung.
30. De lege ferenda ist der Schutz gegen das Anfertigen von Bildnissen im Kunsturhebergesetz als Interessenabwägung auszugestalten. Die Strafvorschrift des § 33 KUG steht der Gesetzesanpassung nicht im Wege, da nur das rechtswidrige Verbreiten oder öffentliche Schaustellen von Bildnissen unter Strafe gestellt wird.
31. Der Schutz gegen das Besitzen von Bildnissen ist im Kunsturhebergesetz zu erweitern, vgl. § 37 S. 2 KUG. Zukünftig sind nicht nur widerrechtlich verbreitete oder zur Schau gestellte Bildnisse vom Besitzer zu löschen bzw. an den Abgebildeten herauszugeben, sondern auch widerrechtlich hergestellte Bildnisse.
32. Vervielfältigungshandlungen sind auch de lege ferenda vom Abgebildeten grundsätzlich hinzunehmen. Auch die Datenschutzgrundverordnung sollte für Vervielfältigungshandlungen digitaler Bildnisse nicht zur Anwendung kommen, da das Kunsturhebergesetz mit der neuen Tatbestandshandlung des Anfertigens eine vorrangige und abschließende Wertung vornimmt.
33. Das weite Verständnis der kunsturheberrechtlichen Erkennbarkeit der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung der Literatur ist im digitalen Zeitalter einzuschränken. Für das Recht am eigenen Bild ist fortan die visuelle Erkennbarkeit der abgebildeten Person zu fordern.
34. Visuelle Erkennbarkeit ist gegeben, wenn die abgebildete Person begründeten Anlass zu der Annahme hat, dass ein mehr oder minder großer Bekanntenkreis sie durch das Betrachten des Bildnisses als abgebildete Person identifizieren kann. Herkömmliche technische Hilfs-

mittel, die zur Unterstützung der Sehfunktion dienen, wie beispielsweise reguläre Zoomfunktionen, sind in den Betrachtungsvorgang miteinzubeziehen. Technische Hilfsmittel, wie beispielsweise hochauflösende Zoomfunktionen, die vom Betrachter üblicherweise nicht eingesetzt werden, werden für die visuelle Erkennbarkeit nicht berücksichtigt. Die kunsturheberrechtliche Erkennbarkeit ist auch zu verneinen, wenn die abgebildete Person nur aufgrund weiterer Umstände wie einer Namensangabe oder einer Datenauswertung bzw. einer Datenverknüpfung identifizierbar ist.

35. Der Maßstab der visuellen Erkennbarkeit unterscheidet sich zukünftig deutlich von der Vorgehensweise zur Bestimmung des Personenbezugs von Daten.

Literaturverzeichnis

- Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter, Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 26. Edition, München 2019
- Albrecht, Jan Philipp/Janson, Nils J., Datenschutz und Meinungsfreiheit nach der Datenschutzgrundverordnung, CR 2016, S. 500–509
- Albrecht, Jan Philipp/Jotzo, Florian, Das neue Datenschutzrecht der EU, Baden-Baden 2017
- Albrecht, Jan Philipp, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, 16.05.2018, abrufbar unter: <https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019
- Alexander, Christian, Urheber- und persönlichkeitsrechtliche Fragen eines Rechts auf Rückzug aus der Öffentlichkeit, ZUM 2011, S. 382–389
- Aßmus, Ubbo/Winzer, Florian, Mitarbeiterfotos im Intranet, auf Webseiten und in sozialen Netzwerken, Anforderungen an Einwilligung und Widerruf nach dem KUG und der DSGVO, ZD 2018, S. 508–513
- Auernhammer, Herbert/Eßer, Martin/Kramer, Philipp/von Lewinski, Kai/Assion, Simon, DSGVO BDSG, 6. Aufl., Köln 2018
- Baldus, Manfred, Die Einheit der Rechtsordnung, Berlin 1995
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 52. Edition, München 2019
- Beater, Axel, Bildinformationen im Medienrecht, AfP 2005, S. 133–139
- Beater, Axel, Medienrecht, 2. Aufl., Tübingen 2016
- Becker, Carina, Das Recht auf Vergessenwerden, Tübingen 2019
- Benecke, Martina/Groß, Nadja, Das Recht am eigenen Bild im Arbeitsverhältnis, Voraussetzungen und rechtliche Probleme einer Einwilligung durch den Arbeitnehmer, NZA 2015, S. 833–839
- Benedikt, Kristin/Kranig, Thomas, DS-GVO und KUG – ein gespanntes Verhältnis, Ende des KUG nach 111 Jahren?, ZD 2019, S. 4–7
- Bergt, Matthias, Die Bestimmbarkeit als Grundproblem des Datenschutzrechts, Überblick über den Theorienstreit und Lösungsvorschlag, ZD 2015, S. 365–371
- Berners-Lee, Tim, Links and Law, April 1997, abrufbar unter: <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019
- Bienemann, Linda, Die zunehmende Bedeutung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für neue Kunstformen, ZUM 2017, S. 741–745
- Bischof, Claudia, Drohnen: Chancen und Regulation, in: Taeger, Jürgen, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, Baden-Baden 2017, S. 75–99

- Boehme-Neßler, Volker, Multimedia und Recht, Auswirkungen der Bilderkultur auf das Recht, K&R 2003, S. 530–534
- Boehme-Neßler, Volker, Unscharfes Recht, Berlin 2008
- Boehme-Neßler, Volker, BilderRecht, Berlin und Heidelberg 2010
- Boehme-Neßler, Volker, Schattendasein. Warum Smart Cams im öffentlichen Raum ein Problem sind, in: Taeger, Jürgen, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, Baden-Baden 2017, S. 235–267
- Bongartz, Wilfried, Das Recht am eigenen Bilde und seine Reform, Köln 1966
- Bosch, Anna, (K)Ein Recht am eigenen Bild, IPRB 2018, S. 39–44
- Braun, Frank, „Sexting“: Geldentschädigung aufgrund unerlaubter Weiterleitung von Nacktbildern via WhatsApp, jurisPR-ITR 2018, Ausgabe 22 Anm. 5
- Brink, Stefan/Eckhardt, Jens, Wann ist ein Datum ein personenbezogenes Datum? Anwendungsbereich des Datenschutzrechts, ZD 2015, S. 205–212
- Bruns, Alexander, Persönlichkeitsschutz im Internet – medienpezifisches Privileg oder medienpersönlichkeitsrechtlicher Standard?, AfP 2011, S. 421–428
- Bundesministerium des Inneren, Datenschutz im Internet – Gesetzesentwurf des BMI zum Schutz vor besonders schweren Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht, 01.12.2010, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/rote_linie.pdf, zuletzt abgerufen am 30.12.2019
- Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019
- BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V./dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union/DJV Deutscher Journalisten-Verband/Deutscher Presserat/VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e.V., Presse- und Meinungsfreiheit im digitalen Zeitalter bewahren, Stellungnahme zum Entwurf der Bayerischen Staatskanzlei vom 2.6.2017 zu §§ 57, 59 RfTmStV, Stand 07.07.2017, abrufbar unter: <http://www.bayern.de/wp-content/uploads/2017/06/stellungnahme-von-bdzv-dju-djv-presserat-und-vdz.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019
- Burkart, Günter/Meyer, Nikolaus, Bilder, Abbilder, Fotografien, Welten, Räume und Metaphern oder: Versuche zu einem entgrenzten Medium, in: Burkart, Günter/Meyer, Nikolaus, Die Welt anhalten, Weinheim und Basel 2016, S. 10–17
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/AEUV, 5. Aufl., München 2016
- Canaris, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983
- Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, S. 201–246
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Rummel, Peter/Koziol, Helmut, Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski, Wien 2002, S. 47–104

- Castendyk, Oliver, Fotorecht, 2. Aufl., Berlin 2012
- Conrad, Albrecht, Kuck' mal, wer da spricht: Zum Nutzer des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung anlässlich von Links und Frames, CR 2013, S. 305–318
- Cornils, Matthias, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, Tübingen 2018
- Cornils, Matthias, Der Streit um das Medienprivileg, Zur Unionsrechtskonformität der neu gefassten Regelungen zum Mediendatenschutz, ZUM 2018, S. 561–577
- Cornils, Matthias, Stellungnahme zum Gesetz zur Zustimmung zum 21. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung weiterer Gesetze (16. Rundfunkänderungsgesetz), Gesetzentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/1565, 06.03.2018, abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumenten-service/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-420.pdf;jsessionid=60856216150C8FE703342DC770A76F16.ifxworker>, zuletzt abgerufen am 30.12.2019
- Dammann, Ulrich, Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung, Erwarteter Fortschritt, Schwächen und überraschende Innovationen, ZD 2016, S. 307–314
- Dasch, Norbert, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, München 1990
- Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Vermerk: Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus, März 2018, abrufbar unter: https://www.filmverband-suedwest.de/wp-content/uploads/2018/05/Vermerk_DSGVO.pdf, zuletzt abgerufen am 30.12.2019
- Deutscher Anwalt Verein (DAV), Stellungnahme Nr. 34/2018 zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie 2016/680, Juli 2018, 11 f., abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-34-18-2-datenschutz-anpassungs-und-um-setzungsgesetz>, zuletzt abgerufen am 17.02.2020
- Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Merkblatt zur Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotografien nach dem 25. Mai 2018 im nicht-öffentlichen Bereich, Stellungnahme v. 29.06.2018, abrufbar unter: http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung_und_veroeffentlichung_von_personenfotografien/anfertigung-und-veroeffentlichung-von-personenfotografien-nach-dem-25-mai-2018-166008.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019
- Dix, Alexander, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Bettina, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, Düsseldorf 2001, S. 64–78

- Dix, Alexander, Thesen zum Referat von Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, in: 69. Deutscher Juristentag, Thesen der Gutachter und Referenten, München 2012, S. 70–73, abrufbar unter: https://www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120809_djt_69_thesen_web.pdf, zuletzt abgerufen am 30.12.2019
- Dörr, Dieter/Kreile, Johannes/Cole, Mark D., Handbuch Medienrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2011
- Dregelies, Max, Fotografieren in der Öffentlichkeit und Datenschutz, AfP 2019, S. 298–303
- Dreier, Horst, Grundgesetz Kommentar, Band I, 3. Aufl., Tübingen 2013
- Dreier, Thomas, "De fine": vom Ende des Definierens? – Zur Abgrenzung von Münzkopieren, Personal Video Recordern und Serverdiensten -, in: Ahrens, Hans-Jürgen/Bornkamm, Joachim/Kunz-Hallenstein, Hans Peter, Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 37–50
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München 2018
- Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid/Hentsch, Christian-Henner, Urheberrecht Heidelberger Kommentar, 4. Aufl., Heidelberg 2018
- Duhnkrack, Justus, Persönlichkeitsrechte, Datenschutz und Straßenfotografie – ein Abgesang?, in: Hetmank, Sven/Rechenberg, Constantin, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, Leipzig 2019, S. 221–239
- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl., München 2018
- Eidenmüller, Horst, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., Tübingen 2005
- Eidenmüller, Horst, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, S. 814–821
- Enderlein, Wolfgang, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, München 1996
- Engeler, Malte, Art. 85 DSGVO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020
- Engisch, Karl, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- Engisch, Karl/Würtenberger, Thomas/Otto, Dirk, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018
- Erman, Walter/Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg, BGB, Band I, 15. Aufl., Köln 2017
- Ernst, Stefan, Die klauselmäßige Einwilligung bei Bildnisrechten, AfP 2015, S. 401–407
- Fateh-Moghadam, Bijan, Grenzen des weichen Paternalismus – Blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm, Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, S. 21–47
- Faulhaber, Tim/Scheurer, Martin, „Pics or it didn´t happen“?! – Die Fotodokumentation betrieblicher Veranstaltungen aus datenschutzrechtlicher Perspektive, jM 2019, S. 2–7

- Fechner, Frank, Medienrecht, 20. Aufl., Tübingen 2019
- Feiler, Lukas/Forgó, Nikolaus, EU-DSGVO, 1. Aufl., Wien 2017
- Felix, Dagmar, Einheit der Rechtsordnung, Tübingen 1998
- Flehsig, Norbert P., Grundlagen des Europäischen Urheberrechts, Die Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes in Europa und die Anforderungen an ihre Umsetzung in deutsches Recht, ZUM 2002, S. 1–21
- Frieße, Stefan, Beschluss zur Reichweite der DSGVO im journalistischen Bereich, 26.06.2018, abrufbar unter: <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/beschluss-zur-reichweite-der-dsgvo-im-journalistischen-bereich/>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020
- Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm/Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd/Czychowski, Christian, Urheberrecht, 12. Aufl., Stuttgart 2018
- Fuchs, Daniel, Verwendung privater Kameras im öffentlichen Raum, Datenschutz bei Dash-Cams, Helm-, Wildkameras & Co., ZD 2015, S. 212–217
- Gass, Wolfram, Digitale Wasserzeichen als urheberrechtlicher Schutz digitaler Werke?, ZUM 1999, S. 815–818
- Geise, Stephanie/Brettschneider, Frank, Die Wahrnehmung und Bewertung von Wahlplakaten: Ergebnisse einer Eyetracking-Studie, in: Faas, Thorsten/Arzheimer, Kai/Roßteutscher, Sigrid, Information Wahrnehmung Emotion, Wiesbaden 2010, S. 71–96
- Gerecke, Martin, Teilen, Retweeten und Reposten – Zur urheber- und persönlichkeitsrechtlichen Zulässigkeit der Nutzung digitale Inhalte auf Social-Media-Kanälen, GRUR 2019, S. 1120–1125
- Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris, Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 26. Edition, München 2019
- Gessenharter, Christian, Betrachtungen – Das Phänomen der Normenflut, MDR 1991, S. 1120–1123
- Gierschmann, Sibylle/Schlender, Katharina/Stentzel, Rainer/Veil, Winfried, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl., Köln 2018
- Gola, Peter, DS-GVO, 2. Aufl., München 2018
- Golla, Sebastian J./Herbort, Nina Elisabeth, Zivilrechtlicher Bildnisschutz im Vorfeld von Weitergabe und Veröffentlichung, Wann müssen digitale Abzüge gelöscht werden?, GRUR 2015, S. 648–654
- Golland, Alexander, Datenverarbeitung in sozialen Netzwerken, Frankfurt am Main 2019
- Golz, Robert, Das Recht am Bild im besonderen Lichte der Straßenfotografie, IPRB 2015, S. 170–172
- Golz, Robert/Gössling, Patrick, DSGVO und Recht am Bildnis, IPRB 2018, S. 68–72
- Götting, Horst-Peter/Schertz, Christian/Seitz, Walter, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., München 2019
- Gräbig, Johannes, Haftung von Suchmaschinen, Verletzung des Rechts am eigenen Bild durch die Bildersuche, MMR 2015, S. 365–369

- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV/AEUV, 68. Ergänzungslieferung, München 2019
- Grages, Jan-Michael/Neben, Gerald, Medienfreiheit vs. Datenschutzgarantien, K&R 2019, S. 300–303
- Grau, Oliver, Immersion & Emotion, in: Grau, Oliver/Keil, Andreas, Mediale Emotionen, Frankfurt am Main 2005, S. 70–106
- Grimm, Paul/Broll, Wolfgang/Herold, Rigo/Hummel, Johannes, VR/AR-Eingabegeräte und Tracking, in: Dörner, Ralf/Broll, Wolfgang/Grimm, Paul/Jung, Bernhard, Virtual und Augmented Reality (VR/AR), 2. Aufl., Berlin und Heidelberg 2019, S. 117–159
- Grosskopf, Lambert, Aktiver Schutz gegen Medien-Drohnen, Was wird verletzt und wie kann es geschützt werden?, CR 2014, S. 759–764
- Grünberger, Michael, Öffentliche Wiedergabe bei der Verlinkung (Framing) und der Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen – Unsicherheiten in Karlsruhe, ZUM 2019, S. 573–580
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph, Beck'scher Online-Grosskommentar BGB, 52. Edition, München 2019
- Gutmann, Thomas, Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen?, Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen, NJW 1999, S. 3387–3389
- Habersack, Mathias/Mayer, Christian, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, Normauslegung und Rechtsweg im Grenzbereich zwischen deutschem und europäischen Privatrecht, JZ 1999, S. 913–921
- Hahn, Bernhard, Das Recht am eigenen Bild – anders betrachtet, Informationsinteresse – Anonymitätsinteresse – Kommerzialisierungsinteresse, NJW 1997, S. 1348–1350
- Hansen, Hauke/Brechtel, Sandra, KUG vs. DS-GVO: Kann das KUG anwendbar bleiben?, GRUR-Prax 2018, S. 369–370
- Härting, Niko/Schätzle, Daniel, Rechtsverletzungen in Social Networks, ITRB 2010, S. 39–42
- Härting, Niko, Datenschutzreform in Europa: Einigung im EU-Parlament, CR 2013, S. 715–721
- Härting, Niko/Schneider, Jochen, Das Ende des Datenschutzes – es lebe die Privatsphäre, Eine Rückbesinnung auf die Kern-Anliegen des Privatsphärenschutzes, CR 2015, S. 819–827
- Härting, Niko/Gössling, Patrick/Dimov, Vitorio, "Berechtigte Interessen" nach der DSGVO, ITRB 2017, S. 169–172
- Hartmann, Frank, Der Schutz vor Deepfakes durch das Kunsturhebergesetz, in: Taeger, Jürgen, Die Macht der Daten und der Algorithmen – Regulierung von IT, IoT und KI, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, Edeweicht 2019, S. 563–579
- Hartmann, Thomas, Transfer-Effekte: Der Einfluß von Fotos auf die Wirksamkeit nachfolgender Texte, Frankfurt am Main 1995

- Heckmann, Dirk, Identitäts- oder Konsumschutz im Internet?, Das Grundrecht auf freie Entfaltung der digitalen Persönlichkeit, vorgänge 2008, Ausgabe 184, S. 20–29
- Heckmann, Dirk, Vertrauen in virtuellen Räumen?, Rechtssichere Internetnutzung zwischen Fake und Faszinosum, K&R 2010, S. 1–7
- Heckmann, Dirk, Persönlichkeitsschutz im Internet, Anonymität der IT-Nutzung und permanente Datenverknüpfung als Herausforderungen für Ehrschutz und Profilschutz, NJW 2012, S. 2631–2635
- Heckmann, Dirk, Editorial 16/2016, jurisPR-ITR 2016, Ausgabe 16 Anm. 1
- Heidenreich, Stefan, Neue Medien, in: Sachs-Hombach, Klaus, Bildwissenschaft, Frankfurt am Main 2005, S. 381–392
- Heilmann, Stefan, Anonymität für User-Generated Content?, Baden-Baden 2013
- Helle, Jürgen, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, Tübingen 1991
- Herbort, Nina Elisabeth, Digitale Bildnisse, Tübingen 2017
- Herfurth, Constantin, Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO, Nachvollziehbare Ergebnisse anhand von 15 Kriterien mit dem sog. „3x5-Modell“, ZD 2018, S. 514–520
- Hildebrand, Angela, Künstlerische Straßenfotografie ohne Einwilligung der abgebildeten Person, ZUM 2018, S. 585–590
- Hochrathner, Uwe J., Hidden Camera – Ein zulässiges Einsatzwerkzeug des investigativen Journalismus?, ZUM 2001, S. 669–672
- Hoeren, Thomas, Fotorecht, Berlin 2004
- Hoeren, Thomas, IT- und Internetrecht – Kein Neuland für die NJW, NJW 2017, S. 1587–1592
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznapel, Bernd, Multimedia-Recht, 49. Ergänzungslieferung, München 2019
- Hoffmann, Torsten/Rippl, Gabriele, Einleitung, in: Hoffmann, Torsten/Rippl, Gabriele, Bilder: ein (neues) Leitmedium?, Göttingen 2006, S. 7–13
- Holznapel, Bernd/Schumacher, Pascal, Google Street View aus verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 2011, S. 57–65
- Höppner, Thomas/Rieger, Felicitas, Moving Towards a World of Selfies? – A Critical View of the European Legal Framework for the Online Use of Third Party Images, GRUR Int. 2016, S. 633–639
- Höppner, Thomas/Schaper, Felicitas, Frame sucht Einwilligung: Die neue Google-Bildersuche auf dem Prüfstand, Untersuchung der technischen Funktionsweise und urheberrechtliche Würdigung, MMR 2017, S. 512–518
- Horvath, Benjamin, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, zuletzt abgerufen am 05.01.2020
- Hotter, Maximilian, Privatsphäre, Frankfurt am Main 2011
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 3. Aufl., Tübingen 2011

- Jarass, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2016
- Kahl, Jonas/Piltz, Carlo, Wer hat Vorfahrt: Datenschutz oder Meinungs- und Pressefreiheit?, Zu den Abweichungsbefugnissen der Mitgliedstaaten nach der DSGVO und dem gesetzgeberischen Anpassungsbedarf im nationalen Recht, K&R 2018, S. 289–295
- Keppeler, Lutz M., “Objektive Theorie” des Personenbezugs und “berechtigtes Interesse” als Untergang der Rechtssicherheit?, CR 2016, S. 360–367
- Kieselmann, Olga/Wacker, Arno, Löschen im Internet – rechtlich gefordert und technisch möglich!, DuD 2018, S. 437–441
- Kipker, Dennis-Kenji/Kubis, Marcel, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 16.05.2017 – VI ZR 135/13, MMR 2017, S. 605–609
- Kirste, Stephan, Harter und weicher Rechtspaternalismus, Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, JZ 2011, S. 805–814
- Klar, Manuel, Privatsphäre und Datenschutz in Zeiten technischen und legislativen Umbruchs, DÖV 2013, S. 103–113
- Klass, Nadine, Die Menschenwürde im Spannungsfeld zwischen Paternalismus und Selbstbestimmung, in: Gornig, Gilbert-Hanno/Schöbener, Burkhard/Bausback, Winfried/Irmscher, Tobias H., Iustitia et Pax Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz, Berlin 2008, S. 25–38
- Klein, Florian, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, Frankfurt am Main, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Warszawa und Wien 2017
- Klickermann, Paul H., Die Privilegierung des Löschungsrechts, Das Recht auf Vergessenwerden im Fokus der beruflichen Tätigkeit, MMR 2018, S. 209–212
- Koch, Alexander, Handbuch zum Fotorecht, Sinzheim/Baden 2003
- Koch, Frank A., Neue technische Formen der Persönlichkeitserfassung und die Frage der “PostPrivacy”, ITRB 2011, S. 158–162
- Koreng, Ansgar/Feldmann, Thorsten, Das „Recht auf Vergessen“, Überlegungen zum Konflikt zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit, ZD 2012, S. 311–315
- Kring, Markus/Marosi, Johannes, Ein Elefant im Porzellanladen – Der EuGH zu Personenbezug und berechtigtem Interesse, K&R 2016, S. 773–776
- Kroeber-Riel, Werner, Bildkommunikation, 2. Aufl., München 1996
- Krönke, Christoph, Datenpaternalismus. Staatliche Interventionen im Online-Datenverkehr zwischen Privaten, dargestellt am Beispiel der Datenschutz-Grundverordnung, Der Staat 2016, S. 319–351
- Krüger, Stefan/Wiencke, Julia, Bitte recht freundlich – Verhältnis zwischen KUG und DS-GVO, Herstellung und Veröffentlichung von Personenbildnissen nach Inkrafttreten der DS-GVO, MMR 2019, S. 76–80
- Kruse, Christiane, Vom Ursprung der Bilder aus der Furcht vor Tod und Vergessen, in: Hoffmann, Torsten/Rippl, Gabriele, Bilder: ein (neues) Leitmedium?, Göttingen 2006, S. 15–42

- Kühling, Jürgen/Martini, Mario, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, Münster 2016
- Kühling, Jürgen/Martini, Mario, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, *EuZW* 2016, S. 448–454
- Kühling, Jürgen, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, *ZD* 2017, S. 24–29
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt, DS-GVO BDSG, 2. Aufl., München 2018
- Kumpf, Benjamin, Smart Cars – eine datenschutzrechtliche Analyse, Hamburg 2017
- Ladeur, Karl-Heinz/Gostomzyk, Tobias, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten gegen Meinungsäußerungen in Blogs, Geht die große Zeit des privaten Presserechts im Internet zu Ende?, *NJW* 2012, S. 710–715
- Lampmann, Arno, Anmerkung zu BGH, Urt. V. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, *NJW* 2016, S. 1094–1097
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995
- Lauber-Rönsberg, Anne, Rechtsdurchsetzung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet Verantwortlichkeit von Intermediären und Nutzern in Meinungsforen und Personenbewertungsportalen, *MMR* 2014, S. 10–14
- Lauber-Rönsberg, Anne, Internetveröffentlichungen und Medienprivileg Verhältnis zwischen datenschutz- und medienzivilrechtlichem Persönlichkeitsschutz, *ZD* 2014, S. 177–182
- Lauber-Rönsberg, Anne, Das Recht am eigenen Bild in sozialen Netzwerken, *NJW* 2016, S. 744–750
- Lauber-Rönsberg, Anne/Hartlaub, Anneliese, Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht, *NJW* 2017, S. 1057–1062
- Lauber-Rönsberg, Anne, Anwendbarkeit des KUG bei journalistischen Bildnisveröffentlichungen auch nach Inkrafttreten der DSGVO – Anmerkung zu OLG Köln, Beschluss vom 18.06.2018 – 15 W 27/18, *ZUM-RD* 2018, S. 550–552
- Lauber-Rönsberg, Anne, Zum Verhältnis von Datenschutzrecht und zivilrechtlichem Äußerungsrecht, *AfP* 2019, S. 373–383
- Laue, Philip, Öffnungsklauseln in der DS-GVO – Öffnung wohin?, Geltungsbereich einzelstaatlicher (Sonder-)Regelungen, *ZD* 2016, S. 463–467
- Leinveber, Gerhard, Grundfragen des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes (Eine kritische Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zu dessen Neuordnung), *GRUR* 1960, S. 17–26
- Leistner, Matthias, Urheberrecht unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung, *EuZW* 2016, S. 166–171
- Leistner, Matthias, Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren, *ZUM* 2016, S. 580–594
- Lettl, Tobias, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Medienberichterstattung, *WRP* 2005, S. 1045–1086

- Lorenz, Bernd, Das Schriftformerfordernis für das Veröffentlichen von Bildnissen – Verhältnis der Datenschutzgesetze zum KUG, ZD 2012, S. 367–371
- Lorenz, Bernd, Einwilligungserklärungen im Fotorecht, K&R 2016, S. 450–456
- Ludyga, Hannes, Widerruf einer Einwilligung zur Verbreitung und Veröffentlichung von eigenen Bildnissen durch Dritte – Rechtliche Einordnung und Aspekte des Rechts auf Vergessenwerden, MMR 2017, S. 158–162
- Lutter, Marcus, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, S. 593–607
- Maar, Christa, Iconic Worlds – Bilderwelten nach dem iconic turn, in: Maar, Christa/Burda, Hubert, Iconic Worlds, Köln 2006, S. 11–16
- Martens, Sebastian, Methodenlehre des Unionsrechts, Tübingen 2013
- Martin-Jung, Helmut/Mayr, Stefan, Die Rückkehr der Smart Glasses, 19.02.2018, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/digital/datenbrillen-was-guckst-du-1.3865436>, zuletzt abgerufen am 24.01.2020
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman, Grundgesetz, 87. Ergänzungslieferung, München 2019
- Mayer, Christian/Schürnbrand, Jan, Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, S. 545–552
- Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019
- Michel, Stefan, Bewertungsportale und das Medienprivileg – Neue Impulse durch Art. 85 DSGVO?, ZUM 2018, S. 836–843
- Michel, Stefan, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Bloggerinnen und Bürgerjournalistinnen – Braucht das Verhältnis von Presserecht und Datenschutz ein Update?, in: Hetmank, Sven/Rechenberg, Constantin, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, Leipzig 2019, S. 131–156
- Möhring, Philipp/Nicolini, Käte/Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter, Urheberrecht, 4. Aufl., München 2018
- Möllers, Thomas M. J., Juristische Methodenlehre, München 2017
- Mönikes, Jan, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020
- Moos, Flemming/Schefzig, Jens/Arning, Marian, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl., Berlin und Boston 2018
- Müller, Marion G./Geise, Stephanie, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl., UVK 2015
- Münz, Stefan/Gull, Clemens, HTML5, 10. Aufl., Haar bei München 2014
- Nettesheim, Martin, Datenschutz und Meinungsäußerungsfreiheit – Zur Reichweite der Freistellung allgemeiner Meinungsäußerungen nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO, aFP 2019, S. 473–481

- Neumann, Andreas/Sickmann, Jörn/Alkas, Hasan/Koch, Alexander, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, Frankfurt am Main 2017
- Ohly, Ansgar, Harmonisierung des Persönlichkeitsrechts durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?, GRUR Int 2004, S. 902–912
- Ohly, Ansgar, Verändert das Internet unsere Vorstellung von Persönlichkeit und Persönlichkeitsrecht?, AfP 2011, S. 428–438
- Ohly, Ansgar, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014
- Ohly, Ansgar, Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen „GS Media“, „Filmspeler“ und „The Pirate Bay“: Abenddämmerung für die Störerhaftung, ZUM 2017, S. 793–802
- Ohly, Ansgar, Unmittelbare und mittelbare Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach „Córdoba“-Urteil des EuGH, GRUR 2018, S. 996–1004
- Ott, Stephan, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, Stuttgart 2004
- Ott, Stephan, Haftung für Embedded Videos von YouTube und anderen Video-plattformen im Internet, ZUM 2008, S. 556–564
- Paal, Boris/Pauly, Daniel, DS-GVO BDSG, 2. Aufl., München 2018
- Palzer, Christoph, Nun sag, wie hast du’s mit dem Persönlichkeitsschutz im Internet, in: Taeger, Jürgen, Smart World – Smart Law?, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, Edewecht 2016, S. 91–106
- Paschke, Marian/Berlit, Wolfgang/Meyer, Claus, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2016
- Payrhuber, Melanie/Stelkens, Ulrich, „1:1-Umsetzung“ von EU-Richtlinien: Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer Populismus? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs- und Deregulierungsrichtlinien, EuR 2019, S. 190–221
- Peifer, Karl-Nikolaus/Dörre, Tanja, Bildberichterstattung über Alltagstätigkeiten Prominenter in der Öffentlichkeit, jurisPR-WettbR 6/2007, Anm. 2
- Peifer, Karl-Nikolaus, Persönlichkeitsrechte im 21. Jahrhundert – Systematik und Herausforderungen, JZ 2013, S. 853–864
- Peifer, Karl-Nikolaus, Konvergenz in der Störer- und Verbreiterhaftung – Vom Störer zum Verbreiter?, AfP 2014, S. 18–23
- Peifer, Karl-Nikolaus, Analoger und Digitaler Persönlichkeitsschutz im Recht – eine Aufgabe auch für die Ökonomie?, in: Kops, Manfred, Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut, Leipzig 2016, S. 64–75
- Peter, Christof, Urheberrechtliche Erschöpfung bei digitalen Gütern – Aktuelle Fragen zum Sekundärmarkt digitaler Güter, ZUM 2019, S. 490–501
- Petershagen, Jörg, Der Schutz des Rechts am eigenen Bild vor Hyperlinks, NJW 2011, S. 705–708

- Piltz, Carlo, Datenübertragbarkeit im Beschäftigungsverhältnis – Arbeitgeberwechsel: und die Daten kommen mit?, RDV 2018, S. 3–8
- Piltz, Carlo, BDSG, 1. Aufl., Frankfurt am Main 2018
- Plath, Kai-Uwe, DSGVO/BDSG, 3. Aufl., Köln 2018
- Platz, Gunda, Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht, WRP 2000, S. 599–610
- Pohl, Dirk, Durchsetzungsdefizite der DSGVO? – Der schmale Grat zwischen Flexibilität und Unbestimmtheit, PinG 2017, S. 85–91
- Poll, Günter, Die Entwicklung des „Rechts am eigenen Bild“ – Eine kritische Bestandsaufnahme der BGH- und OLG-Rechtsprechung, ZUM 1988, S. 454–458
- Pötters, Stephan, Primärrechtliche Vorgaben für eine Reform des Datenschutzrechts, RDV 2015, S. 10–16
- Pürer, Heinz, Publizistik- und Kommunikationswissenschaft, 2. Aufl., Konstanz 2014
- Raji, Behrang, Auswirkungen der DS-GVO auf nationales Fotorecht – Das KUG im Zahnradmodell der DS-GVO, ZD 2019, S. 61–65
- Raue, Peter/Hegemann, Jan, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl., München 2017
- Raue, Benjamin, Das subjektive Vervielfältigungsrecht – eine Lösung für den digitalen Werkgenuss?, ZGE 2017, S. 514–538
- Rauer, Nils/Kaase, Lea, Copy & Post versus Link & Frame – Der EuGH zieht eine klare Linie, WRP 2018, S. 1155–1160
- Redeker, Helmut, IT-Recht, 6. Aufl., München 2017
- Reibach, Boris, Nationales Datenschutzrecht – die Deharmonisierung der DSGVO, in: Taeger, Jürgen, Rechtsfragen digitaler Transformation – Gestaltung digitaler Veränderungsprozesse durch Recht, Edewecht 2018, S. 131–142
- Reinhardt, Rudolf, Der Streit um den Persönlichkeitsschutz nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, JZ 1959, S. 41–46
- Remmert, Frank, DSGVO ante portas: Aktuelle Brennpunkte im Online-Marketing, GRUR-Prax 2018, S. 254–256
- Renner, Cornelius, Schriftform der Einwilligung nach § 22 KUG?, ZUM 2015, S. 608–610
- Reuter, Wiebke/Schwarz, Johanna, Der Umgang mit Personenbildnissen nach Inkrafttreten der DSGVO, ZUM 2020, S. 31–38
- Richter, Frederick, (Datenschutz-)Recht und (Medien-)Freiheit – Aus Sicht der Stiftung Datenschutz, PinG 2018, S. 128–129
- Riesenhuber, Karl, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin 2015
- Robrahn, Rasmus/Bremert, Benjamin, Interessenskonflikte im Datenschutzrecht, Rechtfertigung der Verarbeitung personenbezogener Daten über eine Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, ZD 2018, S. 291–297
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008

- Rose, Edgar, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in: Taeger, Jürgen, Smart World – Smart Law?, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, Edewecht 2016, S. 75–90
- Rose, Edgar, Regelungsoptionen für Smart Cams aus Sicht des Forschungsprojekts „Chia-RiSma“, in: Taeger, Jürgen, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, Baden-Baden 2017, S. 277–292
- Rose, Edgar, Datenbrillen, Drohnen, Dashcams...Smart Cams im öffentlichen Raum allein durch Rechtsprechung nicht beherrschbar, DuD 2017, S. 137–141
- Rose, Edgar, Erforderlichkeit und Interessengerechtigkeit der Videoüberwachung im öffentlichen Raum, RDV 2019, S. 123–131
- Roßnagel, Alexander, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: Hof, Hagen/Wengenroth, Ulrich, Innovationsforschung, Münster 2007, S. 9–22
- Roßnagel, Alexander/Nebel, Maxi/Richter, Philipp, Was bleibt vom Europäischen Datenschutzrecht? – Überlegungen zum Ratsentwurf der DS-GVO, ZD 2015, S. 455–460
- Roßnagel, Alexander, Gesetzgebung im Rahmen der Datenschutz-Grundverordnung – Aufgaben und Spielräume des deutschen Gesetzgebers?, DuD 2017, S. 277–281
- Roßnagel, Alexander, Das neue Datenschutzrecht, Baden-Baden 2018
- Rüpke, Giselher/von Lewinski, Kai/Eckhardt, Jens, Datenschutzrecht, München 2018
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018
- Sachs, Michael, GG, 8. Aufl., München 2018
- Sack, Haimo, Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames, MMR 2001, S. 9–17
- Sack, Haimo/Dregelies, Max, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019
- Sack, Haimo, Kunst und Recht, 3. Aufl., Tübingen 2017
- Schantz, Peter, Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, S. 1841–1847
- Schantz, Peter/Wolff, Heinrich Amadeus, Das neue Datenschutzrecht, München 2017
- Schenk, Michael/Niemann, Julia/Reinmann, Gabi/Roßnagel, Alexander, Digitale Privatsphäre, Berlin 2012
- Schertz, Christian, Bildnisse, die einem höheren Interesse der Kunst dienen – Die Ausnahmegvorschrift des § 23 I Nr. 4 KUG, GRUR 2007, S. 558–565
- Schertz, Christian/Höch, Dominik, Persönlichkeitsrechte in der digitalen Welt – Anforderungen an das Recht und die Nutzer, AnwBl 2012, S. 721–722
- Schertz, Christian, Der Schutz des Individuums in der modernen Mediengesellschaft, NJW 2013, S. 721–728

- Schiedermaier, Stephanie, *Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht*, Tübingen 2012
- Schmidt-Kessel, Martin, *Zahlungsverzug im Handelsverkehr – ein neuer Richtlinienentwurf*, JZ 1998, S. 1135–1145
- Schmidt-Kessel, Martin, *Zur Kollision von Informationspflichten aus EU-Richtlinien im Blick auf die Entwürfe zur Verbraucherrechterichtlinie*, GPR 2011, S. 79–86
- Schmidt, Jan-Hinrik, *Social Media*, 2. Aufl., Wiesbaden 2018
- Schnabel, Christoph, *Das Recht am eigenen Bild und der Datenschutz – Die richterrechtliche Dogmatik zur Einwilligung vor dem Hintergrund europarechtlicher Einflüsse des Datenschutzes*, ZUM 2008, S. 657–662
- Schneider, Adrian, *DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG*, 14.06.2018, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html>, zuletzt abgerufen am 30.09.2019
- Schönewald, Hanno, *Die rechtliche Zulässigkeit von Fanfoto-Diensten bei Sport- und Musikveranstaltungen*, ZUM 2013, S. 862–870
- Schricker, Gerhard/Loewenheim, Ulrich, *Urheberrecht*, 5. Aufl., München 2017
- Schubert, Tobias, *Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 24.05.2019 (I ZR 113/18) – Zur Zulässigkeit der Einbettung eines mit Einwilligung des Rechtsinhabers auf einer frei zugänglichen Internetseite verfügbaren Werks in die Internetseite eines Dritten im Wege des Framing als öffentliche Wiedergabe*, MMR 2019, S. 438–440
- Schwartmann, Rolf, *Heidelberger Kommentar DS-GVO/BDSG*, 1. Aufl., Heidelberg 2018
- Schwenke, Thomas, *Private Nutzung von Smartglasses im öffentlichen Raum*, Edewecht 2016
- Schwenke, Thomas, *Smartglasses im öffentlichen Raum – Zwingender Fortschritt auf Kosten der Privatsphäre?*, in: Taeger, Jürgen, *Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum*, Baden-Baden 2017, S. 17–56
- Schwenke, Thomas, *Zulässigkeit der Nutzung von Smartcams und biometrischen Daten nach der DS-GVO*, NJW 2018, S. 823–827
- Seidel, Janine/Nink, Judith, *Personensuchmaschinen – Rechtliche Fragestellungen*, CR 2009, S. 666–671
- Seiler, David, *Fotografie in der Unternehmenskommunikation von Banken unter der Datenschutz-Grundverordnung*, juris Praxiskommentar BKR 9/2018, Anm. 1
- Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmman, Indra, *Datenschutzrecht*, 1. Aufl., Baden-Baden 2019
- Soehring, Jörg Peter/Hoene, Verena, *Presserecht*, 6. Aufl., Köln 2019
- Solmecke, Christian/Kocatepe, Sibel, *Google Glass – Der Gläserne Mensch 2.0 – Die neueste technische Errungenschaft – ein Fluch oder eine Herausforderung?*, ZD 2014, S. 22–27

- Solmecke, Christian/Nowak, Fabian, Zivile Drohnen – Probleme ihrer Nutzung – Rechtliche Bewertung eines künftigen Milliardenmarkts, MMR 2014, S. 431–435
- Specht, Louisa, Videokunst als Big Data on Youtube, in: Taeger, Jürgen, Big Data & Co – Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, Edewecht 2014, S. 35–54
- Specht, Louisa/Müller-Riemenschneider, Severin, Dynamische IP-Adresse: Personenbezogene Daten für den Webseitenbetreiber? – Aktueller Stand der Diskussion um den Personenbezug, ZD 2014, S. 71–75
- Specht, Louisa, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, MMR 2017, S. 577–578
- Specht, Louisa/Mantz, Reto, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl., München 2019
- Specht, Louisa, Zum Verhältnis von (Urheber-)Recht und Technik, Erfordernis eines Dualismus von techniksensitivem Recht und rechtssensitiven technischen Durchsetzungsbefugnissen, GRUR 2019, S. 253–259
- Specht-Riemenschneider, Louisa/Jennessen, Dennis, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff, Christian/Edeler, Lukas/Hennig, Martin/Ketsch, Jakob/Raabe, Lea/Sobala, Felix, Digitalität und Privatheit, Bielefeld 2019, S. 111–128
- Spindler, Gerald, Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte im Internet – der Rahmen für Forschungsaufgaben und Reformbedarf, GRUR 2013, S. 996–1003
- Spindler, Gerald, Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung, DB 2016, S. 937–947
- Stadler, Thomas, Haftung für Informationen im Internet, 2. Aufl., Berlin 2005
- Stadler, Thomas, Schränkt die Datenschutzgrundverordnung Meinungsäußerungen im Internet ein?, 12.03.2018, abrufbar unter: <https://www.internet-law.de/2018/03/schraenkt-die-datenschutzgrundverordnung-meinungsauesserungen-im-internet-ein.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020
- Stentzel, Rainer, Der datenschutzrechtliche Präventionsstaat – Rechtsstaatliche Risiken der ordnungsrechtlichen Dogmatik des Datenschutzrechts im privaten Bereich, PinG 2016, S. 45–49
- Stiftung Datenschutz, DSGVO-Info Dossier XI: Fotografien, August 2018, abrufbar unter: https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Dossiers_Infoplattform/DSGVO-Info-Dossier_XI_Fotografien.pdf, zuletzt abgerufen am 26.01.2020
- Streinz, Rudolf, EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018
- Sundermann, Steffen, Fotografien von Menschenansammlungen nach der DSGVO, K&R 2018, S. 438–443
- Sydow, Gernot/Kring, Markus, Die Datenschutzgrundverordnung zwischen Technikneutralität und Technikbezug – Konkurrierende Leitbilder für den europäischen Rechtsrahmen, ZD 2014, S. 271–276
- Sydow, Gernot, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl., Baden-Baden 2017

- Sydow, Gernot, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl., Baden-Baden 2018
- Taeger, Jürgen, Begrüßung, in: Taeger, Jürgen, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, Baden-Baden 2017, S. 13–16
- Taeger, Jürgen, Smart Cams – Videoüberwachung 4.0?, DuD 2017, S. 129–130
- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev, DSGVO – BDSG, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2019
- Tausch, Sebastian, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, Baden-Baden 2016
- Teplitzky, Otto/Peifer, Karl-Nikolaus/Leistner, Matthias, UWG, Band 1, 2. Aufl., Berlin 2014
- Tinnefeld, Marie-Theres/Viethen, Hans-Peter, Das Recht am eigenen Bild als besondere Form des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – Grundgedanken und spezielle Fragen des Arbeitnehmerdatenschutzes, NZA 2003, S. 468–473
- Tinnefeld, Marie-Theres, Meinungsfreiheit durch Datenschutz – Voraussetzungen einer zivilen Rechtskultur, ZD 2015, S. 22–26
- Tinnefeld, Marie-Theres/Conrad, Isabell, Die selbstbestimmte Einwilligung im europäischen Recht – Voraussetzungen und Probleme, ZD 2018, S. 391–398
- Tinnefeld, Marie-Theres/Buchner, Benedikt/Petri, Thomas/Hof, Hans-Joachim, Einführung in das Datenschutzrecht, 6. Aufl., Berlin 2018
- Tripp, Volker, Digitale Gesellschaft – Datenschutzgrundverordnung: Überfällige Reform mit Abstrichen, DANA 2016, S. 73–74
- Ulrich, Bernd, Dramen und Wunder. Was bleibt von der Bilderflut des Jahres?, 30.12.2014, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2015/01/fotojournalismus-fotostricke-2014-krisen>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020
- Uschkereit, Tim/Zdanowiecki, Konrad, Rechtsrahmen für den Betrieb ziviler Drohnen, NJW 2016, S. 444–449
- Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2018
- Veil, Winfried, One continent, one data protection law?, 01.02.2016, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2016/02/01/one-continent-one-data-protection-law/>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020
- Veil, Winfried, Die Datenschutz-Grundverordnung: des Kaisers neue Kleider – Der gefährliche Irrweg des alten wie des neuen Datenschutzrechts, NVwZ 2018, S. 686–696
- Vetter, Stefan, Das Recht am eigenen Bild Minderjähriger in sozialen Netzwerken, AfP 2017, S. 127–132
- Vogel, Hans-Jochen, Zur Diskussion um die Normenflut, JZ 1979, S. 321–325
- Vogelgesang, Klaus, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Baden-Baden 1987

- Vogt, Aegidius, Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.03.2018 (13 U 70/17) – Das Weiterleiten von durch die abgebildete Person selbst angefertigten und an den Partner weitergeleiteten Nacktbilder durch einen nicht befugten Dritten begründet einen Schmerzensgeldanspruch wegen der Verletzung des Rechts am eigenen Bild, ITRB 2018, S. 205–206
- Völtz, Gregor, Öffentliche Zugänglichmachung durch Inline-Links, AfP 2013, S. 110–113
- Von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015
- Von Knobloch, Hans-Heinrich, Der Schutz der Persönlichkeit im Internet, in: Leible, Stefan, Der Schutz der Persönlichkeit im Internet, Stuttgart 2013, S. 9–16
- Von Lewinski, Kai, Europäisierung des Datenschutzrechts – Umsetzungsspielraum des deutschen Gesetzgebers und Entscheidungskompetenz des BVerfG, DuD 2012, S. 564–570
- Von Lewinski, Kai/Pohl, Dirk, Auskunfteien nach der europäischen Datenschutzreform – Brüche und Kontinuitäten der Rechtslage, ZD 2018, S. 17–23
- Von Lewinski, Kai, Immersiver Journalismus – Adressat der Regelungen für Einsatz von VR, 13.04.2018, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2018/04/13/immersiver-journalismus-adressat-der-regelungen-fuer-einsatz-von-vr/>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020
- Von Savigny, Friedrich Karl, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840
- Von Ungern-Sternberg, Joachim, Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2018, GRUR 2019, S. 1–11
- Wanckel, Endress, Foto- und Bildrecht, 5. Aufl., München 2017
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl., München 2019
- Wandtke, Artur-Axel, Persönlichkeitsschutz versus Internet – Politiker und Prominente im Fadenkreuz der Persönlichkeitsrechte, MMR 2019, S. 142–147
- Wank, Rolf, Die juristische Begriffsbildung, München 1985
- Wank, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl., München 2015
- Weichert, Thilo, Google Glasses, IT-Brillen und informationelle Selbstbestimmung, DANA 2013, S. 53–55
- Weichert, Thilo, Die Europäische Datenschutz-Grundverordnung – ein Überblick, DANA 2016, S. 48–55
- Wenzel, Karl Egbert, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl., Köln 2018
- Wieczorek, Mirko Andreas, Informationsbasiertes Persönlichkeitsrecht – Überlegungen zur Restauration des Persönlichkeitsschutzes im Internetzeitalter, DuD 2011, S. 476–481
- Wimmers, Jörg/Schulz, Carsten, Zur Verletzung des Rechts am eigenen Bild durch Verlinkung auf ein Foto im Internet, K&R 2007, S. 533–535

- Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Verhältnis der Datenschutz-Grundverordnung zum Kunsturhebergesetz, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 156/18, 16.05.2018, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/563840/bf59a00573853aabbec2c32ddd01e3cd/WD-3-156-18-pdf-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.10.2019
- Wolff, Heinrich-Amadeus/Brink, Stefan, Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 30. Edition, München 2019
- Wunderlich, Nina/Pickartz, Thomas, Hat die Richtlinie ausgedient? Zur Wahl der Handlungsform nach Art. 296 Abs. 1 AEUV, EuR 2014, S. 659–670
- Wybitul, Tim, EU-Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl., Frankfurt am Main 2017
- Wybitul, Tim/Neu, Leonie/Strauch, Martin, Schadensersatzrisiken für Unternehmen bei Datenschutzverstößen – Verteidigung gegen Schadensersatzforderungen nach Art. 82 DS-GVO, ZD 2018, S. 202–207
- Ziebarth, Lennart/Elsaß, Lennart, Neue Maßstäbe für die Rechtmäßigkeit der Nutzung von Personenbildnissen in der Unternehmenskommunikation?, ZUM 2018, S. 578–585
- Ziegenhorn, Gero/von Heckel, Katharina, Datenverarbeitung durch Private nach der europäischen Datenschutzreform – Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung auf die materielle Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten, NVwZ 2016, S. 1585–1591
- Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012
- Zschunke, Peter, Ist Privatsphäre noch zeitgemäß?, 24.03.2011, abrufbar unter: <https://www.stern.de/digital/online/post-privacy-debatte-ist-privatsphaere-noch-z-eit-gemaess-3864966.html>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020