

<b>Autor:</b>	Dr. Klaus Lodigkeit, LL.M, RA, FA für Gewerblichen Rechtsschutz, FA für IT-Recht und FA für Urheber- und Medienrecht
<b>Datum:</b>	05.10.2018
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 823 BGB, § 22 KunstUrhG, § 23 KunstUrhG, § 42 UrhG, § 1004 BGB ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	AnwZert ITR 20/2018 Anm. 3
<b>Herausgeber:</b>	Prof. Dr. Dirk Heckmann, Universität Passau Prof. Dr. Peter Bräutigam, RA und FA für IT-Recht, München
<b>Zitiervorschlag:</b>	Lodigkeit, AnwZert ITR 20/2018 Anm. 3

---

## **Verhältnis von Kunsturhebergesetz (KunstUrhG) und Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO): Unterlassungsansprüche des Betroffenen bei Veröffentlichung von Personenbildnissen**

### **A. Einleitung**

Die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) hat einen einheitlichen und umfassenden Rechtsrahmen in der EU für den Datenschutz geschaffen. Prinzipiell sollen sämtliche Ansprüche von natürlichen Personen geregelt werden, deren Persönlichkeitsrechte betroffen sind („Betroffene“). Im Bereich der Fotografie und sonstiger Personenbildnisse ist es für Rechtsanwälte – nachdem die DSGVO gemäß Art. 99 Abs. 2 DSGVO ab dem 25.05.2018 anzuwenden ist – nicht (mehr) ganz eindeutig, auf welcher Rechtsgrundlage sie nun für ihre Mandanten gegen Paparazzi und Facebook-Poster vorgehen sollen. Gerade im Hinblick auf die TÜV-Entscheidungen<sup>1</sup> sollte man sich als Anwalt aber auf die möglichst ausschließlich zutreffende Rechtsgrundlage berufen. Personenbildnisse, die veröffentlicht und somit der breiten Masse zugänglich gemacht werden, tangieren die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person. Aus diesem Grund ist es von herausragender Bedeutung, der abgebildeten Person im Falle einer nicht gewollten Veröffentlichung rechtlichen Schutz zu gewähren. Dieser Schutz kann sich unter anderem in Form eines Unterlassungsanspruchs äußern. Personenbildnisse finden ihren rechtlichen Schutz sowohl im Kunsturhebergesetz (KunstUrhG) als auch im Datenschutzrecht. Im Folgenden werden die jeweiligen Abwehransprüche des Einzelnen, also nach dem KunstUrhG, dem BDSG in der Fassung seit dem 25.05.2018 und der neuen DSGVO untersucht und verglichen.

### **B. Die Rechtslage**

#### **I. Unterlassungsansprüche**

##### **1. KunstUrhG**

Der Bereich der Personenfotografie unterfiel bis zum 25.05.2018 primär dem Kunsturhebergesetz. Dieses stand parallel neben dem BDSG-alt, genoss jedoch eine besondere Konturierung durch Rechtsprechung und Literatur.<sup>2</sup> Das Kunsturhebergesetz regelt den Umgang mit Personenbildnissen in den Erlaubnistatbeständen der §§ 22, 23 KunstUrhG. Nach § 22 KunstUrhG dürfen Personenbildnisse nur mit Einwilligung der abgebildeten Person veröffentlicht werden. Eine besondere Form wird für die Einwilligung nicht vorausgesetzt, sie kann daher entweder schriftlich, mündlich oder auch konkludent erteilt werden.<sup>3</sup> Eine stillschweigende oder konkludente Erklärung für die Einwilligung nach § 22 KunstUrhG reicht in aller Regel aus.<sup>4</sup> Ausnahmetatbestand zu § 22 KunstUrhG ist der § 23 KunstUrhG. § 23 Kunst-

UrhG normiert die Ausnahmen, nach denen ein Bild auch ohne vorher erteilte Einwilligung verbreitet werden darf, wie beispielsweise im Falle einer Person der Zeitgeschichte (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG). Die einmal erteilte Einwilligung zur Bildnisveröffentlichung ist generell nicht widerrufbar, sondern nur ausnahmsweise wegen eines „wichtigen Grundes“.<sup>5</sup> Auf Bildnisrechte (§§ 22 ff. KunstUrhG) sind die Regelungen des Rückrufsrechts gemäß § 42 UrhG hingegen nicht anwendbar.<sup>6</sup> Möchte die betroffene Person nun einen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung oder Verbreitung erwerben, kann sie ihr Recht durch die §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i.V.m. den §§ 22, 23 KunstUrhG geltend machen. Dieser Anspruch stellte bislang den wohl bedeutendsten Abwehranspruch dar. Da das KunstUrhG als spezialgesetzliche Regelung zum Bildnisschutz bislang Vorrang vor dem BDSG genoss, fand dieses regelmäßig Anwendung.

Um den Anwendungsbereich des KunstUrhG und des alten BDSG zu differenzieren, wurde das Medienprivileg gemäß § 41 Abs. 1 BDSG, § 57 Abs. 1 RStV entwickelt, welches den Bereich der Medienberichterstattung betrifft. Hiernach wird das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und den Kommunikationsfreiheiten gelöst. Das Datenschutzrecht wird hier in Bezug auf die Datenverarbeitung vom Anwendungsbereich freigestellt und die hierdurch entstandene Lücke durch das Äußerungsrecht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB und § 22 KunstUrhG durch den Schutz der Persönlichkeitsrechte gefüllt.<sup>7</sup> Das KunstUrhG genoss demnach Vorrang vor dem Datenschutzrecht und stand diesem somit *lex specialis* gegenüber.

## **2. BDSG-alt und die §§ 823 ff. BGB**

Vor dem 25.05.2018 regelte die Datenschutz-Richtlinie das Datenschutzrecht auf europäischer Ebene.<sup>8</sup> Diese wurde u.a. durch das BDSG-alt in das nationale Recht umgesetzt. Für den Bereich der Medienberichterstattung und somit der Gegenrechte der betroffenen Person bei Veröffentlichung eines Fotos, trat das BDSG hinter dem KunstUrhG zurück. Dies liegt zum einen an dem bereits erläuterten Medienprivileg und zum anderen an der Subsidiaritätsklausel des § 1 Abs. 3 BDSG.<sup>9</sup> Nichts desto trotz fielen Personenbildnisse dennoch ebenso in den Anwendungsbereich des BDSG.

Im Unterschied zum KunstUrhG verlangte das BDSG gemäß § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG die Schriftlichkeit der Einwilligung. Zudem sind datenschutzrechtlich erteilte Einwilligungen unter dem Grundsatz von Treu und Glauben frei widerruflich.<sup>10</sup> Als Abwehransprüche der betroffenen Person konnten sich hier Schadensersatzansprüche aus den §§ 7, 8 BDSG ergeben. Weiterhin kamen Ansprüche aus den §§ 823 Abs. 1, 824, 826, 831 BGB in Betracht. Neben einem Anspruch auf Schadensersatz besteht gleichzeitig das Recht auf Unterlassung oder Beseitigung des Bildes. Weiterhin wurde diskutiert, ob die Vorschriften der UWG und UKlaG Anwendung finden können und somit einen Unterlassungsanspruch bieten.

## **3. DSGVO**

Ab dem 25.05.2018 gilt die neue Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Diese gilt europaweit und überlagert den Anwendungsbereich des neuen nationalen BDSG. Problematisch erscheint jedoch nun der Anwendungsbereich über Personenbildnisse. Bei jeder Verbreitung von Aufnahmen, auf denen Personen zu erkennen sind, werden zugleich personenbezogene Daten verarbeitet. Bisher standen KunstUrhG und BDSG sich *lex specialis* entgegen mit der Konsequenz, dass das KunstUrhG Anwendungsvorrang genoss. Grundsätzlich ist dies mit der Gültigkeit der DSGVO nicht mehr der Fall. Doch wie sieht es nun seit dem Inkrafttreten der DSGVO aus?

## **4. Entscheidung des OLG Köln vom 18.06.2018 - 15 W 27/18**

Das OLG Köln entschied mit Urteil vom 18.06.2018<sup>11</sup> über den Anwendungsbereich der Gesetze bezüglich eines Fernsehbeitrages, der Sequenzen eines Personenbildnisses enthielt und löste damit ansatzweise das Problem des Spannungsverhältnisses zwischen dem KunstUrhG und der DSGVO. Diese Entscheidung sorgte unter Datenschutzrechtlern und Medienrechtlern für Aufsehen.<sup>12</sup> Strittig war, ob

der Kläger einen Unterlassungsanspruch nach den §§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 22 KunstUrhG geltend machen kann oder ob vielmehr der Anwendungsbereich der DSGVO eröffnet sei.

Im Fokus stand hierbei der Art. 85 DSGVO, der Gesetzgebern erlaubt, nationale Gesetze mit Abweichung von der DSGVO zugunsten der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken anzuwenden. Dieser Artikel enthält mithin eine Öffnungsklausel, so wie es vorher Art. 9 der Richtlinie RL 95/46/EG tat. Diese erlaubt nicht nur die Anwendung neuer, sondern auch bereits bestehender Regelungen. Im Bereich der Bildberichterstattung zu journalistischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecken bleiben die §§ 22, 23 KunstUrhG mithin vor den Regelungen der DSGVO anwendbar.<sup>13</sup> Dies mag unter anderem auch daran liegen, dass das KunstUrhG in den betreffenden Fällen teilweise spezifischer ist als die DSGVO. Werden Bildnisse also für journalistische, wissenschaftliche oder künstlerische Zwecke veröffentlicht, eröffnet Art. 85 Abs. 2 DSGVO den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum, durch den die §§ 22, 23 KunstUrhG unverändert angewandt werden können.<sup>14</sup>

Im Rahmen dieser Abwägung müssen die europäischen Grundrechte jedoch herangezogen und damit beachtet werden, dies ergibt sich aus Erwägungsgrund 153 der DSGVO.<sup>15</sup> Außerhalb der Spezifizierungsklausel des Art. 85 DSGVO findet das KunstUrhG keine Anwendung und wird mithin von der DSGVO überlagert. Die Rechtmäßigkeit der Verbreitung und Anfertigung von Bildnissen wird daher an den Erlaubnistatbeständen der DSGVO, vor allem Art. 6 Abs. 1 Buchs. f zu messen sein.<sup>16</sup> Art. 6 Abs. 1 Buchs. f DSGVO erfordert eine Interessenabwägung zwischen den berechtigten Interessen des Verarbeiters an der Abbildung („Erforderlichkeit“) und den Rechten des Betroffenen.

## **II. Rechtliche Würdigung**

### **1. Unterschiede**

Im Vergleich der Voraussetzungen, die KunstUrhG und DSGVO an die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung eines Personenbildnisses stellen, fallen gewisse Unterschiede auf. Nach der DSGVO ist eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten nur bei Vorliegen einer der in Art. 6 Abs. 1 DSGVO genannten Rechtsgrundlagen zulässig. Eine solche kann eine Einwilligung des Betroffenen darstellen. Diesbezüglich stellt die DSGVO höhere Anforderungen als das KunstUrhG. So kann eine Einwilligung nach § 22 KunstUrhG stillschweigend oder konkludent erklärt werden, während Art. 7 DSGVO i.V.m. dem Erwägungsgrund 32 grundsätzlich eine ausdrückliche oder dokumentierte Erklärung durch eine eindeutige bestätigende Handlung des Betroffenen verlangt.

Der Widerruf einer erteilten Einwilligung ist nach der DSGVO jedoch an keinerlei Voraussetzungen gebunden (Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DSGVO). Nach verschiedenen Auffassungen zu den §§ 22, 23 KunstUrhG ist eine Einwilligung zur Veröffentlichung eines Personenbildnisses nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes<sup>17</sup>, bei Änderung der inneren Einstellung zu im Zusammenhang mit der Aufnahme des Bildnisses getätigten Äußerungen<sup>18</sup> oder bei Wandlung der Persönlichkeit<sup>19</sup> widerruflich. Hier stellt das nationale Gesetz also höhere Anforderungen als die europäische Verordnung. Anders wird es sein, wenn man das KunstUrhG über Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständige Öffnungsklausel ansieht, und dann doch zum Widerruf der Einwilligung nach Art. 7 DSGVO gelangt.<sup>20</sup>

### **2. Stellungnahme**

Nach der Entscheidung des OLG Köln<sup>21</sup> kam es auch in der Literatur zu dem Konsens, nach der das KunstUrhG in journalistischen, wissenschaftlichen und künstlerischen Kontexten Anwendungsvorrang vor den Vorschriften der DSGVO genießen soll.<sup>22</sup><sup>23</sup> Unterlassungsansprüche bei widerrechtlichen Veröffentlichungen von Bildnissen in einem der genannten Zusammenhänge können also weiterhin nach den §§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 22 KunstUrhG geltend gemacht werden. Jedoch stellt sich die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten Betroffene haben, deren Bildnisse zu Zwecken der privaten Meinungsäußerung oder werblichen Nutzung widerrechtlich veröffentlicht werden. Dafür ist entscheidend, wie die Öffnungsklausel Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu lesen ist.

### **a) Wortlautauslegung**

Der Wortlaut der Vorschrift erweist sich als mehrdeutig, so dass entweder angenommen werden kann, es solle im Wege nationaler Bestimmungen ein Einklang zwischen den beiden kollidierenden Grundrechten hergestellt werden oder der Regelungsgehalt beziehe sich lediglich auf einen herzustellenden Einklang der nationalen Regelungen mit den Regelungen der DSGVO.<sup>24</sup>

### **b) Auslegung nach dem Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DSGVO**

Um dem Verständnis als eigenständige Öffnungsklausel gerecht zu werden, ist der Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu allgemein gehalten. Zudem würden danach vorgenommene Änderungen an bestehenden nationalen Vorschriften nicht der Meldepflicht gemäß Art. 85 Abs. 3 DSGVO unterfallen. Wäre in Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine lediglich spezialgesetzliche Öffnungsklausel enthalten, bestünde für den Regelungskomplex des Art. 6 Abs. 1-3 DSGVO kein Bedarf mehr. Aus diesem Grund wird in der Literatur befürwortet, dass es sich bei Art. 85 Abs. 1 DSGVO lediglich um einen Anpassungsauftrag an die nationalen Gesetzgeber handelt, die Mittel und Ausführung zur Anpassung der nationalen Regelungen an das durch die DSGVO vorgegebene Schutzniveau frei wählen können.<sup>25</sup>

Jedoch entstünden mit Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Anpassungsauftrag weitreichende Probleme, insbesondere Rechtsunsicherheit. Denn wenn § 23 KunstUrhG nur in Bezug auf die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Zwecke aufrechterhalten werden könnte, müsste bei Bildnisveröffentlichungen zu anderen Zwecken § 23 KunstUrhG an die DSGVO angepasst werden. Die Vorschrift der DSGVO, die dann greifen würde, ist Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f DSGVO, welcher im Gegensatz zu § 23 Abs. 1 KunstUrhG keinerlei Fallgruppen enthält, die einer Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit einen „roten Faden“ zugrunde legen könnten. Die Anwendung des § 23 Abs. 1 KunstUrhG würde in den Bereich der Bildnisse zu journalistischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecken und Bildnissen zu anderen Zwecken zwiegespalten werden. Die durch die Verdrängung des § 23 Abs. 1 KunstUrhG mit dem Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f DSGVO entstehende Rechtsunsicherheit wäre nicht zu rechtfertigen.

Auch vom Wortlaut her kann die in Art. 85 Abs. 1 DSGVO enthaltene Aufzählung nicht als abschließend verstanden werden<sup>26</sup> und beschränkt daher den Regelungsgehalt nicht auf Verarbeitungen zu journalistischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecken. Daher ist Art. 85 Abs. 1 DSGVO eher als eigenständige Öffnungsklausel zu sehen<sup>27</sup>. Rechtsverbindlich entscheiden kann darüber jedoch nur der EuGH.<sup>28</sup>

Für die Unterlassungsansprüche des Betroffenen würde die Interpretation des Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständige Öffnungsklausel bedeuten, dass nicht nur in journalistischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zusammenhängen eine Unterlassung nach den §§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 22 KunstUrhG geltend gemacht werden kann, sondern auch in Streitigkeiten nach Veröffentlichungen von Bildnissen zu nicht von der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO erfassten Zwecken. An der Rechtsanwendung, wie sie bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Datenschutz-Grundverordnung vorgenommen wurde, müsste sich nichts ändern. Insbesondere vor dem Hintergrund der in jahrelanger Rechtsprechung zu § 23 Abs. 1 KunstUrhG ausgearbeiteten Abwägungsmethodik wäre dies ein vertretbares Ergebnis.

### **C. Auswirkungen für die Praxis**

Die Auslegung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO wird die Gerichte bis zu einer Entscheidung durch den EuGH beschäftigen. Betroffene werden zwischenzeitlich versucht sein, erteilte Einwilligungen zur Veröffentlichung ihres Fotos zu widerrufen und sich auf Art. 7 DSGVO berufen. Ähnliche Fälle beschäftigen den Autor schon jetzt. Es herrscht Rechtsunsicherheit. Das OLG Köln hat den generellen Anwendungsvorrang der DSGVO vor dem KunstUrhG korrekt festgestellt, in spezifischen Fällen tritt sie jedoch auch zurück, da ansonsten willkürlichen Klagen und Abmahnungen Tür und Tor geöffnet wird.

## **D. Literaturempfehlungen**

Paschke/Halder, Fortgeltung der Privilegierung für Journalisten nach dem KUG, jurisPR-ITR 15/2018, Anm. 3.

## **Fußnoten**

- 1) BGH, Beschl. v. 24.03.2011 - I ZR 108/09 "TÜV I"; BGH, Urt. v. 17.08.2011 - I ZR 108/09 "TÜV II".
- 2) Paschke/Halder, jurisPR-ITR 15/2018, Anm. 3, A.
- 3) Vgl. hierzu nur LArbG Kiel, Urt. v. 23.06.2010 - 3 Sa 72/10 Rn. 25 m.w.N.
- 4) Hansen/Brechtel, GRUR-Prax 2018, 369.
- 5) Vgl. zum Streitstand des Widerrufs der Einwilligung: LG Bielefeld, Urt. v. 18.09.2007 - 6 O 360/07.
- 6) AG Berlin-Charlottenburg, Urt. v. 21.02.2002 - 204 C 574/01 - ZUM-RD 2002, 221, 222.

- 7) Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057.
- 8) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.
- 9) Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1058.
- 10) Herbst, MedR 2009, 149.
- 11) OLG Köln, Urt. v. 18.06.2018 - 15 W 27/18.
- 12) Paschke/Halder, jurisPR-ITR 15/2018, Anm. 3.
- 13) OLG Köln, Urt. v. 18.06.2018 - 15 W 27/18.
- 14) Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1062.
- 15) Paschke/Halder, jurisPR-ITR 15/2018, Anm. 3, A.
- 16) Paschke/Halder, jurisPR-ITR 15/2018, Anm. 3, D.
- 17) OLG München, Urt. v. 17.03.1989 - 21 U 4729/88 - AfP 1989, 570, 571.
- 18) Frömming/Peters, NJW 1996, 958.
- 19) OLG Frankfurt, Urt. v. 24.02.2011 - 16 U 172/10 - ZUM-RD 2011, 408.
- 20) Paschke, NJW 2017, 1057, 1057 ff.
- 21) OLG Köln, Urt. v. 18.06.2018 - 15 W 27/18.
- 22) Heckmann in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, 5. Aufl. 2017, Kap. 9, 1. Überarbeitung, Rn. 642.
- 23) Paschke, NJW 2017, 1057.
- 24) Paschke, NJW 2017, 1057, 1061.
- 25) Benecke/Wagner, DVBl 2016, 600, 602 f.; Paal/Pauly, DSGVO, Art. 85 Rn. 4.
- 26) Sydow, DSGVO, Art. 85.
- 27) Paschke, NJW 2017, 1057, 1062.
- 28) So auch Paschke/Halder, jurisPR-ITR 15/2018, Anm. 3.