

## Rechtliche Bewertung von Personenfotos oder: Wann ist die Aufnahme eines Fotos eines Menschen rechtmäßig?

Rechtsanwalt Alexander Grundmann, LL.M., Leipzig, Georg Manthey



© Fotolia – Monkey Business

Für Fotografien von Menschen war das Kunsturheberrechtsgesetz (KUG) bislang ein bewährtes Gesetz. Zusammen mit der zum KUG ergangenen Rechtsprechung stand damit ein klares System der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Personen-Fotos zur Verfügung.

Mit In-Kraft-Treten der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO oder DSGVO) 2018 ist dieses System in Frage gestellt.

Das Folgende ist, mit einem Jahr Abstand zum In-Kraft-Treten, ein zweiter Versuch, die unübersichtliche Rechtslage zu verstehen und zu systematisieren.

Das unten stehende Prüfschema wird sich zwangsläufig noch ändern, insbesondere wenn die Rechtsprechung durch neue Fälle gezwungen wird, das Verhältnis von KUG und DSGVO zu beleuchten. Wegen der noch überwiegend unklaren Rechtslage ist unten Stehendes nicht verbindlich, insbesondere ersetzt das keine Rechtsberatung.

Zuerst – abweichen vom Üblichen – die verarbeitete Literatur vorab, damit für Leser schnell erfassbar, ob er schon was Neues hat.

Der erste Teil des Textes ist eine Hinführung zum Prüfschema: „Wann ist Personenfotografie rechtmäßig?“ im zweiten Teil.

Punkte, über die wir noch nicht vertieft nachgedacht haben, sind grau unterlegt.

## **A. Quellen**

### **I. Rechtsprechung**

BVerfG, Beschl. v. 29.05.1974, Az.: BvL 52/71 – Solange I

EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64 - Costa / E.N.E.L.

EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Az.: C-101/01 - Lindquist, Rn. 47 (zitiert als EuGH v. 6.11.2003, C-101/01)

EuGH, Urt. v. 16.12.2008, C-73/07 - Tietosuojavaltuutettu / Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy (=MMR 2009, 175) (zitiert als EuGH v. 16.12.2008, C-73/07)

EuGH, Urteil v. 14.02.2019, C-345/17 (zitiert als EuGH v. 14.02.19, C-345/17)

LG Frankfurt/Main, Urt. v. 21.12.2017, Az.: 2-03 O 130/17 (=ZD 2018, 271) (zitiert als LG Frankfurt/Main v. 21.12.2017, 2-03 O 130/17)

OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018, Az.: 15 W 27/18 (zitiert als OLG Köln v. 18.06.2018, 15 W 27/18)

### **II. Literatur**

*BeckOK Datenschutzrecht*, 24. Edition, Stand: 1.2.2018 (zitiert als BeckOK)

*Bundesministerium des Innern*: „Unter welchen Voraussetzungen ist das Anfertigen und Verbreiten personenbezogener Fotografien künftig zulässig?“, unter <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/DE/themen/it-digitalpolitik/datenschutz/datenschutzgrundvo-liste.html>, zuletzt abgerufen am 07.05.2019 (zitiert als *BMI*)

*Castendyk (Hg.)*: Fotorecht. Recht der Aufnahme, Gestaltung und Verwertung von Bildern, 2. neu bearb. Aufl., Berlin 2012 (zitiert als *Castendyk*)

*Engeler*: Art. 85 DSGVO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, <https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html> zuletzt abgerufen am 07.05.2019 (zitiert als *Engeler*)

*Faulhaber/Scheurer*: "Pics or it didn't happen"?! Die Fotodokumentation betrieblicher Veranstaltungen aus datenschutzrechtlicher Perspektive, JM 1, Januar 2019, 2 ff. (zitiert als *Faulhaber/Scheurer*)

*Hamburgischer Datenschutzbeauftragter*: Vermerk über die „rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DS-GVO außerhalb des Journalismus“, unter: <https://www.filmverband-suedwest.de/wp->

content/uploads/2018/05/Vermerk\_DSGVO.pdf, zuletzt abgerufen am 07.05.2019 (zitiert als *Hamburgischer Datenschutzbeauftragter*)

*Hansen/Brechtel*: KUG vs. DS-GVO. Kann das KUG anwendbar bleiben? GRUR-Prax 2018, 369 (zitiert als *Hansen/Brechtel*)

*Härting*: Beispiel Veranstaltungsfotos: Warum es nach der DSGVO oft sinnvoll ist, auf Einwilligungen zu verzichten, <https://www.cr-online.de/blog/2018/05/12/beispiel-veranstaltungsfotos-warum-es-nach-der-dsgvo-oft-sinnvoll-ist-auf-einwilligungen-zu-verzichten/>, zuletzt abgerufen am 07.05.2019 (zitiert als *Härting*, Beispiel Veranstaltungsfotos)

*Härting*: Internetrecht, 6. Aufl. 2017 (zitiert als *Härting*, Internetrecht)

*Hildebrand*: Künstlerische Straßenfotografie ohne Einwilligung der abgebildeten Person, ZUM 2018, 585 (zitiert als *Hildebrand*)

*Kahl/Piltz*: 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, 289 (zitiert als *Kahl/Piltz*)

*Kleemann/Kader*: EU-Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz  
Praktische Umsetzung des neuen Datenschutzrechts in kleinen und mittelständischen Steuerberatungskanzleien, DStR 2018, 1091 (zitiert als *Kleemann/Kader*)

*Krüger/Wiencke*: Bitte recht freundlich. Verhältnis zwischen KUG und DS-GVO. Herstellung und Veröffentlichung von Personenbildnissen nach Inkrafttreten der DS-GVO, MMR 2019, 76 (zitiert als *Krüger/Wiencke*)

*Lauber-Rönsberg/Hartlaub*: Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht, NJW 2017, 1057 (zitiert als *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*)

*Mönikes*: Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), <https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html>, zuletzt abgerufen am 07.05.2019 (zitiert als *Mönikes*)

*Niedersächsischer Datenschutzbeauftragter*: Stellungnahme zur „Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotos nach dem 25. Mai 2018, unter: [http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung\\_und\\_veroeffentlichung\\_von\\_personenfotos/nach-dem-25-mai-2018](http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung_und_veroeffentlichung_von_personenfotos/nach-dem-25-mai-2018)

personenfotos-nach-dem-25-mai-2018-166008.html, zuletzt abgerufen am 07.05.2019 (zitiert als *Niedersächsischer Datenschutzbeauftragter*)

*Plath (Hg.): DSGVO/BDSG. Kommentar, 3. Aufl. 2018 (zitiert als Plath)*

*Rieck: DSGVO. 7 Tipps für Fotografen, <https://www.ipcl-rieck.com/allgemein/wissen-zur-dsgvo-7-tipps-fuer-fotografen.html>, zuletzt abgerufen am 07.05.2019 (zitiert als Rieck)*

*Tinnefeld/Conrad: Die selbstbestimmte Einwilligung im europäischen Recht. Voraussetzungen und Probleme. ZD 2018, 391 (zitiert als Tinnefeld/Conrad)*

*Wanckel: Foto- und Bildrecht, 4. Aufl., München 2012 (zitiert als Wanckel)*

*Ziebarth/Elsaß: Neue Maßstäbe für die Rechtmäßigkeit der Nutzung von Personenbildnissen in der Unternehmenskommunikation? ZUM 2018, 578 (zitiert als Ziebarth/Elsaß)*

## **1. TEIL: EINLEITUNG UND HINFÜHRUNG ZUM PRÜFSHEMA**

### **A. Rechtliche Relevanz von Personenfotos**

- Personenfoto berührt Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Recht am eigenen Bild, informationelle Selbstbestimmung
- Personenfoto ist grundsätzlich verboten, bedarf immer einer Rechtfertigung (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)
- Wann Personenfotos rechtmäßig sind, entscheidet sich nach rechtlichem Maßstab?

### **B. Rechtlicher Bewertungsmaßstab**

#### **I. Welche rechtlichen Maßstäbe kommen in Betracht?**

##### **1. Kunsturheberrechtsgesetz (KUG)**

- das KUG bezieht sich auf **Bildnisse**
  - o Bildnisse sind Darstellungen von Personen in einer für Dritte erkennbaren Weise
  - o die Erkennbarkeit kann aus dem Bild selbst oder aus den begleitenden Umständen folgen
- das KUG regelt die Herstellung und die Verbreitung bzw. Veröffentlichung von Fotos
- nach dem Wortlaut schränkt das KUG nur die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung ein
- das **Anfertigen** ist nach dem Wortlaut nicht erfasst, die §§ 22, 23 KUG können auch nicht analog angewendet werden (*Castendyk*, Rn. 467; *Ziebarth/Elsaß*, 579)
  - o für das Anfertigen von Fotos gelten dennoch die Maßstäbe des KUGs, d. h. schon das Anfertigen von Fotos bedarf einer Rechtfertigung

- durch das Anfertigen kann das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen verletzt sein
- das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist gem. § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG geschützt
- im Rahmen der Prüfung, ob das Anfertigen verboten ist, wendet die Rechtsprechung die Maßstäbe des KUG an, um das Allgemeine Persönlichkeitsrecht mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit abzuwägen (vgl. *Castendyk*, Rn. 470; *Ziebarth/Elsaß*, 579)

## 2. Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)

- DSGVO dient Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten
- **personenbezogene Daten** sind alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen Art. 4 Nr. 1 DSGVO
- auch die abstrakte Möglichkeit, eine Person in einer Menschenmenge oder durch Metadaten zu identifizieren, reicht nach der DSGVO aus
  - ist Person auf dem Bild erkennbar, kann sie schon identifizierbar sein
  - bei digitaler Fotografie werden weitere Daten gespeichert, die Person identifizierbar machen
    - EXIF-Daten (EXIF = Exchangeable Image File und ist Standard für die Aufnahmeinformationen bei digitalen Fotos, die personenbezogen bzw. personenbeziehbar sein können; bspw. Datum, Zeit, ggf. GPS-Daten und Höhe über dem Meeresspiegel)

Gilt DSGVO bei reiner Analog-Fotografie, Aufnahmen von Verstorbenen? (vgl. *Rieck*)

- **Verarbeitung** ist u. a. Erheben, Speicherung, Abfragen, Verwendung, Verbreitung, Bereitstellung, Art. 4 Nr. 2 DSGVO
  - Bsp: Speicherung auf Film oder Datenträger, Weiterleiten per Mail, Einstellen auf Website

**Ergebnis:** Personenfotografie fällt in den Regelungsbereich der DSGVO

## 3. Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) neuer Fassung

Das BDSG enthält Sonderregelungen v. a. für den Bereich Arbeitsrecht (*Faulhaber/Scheurer*)

### II. Verhältnis der anzuwendenden Rechtsnormen: DSGVO vs. KUG

#### 1. Anwendungsvorrang der DSGVO

- Grundsatz: DSGVO hat Anwendungsvorrang vor nationalem Recht, also auch vor KUG
- **Anwendungsvorrang:** Normen des Unionsrechts gehen in ihrer Anwendung dem nationalen Recht vor, die nationalen Rechtsnormen gelten zwar weiter, werden aber unanwendbar

- BVerfG: Anwendungsvorrang folgt aus Art. 23 Abs. 1 GG: "1Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. 2Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen." Diese Regelung habe zur Folge, dass der „Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich des Grundgesetzes zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendung eines Rechts aus anderer Rechtsquelle innerhalb des staatlichen Herrschaftsbereichs Raum gelassen wird“ (BVerfG, Beschl. v. 29.05.1974, Az.: BvL 52/71 – Solange I (= BVerfGE 37, 271, 280))
- EuGH: Anwendungsvorrang ergibt sich aus Art. 4 Abs. 3 UA 3 EUV: " Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten". "Durch die Gründung einer Gemeinschaft [...], die [...] mit echten [...] Hoheitsrechten ausgestattet ist, haben die Mitgliedstaaten, wenn auch auf einem begrenzten Gebiet, ihre Souveränitätsrechte beschränkt und einen Rechtskörper geschaffen, der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich ist. Diese Aufnahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in das Recht der Mitgliedstaaten [...] haben zur Folge, dass es den Staaten unmöglich ist, gegen eine von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene Rechtsordnung nachträglich einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen. Solche Maßnahmen stehen der Anwendbarkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung daher nicht entgegen" (EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64 - Costa / E.N.E.L.)
- Wirkung: Unionsrecht, egal ob Charta der Grundrechte der Europäischen Union oder eine Verordnung, verdrängen das nationale Recht, gleich ob nationales Verfassungsrecht oder das KUG

## 2. Durchbrechung des Anwendungsvorrangs durch Öffnungsklauseln

- aber: mit sog. Öffnungsklauseln lässt DSGVO Gestaltungsspielraum für nationalen Gesetzgeber
- auch für KUG
- **Öffnungsklausel 1:** Art. 85 Abs. 2 DSGVO: " Für die Verarbeitung, die zu journalistischen Zwecken oder zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, sehen die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen von Kapitel II [-] Kapitel VII [...] und Kapitel IX [...] vor, wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen."
  - KUG gilt und nicht die DSGVO, wenn bestimmte Zwecke verfolgt werden, **nämlich journalistische, wissenschaftliche, oder künstlerische** (OLG Köln v. 18.06.2018, 15 W 27/18; vgl. zuletzt *Krüger/Wiencke*, 77; vgl. EuGH v. 14.02.19, C-345/17)

- **Öffnungsklausel 2:** Art. 85 Abs. 1 DSGVO: "Die Mitgliedstaaten bringen durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang."

### Meinungsstreit

- es ist strittig, ob und inwieweit diese Öffnungsklausel die Anwendung des KUG eröffnet (vgl. *Hansen/Brechtel*, 369 f.)
- (1) **1. Ansicht:** Art. 85 Abs. 1 DSGVO gibt der BRD nicht die Möglichkeit, von dem Schutz-Niveau der DSGVO abzuweichen
- Unteransicht 1: Die Norm verpflichte die BRD als Mitgliedstaat, das KUG an das Schutz-Niveau der DSGVO anzupassen oder für unanwendbar zu erklären
  - Unteransicht 2: es bleibe beim Anwendungsvorrang der DSGVO, die Mitgliedsstaaten müssten ihre Normen nicht anpassen, sollten aber Ausführung und Mittel zur Umsetzung bestimmen, hinsichtlich der Schutzbestimmungen sind sie nicht ermächtigt, Änderungen zu erlassen
  - so der Hamburgische und Niedersächsische Datenschutzbeauftragte (s. Literaturverzeichnis)
  - beiden Ansichten liegt zugrunde, dass das Schutz-Niveau der DSGVO alleiniger Maßstab sei, eine Abweichung davon nicht möglich ist
  - **dafür** spricht, dass Art. 85 Abs. 2 DSGVO als Bereichsausnahme überflüssig ist, wenn gem. Art. 85 Abs. 1 DSGVO die Mitgliedstaaten schon gestaltende Anpassungen vornehmen sollten - warum bedarf es einer speziellen Regelung für journalistische, wissenschaftliche und künstlerische Zwecke gem. Abs. 2, wenn diese schon in Abs. 1 genannt sind?
  - **dagegen spricht:**
    - o wenn man dem folgt, wäre Art. 85 Abs. 1 DSGVO überflüssig, denn die vorrangige Anwendung der DSGVO geht schon aus Art. 288 Abs. 2 AEUV hervor;
    - o wenn immer das Schutz-Niveau der DSGVO gelte, hätte das Recht auf informationelle Selbstbestimmung grundsätzlich Vorrang vor den Kommunikationsfreiheiten, was vom Verordnungsgeber nicht gewollt war (dazu: *Ziebarth/Elsaß*, 582)
- (2) **2. Ansicht:** das KUG gilt neben der DSGVO unverändert weiter
- die Mitgliedstaaten haben nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine uneingeschränkte Abweichungsbefugnis bei der Abwägung von informationeller Selbstbestimmung, Meinungsfreiheit und Informationsfreiheit; Wertung des KUG gelten auch bei der Abwägung im Rahmen der DSGVO (insbesondere bei Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO) (so die Bundesdatenschutzbeauftragte laut Presseberichten (<https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/eu-datenschutzgrundverordnung-ende-der-fotografie-oder-blosse-panikmache>)),
  - das KUG ergänze damit die DSGVO und füge sich in die Systematik ein (*BMI*)

### 3. Fazit

- welche Anforderungen berücksichtigt werden müssen, ob die DSGVO oder das KUG gilt, richtet sich nach den Zwecken, die mit den Fotos verfolgt werden
- es ist jedoch in einigen Bereichen (noch) nicht hinreichend geklärt, wann die DSGVO und wann das KUG gilt
- der sicherste Weg ist die Einhaltung der jeweils strengeren Regeln
- das ist in der Regel die DSGVO
- eine Ausnahme besteht, wenn mit den Fotos rein private Zwecke verfolgt werden, dann stellt das KUG strengere Anforderungen

## 2. TEIL: PRÜFSHEMA: WANN IST PERSONENFOTOGRAFIE RECHTMÄßIG?

- Wann eine Personenfotografie rechtmäßig ist, bestimmt sich wie bereits gezeigt nach dem Zweck, zu dem sie aufgenommen bzw. veröffentlicht wird.
- die Einordnung ist in der Praxis schwierig, wenn Fotografen in mehreren Sparten tätig sind

### A. Journalistische, wissenschaftliche oder künstlerische Zwecke

#### I. Definition

##### 1. journalistische Zwecke

- "Um der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen, müssen Begriffe wie Journalismus, die sich auf diese Freiheit beziehen, weit ausgelegt werden." (EG 157 DSGVO; vgl. auch EuGH v. 16.12.2008, C-73/07, Rn. 56; vgl. *Tinnefeld/Conrad*, 397)
- erfasst sind nicht nur Medienunternehmen, sondern auch jeder, der journalistisch tätig ist (EuGH v. 16.12.2008, C-73/07, Rn. 58)
- journalistische Zwecke werden verfolgt, wenn mit den Tätigkeiten Informationen, Meinungen oder Ideen in der Öffentlichkeit zu verbreiten (EuGH v. 16.12.2008, C-73/07, Rn. 61)
- eine Gewinnerzielungsabsicht schließt nicht aus, dass es sich um journalistische Zwecke handelt (EuGH v. 16.12.2008, C-73/07, Rn. 59)

weiter zur Definition mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung auch *Härting*: Internetrecht, Rn. 208 ff.

- **Beispiele:** Fotografen, die für Medienunternehmen fotografieren, frei schaffenden Fotojournalisten, die Fotos in Zeitungen oder anderen Medien veröffentlichen (aus *Tinnefeld/Conrad*, 397)

##### 2. wissenschaftliche und künstlerische Zwecke

- "wissenschaftliche oder künstlerische Zwecke" ist auch weit zu verstehen, dafür spricht,
  - o dass auch hinter ihnen bedeutsame Grundrechte stehen (Art. 13 GrCH), die mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Ausklang zu bringen sind (vgl. Grages in *Plath*, Art. 85 DSGVO, Rn. 4)
  - o dass im Kommissionentwurf noch stand, die Datenverarbeitung müsste "allein" zu journalistischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen



Zwecken erfolgen, das "allein" aber im finalen Entwurf gestrichen wurde (vgl. Grages in *Plath*, Art. 85 DSGVO, Rn. 5)

- **Beispiele:** Landschaftsfotografen oder Streetfotografen, die sich künstlerisch betätigen (aus *Tinnefeld/Conrad*, 397)

## II. Maßstab: KUG

- KUG findet Anwendung, Art. 85 Abs. 2 DSGVO
- zu 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG (*Faulhaber/Scheurer*)

## III. Bildnis

- schützt Bildnisse, also Darstellungen von Personen in einer für Dritte erkennbaren Weise
  - o Erkennbarkeit kann aus Bild selbst folgen, oder aus den begleitenden Umständen
- die Verbreitung und zur Schau Stellung ist grundsätzlich verboten
- sie ist erlaubt, wenn eine Einwilligung vorliegt oder sie aus anderen Gründen gerechtfertigt ist

## IV. Rechtfertigung

### 1. Einwilligung

- grundsätzlich sieht das KUG eine Einwilligung vor, § 22 KUG

#### 1.1. Einwilligungserklärung

- Einwilligung ist formlos möglich
- zweckmäßiger ist Schriftform, da der Fotograf darlegungs- und beweisbelastet ist
- eine ausdrückliche Erklärung der Einwilligung ist nicht nötig, sie kann sich aus den Umständen ergeben
- **Beispiel:** eine Hostess lässt sich mit einem Produkt fotografieren

#### 1.2. Widerruf

- der Widerruf der Einwilligung ist nicht ohne Weiteres möglich
- frei widerruflich ist die Einwilligung nur, bis die Einwilligung dem Empfänger zugegangen ist, § 130 BGB
- danach ist ein Widerruf nur ausnahmsweise bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich (in Anlehnung an das Rückrufsrecht bei gewandelter Überzeugung, § 42 UrhG)
  
- das steht im Widerspruch zur Regelung der DSGVO, die grundsätzlich frei widerruflich ist
- beim Verfolgen journalistischer, wissenschaftlicher oder künstlerischer Zwecke ist eine Einwilligung nicht frei widerruflich

### 2. ohne Einwilligung

#### 2.1. Ausnahme gem. § 23 Abs. 1 KUG

- das Verbreiten oder zur Schau stellen von Fotografien ist ohne Einwilligung möglich, wenn eine Ausnahme gem. § 23 Abs. 1 KUG vorliegt
  - o Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte
    - Vorgänge von historisch-politischer Bedeutung, spektakuläre Ereignisse, ungewöhnliche Vorkommnisse
    - alle Fragen von allgemeinem gesellschaftlichen Interesse
    - auch bei Informationsgehalt von Werbung
    - auch Veranstaltungen von (nur) regionaler Bedeutung
  - o Bilder, auf denen die Person als Beiwerk erscheint
    - Person derart untergeordnet, dass sie auch entfallen könnte, ohne den Gegenstand und Charakter des Bildes zu verändern
  - o Bilder von Versammlungen, Aufzügen oder ähnlichen Veranstaltungen
  - o Bildnisse im Interesse der Kunst

## 2.2. keine Verletzung berechtigter Interessen § 23 Abs. 2 KUG

- kein berechtigtes Interesse des Abgebildeten verletzt, § 23 Abs. 2 KUG
  - o berechnigte Interessen:
    - Eindringen in die geschützte Privatsphäre (vgl. § 201a StGB)
    - Aufnahmen aus der Intimsphäre
    - Herabwürdigung, Anprangerung, sonstige Verächtlichmachung

## B. Rein private Zwecke

### I. Definition: ausschließlich private Zwecke

- DSGVO gilt nicht bei ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecke , nimmt Datenverarbeitung zu persönlichen oder familiären Zwecken aus
- "Diese Verordnung findet keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten.", Art. 2 Abs. 2 c) DSGVO
- Anforderungen der DSGVO gelten gem. Art. 2 Abs. 2 c) DSGVO nicht, wenn
  - o Personenfotografie durch natürliche Person angefertigt / veröffentlicht, und
  - o zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten
    - der Zweck Herstellung bzw. Verarbeitung und Veröffentlichung der Fotos muss ausschließlich persönlicher oder familiärer Natur sein; werden auch andere Zwecke verfolgt, gilt die Bereichsausnahme nicht (Plath in *Plath*, Art. 2 DSGVO, Rn. 27)
- wenn die Daten einem unbestimmten, unbegrenztem Personenkreis zur Verfügung stehen, handelt es sich nicht mehr um private oder familiäre Tätigkeiten (*Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, 1060; Plath in *ders.*, Art. 2 DSGVO, Rn. 23; EuGH v. 6.11.2003, C-101/01, Rn. 47, *Engeler*)
- **Beispiele:**
  - o sog. "Haushaltsaufnahme", Fotos, die den rein familiären oder privaten Bereich nicht verlassen
  - o Urlaubsfotos (Plath in *ders.*, Art. 2 DSGVO, Rn. 22)

Seite 10 von 20

- Grenzfall Internet
  - laut DSGVO können private und familiäre Tätigkeiten auch online und insbesondere bei der Nutzung sozialer Netze ausgeübt werden
    - "Als persönliche oder familiäre [Tätigkeit kann auch] die Nutzung sozialer Netze und Online-Tätigkeiten im Rahmen solcher Tätigkeiten gelten." (EG 18 DSGVO)

### Meinungsstreit

- zur Frage, welche Tätigkeiten im Internet als private und familiäre Tätigkeiten gelten, gibt es unterschiedliche Einschätzungen
- (1) **1. Ansicht:** auch wenn die Fotos einer Mehrzahl an Nutzern der sozialen Netzwerke oder Online-Angebote zugänglich sind, führe das nicht automatisch zur Anwendung der DSGVO (Plath in *ders.*, Art. 2 DSGVO, Rn. 23)
- (2) **2. Ansicht:** der Kreis der Empfänger müsse auf das persönliche oder familiäre Umfeld begrenzt sein (*Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, 1060)
- **Beispiele:** Chats; Fotos, die nur einem bestimmten Personenkreis zugänglich sind, bspw. nur den Facebook-Freunden
- (3) **3. Ansicht:** sobald die Fotos im Internet stehen, sind sie nicht mehr rein privat oder familiär (*Rieck*)
- Kritik: die 3. Ansicht steht im Widerspruch zum Wortlaut der DSGVO

**Fazit:** wenn Daten im Internet veröffentlicht und die Daten damit einer unbegrenzten Anzahl von Personen zugänglich gemacht werden, gilt die DSGVO

- die Betreiber von sozialen Netze und anderen Online-Angebote sowie Anbieter von Datenspeicherdiensten (Host-Provider) sind in jedem Fall an die DSGVO gebunden
  - "Diese Verordnung gilt jedoch für die Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, die die Instrumente für die Verarbeitung personenbezogener Daten für solche persönlichen oder familiären Tätigkeiten bereitstellen." (EG 18 DSGVO)

## II. Maßstab: KUG bei rein privaten Zwecken?

### Meinungsstreit

- gilt das KUG bei rein privaten Zwecken?
- (1) **1. Ansicht:** ja, "Verbreiten" und "zur Schau stellen" sind weit auszulegen; das Verbreiten muss nicht öffentlich geschehen, die Weitergabe von Fotos im privaten Bereich reiche aus (*Wanckel*, Rn. 118)
- dafür spricht sich auch Castendyk aus, nach dem der Betroffene darüber befinden darf, ob, wann und wie er sich gegenüber Dritten oder der Öffentlichkeit im Bild darstellen will (*Castendyk*, Rn. 474)
- (2) **2. Ansicht:** nein (*Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, 1060, aber ohne Begründung)

**Fazit:** es ist nicht ausgeschlossen, dass die Verbreitung von Personenfotografien im privaten Bereich am KUG zu messen ist

### III. **Rechtfertigung**

- in der Regel wird eine konkludente Einwilligung vorliegen

### C. **andere Zwecke**

- **Beispiele** für andere Zwecke: Werbung, Dokumentation, Arbeit, Bewerbungen

### I. **Maßstab: DSGVO**

- Anfertigen / Veröffentlichen von Personenfotografie ist grundsätzlich rechtswidrig, Art. 6 Abs. 1 DSGVO
- nur unter bestimmten Umständen ist Personenfotografie erlaubt
- 2 Möglichkeiten: Einwilligung oder berechtigtes Interesse, welches das der abgebildeten Person überwiegt

### II. **Rechtfertigung**

- DSGVO zählt Rechtfertigungsgründe auf
- in Betracht kommt die Rechtfertigung aufgrund einer Einwilligung oder aufgrund von berechtigten Interessen

#### 1. **Einwilligung Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO**

- Gesetzestext: Das Anfertigen / Veröffentlichen von Bildern ist rechtmäßig, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat, Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO.

#### 1.1. **Einwilligungserklärung**

- Erklärung, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden Daten zu einem oder mehreren bestimmten Zwecken einverstanden ist, Art. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 a) DSGVO
- allgemein kann die Einwilligung ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erklärt werden
- in die Verarbeitung besonders sensibler Daten kann nicht durch schlüssiges Verhalten eingewilligt werden

#### a. **ausdrückliche Einwilligungserklärung**

- Schriftform ist von DSGVO nicht gefordert
- **Beispiel:** die Einwilligung kann mit in einem Vertrag geregelt werden (Fotomodellvertrag)

#### b. **Einwilligung durch eine eindeutige, bestätigende Handlung**

- aus Handlung muss hervorgehen, dass die Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist
- Beispiel
- Einwilligung ist eine für den bestimmten Fall informiert abgegebene Erklärung

- genügt nicht für die Verarbeitung **besonderer Kategorien personenbezogener Daten**, Art. 9 Abs. 2 a DSGVO
  - o besondere Kategorien personenbezogener Daten sind Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung, Art. 9 Abs. 1 DSGVO
  - o die Verarbeitung dieser Daten ist nur bei **ausdrücklicher** Einwilligung, Art. 9 Abs. 2 a DSGVO
    - es ist umstritten, ob "ausdrücklich" nur meint, dass eine konkludente Einwilligung ausgeschlossen ist; oder, dass sich die Einwilligung auf die spezifischen Daten im konkreten Einzelfall beziehen muss (dazu *Tinnefeld/Conrad*, 395)

## 1.2. Einwilligung durch einwilligungsfähige Person

- DSGVO macht Vorgaben für Minderjährige
- diese beziehen sich auf Dienste der Informationsgesellschaft (jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung)
- auch die Verbreitung von Personenfotos können im Rahmen von Diensten der Informationsgesellschaft erbracht werden
- die Einwilligungsfähigkeit muss gegeben sein
  - o Anhaltspunkte: Regeln des BGB, 36 Abs. 1 S. 1 SGB I (dazu *Tinnefeld/Conrad*, 393)
- sicherster Weg:
  - o bei Personen, die noch nicht 13 Jahre alt sind (Art. 8 Abs. 1 UA 2 DSGVO) ist nötig:
    - Einwilligung durch die Eltern oder
    - Einwilligung des Kindes mit Zustimmung der Eltern
  - o bei Personen, die zwischen 13 und 16 Jahren alt sind
    - für diese gelten die gleichen Anforderungen
    - aber die Mitgliedstaaten können abweichende Regelungen treffen
  - o bei Präventions- oder Beratungsdiensten, die sich direkt an Kinder oder Jugendliche richten, bedarf es keiner Einwilligung oder Zustimmung der Eltern (EG 38 DSGVO)
  - o Verantwortliche soll sich vergewissern, dass in den Fällen die Einwilligung oder Zustimmung der Eltern vorliegt, Art. 8 Abs. 2 DSGVO
- Folgeprobleme (dazu *Tinnefeld/Conrad*, 393)
  - o Ist der Widerruf der Einwilligung durch Minderjährigen (ohne Mitwirkung der Eltern) möglich? Ist der Widerruf (nur) durch die Eltern möglich? Wem gegenüber müssen weitere Informationen erfolgen?
  - o Ausübung der Betroffenenrechte durch Minderjährigen (ohne Mitwirkung der Eltern) möglich? Ist die Ausübung der Rechte (nur)

durch die Eltern möglich? Wem gegenüber müssen weitere Informationen erfolgen?

### 1.3. informierte Einwilligung, Art. 4 Nr. 11 DSGVO

- Einwilligung ist eine für den bestimmten Fall informiert abgegebene Erklärung
- die betroffene Person soll wissen, in was sie einwilligt
- die betroffene Person muss in der Lage sein, Hintergrund und Tragweite ihrer Erklärung zu erkennen, sich von der Bedeutung der Einwilligung ein Bild zu machen, um diese ggf. verweigern zu können (*Tinnefeld/Conrad*, 394)

#### a. Mindestinformationen bei einer Einwilligung

- betroffene Person muss mindestens wissen, wer der Verantwortliche ist und für welchen Zweck ihre personenbezogenen Daten verwendet werden, EG 42 DSGVO, sowie die Möglichkeit eines Widerrufs, Art. 7 Abs. 3 DSGVO
- **Verantwortlicher** ist die natürliche oder juristische Person, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet, Art. 4 Nr. 7 DSGVO
  - o **Beispiele:** Fotograf, Presseverlag, Fotoagentur
  - o notwendige Information: Name und Kontaktdaten, vgl. die Regelung Art. 13 Abs. 1 a) DSGVO, die das gleiche Ziel verfolgt
- **welche personenbezogene Daten** erhoben werden, insbesondere bei besonderen Kategorien personenbezogener Daten,
- **Zweck der Datenverarbeitung**
  - o wer sind die Adressaten
  - o **Beispiel:** Werbung (zu Werbeeinwilligung im nationalen und europäischen Recht unter Berücksichtigung des UWG in: *Tinnefeld/Conrad*, 394)
- **Widerrufsrecht Art. 7 Abs. 3 DSGVO**
  - o Information darüber, dass Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann, und die vor dem Widerruf erfolgte Verarbeitung durch den Widerruf nicht berührt wird
- ob auch über die **Gültigkeitsdauer** der Einwilligung informiert werden muss, ist umstritten (dazu: *Tinnefeld/Conrad*, 395)
  - o die Angabe zur Gültigkeitsdauer ist nicht ausdrücklich gefordert
  - o sie ist aber aus Transparenzgründen zu empfehlen

#### b. Informationspflichten gemäß Art. 12 ff DSGVO

- die folgenden Informationen sind nach der DSGVO verpflichtend der betroffenen Person mitzuteilen

#### Problem

- das Verhältnis zu den Mindestinformationen bei Einwilligungen ist nicht ganz klar
- laut EG 42 DSGVO sind die dort aufgeführten Informationen "mindestens" anzugeben; sind diese Informationen dann auch ausreichend?

- dagegen spricht, dass in Art. 13, 14 DSGVO Informationspflichten formuliert sind
- sicherster Weg: zusätzlich die Informationen gem. Art. 13, 14 DSGVO angeben
  
- folgende Informationen sollten über die schon genannten Informationen hinaus mitgeteilt werden:
  - o ggf. Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten, Art. 13 Abs. 1 b) DSGVO
  - o Rechtsgrundlage für die Verarbeitung, Art. 13 Abs. 1 c) DSGVO
    - also entweder Einwilligung oder
    - ggf. die berechtigten Interessen, Art. 13 Abs. 1 d) DSGVO
  - o ggf. die Empfänger der personenbezogenen Daten, Art. 13 Abs. 1 e) DSGVO
  - o ggf. die Absicht, die Daten an ein Drittland zu übermitteln, Art. 13 Abs. 1 f) DSGVO
  
- folgende weitere Informationen sind zur Verfügung zu stellen; diese Informationen sind auch anzugeben, wenn der Verantwortliche die Daten für einen anderen Zweck weiterverarbeiten will, also für eine Zweck, für den die Daten nicht erhoben wurden, Art. 13 Abs. 3 DSGVO:
  - o Dauer der Speicherung bzw. die Kriterien, nach denen diese festgelegt wird, Art. 13 Abs. 2 a) DSGVO
  - o Betroffenenrechte, Art. 13 Abs. 2 b) und d) DSGVO (die Rechte auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, Recht auf Datenübertragbarkeit, Beschwerderecht bei Aufsichtsbehörde)
  - o Information, ob die betroffenen Person verpflichtet ist, die Daten bereitzustellen und welche Folgen eine Nichtbereitstellung hätte, Art. 13 Abs. 2 e) DSGVO
  
- **Zeitpunkt:** zum Zeitpunkt der Erhebung
  - o Praxis: spätestens direkt vor dem Herstellen der Fotos
- **Form** (Art. 12 Abs. 1 und Abs. 5 DSGVO):
  - o schriftlich oder elektronisch; mündlich nur, wenn die betroffene Person das verlangt und die Identität der betroffenen Person in anderer Form nachgewiesen wurde
    - es muss nachgewiesen werden können, dass eine bestimmte Person informiert wurde
  - o präzise, transparent, verständlich, leicht zugänglich, klare, einfache Sprache
  - o unentgeltlich
  
- **mögliche Umsetzung in der Praxis:**
- die mündliche Mitteilung der Information ist unpraktisch, da sie Zeit kostet und schlecht nachweisbar ist, dass der betroffenen Person die Informationen gegeben wurden

- denkbar ist, die betroffene Person über die Mindestinformationen aufzuklären (Zweck der Verarbeitung, Verantwortlicher, Widerrufsrecht)
- am sichersten: von der betroffenen Person die Übergabe der Informationen unterzeichnen lassen
- Informationen ggf. auf Einwilligungserklärung abdrucken

#### **1.4. Freiwillig, Art. 4 Nr. 11 DSGVO, EG 42, 43 DSGVO**

- die betroffene Person muss eine echte und freie Wahl haben, auch in der Lage sein, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden, EG 42 DSGVO

##### **a. Vertrag wird von Einwilligung abhängig gemacht, ohne dass es ihrer bedarf**

- wenn die Erfüllung eines Vertrages von der Einwilligung abhängig ist, obwohl die Einwilligung für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist, wird vermutet, dass die Einwilligung unfreiwillig erteilt wurde, Art. 7 Abs. 4 DSGVO, EG 43 DSGVO
- Beispiel: Kanu-Verleih schließt Vertrag nur ab, wenn Kunde in Newsletter einwilligt; E-Mail-Adresse ist für Verleih des Kanus nicht notwendig
- die Unfreiwilligkeit wird vermutet, freiwillige Einwilligungserteilung muss nachgewiesen werden können (s.u.)

##### **b. gesonderte Einwilligung in verschiedene Verarbeitungsvorgänge nicht möglich**

- wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, wird vermutet, dass die Einwilligung unfreiwillig erteilt wurde, EG 43 DSGVO
- die Unfreiwilligkeit wird vermutet, freiwillige Einwilligungserteilung muss nachgewiesen werden können (s.u.)

##### **c. klares Ungleichgewicht zwischen den Personen und freiwillige Erteilung unwahrscheinlich**

- in Fällen, in denen ein klares Ungleichgewicht vorliegt und eine freiwillige Erteilung der Einwilligung in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, ist Personenfotografie trotz Einwilligung rechtswidrig, EG 43 DSGVO
- Beispiel: im Verhältnis zum Staat, zu einer Behörde, Ausnahme bei Strafverfolgung (Art. 2 Abs. 2 b) DSGVO)
- die Personenfotografie muss dann aus einem anderen Grund (des Art. 6 DSGVO) gerechtfertigt sein

#### **1.5. Form**

- besondere Form wird von DSGVO nicht verlangt, Schriftform ist nicht nötig
- Schriftform ist ggf. aufgrund anderer Normen nötig
  - o Beispiel: § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG nF bei Einwilligung von Beschäftigten in die Verarbeitung personenbezogener Daten im Arbeitsverhältnis



- erfolgt die Einwilligung durch schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte erfasst (bspw. Informationen nach DSGVO, Übertragung Nutzungsrechte):
  - o Einwilligungsersuchen muss verständlich, leicht zugänglich, in klarer Sprache erfolgen und von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden sein
  - o bei Verstoß: Einwilligung ist nicht verbindlich, Fotografie rechtswidrig
- Vorteil der Schriftform: Nachweis der Einwilligung
- Nachteil der Schriftform: andere Rechtfertigungsgründe könnten nach Widerruf der Einwilligung ggf. nicht wirken (s. u.)

#### **1.6. Nachweis, Art. 7 Abs. 1 DSGVO, EG 42 DSGVO**

- der Verantwortliche sollte nachweisen können, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu dem Verarbeitungsvorgang gegeben hat, EG 42 DSGVO
- unproblematisch bei schriftlicher Einwilligung
- schwierig bei konkludenter Einwilligung, aber möglich, wenn die Umstände, aus denen sich die Einwilligung ergibt, nachgewiesen werden können
- **Beispiel:** Hostess präsentiert Produkt - aus welchen Umständen ergibt sich eine Einwilligung?
  - o Welcher Art war die Veranstaltung?
  - o Welche Aufgabe hatte die Hostess?
  - o Waren für sie erkennbar Fotografen anwesend, die Fotos gemacht haben?

#### **1.7. sicherster Weg in der Praxis: schriftliche Einwilligungserklärung**

- eine vorformulierte Einwilligungserklärung sollte in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung gestellt werden, Art. 7 Abs. 2 DSGVO, EG 42 DSGVO

#### **1.8. Sonstiges zur Einwilligung**

##### **a. sind vor dem 25.05.2018 erteilte Einwilligungen weiterhin wirksam?**

- Einwilligung, die vor Inkrafttreten der DSGVO erteilt wurden, sind weiter wirksam, wenn die Art der bereits erteilten Einwilligung den Bedingungen der DSGVO entspricht, EG 171 DSGVO
- zumindest ist die Prüfung notwendig, ob vormals erteilten Einwilligungen den Anforderungen der DSGVO entsprechen

##### **b. Problem in der Praxis: jederzeitiger Widerruf Art. 7 Abs. 3 DSGVO**

- Grundsatz: die Einwilligung ist jederzeit frei widerruflich,
- Problem: die Verarbeitung der Daten durch den Verantwortlichen könnte sofort aufgehoben werden, das ist gerade brisant, wenn die Daten durch den Verantwortlichen wirtschaftlich verwertet werden
  - o schon veröffentlichte Bilder müssen gelöscht bzw. vernichtet werden Art. 17 Abs. 1 b DSGVO
  - o der Verantwortliche kann verpflichtet sein, Dritte über den Widerruf zu informieren, Art. 17 Abs. 2 DSGVO

Seite 17 von 20

- Vereinbarung eines Verzichts auf das Widerrufsrecht ist nicht zulässig (Schild in *BeckOK*, Art. 4 DSGVO, Rn. 132)
- Lösung in der Rechtspraxis: Rechtsmissbrauch als Grenze der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit (*Faulhaber/Scheurer*, 7)

## 2. Vertrag Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO

- ein Vertrag kann eine Rechtfertigungsgrundlage darstellen
- Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO: "Die Verarbeitung ist [...] rechtmäßig, wenn sie [...] für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen."
- **Beispiele:** Beauftragung eines Fotografen mit der Herstellung von Bewerbungsfotos, vertragliche Buchung eines Foto-Modells für eine Werbekampagne (vgl. *Krüger/Wiencke*, 79)

### Problem:

- kann der Rechtfertigungsgrund greifen, wenn die Einwilligung widerrufen wurde?
- nach dem Wortlaut des Art. 6 DSGVO schon, ("Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist [...]") (vgl. auch Plath in *ders.*, Art. 6 DSGVO, Rn. 5))
- auch der Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 b) DSGVO spricht dafür: "die Person widerruft ihre Einwilligung [...] und es fehlt an einer anderweitigen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung"
- manche Juristen sind der Ansicht, dass Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO nicht als Auffang-Rechtfertigung gelte, wenn die Einwilligung widerrufen ist (dazu unten)
- dabei wird aber auch auf die Abwägung im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO abgestellt - eine solche Abwägung ist beim Bestehen eines Vertrages nicht notwendig, schließlich besteht bei einem Vertrag eine Gegenleistung, die der Übertragung der Nutzungsrechte und dem Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung gegenübersteht

folglich spricht mehr dafür, den Vertrag als Rechtfertigungsgrund gelten zu lassen, wenn die Einwilligung widerrufen werden sollte

## 3. berechtigtes Interesse Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO

- "Die Verarbeitung ist [...] rechtmäßig, wenn [...] die Verarbeitung [...] zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich [ist], sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt. [Das] gilt nicht für die von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung." Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO
- kommt insbesondere in Betracht, wenn Personen nur "Beiwerk" neben einer Landschaft, als Zuschauer bei einem Event, Teilnehmer einer Versammlung in Erscheinung treten

### 3.1. Voraussetzungen

### (1) **berechtigte Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten**

- Meinungsfreiheit
- unternehmerische Freiheit Art. 16 GRCh, EG 4 DSGVO
  - o **Beispiele:**
    - Fotos zur Dokumentation von Veranstaltungen wie Betriebsfeiern: Interesse der Unternehmen an Dokumentation zu Werbezwecken, interner Stärkung des Betriebsklimas, Bindung der Angestellten an den Betrieb, ggf. Kundenbindung im Rahmend es Marketings (*Faulhaber/Scheurer, 4*)
    - Fotos zur Werbung
- Informationsfreiheit der Rezipienten Art. 11 Abs. 1 GRCh

### (2) **Erforderlichkeit zur Wahrung der Interessen**

- erforderlich ist die Verarbeitung, wenn kein milderes, wirtschaftlich gleich effizientes Mittel zur Verfügung steht, den entsprechenden Zweck mit gleicher Sicherheit zu verwirklichen (Plath in *ders.*, Art. 6 DSGVO, Rn. 56)

### (3) **keine überwiegenden Interessen oder Rechte der betroffenen Person**

- Abwägung mit Interessen oder Rechten des Betroffenen
- Interessen oder Rechte: insbes. Grundrechte, Grundfreiheiten, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern
- eine Ansicht: Kasuistik des KUG gilt weiter (*Faulhaber/Scheurer, 4*)
- idR keine überwiegenden Interessen des Betroffenen wenn
  - o abgebildete Personen nicht im Zentrum der Aufnahme stehen, das Gesamtwerk nicht prägen, sondern zufällig abgebildet werden
  - o die betroffene Person aufgrund der Umstände vernünftigerweise die Herstellung und Verbreitung von Fotos zu den konkreten Zwecken absehen konnten (EG 47 DSGVO)
- wenn die Interessen gleichwertig gewichtet werden: Personenfotografie rechtmäßig
  - o das folgt aus Wortlaut "sofern nicht Interessen der betroffenen Person überwiegen"

#### **Fazit:**

- Vorteil: durch die Offenheit der Regelung können Rechte der Verantwortlichen und der Betroffenen umfangreich berücksichtigt werden
- Nachteil: der Verantwortliche muss die Interessen abwägen, hat aber kaum Anhaltspunkte für eine Entscheidung, belastbare Einzelfallentscheidungen gibt es nicht, es gibt noch keine Rechtsprechung
- zum Teil wird befürwortet, hier zumindest die zum KUG entwickelte Kasuistik anzuwenden, um Rechtssicherheit zu schaffen (*Ziebarth/Elsaß, 581*)

## **3.2. Anwendbarkeit bei widerrufenen Einwilligung**

### **Meinungsstreit**

- kann der Rechtfertigungsgrund greifen, wenn die Einwilligung widerrufen wurde?
  - diskutiert wird das vor allem am an der Rechtfertigung aufgrund überwiegender Interessen, Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO
- (1) 1. Ansicht:** Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO greift uneingeschränkt als Reserve-Rechtfertigung
- Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO: "Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist [...]" (vgl. auch Plath in *ders.*, Art. 6 DSGVO, Rn. 5)
  - Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 b) DSGVO: "die Person widerruft ihre Einwilligung [...] und es fehlt an einer anderweitigen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung"
- (2) 2. Ansicht:** Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO greift nicht nach widerrufener Einwilligung
- die Datenschutzbehörden vertreten wohl die Auffassung, dass Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO nach widerrufener Einwilligung nicht greift (vgl. *Härting*, Beispiel Veranstaltungsfotos)
- (3) 3. Ansicht:** Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO gilt bei widerrufener Einwilligung, aber der Widerruf fällt bei der Abwägung zugunsten des Betroffenen ins Gewicht
- andere sind der Meinung, dass Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO anzuwenden ist und die Interessen abzuwägen sind, aber bei widerrufener Einwilligung die Interessen des Betroffenen regelmäßig als höher zu bewerten sind (*Tinnefeld/Conrad*, 393)

**Fazit:** Es hängt vom Einzelfall ab, ob eine Einwilligung zu empfehlen ist, oder nicht

Georg Manthey und

Rechtsanwalt Alexander Grundmann

- Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht -

- Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz -

24. Juni 2019

**Für Hinweise: [post@urheberrecht-leipzig.de](mailto:post@urheberrecht-leipzig.de)**