

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

7/8
K&R

- Editorial: Uploadfilter: Kreative Insolvenz versus Tod des freien Netzes · *Judith Steinbrecher*
- 433 Gemeinsame Verantwortlichkeit in mehrstufigen Verarbeitungsszenarien · *Dr. Alexander Golland*
- 438 Fotografien von Menschenansammlungen nach der DSGVO
Steffen Sundermann
- 444 Die neue Geoblocking-Verordnung – Grundlagen, Fragen und Schnittstellen · *Dr. Martin Rothermel und Wolfgang Schulz*
- 449 Die Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2017
Dr. Alexander R. Klett und Dr. Christoph Mikyska
- 455 Zur indirekten Nutzung von Software – Komplex, intransparent und unwirksam? · *Dr. Benno Barnitzke*
- 459 Löschpflichten und Störerhaftung von Portalbetreibern
Sebastian Laoutoumai und Markus Heins
- 461 Die Haftung von Access-Providern unter Geltung des neuen § 8 TMG
Andreas Sesing und Jonas S. Baumann
- 466 Kein Auskunftsrecht über Bestandsdaten bei Beleidigung über Messenger-Dienst · *Nima Mafi-Gudarzi*
- 468 Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des neuen bundeseinheitlichen Presseausweises · *Dr. Hermann-Josef Omsels*
- 472 Länderreport Österreich · *Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 496 BGH: Dashcam-Aufnahmen können trotz Datenschutz-Verstoß als Beweismittel zulässig sein
mit Kommentar von *Berthold Haustein*

Beihefter 1/2018

Möglichkeiten der Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung im Rahmen der Marktregulierung und 5G-Frequenzzuteilung
Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute und Simone Kuhlmann

21. Jahrgang

Juli/August 2018

Seiten 433 – 532

nissen der Aufsichtsbehörden – uneingeschränkt auch für die DSGVO Geltung beanspruchen kann, nicht erkennen.

Obwohl das Urteil mehr Fragen aufwirft, als es beantwortet, ist das Gericht präzise in der Bewertung des den Vorlagefragen zugrundeliegenden Sachverhalts. Facebook und der Fanpage-Betreiber sind gemeinsam Verantwortliche, die eine entsprechende Vereinbarung abschließen müssen, vor allem aber gemeinsam haften – was dazu führen wird, dass Fanpage-Betreiber künftig datenschutzkonforme Verarbeitung durch Facebook einfordern werden. Auf der Fanpage muss über die Datenerhebung vollumfänglich informiert und, soweit erforderlich (z. B. für Tracking-Cookies zur Erstellung von Nutzerprofilen), die Einwilligung der Besucher eingeholt werden. Die Äußerungen des EuGH lassen sich nicht nur auf Facebook-Fanpages anwenden, sondern letztlich auf jede bei einem anderen Verantwortlichen gehostete Internetpräsenz, bei der letzterer personenbezogene Daten mit ähnlichen Zwecken verarbeitet und ein Bezug zur Seite des ersten besteht. Selbiges trifft auch auf die Einbindung fremder Inhalte, die eine solche Datenverarbeitung zur Folge haben (z. B. „Like-Buttons“), zu. Darüber hinaus ist die genaue Reichweite der Entscheidung sowohl in Bezug auf die Tiefenwirkung der gemeinsamen Verantwortlichkeit (Abstraktionsgrad bei Ermittlung des gemeinsamen Zwecks), als auch die Breitenwirkung selbiger (umfasste Vorgänge) unklar. So kann etwa die Selbstdarstellung mittels einer Profilseite in einem sozialen Netzwerk mit vergleichbarer Verarbeitung – in Übertragung der „Lindqvist“-Entscheidung – eine gemeinsame Verantwortlichkeit nach sich ziehen. In Übertragung des „Like-Button“-Gedankens kann jedes Ermöglichen eines Drittanbieter-Cookies eine gemeinsame Verantwortlichkeit auslösen.

Womöglich geht die Entscheidung aber noch weiter: Der EuGH äußert sich nicht dazu, welche Bedeutung der Umstand hat, dass die Cookie-Setzung durch Facebook er-

möglicht wird und ob dies überhaupt notwendig ist. Andere seitenübergreifend wirkende Technologien, insbesondere die verbreiteten Tracking-Pixel, haben eine vergleichbare Wirkung, sodass eine Übertragung auf solche geboten wäre. Bei Tracking-Pixeln werden aber im Grunde dieselben Daten übertragen wie bei einem normalen Seitenaufruf (IP-Adresse, Uhrzeit, Browser, Betriebssystem etc.), sodass wiederum kein Unterschied zu „normalen“ Websites besteht. Bei diesem – womöglich nicht bedachten, aber nicht fernliegenden – Verständnis könnte jede Website, die von Dritten gehostet wird und/oder Drittinhalte einbindet, eine gemeinsame Verantwortlichkeit zur Folge haben.

Auch hinsichtlich Art. 26 DSGVO stellen sich Folgefragen. In der Praxis wird es darauf hinauslaufen, dass die Vereinbarung einseitig vom Plattformbetreiber zur Verfügung gestellt werden wird. Was aber, wenn sich eine Partei weigert, eine solche Vereinbarung zu schließen oder sie – aufgrund der aufgezeigten Schwierigkeiten – fehlerhaft ist? Insbesondere die wirtschafts- oder verhandlungsschwächere Partei sieht sich aufgrund der Haftung im Außenverhältnis und der Gefahr der Benachteiligung hohen Risiken ausgesetzt. In Bezug auf Bußgelder bleibt zu hoffen, dass Aufsichtsbehörden auch die maßgebliche Entscheidungsgewalt bzgl. des Inhalts der Vereinbarung berücksichtigen. Zudem steigt die Komplexität von Joint-Control-Vereinbarungen, wenn mehr als zwei Beteiligte in Stern- oder Matrixstrukturen gemeinsam verarbeiten und zwischen den Beteiligten weitere Verflechtungen bestehen, insbesondere bei konzerninterner Verarbeitung.

Verantwortliche werden sorgfältig prüfen müssen, mit wem sie „gemeinsam“ Daten verarbeiten sowie entsprechende Vereinbarungen abschließen. Darüber hinaus muss die Datenschutzorganisation aller Beteiligten auch technisch-organisatorisch sicherstellen, dass jeder von ihnen ordnungsgemäß informieren und auf Betroffenenanfragen umfassend und fristgerecht reagieren kann.

Steffen Sundermann, LL.B. (London), Hamburg*

Fotografien von Menschenansammlungen nach der DSGVO

Der Beitrag befasst sich mit den Fragen, ob Anfertigung und Veröffentlichung von Fotos weiter zulässig sind und ob bzw. welche Informationspflichten gegenüber den Abgelichteten bestehen.

I. Einleitung

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) scheint insbesondere Fotografen derzeit umzutreiben. Die Beiträge hierzu über alle Medienformate hinweg sind vielzählig. Den Tweets, Blogs, Videos¹ und Facebook-Einträgen nach zu urteilen wird die neue Rechtslage überwiegend kritisch gesehen.² Die Beiträge offenbaren viel Unsicherheit und Unverständnis gegenüber der neuen Rechtslage. Vielen Äußerungen liegen jedoch auch missverständliche und teils auch schlicht unzutreffende Informationen rund um die

DSGVO und ihre Auslegung zugrunde. So ist häufig zu lesen, jede Datenerhebung und somit auch jedes Fotografieren wäre nur bei einer Einwilligung des Abgelichteten rechtmäßig.³ Weiterhin wird die rechtliche Beurteilung von Fotografien oft nur im Zusammenhang mit der Frage behandelt, ob das KUG neben der DSGVO anzuwenden ist.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

1 Einzelne YouTube-Videos zu dem Thema erreichen über 100 000 Aufrufe (<https://youtu.be/n48DYBqOYs>), alle zitierten Webseiten wurden zuletzt am 24. 5. 2018 abgerufen).

2 Eine Online-Petition, mit dem Titel „Gegen die EU-DSGVO für Fotografen, Kunst und Presse“ hat bislang knapp 38 000 Unterschriften gesammelt: <https://www.openpetition.de/petition/online/aufhebung-der-eu-daten-schutz-grundverordnung-dsgvo-fuer-fotografen-agenturen-kunst-presse>.

3 Vielfach ist die Einholung einer Einwilligung sogar eine schlechte Wahl, vgl. *Härtling*, <https://www.cr-online.de/blog/2018/05/12/beispiel-veranstaltungsfotos-warum-es-nach-der-dsgvo-oft-sinnvoll-ist-auf-einwilligungen-zu-verzichten>.

Hierbei wird aber häufig übersehen, dass das KUG nur die Veröffentlichung, nicht aber das Anfertigen der Fotografien erfasst. Auch werden die Handlungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers angesichts des Ordnungscharakters der DSGVO vielfach überschätzt.⁴ Teile der Kritik sind jedoch – gerade hinsichtlich der bestehenden Rechtsunsicherheit – auch berechtigt und notwendig. Die folgenden Ausführungen sollen dazu beitragen, einige Missverständnisse auszuräumen und die Fragen hervorzuheben, bezüglich derer tatsächlich noch Unsicherheit besteht und auch noch über den 25. 5. 2018 hinaus bestehen wird.

Zunächst wird daher die Problematik für Fotografien dargestellt (II.) und sodann sowohl auf die Rechtmäßigkeit der Anfertigung (III.) sowie der Veröffentlichung (IV.) der Fotografien eingegangen. Ausgehend davon werden der Handlungsbedarf und die Handlungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers aufgezeigt (V.).

II. Problematik für Fotografien

Die Problematik, die Gegenstand dieses Aufsatzes ist, stellt sich wie folgt dar: Auf der einen Seite liegen bei Fotografien, auf welchen Personen zu sehen sind, im Ergebnis nahezu immer personenbezogene Daten vor. Diese unterfallen dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt der DSGVO (Art. 6 Abs. 1 DSGVO). Auf der anderen Seite ist es bei Aufnahmen, auf welchen viele Personen zu sehen sind, nicht möglich, diese tatsächlich zu identifizieren oder zu kontaktieren. Daher ist die Einholung einer Einwilligung oder die Information der Abgelichteten über ihre Rechte für die Fotografien nahezu unmöglich.

Bestünde also entweder ein Einwilligungserfordernis oder eine Informationspflicht gegenüber allen Abgebildeten, so wären etwa Bildaufnahmen von Wahrzeichen, Sehenswürdigkeiten, oder Sportereignissen, bei denen meist viele Menschen zu sehen sind, nach der DSGVO nicht mehr rechtskonform möglich.

Dies träfe vor allem professionelle Einzelfotografen sowie auch Hobbyfotografen, denen die Mittel fehlen, aufwändige datenschutzrechtliche Vorkehrungen zu treffen.⁵

Hinsichtlich der rechtlichen Bewertung ist das Anfertigen (III.) von Fotografien von deren Veröffentlichung (IV.) zu trennen.

III. Rechtmäßigkeit des Anfertigens von Fotografien

1. Bisherige Rechtslage

Die Zulässigkeit der Ablichtung als Vorstadium der Veröffentlichung wurde nach der bisherigen Rechtslage an Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gemessen und in diesem Rahmen eine Interessenabwägung vorgenommen.⁶ Hierzu hat sich eine differenzierte Rechtsprechung herausgebildet.

2. Rechtslage nach der DSGVO, Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Einleitend ist festzuhalten, dass Aufnahmen, die zu rein persönlichen oder familiären Zwecken gemacht werden, nicht dem Anwendungsbereich der DSGVO unterfallen, wie sich aus Art. 2 Abs. 1 lit. c DSGVO ergibt. Problematisch sind vielmehr solche Aufnahmen, die zumindest auch zu anderen Zwecken gefertigt werden und Art. 2 Abs. 1 lit. c DSGVO nicht unterfallen.

Nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten rechtfertigungsbedürftig. Personenbezogene Daten liegen dabei gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO vor, wenn sie sich auf „identifizierte oder identifizierbare natürliche Personen beziehen“. Problematisch ist hier insbesondere die Identifizierbarkeit, da eine tatsächliche Identifikation bei Fotografien von Menschenansammlungen die Ausnahme darstellt. Identifizierbar ist eine Person, wenn diese „direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen identifiziert werden kann, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind“, Art. 4 Nr. 1 DSGVO.

Fotografien von Betroffenen, die heute fast ausschließlich mit Digitalkameras aufgenommen werden, stellen grundsätzlich personenbezogene Daten dar. Es handelt sich um physische und physiologische Merkmale, die auch sofort, mit den entsprechenden Metadaten, digital gespeichert werden. Die Metadaten umfassen dabei zumindest die Zeit der Aufnahme. Auch wird häufig der Standort gespeichert. Weiterhin lassen sich Gesichter mit entsprechenden Datenbanken abgleichen und sich so weitere Daten, insbesondere die Namen der Betroffenen, ermitteln. An der prinzipiellen Identifizierbarkeit ändert auch der Umstand nichts, dass der einzelne Fotograf in den meisten Fällen keine Zuordnung einzelner Gesichter zu anderen Daten dieser Personen herstellt oder überhaupt selbst herstellen kann. Es reicht aus, dass die Mittel, welche die Personenbeziehbarkeit der Daten ermöglichen, für ihn prinzipiell verfügbar sind, was angesichts der hohen Auflösung von Digitalbildern und der Verfügbarkeit von Gesichtserkennungssoftware angenommen werden muss.⁷ Die körperlichen Merkmale einer Person, insbesondere deren individuellen Gesichtszüge, wenn sie ausreichend erkennbar sind, sind immer geeignet, eine Person eindeutig zu identifizieren.⁸ Es handelt sich daher bei ausreichend aufgelösten Bildaufnahmen, die eine Person gut erkennbar zeigen, immer um personenbezogene Daten.

Die Fotografien sind, da sie eine Datenverarbeitung darstellen, zunächst nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO verboten, wenn sie nicht auf eine Einwilligung oder auf eine andere Rechtfertigung gestützt werden können. Bei Fotografien von Menschenmengen, z. B. bei Bildaufnahmen von Wahrzeichen, Sehenswürdigkeiten sowie Sportereignissen, ist die Einholung von Einwilligungen für den Fotografieren in der Regel nicht durchführbar. Daher kann die Anfertigung der Fotografien auch nicht auf den Rechtfertigungsgrund des Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO gestützt werden. Demnach bedarf es für die Datenerhebung einer anderen Rechtfertigung.

4 Trifft der Bericht der Berliner Zeitung zu, so reicht dieses Missverständnis bis in höchste Politikerkreise: „Merkel will Datenschutzverordnung in letzter Sekunde lockern“, <https://www.berliner-zeitung.de/politik/dsgvo-merkel-will-datenschutzverordnung-in-letzter-sekunde-lockern-3014892> 8.

5 Fotografien zu journalistischen Zwecken oder durch öffentliche Stellen sollen an dieser Stelle nicht behandelt werden, da dies den Umfang dieses Beitrages überschreiten würde.

6 Götting, in: Schricker/Löwenheim (Hrsg.), Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 35.

7 EuGH, 19. 10. 2016 – C-582/14, K&R 2016, 811 stellt insoweit auf die abstrakte Möglichkeit ab, dass der Verantwortliche sich der verfügbaren Identifizierungsmöglichkeiten bedienen kann; vgl. auch Ziebarth, in: Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 4 Rn. 37.

8 Lorenz, K&R 2016, 450, 453.

3. Zulässigkeit aufgrund von bestehendem Bundes-/ Landesrecht

Eine solche Rechtfertigung kann nicht dem KUG entnommen werden. Unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des KUG neben der DSGVO enthält das KUG schon keine Rechtsgrundlage für die Datenerhebung, also das Anfertigen von Fotografien, sondern lediglich für die Veröffentlichung.⁹

4. Zulässigkeit nach der DSGVO

Die Aufnahmen der oben genannten Motive können, solange eine Regelung auf Grundlage der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO nicht vorliegt, im Regelfall wohl nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gerechtfertigt werden. Es besteht ein berechtigtes Interesse der Fotografen daran, ihre Betätigung auszuüben. Häufig dürften Fotografen ihre Interessen auf die Kunstfreiheit, welche durch Art. 13 GRCh geschützt wird, stützen können. Auch die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit nach Art. 11 GRCh können ein Interesse begründen. Dieses ist mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Abgelichteten abzuwägen. Im Regelfall werden keine überwiegenden Interessen der Betroffenen entgegenstehen, insbesondere da diese nur in ihrer Sozialsphäre betroffen sind. Auch müssen bei dieser Abwägung gem. Art. 52 Abs. 4 GRCh Grundrechte, die „sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt“ werden.¹⁰ Daher kann auch an dieser Stelle die ausdifferenzierte Rechtsprechung zum Recht am eigenen Bild, die als mitgliedstaatliche Verfassungstradition angesehen werden kann, mit einbezogen werden.¹¹ In dieser wird das Interesse an der Anfertigung der Fotografien zumeist dem Recht am eigenen Bild in den hier geschilderten Fällen übergeordnet.¹²

5. Informationspflichten gegenüber Abgelichteten

Unabhängig von der Frage der Rechtmäßigkeit der Erhebung der Daten stellt sich weiterhin die Frage, ob und in welchem Maße die abgebildeten Personen entweder nach Art. 13 oder nach 14 DSGVO zu informieren sind. Die Informationspflichten nach der DSGVO sind dabei umfassend und grundsätzlich jedem Betroffenen zu erteilen. Eine Ausnahme von den Informationspflichten insgesamt enthält Art. 11 DSGVO. Dessen Voraussetzungen sind daher vorrangig zu prüfen.

a) Entbehrlichkeit nach Art. 11 DSGVO

Nach Art. 11 Abs. 1 DSGVO ist ein Verantwortlicher nicht verpflichtet, zur bloßen Einhaltung der DSGVO zusätzliche Informationen einzuholen, um die betroffene Person zu identifizieren, falls für die Zwecke, für die dieser die personenbezogenen Daten verarbeitet, die Identifizierung der betroffenen Person nicht erforderlich ist. Art. 11 Abs. 1 DSGVO erfasst also den Fall, dass die Person identifizierbar ist, ihre tatsächliche Identifikation aber für die Zwecke der Verarbeitung nicht erforderlich ist.¹³ Wie oben bereits dargestellt, hat der einzelne Fotograf im Regelfall weder ein Interesse daran, noch die Möglichkeit, die auf dem Bild abgebildeten Personen ohne erheblichen Aufwand zu identifizieren. Eine solche Identifizierung würde dann alleine aus dem Grund erfolgen, um die Vorgaben der Art. 13 ff. DSGVO zu erfüllen. Dies soll durch die Regelung des Art. 11 DSGVO gerade verhindert werden, da in einem solchen Fall die Information der Betroffenen keine Stär-

kung ihrer Rechte, sondern eine Vertiefung des Eingriffs in ihr Persönlichkeitsrecht durch die Identifizierung bedeuten würde.¹⁴

b) Ausnahme nach Art. 14 Abs. 5 lit. b Var. 1 und 2 DSGVO

Teilt man die Auffassung nicht, dass Art. 11 Abs. 1 DSGVO in diesen Fällen einschlägig ist, so muss die Frage beantwortet werden, ob eine Pflicht zur Information nach Art. 13 oder 14 DSGVO besteht. Bei einer Anwendung des Art. 13 DSGVO wären für die vorliegende Konstellation keine Ausnahmen von der Informationspflicht vorgesehen. Dies würde bedeuten, dass ein Fotograf alle auf einem entsprechenden Bild erkennbaren Personen gemäß Art. 13 DSGVO zu informieren hätte. Lediglich bei Anwendung des Art. 14 DSGVO besteht mit Art. 14 Abs. 5 DSGVO ein Ausnahmetatbestand, der eine Einzelfallbetrachtung ermöglicht.

Zunächst ist daher abzugrenzen, ob die Datenerhebung bei der betroffenen Person erfolgt. In diesem Fall richtet sich die Informationspflicht nach Art. 13 DSGVO. Anderenfalls nach Art. 14 DSGVO. Entscheidend ist daher, wie der Passus „bei der betroffenen Person“ auszulegen ist. Es wird vertreten, dass eine Erhebung beim Betroffenen dann anzunehmen sei, wenn die Person direkt als Quelle der Datenerhebung dient.¹⁵ Eine Erhebung nicht bei der betroffenen Person liegt nach dieser Auffassung dann vor, wenn die Daten aus einer dritten Quelle stammen. Hierbei wird für eine Datenerhebung bei der betroffenen Person teilweise als ausreichend angesehen, dass es dem Verantwortlichen zum Zeitpunkt der Datenerhebung prinzipiell möglich ist, den Betroffenen zu kontaktieren und ihm die Informationen zur Verfügung zu stellen.¹⁶ Bei den hier in Frage stehenden Konstellationen würde man zumeist zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Personen für den Fotografen grundsätzlich kontaktierbar sind, da sie in Reichweite seiner Kamera sind.

Andererseits wird zur Abgrenzung darauf abgestellt, ob der Betroffene die Datenerhebung zur Kenntnis nimmt oder nehmen kann und daher auf den Vorgang der Datenerhebung Einfluss nehmen kann.¹⁷ Für diese Auffassung spricht, dass das Fotografieren, welches eine größere Anzahl an Subjekten erfasst, mit der heimlichen Erhebung von Daten vergleichbar ist. Insbesondere mit Fällen der heimlichen Videoüberwachung, bei welcher überwiegend und überzeugend eine Erhebung *nicht* „bei dem Betroffenen“ angenommen wird.¹⁸ In den hier diskutierten Anwendungsfällen haben die Fotografierten ebenfalls in der Regel keinen Einfluss darauf, ob sie abgelichtet werden und nehmen davon regelmäßig auch keine Kenntnis. Hierin besteht auch gerade die Vergleichbarkeit mit der verdeckten Videoüberwachung.

9 Vgl. §§ 22, 23 KUG.

10 Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1061.

11 Vgl. bspw. EGMR, 24. 6. 2004 – 59320/00, NJW 2004, 2647 – Caroline.

12 Entsprechend der gesetzgeberischen Wertung des § 23 Abs. 1 (insb. Nr. 2) KUG. Vgl. auch die Abwägung des BGH zu § 29 Abs. 1 Nr. 1 BDSG (BGH, 23. 9. 2014 – VI ZR 358/13), die insoweit als Auslegungshilfe bei Art. 6 Abs. 1 lit. f heranziehbar ist, vgl. Albers/Veit, in: BeckOK Datenschutzrecht, 24. Aufl. 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 48.

13 Kampert, in: Sydow (Fn. 7), Art. 11 Rn. 8.

14 Klein, Personenbilder im Spannungsfeld zwischen DSGVO und KUG, 2017, S. 243.

15 Bäcker, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), 2017, DSGVO, Art. 14 Rn. 9.

16 Bäcker, in: Kühling/Buchner (Fn. 15), Art. 13 Rn. 13.

17 Franck, in: Gola (Hrsg.), DSGVO, 2017, Art. 13 Rn. 4; i. E. Schmidt-Wudy, in: BeckOK Datenschutzrecht/DSGVO (Fn. 12), Art. 14 Rn. 31 sowie Ingold, in: Sydow (Fn. 7), Art. 13 Rn. 8.

18 Schmidt-Wudy, in: BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 12), Art. 14 DSGVO Rn. 31.2.

Auch würden sich, stellte man allein auf die Erreichbarkeit des Betroffenen für den Verantwortlichen ab, im Einzelfall erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben.¹⁹

Es ist daher überzeugender, das Fotografieren von großen Menschenmengen oder Menschen als Beiwerk von Sehenswürdigkeiten nach Art. 14 DSGVO zu beurteilen.

Gemäß Art. 14 Abs. 5 lit. b Var. 1 und 2 DSGVO besteht eine Informationspflicht nicht, wenn die Erteilung der Informationen unmöglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Die Unterscheidung der beiden Ausnahmetatbestände fällt in diesem Fall nicht leicht, da die Personen für den Fotografen zwar zum Zeitpunkt der Aufnahme potenziell erreichbar sind, allerdings nur für einen kurzen Zeitpunkt, in welchem bei einer großen Anzahl von Menschen realistischerweise auch nicht alle Abgelichteten kontaktiert werden können. Weiterhin ist es dem einzelnen Fotografen im Regelfall auch selbst nicht möglich, die Personen später zu identifizieren, da er nicht über die entsprechenden Mittel und insbesondere die Datenbanken hierzu verfügt. Die Personenbeziehbarkeit besteht also nur abstrakt – was i. R. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO ausreicht²⁰ – konkret wird die Nutzung dieser abstrakten Möglichkeit allerdings im Regelfall ausscheiden. Es ist insoweit ein anderer Maßstab anzulegen, als bei der Frage, ob es sich bei den Bildern generell um personenbezogene Daten handelt. Dies ergibt sich daraus, dass es sich bei Art. 14 Abs. 5 lit. b um eine Einzelfallabwägung handelt, bei der auf die individuellen Gegebenheiten und Fähigkeiten Bezug genommen werden kann.²¹ Da die Personenbeziehbarkeit für den einzelnen Fotografen im Regelfall nicht möglich ist, ist auch die Information der Betroffenen im Regelfall als unmöglich anzusehen. Ist es dem Fotografen im Einzelfall dennoch möglich, einzelne Personen zu identifizieren, so ist der Maßstab, ob eine Information dieser Person einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Hierbei ist dann der Aufwand mit dem Informationsinteresse des Betroffenen abzuwägen.²²

IV. Veröffentlichung von Fotografien

1. Bisherige Rechtslage: KUG als *lex specialis* zu BDSG-alt

Bislang wurde die Veröffentlichung maßgeblich durch die §§ 22, 23 KUG bestimmt.

Das KUG ging als speziellere Regelung i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 3 BDSG-alt den Regelungen des BDSG-alt vor.²³ In § 22 S. 1 KUG heißt es: „Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet und öffentlich zur Schau gestellt werden“. Hiervon sieht § 23 Abs. 1 KUG eine Reihe von Ausnahmen vor, bei deren Vorlage keine Einwilligung des Abgebildeten notwendig ist.

Keiner Einwilligung bedarf es gem. § 23 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KUG, wenn es sich um Fotografien aus dem Bereich der Zeitgeschichte, um Fotos von Versammlungen oder Aufzügen handelt, oder wenn Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeit erscheinen. Zu § 23 KUG hat sich eine ausdifferenzierte Rechtsprechung herausgebildet. Im Ergebnis werden hier die widerstreitenden Interessen, also die Grundrechtspositionen des Veröffentlichenden und der Abgebildeten, abgewogen.²⁴

Diese Abwägung wird teils schon auf Tatbestandsebene bei § 23 Abs. 1 oder im Rahmen des § 23 Abs. 2 KUG vorgenommen.²⁵

2. Rechtslage nach der DSGVO

Im Zentrum der Diskussion, wie die Veröffentlichung der hier in Frage stehenden Fotografien zu beurteilen ist, steht die Frage, ob das KUG und in diesem Fall speziell der § 23 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KUG, die Veröffentlichung solcher Bilder auch in Zukunft rechtfertigt. Im Ergebnis sind hier zwei Auffassungen vertretbar. Einerseits, dass das KUG unter die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO fällt und § 23 KUG anzuwenden ist und andererseits, dass die Verarbeitung allein nach Maßgabe der DSGVO zu beurteilen ist.

3. Zulässigkeit der Veröffentlichung aufgrund des § 23 KUG i. V. m. einer Öffnungsklausel

Als Verordnung ist die DSGVO nicht, wie bislang das BDSG-alt, subsidiär gegenüber den spezielleren Vorschriften des KUG.²⁶ Die DSGVO hat Anwendungsvorrang vor deutschen Normen, falls diese den gleichen Anwendungsbereich haben.²⁷ Sowohl die DSGVO, wie auch das KUG erfassen die Veröffentlichung der hier in Frage stehenden Fotografien, da diese Bilder bzw. Bildnisse i. S. d. KUG und gleichzeitig personenbezogene Daten i. S. d. DSGVO darstellen. Allerdings besteht eine Öffnungsklausel zugunsten des nationalen Gesetzgebers in Form des Art. 85 Abs. 2 DSGVO. Umstritten ist jedoch, ob das KUG den formellen und materiellen Anforderungen, die die Öffnungsklausel an eine nationale Regelung stellt, entspricht.

a) Art. 85 Abs. 1 und/oder Abs. 2 DSGVO?

Art. 85 Abs. 2 DSGVO sieht vor, dass die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen von den Kapiteln II bis VII und IV für Verarbeitungen zu journalistischen oder zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken vorsehen, wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen. Es handelt sich daher nicht nur um eine Öffnungsklausel, sondern sogar um einen konkreten Handlungsauftrag.²⁸

Neben Art. 85 Abs. 2 DSGVO wird auch Art. 85 Abs. 1 DSGVO teilweise als eigene Öffnungsklausel angesehen.²⁹ Nach der Gegenauffassung handelt es sich dabei nur um einen Anpassungsauftrag an die nationalen Gesetzgeber, die bestehenden Gesetze mit der DSGVO in Einklang zu bringen.³⁰ Demnach wäre einzig Art. 85 Abs. 2

19 Ist eine Person auf der gegenüberliegenden Tribüne in einem Fußballstadion für den Fotografen erreichbar? Wäre dies anders zu beurteilen, wenn die Person auf der Nachbartribüne oder im gleichen Block sitzt?

20 Vgl. oben Fn. 4.

21 Schmidt-Wudy, in: BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 12), Art. 14 DSGVO Rn. 98.

22 Bäcker, in: Kühling/Buchner (Fn. 15), Art. 14 Rn. 55.

23 BAG, 11. 12. 2014 – 8 AZR 1010/13, K&R 2015, 433 sowie Goltz/Gössling, IPRB 2018, 68, 70.

24 Kahl/Piltz, K&R 2018, 289, 291.

25 Specht, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), 5. Aufl. 2015, § 23 Rn. 46 bis 48 spricht sich für Abwägung auf Tatbestandsebene bei allen Nr. d. § 23 aus; bzgl. Abwägung bei Abs. 2 vgl. BGH, 10. 3. 2009 – VI ZR 261/07, NJW 2009, 1499, 1499.

26 Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1060.

27 Vgl. EuGH, 15. 7. 1964 – 6/64, NJW 1964, 2371 – Costa v. E.N.E.L.

28 Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1060.

29 Schulz/Heilmann, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg.), 2017, Art. 85, Rn. 7; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1062. So auch das BMI, allerdings ohne Begründung (<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>).

30 Pötters, in: Gola, DSGVO (Fn. 17), Art. 85 Rn. 5; Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner (Fn. 15), Art. 85 Rn. 1; Klein (Fn. 14), S. 209.

DSGVO als Öffnungsklausel anzusehen. Einerseits kann der Wortlaut durchaus als Öffnungsklausel verstanden werden. Andererseits erschließt sich nicht, warum Art. 85 Abs. 2 DSGVO sodann genau die Kapitel nennt, von welchen abgewichen werden kann und eine solche Regelung in Art. 85 Abs. 1 DSGVO fehlt. Insbesondere erschließt sich jedoch nicht, warum Abs. 3, wonach die Kommission über nationale Abweichungen zu informieren ist, nur auf Abs. 2 verweisen sollte, wenn auch Abs. 1 eine eigenständige Öffnungsklausel darstellt. Dies würde bedeuten, dass die Kommission nur über Ausnahmetatbestände zu Verarbeitungen zu den Zwecken in Abs. 2 informiert werden möchte, nicht aber über solche nach Abs. 1.³¹ Vielmehr scheint der Ordnungsgeber davon auszugehen, dass gem. Abs. 1 lediglich bestehende Gesetze an die DSGVO angepasst werden, aber eben keine Ausnahmen von den Regelungen der DSGVO vorgesehen werden. Demnach muss hierüber auch keine Unterrichtung erfolgen. Ausnahmen sind nur nach Abs. 2 vorgesehen, worüber dann auch zu unterrichten ist. Allein Art. 85 Abs. 2 DSGVO stellt daher eine Öffnungsklausel dar und ist hier maßgeblich.

b) Formelle Anforderungen der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO

Umstritten ist nun, ob die Ausnahmetatbestände des § 23 KUG von der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO gedeckt sind. In formeller Hinsicht stellen sich dem zumindest einige Hürden entgegen. So ist unklar, ob eine bereits bestehende Regelung, die offensichtlich nicht erlassen wurde, um von der DSGVO abzuweichen (das KUG stammt aus dem Jahr 1907), vom Wortlaut des Art. 85 Abs. 2 DSGVO („Ausnahmen (...) *vorsehen*“) erfasst sein kann. Auch stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob Art. 85 Abs. 3 DSGVO einer Auslegung, die bereits bestehende Regelungen als von Art. 85 Abs. 2 DSGVO umfasst ansieht, entgegensteht. Nach Art. 85 Abs. 3 DSGVO teilt jeder Mitgliedstaat der Kommission die Rechtsvorschriften, die er aufgrund von Abs. 2 erlassen hat, sowie unverzüglich alle späteren Änderungsgesetze oder Änderungen dieser Vorschriften mit. Der Wortlaut spricht hier stark dafür, dass i. R. d. Art. 85 Abs. 2 DSGVO ein aktives Tätigwerden des Gesetzgebers gefordert ist. Sei es durch Neufassung oder Änderung, oder durch eine bloße Mitteilung an die Kommission hinsichtlich derjenigen Gesetze, die nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO weiter Anwendung finden sollen.³² Allerdings ließen sich diese dogmatischen Hürden wohl auch überkommen. So kann Art. 85 Abs. 2 DSGVO in dem Sinne ausgelegt werden, dass es sich lediglich um eine reine Ordnungsvorschrift handelt, die es der Kommission erlaubt, den Überblick über Änderungen der Rechtslage in der Union zu behalten.³³ Bestehende Regelungen wären dann vom Wortlaut gar nicht erfasst. Auch wäre die Rechtsfolge einer Missachtung dann wohl zumindest nicht, dass Abs. 3 der Geltung des KUG entgegensteht.³⁴ Folgt man dieser Ansicht so muss § 23 KUG noch inhaltlich in der Weise ausgelegt werden, dass es unter die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO fällt.³⁵

c) Materielle Anforderungen der Öffnungsklausel: DSGVO-konforme Auslegung des KUG

Geht man davon aus, dass die oben dargestellten formellen Hürden überwunden werden können, so stellt sich die Frage, wie eine DSGVO-konforme Auslegung des § 23 KUG erfolgen kann. § 23 KUG kann nur soweit von der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO gedeckt sein, wie der Tatbestand der Öffnungsklausel reicht.³⁶ Dieser erfasst nur

Verarbeitungen, die zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgen.³⁷ § 23 KUG stellt jedoch nicht auf den Zweck der Veröffentlichung ab, sondern auf deren Inhalt. Demnach geht § 23 KUG über den Tatbestand des Art. 85 Abs. 2 DSGVO hinaus. So dürften Fotografien, die Personen als Beiwerk zeigen, gem. § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG auch zu anderen, als den in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Zwecken veröffentlicht werden. § 23 KUG muss also einschränkend so ausgelegt werden, dass dieser nur als Ausnahme für die Verarbeitungen heranzuziehen ist, die zu den in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Zwecken erfolgen.³⁸

Für nicht erfasste, andere Zwecke, also z. B. die Öffentlichkeitsarbeit von Vereinen, wäre wiederum allein Art. 6 DSGVO maßgeblich.³⁹ Eine Anwendung des § 23 KUG würde gegen den Anwendungsvorrang der DSGVO verstoßen. In diesem Zusammenhang käme es insoweit zu einer gespaltenen Anwendung des § 23 KUG.⁴⁰

4. Zulässigkeit der Veröffentlichung allein nach der DSGVO

Folgt man dagegen der Auffassung, dass die oben skizzierten Hürden für die Anwendbarkeit des KUG nicht durch Auslegung überwunden werden können, das KUG also nicht anzuwenden ist, so ist die Rechtmäßigkeit allein nach der DSGVO und daher maßgeblich anhand des Art. 6 DSGVO zu beurteilen.

Dies bedeutet nicht, dass sich das Ergebnis der Subsumtion im Hinblick auf viele Veröffentlichungen zwingend ändert. Die Bewertung der Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung der hier in Frage stehenden Fotografien dürfte sich, wie schon deren Anfertigung, in den meisten Fällen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO richten. Das Prüfungsprogramm sieht hier vor, dass 1. ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen an der Veröffentlichung des Bildnisses besteht, 2. die Veröffentlichung zur Wahrung der berechtigten Interessen erforderlich ist und 3. keine schutzwürdigen Interessen Dritter entgegenstehen.

Das Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Veröffentlichung kann hier wohl jedenfalls für die (wissenschaftlichen, künstlerischen, literarischen) Zwecke, die Art. 85 DSGVO nennt und welche letztlich aus der GRCh abgeleitet sind, angenommen werden. Im Rahmen der Erforderlichkeit der Verarbeitung ist zu prüfen, ob der Zweck auch auf anderem Wege, der weniger einschneidende Wirkung für die Betroffenen hat, zu erreichen ist. Dies dürfte, gerade wenn es sich bei dem Zweck um künstlerische Betätigung handelt, häufig nicht der Fall sein, da der Zweck gerade erst durch die Veröffentlichung erreicht wird („Wirkbereich“).

Weiterhin dürfen keine Interessen oder Grundrechte der Betroffenen entgegenstehen. Hierbei handelt es sich um

31 Klein (Fn. 14), S. 209.

32 Klein (Fn. 14), S. 182.

33 Schulz, in: Gierschmann et al. (Fn. 29), Art. 85 Rn. 64.

34 So i. E. OLG Köln, 18. 6. 2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501 ff. = https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2018/15_W_27_18_Beschluss_20180618.html, Tz. 6 u. 8; Pötters, in: Gola (Fn. 17), DSGVO, Art. 85 Rn. 18.

35 I. E. Specht, in: Sydow (Fn. 7), Art. 85 Rn. 11.

36 Klein (Fn. 14), S. 224; OLG Köln, 18. 6. 2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501 ff. = https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2018/15_W_27_18_Beschluss_20180618.html, Tz. 6.

37 Vgl. auch ErwG 153 S. 2.

38 Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner (Fn. 15), Art. 85 Rn. 12 sowie Specht, in: Sydow (Fn. 7), Art. 85 Rn. 16.

39 So auch Golz/Gössling, IPRB 2018, 68, 70.

40 Klein (Fn. 14), S. 222 u. 224.

eine Abwägung im engeren Sinne, vergleichbar mit derjenigen i. R. d. § 23 KUG.⁴¹ Ein wesentlicher Maßstab für diese Abwägung ist wiederum die Grundrechtecharta.⁴² Im Kern handelt es sich um eine Abwägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) gegen die oben genannten berechtigten Interessen, also um eine Grundrechtsabwägung.

Die Abwägung zu § 23 KUG beruht ebenfalls überwiegend auf einer Interessenabwägung, die sich an Grundrechtspositionen orientiert. Auch ist die Rechtsprechung hierzu schon heute europäisch geprägt.⁴³ Im Ergebnis kann diese unter diesem Gesichtspunkt daher zumindest teilweise zur Auslegung herangezogen werden.

Weiterhin sind nach Art. 52 Abs. 4 GRCh Grundrechte, die „sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, im Einklang mit diesen Überlieferungen auszulegen“. Das APR ist als gemeinsame Überlieferung einzustufen. Das KUG, welches seit über 100 Jahren gilt und letztlich das APR einfachgesetzlich ausgestaltet, kann ebenso als Teil einer „gemeinsamen Verfassungsüberlieferung“ angesehen werden, sodass für die Auslegung der Schranken, welchen das APR unterliegt, wiederum die zum KUG entwickelten Fallgruppen herangezogen werden können.

Zudem sind in diesem Rahmen auch die vernünftigen Erwartungen der Betroffenen und die Sphäre, in welcher diese betroffen sind, zu berücksichtigen.⁴⁴ In den hier in Frage stehenden Konstellationen dürften die Betroffenen häufig damit rechnen, dass sie abgelichtet werden können und dass diese Bilder ihren Weg z. B. in soziale Medien finden. Wer sich zu einem Sportevent, einem Konzert oder einer Sehenswürdigkeit begibt, dem ist diese Möglichkeit bewusst. Ebenso sind die Abgebildeten meist nur in ihrer Sozialsphäre betroffen. In Einzelfällen kann die Abwägung dagegen schwieriger sein, zum Beispiel, falls Personen auf solchen Bildern offensichtlich unvorteilhaft erfasst sind (z. B. stark betrunken). Solche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich aber auch i. R. d. § 23 Abs. 2 KUG. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass eine Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zwar umständlicher für den Veröffentlichenden ist, allerdings zu ebenso vertretbaren Ergebnissen wie § 23 KUG gelangen kann.

5. Vor- und Nachteile der Auffassungen

Vorteil der Regelung des § 23 KUG ist die im Hinblick auf die Rechtsicherheit erfreuliche Klarheit der Regelung sowie die umfangreiche Rechtsprechung hierzu.

Diese Vorteile werden nun allerdings durch die oben dargestellte gespaltene Auslegung stark relativiert. Denn zusätzlich zu der Prüfung des Tatbestandes des § 23 KUG bezüglich des Inhalts der Fotografie muss auch noch geprüft werden, ob die konkrete Verarbeitung einem der Zwecke des Art. 85 Abs. 2 DSGVO unterfällt. Es wären dann jeweils zwei Tatbestände zu prüfen. Die bislang bestehende, relative Rechtssicherheit dürfte, selbst wenn § 23 KUG nunmehr auf Art. 85 Abs. 2 DSGVO gestützt werden könnte, der Vergangenheit angehören. Die Auslegung des KUG müsste sich in Zukunft ebenfalls an europarechtlichen Vorgaben orientieren,⁴⁵ sodass auch dann zu prüfen wäre, welche Teile der deutschen Rechtsprechung heranziehbar sind.⁴⁶

Daher stellt sich die Frage, ob es nicht ohnehin vorzuzugswürdig ist, auch die Veröffentlichung – jedenfalls bis der

Gesetzgeber das Problem erkannt hat – nach Maßgabe des Art. 6 DSGVO zu beurteilen.

Im Ergebnis konnte oben unter 4. festgestellt werden, dass eine Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ebenso zu vertretbaren Ergebnissen wie § 23 KUG gelangen kann. Letztlich findet nach beiden Normen eine Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen statt. Diese hat in Zukunft nach europarechtlichen Vorgaben zu erfolgen. Die Einbeziehung der Rechtsprechung zur Abwägung nach dem KUG ist aber weiterhin zur Auslegung heranziehbar, da dieselben, aus Grundrechten abgeleiteten Interessen betroffen sind.

Großer Vorteil einer Lösung über Art. 6 DSGVO wäre es, dass Sachverhalte einheitlich, nämlich anhand des Art. 6 lit. f DSGVO beurteilt werden könnten. Es scheint also bis zu einer Anpassung durch den Gesetzgeber vorzugswürdig, die Rechtszersplitterung nicht noch weiter voranzutreiben und auch die Rechtfertigung der Veröffentlichung – wie schon die Anfertigung – anhand des Art. 6 DSGVO zu beurteilen.

V. Fazit und Regelungsbedarf

Die Datenerhebung, also das Anfertigen von Fotografien, ist in den meisten Fällen über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu rechtfertigen. Eine Informationspflicht gegenüber den Abgelichteten besteht nicht. Dies ergibt sich aus Art. 11 Abs. 1 DSGVO, hilfsweise aus Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO.

Die derzeitige Rechtslage in Bezug auf die Veröffentlichung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen ist überwiegend unsicher. Dies beruht insbesondere darauf, dass der deutsche Gesetzgeber bisher keinen ausdrücklichen Gebrauch von der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO gemacht hat. Selbst wenn man davon ausgeht, dass das KUG europarechtskonform ausgelegt und angewendet werden kann, so ist dies dennoch ein unbefriedigender Zustand, da dies nur für die in Art. 85 DSGVO genannten Zwecke möglich ist und für alle weiteren Zwecke Art. 6 DSGVO heranzuziehen ist. Es würde daher zu einer gespaltenen Anwendung des KUG und zu einer Fragmentierung der Rechtsgrundlagen kommen.

Daher ist es derzeit vorzugswürdig, die Veröffentlichung in allen Fällen ausschließlich nach der DSGVO zu beurteilen. Die Wertung des Art. 85 DSGVO und Teile der Rechtsprechung zu § 23 KUG können dann in die Rechtfertigung miteinbezogen werden.

Die Schaffung einer eindeutigen Rechtsgrundlage, die aufgrund des Art. 85 Abs. 2 DSGVO erlassen wird und sowohl die Anfertigung, wie auch die Veröffentlichung von Fotografien für die dort genannten Zwecke privilegiert, wäre allerdings schon im Sinne der Anwenderfreundlichkeit des Rechts angezeigt.

41 Entweder i. R. d. § 23 Abs. 2 KUG oder bereits bei § 23 Abs. 1 KUG auf Tatbestandsebene, vgl. IV.1.

42 Pötters, in: Gola (Fn. 17), Art. 1 Rn. 20 u. 98; Assion/Nolte/Veil, in: Gierschmann et al (Fn. 29), Art. 6 Rn. 140.

43 Bspw. durch die „Caroline“-Urteile des BVerfG, BGH und EGMR: EGMR, 24. 6. 2004 – 59320/00, NJW 2004, 2647 ff. sowie EGMR, 7. 2. 2012 – 40660/08, K&R 2012, 179 ff.; BGH, 19. 12. 1995 – VI ZR 15/95, BGHZ 131, 332 sowie BVerfG, 15. 12. 1999 – 1 BvR 653/96, BVerfGE 101, 361.

44 Assion/Nolte/Veil, in: Gierschmann et al (Fn. 29), Art. 6 Rn. 141 u. 142.

45 OLG Köln, 18. 6. 2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501 ff. = https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2018/15_W_27_18_Beschluss_20180618.html, Tz. 9.

46 Die Auslegung wird maßgeblich an europäischem Recht auszurichten sein, vgl. Flisek/Thiess, IPRB 2018, 112, 115.