

JProf. Dr. Anne Lauber-Rönsberg

Anwendbarkeit des KUG bei journalistischen Bildnisveröffentlichungen auch nach Inkrafttreten der DSGVO – Anmerkung zu OLG Köln, Beschluss vom 18.6.2018, Az. 15 W 27/18

Der Beschluss des OLG Köln ist eine der ersten deutschen Gerichtsentscheidungen zu der seit dem 25.5.2018 anwendbaren DSGVO. Er ist auch deswegen auf großes öffentliches Interesse gestoßen, weil er das sensible Spannungsfeld zwischen dem Datenschutz und den Kommunikationsfreiheiten betrifft. Bei näherem Hinsehen ist die Entscheidung zwar wenig überraschend, trägt aber in Bezug auf Datenverarbeitungen zu journalistischen Zwecken zu einer Klärung der Rechtslage und damit auch zu einer Versachlichung der Diskussion bei.

Das Verfahren betrifft einen Antrag auf Prozesskostenhilfe zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs gegen einen journalistischen Fernsehbeitrag des WDR, der vom LG Köln mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg gemäß § 114 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen wurde (LG Köln, Beschluss vom 20.5.2018, Az. 28 O 167/18). Hiergegen legte der Antragsteller sofortige Beschwerde ein, die jedoch erfolglos blieb.

Zur Begründung der geltend gemachten Persönlichkeitsrechtsverletzung berief sich der Antragsteller sowohl auf sein Recht am eigenen Bild aus § 22 KUG als auch auf sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach der DSGVO.

Es ist streitig, inwieweit Bildnisveröffentlichungen nunmehr allein der DSGVO unterfallen oder ob das KUG weiterhin Anwendung findet. Als EU-Verordnung kommt der DSGVO ein Anwendungsvorrang zu, soweit ihr Anwendungsbereich eröffnet ist. Nationales Recht, wie das KUG, ist somit nur noch dann anwendbar, wenn der Ordnungsgeber den Geltungsanspruch der Verordnung eingeschränkt und den Mitgliedstaaten durch eine Öffnungsklausel die Befugnis zur Konkretisierung der DSGVO oder zur Abweichung von ihren Regelungen eingeräumt hat.

Für Datenverarbeitungen zu journalistischen Zwecken enthält Art. 85 Abs. 2 DSGVO eine entsprechende Öffnungsklausel. Der als konkreter Regelungsauftrag ausgestaltete Art. 85 Abs. 2 DSGVO gibt den Mitgliedstaaten auf, für Datenverarbeitungen zu journalistischen oder wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken Abweichungen oder Ausnahmen von den Kapiteln II bis VII und IX vorzusehen, wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen. Der Begriff der journalistischen Tätigkeit ist im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH (EuGH MMR 2009, 175, 177 Rn. 58 – *Satamedia*) weit auszulegen (*Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 17; *Specht*, in: Sydow, DSGVO, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14).

Auf dieser Grundlage haben die für das Presserecht zuständigen Landesgesetzgeber die Datenverarbeitung durch Medien weitgehend – mit Ausnahme der Verpflichtung zu Integrität und Vertraulichkeit gemäß Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO sowie der Art. 24 und 32 DSGVO – aus dem

Anwendungsbereich der Kapitel II-VII und IX ausgenommen (s. §§ 9c, 57 RStV und die entsprechenden Regelungen in den Landesdatenschutzgesetzen bzw. Landesmediengesetzen). Solche sog. Medienprivilegien bestanden bereits nach früherer Rechtslage auf Grundlage von Art. 9 Datenschutz-RL 95/46 zum Schutz der für ein demokratisches Gemeinwesen konstitutiven Medienfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK, Art. 11 Abs. 1 S. 1 der Grundrechte-Charta (BGH GRUR 2010, 549, 552 Rn. 26 – Spiegel-Dossier). Dennoch entstand kein „rechtliches Vakuum“, da der Schutz der Persönlichkeitsrechte der durch die journalistische Berichterstattung Betroffenen durch das zivilrechtliche Äußerungsrecht, z.B. das KUG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB, gewährleistet wurde.

Wie das OLG Köln überzeugend ausführt, gilt das KUG weiterhin für Bildnisveröffentlichungen zu journalistischen Zwecken, obgleich das Gesetz eine bereits vor der DSGVO bestehende Altregelung ist (Rn. 6). Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum die Regelung, die als kompatibel mit den Vorgaben des Art. 9 Datenschutz-RL 95/46 angesehen wurde, dem wiederum Art. 85 Abs. 2 DSGVO nachgebildet ist, keine Anwendung mehr finden sollte. Insofern gilt weiterhin, dass das Äußerungsrecht als „materielles Datenschutzrecht“ einen Datenschutz bei medialen Datenverarbeitungen gewährleistet, die aufgrund der Freistellungen durch die sog. Medienprivilegien nicht von der DSGVO als Datenschutz i.e.S. erfasst werden. Streitig ist in Bezug auf Altregelungen allein, ob insoweit auch eine Notifizierungspflicht nach Art. 85 Abs. 3 DSGVO besteht (verneinend *Schulz/Heilmann*, in: Gierschmann et al., DSGVO, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 66; *Schlender-Vorwachs*, in: BeckOK Datenschutzrecht, 24. Edition, Stand: 01.08.2017, Art. 85 Rn. 32; bejahend *Grages*, in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 11; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14).

Das OLG Köln sieht das KUG als mit den Vorgaben des Art. 85 Abs. 2 DSGVO vereinbar an. Die DSGVO mache im Kern keine materiell-rechtlichen Vorgaben, sondern stelle nur auf die Erforderlichkeit zur Herbeiführung der praktischen Konkordanz zwischen Datenschutz einerseits und Äußerungs- und Kommunikationsfreiheit andererseits ab (Rn. 8). Dies steht auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, wonach zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung eine konkrete Abwägung der betroffenen Interessen im Einzelfall erforderlich ist (EuGH NJW 2016, 3579, 3582 Rn. 62 – Breyer/Deutschland; vgl. auch Erw. 4 DSGVO). Das KUG, das insbesondere in § 23 Abs. 1 und Abs. 2 KUG zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe wie den Begriff des „Bildnisses aus dem Bereiche der Zeitgeschichte“ enthält, wird diesen Anforderungen angesichts seiner Auslegungsoffenheit gerecht (so auch *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 584).

Zu Recht weist das OLG Köln auch darauf hin, dass der europäische Gesetzgeber in Erw. 153 DSGVO in diesem Bereich keine Vollharmonisierung anstrebt, sondern Unterschiede zwischen den nationalen Regelungen in Kauf nimmt (Rn. 9). Allerdings müsse die Abwägung nicht mehr allein nach Maßgabe der deutschen Grundrechte, sondern nunmehr unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Grundrechtspositionen erfolgen (Rn. 9; dazu s. auch *Schiedermair*, in: Ehmman/Selmayr, DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 8). Da sich die deutsche Rechtsprechung auch bislang schon an den Vorgaben der EMRK orientiert hat, die nach Art. 52 Abs. 3 GRCh auch für die DSGVO als Rechtserkenntnisquelle heranzuziehen ist (dazu *Kühling/Martini et al.*,

Die DSGVO und das nationale Recht, 288 f.), wird dies voraussichtlich nicht zu großen Abweichungen von der bisherigen Rechtsprechung führen.

Überzeugend kommt das OLG Köln zu dem Ergebnis, dass sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Bildnisveröffentlichungen zu journalistischen Zwecken weiterhin aus dem KUG ergeben. Da sich die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO nicht auf Kapitel VIII erstreckt, das Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen im Fall von Rechtsverstößen regelt, folgt ein (im vorliegenden Verfahren nicht relevanter) Anspruch auf Ersatz eines materiellen oder immateriellen Schadens allerdings auch aus Art. 82 DSGVO, der einen eigenen, direkt geltenden Schadensersatzanspruch eröffnet und Ansprüche aus dem nationalen Recht überlagert (*Quaas*, in: Brink/Wolff, BeckOK Datenschutzrecht, 24. Edition, Stand: 01.05.2017, Art. 82 DSGVO Rn. 3). Es bleibt daher abzuwarten, ob die differenzierte deutsche Rechtsprechung zu den Sanktionen bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten Bestand haben kann, z.B. die Beschränkung des Geldentschädigungsanspruchs auf schwerwiegende Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht (BGH ZUM-RD 2014, 145 Rn. 38 mwN.) und die Verneinung von Ansprüchen auf materiellen Schadensersatz bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Rahmen der redaktionellen Berichterstattung (BGH ZUM 2012, 474 Rn. 28, 32 – Unfalltote; zu den parallelen Erwägungen in Bezug auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch eine künstlerische Nutzung *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 590).

Als obiter dictum führt das OLG Köln aus, dass auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Rahmen der Öffnungsklausel des Art. 85 DSGVO weiterhin Anwendung finde (Rn. 9 unter Hinweis auf *Schulz/Heilmann*, in: Gierschmann et al., DSGVO, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8). Angesichts der gegenteiligen Stellungnahmen der Landesdatenschutzbeauftragten (Brandenburg, Verarbeitung personenbezogener Daten bei Fotografien – Rechtliche Anforderungen unter der DS-GVO, https://www.lida.brandenburg.de/media_fast/4055/RechtlicheAnforderungenFotografie.pdf (zuletzt abgerufen am 22.8.2018), S. 4; Hamburg, „Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus“, https://www.filmverband-suedwest.de/wp-content/uploads/2018/05/Vermerk_DSGVO.pdf (zuletzt abgerufen am 22.8.2018), S. 3 f.; ebenso *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 584) ist diese Feststellung sehr zu begrüßen. Die Anerkennung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch den BGH in der grundlegenden Leserbrief-Entscheidung aus dem Jahr 1954 (BGH NJW 1954, 1404) erfolgte vor der Anerkennung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch das BVerfG (dazu *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997, S. 119 f.). Bereits dieser Umstand zeigt, dass zwischen dem verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht und seiner zivilrechtlichen Gewährleistung zu differenzieren ist, was die genannten Stellungnahmen verkennen. Zwar werden die deutschen Grundrechte im Anwendungsbereich der DSGVO durch die Unions-Grundrechte, insbesondere Art. 7 und 8 GRCh, überlagert. Dies könnte zur Folge haben, dass das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht seine verfassungsrechtliche Stütze nunmehr nicht mehr nur in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, sondern auch in Art. 7 und 8 GRCh findet. Anders als die deutschen Grundrechte wird das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht jedoch – ebenso wie das spezielle KUG – nicht durch die DSGVO

verdrängt, soweit es sich als Regelung zum Ausgleich von Persönlichkeitsschutz und Kommunikationsfreiheiten in die Öffnungsklausel(n) des Art. 85 DSGVO einpasst.

Auch nach dieser Entscheidung des OLG Köln bleibt allerdings weiterhin die Frage offen, ob das KUG in Bezug auf nicht als journalistisch einzuordnende Bildnisveröffentlichungen – z.B. im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit (zu einem Imagefilm eines Unternehmens BAG NJW 2015, 2140), zu Werbezwecken und bei einer privat motivierten Kommunikation – anwendbar bleibt, oder ob Datenverarbeitungen zu den genannten Zwecken mittlerweile allein der DSGVO unterliegen. Auch diese Kommunikationsakte werden nach der Rechtsprechung grundsätzlich durch die Kommunikationsfreiheiten geschützt (s. zu Wirtschaftswerbung BGH NJW 2008, 3782, 3783 – Zerknitterte Zigarettenschachtel; EGMR NJW 2016, 781, 783 Rn. 45 – Ernst August von Hannover/Deutschland zu Art. 10 EMRK). Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO, dessen Regelungsauftrag nicht auf Datenverarbeitungen zu journalistischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecken beschränkt ist, eine eigenständige, weitere Öffnungsklausel darstellt und den Mitgliedstaaten eine zusätzliche, über die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Zwecke hinausgehende Regelungsbefugnis eröffnet (so *Schulz/Heilmann*, in: Gierschmann et al., DSGVO, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; *Hoidn*, in: Roßnagel, Europäische DS-GVO, § 4 Rn. 180; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub NJW 2017*, 1057 (1061 f.); *Lauber-Rönsberg*, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2. Aufl. 2018 (im Erscheinen), § 22 Rn. 41 ff). Nach anderer Ansicht ist Art. 85 Abs. 1 lediglich als Anpassungsauftrag ohne eigenständige Regelungsbefugnis zu verstehen (*Pötters*, in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5; *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, Art. 85 Rn. 12; *Specht*, in: Sydow, DSGVO, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 16; ebenso die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Merkblatt „Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotos nach dem 25. Mai 2018 im nicht-öffentlichen Bereich“, https://www.lfd.niedersachsen.de/download/132460/Merkblatt_zur_Anfertigung_und_Veroeffentlichung_von_Personenfotos_nach_dem_25_Mai_2018_im_nicht-oeffentlichen_Bereich.pdf (zuletzt abgerufen am 22.8.2018) sowie die oben genannten Stellungnahmen der Brandenburgischen Datenschutzbeauftragten und des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten). Gegen diese Ansicht spricht jedoch u.a., dass die DSGVO in ihrem Anwendungsbereich das nationale Recht ohnehin verdrängt, soweit keine Öffnungsklausel einschlägig ist, so dass sich die Sinnhaftigkeit eines Anpassungsauftrags nicht erschließt (ebenso *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582).

Falls der Gerichtshof die letztgenannte Auffassung bestätigen sollte und Bildnisveröffentlichungen der DSGVO unterfielen, würde sich die Zulässigkeit der Veröffentlichung von Fotografien ohne Einwilligung der abgebildeten Personen außerhalb der in Art. 85 Abs. 2 KUG genannten Zwecke nicht mehr nach § 23 KUG, sondern nach Art. 6 DSGVO richten. Problematisch wäre in der Praxis zudem, dass die abgebildeten Personen grds. nach Art. 13 DSGVO informiert werden müssten, sofern nicht Art. 14 DS-GVO einschlägig ist oder die Informationspflicht nach Art. 11 Abs. 1 DS-GVO entfällt. Eine den Vorgaben des Art. 13 DSGVO entsprechende Information dürfte Fotografien aber häufig unmöglich sein, z.B. bei Fotografien großer Menschenmengen oder von Sehenswürdigkeiten, auf denen dem Fotografen unbekannte Menschen als „Beiwerk“ zu sehen sind. Die genannten Stellungnahmen der Landesdatenschutzbeauftragten versuchen, diese Problematik durch eine extensive Auslegung des Anwendungsbereichs des Art. 14 DSGVO zu „entschärfen“.