

Datenschutzrecht

Jahrbuch 2015

herausgegeben

von

ao. Univ.-Prof. Dr. Dietmar Jahnel

Universität Salzburg
Fachbereich Öffentliches Recht



RECHT

Wien · Graz 2015

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

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

Es darf empfohlen werden, Beiträge aus dem Jahrbuch für Datenschutzrecht wie folgt zu zitieren: „[Autor/in], Titel des Beitrages, in: *Jahnel* (Hg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 15 (2015) [Seitenangabe].“

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-1062-6
NWV Verlag GmbH
Faradaygasse 6, 1030 Wien, Österreich
Tel.: +43 1 796 35 62-24, Fax: +43 1 796 35 62-25
E-Mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 24, 8010 Graz, Österreich
E-Mail: office@nwv.at
www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2015

Druck: Alwa & Deil, Wien
E-Mail: office@alwa-deil.at

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	3
A. Aufsatzteil	7
Gerhard KUNNERT	
„Sicherer Hafen“ oder Unterschlupf für „Datenpiraten“?	9
Clemens THIELE	
Die Trias von § 16 ABGB, § 78 UrhG und Datenschutz – Zum Verhältnis von Persönlichkeits-, Bildnis- und Datenschutz in der österreichischen Rechtsordnung.....	49
Peter NEUBÖCK	
„Auskunftsrecht bei Videoüberwachungen“	79
Lukas FEILER	
Risikoadäquate Datensicherheitsmaßnahmen gemäß § 14 DSGVO 2018 – Eine kritische Betrachtung	97
Gernot FRITZ	
Datenschutzrechtliche Implikationen des Vollzugs von Unternehmenstransaktionen	119
Julia RAITH	
Datenschutz im Due Diligence Verfahren.....	153
Rainer KNYRIM/Bernhard HORN	
Datenschutz und Social Media: Rechtskonformes politisches Campaigning	173
B. Serviceteil.....	187
Dietmar JAHNEL	
Datenschutzrecht: Judikaturübersicht 2014/2015	189
Dietmar JAHNEL	
Datenschutzrecht: Literaturübersicht 2014.....	203
Stichwortverzeichnis.....	209
Autoren und Herausgeber	211

Clemens THIELE

Die Trias von § 16 ABGB, § 78 UrhG und Datenschutz – Zum Verhältnis von Persönlichkeits-, Bildnis- und Datenschutz in der österreichischen Rechtsordnung

Inhaltsübersicht

1.	Einleitung.....	50
2.	Aus dem Charakter der Persönlichkeit – § 16 ABGB	50
2.1.	Besondere Persönlichkeitsrechte	50
2.2.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht.....	51
3.	Der Bildnisschutz des § 78 UrhG	52
3.1.	Allgemeines zum „Recht am eigenen Bild“.....	52
3.2.	Interessenverletzung	52
3.3.	Rechtsfolgen der Verletzung des Rechts am eigenen Bild.....	52
4.	Verhältnis von § 16 ABGB und § 78 UrhG	53
4.1.	„Sperrwirkung“ des § 78 UrhG?.....	53
4.2.	Relatives Bildherstellungsverbot	54
5.	Datenschutzrecht	54
5.1.	Bilddaten als personenbezogene Daten.....	54
5.2.	Zulässigkeit einer Datenverarbeitung	56
5.3.	Zwischenergebnis: Datenschutzrechtliches Verbotsprinzip versus (bildrechtliches) Interesseprinzip	57
5.4.	Household Exemption – Generelle Ausnahme aus dem Anwendungsbereich	57
5.5.	Medienprivileg des § 48 DSGVO 2000	58
	5.5.1. Grundstruktur	58
	5.5.2. Vorgaben des Art 9 DSRL	60
	5.5.3. Anwendung des Medienprivilegs	61
6.	Anwendungsfälle	62
6.1.	Nachgestellte Fotoaufnahmen.....	62
	6.1.1. Fake-Pictures	62
	6.1.2. Datenschutzrechtliche Beurteilung	65

6.2.	Veröffentlichung von Straftaten auf einer kritischen Vereinswebsite	66
6.2.1.	Strafrechtsbezogene Daten	66
6.2.2.	Anonymitätsinteresse, Schutz der Strafrechtspflege und Meinungsfreiheit	68
6.3.	SMS-Dienst für Einkommens- und Steuerdaten	69
6.3.1.	Umgang mit bereits veröffentlichten Personendaten	70
6.3.2.	Interessenabwägung nach § 48 DSGVO 2000	72
6.4.	Foto- oder Filmaufnahmen von Mitarbeitern auf der Unternehmenswebsite	73
6.4.1.	Ausgangsfälle	73
6.4.2.	Datenschutzrechtliche Beurteilung	75
6.4.2.1.	Während aufrechter Beschäftigungsverhältnis	75
6.4.2.2.	Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	76
6.4.2.3.	Resümee	77
7.	Zusammenfassung	78

1. Einleitung

Diese für manche Rechtsanwender, insbesondere aus der journalistischen Zunft, als „unheilige Dreifaltigkeit“ aufgefasste Trias bedarf spätestens seit dem Grundsatzurteil des 6. Senats¹ aus dem Jahr 2013 einer systematisch-dogmatischen Auseinandersetzung.²

Kann denn datenschutzrechtlich das durchgesetzt werden, was bildnisrechtlich aufgrund bewusster gesetzgeberischer Entscheidung nicht sein soll – und welche Rolle spielt der „Programmsatz“ von den „angeborenen, schon durch die Vernunft einleuchtenden Rechten“ dabei?

2. Aus dem Charakter der Persönlichkeit – § 16 ABGB

2.1. Besondere Persönlichkeitsrechte

Besondere Persönlichkeitsrechte sind gesetzlich ausgeformte Rechte, die besondere Persönlichkeitsaspekte schützen wie zB den Namen, die Ehre oder den guten Ruf einer Person. Sie weisen im Gegensatz zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht eine gewisse „sozialtypische Offenkundigkeit“ auf, sind also für jedermann „einleuchtend“.

1 OGH 27.2.2013, 6 Ob 256/12h (Zur Belustigung) = SZ 2013/25: Bereits die Herstellung eines Bildnisses kann einen unzulässigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen.

2 Erste Fragestellungen bereits bei *Hattenberger/Moser*, Das Verwenden von Bild-
daten: Datenschutz- „versus“ Urheberrecht? in: Jähnel (Hrsg), Datenschutzrecht und
E-Government. Jahrbuch 2012 (2012) 99, 119 ff.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht erfasst demgegenüber das Recht auf Selbstbestimmung in persönlichen Angelegenheiten jeder Art in einer Generalklausel. Gesetzlich ist es bloß rudimentär geregelt, aber nunmehr richterlich anerkannt. Seine Begründung und Berechtigung samt Einzelheiten der Abgrenzung zu den besonderen Persönlichkeitsrechten³ sind zT heftig umstritten.

Das zivile Höchstgericht betont in wiederholtem Maße die **Bedeutung des § 16 ABGB**, wonach jeder Mensch angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte hat und daher als eine Person zu betrachten ist. Dabei handelt es sich nach der zutreffenden Auffassung des OGH um eine „**Zentralnorm unserer Rechtsordnung**“. Das war nicht immer so. Abgesehen von einem kurzen „Aufflackern“ des Persönlichkeitsschutzes in den 1930er Jahren,⁴ betrachtete die hM⁵ die Bestimmung des § 16 ABGB lange als bloßen Programmsatz ohne praktische Bedeutung.

2.2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Die Frage, ob das österreichische Recht ein allgemeines Persönlichkeitsrecht kennt, war lange Zeit heftig umstritten. Obwohl das ABGB in naturrechtlicher Tradition entstanden war und *Franz von Zeiller* wie selbstverständlich von § 16 ABGB als dem Sitz eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ausging, das auf dem „Urrecht der Freiheit“ im Kant'schen Sinne beruhte, verneinte die historische Rechtsschule, allen voran *Unger*⁶ das Bestehen subjektiver Persönlichkeitsrechte überhaupt.

Für die jüngere Rsp⁷ anerkennt § 16 ABGB die Persönlichkeit als Grundwert. Die Bestimmung transportiert die verfassungsmäßig garantierten Grundrechte in das Privatrecht und ermöglicht als „Einfallspforte“ das jedermann angeborne Persönlichkeitsrecht auf Achtung seines Privatbereiches und seiner Geheimsphäre auch zivilrechtlich durchzusetzen. Wie *Franz Bydlinski*⁸ festhält, „führt es weiter, wenn man unter ‚Persönlichkeit‘ die Fähigkeit sieht, sich selbst positiv weiterzuentwickeln. Solche Entwicklungspotentialität, die von der Individualität der jeweils gegebenen spezifischen Kombination von der Eigenschaft des Indivi-

3 Vgl. einerseits *Zöchbauer*, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichung. Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 2013, 255; *Noll*, Aufnahmen verboten? ÖBI 2013, 196; *Bücheler*, Rechtsprechungswende im Bildnisschutz – Fotografierverbot? ÖBI 2013, 232; *Fischer*, AnwBl 2013, 476; andererseits *Hofmarcher*, (K)ein Fotografierverbot? eolex 2013, 548; *Rohrer*, Entscheidungsanmerkung, ÖJZ 2013, 734; *Karner*, Entscheidungsanmerkung ÖJZ 2013, 734; *Thiele*, Entscheidungsanmerkung, jusIT 2013, 85.

4 OGH 9.11.1932, 3 Ob 536/32 (Bierbezugsverträge) = Rsp 1932/359.

5 Zurückgehend auf *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I⁵ (1892), 496 ff und 504 ff; ebenso noch LGZ Wien 7.11.1966, 44 Cg 140/66 = ZVR 1967/190, zur Zulässigkeit der Arbeitsvermittlung unter Verneinung von Sklaverei oder Leibeigenschaft iSd § 16 ABGB.

6 System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I⁵ (1892), 496 ff und 504 ff.

7 Deutlich OGH 22.1.2014, 3 Ob 197/13m (GPS-Peilsender) = jusIT 2014/64, 140 (*Thiele*) = EvBl 2014/106 (*Brenn*): Aus dieser Norm erfließen in Verbindung mit anderen Normen (beispielsweise Art 8 EMRK, § 1 DSG 2000, § 77 UrhG) einzelne Persönlichkeitsrechte, die die verschiedenen Aspekte der Person betreffen und in ihrer Intensität und ihrem Schutzbereich verschieden sein können.

8 Die „Person“ im Recht in FS Peter Doralt (2005), 77, 80.

duums ausgeht, kommt aber dem Menschen im Allgemeinen zu, nicht bloß hoch qualifizierten. ... Man kann daher ‚Persönlichkeit‘ in diesem Sinn als eine normativ maßgebende Eigenschaft der Person verstehen. Damit ist gleichzeitig auf die aktuelle Individualität jedes Menschen hingewiesen, von der auch seine Entfaltungsfähigkeit abhängt.“

Unter Darlegung der rechtshistorischen (Fehl-)Entwicklung im 19. Jahrhundert gelangt Bydlinski⁹ schließlich zum Schluss: „Die individuelle Persönlichkeit samt ihrer Entwicklungsfähigkeit, vor allem aber Wille und Vernunft des Menschen konstituieren danach auch seine Menschen- oder Personenwürde als (rechtlich relevanten) Wert und fordern umfassende normative Anerkennung und Schutz“.

Damit lässt sich im Ergebnis ein „Rahmenrecht für das allgemeine Persönlichkeitsrecht“ festhalten, dessen ziviler Besitz durchaus im § 16 ABGB anzusiedeln ist.

3. Der Bildnisschutz des § 78 UrhG

3.1. Allgemeines zum „Recht am eigenen Bild“

Es handelt sich um ein **besonderes Persönlichkeitsrecht** (vgl § 16 ABGB), das aus historischen Gründen im Urheberrechtsgesetz 1936 geregelt ist. Es stellt kein Urheberrecht iES dar. Anders als in Deutschland (vgl § 22 KUG) gilt nicht das Verbotsprinzip, sondern das Interesseprinzip, dh grundsätzlich ist die Verbreitung von Personenbildnissen erlaubt, außer Persönlichkeitsinteressen des Abgebildeten werden verletzt.

§ 78 UrhG erfasst nur die Person, dh nur zugunsten von Menschen. Der Begriff des „Verbreiten“ bedeutet hier öffentlich machen, veröffentlichen, zB in der Zeitung, im Internet, in einer Zeitschrift, auf einem Plakat udgl.

3.2. Interessenverletzung

§ 78 UrhG schützt die Interessen des Abgebildeten, nicht den Abgebildeten selbst. Nach der auf die Gesetzmateriale zurückgreifenden Rsp¹⁰ sind berechnigte Interessen des Abgebildeten *jedenfalls* dann verletzt, wenn

- dieser durch die Abbildung *bloßgestellt, entwürdigt oder herabgesetzt* wird,
- sein *Privatleben preisgegeben* wird,
- die Abbildung sonst auf eine Art benützt wird, die *zu Missdeutungen Anlass geben* kann oder
- die Abbildung *zu Werbezwecken* verwendet wird.

3.3. Rechtsfolgen der Verletzung des Rechts am eigenen Bild

Das UrhG gewährt der in ihrem Bildnisschutz verletzten Person zivilrechtliche Ansprüche auf Unterlassung (§ 81 UrhG), Beseitigung (§ 82 UrhG), Urteilsveröffentlichung (§ 85 UrhG) und – bei Verschulden – auf Schadenersatz (§ 87 UrhG). Strafrechtliche Ansprüche sind ausgeschlossen; ebenso möglich ist ein

9 In FS Doralt, 77, 80.

10 Statt vieler A. Kodek in Kucsko, urheber.recht (2008) 1063 ff mwN.

Anspruch auf angemessenes Entgelt nach § 86 UrhG. Die Rsp lässt allerdings ungeachtet der abschließenden Regelung des UrhG unter bestimmten Voraussetzungen einen Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB zu. Ein solcher wurde in erster Linie bei Ausnützung des „geldwerten Bekanntheitsgrads“ des Abgebildeten – im allerdings sehr bescheidenen Umfang¹¹ – bejaht. Es erschien auch unbillig, denjenigen, der das Bild eines anderen, ohne dessen Zustimmung einzuholen, zu Werbezwecken verwendet und hieraus Nutzen zieht, besser zu stellen als denjenigen, der sich die Zustimmung des Abgebildeten gegen Zahlung eines Entgelts verschafft.¹²

4. Verhältnis von § 16 ABGB und § 78 UrhG

4.1. „Sperrwirkung“ des § 78 UrhG?

Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kommt eine durchaus supplierende Funktion im Verhältnis zum Bildnisschutz zu. Der Grundsatz der Spezialität würde zwar ein Verhältnis der Exklusivität nahe legen, aber der (auszufüllende) verfassungsrechtliche Rahmen des Art 1 GRC¹³ verlangt eine teleologische Reduktion des Spezialitätsprinzips zugunsten des Persönlichkeitsschutzes, nicht umgekehrt, wie dies ein Teil der Lehre¹⁴ offenbar vertritt: „Der Anwendungsbereich des DSG deckt folglich jenen des § 78 Abs 1 UrhG ab und geht über diesen hinaus. Dies spricht für den Vorrang des Bildnisschutzes – als *lex specialis* – gegenüber dem DSG“. Die Verfassungsnorm des § 1 DSG 2000 anhand der einfach-gesetzlichen Vorschrift des § 78 Abs 1 UrhG zu reduzieren, widerspricht nicht nur dem Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung, sondern verletzt offenkundig den Grundrechtsschutz des Art 8 GRC.

Die Rsp macht derartige Grundrechtsverzerrungen nicht mit, sondern hat bereits mit überzeugenden Argumenten festgehalten, dass lediglich als **Grundsatz** gilt: Wenn ein besonderes Persönlichkeitsrecht einen Sachverhalt abschließend regelt, geht es als *lex specialis* der Beurteilung nach § 16 ABGB vor. Im Übrigen kann und muss bei verfassungskonformer Interpretation das allgemeine Persönlichkeitsrecht die besonderen Persönlichkeitsrechte ergänzen:

- (1) § 78 UrhG schützt nur gegen die Verbreitung von Bildnissen, das allgemeine Privatrecht kann auch gegen die Aufnahme schützen.¹⁵
- (2) § 43 ABGB schützt den Namensträger nur bei Zuordnungsverwirrung, das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann den Namensträger bei Missbrauch ohne derartige Verwirrung schützen.¹⁶

11 Vgl den äußerst instruktiven Überblick von G. Korn, Das Entschädigungssystem, in Mayer (Hrsg), Persönlichkeitsschutz und Medienrecht (1999) 47, 152 ff.

12 So zutreffend A. Kodek in Kucsko, urheber.recht, 1082.

13 „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen“, ABl C 2012/326, 391.

14 Zöchbauer, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichung – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 2013, 255, 257 f.

15 OGH 27.2.2013, 6 Ob 256/12h (Zur Belustigung) =SZ 2013/25: Bereits die Herstellung eines Bildnisses kann einen unzulässigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen.

16 OGH 29.9.2009, 4 Ob 155/09m (Elisabeth F. II) = RdW 2010/96, 89 = MR 2010, 13.

Diese grundrechtskonforme Ansicht findet völlig zu Recht Zustimmung in der Lehre, die berücksichtigt, dass „man nicht unterstellen darf, dass eine persönlichkeitsrechtliche Sonderregel zur Unterschreitung des verfassungsgesetzlich Gebotenen führen soll“.¹⁷

4.2. Relatives Bildherstellungsverbot

Im Ergebnis führt eine verfassungskonforme Auslegung zu einem Verhältnis von besonderem Persönlichkeitsrecht und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, konkret zwischen dem Bildnisschutz des § 78 Abs 1 UrhG und § 16 ABGB, zu einem relativen Bildherstellungsverbot, das die datenschutzrechtlichen (§ 1 DSGVO 2000) und zugleich grundrechtlichen Wertungen der Art 1, 7 und 8 GRG gleichermaßen berücksichtigt.

Im Einzelfall kann daher die Herstellung eines Personenbildnisses erlaubt, die Veröffentlichung aber rechtswidrig sein und umgekehrt. Insoweit entspricht die Rechtslage beim Recht am eigenen Bild im Wesentlichen derjenigen beim Recht am eigenen Wort. Demnach kann auch bereits die Aufnahme des gesprochenen Worts – unabhängig von einer allfälligen späteren Verbreitung – eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Aufgenommenen darstellen.¹⁸ Die Gleichbehandlung von Bild- und Tondaten sieht ebenfalls bereits ErwGr 16 zur DS-RL vor.

Diese Abgrenzungsformel hat den Vorzug, keinen Widerspruch in den Rechtsfolgen auszulösen, sodass eine Voraussetzung für die Annahme einer normverdrängenden Konkurrenz (Gesetzeskonkurrenz) gar nicht besteht.¹⁹ Zum anderen vermeidet sie eine „juristische Geisterfahrt“ entgegen dem Stufenbau der Rechtsordnung. Sie nimmt schließlich keine teleologische Reduktion nach dem Grundsatz der Spezialität vor, sondern eine verfassungsmäßig gebotene Auslegung nach der Menschenwürde.

5. Datenschutzrecht

5.1. Bilddaten als personenbezogene Daten

Es sind nicht die Daten, die geschützt werden sollen, sondern die Persönlichkeit eines konkreten menschlichen Individuums, dessen Integrität und Entfaltungsmöglichkeiten („informationelle Selbstbestimmung“).²⁰ Den Menschen ist in der Informationsgesellschaft das Grundrecht auf Privatsphäre zu sichern.²¹

17 *Karner*, Entscheidungsanmerkung, ÖJZ 2013, 734.

18 Vgl OGH 21.10.1992, 9 Ob A 215/92, ÖJZ NRsp 1993/36 = JBI 1993, 338 = EvBl 1993/111 = SZ 65/134 = Arb 11.047; 27.9.2001, 6 Ob 190/01m, RdW 2002/289, 285 = SZ 74/168.

19 Vgl OGH 16.6.2011, 6 Ob 147/10a (DNA-Analyse) = MR 2011, 259 = JBI 2011, 785: zu § 1328a ABGB und § 16 ABGB.

20 Siehe *Berka*, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, 18. ÖJT Band I/1 (2012) 69, 84.

21 Vgl EuGH 24.11.2011, C-468/10, C-469/10 (ASNEF) = *justIT* 2012/29, 68 (*Thiele*): Vollharmonisierung.

Die grundrechtliche Schutzgewährung des Art 8 Abs 1 GRC²² und des § 1 Abs 1 DSGVO 2000 umfasst alle personenbezogenen Daten, unabhängig von der Art ihrer Speicherung, ihres Inhalts oder ihrer Sensibilität.²³

Das Aussehen einer Person ist zwar idR für andere allgemein erkennbar, es handelt sich jedoch nicht um allgemein verfügbare Daten iS des § 1 Abs 1 Satz 2 DSGVO.²⁴ Auf die bloße Tatsache der Veröffentlichung kommt es insofern nicht an,²⁵ es sind auch Daten geschützt, von denen man ohne Aufzeichnung Kenntnis erlangt.²⁶

Dass die Bilddaten (Aussehen) ebenso wie die Tondaten (Stimme) einer Person zu den **personenbezogenen Daten** gehören, dh zu den Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person,²⁷ sieht schon ErwGr 16 zur DS-RL ausdrücklich vor. Bilddaten von Personen (insbes Fotos, Videos) sind nach herrschender Meinung jedenfalls (bestimmbare) personenbezogene Daten, sofern der Personenbezug mit verhältnismäßigem Aufwand herstellbar ist.²⁸ Darüber hinaus könnte man bei Bildaufnahmen sogar von sensiblen Daten ausgehen, die gem § 4 Z 2 DSGVO 2000 als besonders schutzwürdig angesehen werden.²⁹ Zu beachten ist schließlich, dass die Wertungen des Datenschut-

22 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI C 2007/303, 1 idF ABI C 2012/326, 391.

23 Berka, Grundrecht auf Datenschutz 69.

24 OGH 28.11.2013, 6 Ob 165/13b (MSE-Aktenverwaltung) = Zak 2014/157, 82 = jusIT 2014/37, 73 (Bauer) = RdW 2014/229, 197 = JBI 2014, 401 = JUS Z/5508 = ÖJZ EvBI-LS 2014/49, 322 (Rohrer) = ZIR 2014, 317 = Dako 2015/16, 21.

25 EuGH 16.12.2008, C-73/07 (Satamedia) = jusIT 2009/13, 28 = RdW 2009/170, 207 = ARD 5936/4/2009 = EuGRZ 2009, 23 = MR-Int 2009, 14 (Wittmann) = ecolex 2009, 547.

26 Vgl auch insoweit Salimi in WK² DSGVO § 51 Rz 26 mwN.

27 Vgl Art 2 lit a DS-RL; EuGH 9.11.2010, C-92/09 (Schecke) = jusIT 2010/109, 226; 29.1.2008, C-275/06 (ProMusicae) = MR 2007, 433; 6.11.2003, C-101/01 (Lindqvist) = EuGRZ 2003, 714.

28 Vgl zB ErwG 16 DS-RL; DSK 12. 5. 2010, K202.094/0004-DSK/2010; 21. 1. 2009, K121.425/0003-DSK/2009; weiters LG Salzburg 29. 4. 2011, 49 BI 17/11v = jusIT 2011/89, 185 (Thiele); OLG Wien, 14.11.2013, 23 Bs 351/13f = MR 2014, 246 (krit Bauer); Bergauer, Heimliche Nacktaufnahmen und deren Veröffentlichung im Internet, jusIT 2015, 9; Thiele, Unbefugte Bildaufnahme und ihre Verbreitung im Internet – Braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-Paragrafen?, RZ 2007, 2 mwN; Bergauer/Schmölzer, Strafrecht, in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht³ (2012) 635 (715); Salimi in WK² DSGVO § 51 Rz 26 bzw 31; Jahnel in Jahnel (Hrsg), Jahrbuch 2008, 45; Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSGVO² § 4 Anm 2; ebenfalls Wach in SbgK § 107a Rz 48 (Stand: Mai 2008); Birkbauer/Hilf/Tipold, Strafrecht BT I² (2012) § 107a Rz 12; aA Schwaighofer in WK² § 107a Rz 26 mwN (Stand: November 2010); Reindl-Krauskopf, Cyberstrafrecht im Wandel, ÖJZ 2015, 112, 117.

29 Vgl Art 8 Abs 1 DS-RL; EuGH 6.11.2003, C-101/01 (Lindqvist) = EuGRZ 2003, 714 = MR 2004, 83 (Kronegger) = ÖJZ 2004/45, 741 (Hörlsberger) = ZER 2004/330, 93; siehe auch Thiele, RZ 2007, 2; Bergauer/Schmölzer in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht³, 715; Kunnert, Big Brother in U-Bahn, Bus und Bim. Videoaufzeichnung in öffentlichen Verkehrsmitteln aus datenschutzrechtlicher Sicht, juridikum 2006, 42; wohl auch DSK 21. 6. 2005, K507.515-021/0004-DVR/2005; aA Schmoller, Private Videoüberwachung – ein Beweismittel im Strafprozess?, in Bammer/Holzinger/Vogl/Wenda (Hrsg), Rechtsschutz gestern – heute – morgen, FS Machacek/Matscher (2008) 1065 (1069 f); Knyrim/Horn, Die Zulässigkeit der Verwendung von Mitarbeiteraufnahmen, Dako 2015, 7.

rechts sehr eng mit jenen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts übereinstimmen. Gerade die Verwendung von Bilddaten berührt das besondere Persönlichkeitsrecht des Rechtes am eigenen Bild.³⁰ Es bleibt dem Abgebildeten in Form eines Selbstbestimmungsrechtes vorbehalten, ob und wie sein Bild veröffentlicht wird. In Unternehmen wird sich der Beschäftigte regelmäßig damit einverstanden erklären müssen, bzw ergibt sich aus dem Gesetz nach § 9 Z 11 DSG eine Rechtfertigung dafür, dass sein Bild zB für einen Betriebsausweis genutzt wird. Soll es dagegen in einer Firmenbroschüre erscheinen, bedarf es dafür seiner freiwilligen Einwilligung.³¹ Der Beschäftigte kann also sein Abbild – nach der gesetzlichen Wertung – grundsätzlich auch geheim halten.

Demgegenüber hat die Rsp³² zu § 78 UrhG festgehalten, dass nicht übersehen werden darf, dass das Verhalten des Dienstgebers, ohne Rückfrage das Bild der ehemaligen Dienstnehmerin ins Internet zu geben und die Weigerung, dieses zu entfernen, einen Verstoß gegen den Bildnisschutz darstellt, der nicht mit der Treuepflicht des Dienstnehmers gerechtfertigt werden kann, da daraus eine Verpflichtung des Beschäftigten, dies zu dulden, nur bei aufrechtem Arbeitsverhältnis abgeleitet werden kann.

5.2. Zulässigkeit einer Datenverarbeitung

Jede Datenverarbeitung muss den in Art 6 DS-RL aufgestellten allgemeinen Grundsätzen für die Datenqualität („Datensicherheit“) und einem der in Art 7 DS-RL verankerten Grundsätze genügen.³³ Es gilt also das strikte **Verbotsprinzip** mit Ausnahmen.

Ausnahmen des Verbots der Verarbeitung einfach geschützter personenbezogener Daten bestehen bei

- Zustimmung des Betroffenen („Einwilligung“)³⁴
- ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage (zB Behördenhandeln)
- Wahrung überwiegender Interessen Dritter³⁵
- Wahrung überwiegender Interessen des Auftraggebers oder
- lebenswichtigen Interessen des Betroffenen.

Das Datenschutzrecht ist daher von einem Regel-Ausnahme-Prinzip geprägt. Um keine Datenschutzverletzung zu begehen, muss sich der Auftraggeber vergewissern, eine der oben genannten Rechtfertigungen zu erfüllen.

Bestehen keine Anwendungsausnahmen vom allgemeinen Datenschutzregime bedeutet dies im Einzelnen, dass

30 Siehe oben Pkt. III.

31 Deutlich LAG Schleswig-Holstein 23.6.2010, 3 Sa 72/10, MMR 2011, 482= K&R 2011, 69 (*Willert*); zur „verdünnten Willensfreiheit“ im Arbeitsverhältnis siehe DSK 23.11.2012, K213.137/0009-DSK/2012 (Kurzentrum) = jusIT 2013/8, 17 (*König*).

32 OGH 5.10.2000, 8 Ob A 136/00h, RdW 2001/254, 237 = ASoK 2001, 164 = infas 2001, A 20 = infas 2001, 43 = ARD 5241/32/2001; dazu *Thiele*, Verwendung von Mitarbeiterfotos auf Firmenwebsites, wbl 2002, 397 mwN.

33 Vgl EuGH 30.5.2013, C-342/12 (Worten) = jusIT 2013/69, 150 (*Thiele*) = wbl 2013/158, 450 = ARD 6379/5/2013 = infas 2014, E 3.

34 Vgl Art 2 lit h DS-RL; EuGH 5.5.2011, C-543/09 (Deutsche Telekom) = jusIT 2011/86, 179 (*Feiel*).

35 „Dritter“ iS des Art 2 lit f DS-RL.

- der Auftraggeber die Zulässigkeitsbedingungen der §§ 7, 8, 9 DSG beachten muss;
- die Datenanwendung idR vorab beim Datenverarbeitungsregister zu melden ist.

Die **Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen** bestehen lediglich gegenüber dem Auftraggeber, nicht gegenüber dem Dienstleister. Sie beinhalten ein Widerspruchsrecht mit Begründung³⁶ oder ohne Begründung nach § 28 Abs 2 DSG, dh einen Unterlassungsanspruch; das Recht auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung³⁷, mit anderen Worten einen Beseitigungsanspruch; sowie einen (ideellen) Schadenersatzanspruch nach § 33 DSG. Dabei garantiert das Unionsrecht eine effektive Rechtsdurchsetzung vor einer unabhängigen Kontrollstelle oder den ordentlichen Gerichten.³⁸ Diese Rechte können gegenüber Auftraggebern des Privatrechts im Zivilrechtsweg (Klägergerichtsstand nach § 32 DSG) geltend gemacht und durch einstweilige Verfügung ohne Gefahrenbescheinigung nach § 32 Abs 3 DSG gesichert werden.

5.3. Zwischenergebnis: Datenschutzrechtliches Verbotsprinzip versus (bildrechtliches) Interesseprinzip

Um es auf den Punkt zu bringen: Eine ganzheitliche juristische Beurteilung offenbart den diametralen Widerspruch zwischen dem Verbotsprinzip des DSG 2000 und dem Interesseprinzip des zivilen Bildnisschutzes. Fraglich ist nun, wie die festgestellten Normwidersprüche aufzulösen sind.³⁹ Dafür bieten sich – für die im Folgenden dargestellten Praxisfälle⁴⁰ – zwei Lösungsmöglichkeiten, dh Sonderdatenschutzregime, sog „Besondere Datenverarbeitungen“ an:

- (1) Private Zwecke (§ 45 DSG 2000)
- (2) Publizistische Tätigkeit (§ 48 DSG 2000)

Zu beachten ist, dass beide Ansätze vom Ergebnis her in der Praxis durchaus zu vergleichbaren Lösungen führen, dogmatisch aber völlig unterschiedlich sind. Die Verarbeitung von Bilddaten für „private Zwecke“ stellt eine echte Ausnahme vom Anwendungsbereich der DS-RL dar. Demgegenüber nimmt die Bilddatenverarbeitung nach § 48 DSG 2000 lediglich taxativ bestimmte Einzelvorschriften der DS-RL aus. In jedem Fall bleibt der grundrechtliche Rahmen der Art 1, 7, 8 und 11 GRC zu beachten.

5.4. Household Exemption – Generelle Ausnahme aus dem Anwendungsbereich

§ 45 DSG 2000 ermöglicht einer natürlichen Person als Auftraggeber die Verarbeitung von Bilddaten ausschließlich zu persönlichen oder familiären Zwecken.

36 Vgl Art 14 Abs 1 lit a DS-RL; § 28 Abs 1 DSG 2000.

37 Vgl Art 12 lit b DS-RL; § 27 DSG 2000.

38 Vgl Art 28 DS-RL; EuGH 9.3.2010, C-518/07, EuGRZ 2010, 58..

39 Diese Frage haben bereits *Hattenberger/Moser*, Jahrbuch Datenschutz 2012, 99, 121, gestellt, letztlich aber offen gelassen.

40 Dazu gleich unten Pkt. 6.

Die Voraussetzungen und die Reichweite der „Anwendungsausnahme“ des Art 3 Abs 2 DS-RL⁴¹ für eine Verarbeitung personenbezogener Daten, „die von einer natürlichen Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vorgenommen wird“ (sog „household exemption“), ist bereits Gegenstand einer Vorabentscheidung⁴² gewesen. Der Anwendungsbereich der DS-RL wird demzufolge allein anhand objektiver Kriterien bestimmt; auf die subjektive Zielrichtung, die einer Datenverarbeitung zugrunde liegt, mit anderen Worten auf die verfolgte Absicht kommt es nicht an.⁴³ Art 3 Abs 2 zweite Alternative DS-RL ist als Ausnahmebestimmung eng auszulegen.

Nach Ansicht des GA⁴⁴ handelt es sich bei den „persönlichen Tätigkeiten“ iS der zitierten Vorschrift um Tätigkeiten, die in enger und objektiver Verbindung mit dem Privatleben einer Person stehen und die Privatsphäre anderer nicht spürbar berühren. Der GA weist jedoch darauf hin, dass diese Tätigkeiten auch außerhalb der eigenen Wohnung stattfinden können.

Die weitere Rechtfertigungsalternative, die „familiären Tätigkeiten“, steht mit dem Familienleben in Verbindung und findet normalerweise innerhalb der Wohnung oder anderer von den Mitgliedern der Familie gemeinsam genutzter Orte statt.⁴⁵ Wichtig hierbei ist jedoch, dass es für die Anwendung dieser Ausnahme nicht ausreicht, dass die Tätigkeiten mit persönlichen oder familiären Tätigkeiten nur verbunden sind. Der Wortlaut ist eindeutig. Die Verbindung muss „*ausschließlich*“ sein.⁴⁶

Die Europäische Rsp⁴⁷ hat demzufolge entschieden, dass eine Videoüberwachung, die sich auf den öffentlichen Raum erstreckt, nicht als eine ausschließlich familiäre Tätigkeit angesehen werden kann, weil sie auch Personen erfasst, die eben in keiner Verbindung zu der betreffenden Familie stehen. Ebenso stellt die Verarbeitung personenbezogener Daten, die in deren Veröffentlichung im Internet besteht, so dass diese Daten einer unbegrenzten Zahl von Personen zugänglich gemacht werden, keine unter Art 3 Abs 2 DS-RL fallende Datenanwendung dar.⁴⁸

5.5. Medienprivileg des § 48 DSGVO 2000

5.5.1. Grundstruktur

Im Medienbereich kommt für den Umgang mit Daten (in Österreich) die Besonderheit dazu, dass § 48 DSGVO 2000 für „*publizistische Tätigkeit*“ sowohl im Bereich der Informationsbeschaffung, als auch der Informationsverbreitung eine eingeschränkte Anwendung des DSGVO 2000 vorsieht. Dies bedeutet für die Pra-

41 Umgesetzt in § 45 DSGVO.

42 EuGH 11.12.2014, C-212/13 (Rynes) = jusIT 2015/12, 36 (Thiele) = Dako 2015/12, 19.

43 Schlussantrag des Generalanwalts *Jääskinnen* in der Rs C-212/13 (Rynes) Rz 47, jusIT 2014/87, 185 (zust Thiele).

44 Rz 51 des SA unter Bezugnahme auf ErwGr 12 sowie GA *Tizzano* in Rs C-101/01 (Lindqvist), Rz 34 f, ECLI:EU:C:2002:513.

45 Rz 56 des SA.

46 Rz 53 des SA.

47 EuGH 11.12.2014, C-212/13 (Rynes) = jusIT 2015/12, 36 (Thiele) = Dako 2015/12, 19.

48 EuGH 06.11.2003, C-101/01 (Lindqvist) Rz 47 = EuGRZ 2003, 714.

xis, dass „Medienunternehmen, Mediendienste oder ihre Mitarbeiter Daten unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit“ verwenden dürfen und dabei lediglich an folgende einfachgesetzliche Datenschutzbestimmungen gebunden sind:

- Begriffsdefinitionen (§ 4 DSG 2000)
- Abgrenzung zwischen privatem und öffentlichem Bereich (§ 5 DSG 2000)
- Grundsätze des Datenschutzrechts (§ 6 DSG 2000)
- Auftragsdatenverarbeitung (Dienstleisterverhältnis; §§ 10, 11 DSG 2000)
- Datensicherheitsmaßnahmen (§ 14 DSG 2000)
- Datengeheimnis (§ 15 DSG 2000)

Darüber hinaus ist zu beachten, dass das Medienprivileg des § 48 DSG 2000 die darin genannten Unternehmen und Personen als Auftraggeber einer Bild- datenverarbeitung nur von der Einhaltung der meisten einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSG 2000 freistellt, nicht aber von der Geltung des Grundrechtes auf Datenschutz nach § 1 Abs 2 DSG 2000.⁴⁹

Das **Datenschutzstrafrecht** gilt auch im Anwendungsbereich des Medienprivilegs nach § 48 DSG 2000. Die DSG-Nov 2010⁵⁰ hat die „Datenverwendung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht“ des § 51 DSG aufgewertet und zum Officialdelikt gemacht.⁵¹ Neben der Grundrechtsabwägung gemäß § 48 Abs 2 DSG sind das datenschutzrechtliche Instrumentarium der §§ 26 ff DSG ebenso wie der 10. Abschnitt des DSG 2000 is eines effektiven Grundrechtsschutzes zu beachten. Das „publizistische Sonderdatenschutzrecht“ substituiert lediglich die Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 7 bis 9 DSG 2000 durch die in § 48 Abs 2 und 3 DSG 2000 beschriebenen. Dies führt zB zu einer vereinfachten Rechtswidrigkeitsprüfung (arg. „widerrechtlich erlangt ...“)⁵² im Rahmen des § 51 DSG 2000.

Nach herrschender Lehre⁵³ ist das **berufsständisch ausgeformte Medienprivileg des § 48 DSG 2000** einerseits **verfassungswidrig** und andererseits **unionsrechtswidrig**; ein Teil der (jüngeren) Lehre hält mE zutreffend § 48 DSG 2000 aber einer geltungserhaltenden Auslegung zugänglich.⁵⁴ Dies deshalb, weil das österreichische Begriffsverständnis (des MedienG) für „Medienunternehmen,

49 *Berka*, aaO, 79, 85; *Berthou*, jusIT 2013, 11, 15 f.

50 BGBl I 2009/133.

51 Deutlich zu den Konsequenzen LG Salzburg 29.4.2011, 49 BI 17/11v (Toilettenbesuch) = jusIT 2011/89, 185 (*Thiele*).

52 Vgl *Bergauer*, Änderungen der strafrechtsrelevanten Bestimmungen des DSG 2000 durch die Novelle 2010, in: Jahnel (Hrsg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2010 (2010), 73; *derselbe*, Rezension der Kommentierung *Salimis* in WK² zu DSG § 51, jusIT 2012, 155.

53 *Jahnel*, Publizistische Tätigkeit und Datenschutzrecht in: Jahnel (Hrsg), Datenschutzrecht und E-Government Jahrbuch 2009 (2009), 79; *Berka*, Welchen Beitrag leistet das Datenschutzrecht zum Persönlichkeitsschutz? in: *Berka/Grabenwarter/Holoubek* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz in elektronischen Massenmedien (2012) 79, 83 ff; *Berthou*, § 48 DSG – Datenschutz vs Medienfreiheit im unionsrechtlichen Kontext, jusIT 2013, 11, 14 hält eine richtlinienkonforme Interpretation von § 48 DSG 2000 für ausgeschlossen und gelangt zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 9 DSRL (ebenso *Rami*, Österreichische Medienprivilegien unter den Messern des EuGH und des EGMR, ÖJZ 2015, 533, 534).

54 So *Herzig*, „Medienprivileg“ nach § 48 DSG und nach Art 9 der Datenschutzrichtlinie: Eine Case Study zur richtlinienkonformen Auslegung des österreichischen Datenschutzrechts, in: Jahnel (Hrsg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2014 (2014), 281 mwN.

Mediendienste oder ihre Mitarbeiter“ zwar von einer wirtschaftlichen Organisationseinheit ausgeht, dh einem Mindestmaß an unternehmerischen Strukturen, deren inhaltlicher Hauptzweck die Gestaltung eines Mediums (Print- oder Onlinemediums) darstellt; aber die Begrifflichkeiten des § 48 DSGVO 2000 eigenständig sind, dh einen datenschutzrechtlichen Gehalt haben. Die Vorschrift widerspricht bei einer an mediengesetzlichen Begriffen orientierten Auslegung Art 9 DSRL, der Ausnahmestimmungen für jede Person vorsieht, die journalistisch tätig ist.⁵⁵ Die unvollständige Umsetzung des Art 9 DSRL besteht also darin, das Medienprivileg des § 48 DSGVO 2000 nicht auch Privatpersonen (Websitebetreibern, Bloggern, Facebook-Accountinhabern udgl), Non-Governmental-Organisations, Vereine, Unternehmen außerhalb der Medienbranche und juristischen Personen öffentlichen Rechts, sofern sie journalistisch tätig sind, zugänglich zu machen.⁵⁶

Gleichwohl können die vom Wortlaut des § 48 Abs 1 DSGVO 2000 vorgegebenen Begriffe „Medienunternehmen, Mediendienste oder ihre Mitarbeiter“ in einem eigenständigen, von Art 9 DS-RL geprägten Sinn verstanden werden. Privilegiert ist der jeweilige Auftraggeber der Bilddatenverarbeitung, bei dem es sich um eine natürliche oder juristische Person handeln kann. Die Bilddatenverarbeitung muss allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgen, wobei für deren Zulässigkeit eine Grundrechtsabwägung zwischen dem Recht auf Privatsphäre und der Freiheit der Meinungsäußerung vorzunehmen ist.

5.5.2. Vorgaben des Art 9 DSRL

Um den abwägenden Ausgleich zwischen dem Schutz der Privatsphäre und der Meinungsfreiheit im Lichte des Grundrechts auf Datenschutz nach § 1 Abs 1 DSGVO 2000 vorzunehmen, bedarf es zunächst eines Rückgriffs auf die unionsrechtliche Bestimmung des Art 9 DSRL.

Nach ErwGr 17 der DS-RL finden die Grundsätze der Richtlinie gemäß Art 9 DS-RL eingeschränkt Anwendung bezüglich der Verarbeitung von Ton- und Bilddaten für journalistische Zwecke, insbesondere im audio-visuellen Bereich.

Als sachliche Komponente fordert die unionsrechtliche Bestimmung des Art 9 DS-RL die Veröffentlichung von Daten (allein) für einen „journalistischen Zweck“. Dieser besteht lediglich in der Verbreitung von Informationen, Meinungen und Ideen in der Öffentlichkeit.⁵⁷ Dies bedeutet, dass es zur Eröffnung des Schutzbereiches von Art 9 DS-RL nicht auf den Inhalt der Veröffentlichung oder auf eine bestimmte Organisationsstruktur des journalistisch Tätigen ankommt. Nach einem Teil der Lehre⁵⁸ erfasst die journalistische Informationsfreiheit auch das Ermitteln und Speichern von Daten zu Recherchezwecken.

Demgegenüber vertritt ein anderer Teil der Lehre⁵⁹ die Auffassung, dass ein Medienunternehmen, das sein Archiv allen Interessierten als Informationsquelle

55 EuGH 16.12.2008, C-73/07 (Satamedia), Rz 58 = *jusIT* 2008/107, 221 (*Jahnel*); insoweit gleichsinnig *Rami*, *ÖJZ* 2015, 533, 534.

56 *Hattenberger/Hoi*, Ein „Medienprivileg“ für alle und für alles? in: *Jahnel* (Hrsg), *Datenschutzrecht. Jahrbuch 2014* (2014) 251, 266 mwN.

57 EuGH 16.12.2008, C-73/07 (Satamedia), Rz 61 f.

58 *Berthou*, *jusIT* 2013, 11, 14; *Kahlert*, „Steuergeheimnis“ auf Finnisch – Zur Abwägung von Datenschutz gegen Pressefreiheit, *ELR* 2009, 67, 70.

59 *Pollire/Weiss/Knyrim*, *Datenschutzgesetz Kommentar*² § 48 Anm 5.

zur Verfügung stellt, den Vorschriften des DSG wie andere gewerbliche Unternehmen in vollem Umfang unterliegt.

Die Vorschrift des Art 9 DSRL wurde von der Europäischen Rsp⁶⁰ bereits konkretisiert. Zum **Anwendungsbereich** ist zunächst festzuhalten, dass

- **journalistische Zwecke** nicht auf die Tätigkeit institutionalisierter Medien beschränkt sind, sondern
 - alle Personen betreffen, die *journalistisch tätig* sind. Die „journalistische Tätigkeit“ ist die Datenverwendung mit dem Zweck, der Verbreitung von Informationen, Meinungen und Ideen in der Öffentlichkeit.
 - *grundsätzlich nicht ausgeschlossen*: für SMS-Mitteilungen über Steuer- und Einkommensdaten anderer, wobei die Daten aus Dokumenten stammen, die nach den nationalen Rechtsvorschriften öffentlich sind⁶¹
 - *grundsätzlich verneint*: keine journalistische Tätigkeit liegt bei einer vom Betreiber einer Suchmaschine ausgeführten Verarbeitung vor.⁶²
- Entgegen dem Wortlaut muss es sich **nicht** um eine Verarbeitung **allein** zu journalistischen Zwecken handeln, so schadet Gewinnerzielungsabsicht ausdrücklich nicht.⁶³ „Allein“ ist eben nicht gleichzusetzen mit „ausschließlich“.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass bei Eingreifen des Medienprivilegs iS des Art 9 DS-RL, die spezifische datenschutzrechtliche (Verbots-)Haftung entfällt und eine die Privatsphäre beeinträchtigende Online-Veröffentlichungen lediglich nach verfassungs- und unionsrechtlich gebotenen Interessenabwägungen zu beurteilen sind. Das strikte datenschutzrechtliche Verbotsprinzip weicht insofern einer am Grundrecht der Meinungsfreiheit und dem Schutz der Privatsphäre orientiertem Interesseprinzip.

5.5.3. Anwendung des Medienprivilegs

Selbst Medienunternehmen und Mediendienste haben immer das Grundrecht auf Datenschutz zu beachten.⁶⁴ § 1 DSG 2000 gilt nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 48 DSG 2000 auch für die publizistische Tätigkeit. Der dadurch begründete **Grundrechtskonflikt** zwischen der Veröffentlichung von personenbezogenen Daten zu journalistischen Zwecken unter Wahrung der Privat- oder Intimsphäre der Betroffenen ist zwar in jedem Einzelfall auszutarieren, jedoch macht Art 9 DSRL zu einigen zentralen Punkten der Konfliktlösung rechtsverbindliche Vorgaben. Für die Anwendung des Datenschutzrechts im Bereich der Medien ist daher folgendes zu berücksichtigen.⁶⁵

60 EuGH 16.12.2008, C-73/07 (Satamedia) = jusIT 2009/13, 28 (Jahnel).

61 EuGH 16.12.2008, C-73/07 (Satamedia), Rz 61.

62 EuGH 13.5.2014, C-131/12 (Google Spain) Rz 85 = jusIT 2014/72, 149 (Jahnel) = Dako 2014/11, 21 = SWI 2014, 293 = ZIR-Slg 2014/81, 203 = ZIR 2014, 204 (König).

63 EuGH 8.5.2008, C-73/07 (Satamedia), Rz 59, 82.

64 So bereits DSK 27.2.2004, K120.867/0001-DSK/2004 (Landespressediens Kärnten) = RIDA-Nr 0154209 mwN.

65 Empfehlung 1/97 der Art 29 Gruppe vom 25.2.1997; vgl auch Thiele, Darf ein Bürgermeister via Facebook Vandalen jagen? Zugleich ein Beitrag zum Datenschutz für Medienunternehmen, in: Jahnel (Hrsg), Datenschutzrecht und E-Government. Jahrbuch 2013 (2013) 123.

- **Verhältnismäßigkeit:** Ausnahmen und Freistellungen nach Maßgabe von Art 9 DSRL müssen verhältnismäßig sein. Sie dürfen nur im Bezug auf Bestimmungen gewährt werden, die die freie Meinungsäußerung beeinträchtigen könnten, und nur soweit dies für die tatsächliche Ausübung dieses Rechts erforderlich ist; dabei ist das Recht auf Privatsphäre der betroffenen Person angemessen zu wahren.
- **Sachliche Zweckgebundenheit:** Art 9 DSRL wahrt das Recht des Einzelnen auf freie Meinungsäußerung. Ausnahmen und Freistellungen von Art 9 DSRL können nicht den Medien oder Journalisten als solchen gewährt werden, sondern nur für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken.
- **Notwendigkeit/Erforderlichkeit:** Ausnahmen und Freistellungen gelten nur für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen (redaktionellen) Zwecken einschließlich der elektronischen Veröffentlichung. Jede andere Form der Datenverarbeitung durch Journalisten oder Medien unterliegt den allgemeinen Richtlinienbestimmungen. Diese Differenzierung ist vor allem für die elektronische Veröffentlichung relevant. Die Verarbeitung personenbezogener Daten von Abonnenten zu Fakturierungszwecken oder für das Direktmarketing (einschließlich der Verarbeitung von Daten über die Inanspruchnahme der Medien zur Erstellung von Verbraucherprofilen) fällt unter den allgemeinen Datenschutz. Die Richtlinie verlangt einen Ausgleich zwischen Grundrechten.

In jedem Fall hat der Einzelne bei Verletzung der ihm zustehenden Rechte Anspruch auf einen angemessenen Rechtsschutz. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit sind die bestehenden ethischen und beruflichen Pflichten der Journalisten⁶⁶ sowie die vom Berufsstand selbst organisierte Aufsicht⁶⁷ zu berücksichtigen.

6. Anwendungsfälle

6.1. Nachgestellte Fotoaufnahmen

Ausgehend von einem *Kärntner Faschingsfall*⁶⁸ stellt sich die Beurteilung des Zusammenspiels von § 78 Abs 1 UrhG, § 16 ABGB und dem Datenschutzrecht in durchaus interessanter Konstellation:

6.1.1. Fake-Pictures

Der spätere Kläger, DI Uwe Scheuch, war erster Landeshauptmann-Stellvertreter von Kärnten. Die Beklagte war Medieninhaberin der Zeitung „Öster-

66 Vgl § 29 MedienG.

67 Vgl die „Grundsätze für die publizistische Arbeit“ des Österreichischen Presserats („Ehrenkodex für die österreichische Presse“); dazu OGH 17.9.2014, 4 Ob 62/14t (Schifahrerwerbung) = wbl 2014/246, 715.

68 OGH 11.5.2012, 4 Ob 51/12x (Negermami/Faschingsumzug) = MR 2012, 134 = JBI 2012, 511 = ZUM-RD 2012, 652 = ÖBI-LS 2012/70/71/72 = ecolex 2012/365, 902 (Schumacher) = ÖBI 2013/19, 85 = ZVR 2013/42, 76 (Danzl).

reich“ und veröffentlichte am 13.2.2010 auf Seite 14 der Kärnten-Ausgabe folgendes Foto



© APA (Daniel Raunig)

mit ua folgendem Begleittext: „Nach ‚Negermami-Auftritt‘ 2009 sagt Dörfler heuer wegen Terminproblemen ab“. Tatsächlich war der Kläger nicht als die dunkelhäutige Frau verkleidet, der Mann mit den schwarzen Brüsten sah dem Vize-Landeshauptmann nur ähnlich. Das Lichtbild entstand bereits beim Villacher Faschingsumzug im Jahr 2009. Kärntens Landeshauptmann Gerhard Dörfler ließ sich dabei in einer Pose ablichten, die nahelegt, dass er an der Brust eines schwarz geschminkten, als Frau verkleideten Mannes saugen möchte. Die beklagte Zeitung „Österreich“ druckte ein Jahr nach dem Umzug das Bild vom Fasching mit den Worten ab „Politiker (großes Bild: Dörfler und Scheuch) und Besucher unterhielten sich beim Villacher Umzug 2009 bestens“, da die Redaktion irrtümlich der Meinung war, die „dunkelhäutige Afrikanerin“ wäre der verkleidete Kläger.

In seiner Klage forderte DI Scheuch, dass die Zeitung die Behauptung unterlassen sollte, wonach er auf dem Foto abgebildet sei. Zudem dürfte sie ihn nicht als „Negermami“ bezeichnen. Überdies verlangte der Vize-Landeshauptmann eine Entschädigung in Höhe von (symbolischen) EUR 1.000,-, denn schließlich hätte er „in seiner politischen Stellung Würde und Ansehen zu wahren“. Er hätte aber durch das Foto, auf das er mehrfach angesprochen wurde, immaterielle Nachteile erlitten. Die beklagte Zeitung berief sich auf die Presse- und Meinungsfreiheit sowie darauf, dass die Frage, ob und wie sich der Kläger bei einer Faschingsveranstaltung verkleidet hätte, ein – von Politikern hinzunehmendes – „humoristisches Detail“ wäre.

Das Erstgericht gab der Klage vollinhaltlich statt; die Berufungsinstanz bestätigte das Unterlassungsurteil, wies aber das Entschädigungsbegehren ab.

Der OGH hatte ua zu klären, ob der Schutz des § 78 UrhG auch einer Person zustand, von der im Bildbegleittext unrichtig behauptet wird, das Bild zeige sie?

Der OGH kam zum Schluss, dass die Bestimmungen des § 78 iVm §§ 81 ff UrhG hier nicht zur Anwendung gelangten. Der darin vorgesehene Bildnisschutz griffe nämlich nur dann ein, wenn die Person selbst auf dem Bild zu sehen ist – und Uwe Scheuch war nun einmal nicht abgebildet. Daher könnte es auch keine Entschädigung nach § 87 UrhG geben. Die klägerischen Ansprüche aus dem Titel des Schadenersatzes gestützt auf § 1328a ABGB oder §§ 6 ff MedienG bzw § 33 DSG scheiterten ebenfalls. § 1328a ABGB legt fest, dass jemand, der die Privatsphäre eines anderen verletzt, den dadurch entstandenen Schaden ersetzen muss. Allerdings: Die Teilnahme an einem öffentlichen Faschingsumzug zählte (etwa im Gegensatz zum Intimleben oder zur geschlechtlichen Orientierung) nicht zur Privatsphäre des Menschen. Daher verletzte der falsche Zeitungsbericht hier nicht die Privatsphäre des Klägers.

Dass aber die Unterlassungsklage bestätigt wurde, ergibt sich bereits aus § 16 ABGB: Dieser legt fest, dass jeder Mensch „angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ hat. Dieser Persönlichkeitsschutz war verletzt worden, wenn der Vize-Landeshauptmann zu Unrecht mit dem Foto in Zusammenhang gebracht wird, meinten die Höchststrichter.

Das vorliegende Urteil macht einmal mehr deutlich, dass es bei einer Bildnisveröffentlichung ganz entscheidend auf den jeweiligen Begleittext ankommt. Die Bildberichterstattung verletzt immer dann den Betroffenen, der keineswegs abgebildet sein muss, in seinem Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB, wenn ihm ein Bild zugeordnet wird, das ihn zwar nicht zeige, von dem aber gegenüber dem Publikum erklärt werde, es handle sich um den Betroffenen. Vor kurzem hat das Höchstgericht⁶⁹ in einem vergleichbaren Fall ausgesprochen, dass die „versehentliche“ Bildnisveröffentlichung, indem auf gut Glück im Internet ein Foto zur Illustration eigener Berichte gesucht wurde, um dem Abgebildeten dann einen „suicide by cop“ zu unterstellen, mit anderen Worten ihn medial für tot zu erklären, zu einer schwerwiegenden Kränkung seiner Persönlichkeit führt. Der unberechtigte Vorwurf des Selbstmordes, noch dazu an den medialen Pranger gestellt, stellt fraglos eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung dar, die zu einer Schadenersatzverpflichtung der Medien führt.⁷⁰

Im gegenständlichen Fall zeigte sich der 4. Senat zurückhaltender und beließ es bei dem aus dem Namensrecht des § 43 ABGB, also einem weiteren besonderen Persönlichkeitsrecht, abgeleiteten Veröffentlichungsverbot. Eine Verletzung liegt regelmäßig vor, wenn über den Namensträger etwas Unrichtiges ausgesagt wird, das sein Ansehen und seinen guten Ruf beeinträchtigt, ihn bloßstellt oder lächerlich macht. Damit zieht der OGH die Parallele zu § 78 UrhG.⁷¹ Wird der Name in einem Medium genannt, dann sind das in der Namensanonymität konkretisierte Persönlichkeitsrecht und der Schutz der Privatsphäre gegen das Informationsinteresse abzuwägen. Ist die Namensnennung nicht gesetzlich verboten und hat der Namensträger einen sachlichen Anlass zur Nennung seines Namens gegeben, dann wiegt das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit regelmäßig schwerer als der Schutz der Privatsphäre.⁷²

69 OGH 28.2.2012, 4 Ob 153/11w (Christoph S) = *justIT* 2012/46, 99 (*Thiele*).

70 OGH 28.2.2012, 4 Ob 153/11w (Christoph S) = *justIT* 2012/46, 99 (*Thiele*).

71 Vgl statt vieler A. *Kodek* in Kucsko, *urheber.recht* (2008) 1065 f mwN.

72 Vgl bereits OGH 23.9.2004, 6 Ob 92/04d (Frächter-Affäre) = *MR* 2004, 396 = *RdW* 2005/206, 163; 18.12.1998, 6 Ob 306/98p, *EFSlg* 85.845.

Kritisch anzumerken bleibt, dass nach dem vorliegenden Urteil die Teilnahme an einem öffentlichen Faschingsumzug nicht zur Privatsphäre eines Menschen zählt; dies mag für einen führenden Landespolitiker zutreffen, ist es doch für ihn *part of the game*. Ein Zeitungsbericht über die Teilnahme einer Person an einem solchen Umzug – mag er richtig sein oder auch nicht – kann aber mE uU durchaus in die Privatsphäre eines Menschen eingreifen oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbaren, für die Geheimnisschutz bestehen kann, wenn die ausschließliche Privatheit iS des § 45 DSG verlassen wird.⁷³

Der beanstandete Bericht erfüllt aber jedenfalls keine der in § 1328a Abs 1 ABGB umschriebenen Begehungsweisen, und ist auch im Übrigen keine taugliche Anspruchsgrundlage für den vom Kläger geltend gemachten Entschädigungsanspruch erfüllt worden.⁷⁴

6.1.2. Datenschutzrechtliche Beurteilung

Das vorliegende Urteil als schadenersatzrechtlichen Freibrief für unwahre Bildnisveröffentlichungen, auf denen der Betroffene nicht abgebildet ist, zB Karikaturen odgl, zu werten, ist mE der falsche Schluss. Die Grenze der Anwendbarkeit des § 78 UrhG bildet stets die Erkennbarkeit, die auch durch die Begleitumstände bewirkt werden kann.⁷⁵ Abgesehen davon bieten § 43 ABGB, aber letztlich auch § 16 ABGB ausreichend Möglichkeiten, um gegen eine kompromittierende oder schlichtweg beleidigende Fotoberichterstattung vorzugehen.⁷⁶ Darüber hinaus darf das datenschutzrechtliche Instrumentarium nicht unterschätzt werden.⁷⁷

Eine Privilegierung für die Medieninhaberin nach § 45 DSG 2000 kommt von vornherein nicht in Betracht, war doch die beklagte M-GmbH, demnach eine juristische Person, Auftraggeberin der Bildnisveröffentlichung. Eine **nach § 48 DSG 2000 vorzunehmende Interessenabwägung** läuft im konkreten Fall mit der nach § 16 iVm § 43 ABGB vorgenommenen parallel. Die vom Höchstgericht gefundene Lösung ist daher auch datenschutzrechtlich nicht zu beanstanden. Sie ist auch nicht um einen immateriellen Schadenersatz nach § 33 Abs 1 DSG 2000 zu ergänzen.

Nunmehr ist höchstgerichtlich geklärt, dass der Unterlassungsanspruch gegen eine ungerechtfertigte Bildberichterstattung, mit anderen Worten ein Bildnischutz, auch dann besteht, wenn der Betroffene gar nicht im Bild ist. Möglich macht dies der allgemeine Persönlichkeitsschutz nach § 16 ABGB iVm §§ 1, 48 DSG 2000, die idR aber keinen Schadenersatzanspruch für „ironische Bildbeleitexte“ gewähren.

73 Vgl *Thiele*, Unbefugte Bildaufnahme und ihre Verbreitung im Internet – Braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-Paragrafen? RZ 2007, 2, 6 ff mwN.

74 Zu § 33 DSG siehe OGH 17.12.2009, 6 Ob 247/08d, ZFR 2010/82, 141 = jusIT 2010/49, 117 (*Kastelitz/Leiter*) = RdW 2010/306, 288 = ZIK 2010/168, 116 = ÖBA 2010/1623, 326 = KRES 10/261.

75 A. *Kodek* in Kucsko, urheber.recht (2008) 1060 f mwN.

76 Vgl OGH 12.5.2009, 4 Ob 82/09a (Elisabeth F.) = MR 2009, 239 mwN.

77 Vgl LG Salzburg 29.4.2011, 49 BI 17/11v (iPhone) = jusIT 2011/89, 185 (*Thiele*).

6.2. Veröffentlichung von Straftaten auf einer kritischen Vereinswebsite

Anlassfall⁷⁸ bietet eine private, auf Vereinsbasis eingerichtete Initiative von Geschädigten gegen eine bestimmte Unternehmensgruppe im Finanzdienstleistungssektor. Genauso gut könnte es sich aber um eine Bürgerbewegung oder um Umweltschutzaktivisten handeln, die auf ihren Websites, Facebook-Seiten oder Wordpress-Blogs ihrem Unmut über bestimmte Missstände Luft machen.

6.2.1. Strafrechtsbezogene Daten

Der konkret entschiedene Streit betraf das Geschäftsmodell der Schweizer Lyoness-Gruppe, die bereits mehrfach das Höchstgericht beschäftigt hatte.⁷⁹ Nunmehr waren die beiden Kläger, handelnde Organe der Lyoness-Gruppe, Verdächtige und Beschuldigte in einem von der Korruptionsstaatsanwaltschaft Wien geführten Ermittlungsverfahren. Die Beklagten, die sich als Geschädigte des von den Klägern betriebenen Einkaufssystems fühlten, unterhielten ihrerseits (auf Vereinsbasis) eine private Internetplattform, auf der ua Aktenbestandteile dieses Ermittlungsverfahrens gegen die Lyoness-Mitarbeiter veröffentlicht wurden; über diese Daten verfügten die Beklagten (auch) in Form einer DVD, für die aber nicht feststand, wie sie in die Hände der Beklagten gelangt war.

Die Kläger begehrten im Sicherungswege die Unterlassung der Veröffentlichung des Aktes oder einzelner Aktenstücke bzw Aktenbestandteile in einem Medienwerk, des Berichtens aus diesem Akt in einem Medienwerk und des öffentlichen Zurverfügungstellens sowie Verbreitens dieses Aktes via Internet als Download. Sie stützten sich ua auf § 16 ABGB und § 32 Abs 2 DSG 2000. Das Erstgericht erließ die zur Sicherung dieses Antrags beantragte einstweilige Verfügung nahezu antragsgemäß und lehnte lediglich das Verbot, aus dem genannten Akt zu berichten, rechtskräftig ab. Das OLG Innsbruck als Rekursgericht verbot den Beklagten mittels einstweiliger Verfügung nur die Veröffentlichung und Verbreitung von Angaben über die persönlichen Verhältnisse der Kläger in näher bezeichneten Einvernahmeprotokollen und wies das Mehrbegehren ab.

Dagegen erhoben die Kläger außerordentliche Rechtsmittel an den OGH zur Klärung der (un-)zulässigen Veröffentlichung von strafrechtlich relevanten Daten nach § 8 Abs 4 DSG 2000 auf einer privaten Website.

Das Höchstgericht nahm den Revisionsrekurs an und stellte die erstinstanzliche Entscheidung weitestgehend wieder her. Der 6. Senat verbot die Veröffentlichung und Verbreitung des Aktes oder von Aktenstücken bzw Aktenbestandteilen daraus. Er verneinte zwar ein allgemeines Veröffentlichungsverbot von Ermittlungsakten, verwies jedoch auf § 8 Abs 4 DSG 2000, der eine Verwendung von strafrechtsbezogenen Daten nur dann für zulässig erachtet, wenn einer der dort taxativ aufgezählten Verwendungsfälle vorliegt. Ein solcher wäre hier aber nicht gegeben.

Der im Ergebnis zutreffenden Entscheidung haftet ein schwerer Begründungsmangel an, indem sie den Beklagten eine Berufung auf die im § 48 DSG 2000 normierte Ausnahme für publizistische Tätigkeiten von vornherein abschneidet.

78 OGH 15.12.2014, 6 Ob 6/14x (Lyoness III) = EvBl 2015/73 = Jus-Extra OGH-Z 5775.
79 Vgl OGH 20.1.2014, 4 Ob 213/13x (plattform-lyoness.at) = jusIT 2014/48, 94 (Thiele); 15.5.2014, 6 Ob 6/14x (Lyoness-Gruppe) = jusIT 2014/90, 187 (Thiele).

Zunächst erkennt das Höchstgericht völlig richtig, dass es sich bei Angaben über Verdächtige oder Beschuldigte, gegen die ein Ermittlungsverfahren (hier: wegen des Verdachts nach §§ 146, 148a StGB) geführt wird, um „strafrechtsbezogene Daten“ iS des § 8 Abs 4 DSG 2000 handelt. Diese Ansicht steht ganz im Einklang mit der Lehre.⁸⁰ Damit unterliegen die Ermittlungsakten – in ihrer Gesamtheit – dem datenschutzrechtlichen Regime des § 8 Abs 4 DSG 2000, da diese Vorschrift insoweit als *lex specialis* zu § 9 DSG 2000 anzusehen ist.⁸¹ Der österreichische Gesetzgeber behandelt daher entsprechend Art 8 Abs 5 DS-RL 95/46/EG die strafrechtsbezogenen Daten als eigene Datenkategorie, und rückt ihre zulässige Verarbeitung, die möglichst beschränkt bleiben soll, in die Nähe der besonders geschützten sensiblen Datenverwendung.⁸²

Die Rechtfertigungsgründe für die Verwendung (einfach) personenbezogener Daten finden sich in § 8 DSG 2000 und die Rechtfertigungsgründe für die Verwendung sensibler Daten (iSd § 4 Z 2 DSG 2000) in § 9 DSG 2000. In § 8 Abs 4 DSG 2000 werden Rechtfertigungsgründe für die Verwendung strafrechtlich relevanter Daten statuiert. Diese Aufzählung ist dem eindeutigen Wortlaut nach („*nur dann nicht*“) abschließend.⁸³ Ein Teil der Lehre⁸⁴ plädiert unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien für eine demonstrative Aufzählung und lässt zusätzlich die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund zu. Der 6. Senat prüft folgerichtig sämtliche Rechtfertigungsgründe des § 8 Abs 4 Z 1 bis 4 DSG 2000 durch und verneint sie im vorliegenden Fall zutreffend. Für eine Zustimmung der Betroffenen gibt es keinerlei Anhaltspunkte – soweit, so gut.

Die Beklagten berufen sich aber in ihren Rechtsmittelbeantwortungen auf die Sonderbestimmung des § 48 DSG 2000 für publizistische Tätigkeiten. Sie argumentieren damit, dass nach § 48 Abs 1 *leg cit* gegenüber Medienunternehmen der Schutz strafrechtsbezogener Daten nicht zur Anwendung kommt. Der gesetzliche Verweis nimmt §§ 7 bis 9 DSG 2000 ausdrücklich aus. Ein auf § 8 Abs 4 DSG 2000 gestützter Unterlassungsanspruch sei daher von vornherein zum Scheitern verurteilt.

Ohne zu beachten, dass die (einhellige) Meinung im Datenschutzrecht längst zu ganz anderen Ergebnissen gekommen ist, bemüht der OGH lediglich medienrechtliche Kommentarliteratur, um das Argument, die Beklagten seien keine Medienunternehmer iS des § 48 Abs 1 DSG 2000 zu entkräften. Das Höchstgericht wiederholt den Fehler des (historischen) Gesetzgebers, das „datenschutzrechtliche Medienprivileg“ an den Begrifflichkeiten des Mediengesetzes festzumachen, anstatt den zwingenden Vorgaben von Art 9 DS-RL zu folgen. Die Entscheidungsbegründung übersieht völlig, dass die in Art 9 DS-RL vorgesehenen Befreiungen und Ausnahmen nicht nur für Medienunternehmen, sondern für jeden zu gelten haben, der journalistisch tätig ist.⁸⁵ Journalistisch tätig ist dem-

80 Grundlegend *Jahnel*, Begriff und Arten von personenbezogenen Daten, in *Jahnel* (Hrsg), Datenschutzrecht und E-Government. Jahrbuch 2008 (2008) 46; *derselbe*, Handbuch Datenschutzrecht (2010) Rz 3/98; ihm folgend *Fritz*, Strafrechtlich relevante Daten vs. Zustimmung der Betroffenen, in *Jahnel* (Hrsg), Datenschutzrecht und E-Government. Jahrbuch 2013 (2013), 45, 47 ff.

81 Deutlich DSK 21.1.2009, K121.390/0001-DSK/2009, *jusIT* 2009/12, 24.

82 Vgl *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (2014) § 8 Anm 18.

83 *Pollirer/Weiss/Knyrim*, Datenschutzgesetz 2000 (2010) § 8 DSG Anm 16; *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG², § 8 DSG Anm 19.

84 *Fritz*, aaO 53 ff unter Hinweis auf *Jahnel*, Datenschutzrecht Rz 4/63.

85 *Thiele*, Darf ein Bürgermeister via Facebook Vandalen jagen? Zugleich ein Beitrag

nach jeder, dessen Website, Blog oder Facebook-Seite auf die Vermittlung von Informationen und Ideen über Fragen öffentlichen Interesses abzielt. Dies liegt beim Inhalt der Beklagten-Website auf der Hand.⁸⁶

Die DS-RL entfaltet nach der EuGH-Judikatur grundsätzlich Vollharmonisierungswirkung.⁸⁷ Das bedeutet, dass abweichende strengere nationale Vorschriften als dem Unionsrecht widersprechendes Recht unanwendbar werden und die Vorschriften des österreichischen DSG streng richtlinienkonform im Sinne einheitlicher Datenschutzstandards im Binnenmarkt auszulegen sind.⁸⁸ Die Beklagten können daher – als Auftraggeber der Aktenveröffentlichung auf ihrer Plattform – das Medienprivileg des § 48 DSG 2000 für sich in Anspruch nehmen, da sie auf ihrer Vereinswebsite journalistisch tätig sind.

6.2.2. Anonymitätsinteresse, Schutz der Strafrechtspflege und Meinungsfreiheit

Die vorliegende Entscheidungsbegründung ist daher um eine **Grundrechtsabwägung** zu ergänzen. § 48 Abs 2 DSG 2000 setzt nämlich an die Stelle der Zulässigkeitsprüfung des § 8 Abs 4 Z 1 bis 4 DSG 2000 den von Art 9 DS-RL vorgegebenen Interessenausgleich zwischen dem Recht auf Privatsphäre (der Kläger) und der Freiheit der Meinungsäußerung (der Beklagten). Demnach ist die Verwendung von Daten für Tätigkeiten nach § 48 Abs 1 DSG 2000 – also die Veröffentlichung von Ermittlungsakten auf einer Website – insoweit zulässig, als dies zur Erfüllung der Informationsaufgabe der journalistisch tätigen Beklagten in Ausübung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung gem Art 10 Abs 1 MRK erforderlich ist. Zwar hat der EuGH in der Grundsatzentscheidung⁸⁹ zu Art 9 DS-RL wörtlich festgehalten, dass „Tätigkeiten [...], die Daten betreffen, die aus Dokumenten stammen, *die nach den nationalen Rechtsvorschriften öffentlich sind*, [Hervorhebung durch den Verfasser] als journalistische Tätigkeiten eingestuft werden, wenn sie zum Zweck haben, Informationen, Meinungen oder Ideen, mit welchem Übertragungsmittel auch immer, in der Öffentlichkeit zu verbreiten.“ Daraus allerdings abzuleiten, eine journalistische Tätigkeit immer dann auszuschließen, wenn – wie im Lyoness-Fall – aus nicht öffentlichen Dokumenten zitiert wird, würde die datenschutzrechtliche Zulässigkeit jeden Enthüllungsjournalismus von vornherein ad absurdum führen. Diese Auslegung ist auch nicht von ErwGr 37 der DS-RL gedeckt. Daher hält der EuGH unmittelbar folgend fest: „Journalistische Tätigkeiten sind nicht Medienunternehmen vorbehalten und können mit der Absicht verbunden sein, Gewinn zu erzielen.“⁹⁰ Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die Beklagten mit der Veröffentlichung der

zum Datenschutz für Medienunternehmen, in Jahnelt (Hrsg), Datenschutzrecht und E-Government. Jahrbuch 2013 (2013) 123, 132, 134 jeweils mwN.

86 Vgl OGH 20.1.2014, 4 Ob 213/13x (plattform-lyoness.at) = jusIT 2014/48, 94 (Thiele) = RdW 2014/446, 412.

87 EuGH 24.11.2011, C-468/10 (ASNEF) Rz 28 ff = jusIT 2012/29, 68 (Thiele).

88 Deutlich Herzig, „Medienprivileg“ nach § 48 DSG und nach Art 9 der Datenschutzrichtlinie: Eine Case Study zur richtlinienkonformen Auslegung des österreichischen Datenschutzrechts, in Jahnelt (Hrsg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2014 (2014) 281, 283 ff mwN.

89 EuGH 16.12.2008, C-73/07 (Satamedia) Rz 61.

90 EuGH 16.12.2008, C-73/07, Rz 61 aE.

strafrechtsbezogenen Daten der Kläger auf ihrer Website journalistisch tätig iS des Art 9 DS-RL und damit als „Medienunternehmer“ bzw „Mediendienst“ iS des § 48 Abs 1 DSG 2000 zu behandeln sind.

Die nunmehr nach § 48 Abs 2 DSG 2000 vorzunehmende Interessenabwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre der Kläger und ihrer justiziellen Rechte nach Art 47 und 48 GRC einerseits und der Meinungsäußerungsfreiheit der Beklagten nach Art 11 GRC andererseits, fällt klar zulasten Letzterer aus. In Anbetracht der Umstände des konkreten Sachverhalts treten die Informations- und Veröffentlichungsinteressen der Beklagten gegenüber dem Anonymitätsschutz der Kläger deutlich zurück. Man braucht gar nicht lange in der Rsp der der Straßburger Instanzen zu suchen. Dazu hat der EGMR bereits entschieden, dass die Veröffentlichung von Informationen aus den Ermittlungsakten eines Untersuchungshäftlings sein Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art 8 MRK (Art 7 GRC) verletzt.⁹¹

Zu beachten ist auch, dass das Datenschutzgrundrecht des § 1 DSG (Art 8 GRC) im journalistisch-publizistischen Bereich anwendbar bleibt, und durch die Veröffentlichung auf der Website der Beklagten berechnigte Geheimhaltungsinteressen der Kläger verletzt werden.⁹² Eine medial unterstützte Vorverurteilung im Ermittlungsstadium sollte ebenfalls wirksam verhindert werden.⁹³ Die von den Beklagten ausgeführte Verarbeitung strafrechtsbezogener Daten kann die Grundrechte der Kläger auf Achtung des Privatlebens und Schutz personenbezogener Daten nach Art 7 und 8 GRC erheblich beeinträchtigen.⁹⁴

Zusammenfassend schützt § 8 Abs 4 iVm § 32 DSG 2000 den Verdächtigen oder den Beschuldigten im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren vor der Veröffentlichung von strafrechtsbezogenen Daten, wie zB des Ermittlungsaktes oder einzelner Aktenteile.

6.3. SMS-Dienst für Einkommens- und Steuerdaten

Der bereits mehrfach angesprochene Fall⁹⁵ einer geschickten „Zweitverwertung“ bereits veröffentlichter Personendaten soll stellvertretend für die Reichweite der Medienprivilegierung des § 48 DSG 2000 dienen.

91 EGMR 3.2.2015, 22765/12 (Apostu gg Rumänien), abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-150781> (10.06.2015).

92 Vgl OGH 28.11.2013, 6 Ob 165/13b (MSE-Aktenverwaltung) = Zak 2014/157, 82 = jusIT 2014/37, 73 (Bauer) = RdW 2014/229, 197 = JBI 2014, 401 = JUS Z/5508 = ÖJZ EvBI-LS 2014/49 (Rohrer) = ZIR 2014, 317.

93 Vgl EGMR 15.1.2015, 48144/09 (Cleve gg Deutschland) = HRRS 2015 Nr. 425, zum Argument: „Es wird schon etwas dran gewesen sein“.

94 Vgl EuGH 13.5.2014, C-131/12 (Google Spain vs Gonzales) = jusIT 2014/53, 111 = ZIR 2014, 204 (König) = MR-Int 2014, 7 (Briem) = EuGRZ 2014, 320 = ÖJZ 2014/100, 690 (Lehofer).

95 Im Folgenden EuGH 16.12.2008, C-73/07 (Satamedia) = jusIT 2009/13, 28 = RdW 2009/170, 207 = ARD 5936/4/2009 = EuGRZ 2009, 23 = MR-Int 2009, 14 (Wittmann) = ecolx 2009, 547; und EGMR 19.11.2013, Bsw 16248/10 (Anttila gg Finnland/Satamedia II), abrufbar über die Hudoc-Datenbank des EGMR mit der Aktenzahl.

6.3.1. Umgang mit bereits veröffentlichten Personendaten

„Schicken Sie uns eine (kostenpflichtige) SMS mit dem Namen Ihres Nachbarn, wir schicken Ihnen seinen aktuellen Einkommenssteuerbescheid samt Anlage.“ So oder ähnlich warb das verbundene finnische Unternehmen „*Markkinapörssi und Satamedia*“. Die Gesellschaft Markkinapörssi erfasste seit Jahren öffentliche Daten bei den finnischen Steuerbehörden, um diese jährlich auszugsweise in den Regionalausgaben der Zeitschrift Veropörssi zu veröffentlichen. Die dort veröffentlichten Informationen umfassten den Namen und den Vornamen von etwa 1,2 Millionen natürlichen Personen, deren Einkommen bestimmte Schwellenwerte überschritt, sowie auf 100 Euro genau deren Einkommen aus Kapital und Erwerbstätigkeit und Angaben zur Besteuerung ihres Vermögens. Diese Informationen wurden in Gestalt einer alphabetischen Liste nach Gemeinde und Einkommenskategorie geordnet veröffentlicht. An das verbundene Unternehmen, Markkinapörssi und Satamedia, wurden betreffenden Daten auf einer CD-Rom (legal) weitergegeben. Sie schlossen daraufhin eine Vereinbarung mit einem Mobilfunkunternehmen, das für Rechnung von Satamedia einen Kurzmitteilungsdienst einrichtete, der es Nutzern von Mobiltelefonen ermöglichte, sich gegen Zahlung von etwa zwei Euro die in der Zeitschrift Veropörssi veröffentlichten Daten auf ihr Handy senden zu lassen. Auf Antrag bzw. Beschwerden von Steuerzahlern wurden die personenbezogenen Daten aus diesem Dienst entfernt.

Auf Beschwerden von Privatpersonen hin, die eine Verletzung ihrer Privatsphäre rügten, beantragte der Datenschutzbeauftragte, dass Markkinapörssi und Satamedia untersagt würde, ihre Tätigkeiten in Bezug auf die in Rede stehende Verarbeitung personenbezogener Daten fortzuführen.

Der Korkein hallinto-oikeus, der als oberstes finnisches Verwaltungsgericht in letzter Instanz über diesen Antrag zu entscheiden hatte, ersuchte den EuGH um die Auslegung der DS-RL. Das finnische Verwaltungsgericht wollte insbesondere wissen, unter welchen Voraussetzungen die in Rede stehenden Tätigkeiten als eine „allein zu journalistischen Zwecken erfolgende Datenverarbeitung“ iS des Art 9 DS-RL angesehen werden könnte und demzufolge bei diesen Tätigkeiten Ausnahmen oder Einschränkungen für den Datenschutz der Betroffenen gemacht werden könnten.

Im Dezember 2008 entschied der EuGH, dass die Tätigkeiten von Markkinapörssi und Satamedia als Verarbeitung personenbezogener Daten iS von Art 2 lit b DS-RL anzusehen sind, selbst wenn die verwendeten Behörden-dateien nur in Medien veröffentlichtes Material als solches enthalten.⁹⁶ Andernfalls liefe die Richtlinie weitgehend leer. Es würde nämlich ausreichen, dass die Mitgliedstaaten Daten veröffentlichen ließen, um sie dem von der Richtlinie vorgesehenen Schutz zu entziehen. Anschließend erinnerte der Gerichtshof daran, dass die Mitgliedstaaten den freien Verkehr personenbezogener Daten ermöglichen und gleichzeitig den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung dieser Daten gewährleisten müssen. Um den Schutz der Privatsphäre und die Freiheit der Meinungsäußerung miteinander in Einklang zu bringen, sind die Mitgliedstaaten aufgerufen, bestimmte Ausnahmen oder Einschränkungen in Bezug auf den Datenschutz und damit hinsichtlich des Grundrechts auf Pri-

96 EuGH 16.12.2008, C-73/07 (Satamedia), Rz 35 = jusIT 2009/13, 28 = RdW 2009/170, 207 = ARD 5936/4/2009 = EuGRZ 2009, 23 = MR-Int 2009, 14 (Wittmann) = ecolex 2009, 547.

vatsphäre vorzusehen. Diese Ausnahmen dürfen allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, die unter das Grundrecht der Freiheit der Meinungsäußerung fallen, gemacht werden, soweit sie sich als notwendig erweisen, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen.

In diesem Zusammenhang befand der EuGH, dass Tätigkeiten wie die von Markkinapörssi und Satamedia, die Daten betreffen, die aus Dokumenten stammen, die nach den nationalen Rechtsvorschriften öffentlich sind, als „journalistische Tätigkeiten“ eingestuft werden können, *wenn sie zum Zweck haben, Informationen, Meinungen oder Ideen, mit welchem Übertragungsmittel auch immer, in der Öffentlichkeit zu verbreiten*.⁹⁷ Journalistische Tätigkeiten sind nicht Medienunternehmen vorbehalten und können mit Gewinnerzielungsabsicht verbunden sein.

Es war in der Folge Sache des Korkein hallinto-oikeus, zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Tätigkeiten allein zum Ziel hätten, Informationen, Meinungen oder Ideen in der Öffentlichkeit zu verbreiten. Im weiteren nationalen Verfahren spielten weder die Übertragungsmittel eine Rolle noch der Umstand, dass die Versendung der Daten mit Gewinnabsicht erfolgte. Dabei kam der Kernaussage des EuGH in Rz 56 des Urteils besonderes Gewicht zu, bestimmt sich doch danach ganz wesentlich der Zweck der journalistischen Tätigkeit: In Anbetracht der Bedeutung, die der Freiheit der Meinungsäußerung in jeder demokratischen Gesellschaft zukommt, müssen einerseits die damit zusammenhängenden Begriffe ... weit ausgelegt werden. Um ein Gleichgewicht zwischen den beiden Grundrechten [Freiheit der Meinungsäußerung und Schutz der Privatsphäre] herzustellen, erfordert andererseits der Schutz der Privatsphäre, dass sich die Ausnahmen und Einschränkungen in Bezug auf den Datenschutz ... auf das absolut Notwendige zu beschränken.“

Ausreichend, aber auch erforderlich ist der durch die Datenverarbeitung geleistete Beitrag zur Meinungsfreiheit, wie sich aus der Überschrift zu Art 9 DS-RL bereits ergibt. Im September 2009 entschied das Oberste Verwaltungsgericht Finnlands gegen Markkinapörssi und Satamedia und verbot das Geschäftsmodell. „Journalismus“ war nicht in der DS-RL selbst definiert: Die Finnischen Richter hielten – unter Rückgriff auf die Straßburger Judikatur – es für entscheidend, ob eine Veröffentlichung (hier: per SMS oder auf CD-Rom) einen Beitrag zur öffentlichen Debatte leistete oder ausschließlich der Befriedigung der Neugier der Kunden diene. Das öffentliche Interesse erforderte es keineswegs, personenbezogene Einkommensdaten in einer Art und Weise zu verbreiten, wie dies Markkinapörssi und Satamedia getan hatten. Das Verbot der elektronischen Publikation wurde von allen finnischen Instanzen bestätigt. Schließlich reichte der Geschäftsführer des verbundenen Unternehmens und verantwortlicher Herausgeber des SMS-Dienstes, Herr *Tommi Tapani Anttila*, im Jahr 2010 Beschwerde wegen Verletzung seiner Meinungsäußerungsfreiheit nach Art 10 MRK durch die finnischen Gerichtsurteile in Straßburg ein. Im November 2013 entschied der EGMR, dass dem Beschwerdeführer die unmittelbare Betroffenheit nach Art 34 MRK fehlte, sodass seine Beschwerde mangels *ratione personae* abschlägig behandelt wurde.⁹⁸

97 Urteil Rz 61; Hervorhebung vom *Verfasser*.

98 EGMR 19.11.2013, 16248/10 (Anttila gg Finnland/Satamedia II), abrufbar über die Hudoc-Datenbank des EGMR mit der Aktenzahl.

6.3.2. Interessenabwägung nach § 48 DSGVO 2000

Anders als in den Skandinavischen Staaten ist die Veröffentlichung von Steuerdaten hierzulande (im Normalfall) nicht erlaubt – weder in Printmedien noch per SMS oder über das Internet. Das soll sich zwar ändern; ergibt sich derzeit aber nicht primär aus dem Datenschutzrecht, sondern (ua) aus dem Steuer- oder Amtsgeheimnis bzw dem Äußerungsrecht, wenn die Angaben nicht stimmen. Wer Steuerdaten veröffentlicht, verletzt damit – in der Regel – rechtswidrig die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen.

Der finnische Ausgangsfall macht deutlich, dass es für die Inanspruchnahme des Medienprivilegs nach § 48 DSGVO 2000 ganz entscheidend auf die Inanspruchnahme der Meinungsfreiheit für jede „journalistische Tätigkeit“ ankommt. Nicht jede Veröffentlichung, welche die Sensationslust des (zuschauenden) Publikums befriedigt, erfüllt die von Art 9 DS-RL geforderte Beförderung der Meinungsfreiheit. ErwGr 37 der Richtlinie verweist ausdrücklich auf Art 10 MRK.

ME erfordert aber „zu journalistischen Zwecken“ mehr als nur Informationen aufzunehmen und der Öffentlichkeit weiterzugeben.⁹⁹ Der Zweck beinhaltet auch Informationen zu verarbeiten, dh sie aktiv zu suchen, zu gewichten, kritisch zu überprüfen, mit anderen intensiv zu diskutieren und das auch in Themenbereichen, die den Medienschaffenden nicht unmittelbar persönlich betreffen. Es geht vielmehr darum stellvertretend fürs Publikum zu sortieren, zu bündeln, einzuordnen, zu erklären oder Fragen zu stellen. Zu den journalistischen Zwecken gehört grundsätzlich auch der Austausch von Informationen im Rahmen einer Kooperation zwischen Medienunternehmen sowie die Bereitstellung von Informationen von (darauf spezialisierten) Medienarchiven.¹⁰⁰

Bereits in anderem (urheberrechtlichen), durchaus vergleichbaren Zusammenhang hat der EuGH festgehalten: Da die Presse in einer demokratischen Gesellschaft und in einem Rechtsstaat allerdings die Aufgabe hat, ohne andere als die unbedingt notwendigen Einschränkungen die Öffentlichkeit zu informieren, lässt sich nicht ausschließen, dass ein Presseverlag im Einzelfall zur Erreichung eines Ziels der öffentlichen Sicherheit beitragen kann, indem er eine Fotografie einer gesuchten Person veröffentlicht. Diese Initiative muss jedoch zum einen im Zusammenhang mit einer Entscheidung oder einem Vorgehen der zuständigen nationalen Behörden zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stehen, und sie muss zum anderen im Einvernehmen und in Absprache mit diesen Behörden ergriffen werden, soll sie nicht deren Maßnahmen zuwiderlaufen. Ein konkreter, aktueller und ausdrücklicher Aufruf der Sicherheitsbehörden, zu Fahndungszwecken eine Fotografie zu veröffentlichen, ist allerdings nicht erforderlich.¹⁰¹ Darüber hinaus ergibt sich aus Art 10 MRK sowie Art 11 GRC, dass die Pressefreiheit nicht zum Schutz der öffentlichen Sicherheit wahrgenommen wird, sondern dass es die Erfordernisse des Schutzes der öffentlichen Sicherheit sind, die eine Einschränkung der Pressefreiheit rechtfertigen können.¹⁰²

99 Motto: Hast du das schon gehört/gesehen?

100 *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie Kommentar (1997), 176.

101 EuGH 1.12.2011, C-145/10 (Painer), Rz 113 = RdW 2012/5, 1 = wbl 2012/51, 153 = MR 2012, 73 (*Walter*).

102 EuGH 1.12.2011, C-145/10 (Painer), Rz 115 = RdW 2012/5, 1 = wbl 2012/51, 153 = MR 2012, 73 (*Walter*); dazu *Handig*, EuGH zum Werkbegriff und zu den freien Werknutzungen, *ecolex* 2012, 58.

6.4. Foto- oder Filmaufnahmen von Mitarbeitern auf der Unternehmenswebsite

Zwei jüngst vom Deutschen Bundesarbeitsgericht entschiedene Fälle lenken den Blick auf die in der Praxis häufig auftretende Frage nach dem How-to-Do einer datenschutzkonformen Verwendung von Mitarbeiterfotos auf Firmenwebsites.¹⁰³

6.4.1. Ausgangsfälle

Dem bereits im Dezember 2014 entschiedenen Fall¹⁰⁴ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Monteur verlangte von seiner früheren Arbeitgeberin Unterlassung der Veröffentlichung eines Werbefilms, auf der er zusammen mit früheren Kollegen auf einem Gruppenbild für ca zwei Sekunden zu sehen ist, sowie fast 6.000 EUR Schmerzensgeld wegen der vermeintlich rechtswidrigen Veröffentlichung der Aufnahme im Internet über einen Zeitraum von mehreren Jahren. Die Beklagte hatte ihren Mitarbeitern vor Erstellung des Films ein Blatt vorgelegt, auf dem es hieß, dass sich diese durch Unterschrift auf einer angehängten Namensliste mit der Verwendung und Ausstrahlung der Aufnahmen im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Beklagten einverstanden erklärten. Auch der Kläger unterzeichnete diese Liste, widerrief seine Erklärung jedoch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Angabe von Gründen.

Die beiden Vorinstanzen wiesen die Klage ab; auch vor dem Höchstgericht hatte der Kläger keinen Erfolg.

Da die Ansprüche des Klägers an die Veröffentlichung von Bildaufnahmen anknüpften, waren die Spezialvorschriften des §§ 22 ff KUG einschlägig. Diese enthalten ein Verbotssprinzip mit weitreichenden Ausnahmen und entsprechen in den Ergebnissen dem Interesseprinzip von § 78 Abs 1 UrhG. Da der Kläger auf dem Werbefilm zumindest kurzzeitig erkennbar war, stünde ihm grundsätzlich ein Verfügungsrecht über „seine“ Abbildung zu. Er hatte in die Veröffentlichung der Aufnahme aber wirksam eingewilligt, urteilten die Arbeitsrichter. Nach dem Bildnisschutz des KUG kann eine Einwilligung grundsätzlich formlos – etwa mündlich – oder sogar konkludent – zB durch Lächeln in eine Kamera – erteilt werden. Im Gegensatz dazu sieht das deutsche Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) für Einwilligungen im Regelfall die Schriftform nach § 4a Abs 1 Satz 3 BDSG vor. Nach Ansicht der Unterinstanzen wären die Vorschriften des BDSG auf die insoweit speziellen Vorschriften des KUG allerdings nicht anwendbar.

Das BAG hielt allerdings eine verfassungskonforme Auslegung des § 22 KUG für geboten: Wegen der Bedeutung des Rechts der Arbeitnehmer, ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auch im Arbeitsverhältnis ausüben zu dürfen, bedürfe deren Einwilligung „*auch und gerade im Arbeitsverhältnis ... der Schriftform*“. Für diese schriftliche Einwilligung reichte dem Höchstgericht die Unterschrift des Klägers auf der Namensliste. Es hatte sich bei dieser Liste in Zusammenhang mit dem Vorblatt um eine anlassbezogene Einwilligung gehandelt, die im Einzelfall eingeholt, klar bezeichnet und nicht zusammen mit anderen

103 Grundlegend aus bildnisschutzrechtlicher Sicht *Thiele*, Verwendung von Mitarbeiterfotos auf Firmenwebsites, wbl 2002, 397 mwN.

104 BAG 11.12.2014, 8 AZR 1010/13 = BB 2015, 1276 = DB 2015, 1296 = ITRB 2015, 133 (*Kaumanns*) = K&R 2015, 433 = NZA 2015, 604.

Erklärungen schriftlich erteilt wurde. Insbesondere war die Einwilligung auch nicht vorab in allgemeiner Form im Arbeitsvertrag eingeholt worden.

Arbeitnehmer könnten sich, so das BAG, auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich frei entscheiden, wie sie ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ausüben wollen. Dieser Bewertung steht nach Auffassung des Gerichts weder die Tatsache, dass Arbeitnehmer abhängig Beschäftigte sind, noch das Weisungsrecht des Arbeitgebers entgegen (beides Argumente, die in der bisherigen Diskussion als Argumente gegen die Freiwilligkeit und somit gegen die Wirksamkeit der Einwilligung vorgebracht wurden). Das Gericht weist vielmehr darauf hin, dass Arbeitgeber, die ihre Mitarbeiter infolge einer verweigerten Einwilligung benachteiligten, in grober Weise gegen ihre Pflichten verstießen und zum Schadensersatz verpflichtet seien. Gleichzeitig stelle es keine vertragliche Nebenpflicht des Arbeitnehmers dar, eine Einwilligung in die Erhebung, Verarbeitung oder Veröffentlichung seiner Daten zu erteilen.

Die unbefristete Einwilligung des Klägers sei auch nicht mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses erloschen. Hiervon könne man allenfalls bei Abbildungen ausgehen, die einen Bezug zur individuellen Person des Arbeitnehmers aufwiesen. Das streitgegenständliche Gruppenbild stellte hingegen nur die „typische“ Belegschaft der Beklagten dar, ohne näheren Bezug zu einzelnen Personen. Und auch der Widerruf des Klägers führte nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung: Bei einer allgemeinen Darstellung eines Unternehmens, bei der Person und Persönlichkeit des Arbeitnehmers nicht hervorgehoben sind und der Name nicht genannt wird, müsse der Arbeitnehmer nämlich begründen, warum er seine Einwilligung widerrufe.¹⁰⁵

Ganz ähnlich urteilte das BAG zu Anfang des Jahres 2015 zu einem vergleichbaren Sachverhalt:¹⁰⁶ Der Kläger war seit Sommer 2007 bei der später Beklagten, die ein Unternehmen für Klima- und Kältetechnik mit etwa 30 Arbeitnehmern betrieb, als Monteur beschäftigt. Im Herbst 2008 ließ die Beklagte für ihren neuen Internetauftritt einen Werbefilm drehen, in dem das Unternehmen vorgestellt wurde. Der Kläger war in dem Video in zwei Sequenzen von jeweils zwei bis drei Sekunden bei der Arbeit zu sehen. Vor den Dreharbeiten hatte er schriftlich in die Anfertigung und Veröffentlichung des Videos eingewilligt. Im September 2011 endete das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. Im November erklärte der Kläger den Widerruf seiner „möglicherweise“ erteilten Einwilligung und forderte die Beklagte auf, das Video binnen zehn Tagen aus dem Netz zu nehmen. Dem folgte die Beklagte – unter Vorbehalt – Anfang des Jahres 2012.

Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Unterlassung der Veröffentlichung des Videos und die Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von zumindest 6.819, 75 Euro (drei Brutto-Monatsgehälter). Er meinte, es fehlte an einer formwirksamen Einwilligung zur Nutzung und Veröffentlichung seines Bildnisses. Sollte die Einwilligung wirksam erteilt worden sein, wäre sie mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses automatisch erloschen. Jedenfalls hätte er seine Einwilligung wirksam widerrufen. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellte einen wichtigen Grund dar, der den Widerruf rechtfertigte.

105 BAG 11.12.2014, 8 AZR 1010/13 = BB 2015, 1276 = DB 2015, 1296 = ITRB 2015, 133 (*Kaumanns*) = K&R 2015, 433 = NZA 2015, 604.

106 BAG 19.2.2015, 8 AZR 1011/13 = lexetius.com/2015,1259 = ZIR 2015, 217 (*Höhne*).

Die Klage hatte vor dem Arbeitsgericht teilweise und vor dem LAG Rheinland-Pfalz keinen Erfolg. Auf die Revision des Klägers bestätigte das BAG die klageabweisende Entscheidung¹⁰⁷ des Berufungsgerichts im Wesentlichen mit folgender Begründung: Der Kläger hätte gegen die Beklagte weder einen Unterlassungsanspruch noch einen Anspruch auf Zahlung einer Geldentschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Zwar dürfen Bildnisse von Arbeitnehmern nach § 22 Satz 1 KUG nur mit Einwilligung der Arbeitnehmer veröffentlicht werden. Aus dem Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung folgt zudem das Erfordernis einer schriftlichen Einwilligung. Eine ohne Einschränkung erteilte Einwilligung des Arbeitnehmers erlischt aber nicht automatisch mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses. Sie kann auch nicht ohne weiteres widerrufen werden; hierfür ist vielmehr ein plausibler Grund erforderlich.

Nach diesen Grundsätzen scheiden im Streitfall Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte aus. Unterstellt, die Abbildungen vom Kläger in dem Video bedurften seiner Einwilligung nach § 22 KUG, so hatte die Beklagte diese erhalten. Auch das Erfordernis einer schriftlichen Einwilligung war erfüllt. Der Kläger hat seine Einwilligung ohne Einschränkung erteilt. Diese erlosch deshalb nicht automatisch mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses. Ein späterer Widerruf der Einwilligung war zwar grundsätzlich möglich. Der Kläger hat für diese gegenläufige Ausübung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aber keinen plausiblen Grund angegeben. Er kann daher eine weitere Veröffentlichung nicht untersagen lassen und würde durch diese auch nicht in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt werden.

6.4.2. Datenschutzrechtliche Beurteilung

Aus der Perspektive des österreichischen Bildnisschutzes ist dazu festzuhalten, dass bislang in einer einzigen zur Thematik ergangenen höchstgerichtlichen Entscheidung¹⁰⁸ die Weigerung des Arbeitgebers, das Foto einer bereits – im Streit – ausgeschiedenen Mitarbeiterin von der Firmenwebsite zu entfernen, als ein Verstoß gegen § 78 UrhG gewertet worden ist. Ein Belassen des Portraits sei – im Gegensatz zum aufrechten Dienstverhältnis – nach der Kündigung nicht mehr durch die dienstvertragliche Treuepflicht gedeckt. Die datenschutzrechtliche Beurteilung hat differenzierter zu erfolgen:

6.4.2.1. Während aufrechtem Beschäftigungsverhältnis

Eine **datenschutzrechtliche Beurteilung** knüpft zunächst für das *aufrechte* Arbeitsverhältnis an § 9 Z 11 DSGVO 2000 an, wonach die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung sensibler (Bild-)Daten dann nicht verletzt werden, wenn die Verwendung erforderlich ist, um den Rechten und Pflichten des Auftraggebers auf dem Gebiet des Arbeits- oder Dienstrechts Rechnung zu tragen, und sie nach besonderen Rechtsvorschriften zulässig ist.¹⁰⁹ Diese

107 BAG 19.2.2015, 8 AZR 1011/13 = lexetius.com/2015,1259 = ZIR 2015, 217 (*Höhne*).

108 OGH 5.10.2000, 8 Ob A 136/00h (Mitarbeiterfoto auf Website) = RdW 2001/254, 237 = ASoK 2001, 164 = infas 2001, A 20 = infas 2001, 43 = ARD 5241/32/2001.

109 Nach gefestigter Rsp bleiben die dem Betriebsrat nach dem Arbeitsverfassungsgesetz zustehenden Befugnisse im Hinblick auf die Datenverwendung unberührt (OGH 29.6.2006, 6 Ob A 1/06z = ecolex 2006/376, 859 = ARD 5726/7/2006 = wbl

Sonderregelung für das Arbeitsverhältnis bringt eine Erleichterung für Unternehmen. Da es bei sensiblen Daten kein Rechtfertigungsgrund ist, dass die Daten für die Durchführung eines Vertrags notwendig sind, müsste ein Unternehmen von jedem Mitarbeiter eine ausdrückliche Zustimmung einholen, um die gesetzlich vorgeschriebene Personaldatenverarbeitung und Übermittlung durchführen zu können. Die Bestimmung erspart die Einholung dieser Zustimmung.¹¹⁰

In den beiden Ausgangsfällen, insbesondere für das Imagevideo, lässt sich durchaus ein anerkanntes Vertragserfüllungsinteresse des Unternehmens argumentieren; zudem hat eine ausdrückliche Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers vorgelegen, für deren Unfreiwilligkeit der Sachverhalt keine Anhaltspunkte bietet. Die Verwendung des Werbefilms ist daher datenschutzrechtlich durch zwei Gründe gedeckt gewesen.

Das Bundesarbeitsgericht hat dankenswerterweise die Fälle zum Anlass genommen, die umstrittene Frage der Freiwilligkeit – und somit der Wirksamkeit – von Einwilligungen in Datenverarbeitung durch Arbeitnehmer grundsätzlich zu entscheiden. Die Ausführungen des Gerichts beschränken sich in diesem Punkt gerade nicht auf die streitgegenständliche Frage der Einwilligung in Bildveröffentlichungen nach persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten. Stattdessen begründet das BAG ausführlich und überzeugend, warum auch Arbeitnehmer grundsätzlich freiwillig in die Erhebung, Verarbeitung und Veröffentlichung ihrer Daten einwilligen können: „Die Einwilligung wurde auch aus Anlass des hinreichend genau bezeichneten Auftrags [...] von der Beklagten eingeholt, die [...] zum Ausdruck gebracht hat, dass das Einverständnis ‚zur freien Nutzung im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit‘ der Beklagten ‚verwendet und ausgestrahlt werden‘ darf. Es handelte sich also um eine anlassbezogene Einwilligung, die im Einzelfall eingeholt, klar bezeichnet und nicht zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt wurde. Insbesondere ist es auch keine Einwilligung, die vorab in allgemeiner Form im Arbeitsvertrag erteilt worden wäre.“¹¹¹

Die Urteile aus Erfurt vergrößern die Gestaltungsmöglichkeiten für Arbeitgeber. Entscheiden sich Dienstgeber auf dieser Basis zukünftig für einwilligungsbasierte Lösungen, wird es datenschutzrechtlich darauf ankommen, die Erklärungen hinreichend transparent zu gestalten und anlassbezogen im Einzelfall einzuholen.

6.4.2.2. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Freiwilligkeit der Einwilligung ist allerdings nur gewahrt, wenn die Betroffenen die Einwilligung auch verweigern bzw widerrufen können.¹¹² Für bestimmte Konstellationen wird es daher auch weiterhin darauf ankommen, rechtskonforme Lösungen zu entwickeln, die ohne Einwilligung der Arbeitnehmer auskommen –

2006/263, 579 = RdW 2007/43, 41 = DRdA 2007/45, 397 [Hattenberger] = SZ 2006/99; 17.9.2014, 6 Ob A 1/14m = jusIT 2014/112, 232 [Thiele].

110 OGH 29.6.2006, 6 Ob A 1/06z = ecolex 2006/376, 859 = ARD 5726/7/2006 = wbl 2006/263, 579 = RdW 2007/43, 41 = DRdA 2007/45, 397 (Hattenberger) = SZ 2006/99.

111 BAG 11.12.2014, 8 AZR 1010/13, Rz 29 = BB 2015, 1276, 1277.

112 StRsp zu § 4 Z 4 DSG 2000, vgl OGH 20.3.2007, 4 Ob 221/06p = ecolex 2007/252, 601 (Wilhelm) = ÖBA 2007/1450, 981 (Rummel) = RZ 2007/EÜ 340/341/342/343/344/345/346, 226 = KRES 1d/95 = RdW 2008/10, 53 (Gehring).

so kann zB ein Outsourcing Projekt nicht von der (fortbestehenden) Einwilligung sämtlicher Arbeitnehmer abhängig gemacht werden.

Nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses – aus welchen (arbeitsrechtlichen) Gründen auch immer – fällt der Rechtfertigungsgrund nach § 9 Z 11 DSGVO 2000 (sehr rasch) weg. Die Nachwirkungen der Gestattungsnorm des § 9 Z 11 DSGVO 2000 sind (zeitlich) eng begrenzt.¹¹³ Die Erforderlichkeit ist iS des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf das zumutbare zB die Vorlage des Videos im folgenden Kündigungs- bzw Entlassungsprozess zu beschränken.

Die datenschutzrechtliche Einwilligung des abgebildeten Mitarbeiters ist mit Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht automatisch wirksam widerrufen, bedarf es doch dazu einer gesonderten Erklärung. Ist aber der Widerruf – beweisbar – ausgesprochen, fehlt auch dieser Rechtfertigungsgrund mit Wirkung für die Zukunft.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht bleibt die Bestimmung des § 48 DSGVO 2000 zu prüfen, um einen Verbleib des Imagevideos auf der Unternehmenswebsite zu prolongieren. Zunächst ist voranzusetzen, dass die Unternehmenswebsite „journalistischen Charakter“ aufweist, dh die Veröffentlichung der Bilddaten zu Zwecken der Meinungsfreiheit erfolgt. Da die Straßburger Judikatur¹¹⁴ durchaus den Anwendungsbereich von Art 10 MRK für „commercial speech“, also auch für Imagewerbung, geöffnet hat, ist letztlich eine Interessenabwägung vorzunehmen. Für Meinungsäußerungen im Bereich der kommerziellen Werbung räumt die Rsp einen größeren Beurteilungsspielraum zugunsten des Werbenden ein, da es sich idR um einen komplexen und sich rasch ändernden Bereich handelt.¹¹⁵

Zwar könne der Arbeitnehmer, jedenfalls soweit eine (gesonderte) Vergütung nicht erfolgt sei, grundsätzlich unverzüglich fordern, dass mit seiner Person nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses nicht weiter für das Unternehmen geworben werde. Dem gegenüber steht das Veröffentlichungsinteresse wie das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an einer wenigstens zeitlich längeren Verwertung der für Werbezwecke aufgewendeten Produktionskosten. Zu berücksichtigen ist ferner, ob mit der Person oder Funktion des Arbeitnehmers oder nur mit einer allgemeinen Darstellung des Unternehmens geworben wird. Entsteht beim Betrachter nicht zwingend der Eindruck, es handelt sich um die aktuelle Belegschaft, könnte von einer wirtschaftlich und persönlichkeitsrelevanten Weiterverwertung der Abbildung des Arbeitnehmers nicht ausgegangen werden. Der widerrufende Arbeitnehmer müsste daher einen Grund angeben, warum er nunmehr sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegenläufig ausüben wollte.

6.4.2.3. Resümee

Einwilligungen zu Bildnisveröffentlichungen von Mitarbeitern durch den Arbeitgeber in den Neuen Medien sollten unbedingt schriftlich eingeholt werden. Arbeitnehmer sollten sich bei Abgabe einer solchen Erklärung bewusst sein, dass

113 Dazu bereits *Thiele*, Rechtssicherer Umgang mit elektronischen Accounts unterschiedlicher Mitarbeiter, *jusIT* 2014, 1, 3 mwN.

114 EGMR 20.11.1989, 10572/83 (Markt Intern Verlag GmbH & Klaus Beermann/D), Rz 26 = EuGRZ 1996, 302.

115 Deutlich *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) § 23 Rz 38 mwN.

diese auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus gelten kann. Im Fall eines Arbeitsplatzwechsels bzw bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird sich für die Dienstnehmer regelmäßig die Frage stellen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie ihr einmal erteilten Einwilligungen gegenüber dem Dienstgeber widerrufen können.

7. Zusammenfassung

Die publizistische Tätigkeit von Medienunternehmen, oder besser gesagt, die Veröffentlichung von Bildnissen zu journalistischen Zwecken unterliegt der grundrechtlichen Geheimhaltungspflicht nach § 1 DSG 2000 (Art 8 GRC). Die damit verbundene Interessenabwägung hat zwingend auch die Meinungsäußerungsfreiheit nach Art 10 MRK (Art 11 GRC) in ihrer besonderen medienrechtlichen Ausprägung zu berücksichtigen. Demgegenüber ist (auch) das nationale Verfassungsrecht stets unter dem Blickwinkel des Unionsrechts zu betrachten und allenfalls zu begrenzen.¹¹⁶ Insoweit kann Art 9 DSRL den verfassungsrechtlichen Geheimnisschutz des § 1 DSG 2000 aushebeln. Der Grundrechtskonflikt ist stets im Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher gesetzlicher Wertungen (Art 1 GRC) zu lösen.

Es reicht für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Datenschutzrechts aus, abzuklären, ob es sich – nach objektiven Gesichtspunkten – um Daten handelt, die allgemein verfügbar oder nicht auf eine Person rückführbar sind (arg „obwohl der Betroffene an diesen Daten ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse hat“). Weitere Gründe, die eine Verletzung bzw einen Eingriff entfallen lassen könnten, sind erst auf Rechtswidrigkeitsebene zu prüfen (vgl insb die Eingriffstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000) bzw im einfachgesetzlichen Teil §§ 8 und 9 bzw 50a DSG 2000, sofern keine Medienprivilegierung besteht.

¹¹⁶ Vgl *Jahnel*, Datenschutzrecht Rz 1/41.